

**FRANCISCO JOSÉ ALTERINI**

**LA SUBROGACIÓN REAL COMO EXPRESIÓN  
DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la  
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

**Director de tesis: Prof. Dr. Ignacio E. Alterini**



UNIVERSIDAD

**AUSTRAL**

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2022



*A mi padre y maestro,  
Jorge H. Alterini, cuya luz y  
enseñanzas son perdurablemente  
conservadas.*

*A mi compañera de vida,  
Iana Di Maggio Dadone y a  
nuestra muy querida hija, Luisa  
F. Alterini, quienes promueven  
mis esfuerzos.*



# ÍNDICE GENERAL

## INTRODUCCIÓN

|  |   |
|--|---|
| 1. Subrogación real .....  | 1 |
| 2. <i>Quid</i> de la necesidad de una expresión legislativa<br>habilitante de la subrogación real..... | 2 |
| 3. Relevancia de la investigación .....  | 2 |
| 4. Delimitación del objeto de estudio .....  | 4 |
| 5. Metodología y fuentes .....   | 5 |

## CAPÍTULO I

### BASES DE LA SUBROGACIÓN REAL

|  |    |
|--|----|
| 1. Antecedentes históricos.....                      | 7  |
| 1.1. Terminología .....                              | 7  |
| 1.2. Casuística .....                                | 8  |
| 1.2.1. Planteamiento .....                           | 8  |
| 1.2.2. Patrimonio como garantía común .....          | 9  |
| 1.2.3. Herencia .....                                | 10 |
| 1.2.4. Peculio .....                                 | 16 |
| 1.2.5. Dote.....                                     | 17 |
| 1.2.6. <i>Restitutio in integrum</i> .....           | 18 |
| 1.2.7. Fideicomiso de residuo.....                   | 18 |
| 1.2.8. Tienda .....                                  | 19 |
| 1.2.9. Usufructo sobre un conjunto de animales ..... | 20 |

## II

|  |           |
|--|-----------|
| 1.2.10. Caso de los banqueros.....   | 20        |
| 1.3. Consideraciones críticas y evolución posterior.....   | 22        |
| <b>2. Concepto.....</b>  | <b>27</b> |
| 2.1. Planteamiento.....  | 27        |
| 2.2. Nociones propuestas.....  | 28        |
| 2.3. Consideraciones críticas.....   | 33        |
| 2.3.1. Del recurso de la ficción.....  | 33        |
| 2.3.2. De la continua referencia a las cosas.....  | 33        |
| 2.3.3. De la vinculación patrimonial.....  | 34        |
| 2.3.4. ¿Sustitución o modificación?.....   | 35        |
| 2.3.5. ¿Representación, asunción de condiciones o naturalezas jurídicas, traslación de derechos o cualidades?..... | 36        |
| <b>3. Denominación.....</b>  | <b>37</b> |
| 3.1. Adjetivación del sustantivo “subrogación”.....  | 37        |
| 3.2. ¿Cómo se refieren las fuentes del Derecho a la subrogación real?.....   | 38        |
| <b>4. Fundamento.....</b>  | <b>39</b> |
| 4.1. Planteamiento.....  | 39        |
| 4.2. Teorías de la ficción.....  | 40        |
| 4.3. Teorías de la realidad.....   | 44        |
| 4.3.1. Planteamiento.....  | 44        |
| 4.3.2. Singulares.....   | 44        |
| 4.3.2.1. De la realidad excepcional.....   | 44        |
| 4.3.2.2. De la voluntad implícita.....   | 45        |
| 4.3.2.3. Del enriquecimiento sin causa justificada.....  | 47        |
| 4.3.2.4. Del espíritu de la institución respectiva.....  | 49        |
| 4.3.2.5. De la justicia o equidad.....   | 50        |
| 4.3.2.6. Del instrumento de la ley.....  | 52        |
| 4.3.2.7. De la irrelevancia formal.....  | 53        |
| 4.3.2.8. De la buena fe.....   | 55        |
| 4.3.3. Compuestas.....   | 56        |
| 4.3.3.1. De la técnica jurídica, la equidad y la justicia.....   | 56        |
| 4.3.3.2. De la noción de Derecho.....  | 56        |
| 4.3.3.3. Del principio de fungibilidad.....  | 58        |
| 4.3.3.4. De la necesidad o conveniencia.....   | 59        |

|  |           |
|--|-----------|
| 4.3.3.5. De la conservación de los derechos subjetivos, la economía jurídica y el enriquecimiento sin causa..... | 60        |
| 4.4. Nuestra opinión .....   | 60        |
| 4.4.1. ¿Por qué surgen las ficciones? .....  | 60        |
| 4.4.2. ¿Qué es una ficción? .....  | 61        |
| 4.4.3. La subrogación real está anclada en la realidad.....  | 64        |
| <b>5. Naturaleza jurídica.....</b>   | <b>66</b> |
| 5.1. Planteamiento .....   | 66        |
| 5.2. Estado de la cuestión .....   | 67        |
| 5.2.1. Institución jurídica .....  | 67        |
| 5.2.2. Fenómeno de persistencia .....  | 69        |
| 5.2.3. Medio de adquisición .....  | 70        |
| 5.2.4. Representación y ratificación .....   | 72        |
| 5.2.5. Derecho sobre derechos .....  | 76        |
| 5.2.6. Principio general del Derecho .....   | 77        |
| 5.2.7. La cuestión del tracing en el derecho anglosajón.....   | 78        |
| 5.2.8. Posturas negatorias .....   | 80        |
| 5.3. Nuestra opinión .....   | 81        |
| <b>6. Órbita de aplicación.....</b>  | <b>82</b> |
| 6.1. Planteamiento .....   | 82        |
| 6.2. Estado de la cuestión .....   | 82        |
| 6.2.1. Universalidades .....   | 82        |
| 6.2.1.1. Se produce en todas las universalidades .....   | 82        |
| 6.2.1.2. Ocurre únicamente en el patrimonio .....  | 85        |
| 6.2.1.3. Tiene su lugar adecuado solo en los patrimonios especiales.....   | 86        |
| 6.2.2. Valores afectados y disposición sin legitimación suficiente.....  | 89        |
| 6.2.3. Objetos especialmente afectados y masas sujetas a restitución.....  | 92        |
| 6.2.4. Propiedad de afectación y bienes sujetos a restitución.....   | 94        |
| 6.2.5. Finalista .....   | 96        |
| 6.2.6. Indisponibilidad objetiva .....   | 97        |

#### IV

|  |            |
|--|------------|
| 6.2.7. Pluralidad de patrimonios, islotes, preferencias y disposiciones sin legitimación suficiente..... | 98         |
| 6.2.8. Patrimonios y bienes singulares por analogía legal.....   | 101        |
| 6.2.9. Bienes concretos e individualizados dependientes de una masa patrimonial .....                    | 104        |
| 6.2.10. Valores con destinación determinada .....  | 106        |
| 6.3. Nuestra opinión .....   | 107        |
| <b>7. Presupuesto.....</b>   | <b>109</b> |
| 7.1. Planteamiento.....  | 109        |
| 7.2. Exigencias de la situación jurídica conservable .....   | 110        |
| 7.2.1. A. No puede violentarse principios fundamentales del ordenamiento jurídico.....                   | 110        |
| 7.2.2. B. Necesidad de un interés digno de tutela .....  | 110        |
| 7.2.2.1. Explicación .....   | 110        |
| 7.2.2.2. Consistencia con lo dispuesto para la acción meramente declarativa.....                         | 111        |
| 7.2.2.3. <i>Quid</i> de la inexistencia de conflicto de intereses .....                                  | 112        |
| 7.2.3. C. Susceptibilidad de permanencia con un asiento diverso .....                                    | 113        |
| 7.2.3.1. Cuestiones preliminares.....  | 113        |
| 7.2.3.2. La distinción entre “fungibilidad”, “sustituibilidad” y “conmutabilidad” .....                  | 114        |
| 7.2.3.3. La cuestión debe apreciarse en concreto.....  | 115        |
| 7.2.3.4. La posibilidad de reemplazo objetivo se independiza de la noción de valor económico .....       | 117        |
| 7.2.3.5. Análisis normativo de la concepción amplia que proponemos .....                                 | 118        |
| <b>8. Requisitos.....</b>  | <b>122</b> |
| 8.1. Planteamiento.....  | 123        |
| 8.2. Positivos .....   | 123        |
| 8.2.1. Exposición.....   | 123        |
| 8.2.2. Requisito sustantivo .....  | 124        |
| 8.2.3. Requisitos adjetivos .....  | 126        |
| 8.2.3.1. Relación de causalidad subyacente.....  | 126        |



|            |   |            |
|------------|---|------------|
| a)         | Explicación .....   | 126        |
| b)         | Conceptos que permiten la subrogación real.....                                       | 128        |
| c)         | Prueba .....  | 135        |
| 8.2.3.2.   | Continuidad personal .....  | 138        |
| 8.2.4.     | Cuadro esquemático de sustituciones que cumplen<br>con los requisitos positivos ..... | 139        |
| 8.2.5.     | Explicación de nuestra propuesta .....  | 140        |
| 8.2.5.1.   | Sustitución potestativa .....   | 139        |
| a)         | Concepto .....  | 139        |
| b)         | Por disposición jurídica.....   | 140        |
| c)         | Por opción .....  | 141        |
| 8.2.5.2.   | Sustitución forzada .....   | 142        |
| 8.2.5.3.   | Sustitución mixta .....   | 144        |
| 8.3.       | Negativo .....  | 144        |
| <b>9.</b>  | <b>Clasificación.....</b>   | <b>147</b> |
| 9.1.       | Categorías objetables.....  | 147        |
| 9.1.1.     | Imperfecta o perfecta .....   | 147        |
| 9.1.2.     | General o especial .....  | 148        |
| 9.2.       | Criterios adecuados .....   | 149        |
| 9.2.1.     | Total o parcial .....   | 149        |
| 9.2.1.1.   | Respecto del egreso .....   | 149        |
| 9.2.1.2.   | En función del ingreso .....  | 159        |
| 9.2.2.     | Dispuesta o propuesta .....   | 151        |
| 9.2.3.     | Actual o potencial.....   | 153        |
| 9.2.4.     | De primero o ulteriores órdenes.....  | 155        |
| 9.2.5.     | Otras clases posibles.....  | 156        |
| <b>10.</b> | <b>Nuestra definición.....</b>  | <b>157</b> |

## CAPÍTULO II

### ATIPICIDAD DE LA SUBROGACIÓN REAL

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| <b>1.</b> | <b>Planteamiento.....</b>                             | <b>159</b> |
| <b>2.</b> | <b>Marco teórico de los principios jurídicos.....</b> | <b>160</b> |
| 2.1.      | Conceptualización .....                               | 160        |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 2.2.      | Comparaciones.....   | 163        |
| 2.2.1.    | Con las reglas.....  | 163        |
| 2.2.2.    | Con los valores.....   | 165        |
| 2.3.      | El camino del principio hacia las reglas y los hechos .....  | 166        |
| <b>3.</b> | <b>Postura que sostiene que la subrogación real es un principio.....</b>   | <b>167</b> |
| 3.1.      | Exposición.....  | 167        |
| 3.2.      | Crítica.....   | 171        |
| 3.2.1.    | La subrogación real no es Derecho.....   | 171        |
| 3.2.2.    | La subrogación real no cumple una función interpretativa .....   | 173        |
| 3.2.3.    | La subrogación real no fundamenta a otra realidad.....   | 173        |
| 3.2.4.    | La idea de subrogación convencional que sostiene cierta doctrina no armoniza con que ella sea un principio ..... | 174        |
| 3.2.5.    | La subrogación real es descartada en múltiples circunstancias .....  | 174        |
| <b>4.</b> | <b>La subrogación real se fundamenta en el principio de conservación .....</b>                                   | <b>176</b> |
| 4.1.      | Lineamientos.....  | 176        |
| 4.2.      | Generalidades de la conservación en diversas ciencias..  | 176        |
| 4.3.      | Particularidades del principio de conservación.....  | 181        |
| 4.3.1.    | Caracterización .....  | 181        |
| 4.3.2.    | Bases constitucionales .....   | 182        |
| 4.3.3.    | Manifestaciones normativas concretas.....  | 184        |
| 4.3.3.1.  | En los hechos jurídicos.....   | 186        |
| 4.3.3.2.  | En los actos jurídicos .....   | 187        |
| 4.3.3.3.  | En la personalidad .....   | 196        |
| 4.3.3.4.  | En los derechos subjetivos.....  | 198        |
| 4.3.3.5.  | En el objeto de las situaciones jurídicas .....  | 202        |
| 4.3.4.    | Manifestaciones en otros pretendidos principios .....  | 204        |
| 4.3.5.    | Necesidad de conservar en la mayor medida posible....  | 206        |
| 4.3.5.1.  | Todo derecho adquirido supone la posibilidad de ser conservado .....   | 206        |

|  |            |
|--|------------|
| 4.3.5.2. No todas las situaciones jurídicas se conservan con igual intensidad .....                | 207        |
| 4.3.5.3. La intensidad en la conservación debe ser la mayor posible .....                          | 208        |
| 4.3.6. Reflexiones en torno a la colisión con otras reglas o principios jurídicos.....             | 216        |
| 4.3.6.1. <i>Favor debitoris</i> o <i>favor debilis</i> .....                                       | 216        |
| 4.3.6.2. Libertad de gravámenes .....  | 217        |
| 4.4. Justificación de nuestra postura .....  | 218        |
| 4.4.1. La existencia del principio de conservación no es dudosa .....                              | 218        |
| 4.4.2. Los efectos de la subrogación real demuestran su filiación con el mentado principio .....   | 219        |
| 4.4.3. Las otras vías de conservación obstan a la subrogación real .....                           | 222        |
| 4.4.4. La inspiración del legislador en estas ideas se deja entrever en una regla particular ..... | 223        |
| <b>5. Ponderación axiológica .....</b>   | <b>224</b> |
| 5.1. Consideraciones generales .....   | 224        |
| 5.2. La subrogación real alcanza soluciones seguras y justas                                       | 227        |
| 5.2.1. La seguridad y la conservación: certeza y plenitud  | 227        |
| 5.2.2. Los planos estático y dinámico de la seguridad jurídica .....                               | 231        |
| 5.2.3. Pretendida tensión entre la seguridad jurídica y la justicia .....                          | 235        |
| 5.3. La subrogación real coadyuva al bien común.....   | 238        |
| 5.4. Aplicación particular de estas ideas .....  | 242        |
| <b>6. Una mirada desde el análisis económico del derecho..</b>                                     | <b>244</b> |
| 6.1. Nociones preliminares .....   | 244        |
| 6.2. Concepto de eficiencia.....   | 245        |
| 6.3. La subrogación real es eficiente estática y dinámicamente, según los casos .....              | 249        |
| <b>7. Repercusiones sociales .....</b>   | <b>250</b> |
| 7.1. Precisión previa .....  | 250        |
| 7.2. Resguarda a la propiedad privada .....  | 251        |

## VIII

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 7.3.   | Descubre la verdadera intención del legislador .....   | 253 |
| 7.4.   | Permite solventar un cardinal débito impuesto al juez..  | 255 |
| 7.5.   | Posibilita el cumplimiento de una elemental deuda de los particulares .....                                      | 256 |
| 7.6.   | Protege actual o potencialmente a todos los integrantes de la sociedad .....                                     | 257 |
| 7.7.   | Impide la burla de ciertas normas indisponibles .....  | 258 |
| 7.8.   | Tutela la subsistencia de la persona humana .....  | 259 |
| 7.8.1. | El caso del régimen de vivienda .....  | 259 |
| 7.8.2. | No perjudica a los acreedores .....  | 270 |
| 7.8.3. | Cumple con las mandas constitucionales .....   | 276 |
| 7.9.   | Armoniza intereses públicos y privados .....   | 279 |
| 7.10.  | Obsta al estancamiento de los bienes e impide el desmantelamiento de los complejos de objetos .....              | 280 |
| 7.11.  | Permite la satisfacción del interés del acreedor.....  | 282 |
| 7.12.  | Brinda una adecuada tutela del crédito .....   | 283 |
| 7.13.  | Posibilita las restituciones .....   | 283 |
| 7.14.  | Asegura el respeto debido a quien efectúa liberalidades.. .....  | 284 |
| 7.15.  | Favorece el cumplimiento de los cargos impuestos en los actos jurídicos .....                                    | 284 |
| 7.16.  | Inspira a contratos que suponen operaciones económicas consistentes con la disposición material o jurídica ..... | 285 |
| 7.17.  | Tutela el esfuerzo común.....  | 285 |
| 7.18.  | Favorece la estabilidad a través de la virtualidad de la prescripción .....                                      | 286 |

### CAPÍTULO III

#### LA SUBROGACIÓN REAL COMO HECHO GENERADOR DE EFECTOS JURÍDICOS

|   |            |
|---|------------|
| <b>1. Hecho jurídico subrogatorio .....</b> | <b>287</b> |
| 1.1. Acontecimientos en el Derecho.....     | 287        |
| 1.2. Clasificación .....                    | 289        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 1.2.1.    | Planteamiento .....   | 289        |
| 1.2.2.    | Esquema general.....  | 289        |
| 1.2.2.1.  | Explicación .....   | 289        |
| 1.2.2.2.  | Aplicación a la subrogación real.....   | 290        |
| 1.2.3.    | Criterios específicos .....   | 292        |
| 1.2.3.1.  | Según su duración.....  | 292        |
| 1.2.3.2.  | En función del valor para la producción del efecto.....   | 293        |
| 1.2.3.3.  | Respecto de su composición .....  | 294        |
| 1.2.3.4.  | Con relación a su contenido.....  | 295        |
| 1.2.3.5.  | Tocante a sus efectos.....  | 295        |
| 1.3.      | Algunas implicancias en la praxis .....   | 296        |
| 1.3.1.    | ¿Acreditación mediante actas notariales? .....  | 296        |
| 1.3.2.    | Notas marginales .....  | 298        |
| 1.3.3.    | Eficacia sustancial del acto jurídico subrogatorio... ..  | 299        |
| 1.3.4.    | Inserción de modalidades .....  | 300        |
| 1.4.      | La entidad y magnitud de los efectos .....  | 300        |
| <b>2.</b> | <b>Efectos principales .....</b>  | <b>301</b> |
| 2.1.      | A. Perdurabilidad sustancial.....   | 301        |
| 2.1.1.    | Noción .....  | 301        |
| 2.1.2.    | Irrelevancia de la naturaleza del objeto sustituido. ....   | 303        |
| 2.1.3.    | Las situaciones jurídicas con inherencia objetiva... ..   | 306        |
| 2.2.      | B. Modificación accidental, cualitativa y objetiva.....   | 307        |
| 2.2.1.    | Noción .....  | 307        |
| 2.2.2.    | Variedad de situaciones jurídicas que concurren....   | 311        |
| 2.2.3.    | <i>Quid</i> de la pluralidad de objetos por sustitución ....  | 311        |
| 2.2.3.1.  | Planteamiento .....   | 311        |
| 2.2.3.2.  | Conjuntiva .....  | 311        |
| a)        | Perdurable.....   | 311        |
| b)        | Temporaria.....   | 312        |
| 2.2.3.3.  | Alternativa .....   | 315        |
| 2.2.4.    | Objetos no individualizados.....  | 316        |
| 2.2.4.1.  | Incertezas en la doctrina .....   | 316        |
| 2.2.4.2.  | Enajenaciones realizadas por quien es beneficiario<br>de la subrogación real: las renunciaciones son de interpretación<br>restrictiva ..... | 321        |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 2.2.4.3.  | Regla especial.....  | 321        |
| 2.2.4.4.  | Terceros respecto del acto de enajenación que son beneficiarios de la subrogación real: no puede presumirse la merma de las situaciones jurídicas..... | 323        |
| 2.2.5.    | Teoría que deseamos: el criterio de la atracción objetiva .....  | 323        |
| 2.2.6.    | Alternativas hermenéuticas de sustituciones de objetos .....   | 324        |
| 2.2.6.1.  | Precisión preliminar .....   | 324        |
| 2.2.6.2.  | Cosa por derecho .....   | 324        |
| 2.2.6.3.  | Cosa por cosa .....  | 325        |
| 2.2.6.4.  | Cosa por dinero .....  | 325        |
| 2.2.6.5.  | Derecho por derecho.....   | 326        |
| 2.2.6.6.  | Derecho por cosa .....   | 327        |
| 2.2.6.7.  | Derecho por dinero.....  | 327        |
| 2.2.6.8.  | Dinero por derecho.....  | 327        |
| 2.2.6.9.  | Dinero por cosa.....   | 327        |
| 2.2.6.10. | Dinero por dinero .....  | 328        |
| 2.2.6.11. | <i>Quid</i> de la sustitución en los objetos inmediato y mediato de la obligación .....  | 328        |
| 2.2.6.12. | <i>Quid</i> de la llamada “subrogación real de valor” .....  | 328        |
| a)        | La sustitución de objetos utilizados para la cuantificación de un valor .....  | 329        |
| b)        | El valor como objeto sustituto .....   | 336        |
| 2.3.      | ¿Creación de una nueva situación jurídica? .....   | 338        |
| 2.4.      | ¿Perfil originario?.....   | 340        |
| <b>3.</b> | <b>Efectos consecuentes.....</b>   | <b>341</b> |
| 3.1.      | A. Atracción a la universalidad involucrada .....  | 341        |
| 3.1.1.    | Antecedentes .....   | 341        |
| 3.1.2.    | Nuestra opinión.....   | 344        |
| 3.2.      | B. Conservación de los accesorios y cualidades de la situación jurídica .....  | 345        |
| 3.3.      | C. Extensión en cuanto al objeto sustituto.....  | 346        |
| 3.3.1.    | Regla general.....   | 346        |
| 3.3.2.    | La cuestión de los frutos .....  | 347        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 3.4.      | D. Mantenimiento de la prescripción en curso.....   | 348        |
| 3.5.      | E. Invariabilidad de la competencia .....   | 349        |
| 3.6.      | F. Permanencia de los límites de la situación jurídica ...                                      | 350        |
| 3.7.      | G. Imposición de deberes de empleo efectivo.....  | 351        |
| 3.7.1.    | En virtud del destino del objeto sustituido.....  | 351        |
| 3.7.2.    | En razón de la destinación prevista para el objeto sustituto .....                              | 351        |
| 3.7.2.1.  | Garantía de restablecimiento.....   | 351        |
| 3.7.2.1.  | Compromiso de empleo diferenciado.....  | 352        |
| <b>4.</b> | <b>Alcance.....</b>   | <b>353</b> |
| 4.1.      | La conservación no es absoluta .....  | 353        |
| 4.1.1.    | Explicación .....   | 353        |
| 4.1.2.    | Rechazo de la pretendida distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas del objeto ..... | 354        |
| 4.2.      | La medida de la sustitución .....   | 358        |
| 4.2.1.    | ¿La equivalencia de valores es un requisito?.....   | 358        |
| 4.2.1.1.  | Planteamiento .....   | 358        |
| 4.2.1.2.  | Nuestra opinión.....  | 359        |
| 4.2.2.    | La equivalencia sí influye en los efectos .....   | 361        |
| 4.2.2.1.  | Planteamiento .....   | 361        |
| 4.2.2.2.  | Aportes diversos .....  | 362        |
| 4.2.2.3.  | Fluctuaciones de los valores .....  | 364        |
| a)        | Planteo.....  | 364        |
| b)        | Depreciación monetaria .....  | 365        |
| c)        | Desproporciones ostensibles.....  | 366        |
| d)        | Un caso muy particular .....  | 367        |
| 4.2.3.    | Planteo acerca de la incidencia de los rubros de un crédito indemnizatorio.....                 | 369        |
| 4.2.4.    | Una norma excepcional .....   | 372        |
| 4.3.      | Irretroactividad.....   | 373        |
| 4.4.      | Proyecciones frente a terceros.....   | 374        |
| 4.4.1.    | La subrogación puede ser beneficiosa o indiferente a los terceros, pero nunca perjudicial ..... | 374        |
| 4.4.2.    | Exigencia de prueba.....  | 376        |
| 4.4.3.    | Exigencia de publicidad.....  | 377        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 4.4.3.1.  | Sustituciones que requieren ser publicitadas .....                            | 377        |
| 4.4.3.2.  | ¿Frente a quiénes es menester un mecanismo de<br>publicidad suficiente? ..... | 379        |
| 4.4.3.3.  | La regla del paralelismo publicitario .....                                   | 381        |
| 4.4.3.4.  | Mecanismos de publicidad .....  | 382        |
| 4.4.3.5.  | Un caso jurisprudencial .....   | 385        |
| 4.4.4.    | Cargas probatorias y publicitarias impuestas<br>expresamente .....            | 386        |
| 4.4.4.1.  | Explicación .....   | 386        |
| 4.4.4.2.  | En la comunidad de ganancias .....  | 387        |
| 4.4.4.3.  | En la propiedad fiduciaria .....  | 392        |
| 4.4.1.    | La inoponibilidad no obsta a su invocación .....                              | 395        |
| 4.4.2.    | Conflicto con derechos de terceros sobre el bien<br>sustituto .....           | 395        |
| <b>5.</b> | <b>Características .....</b>  | <b>397</b> |
| 5.1.      | Inmediatez .....  | 397        |
| 5.1.1.    | Regla: opera <i>ipso iure</i> .....   | 397        |
| 5.1.1.1.  | Coincidencia doctrinaria .....  | 397        |
| 5.1.1.1.  | La visión anglosajona .....   | 399        |
| 5.1.1.2.  | Nuestra opinión .....   | 400        |
| 5.1.2.    | Excepción: necesidad de manifestación de voluntad .....                       | 401        |
| 5.2.      | Invocabilidad .....   | 401        |
| 5.3.      | Renunciabilidad .....   | 402        |
| 5.3.1.    | Renuncia a los efectos del ordenamiento jurídico ...                          | 402        |
| 5.3.1.1.  | Solamente son legítimas las renunciaciones particulares<br>.....              | 402        |
| 5.3.1.2.  | <i>Quid</i> de los límites de la renuncia .....                               | 404        |
| 5.3.1.3.  | Materia renunciable .....   | 406        |
| 5.3.2.    | Renuncia a los efectos de la subrogación real .....                           | 406        |
| 5.3.3.    | Subsistencia de otras pretensiones .....                                      | 408        |
| 5.4.      | Perdurabilidad .....  | 409        |
| 5.4.1.    | Planteamiento .....   | 409        |
| 5.4.2.    | Estado de la cuestión .....   | 409        |
| 5.4.3.    | Nuestra opinión .....   | 410        |
| <b>6.</b> | <b>Vicisitudes .....</b>  | <b>411</b> |



|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 6.1.      | Extinción del efecto subrogatorio.....                                  | 411        |
| 6.2.      | Subrogación real aparente .....   | 412        |
| 6.3.      | Subrogación real proyectada .....                                       | 412        |
| 6.3.1.    | Concepto .....  | 412        |
| 6.3.2.    | <i>Quid</i> del precio aplazado .....                                   | 413        |
| 6.3.2.1.  | Planteamiento .....   | 413        |
| 6.3.2.2.  | Derecho español .....   | 413        |
| 6.3.2.3.  | Nuestra opinión en el Derecho argentino.....                            | 416        |
| 6.3.2.4.  | Conclusión .....  | 417        |
| 6.3.3.    | El tránsito hacia el derecho subjetivo.....                             | 418        |
| 6.3.3.1.  | Pago de lo debido en las expropiaciones .....                           | 418        |
| 6.3.3.2.  | Promesa de venta (“boleto de compraventa”) .....                        | 419        |
| 6.3.3.3.  | Incidencia del título y el modo suficientes.....                        | 419        |
| 6.4.      | Subrogación real sobreviniente.....                                     | 419        |
| <b>7.</b> | <b>Pretensiones que complementan o suplantán a la subrogación .....</b> | <b>420</b> |
| <b>8.</b> | <b>Deslinde de otras figuras .....</b>                                  | <b>421</b> |
| 8.1.      | Con efectos modificativos .....   | 421        |
| 8.1.1.    | Del sujeto.....   | 421        |
| 8.1.2.    | Del objeto.....   | 424        |
| 8.1.2.1.  | Accesión .....  | 425        |
| 8.1.2.2.  | Novación objetiva.....  | 425        |
| 8.1.2.3.  | Dación en pago .....  | 427        |
| 8.1.2.4.  | Obligaciones facultativas.....  | 430        |
| 8.1.2.5.  | Obligaciones alternativas .....   | 431        |
| 8.2.      | Con efectos conservatorios.....   | 432        |
| 8.3.      | Con efectos equilibrantes .....   | 432        |

#### CAPÍTULO IV

##### SISTEMAS DE SUBROGACIÓN REAL REGLADA

|           |                           |            |
|-----------|---------------------------|------------|
| <b>1.</b> | <b>Planteamiento.....</b> | <b>435</b> |
| <b>2.</b> | <b>Clasificación.....</b> | <b>436</b> |

|        |   |     |
|--------|---|-----|
| 2.1.   | Advertencia .....   | 436 |
| 2.2.   | Criterios.....  | 436 |
| 2.2.1. | En función de la manifestación de las reglas .....                                      | 436 |
| 2.2.2. | Respecto del alcance de las reglas.....   | 437 |
| 2.3.   | Combinación de los criterios aplicada a la realidad.....                                | 437 |
| 2.4.   | Ordenamientos tributarios del sistema simple implícito y<br>de alcance particular ..... | 438 |
| 2.4.1. | Código Civil de Louisiana.....  | 438 |
| a)     | En el régimen de ausencia.....  | 438 |
| b)     | En el derecho real de usufructo.....  | 439 |
| c)     | En la partición de la “propiedad indivisa” .....  | 443 |
| d)     | En las sucesiones .....   | 443 |
| e)     | En las obligaciones.....  | 444 |
| f)     | En el régimen de comunidad matrimonial .....  | 446 |
| 2.4.2. | Código Civil de Venezuela .....   | 447 |
| a)     | En el régimen de comunidad matrimonial .....  | 447 |
| b)     | En la ausencia .....  | 448 |
| c)     | En los derechos reales.....   | 448 |
| d)     | En las sucesiones por causa de muerte.....  | 449 |
| e)     | En las obligaciones.....  | 449 |
| f)     | En el contrato de depósito .....  | 450 |
| g)     | En las garantías reales .....   | 450 |
| 2.4.4. | Código Civil de Paraguay .....  | 451 |
| a)     | En la ausencia .....  | 452 |
| b)     | En el régimen de patrimonial del matrimonio .....                                       | 452 |
| c)     | En los privilegios.....   | 452 |
| d)     | En la imposibilidad de cumplimiento .....   | 453 |
| e)     | En el contrato de depósito .....  | 453 |
| f)     | En el contrato de comodato .....  | 454 |
| g)     | En el contrato de seguro .....  | 455 |
| h)     | En el enriquecimiento injustificado .....   | 455 |
| i)     | En los derechos reales.....   | 456 |
| j)     | En las sucesiones por causa de muerte.....  | 458 |
| 2.4.5. | Código Civil de Cuba.....   | 458 |
| a)     | En la ausencia .....  | 458 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| b)       | En la subasta.....   | 458 |
| c)       | Respecto de las distintas categorías de propiedad..                            | 459 |
| 2.4.6.   | Código Canónico.....   | 460 |
| 2.5.     | Ordenamientos que participan del sistema compuesto de alcance particular ..... | 462 |
| 2.5.1.   | Europa .....   | 462 |
| 2.5.1.1. | Código Civil de Francia .....  | 462 |
| a)       | En la ausencia .....   | 462 |
| b)       | En las sucesiones .....  | 463 |
| c)       | En las liberalidades .....   | 464 |
| d)       | En las obligaciones.....   | 465 |
| e)       | En el régimen de patrimonial del matrimonio .....                              | 466 |
| f)       | En las garantías reales .....  | 468 |
| g)       | En la sociedad en participación.....   | 468 |
| 2.5.1.2. | Código Civil de España.....  | 469 |
| a)       | En la ausencia .....   | 469 |
| b)       | En el derecho real de usufructo.....   | 469 |
| c)       | En las sucesiones .....  | 471 |
| d)       | En las obligaciones.....   | 471 |
| e)       | En el régimen patrimonial del matrimonio .....                                 | 473 |
| f)       | En los censos .....  | 475 |
| g)       | En el contrato de depósito .....   | 476 |
| h)       | En los derechos reales de garantía .....                                       | 476 |
| 2.5.1.3. | Código Civil de Alemania .....   | 479 |
| a)       | En las obligaciones.....   | 479 |
| b)       | En el patrimonio social .....  | 479 |
| c)       | Con relación al enriquecimiento injustificado.....                             | 479 |
| d)       | En el régimen de las cosas perdidas .....                                      | 480 |
| e)       | En el derecho real de usufructo.....   | 480 |
| f)       | En los derechos reales de garantía .....                                       | 480 |
| g)       | En el régimen patrimonial del matrimonio .....                                 | 481 |
| h)       | En la propiedad del menor .....  | 482 |
| i)       | En las sucesiones .....  | 482 |
| 2.5.1.4. | Código Civil de Italia .....   | 483 |
| a)       | En la ausencia .....   | 483 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| b)       | En el derecho real de usufructo.....   | 484 |
| c)       | En las obligaciones.....   | 486 |
| d)       | En las garantías reales.....   | 487 |
| 2.5.1.5. | Código Civil de Portugal.....  | 488 |
| a)       | En la ausencia.....  | 488 |
| b)       | En las “asociaciones sin personalidad jurídica” .....                              | 489 |
| c)       | En los derechos de garantía.....   | 489 |
| d)       | En las obligaciones.....   | 490 |
| e)       | En los derechos reales.....  | 492 |
| f)       | En el régimen patrimonial del matrimonio.....                                      | 494 |
| g)       | En la adopción.....  | 496 |
| h)       | En las sucesiones.....   | 497 |
| 2.5.1.6. | Código Civil de Cataluña elaborado a partir del año<br>2002 .....                  | 498 |
| a)       | En un supuesto de patrimonio especial.....   | 498 |
| b)       | En el régimen de comunidad matrimonial.....  | 498 |
| c)       | En las fundaciones.....  | 499 |
| d)       | En las sucesiones por causa de muerte: herederos y<br>legatarios de confianza..... | 499 |
| e)       | En las sucesiones por causa de muerte: fideicomiso.....                            | 500 |
| f)       | En las sucesiones por causa de muerte: legados .....                               | 502 |
| g)       | En la sucesión con fuente contractual .....  | 503 |
| h)       | En la comunidad hereditaria.....   | 503 |
| i)       | En los derechos reales en general.....   | 504 |
| j)       | En el derecho real de usufructo.....   | 505 |
| k)       | En el derecho real de vuelo.....   | 506 |
| l)       | En los derechos reales de adquisición.....   | 506 |
| m)       | En los derechos reales de garantía.....  | 507 |
| 2.5.2.   | América.....   | 508 |
| 2.5.2.1. | Código Civil de Chile .....  | 508 |
| a)       | En la ausencia.....  | 508 |
| b)       | En el régimen de cosas perdidas .....  | 509 |
| c)       | En la acción reivindicatoria.....  | 509 |
| d)       | En las obligaciones.....   | 510 |
| e)       | En los contratos de comodato y depósito .....                                      | 512 |

|          |  |     |
|----------|--|-----|
| f)       | En el régimen patrimonial del matrimonio ..... | 513 |
| g)       | En el derecho de censo .....                   | 515 |
| h)       | En el derecho real de hipoteca .....           | 515 |
| i)       | En la expropiación .....                       | 515 |
| 2.5.2.2. | Código Civil de Uruguay.....                   | 517 |
| a)       | En la ausencia .....                           | 517 |
| b)       | En las obligaciones.....                       | 517 |
| c)       | En el régimen patrimonial del matrimonio ..... | 518 |
| d)       | En el contrato de comodato .....               | 520 |
| e)       | En el contrato de depósito .....               | 520 |
| f)       | En el derecho de hipoteca .....                | 520 |
| g)       | El embargo .....                               | 521 |
| h)       | La expropiación .....                          | 521 |
| 2.5.2.3. | Código Civil de Nicaragua .....                | 522 |
| a)       | En la ausencia .....                           | 522 |
| b)       | En los derechos reales.....                    | 523 |
| c)       | En las obligaciones.....                       | 524 |
| d)       | En el concurso .....                           | 525 |
| e)       | En el contrato de comodato .....               | 526 |
| f)       | En el contrato de depósito .....               | 526 |
| g)       | En la hipoteca.....                            | 526 |
| 2.5.2.4. | Código Civil de Bolivia.....                   | 527 |
| a)       | En la ausencia .....                           | 527 |
| b)       | En el derecho real de usufructo.....           | 527 |
| c)       | En las obligaciones.....                       | 528 |
| d)       | En el contrato de depósito .....               | 529 |
| e)       | En las sucesiones .....                        | 529 |
| f)       | En las garantías reales .....                  | 530 |
| 2.5.2.5. | Código Civil de Perú .....                     | 531 |
| a)       | En la ausencia .....                           | 531 |
| b)       | En el régimen patrimonial del matrimonio ..... | 531 |
| c)       | En el “patrimonio familiar” .....              | 532 |
| d)       | En la petición de herencia .....               | 532 |
| e)       | En el derecho real de usufructo.....           | 533 |
| f)       | En los derechos reales de garantía .....       | 534 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| g)       | En las obligaciones.....  | 535 |
| h)       | En el contrato de depósito .....  | 537 |
| 2.5.2.6. | Código Civil de Québec .....  | 537 |
| a)       | En el régimen patrimonial del matrimonio.....   | 537 |
| b)       | En las sucesiones .....   | 538 |
| c)       | En la “propiedad” .....   | 539 |
| d)       | En el derecho real de usufructo.....  | 540 |
| e)       | En el régimen de la “substitución” .....  | 541 |
| f)       | En las fundaciones .....  | 542 |
| g)       | En el <i>trust</i> .....  | 543 |
| h)       | En las obligaciones.....  | 544 |
| i)       | En el contrato de depósito .....  | 546 |
| j)       | En el derecho real de hipoteca .....  | 546 |
| 2.5.2.7. | Código Civil de Brasil .....  | 549 |
| a)       | En la ausencia .....  | 549 |
| b)       | En el contrato de depósito .....  | 549 |
| c)       | En la expropiación del “condominio edilicio” y del<br>derecho real de superficie..... | 550 |
| d)       | En el derecho real de usufructo.....  | 550 |
| e)       | En las garantías reales .....   | 552 |
| f)       | En el régimen patrimonial del matrimonio.....   | 554 |
| g)       | El régimen del “bien de familia” .....  | 554 |
| h)       | En las cláusulas de indisponibilidad .....  | 555 |
| 2.5.2.8. | Código Civil de Puerto Rico .....   | 555 |
| a)       | En la ausencia .....  | 555 |
| b)       | En el régimen patrimonial del matrimonio.....   | 556 |
| c)       | En la división de la comunidad de bienes.....   | 557 |
| d)       | En el derecho real de usufructo.....  | 557 |
| e)       | En el derecho real de superficie .....  | 558 |
| f)       | En los derechos reales de garantía .....  | 558 |
| g)       | En las obligaciones.....  | 558 |
| h)       | En la restitución de lo pagado indebidamente .....                                    | 559 |
| i)       | En la petición de herencia .....  | 559 |
| 2.6.     | Ordenamientos integrantes del sistema compuesto de<br>alcance general relativo.....   | 559 |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| 2.6.1.    | Códigos Civiles mexicanos.....                     | 559        |
| 2.6.2.    | Código Civil de Bélgica .....                      | 564        |
| <b>3.</b> | <b>Eventual regla generalizadora .....</b>         | <b>567</b> |
| 3.1.1.    | Aclaración.....                                    | 567        |
| 3.1.2.    | Sistema compuesto de alcance general absoluto..... | 568        |
| 3.1.3.    | Ubicación metodológica .....                       | 568        |
| 3.1.4.    | Propuesta normativa .....                          | 569        |

## CAPÍTULO V

### PROYECCIONES EN LA CASUÍSTICA

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| <b>1.</b> | <b>Planteamiento.....</b>  | <b>573</b> |
| <b>2.</b> | <b>Clasificaciones .....</b>   | <b>573</b> |
| 2.1.      | Posibles criterios .....   | 573        |
| 2.2.      | Un problema común: la fragmentación .....  | 574        |
| 2.3.      | Nuestra propuesta .....  | 575        |
| <b>3.</b> | <b>Respecto del derecho de propiedad, abstraído de su<br/>consideración específica .....</b> | <b>579</b> |
| 3.1.      | Planteamiento.....   | 579        |
| 3.2.      | La propiedad del ausente .....   | 580        |
| 3.3.      | La propiedad frente a un legitimado aparente .....   | 583        |
| 3.3.1.    | Disposición por un “heredero aparente” .....   | 583        |
| 3.3.2.    | Disposición por quien aparenta legitimación .....  | 586        |
| 3.4.      | La propiedad fiduciaria .....  | 588        |
| 3.4.1.    | En general .....   | 588        |
| 3.4.2.    | Disposición con excedencia del objeto y de los fines .....                                   | 589        |
| 3.5.      | La propiedad bajo la administración de un tercero .....                                      | 590        |
| 3.6.      | La propiedad de goce común con fines operativos (“fondo<br>común operativo”).....            | 590        |
| 3.7.      | La propiedad del menor.....  | 593        |
| 3.8.      | La propiedad en las comunidades familiares .....   | 594        |
| 3.8.1.    | Precisión previa.....  | 594        |
| 3.8.2.    | Régimen patrimonial del matrimonio.....  | 594        |
| 3.8.2.1.  | Respecto del régimen de comunidad.....   | 594        |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| 3.8.2.2.  | Indivisión postcomunitaria.....   | 600        |
| 3.8.2.3.  | Indistintamente, respecto del régimen de<br>comunidad o el de separación.....   | 601        |
| 3.8.3.    | Régimen patrimonial de la unión convivencial .....  | 602        |
| 3.9.      | La propiedad hereditaria.....   | 603        |
| 3.9.1.    | Composición de la herencia .....  | 603        |
| 3.9.2.    | Deber de colación .....   | 605        |
| 3.9.3.    | Petición de herencia.....   | 606        |
| 3.9.4.    | Partición .....   | 606        |
| 3.10.     | La propiedad del Estado.....  | 606        |
| 3.11.     | Límites a la ejecución de la propiedad.....   | 607        |
| <b>4.</b> | <b>En los derechos personales (“relaciones jurídicas”) ....</b>   | <b>608</b> |
| 4.1.      | En la prestación .....  | 608        |
| 4.1.1.    | Aclaración previa .....   | 608        |
| 4.1.2.    | Sustitución del objeto de la prestación frente a la<br>imposibilidad de cumplimiento inimputable (“ <i>commodum<br/>repraesentationis</i> ”). ..... | 610        |
| 4.1.2.1.  | Planteamiento. Terminología utilizada .....   | 610        |
| 4.1.2.2.  | Implicancias de los sistemas de mutación jurídico<br>real .....   | 612        |
| 4.1.2.3.  | Insuficiencia de las reglas en el Derecho argentino<br>.....  | 614        |
| 4.1.2.4.  | La subrogación real como antecedente de una<br>personal forzada.....  | 620        |
| 4.1.2.5.  | Implicancias en las obligaciones de fuente<br>contractual .....   | 622        |
| 4.1.2.6.  | Subsistencia de la contraprestación.....  | 624        |
| 4.1.2.7.  | Solo rige respecto de las obligaciones cuya<br>prestación se dirija hacia un objeto determinado .....   | 625        |
| 4.1.2.8.  | Obligaciones de dar para restituir .....  | 626        |
| 4.1.2.9.  | Imposibilidad derivada de la disposición del objeto<br>.....  | 630        |
| 4.1.2.10. | Derechos personales de uso o goce .....   | 632        |
| 4.1.2.11. | Distinción del <i>commodum</i> con la indemnización<br><i>iure proprio</i> .....  | 633        |



|  |            |
|--|------------|
| 4.1.2.12. El caso especial del legado de cosa cierta .....   | 633        |
| 4.1.3. Sucedáneo de la prestación por su imposibilidad imputable al deudor.....                                      | 635        |
| 4.1.4. Supuestos que no implican subrogaciones prestacionales .....  | 638        |
| 4.1.4.1. Efectos con relación al acreedor .....  | 638        |
| 4.1.4.2. Medios de compulsión: astreintes y cláusula penal .....   | 639        |
| 4.2. En el “asiento” de las calidades de ciertos créditos.....   | 640        |
| 4.2.1. Privilegios.....  | 640        |
| 4.2.1.1. Polémica acerca del asiento de los privilegios .....  | 640        |
| 4.2.1.2. Clases de asientos .....  | 643        |
| 4.2.1.3. Ámbito de aplicación de la subrogación real en los privilegios .....  | 645        |
| 4.2.1.4. Naturaleza del objeto de reemplazo.....   | 647        |
| 4.2.1.5. Supuesto de extinción parcial del objeto asiento del privilegio .....                                       | 648        |
| 4.2.1.6. Suerte del privilegio que principia sobre un objeto embargable que es sustituido por uno inembargable ..... | 649        |
| 4.2.1.7. <i>Quid</i> de la subrogación real en los privilegios generales .....                                       | 650        |
| 4.2.2. Facultad de retención .....   | 652        |
| <b>5. En los derechos reales (“poderes jurídicos”).....</b>  | <b>653</b> |
| 5.1. Facultad de persecución: acciones reales .....  | 653        |
| 5.2. Principales.....  | 654        |
| 5.2.1. Dominio .....   | 654        |
| 5.2.1.1. Dominios imperfectos: resoluble y fiduciario.....   | 654        |
| 5.2.1.2. Cosas perdidas .....  | 655        |
| 5.2.1.3. Dominio bajo reglas concursales .....   | 656        |
| a) Precisión inicial.....  | 656        |
| b) Del fallido .....   | 656        |
| c) De terceros.....  | 657        |
| 5.2.1.4. Transformación. Caso especial del contrato de maquila .....   | 661        |
| 5.2.2. Condominio.....   | 662        |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 5.2.2.1. | Reconstrucción del muro medianero.....  | 662 |
| 5.2.2.2. | Partición .....   | 663 |
| a)       | En general .....  | 663 |
| b)       | Un interesante proyecto de ley.....   | 664 |
| 5.2.3.   | Propiedad horizontal.....   | 665 |
| 5.2.4.   | Propiedad indígena .....  | 666 |
| 5.2.5.   | Superficie.....   | 667 |
| 5.2.6.   | De disfrute.....  | 669 |
| 5.2.6.1. | En el usufructo, el uso y la habitación.....  | 669 |
| a)       | Planteamiento .....   | 669 |
| b)       | Garantía suficiente .....   | 673 |
| c)       | El denominado usufructo de disposición .....  | 673 |
| d)       | Destrucción.....  | 673 |
| e)       | Expropiación.....   | 675 |
| 5.2.6.2. | En la servidumbre.....  | 676 |
| 5.3.     | Accesorios en función de garantía.....  | 676 |
| 5.3.1.   | El funcionamiento normal de un derecho real de garantía precisa a la subrogación real .....   | 676 |
| 5.3.1.1. | La facultad de “realización” mira al objeto originario, mientras que la de “percepción” dirige la atención al objeto sustituto..... | 676 |
| 5.3.1.2. | La subrogación real es incompatible con la persecución del objeto originario.....   | 679 |
| 5.3.1.3. | La denominada “extensión” del derecho real de garantía .....  | 680 |
| 5.3.1.4. | Pretendida conversión del derecho real de garantía .....  | 681 |
| 5.3.1.5. | <i>Quid</i> del aseguramiento del objeto.....   | 686 |
| 5.3.1.6. | Irrelevancia de los riesgos asegurados .....  | 687 |
| 5.3.1.7. | El pago por el asegurador.....  | 688 |
| 5.3.1.8. | El titular de la garantía puede reclamar judicialmente el “pago” de la indemnización en la medida del gravamen .....                | 689 |
| 5.3.2.   | Objetos sustitutos diversos.....  | 690 |
| 5.3.3.   | Derecho al remanente.....   | 691 |

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| 5.3.4.   | La subrogación frente a la indivisibilidad .....  | 692 |
| 5.3.4.1. | Nociones.....   | 692 |
| 5.3.4.2. | Subrogación parcial .....   | 692 |
| 5.3.4.3. | Objeto sustituto de mayor valor al crédito<br>garantizado .....                         | 693 |
| 5.3.5.   | La cuestión de la reconstrucción o reposición del<br>objeto afectado .....              | 694 |
| 5.3.6.   | Realización anticipada.....   | 698 |
| 5.3.6.1. | Por un tercero.....   | 698 |
| 5.3.6.2. | Instada por el titular o por el constituyente de la<br>prenda .....                     | 699 |
| 5.3.7.   | <i>Quid</i> del embargo.....  | 700 |
| 5.4.     | Límites a la facultad de disposición jurídica .....                                     | 703 |
| 5.4.1.   | Afectación a vivienda.....  | 703 |
| 5.4.1.1. | Subrogación real de la vivienda: aspectos centrales<br>.....                            | 703 |
| a)       | Precisiones iniciales.....  | 703 |
| b)       | ¿Qué se conserva? .....   | 706 |
| c)       | La técnica del art. 248 puede ser mejorada.....   | 710 |
| d)       | La finalidad involucrada .....  | 712 |
| e)       | ¿Cuáles son las vías para alcanzar la subrogación? .....                                | 712 |
| f)       | ¿Es necesaria una “adquisición”? .....  | 715 |
| g)       | ¿Todos los objetos son aptos como sustitutos?.....                                      | 721 |
| 5.4.1.2. | Subrogación real de la vivienda: dinámica .....   | 721 |
| a)       | Funcionamiento <i>ipso iure</i> de la subrogación real de la<br>vivienda .....          | 721 |
| b)       | Del pretendido efecto retroactivo .....   | 722 |
| c)       | Destino del objeto sustituto.....   | 722 |
| d)       | La pretendida exigencia de un plazo de caducidad. ....                                  | 723 |
| e)       | Problemas probatorios derivados del paso del<br>tiempo.....                             | 723 |
| f)       | ¿Actualización del valor del objeto sustituto?.....                                     | 724 |
| g)       | ¿Es viable multiplicar el objeto de la tutela a través de<br>la subrogación real? ..... | 725 |

|   |            |
|---|------------|
| h) ¿Es posible afectar dinero que será utilizado para adquirir una vivienda? .....                        | 727        |
| i) Sustitución mediante fondos extraños.....  | 729        |
| j) La conservación de la situación jurídica no requiere mantener los mismos derechos sobre el objeto..... | 730        |
| k) ¿Subrogación real de los frutos de la vivienda?.....   | 730        |
| l) ¿Está protegido el remanente de una ejecución permitida? .....   | 731        |
| m) Beneficios tributarios .....   | 736        |
| 5.4.1.3. Subrogación real de la vivienda: eficacia.....   | 737        |
| a) <i>Quid</i> de los problemas probatorios y publicitarios..   | 737        |
| b) Reserva de subrogación .....   | 741        |
| c) Armonización de la “desafectación” del inmueble con la subrogación real.....                           | 743        |
| 5.4.1.4. <i>Quid</i> de la ampliación objetiva.....   | 743        |
| 5.4.1.5. Subrogación real de la vivienda: prospectiva .....   | 744        |
| a) Pretendida reforma al art. 248.....  | 744        |
| b) Nuestra propuesta .....  | 745        |
| 5.4.2. Afectación a vivienda familiar.....  | 745        |
| 5.4.3. Cláusulas de indisponibilidad .....  | 747        |
| 6. En otras situaciones jurídicas .....   | 748        |
| 6.1. Capacidad de la persona.....   | 747        |
| 6.2. Acciones de fraude y de simulación .....   | 749        |
| 6.3. Decomiso y la llamada extinción de dominio.....  | 750        |
| 6.4. En la tipificación de conductas punibles. Delitos contra el orden económico y financiero .....       | 752        |
| <b>Conclusiones .....</b>   | <b>753</b> |
| <b>Bibliografía citada.....</b>   | <b>765</b> |

## INTRODUCCIÓN

### 1. SUBROGACIÓN REAL

El plano de la realidad muestra la existencia de aspectos perdurables y de otros cambiantes. La dualidad puede advertirse no solo ante el análisis de entidades diversas, sino también respecto de un mismo ser. Esto último es lo que acontece con el fenómeno de la subrogación real. La subrogación real conserva una situación jurídica a pesar de que se sustituya su objeto. Es decir, la situación jurídica “resiste” a una variación objetiva, pues su sustancia permanece inalterada.

Tolkien relata la historia de Bilbo Baggins, quien luego de una larga e intensa travesía regresó a su pueblo natal. Para su sorpresa, lo hizo en el medio de una subasta que se estaba desarrollando en su propio hogar. Fue entonces cuando advirtió que había sido declarado presuntamente muerto y que casi todos sus bienes ya habían sido adquiridos por terceros. Como es imaginable, ello derivó en diversos incordios jurídicos que lo acompañaron muchos años. El presuntamente muerto se vio en la necesidad de “recomprar” los objetos que habían sido de su propiedad<sup>1</sup>.

Lo que el autor se guarda para sí es la indicación del origen del dinero que empleó Bilbo Baggins para la readquisición. La

---

<sup>1</sup> TOLKIEN, J. R. R., *The Hobbit or There and Back Again*, London Unwin Book, 1966 (First published in 1937), pp. 276-277.

alternativa es binaria; provino del precio sustituto obtenido en la subasta o de otros valores que se encontraban en su poder. Ese problema y otros análogos son los que procura solucionar la teoría de la subrogación real.

## 2. *QUID* DE LA NECESIDAD DE UNA EXPRESIÓN LEGISLATIVA HABILITANTE DE LA SUBROGACIÓN REAL

Se controvierte acerca de si es posible aplicar la subrogación real en casos no autorizados especialmente por la ley o, por el contrario, si el rol de la ley se limita a desechar su operatividad en una situación jurídica determinada.

La cuestión se conecta centralmente con el fundamento del instituto. El criterio según el cual la subrogación real se trata de una “ficción” gestada por el legislador para resolver casos puntuales, deriva en la necesidad de una expresión legislativa habilitante; mientras que –en general– los partidarios de las teorías de la “realidad” aprecian que no se requiere la positivización para su funcionamiento.

No obstante, los integrantes de la doctrina realista arriban a esa conclusión con diversidad argumental. Algunos estriban a la subrogación real en la interpretación de la voluntad implícita de los interesados o del espíritu de determinada institución. Otros sostienen que ella es un principio en sí misma, o bien la asientan en principios y valores jurídicos; incluso, en parámetros de necesidad o conveniencia. No faltan quienes, a pesar de fundarla en el derecho natural, la circunscriben a su rol instrumental legal o económico.

## 3. RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El interés científico que entraña la subrogación real se arraiga en sus indudables implicancias axiológicas, económicas y demás repercusiones sociales, lo que motivó que desde antaño este instituto ocupe al mundo jurídico. Sin embargo, las soluciones

legislativas y los aportes doctrinarios versan en su abrumadora mayoría sobre situaciones particulares, por lo que carecen de anclajes generalistas que iluminen el sendero a seguir frente al mutismo legislativo. La carencia de trazos metodológicos claros atenta contra los fines más elementales que encierra la subrogación real, que son –en última instancia– la seguridad jurídica, la justicia y el bien común.

Si se compartiera el enfoque que señalamos, se concluiría que es verdaderamente llamativo que en la doctrina argentina existan pocas obras que hayan tenido por objetivo el tratamiento general de la subrogación real. Nos encontramos solamente con tres aportes de esas características, aunque de diversas especies literarias; dos ya lejanos en el tiempo: una monografía de Lafaille<sup>2</sup> y la obra de Quinteros<sup>3</sup> para optar por el título de Doctor, ambas difundidas en el año 1942. Es temporalmente más cercana la tesis doctoral de Saux<sup>4</sup>, que constituye el estudio más profundo y original de la materia consagrado en la doctrina nacional.

A la escasa cuantía de aportes se le adiciona la circunstancia de que todos ellos fueron realizados con un régimen jurídico distinto al hoy vigente. En efecto, todas esas publicaciones han sido realizadas en tiempos en los que regía el Código Civil redactado por el codificador histórico Dalmacio Vélez Sarsfield, cuerpo legislativo que rigió la vida de los argentinos desde 1871 hasta 2015.

De allí la conveniencia de efectuar análisis globales de la subrogación real desde la óptica de la ley en vigor más relevante del Derecho Privado: el Código Civil y Comercial.

---

<sup>2</sup> LAFAILLE, Héctor, “La teoría de la subrogación real”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Ciclo de conferencias, 1942-I, pp. 261 y ss.

<sup>3</sup> QUINTEROS, Federico D., *Subrogación real. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942.

<sup>4</sup> SAUX, Edgardo I., *La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.

#### 4. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Tenemos la aspiración de demostrar que la subrogación real se funda en el principio de conservación de las situaciones jurídicas, y que, por su intermedio, es posible estructurar una teoría general que explique de manera orgánica el instituto y expanda su operatividad a escenarios que no fueron abordados específicamente por el plexo legal.

Nuestra labor iniciará con el análisis de los antecedentes históricos de la figura, para luego poder abordar cuestiones tales como su concepto, fundamento, naturaleza jurídica, órbita de aplicación, presupuesto y requisitos de funcionamiento de las diversas clases de subrogación real<sup>5</sup>.

Con posterioridad, profundizaremos en cómo es posible alcanzar una concepción atípica del fenómeno subrogatorio a través de los principios. Habremos de compararlos con las reglas y los valores, para arribar a la cuestión acerca de si la subrogación real se corresponde o se inspira en un principio general del Derecho. Una postura semejante tiene consecuencias desde la ponderación axiológica, el análisis económico tendiente a advertir su eficiencia y en planos estrictamente sociales<sup>6</sup>.

Seguidamente, destinaremos nuestros esfuerzos a estudiar los efectos de la subrogación real. Estas consecuencias jurídicas estarán encorsetadas por la postura que se adopte respecto de su fundamento y naturaleza jurídica. Sus alcances serán analizados desde la óptica de la situación jurídica en sí misma, como respecto de sus proyecciones con relación a terceros. Nos pronunciaremos sobre las características del efecto subrogatorio y las vicisitudes que pueden incidir en su dinámica<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Véase el Capítulo I.

<sup>6</sup> Véase el Capítulo II.

<sup>7</sup> Véase el Capítulo III.



Con esos puntos de partida, nos abocaremos a la realización de una propuesta de eventuales reglas generalizadoras de la subrogación real que podrían ser incorporadas al Código Civil y Comercial. Para ello, previamente sistematizaremos los distintos ordenamientos jurídicos comparados que prevén a la subrogación real y expondremos sus principales aplicaciones<sup>8</sup>.

Finalmente, ingresaremos en la valoración casuística y señalaremos distintos supuestos típicos y atípicos donde puede funcionar la subrogación real para cumplimentar las finalidades que el ordenamiento jurídico argentino destina a las situaciones jurídicas que se conservan<sup>9</sup>.

## 5. METODOLOGÍA Y FUENTES

Utilizaremos el método analítico-sintético, descomponiendo la estructura del fenómeno de la subrogación real para luego poder aportar una visión original de conjunto sobre ella. Acudiremos a la exposición de casos reales e hipotéticos con la mirada puesta en plantear sus soluciones.

El análisis será abordado desde la óptica y los límites del Derecho Privado, especialmente a partir del Código Civil y Comercial, sin perjuicio del tratamiento de ciertos puntos de contacto con algunas situaciones jurídicas relacionadas con el Derecho Público.

Además de analizar el régimen jurídico nacional, en esta tesis ponderaremos a la doctrina y a la jurisprudencia, pero también habremos de dirigir la mirada a la consideración de diversas legislaciones extranjeras trascendentes en esta área del saber.

La resonancia de la subrogación real no siempre fue idéntica. Según la época, la doctrina ha pasado por la “indiferencia” a la

---

<sup>8</sup> Véase el Capítulo IV.

<sup>9</sup> Véase el Capítulo V.

“pasión” e incluso a una “simple curiosidad”<sup>10</sup>, pero la subrogación real siempre subsistió –como decía Bonnecase– al menos en estado “subconsciente” y hasta llegó a dominar la vida del Derecho civil<sup>11</sup>.

Somos conscientes de que, como enseña Tomás Moro, “...algunos aprueban ideas novedosas por una frívola curiosidad y aceptan ideas peligrosas por perversidad”. Anhelamos que quienes se acerquen a este trabajo coincidan con sus postulaciones por considerar que están aferradas a la verdad y no “...porque les gustaría que así lo fuera”<sup>12</sup>. Pretendemos otorgarle a la subrogación real el lugar que siempre le correspondió en la ciencia y en la práctica del Derecho.

---

<sup>10</sup> RANOUIL, Véronique, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t. 187, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1985, p. 23.

<sup>11</sup> BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, tomo III, §3, p. 11.

<sup>12</sup> MORO, Tomás, “Carta a Erasmo de Rotterdam del 14 de junio de 1532”, *Últimas cartas (1532-1535)*, edición y traducción de Álvaro Silva, Acantilado, Barcelona, 2010, p. 51.

# CAPÍTULO I

## BASES DE LA SUBROGACIÓN REAL

### 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### 1.1. Terminología

El Derecho romano no concibió a la subrogación real bajo la óptica de una teoría general<sup>1</sup>. Es que, como es habitual recordar, los juristas romanos no eran grandes teorizantes del Derecho, sino que estaban más bien inmersos en una concepción eminentemente práctica. Aún más: el sustantivo “subrogación” adjetivado como “real”<sup>2</sup> ni siquiera se encuentra en las fuentes romanas.

No obstante, el origen de la palabra “subrogación” sí es latino: deriva del vocablo *subrogare*<sup>3</sup>. Su surgimiento se ubica en el Derecho público, en donde se lo utilizó, verbigracia, para

---

<sup>1</sup> MARÍN PADILLA, María Luisa, “La formación del concepto de subrogación real”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 510, 1975, p. 1112.

<sup>2</sup> No se piense que la subrogación solo involucra a los derechos reales, puesto que también puede referirse a derechos de crédito u otros derechos. Véase ANDRÉS SANTOS, Francisco J., “Introducción Histórico-Dogmática a la idea de Subrogación Real”, en *Anuario de Derecho Civil Año 1998 - Número 2*, p. 736.

<sup>3</sup> COROMINAS, Joan y PASCUAL, José, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, Volumen V, p. 54. Allí se lee que *subrogare* significa “elegir a uno en reemplazo de otro”.

referenciar a la sustitución de una persona en una magistratura o para aludir a la acción de añadir algo a una ley<sup>4</sup>. Recién en la época de Justiniano comenzaría a emplearse en el ámbito del Derecho privado<sup>5</sup>, aunque en ningún texto romano se encuentra utilizada con el aditamento de “real”.

Similar es lo que ocurre con la palabra *substituere*, en tanto no se la usa para aludir a la subrogación real. Sí se esgrimieron derivados de *permutare* o *succedere*, aunque podría ser controvertible considerarlos como equivalentes técnicos de la “subrogación real”.

Frente a la falta de mención expresa en el Derecho romano, difícilmente pueda encontrarse allí un concepto preciso de esta figura. Aunque a pesar de que no se haya patentizado en una abstracción intelectual, es factible que se encontrara latente a la subrogación real en la praxis económica y jurídica.

En ese orden de ideas, diversas aplicaciones en concreto que sí son perceptibles en los textos romanos permitieron a los denominados “comentaristas” y a la evolución jurídica posterior extraer ciertos elementos fundamentales para la estructuración de esta figura.

## 1.2. Casuística

### 1.2.1. Planteamiento

Por razones como las expuestas en el apartado anterior se concluyó:

“...la investigación de la subrogación real en las fuentes romanas no puede guiarse por criterios terminológicos, sino que es preciso analizar caso por caso si nos encontramos ante supuestos de sustitución de un objeto por otro en una relación jurídica que puedan ser calificados

---

<sup>4</sup> Véase ANDRÉS SANTOS, pp. 681 y ss.

<sup>5</sup> Ídem, p. 683.

como subrogación real. Se trata, por consiguiente, de una investigación marcadamente casuística y exegética”<sup>6</sup>.

Para abordar la labor recomendada por el autor, describiremos a continuación los supuestos paradigmáticos que suelen invocarse para sustentar que la subrogación real subyace en el Derecho romano<sup>7</sup>.

### 1.2.2. *Patrimonio como garantía común*

Es conocido el clásico adagio de que el patrimonio constituye la garantía común de los acreedores, lo que ha pretendido ser explicado como una suerte de *pignus* sobre los distintos elementos integrativos de aquel, ya existentes al momento del nacimiento de la obligación, ya adquiridos con posterioridad.

Leemos en el Digesto:

“En la obligación general de los bienes que cualquiera tuvo, ó que haya de tener, no se comprenderán aquellos que es verosímil que alguno no habría de haber obligado especialmente, por ejemplo, el ajuar; asimismo se ha de dejar al deudor el vestido, y de los esclavos, los que tuviere para tal uso, que sea cierto que él no los había de dar en prenda; por consiguiente, respecto de los servicios que le son muy necesarios, ó de las cosas que pertenezcan á su particular afecto”<sup>8</sup>.

También se expresa:

“Un acreedor recibió en prenda de su deudor todo lo que tuviera entre sus bienes, ó lo que hubiese de tener; se preguntó, ¿habrán comenzado á estar obligadas en prenda á favor del acreedor las mismas monedas que el mismo deudor recibió de otro en mutuo, como

---

<sup>6</sup> Ídem, p. 684.

<sup>7</sup> La transcripción de los pasajes que se realiza en los siguientes apartados está tomada del *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüngen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889-1898.

<sup>8</sup> ULPIANO, D. 20.1.6.

quiera que hayan entrado entre sus bienes? Respondió, que comenzaron”<sup>9</sup>.

Pero de estos pasajes no surge la aplicación de la noción de la subrogación real, aunque esta no sea incompatible con aquellos. La fórmula “como quiera que hayan entrado entre sus bienes” es lo suficientemente elástica como para captar a la idea de la subrogación real, pero también para excederla.

### 1.2.3. *Herencia*

Ciertos textos que refieren a la petición de herencia en el Digesto son sobradamente claros para que el intérprete encuentre en ellos el espíritu de la subrogación real.

Póngase atención a las palabras de Ulpiano:

“...se comprenden en la herencia también las cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, los esclavos, los ganados, y algunas otras cosas que por necesidad se compraron para la herencia. Y si verdaderamente hubieren sido compradas con dinero de la herencia, sin duda estarán comprendidas; pero si no con dinero de la herencia, habrá de verse; y opino, que también éstas se hallan comprendidas, si se tratara de grande utilidad de la herencia, debiendo, por supuesto, restituir el precio el heredero”<sup>10</sup>.

La subrogación real ambulaba aquí por dos andariveles. Por un lado, cuando el dinero de la herencia se utilizaba para adquirir otros objetos, estos últimos eran comprendidos por la herencia. Ahora bien, cuando esos objetos no eran adquiridos con dinero de la herencia “habrá de verse”, pues la herencia solo los englobaba cuando fueran de “grande utilidad” de ella. De presentarse tal supuesto, el heredero le debía “restituir el precio”, lo que producía una subrogación real, pero a la inversa del anterior caso: el

---

<sup>9</sup> SCEVOLA, D. 20.1.34. Véase también SCÉVOLA, D. 20.4.21.

<sup>10</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.

Derecho provocaba la adquisición del objeto por parte de la herencia, pero le asignaba un sustituto al titular del dinero.

Los límites del efecto subrogatorio son analizados en otros fragmentos:

“Pero no todas las cosas que se compraron con dinero de la herencia, van comprendidas en la petición de la herencia. Finalmente, escribe Juliano en el libro sexto del Digesto, que si el poseedor hubiere con dinero de la herencia comprado un esclavo, y á él se le pidiera la herencia, va comprendido en la petición de la herencia, sólo si interesó á la herencia que él fuera comprado; pero que si lo compró por interés propio, se comprende el precio”<sup>11</sup>.

El objeto sustituto solamente era comprendido en la restitución si hubiese interesado a la herencia. Y que ello no se aplicaba únicamente respecto del dinero lo demuestra el siguiente parágrafo:

“Del mismo modo, también si vendió un fundo de la herencia, si es que lo vendió sin causa, así el mismo fundo como los frutos se comprenden en la petición de la herencia; pero si hizo esto para pagar deudas de la herencia, no se comprende mas que el precio”<sup>12</sup>.

La venta del inmueble llevaba a la sustitución de este por el precio, el cual era comprendido en la acción respectiva si la venta se hubiera realizado para pagar deudas de la herencia.

Por otro lado, era posible que el precio que reemplazara a determinados bienes de la herencia se encontrara en las manos de determinada persona. También que un determinado crédito que le correspondiera a la herencia ya hubiera sido cobrado. El Derecho romano tuvo en cuenta estas situaciones:

---

<sup>11</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.1.

<sup>12</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.2.

“Pero también el que posee el precio de los bienes de la herencia es obligado por la petición de la herencia, y asimismo el que cobró de un deudor de la herencia”<sup>13</sup>.

La temática que nos ocupa no solo se conoció en aquellas épocas, sino que fue causa de grandes controversias. Ello queda comprobado con la simple lectura de Ulpiano:

“Además de esto, hallamos que se han discutido muchas cosas respecto á la petición de la herencia, á los bienes hereditarios vendidos, al dolo pasado, y á los frutos; y habiéndose dado sobre ellas una resolución por un Senadoconsulto, es lo mejor interpretar este mismo Senadoconsulto, después de transcritas sus palabras: ‘Como antes que por el Fisco se pidieran las porciones caducas de los bienes de Rustico, hayan vendido la herencia los que estiman que ellos son los herederos, parece bien, que no se han de exigir los intereses del dinero percibido por precio de los bienes vendidos. Y que lo mismo se debe observar en los casos semejantes. Que asimismo parece bien, que aquellos á quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese fallado, deban restituir los precios que á poder de ellos hubiesen llegado de los bienes vendidos precedentes de la herencia, aun cuando aquellos hubiesen perecido ó se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia...’”<sup>14</sup>.

Este Senadoconsulto, normalmente adjetivado como Juvenciano y perteneciente al año 129 –época en la que Adriano fuera Emperador–, demuestra su gran campo de aplicación cuando expresa que “...lo mismo se debe observar en los casos semejantes”. Su amplia órbita también es reconocida en el Digesto<sup>15</sup>:

---

<sup>13</sup> ULPIANO, D. 5.3.16.1.

<sup>14</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.6.

<sup>15</sup> La posibilidad de reclamar de los precios de venta tiene su apoyatura cierta en la idea de subrogación real de aquéllos en el lugar de los objetos respectivos. Pero el Senadoconsulto no da origen a la categoría de la subrogación real, sino que la presupone (Véase CASINOS MORA, F. Javier, “La repercusión del senadoconsulto juvenciano en materia de reclamación de herencia”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n° 23, Valparaíso, 2001, pp. 53-74).



“Lo mismo también si por el Fisco se vindicaran los bienes vacantes, ó si por otra cualquier causa fueron los bienes á su poder<sup>16</sup> (...). No hay quien dude, que, aunque haya sido hecho respecto de una causa pública, también tiene lugar este Senadoconsulto en las peticiones de los particulares<sup>17</sup> (...). Mas no sólo usamos del Senadoconsulto respecto de la herencia, sino también respecto del peculio castrense, ó de otra universalidad<sup>18</sup> (...). Parece bien que este Senadoconsulto hecho para la petición de la herencia, tenga aplicación también en el juicio de partición de herencia; para que no resulte el absurdo de que no puedan dividirse las cosas que se puedan pedir”<sup>19</sup>.

Era nítido que la mala fe del disponente posibilitaba a quien ejercitaba la petición de herencia a la persecución del objeto, lo que descarta en principio toda idea de sustitución objetiva:

“Pero si sabiendo alguno que la herencia no le pertenecía, la vendió, sin duda que no los precios de las cosas, sino las mismas cosas y sus frutos se comprenden en la petición de la herencia...”<sup>20</sup>.

Es menester realizar algunas aclaraciones, puesto que podemos transitar al menos dos escenarios; el del precio aún no cobrado (cuestión de derechos personales) y el del efectivamente cobrado (análisis de derechos reales). Es claro que, para los textos

---

<sup>16</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.7.

<sup>17</sup> ULPIANO, D.5.3.20.9. Téngase presente que el Senadoconsulto Juvenciano fue diagramado con el objetivo de resolver las controversias resultantes de la creencia de ciertos sujetos que por considerarse herederos llevaron adelante la venta de determinados bienes que correspondían al tesoro público.

Las ideas expuestas en estos párrafos se extendieron expresamente a supuestos como los de la partición de la herencia (ULPIANO, D.5.3.25.19), a la petición fideicomisaria de la herencia (PAULO, D.5.6.2), o a la venta de la herencia (JAVOLENO, D.5.3.48).

<sup>18</sup> ULPIANO, D.5.3.20.10. Este pasaje es acusado de ser producto de las interpolaciones del derecho justiniano, pues se entiende que considera al peculio castrense como universalidad, idea que sería extraña al derecho romano clásico (MARÍN PADILLA, p. 1116).

<sup>19</sup> ULPIANO, D.5.3.25.19.

<sup>20</sup> ULPIANO, D.5.3.20.12.

romanos, el fenómeno de la subrogación se producía igualmente en las dos circunstancias, pues cuando el Senadoconsulto se refería al “dinero percibido por precio de los bienes vendidos”, comprendía no solo al efectivamente cobrado, sino también al que “pudo ser cobrado, y no se cobró”<sup>21</sup>. En definitiva:

“El poseedor de buena fe, si hubiere vendido los bienes de la herencia, ya si exigió el precio, ya si no, puesto que tiene la acción, deberá entregar el precio. Pero cuando tiene la acción, bastará que ceda las acciones”<sup>22</sup>.

Observamos que incluso se planteó la cuestión acerca de qué ocurriría si los objetos se hubieran “perdido o disminuido”. Se dijo:

“...el poseedor deberá restituir los precios, aunque las cosas se hayan perdido, ó disminuído<sup>23</sup>. ¿Pero las restituirá solamente si es poseedor de buena fe, ó también si de mala fe? Y si en realidad existieran las cosas en poder del comprador, y no se han perdido, ni disminuido, sin duda que el poseedor de mala fe debe entregar las mismas cosas, ó si de ningún modo pudiera recobrarlas del comprador, tanto cuanto para el pleito se las hubiese jurado. Mas cuando se han perdido ó disminuído, debe entregarse su verdadero precio, porque, si el demandante hubiese conseguido la cosa, la habría vendido, y no perdería el verdadero precio de la cosa”<sup>24</sup>.

Cerban explica la incidencia de la buena o mala fe del poseedor de la herencia de la siguiente manera:

---

<sup>21</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.15.

<sup>22</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.17. También, ULPIANO, D. 5.3.16.5: “El mismo Juliano dice, que si poseyéndola, ó no, hubiere alguno vendido una cosa, se le obliga por la petición de la herencia, ora si ya recibió el precio, ora si pudiera pedirlo, para que también en este caso ceda las acciones”.

<sup>23</sup> GAYO, D. 5.3.21. “Entiéndese por perdido, lo que dejó de existir, y por disminuído, lo que hubiese sido usucapido, y que por esto salió de la herencia”.

<sup>24</sup> ULPIANO, D. 5.3.20.21

“El poseedor de buena fe es responsable solamente con lo que se ha enriquecido; mientras que el de mala fe es deudor del verdadero heredero por todo lo que se ha beneficiado a consecuencia de la posesión de la herencia, y responsable de todo perjuicio que haya producido en la herencia por su culpa o negligencia. En lo que concierne particularmente a la enajenación de las cosas hereditarias, el poseedor de buena fe, responsable solamente con lo que se ha enriquecido, no debe más que el precio recibido (...) al contrario, el poseedor de mala fe debe el precio cuando es mayor que el valor actual de las cosas, o el valor de la cosa si éste es superior al precio, a elección del heredero demandante (...) el que creía en la realidad de su vocación hereditaria (...) deberá en todos los casos, restituir el precio, sea superior o inferior al valor de la cosa, porque el precio es lo que constituye el provecho de la venta. De ahí la consecuencia lógica, consagrada por el derecho romano y admitida por los autores modernos, que en caso de donación de un bien hereditario, el poseedor de buena fe no tenga nada que restituir (...) al contrario el poseedor de mala fe (...) debe el precio si éste es superior al valor de la cosa enajenada, y el valor si el precio es inferior, o si donó la cosa”<sup>25</sup>.

Repárese en que la petición de herencia del Derecho romano ostenta un límite gradual, en función de que en ciertas circunstancias el reemplazo de los bienes sustitutos no dispara el funcionamiento de la subrogación real. Así, “...si vendió una cosa, y con su precio compró otra, vendrá comprendido el precio en la petición de la herencia, y no la cosa que incorporó a su patrimonio”<sup>26</sup>.

Finalizaremos este apartado con lo que creemos que puede considerarse una suerte de máxima general en este ámbito; nos referimos a la que expusiera Paulo:

“Examinad, Padres conscriptos, si acaso sea más justo que el poseedor no realice lucro, y devuelva el precio que por cosa ajena hubiere percibido, porque puede estimarse que en lugar de la cosa

---

<sup>25</sup> CERBAN, Alejandro, “La subrogación real. Su naturaleza y ámbito”, *Jurisprudencia Argentina*, 1941 (julio-septiembre), tomo 75, p. 95.

<sup>26</sup> ULPIANO, D. 5.3.25.1.

venta de la herencia se subrogó su precio, y que en cierto modo este mismo se hizo parte de la herencia”<sup>27</sup>.

Concluye Marín Padilla respecto al fenómeno de la subrogación real en la petición hereditaria:

“1.º, que estaba regido por el principio de equidad (...) 2.º, el fundamento de este nuevo fenómeno jurídico, está en que puede estimarse (ficción) que el precio subrogó a la cosa vendida, y además, teniendo en cuenta la consideración de la herencia como un todo unitario, porque en cierto modo, el precio se hizo parte de la herencia; y 3.º, y muy importante, que lo debido en la petición de herencia no es el valor, la estimación de las cosas hereditarias vendidas, sino el precio, sea o no beneficioso para el heredero, en consideración de que ese es, precisamente, el que procede (...) de la cosa hereditaria vendida”<sup>28</sup>.

#### 1.2.4. *Peculio*

Transcribiremos a título ejemplificativo un supuesto que consta en el Digesto y que suele mencionarse como un caso de subrogación real en el ámbito de la acción tributaria con relación al peculio:

“...no todo el peculio viene obligado a la contribución, sino solamente lo que hay por virtud de aquella mercancía, ya existan las

---

<sup>27</sup> PAULO, D. 5.3.22. Téngase presente que en el original latino no se utiliza ningún derivado del vocablo “subrogación”. Se trata de un fragmento de la *oratio Hadriani* que es conocido por haber sido transcrito por Paulo. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que para algunos autores, Paulo estaría tratando allí el supuesto de una venta de una cosa hereditaria y de su posterior readquisición; se trataría de determinar si el vendedor-poseedor de buena fe debería restituir la cosa hereditaria o su precio y la solución dada por el jurisprudente no sería una aplicación de la subrogación real porque el hecho de que la cosa hereditaria haya vuelto haría desaparecer la sustitución que hace a la subrogación (CASINOS MORA, pp. 53-74).

<sup>28</sup> MARÍN PADILLA, p. 1116.

mercancías, ya se haya recibido ó invertido en el peculio el precio de ellas”<sup>29</sup>.

Así, solo la mercancía respectiva (*merx peculiaris*) y sus subrogantes eran alcanzados por la acción, pero no el peculio en su totalidad. Aquí no pareciera que haya habido un límite gradual, pues todo lo que derivaba de la mercancía valía como sustituto, sea mediante la recepción o inversión de su precio.

### 1.2.5. *Dote*

Más allá de las discusiones doctrinarias acerca de si la dote constituía una universalidad, no es controvertible que con relación a ella se hizo uso del instituto de la subrogación real. Así Ulpiano hace tema con la petición de la dote por la mujer una vez disuelto el matrimonio:

“...sea preferida la mujer (...) solamente en aquellas cosas que fueron dadas en dote, ó se compraron con la dote, como si también estas fueran dotales”<sup>30</sup>.

La mujer era preferida no solamente en los objetos originariamente dotales, sino también en sus sustitutos, pues estos eran considerados como si fueran dotales.

Durante la vigencia del matrimonio también operaba la subrogación real:

“Durante el matrimonio, decimos que la dote puede permutarse de este modo, si esto fuera útil para la mujer, si la permuta es de dinero por una cosa, ó de una cosa por dinero; y eso así se admitió<sup>31</sup> (...) y si se hubiere hecho esto, el fundo o la cosa se convierte en dotal<sup>32</sup>”.

---

<sup>29</sup> ULPIANO, D. 14.4.5.11.

<sup>30</sup> ULPIANO, D. 24.3.22.13.

<sup>31</sup> MODESTINO, D. 23.3.26.

<sup>32</sup> ULPIANO, D. 23.3.27.

En definitiva, a los objetos que se adquirieron con dinero dotal, se los considera dotales. Y viceversa, si con la voluntad de la mujer se hubiere vendido objetos dotales, el dinero percibido será dotal<sup>33</sup>.

### 1.2.6. *Restitutio in integrum*

En esta temática se pretende encontrar “...uno de los pasajes más interesantes que con respecto al principio de la subrogación real se han dado en la Roma clásica”<sup>34</sup>.

“Si pereció la cosa misma que llegó á poder de otro, no diremos que éste es más rico; pero si fue convertida en dinero ó en otra cosa, no ha de inquirirse ya más cuál sea el resultado, sino que de todos modos se entiende que aquel se ha enriquecido, aunque después la pierda. Porque también el Emperador Tito Antonino manifestó por Rescripto á Claudio Frontino respecto á los precios de las cosas de la herencia, que por esto mismo se puede reclamar de él la herencia, porque aunque no estén en su poder las cosas que habían sido de la herencia, sin embargo, el precio de ellas, enriqueciéndose con él, ó más frecuentemente con la transformación en otra especie, le obliga de igual manera que si las mismas cosas hubieren permanecido en su propia forma”<sup>35</sup>.

No es dudoso que la alusión a una cosa que es “convertida en dinero o en otra cosa” tiene ínsitas claras connotaciones subrogatorias y demuestra la amplitud conceptual de los objetos de reemplazo.

### 1.2.7. *Fideicomiso de residuo*

Leemos en el Digesto:

---

<sup>33</sup> GAYO, D. 23.3.54; POMPONIO, D. 23.3.32, y HERMOGENIANO, D. 23.4.78-4.

<sup>34</sup> MARÍN PADILLA, p. 1122.

<sup>35</sup> JULIANO, D. 4.2.18.

“Mas cuando aquel á quien se rogó que después de su muerte restituyese lo que quedare de la herencia, compra otras con el precio de las cosas vendidas, no se considera que disminuyó las que vendió (...) sino que se restituirá por via de dominio permutado lo que se compró con aquel”<sup>36</sup>.

Dentro de la dinámica del denominado “fideicomiso de residuo”, si se vendía algún objeto y con su producido se adquiría otro, este sustituía al primero, lo que ha sido considerado como un claro caso de subrogación real<sup>37</sup>.

Creemos que el débito de restitución “por vía de dominio permutado” impuesto por el texto, es lo suficientemente diáfano para llegar a esas conclusiones.

#### 1.2.8. *Tienda*

Para algunos autores podrían vislumbrarse efectos subrogatorios en una suerte de prenda flotante:

“Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda, se preguntó, ¿no habrá realizado nada con este acto, ó bajo la denominación de tienda se considera que obligó las mercancías que había en ella, y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías, y comprado otras, y las hubiese introducido en la tienda, y hubiere fallecido, podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías, y llevado otras cosas? Respondió: se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor”<sup>38</sup>.

Nótese que no se hace referencia a la manera en que esos objetos salen y entran de la “tienda”, ni si han sido comprados con

---

<sup>36</sup> PAPIANO, D. 31.70.3 y D. 31.71.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Alfredo, *Derecho privado romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996, §686, pp. 415-416.

<sup>38</sup> SCÉVOLA, D. 20.1.34.

el precio de los anteriores<sup>39</sup>. En otras palabras: no queda suficientemente clara la concurrencia de lo que algunos denominan como la “condición de procedencia”.

### 1.2.9. *Usufructo sobre un conjunto de animales*

Se invocan ciertos textos romanos en materia del derecho real de usufructo cuando este recae sobre un conjunto de animales. Así, al estar el usufructuario constreñido a la sustitución de los animales faltantes, operaría en ese momento una modificación objetiva con la jerarquía de una subrogación real<sup>40</sup>, pues los animales sustitutos llenarían el hueco dejado por los faltantes.

#### 1.2.10. *Caso de los banqueros*<sup>41</sup>

El supuesto fáctico es el que se detalla a continuación: los banqueros, luego de prestar efectivamente una cantidad de dinero para la compra de determinados objetos en el mercado, pretendían derechos de preferencia absoluta sobre esos objetos luego de demostrar que ellos habían sido adquiridos efectivamente con el dinero dado en préstamo. Así, si los prestatarios no podían satisfacerles la devolución, solicitaban la adjudicación del objeto adquirido por éstos, como si hubiese sido realmente comprado por los banqueros<sup>42</sup>.

La búsqueda de la adjudicación del objeto como si hubiese sido comprado por ellos, excedía de los contornos de un simple derecho real de hipoteca. Se pretendía, pues, una *suerte de dominio*

---

<sup>39</sup> MARÍN PADILLA, p. 1126.

<sup>40</sup> Véase POMPONIO, D.7.1.69; ULPIANO, D. 7.1.70-3.

<sup>41</sup> Ha sido Díaz Bautista quien ha trabajado esta temática con mayor profundidad y a quien seguiremos en los lineamientos que aquí se exponen (DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *Estudios sobre la Banca Bizantina [Negocios bancarios en la legislación de Justiniano]*, Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1987).

<sup>42</sup> DÍAZ BAUTISTA, pp. 60-61.



*condicional* desde el origen. La cuestión no era jurídicamente menor, pues frente al incumplimiento del débito, el mutuario podría haber estado investido de la acción reivindicatoria con relación a los objetos adquiridos con el dinero prestado<sup>43</sup>, al menos cuando se hubiera podido individualizar su procedencia, pues se tratarían de dueños de pleno derecho<sup>44</sup>.

Para Díaz Bautista, el pedido de los banqueros respondía a un enfoque de la problemática desde una perspectiva económica vulgar y no estrictamente jurídica, al menos desde una concepción romana clásica. Así, parte de la idea de que el dinero dado en mutuo seguía siendo del mutuante. Se trataría de un supuesto paradigmático del influjo del Derecho griego en la legislación justiniana<sup>45</sup>. Es que en ese ordenamiento jurídico no se transmitía al mutuario la titularidad del objeto dado en mutuo.

En el fondo, se confundía la adquisición de la titularidad de un derecho real con el pago del precio<sup>46</sup>, lo que no sería propio de la mentalidad romana clásica, aunque sí de la helenística.

El pago del precio no es tampoco en nuestro ordenamiento jurídico, por regla, un requisito para que se opere la transmisión de un derecho real. Y también el contrato de mutuo dinerario supone la transmisión de la titularidad del dinero, de modo que quien recibe el “préstamo” se convierte en propietario de los fondos y tan solo debe restituir en la oportunidad que corresponda igual

---

<sup>43</sup> Ídem, p. 99.

<sup>44</sup> Ídem, p. 104.

<sup>45</sup> La petición fue efectivamente concedida por Justiniano en la Nov. 136,3.

<sup>46</sup> Como afirma Díaz Bautista en su obra citada, “no se es comprador porque se pague el precio, sino que se ha de pagar el precio porque se es comprador” (p. 76). Argumenta: “Si el precio de la compraventa fue pagado por un tercero, se transmitirá la propiedad al comprador cuando se realizó el acto adecuado para ello y no al tercero que realizó el pago, y del mismo modo sucede cuando el comprador pagó con «dinero de otro»: la propiedad de la cosa habrá de ser transmitida al comprador y no al financiador” (p. 76).

“cantidad”, en la misma “calidad y especie” (véase el art. 1525 y su concordancia con lo dispuesto por el art. 1367 del Código Civil y Comercial).

Ello quiere decir que en el funcionamiento normal del contrato de mutuo no hay lugar para la subrogación real, puesto que el débito consiste en devolver otros objetos y no necesariamente los mismos prestados, aunque en igual cantidad, especie y calidad.

No obstante, el art. 1529 del Código Civil y Comercial dispone: “La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución”.

Si “lo prestado” hubiese sido invertido en la adquisición de otro objeto, el funcionamiento normal del contrato, como dijimos, no permitiría la subrogación real. Ahora bien, si ese contrato se resolviera en virtud del incumplimiento, ¿sería posible acudir a la subrogación real para reclamar lo efectivamente adquirido?

### 1.3. Consideraciones críticas y evolución posterior<sup>47</sup>

No hay acuerdo en la doctrina acerca de si todos los pasajes transcritos del *Corpus Iuris* son verdaderamente indicativos de subrogaciones reales en el pensamiento romano. Creemos que más allá de las posibles discusiones y soluciones divergentes, no es dudoso que la cuestión fue enfrentada por los juristas romanos clásicos; es más el instituto “fue harto conocido y discutido”, y “su campo de aplicación fue grande”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> La vinculación que se suele hacer al desarrollo histórico de la subrogación real está directamente relacionada con ordenamientos jurídicos de raigambre romanista, pero no puede perderse de vista que una institución marcadamente similar fue desarrollada en el derecho anglosajón bajo el instituto del *tracing*.

<sup>48</sup> MARÍN PADILLA, p. 1127. Sin perjuicio de ello, opina que tanto en la prenda de la tienda como en el usufructo sobre el conjunto de animales,

Se adjudica a Bártolo de Sassoferrato (siglo XIV) la elaboración, a partir de los textos romanos, de una serie de máximas o adagios que pretendieron resumir la dogmática de la subrogación real. Son los siguientes: a) *In judiciis universalibus res succedit loco pretii, et pretium loco rei*; b) *In judiciis singularibus, res non succedit loco pretii, nec pretium loco rei*; c) *Subrogatum sapit naturam subrogati*<sup>49</sup>.

En ese orden de ideas, la cosa ocuparía el lugar del precio y el precio el lugar de la cosa únicamente en la órbita de las *judiciis universalibus*, pero no en las *judiciis singularibus*<sup>50</sup>. Y esa

---

en el Derecho romano clásico la subrogación real no fue la explicación de la sustitución en esas posteriormente llamadas universalidades de hecho.

<sup>49</sup> Véase un análisis pormenorizado en ANDRÉS SANTOS, p. 687 y ss.

<sup>50</sup> Al ser las universalidades de hecho equiparadas, en su pensamiento, a las cosas singulares, en ellas no operaba la subrogación real, ya que mientras que las universalidades de derecho podían reclamarse a través de acciones universales, como la petición de herencia, en los demás casos era aplicable una acción reivindicatoria. Sin embargo, "...no puede hacerse una interpretación tan sencilla, puesto que la materia está envuelta en la confusión" (ANDRÉS SANTOS, p. 692). Además, más allá de estos supuestos se habría admitido entre los Comentaristas: a) cuando haya convención; b) en caso de pérdida del objeto y c) en supuestos de insolvencia del comprador, siendo los últimos dos supuestos invocables por razones de equidad. Si bien ello implicaba una considerable extensión de las máximas, la diferencia estribaba en que solamente en las universalidades jurídicas la subrogación real operaba de pleno derecho (ANDRÉS SANTOS, p. 694).

Se explica el significado de la máxima *in judiciis* de la siguiente manera: en una suerte de acción real general como sería la petición de herencia, habría lugar para la subrogación real. En cambio, en la acción real especial que sería la reivindicatoria, no sería posible, por ir dirigida a objetos determinados. Por ello, se dice que el significado de los adagios está lejos del que le dan los partidarios de la doctrina clásica, puesto que el término *Judiciis* se referiría a "acción en justicia" y no apuntaría a la distinción entre universalidades fácticas y jurídicas (Véase ALTAMIRANO SÁNCHEZ, Emilio, "De la subrogación real", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXXIII, núms. 3 y 4, Santiago de Chile, Mayo y Junio de 1936, p. 41).

subrogación provocaría que el subrogante adquiriera la naturaleza del subrogado<sup>51</sup>.

El peligro de los adagios en general ya fue expuesto por algunos destacados juristas<sup>52</sup>. En particular, ciertos autores entienden que tales fraseologías constituían generalizaciones de soluciones particulares y no implicaban la traducción de la *ratio* contenida en aquellos textos y que, por lo tanto, las máximas Bartolistas no podrían extraerse del Derecho romano<sup>53</sup>.

Si bien es cierto que las mencionadas máximas no estuvieron exentas de críticas, ellas gozaron de una aceptación generalizada por mucho tiempo y constituyeron el basamento de la teoría en la doctrina posterior; se afirma que encerrarían un cierto núcleo de verdad<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Pero la cuestión no es tan absoluta como parecería desde la literalidad de la máxima adjudicada a Bártolo (ANDRÉS SANTOS, p. 659).

<sup>52</sup> Véase BONNECASE, §22, p. 24. Allí se lee: “El abuso, si es que no el uso, en la elaboración de las teorías jurídicas de las reglas latinas y de los axiomas jurídicos, fue condenado desde principios del siglo XIX, por el fundador de la escuela científica en su primer período, Athanase Jourdan, Director de *La Thémis*, secundado en esto por sus colaboradores (...); fue condenado también setenta y cinco años más tarde, por el fundador de esta misma Escuela, en su segundo período, Géný, en su crítica del abuso de las construcciones lógicas...”.

<sup>53</sup> FLACH, J., “De la subrogation réelle”, *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), Editions Dalloz, Vol. 14 (1868), pp. 460 y ss.; QUINTEROS, pp. 20 y ss.

Afirma Quinteros que tales adagios “...constituyeron, durante muchos siglos, una rémora para el progreso de la doctrina sobre tan importante institución; recién en el siglo XIX los juristas empiezan a rechazarlos pero quedan aún quienes los siguen invocando y son aquellos que se limitaron a estudiar la subrogación real en los tratadistas clásicos, permaneciendo ajenos a la evolución seguida a través de autores como Demogue, Capitant y muy recientemente por Julien Bonnecase que se puede decir que ha formulado la doctrina más completa sobre la materia” (QUINTEROS, p. 26).

<sup>54</sup> ANDRÉS SANTOS, pp. 696-700.

Pero luego de una época de expansión tanto en la doctrina como jurisprudencia europeas<sup>55</sup>, “la idea de subrogación real fue cayendo en el olvido, (...) si bien nunca se perdió enteramente”<sup>56</sup>.

Llamativamente, a pesar del ataque a la subrogación real por parte de la pandectística alemana del siglo XIX no se consiguió eliminar del todo su presencia en la ciencia jurídica de ese siglo y ello tuvo su correlato en los trabajos preparatorios del BGB como también en la gran simpatía a esta institución en el articulado del Código alemán<sup>57</sup>.

Fue la doctrina francesa la que a partir del siglo XIX, a pesar de la falta de conceptualización en el *Code*, desarrolló los estudios más completos sobre la temática, sobre todo a partir de los trabajos de Flach, Aubry y Rau, y más modernamente con Salleilles, Demogue, Planiol, Capitant, Bonnecase, Lauriol y Ranouil<sup>58</sup>.

La doctrina clásica de la subrogación real, en general, estuvo emparentada por la idea central de que ella consistía en una ficción; la doctrina más moderna se caracteriza por una tendencia

---

<sup>55</sup> “Es sorprendente la labor de la jurisprudencia de los siglos XV al XVII, aplicando con un gran espíritu liberal y progresista la subrogación real allí donde la economía y el tráfico jurídico la reclamaban como altamente beneficiosa” (MARÍN PADILLA, p. 1147). Continúa: “Las máximas de Bartolo, que encerraban a la subrogación real dentro del campo de la *universitas*, no eran ni para la doctrina ni para la jurisprudencia dogmas de fe, sino que, teniendo en cuenta la realidad y el desarrollo industrial y económico de los pueblos y para hacer más flexible el comercio, se acudió al juez, al príncipe, al pontífice y a los acuerdos de los particulares para aplicarla siempre con las suficientes garantías”.

<sup>56</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 700.

<sup>57</sup> Ídem, pp. 700-705, 720 y ss.

<sup>58</sup> Roca Sastre, al analizar la evolución histórica de la subrogación real delimita su objeto de estudio a la doctrina francesa, “...ya que es en la vecina nación donde el problema de la subrogación real ha interesado más vivamente a los civilistas” (ROCA SASTRE, Ramón M., “La subrogación real”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, tomo 33, p. 283).

a considerar que en ella hay una realidad. Decimos tendencia puesto que no es posible afirmar que todos los autores modernos y/o contemporáneos hayan abrazado las teorías de la realidad, ya que la ficción todavía no ha sido desterrada del mundo de la subrogación. Pero sí es posible afirmar que hay una suerte de “propensión” o “inclinación” hacia la dirección de la realidad.

La subrogación real en la historia del derecho tuvo altibajos en su popularidad jurídica. En este sentido, Bonnecase llegó a afirmar que la subrogación ha tomado revancha y que “actualmente” domina la vida del Derecho Civil<sup>59</sup>.

En el Derecho argentino se ha destacado la labor de nuestro codificador histórico, Dalmacio Vélez Sarsfield, quien si bien no realizó un tratamiento orgánico de la subrogación real, sí introdujo en el articulado del Código Civil derogado muchas de las consecuencias de la subrogación real, “ciertamente en mayor medida que en cualquier código de su época”<sup>60</sup>, incluso cuando no se habían publicado todavía estudios de importancia de esta temática. Desde el plano doctrinario, han de ser destacados especialmente los esfuerzos de Quinteros, Lafaille, Guastavino y Saux en la construcción de una teoría general de la subrogación real.

El Código Civil y Comercial no avanzó hacia una teoría general de la subrogación real, aunque sinceró muchas de sus aplicaciones al nominarlas especialmente, tal como se advertirá en el Capítulo V.

Al hacer tema con las numerosas aplicaciones subrogatorias en el Código Civil derogado, Lafaille previno:

“Ha llegado la oportunidad de extender y metodizar las soluciones que consagra el legislador y formar con ellas un sistema (...). No es

---

<sup>59</sup> BONNECASE, §3, p. 11.

<sup>60</sup> LAFAILLE, p. 271.

posible, en efecto, admitir que todas estas normas sean de alcance restrictivo”<sup>61</sup>.

Las grandes discusiones que la subrogación real provocó desde antaño respecto de su concepto, su fundamento, su naturaleza jurídica, su órbita de aplicación y sus requisitos de funcionamiento generó ciertos desconciertos que parecerían revelar un problema insoluble.

En los apartados siguientes de este capítulo trabajaremos con las diferentes teorías que fueron esbozadas, tanto en el derecho local como en el comparado. No lo haremos con una mera perspectiva histórica, sino que intentaremos desentrañar el aporte de cada una de ellas para la elaboración de una teoría actual de la subrogación real.

## 2. CONCEPTO

### 2.1. Planteamiento

Finalizado el análisis de los antecedentes históricos de la subrogación real, es el momento adecuado para que nos ocupemos del concepto de la figura bajo estudio. ¿Qué se entiende por subrogación real?

Los conceptos brindados por la doctrina autoral son muy variados. Transcribiremos algunos de los más relevantes. Luego de ello brindaremos nuestra opinión sobre los puntos más salientes de aquellos.

Existe una creencia relativamente generalizada acerca de la imposibilidad o al menos gran dificultad de brindar una definición de la subrogación real<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> LAFAILLE, p. 276.

<sup>62</sup> Así, se afirmó la imposibilidad de dar una “buena definición” de la subrogación real en CAPITANT, Henri, “Essai sur la subrogation réelle”, *Revue trimestrelle de Droit Civil*, 1919, p. 387. Por esa razón, el autor

Así, se ha dicho:

“Las legislaciones no ofrecen ninguna regulación completa, apta para un tratamiento comprensivo y cerrado, y la dogmática jurídica aún no ha llegado a la elaboración de un concepto riguroso y universalmente válido de este instituto; y no es fácil que llegue a conseguirlo...”<sup>63</sup>.

Las definiciones siempre encierran cierto peligro, pues se corre el riesgo de dejar fuera de ella a ciertos supuestos fácticos, como también de englobar de manera excesiva a otros. A pesar de ello, creemos que es posible brindar una definición razonablemente abarcativa que exprese los puntos más salientes de nuestra visión sobre la subrogación real y que tenga una suficiente justificación desde el plano estrictamente jurídico por adecuarse sin grandes esfuerzos al sistema argentino.

Pospondremos nuestra definición de la subrogación real para el último apartado de este capítulo, pues creemos que su correcta elaboración está condicionada por lo que se exponga respecto del fundamento, la naturaleza jurídica y las demás cuestiones que son objeto de análisis. Solo así podremos intentar alcanzar una proposición que exponga con “claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales”<sup>64</sup> de la subrogación real.

## 2.2. Nociones propuestas

Para Flach:

---

sostuvo que para tener una idea más precisa de la subrogación, es necesario utilizar el método descriptivo. Por su parte, Andrés Santos, con cita de Ranouil, aseveró que la figura presenta un aspecto “proteico”, alérgico a toda definición y que se transforma a medida que el Derecho evoluciona. Además su contenido sería dependiente de cada concreto ordenamiento jurídico positivo, por lo que su delimitación conceptual no resultaría fácil (ANDRÉS SANTOS, p. 732).

<sup>63</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 732.

<sup>64</sup> Véase la 2ª acepción del vocablo “definición” que da el Diccionario de la Real Academia Española.



“La subrogación real es una ficción jurídica en virtud de la cual una cosa, recién ingresada en el patrimonio de una persona, representa, en algunos aspectos, a la cosa que, en su lugar, se ha ido, revistiendo la cosa nueva una o varias de las cualidades de la antigua”<sup>65</sup>.

Según Aubry y Rau:

“La subrogación real es, en el sentido más general, una ficción por cuya consecuencia un objeto viene en reemplazo de otro, para devenir propiedad de la persona a la cual pertenece el mismo, y para revestir su naturaleza jurídica”<sup>66</sup>.

Pothier enfatiza en que:

“Es una ficción de derecho, por la cual una cosa, que se adquiere en lugar de otra que es enajenada, toma la cualidad de la cosa enajenada, en lugar de la cual ella fue adquirida, y a la cual ella es subrogada”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> “*La subrogation réelle est une fiction juridique en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente, à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne*” (FLACH, §3, p. 452).

<sup>66</sup> “*La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient en remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique*” (AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, quatrième édition revue et complétée, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billiard, et Cie Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1873, tome sixième, p. 235).

<sup>67</sup> “*C'est une fiction de droit, par laquelle une chose, que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée, prend la qualité de la chose aliénée, à la place de laquelle elle a été acquise, & à laquelle elle est subrogée*” (POTHIER, Robert J., *Traité de la communauté*, Paris: Chez Debure père; Orleans: Chez la Veuve Rouzeau-Montaut, 1770, tome I, §197, p. 219).

Capitant afirmó la imposibilidad de dar una buena definición, y sostuvo que la definición de Pothier carece de precisión al igual que la suya. En palabras textuales: “*Cette définition, qui vient de nos anciens auteurs, manque incontestablement de précision, tout comme celle que nous avons donnée. Les expressions de qualité, de règles juridiques sont trop vagues pour nous donner une idée nette de la chose définie. Et*

Paulmier señala:

“...la subrogación real es una ficción de derecho en virtud de la cual una cosa nueva toma en un patrimonio, en donde entra, el lugar y ciertas cualidades jurídicas de otra cosa que ha salido de él y a la que representa”<sup>68</sup>.

Bonnecase sostiene:

“La subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, en los casos de enajenación o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, salvo intereses de terceros, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado adquirido en sustitución, los derechos que gravaban al bien que dejó de formar parte del patrimonio”<sup>69</sup>.

En el decir de Santoro Passarelli:

“La subrogación real es una ficción, que debe ser como tal determinada por la ley y en virtud de la cual una cosa es sustituida por otra en una cualidad particular o en el objeto de un derecho real”<sup>70</sup>.

---

*pourtant on ne peut rien trouver de mieux. Cela tient à ce que la subrogation réelle se produit dans des situations très différentes les unes des autres, et que, pour les embrasser toutes dans une même formule, il faut forcément employer un qualificatif très-compréhensif*” (CAPITANT, p. 387).

<sup>68</sup> “...la subrogation réelle est une fiction de droit en vertu de laquelle une chose nouvelle vient prendre dans un patrimoine, où elle entre, la place et certaines qualités juridiques d'une autre chose qui en est sortie et qu'elle représente” (PAULMIER, Edgard, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Imprimerie de Georges Jacob, Orléans, 1882, p. III).

<sup>69</sup> BONNECASE, §30, p. 28.

<sup>70</sup> “La surrogazione reale è una finzione, che dev'essere come tale determinata dalla legge e in virtù della quale una cosa è sostituita ad un'altra in qualità particolare o nell'oggetto di un diritto reale” (SANTORO

Roca Sastre la caracteriza con esta fraseología:

“La subrogación real es aquella figura en virtud de la cual la *situación jurídica* que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a *calificar o afectar* en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla cuando la misma ha sido objeto de una *enajenación o pérdida*”<sup>71</sup>.

Andrés Santos afirma:

“...podemos concebir la subrogación real como la sustitución de un objeto (res) por otro en el seno de un patrimonio determinado, existiendo una relación de causalidad entre la salida de uno y la entrada del otro, y conservándose la misma situación jurídica que afectaba al objeto originario”<sup>72</sup>.

Marín Padilla advierte:

“...es un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más,

---

PASSARELLI, Francesco, *La surrogazione reale*, Attilio Sampaolesi editore, Roma, 1926, p. 8).

<sup>71</sup> ROCA SASTRE, p. 19

<sup>72</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 734. En tanto entiende que esta es una consideración amplia y difusa, la entiende meramente descriptiva y no determinante de características, por ser común a otras figuras de intercambio de bienes, pues “...cualquier compraventa o negocio jurídico oneroso puede ocasionar los mismos efectos que los descritos, y no por ello ha de considerarse siempre una aplicación de la idea de subrogación real”. Por ello, entiende menester algunas precisiones (pp. 734 y ss.): 1) solo tiene razón de ser cuando puede oponerse a terceros o ser invocada por éstos; 2) tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos; y 3) la adquisición es automática e inmediata.

distinto de la acción ‘in rem verso’ y de la ‘condictio’, para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado”<sup>73</sup>.

Según Colmo, la subrogación en general:

“...consiste en la substitución jurídica en cuya virtud una cosa (*lato sensu*) o una persona vienen a ocupar respectivamente el lugar de otra cosa o persona, de tal suerte que en adelante estén sujetas a las mismas condiciones en que se encontraban la cosa o la persona sustituidas”<sup>74</sup>.

Galli aprecia que:

“La subrogación real, es la substitución de una cosa por otra, que pasa a ocupar su lugar, asumiendo la condición jurídica de la cosa reemplazada”<sup>75</sup>.

Para Rezzónico la subrogación real implica:

“...el reemplazo o substitución *del objeto primitivo de una relación de derecho*, por otro que ocupa su lugar en el patrimonio de una persona”<sup>76</sup>.

Dice Guastavino:

“La subrogación real es un supuesto de modificación objetiva –no subjetiva–, cualitativa –no meramente cuantitativa– de la relación jurídica en cuya virtud reunidos ciertos requisitos (titularidad del mismo sujeto sucesivamente de los bienes en cuestión; conexión causal evidente o nexo filiatorio directo y cierto entre la enajenación y la

---

<sup>73</sup> MARÍN PADILLA, p. 1192.

<sup>74</sup> COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, §646, p. 457.

<sup>75</sup> GALLI, Enrique V., en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, tomo II, p. 473.

<sup>76</sup> REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 8ª edición, Librería Editorial Ciencias económicas, Buenos Aires, 1957, p. 455.

adquisición; precepto legal concreto que directa, indirecta y analógicamente autorice la subrogación real o un principio general que sea posible extender al caso), un objeto que ocupa en la relación el lugar que ocupaba en el patrimonio otro objeto, cumpla las mismas condiciones jurídicas e idéntica afectación, respetando la validez y eficacia del acto jurídico que operó la subrogación real favoreciendo el tráfico económico (circulación de bienes) sin provocar un obstáculo al progreso económico ni la frustración de planes de larga duración ni el inmovilismo”<sup>77</sup>.

### **2.3. Consideraciones críticas**

#### **2.3.1. Del recurso de la ficción**

Estamos convencidos de que la ficción no es sino el fracaso de la ciencia jurídica para poder determinar el verdadero fundamento de un determinado objeto de estudio. Consideramos que no es recomendable que en las definiciones se haga alusión a ella. Procuraremos rebatir las “teorías de la ficción” al ocuparnos del “fundamento” de la subrogación real.

#### **2.3.2. De la continua referencia a las cosas**

No es provechoso definir a la subrogación real a partir de la idea de sustitución de “cosas”, como también de “bienes”, pues en nuestro ordenamiento jurídico –como en otros– ello da pie para la confusión. En nuestro Derecho las “cosas” son los objetos materiales susceptibles de tener valor económico, y los “bienes” son tanto los objetos inmateriales, como también un género comprensivo que abarca incluso a las “cosas” (art. 16, Código Civil y Comercial). Es evidente que ello se presta a equívocos no aceptables si se quisiera pretender una definición adecuada.

No nos convence invocar la supuesta categoría de “cosas *lato sensu*”, como lo hiciera Colmo, sino que preferimos hablar de

---

<sup>77</sup> GUASTAVINO, Elías P., “La seguridad jurídica y el principio de la subrogación real”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998, pp. 254 y ss.

“objetos” de situaciones jurídicas. Bajo tal denominación comprenderíamos a las “cosas”, en tanto objetos materiales, como también a los “derechos” que son objetos inmateriales y se engloba así también a las “prestaciones” que son el objeto de las obligaciones.

La idea de referir a la subrogación real con el alcance expansivo de “objetos” fue asumida por algunos autores en las conceptualizaciones transcriptas con anterioridad, como Marín Padilla y Andrés Santos en España, o Rezzónico y Guastavino en Argentina. Así pues, la subrogación real se produce de “objeto” a “objeto”, el primero “sustituido” y el segundo “sustituto”.

### 2.3.3. De la vinculación patrimonial

La referencia a que la subrogación real se presenta en el seno de un patrimonio (Flach, Paulmier, Bonnecase, Andrés Santos, Rezzónico, Guastavino) puede mover a pensamientos desviados, no solo porque puede recordar las discusiones que se generaron en torno de la subrogación real general y la especial<sup>78</sup>, sino también porque puede ser excesivamente limitativa, pues hay situaciones jurídicas que no entran en los moldes patrimoniales clásicos y sin embargo se nutren de la idea de la subrogación real.

Además, podría generarse la falsa idea de que un objeto tiene que “egresar” de un patrimonio y otro debe “ingresar” al mismo, cuando la subrogación real a veces puede funcionar entre objetos que comparten la característica de ya pertenecer al mismo patrimonio<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Véase §9.1.2, Capítulo I.

<sup>79</sup> Véase §8.2.5.1.C, Capítulo I.

#### 2.3.4. ¿Sustitución o modificación?

Longo puntualiza que la expresión “subrogación” significa, tanto en el lenguaje común como en el jurídico, “mutación”, “sustitución”, o “toma del lugar” de otro<sup>80</sup>.

Creemos que no es suficiente conceptualizar a la subrogación real como la “modificación” del objeto de una determinada situación jurídica, tal como lo hace Guastavino.

Es cierto que toda “sustitución” subrogatoria implicará una “modificación”; pero ello no ocurre a la inversa. La cuestión no es menor, pues la “modificación” puede derivar de situaciones tales como la accesión, que en materia inmobiliaria implicará un incremento en el objeto respectivo, pero no una “sustitución”.

“Subrogación” equivale a una “sustitución” calificada. Creemos encontrar una suficiente apoyatura en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que cada vez que en el Código Civil y Comercial se efectuó una alusión expresa a la subrogación real se lo hizo con el alcance restrictivo de “sustitución” de objetos, así en los arts. 248, 1541, 1684, 2194, 2573, 2584.

Alguna duda puede generar el art. 2194 en su parte final<sup>81</sup> que dispone: “en caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”. En tal caso no hay un egreso total de un objeto, por lo que podría controvertirse que hubiera allí una “sustitución” con, verbigracia, la indemnización debida. Sin embargo, se trata de un supuesto típico

---

<sup>80</sup> Véase LONGO, Fillippo, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, Salvatore Romano, Napoli, 1897, p. 3, en donde afirma: “L’espressione surrogazione (subrogation, subrogation, Surrogierung, Nachersetzung) significa, si nel linguaggio commune che in quello giuridico, mutazione, sostituzione, subentrare, pore invece od in cambio”.

<sup>81</sup> El texto completo del artículo es el siguiente: “Subrogación real. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real. En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

de subrogación parcial, cuestión que abordaremos al presentar los distintos criterios clasificatorios. En tanto el egreso es parcial, la sustitución adquiere igual carácter.

### **2.3.5. ¿Representación, asunción de condiciones o naturalezas jurídicas, traslación de derechos o cualidades?**

No nos parece adecuado aludir a una “representación de objetos” (Flach, Paulmier), pues ello sería introducir un giro lingüístico que no sería conciliable con el sistema jurídico. En efecto, para el Derecho la representación atañe exclusivamente a las personas para el ejercicio de los derechos y el otorgamiento de actos jurídicos (arts. 100 y ss., 358 y ss., Código Civil y Comercial).

Aubry y Rau aludieron a que el objeto sustituto pasaría a revestir la “naturaleza jurídica” del sustituido, acaso por la influencia de la máxima *subrogatum sapit naturam subrogati* de los Bartolistas. Como veremos en el §2.1.2 del Capítulo III, se trata de una noción ya superada.

Tampoco nos parece correcto aseverar que un objeto asuma las “condición jurídica” de otro, como surge de las conceptualizaciones de Colmo, Galli y Guastavino. La condición, en sentido técnico jurídico, refiere únicamente a la subordinación de la eficacia de los actos jurídicos a hechos futuros e inciertos (arts. 343, Código Civil y Comercial).

Desde otro punto de vista, no es cierto que se “trasladen” ciertos “derechos” o “cualidades” de un objeto a otro, como sostienen algunos autores. Ello sería sostenible solo en los derechos reales pues, por el carácter de la inherencia, se puede afirmar que el poder jurídico que ellos importan se “aloja” en el objeto. Precisamos de una noción que pueda abarcar a los distintos supuestos, incluso extraños a los derechos reales.



Creemos que, en definitiva, debe aludirse a la perdurabilidad de una determinada situación jurídica<sup>82</sup> a pesar del cambio objetivo, pero no el traslado de una situación a otro objeto. El elemento fluctuante es el objeto y no la situación jurídica que lo cobija.

### 3. DENOMINACIÓN

#### 3.1. Adjetivación del sustantivo “subrogación”

Se ha planteado que no es conveniente designar a esta clase de subrogación como “real”<sup>83</sup>. Ello porque los objetos sustituidos y sustitutos a veces no son objetos materiales, como las cosas, sino que pueden ser objetos de distinta naturaleza, incluso inmateriales. De allí que algunos autores propongan hablar de subrogación “objetiva”.

¿Entonces por qué se la adjetiva de “real”? La cuestión se vuelve más clara cuando se advierte que para el Derecho romano como para los ordenamientos que en este punto lo siguieron, existen tanto *res incorporalis* como *res corporalis*. Los primeros serían objetos inmateriales, como lo son los derechos; los segundos refieren a las cosas.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico es claro en que solo los objetos materiales pueden conformar “cosas” y que los inmateriales deben contentarse con la denominación genérica de “bienes”. Pero creemos que ello no es un argumento suficiente para poner en crisis la denominación tradicional de esta figura, máxime que se trata de la utilizada por la ley en numerosas oportunidades (arts. 248, 1541, 1648, 2194, 2573, 2584, Código Civil y Comercial).

---

<sup>82</sup> Roca Sastre y Andrés Santos aluden correctamente a la subrogación real como funcionando en el seno de las “situaciones jurídicas”

<sup>83</sup> Véase BASSET, Ursula, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 455.

Ya no se controvierte que un derecho real puede recaer no solo sobre cosas sino también sobre derechos cuando excepcionalmente la ley así lo prevé, como en la hipoteca del derecho de superficie o en la prenda de créditos (art. 1883, 2120, 2188, 2232, Código Civil y Comercial). Dado que no se discute la denominación tradicional de “derecho real” a pesar de que este puede recaer sobre objetos que no son cosas, no vemos razones bastantes para desechar la denominación clásica de “subrogación real”.

Por esas razones creemos que es válido que se utilicen indistintamente los adjetivos de “objetiva” o “real” para referirse a esta clase de subrogación, siempre enfrentada a la “subjctiva” o “personal”.

En cambio, no creemos prudente que se designe a esta figura como una “subrogación patrimonial”<sup>84</sup> por el solo hecho de que los objetos sustitutos puedan consistir en derechos “personales” y no necesariamente en “reales”. La propuesta se reduce al absurdo a poco que se admita que la subrogación “personal” también puede desenvolverse en los andariveles clásicos de lo patrimonial.

### **3.2. ¿Cómo se refieren las fuentes del Derecho a la subrogación real?**

En ocasiones tanto la ley como la doctrina apuntan subrepticamente a la subrogación real. Es común que se utilicen fraseologías tales como que un derecho “se extiende” o “se traslada” a otro objeto, que este “subroga”, “sustituye” o “reemplaza” a tal otro, o que un objeto fue “adquirido con” el “producido” de otro, etcétera. Corresponderá al intérprete

---

<sup>84</sup> Lionel Smith se cuestiona: “...‘*patrimonial subrogation*’ might be a better label than ‘*real subrogation*’, since the new asset might itself be a *personal right*” (SMITH, Lionel, “Unauthorized dispositions of trust property: Tracing in Quebec law”, *McGill Law Journal - Revue de droit de McGill*, Vol. 58, n° 4, 2013, p. 805, note 32).

determinar si en esos supuestos existe un verdadero supuesto de subrogación real.

#### 4. FUNDAMENTO

##### 4.1. Planteamiento

Se han esbozado diversas teorías que procuran explicar el fundamento de la subrogación real. En este apartado nos ocuparemos de ellas, tomando como punto de partida la discusión acerca de si la subrogación real se erige sobre una ficción o por el contrario se apoya en la realidad de las cosas.

No denominamos a esta temática como “naturaleza” de la subrogación real –tal como lo hacen algunos–, pues reservamos esa terminología para el que creemos que es su terreno correcto: la “naturaleza jurídica” de ella. Lo que se trata de determinar aquí es su fundamento, es decir, según la Real Academia Española la “raíz”, el “principio”, el “cimiento”, el “origen” en que estriba<sup>85</sup>.

No consideramos que la cuestión acerca del fundamento carezca de relevancia dogmática, como lo han manifestado ciertos autores<sup>86</sup>. Las distintas tesituras tienen una influencia por demás relevante en la cuestión atinente al ámbito y operatividad de la subrogación real, pues dependiendo de la que se adopte se concluirá en un campo de aplicación amplio, intermedio o restringido<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Véase la primera y la tercera acepción del Diccionario de la Lengua Española. Estas razones también nos han motivado a tratar ciertas cuestiones más adelante, aun cuando ellas son habitualmente tratadas bajo el rótulo de “fundamento”.

<sup>86</sup> ANDRÉS SANTOS, pp. 749-750. Dice: “Lo decisivo no es, por así decirlo, el origen, sino los efectos de la subrogación” (p. 750).

<sup>87</sup> Savaux se muestra de acuerdo con esta premisa cuando dice: “*La délimitation de son domaine exact est la plus importante question posée par la subrogation. Schématiquement, il s’agit de savoir si elle doit être cantonnée aux hypothèses où elle a été voulue par les parties, ou imposée*”

## 4.2. Teorías de la ficción

Esta postura que es la asumida por la generalidad de la doctrina francesa clásica<sup>88</sup>, es la primera que aparece en el tiempo. Para sus partidarios toda subrogación entraña una ficción.

Quienes participan de esta tesitura aducen que la subrogación real sería inexplicable desde un plano lógico y solo tendría sentido considerarla como un artificio al cual recurre el legislador, consistente en que un objeto sea considerado como jurídicamente equivalente a otro. En virtud de esta ficción un objeto ocupa el lugar de otro y adquiere su naturaleza jurídica<sup>89</sup> o sus cualidades<sup>90</sup>.

Laurent, como réplica a los autores que pusieron en tela de juicio el carácter ficticio de la subrogación real, se preguntó: ¿cuál es la realidad de las cosas? Afirmó que como el efecto de la subrogación real deriva de la ley y, al ser esta disposición contraria a la realidad, cabría concluir que la subrogación real entraña una ficción<sup>91</sup>.

Santoro Passarelli afirmó:

“...es necesario, contra los ataques unánimes de la reciente doctrina, mantener firme el concepto de que la subrogación real es por

---

*par la loi, ou si, au contraire, elle peut être étendue hors de ces cas, voire érigée en principe général. Il est certain que la nature de la subrogation réelle influence la délimitation de ce domaine”* (SAVAUX, Éric, “Subrogation réelle”, Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil, 1998, p. 3).

<sup>88</sup> AUBRY ET RAU, §575, pp. 235 y ss.; POTHIER, *Traité de la communauté*, §197, pp. 220 y ss.; FLACH, pp. 448-487.

Se ha sostenido que el recurso a la ficción en materia de subrogación real ya se encontraba presente en el Derecho romano clásico (véase MARÍN PADILLA, p. 1116). En posición contraria se ya se encontraba LONGO, p. 7.

<sup>89</sup> AUBRY ET RAU, §575, p. 235 y ss.

<sup>90</sup> POTHIER, *Traité de la communauté*, §197, p. 220. Volveremos sobre la temática de las cualidades en el Capítulo III.

<sup>91</sup> LAURENT, §354, pp. 398-399.

su propia esencia una ficción. En realidad, como se ha señalado, el desconocimiento de este carácter de la subrogación se deriva de la arbitraria extensión del instituto a casos que, por no ser subrogaciones, estaban bien lejos de constituir ficciones. Si delimitamos con precisión los casos de subrogación, veremos que es siempre una ficción y que siempre, como debe ser, es determinada por la ley<sup>92</sup>.

Las consecuencias prácticas de asumir esta postura son evidentes: solamente la ley puede dar nacimiento a la subrogación real, pues las ficciones son de “derecho estricto”<sup>93</sup>. Sin embargo, para algunos autores la ficción puede estar establecida tanto explícita como implícitamente<sup>94</sup>. Además, las ficciones únicamente tienen efecto para el supuesto en que ellas son establecidas: *fictio non operatur ultra casum*<sup>95</sup>.

La teoría de la ficción también puede tener consecuencias en torno a la virtualidad de una convención de las partes involucradas; existe un viejo adagio que reza: *legis est aut consuetudinis introducere fictiones, non etiam hominis* y según algunos partidarios de esta teoría sería inadmisibles otorgar a la convención la fuerza para dar origen a estas ficciones, si la ley no la habilitara especialmente al efecto abdicando sus poderes en manos de los particulares<sup>96</sup>. Cerban explica:

---

<sup>92</sup> “...bisogna, contro gli attacchi unanimi della recente dottrina, tener ben fermo il concetto che la surrogazione reale è per la sua essenza una finzione. In realtà, como si è notato, il disconoscimento di questo carattere della surrogazione è derivato dall’arbitraria estensione dell’instituto a casi che, per non essere di surrogazione, erano ben lontani dal costituire delle finzioni. Se noi però delimitiamo con precisione i casi di surrogazione, vedremo che questa è sempre una finzione ed è sempre, como dev’essere, determinata dalla legge” (SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §11, p. 47).

<sup>93</sup> FLACH, p. 450; LAURENT, §354, p. 399.

<sup>94</sup> Véase SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §11, p. 48; Compárese FLACH, pp. 453 y 457.

<sup>95</sup> POTHIER, *Traité de la communauté*, §78, p. 75.

<sup>96</sup> FLACH, pp. 450-451.

“Desde luego, tomando como punto de partida la idea de que la subrogación es una ficción, es necesario concluir que por ser la ficción de derecho estricto, sólo la ley puede crearla. Ahora bien: se desconoce este principio de derecho si se le reconoce a la convención de las partes el mismo poder que a la ley, admitiendo que la convención pueda establecer una subrogación”<sup>97</sup>.

Las doctrinas de la ficción han llegado a tal extremo que ciertos autores exigían siempre un texto legal que la autorice, por lo que nunca funcionaría de pleno derecho. Por ello, han merecido la denominación de “negativas”<sup>98</sup>.

Sin embargo, la teoría de la ficción también fue atenuada por destacados juristas. Algunos sostuvieron que la subrogación real no siempre es una ficción y que no lo sería cuando ella deriva de la voluntad de los individuos involucrados<sup>99</sup>. Otros sostuvieron que se trataría de una ficción que sería racional y se aplicaría de pleno derecho en las universalidades jurídicas, en oportunidad de su restitución<sup>100</sup>, pero sería irracional en los demás casos y por eso

---

<sup>97</sup> CERBAN, p. 93.

<sup>98</sup> Dice Quinteros: “Comprendemos bajo esta denominación aquellas doctrinas que aparecen en el repertorio de Guyot, en las Decisiones Nuevas de Denisar y que reproduce Rolland de Villargues. Las hemos calificado de negativas, toda vez que en ellas se niega en principio que la subrogación real tenga lugar de pleno derecho ni aun en las universalidades como la herencia y los fideicomisos. Los autores que militan en esta doctrina prohíben en forma absoluta la opinión de que esta institución es una ficción y como tal de derecho estricto, necesitando para que exista un texto legal que la autorice” (QUINTEROS, p. 30).

<sup>99</sup> Esa es la postura asumida por Saleilles que es criticada por SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §8, pp. 31 y ss. Saleilles entiende que en tal caso la ficción no existiría más que en el nombre, puesto que sería en rigor el resultado jurídico de la voluntad de las partes, así en el ámbito de la sustitución de los bienes propios de los cónyuges.

<sup>100</sup> AUBRY ET RAU, p. 235. Según los autores, lo que ocurre es que en el ámbito de las universalidades jurídicas ello estaría justificado por el principio de fungibilidad.

precisaría de una ley o una convención que la estableciera<sup>101</sup>. Por cierto, es más coherente calificar como ficción a lo que se considere irracional y de aplicación excepcional<sup>102</sup>.

Como puede advertirse, ni siquiera los postulados de la teoría de la ficción fueron tan absolutos, pues algunos admitieron su funcionamiento en ciertas circunstancias como una consecuencia lógica de un determinado instituto, verbigracia el patrimonio.

Ranouil, en tiempos más cercanos, ha postulado que la piedra basal se hallaría en el concepto de justicia conmutativa, sosteniendo que el reemplazo de un objeto por otro estaría fundado en la preservación de los derechos; pero como esa disquisición teórica acude al argumento de un “procedimiento artificial” susceptible de aplicaciones casuales, el lector al agudizar la mirada concluirá que este criterio no es más que una variante moderna de la teoría de la ficción<sup>103</sup>. Es que Ranouil no admite para la subrogación real la existencia de un principio general<sup>104</sup> que permita aplicarla más allá de los supuestos previstos por la ley. Su rigidez, sus riesgos y su naturaleza equívoca lo impedirían<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> AUBRY ET RAU, §575, p. 238.

<sup>102</sup> Se sostuvo que para Aubry y Rau la subrogación real es a la vez ficción y realidad (MARÍN PADILLA, p. 1167).

<sup>103</sup> Véase SAUX, pp. 150 y 158-160. En p. 160 se lee: “Hay – respetuosamente dicho– una suerte de nihilismo estructural, una subyacente admisión de que la multiplicidad de aplicaciones obsta decisivamente a la búsqueda de esencias, y hasta un reconocimiento de ficciones con lo cual nada avanzamos, y lejos de ello volvemos al punto de partida”.

<sup>104</sup> Para ANDRÉS SANTOS, p. 718: “Las ideas de Ranouil suponen una ruptura en la línea de investigación de la doctrina francesa, al renunciar a la búsqueda de un principio general inspirador de la subrogación real más allá de la letra de la ley”.

<sup>105</sup> Véase RANOUIL, pp. 19, 55, 57, 61-63, 68-72, 76, 125. Allí se lee que solo circunstancias excepcionales pueden autorizar la subrogación real y que ella es derogatoria del derecho común; incluso afirma directamente que es contraria a la naturaleza de las cosas (pp. 57 y 125), que el

### 4.3. Teorías de la realidad

#### 4.3.1. Planteamiento

La generalidad de la doctrina moderna repudia la explicación de la noción de la subrogación real por medio de la ficción jurídica<sup>106</sup>. Agruparemos ahora a las doctrinas que no apoyan la subrogación real en una ficción, sino en la realidad.

Trataremos de seguir un esquema “lógico” y no tan solo “cronológico”.

Con tal cometido, categorizamos a las teorías de la realidad en “singulares” y en “compuestas”. Referimos como teorías singulares a aquellas que apoyan a la subrogación real en un fundamento único. En contraste, denominamos teorías compuestas a aquellas que no sustentan a la subrogación real en un fundamento único, sino en una multiplicidad de ellos, sin perjuicio de que a veces pudieran adoptar alguno como principal y otro como accesorio o secundario.

#### 4.3.2. Singulares

##### 4.3.2.1. De la realidad excepcional

Longo criticó fervorosamente la teoría de la *fictio iuris*. Afirmó que aunque ella satisfaga la imaginación, no lo hace respecto de la razón. Tampoco sería un buen método para llenar los vacíos de la construcción jurídica y no sería conciliable con las soluciones de los casos particulares. Si la ficción legal fuera aquella por la cual se admite como verdadero lo que manifiestamente no lo es, ella no sería compaginable con la subrogación real, pues el objeto sustituto no perdería su naturaleza y los caracteres que le son

---

inmovilismo sería una ilusión (p. 144), que el recurso a la ficción es indispensable (p. 61) y que las reglas que la permiten no pueden interpretarse extensivamente (p. 72).

<sup>106</sup> Véase por todos, BONNECASE, §15, p. 20.



propios. Llamativamente, a pesar de ello, sostuvo que no le parecía que el carácter de excepción y de derecho estricto pueda ser desafiado seriamente, en tanto no estaría en “nuestro poder” revestir a una cosa de la cualidad física o jurídica de otra<sup>107</sup>, sino que esa es una tarea propia del legislador.

Santoro Passarelli aseveró categóricamente que esas argumentaciones serían inválidas y sus conclusiones contradictorias, aunque sin justificarlo explícitamente<sup>108</sup>. Creemos que las afirmaciones de Longo carecen totalmente de interés práctico, pues no varían sustancialmente en cuanto a los efectos más trascendentes de la teoría de la ficción. Incluso exige una disposición expresa de la ley –lo que excluye a la implícita– para revestir al objeto sustituto de las cualidades jurídicas del sustituido<sup>109</sup>, por lo que es hasta más riguroso que algunos partidarios de la teoría de la ficción.

Esos motivos nos llevaron a denominar a esta teoría con el contrasentido de “realidad excepcional”.

#### 4.3.2.2. De la voluntad implícita<sup>110</sup>

Demogue sostuvo que la ficción sería un medio para el progreso del Derecho y para la consagración de un resultado equitativo, pero tan solo provisional, pues ese recurso duraría hasta que la ciencia estableciera la base natural y científica del instituto respectivo. Creyó encontrar el fundamento de la

---

<sup>107</sup> LONGO, pp. 7 y ss.

<sup>108</sup> SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, p. 47, en nota 131.

<sup>109</sup> LONGO, p. 8.

<sup>110</sup> Una variante de esta teoría sobre el fundamento fue sostenida por Altamirano Sánchez en Chile (Véase ALTAMIRANO SÁNCHEZ, pp. 37 y ss.). En efecto, para este autor la subrogación real produce un “resultado real” que corresponde a la situación que se ha querido mantener, y que “siempre descansa sobre la voluntad expresa o tácita de los interesados en producirla” (p. 65); esa voluntad, en su criterio, puede emanar de los contratantes, del testador o de la ley (p. 71).

subrogación real tanto en el interés del crédito público, como en la voluntad implícita de los contratantes.

Entendió que ciertamente la subrogación real sería un fenómeno extraño, pues parecería querer perpetuar el pasado en el presente, aunque con resultados beneficiosos, ya que permitiría a los particulares perseguir objetivos a largo plazo y garantizaría a las empresas una cierta estabilidad<sup>111</sup>. Es que no podría concebirse una ley recta que no tuviera en cuenta esas situaciones, pues los continuos cambios económicos requieren ciertas metamorfosis de las fortunas<sup>112</sup>.

En su visión, debe asegurarse el valor de ciertos objetos para que se mantenga intacto en cierto momento. Pero como diversos factores pueden determinar su necesidad de enajenación y reinversión, los titulares de la situación jurídica no podrían colocarse en la alternativa de enajenar a tiempo los objetos perdiendo la situación jurídica o exponer los objetos a su pérdida pero manteniendo esta. Así, en ciertas situaciones la subrogación se impondría como una necesidad que debe ser considerada como deseada por adelantado por las partes en el caso de que dependiera de su voluntad; pero en los casos en que la voluntad particular sea impotente, se debe asumir que se trataba de la voluntad implícita del legislador. Por ello, la subrogación real sería la realización de la voluntad implícita del legislador y de los particulares.

Si así no fuera, existiría tan solo un “fantasma” de institución<sup>113</sup>.

Rechazó toda ficción en la subrogación real: en su pensar lo que constituye una ficción es el desacuerdo entre una decisión de la ley con la naturaleza de las cosas. Afirmó que su teoría es una

---

<sup>111</sup> DEMOGUE, R., “Essai d'une Théorie Générale de la Subrogation Réelle”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1901, p. 239.

<sup>112</sup> Ídem, p. 247.

<sup>113</sup> Ídem, p. 247.

interpretación razonable y necesaria de las intenciones del legislador y de los particulares; una iluminación de sus oscuros deseos<sup>114</sup>.

Esta teoría, por sus fundamentos mismos, introduce importantes variantes en el campo de aplicación de la subrogación, pues no sería necesaria una disposición expresa de la ley o la convención para su admisión, sino que se produciría siempre que se esté en presencia de valores de afectación.

No vacilamos al incluir a Demogue dentro de las doctrinas que otorgan un fundamento único<sup>115</sup> a la subrogación real, a pesar de que él la erija en otros pilares como el interés del crédito público<sup>116</sup>. Lo que sucede es que este segundo basamento es meramente económico y no jurídico<sup>117</sup>.

#### 4.3.2.3. Del enriquecimiento sin causa justificada

Marín Padilla sostuvo que, si bien la subrogación real debe ser correctamente diferenciada del enriquecimiento injusto, se trata de principios con unidad de fin que se complementan y a veces son subsidiarios<sup>118</sup>. La subrogación real podría “prevenir” y “evitar” el enriquecimiento injustificado<sup>119</sup>.

En la doctrina argentina se consideró:

“Incluso (...) de alguna manera puede hasta sostenerse que esta última es una de las múltiples manifestaciones de tutela de aquel principio (según el cual nadie puede engrosar su patrimonio, ni por ello verse menguado el de otro, sin una causa válida que lo legitime),

---

<sup>114</sup> Ídem, pp. 247 y ss.

<sup>115</sup> Compárese SAUX, p. 152.

<sup>116</sup> DEMOGUE, p. 247.

<sup>117</sup> QUINTEROS, p. 41.

<sup>118</sup> MARÍN PADILLA, pp. 1200-1205.

<sup>119</sup> ANDRES SANTOS, p. 751.

con lo cual no hay diferencias de esencias, sino, quizás, de instrumentaciones”<sup>120</sup>.

En la órbita del derecho anglosajón se ha sugerido que el *tracing* o la sustitución objetiva de la que participa podría fundamentarse en el principio general que busca evitar el enriquecimiento injusto<sup>121</sup>.

En este orden de ideas, se sostuvo que la “propiedad” no puede ser el fundamento, pues con ello no se daría una explicación normativa. Pero tampoco existiría una oposición lógica entre “propiedad” y “enriquecimiento injusto”, pues si aquella es un acontecimiento (*event*), esta es una *respuesta* a eventos (*response to events*); se sostiene que sería un error de la lógica forzar una elección entre la ley de la propiedad y la ley del enriquecimiento injusto<sup>122</sup>.

Nos ocuparemos del deslinde entre estas figuras en el Capítulo III. Aquí brindaremos las razones que para nosotros son demostrativas de que la idea de enriquecimiento injusto no fundamenta a la subrogación real.

En primer lugar, no siempre la subrogación real busca evitar un enriquecimiento injusto. Piénsese, verbigracia, en el régimen de vivienda; la mutación del asiento de la vivienda no evita un enriquecimiento, sino que prolonga su protección a la nueva sede. No sería legítimo sostener que la masa de los acreedores se hubiera visto enriquecida sin la presencia de la subrogación real, cuando tan solo se hubiera fortalecido su expectativa en la ejecución. En segundo lugar, si bien en algunas circunstancias la subrogación real sí evita un enriquecimiento injusto, como ocurre

---

<sup>120</sup> SAUX, p. 137.

<sup>121</sup> BIRKS, Peter, “Property, Unjust Enrichment, and Tracing”, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001, p. 253; EDELMAN, James, “Understanding Tracing Rules”, *QUT Law Review*, Volume 16, Issue 2, pp. 1-18.

<sup>122</sup> BIRKS, p. 241.

por ejemplo en materia de expropiación, no es posible extender la reflexión para erigirla en postulado general.

#### 4.3.2.4. Del espíritu de la institución respectiva

En virtud de que la subrogación real siempre se desenvuelve en la órbita de alguna otra figura jurídica –verbigracia en el régimen de comunidad de gananciales–, se ha afirmado que el fundamento de la subrogación debe encontrarse en el espíritu mismo de esta última. La excepción estaría dada por algunos supuestos en los que funciona de manera singular o aislada, pues aquí el basamento sería la voluntad de la ley o la voluntad de los particulares<sup>123</sup>.

Desde una tesitura de similares implicancias se ha dicho:

“Podemos decir, pues, que el principio de la subrogación real (...) no tiene fines determinados, sino que éstos dependen de la institución jurídica en donde la subrogación real va a funcionar y del derecho que se trata de conservar por medio de ella y de las normas que lo regulan. Para saber cómo interviene la subrogación real y para qué, es necesario estudiar la institución o caso especial en que interviene y el derecho real que se trata de conservar”<sup>124</sup>.

El mayor de los problemas que tiene la adopción de esta tesitura es el concerniente a la falta de cierta unidad que logre envolver a la subrogación real en un único fundamento teórico. Se trataría, pues, de un casuismo basal que derivaría a la subrogación real a un segundo plano respecto de la figura en donde se desarrolle. Si bien no es adecuado un casuismo restringido en los efectos o en su campo de aplicación, no debe creerse que lo sea uno irrestricto en los fundamentos. Un árbol debe tener una base sólida, sin perjuicio de que pueda alimentarse con muchas raíces y de que sus ramificaciones sean cuantiosas.

---

<sup>123</sup> LAURIOL, Marc, *La subrogation réelle*, Alger, Paris, 1954.

<sup>124</sup> MARÍN PADILLA, p. 1192.

Saux sostuvo:

“Marc Lauriol es quizás uno de los autores que han puesto sus esfuerzos, dentro del análisis del tema de la subrogación real, en buscar los trazos gruesos y generales que permitan hacer salir al mismo del estrecho marco casuístico de la ley...”<sup>125</sup>.

Creemos que en Lauriol la casuística ha migrado su sede: ya no es relevante en lo atinente al ámbito de aplicación de la figura, pero sí lo es en torno al fundamento de la subrogación real, pues aquí dependerá de cada una de las instituciones en las cuales ella despliegue sus efectos.

No debemos tentarnos en caer en el facilismo de derivar el fundamento de la subrogación real a las finalidades propias de la institución en que funcione, pues la teleología de esta no puede contagiarse a aquella. De otra manera habría tantas subrogaciones reales como instituciones donde ella funcionara, cada una con sus moldes propios.

#### 4.3.2.5. De la justicia o equidad

Lebrun fue uno de los primeros autores en desafiar la doctrina imperante en el siglo XVII para colocar en la base de la subrogación real a la idea de justicia. Por ello, en su sistema, además de otros requisitos<sup>126</sup>, para la producción de la subrogación real ella debería responder a un principio de justicia. De allí que no habría ficción cuando se trate de que el objeto de reemplazo absorba las cualidades extrínsecas del reemplazado.

Quinteros reflexiona:

“La concepción, aunque poco precisa, tuvo saludables efectos: pues contribuyó eficazmente a socavar las bases falsas en que los autores habían edificado sus doctrinas (...). Lebrún supo liberarse del

---

<sup>125</sup> SAUX, p. 155.

<sup>126</sup> A saber: a) la existencia de un contrato capaz de producirla; y b) existencia de una cosa susceptible de adquirir la cualidad pretendida.

ambiente jurídico en que vivió y romper los estrechos moldes de los antiguos tratadistas; desgraciadamente la influencia de los discípulos de Bartolo se hizo sentir aún y fue más poderosa, durante mucho tiempo, que los razonamientos sólidos de este autor”<sup>127</sup>.

Si bien “...todas las normas jurídicas están ordenadas teleológicamente hacia la justicia, y así sucede igualmente en las prescripciones de la subrogación real”<sup>128</sup>, esa consideración no aporta un significativo fundamento concreto a esta figura.

Ya Laurent criticó a Toullier, quien pretendió derivar a la subrogación real de la equidad negando su carácter ficticio. Sostuvo que si bien la subrogación produce resultados justos, la equidad por sí sola no sería suficiente para darle lugar<sup>129</sup>.

García-Bernardo Landeta entendió que la amplitud del concepto de equidad no permitiría concretar un avance en la teoría jurídica si se la entendiese como el sustrato de la subrogación, pues no podría tipificar una institución, sino más bien inspirar muchas.

Por su parte, Andrés Santos expresó:

“...la idea de equidad es demasiado general y dogmáticamente poco ilustrativa: como dice Strauch, quien cree tener que apelar a la *aequitas* de una institución está renunciando a comprenderla dogmáticamente más de cerca”<sup>130</sup>.

Una postura de similares inquietudes a las aquí reseñadas es la propia de Bonnacase, de la que hacemos mérito en las teorías compuestas bajo el acápite “de la noción de Derecho”.

---

<sup>127</sup> QUINTEROS, p. 30.

<sup>128</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 747.

<sup>129</sup> LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Libraires-Éditeurs, 1878, tome vingt et unième, §354, p. 399.

<sup>130</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 747. Aunque luego el mismo autor afirma que la subrogación proviene “...de una disposición del Derecho objetivo inspirada en motivos de equidad” (p. 750).

#### 4.3.2.6. Del instrumento de la ley

Parte de la premisa de que un régimen jurídico se atribuye según la naturaleza de la cosa respectiva; entiende que la subrogación real permite aplicar un régimen para el cual no estaba destinado un objeto y ello iría en contra de la lógica iusnaturalista. Sin embargo, la subrogación demuestra proteger los derechos de los particulares. Las modificaciones objetivas pueden llevar a afectar las relaciones de igualdad; la subrogación real reduce este riesgo. Funciona como un instrumento para la implementación de la igualdad y la justicia.

¿Cómo se justifica entonces que un instrumento legal que *a priori* sería contrario a la ley natural pueda satisfacer ciertos fines del derecho natural? La respuesta requeriría una reinterpretación que demuestre que la subrogación no es contraria a la ley natural e incluso que es una herramienta particularmente efectiva de la ley positiva que brinda una comprensión más completa al dejar de lado aspectos meramente físicos; no se reducen las cosas a su forma corporal, sino que se entienden de manera más global. La cosa es, en definitiva, apreciada en tanto valor<sup>131</sup>.

Al considerar a la subrogación real como un mero instrumento de la ley positiva parecería alejarse de las concepciones que pretenden asignarle una vocación expansiva más allá de los supuestos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico.

Para Dupend, el partidario de la teoría que reseñamos, la subrogación real es un instrumento de la ley positiva que puede estar de acuerdo con la ley natural por implementar la igualdad y la justicia.

Paradójicamente podríamos concluir que el fundamento no es aquí la igualdad, ni la justicia o la equidad, pues esos son ciertos

---

<sup>131</sup> DUPEND, Aurélien, *l'argument jusnaturaliste en droit privé patrimonial français*, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de l'université de bordeaux, école doctorale de droit (e.d. 41), sous la direction de Jean-Marc Trigeaud, soutenue le 20 juin 2014, pp. 114-119.



finés del derecho natural, sino que su fundamento es la misma ley positiva respecto a la cual ella es instrumento para alcanzar esa teleología propia del derecho natural.

#### 4.3.2.7. De la irrelevancia formal

En la cultura jurídica del derecho anglosajón se suele explicar el porqué del *tracing*<sup>132</sup> invocando la autoridad del conocido precedente *Taylor v. Plumer* del año 1815<sup>133</sup>. En este se afirmó:

“...la propiedad de un principal confiada por él a su factor por cualquier propósito especial pertenece al principal, a pesar de cualquier cambio que la propiedad podría haber sufrido en punto a la forma, siempre y cuando esa propiedad sea capaz de ser identificada, y distinguida de toda otra propiedad”<sup>134</sup>.

Por esas razones también se dijo:

“...si la propiedad en su estado y forma original estaba cubierta con un *trust* en favor del principal, ningún cambio de ese estado o forma puede despojarlo de ese *trust*, o dar al factor, o a aquellos que lo representan en derecho, cualquier otro reclamo más válido respecto a ella, que el que respectivamente tenían antes de ese cambio”<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> El *tracing* es el concepto bajo el cual se ha desarrollado una institución equivalente a la propia de la subrogación real de los sistemas romanistas.

<sup>133</sup> “*Taylor v. Plumer*”, [1815] EWHC KB J84 (1815) 3 M&S 562; 105 ER 721.

<sup>134</sup> “...*the property of a principal entrusted by him to his factor for any special purpose belongs to the principal, notwithstanding any change which that property may have undergone in point of form, so long as such property is capable of being identified, and distinguished from all other property*”.

<sup>135</sup> “...*if the property in its original state and form was covered with a trust in favour of the principal, no change of that state and form can divest it of such trust, or give the factor, or those who represent him in right, any other more valid claim in respect to it, than they respectively had before such change*”.

También se explicó que el producto o el sustituto del objeto original:

“...sigue la naturaleza de la cosa misma, siempre que pueda ser comprobado que lo sea, y el derecho solamente cesa cuando los medios de la investigación fallan, que es el caso cuando se torna en dinero, y es mezclado y confundido en una masa general de igual descripción. La dificultad que surge en ese caso es una dificultad de hecho y no de derecho...”<sup>136</sup>.

Creemos que de las palabras transcriptas son posibles dos interpretaciones. Una primera, entender que cuando se refiere a propiedad lo hace en el sentido del derecho subjetivo respectivo. Naturalmente, esta explicación acerca del fundamento de la subrogación real presupone un particular entendimiento acerca de los derechos subjetivos que no es directamente compatible con nuestro sistema jurídico. Es que difícilmente nosotros podamos, en el estado actual del Derecho privado, entender a una mutación objetiva como un mero cambio de la forma del derecho respectivo.

Es plausible otra explicación de lo allí expresado, que creemos que es la que mejor trasluce la intención del tribunal. Se ha querido referir a un segundo sentido de la palabra propiedad y es el que la reduce al objeto del derecho involucrado. Esta ambigüedad de la palabra “propiedad” (*property*) también tiene sus resonancias en la lengua española. Dice la Real Academia Española que “propiedad” es tanto el “derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales” (primera acepción) como la “cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz” (segunda acepción). Por ello es que en el

---

<sup>136</sup> “...follows the nature of the thing itself, as long as it can be ascertained to be such, and the right only ceases when the means of ascertainment fail, which is the case when the subject is turned into money, and mixed and confounded in a general mass of the same description. The difficulty which arises in such a case is a difficulty of fact and not of law...”

lenguaje vulgar es legítimo referirse a “su propiedad” para hacer alusión al inmueble sobre el cuál ejerce un derecho real de dominio, aunque ello no sea absolutamente recomendable desde un plano técnico-jurídico, en donde debemos distinguir adecuadamente al “poder jurídico” de su “objeto” y evitar el uso de iguales términos para realidades distintas.

Si bien creemos que esta última es la explicación acerca del vocablo “propiedad” utilizado en *Taylor v. Plumer*, no creemos que la noción allí expuesta sea trasladable directamente a nuestro ordenamiento jurídico. Es que si se sostiene que la pertenencia subsiste “a pesar de cualquier cambio que la propiedad podría haber sufrido en punto a la forma”, encontraremos otro inconveniente, pues en el ámbito de las cosas la palabra “forma” tiene un sentido técnico: el propio que surge de la hermenéutica del art. 2129 del Código Civil y Comercial, y es constitutivo de la sustancia de la misma, lo que se corresponde con la configuración “externa” una cosa determinada.

#### 4.3.2.8. De la buena fe

Alsina Atienza afirma que con la subrogación real se “tiende a tutelar la buena fe, base de las relaciones jurídicas y económicas”, puesto que, verbigracia, ella quedaría sencillamente burlada si los derechos del embargante o la calidad de bien “propio” en el régimen patrimonial del matrimonio pudieran perderse por la mera venta del objeto y no subsistieran respecto del precio obtenido<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Condiciones y efectos jurídicos de las disposiciones de bienes embargados”, J.A., 1933, tomo 43, p. 214.

### 4.3.3. *Compuestas*

#### 4.3.3.1. **De la técnica jurídica, la equidad y la justicia**

Capitant recurre a un doble fundamento en un plano de igualdad. Así, para algunos casos se fundamentaría en que se trata de una institución de la técnica jurídica –única en su género– de la que ningún sistema jurídico podría prescindir<sup>138</sup>. En otros casos, sería una razón de equidad y de justicia la que explicaría su intervención, aunque aquí más restringida<sup>139</sup>.

La fundamentación propiciada por Capitant recibió las críticas de Bonnecase, de las que haremos mérito en el apartado siguiente.

#### 4.3.3.2. *De la noción de Derecho*

Según Bonnecase, la subrogación real de modo alguno respondería a un concepto de ficción<sup>140</sup>; sería la traducción fiel de la sana realidad. La noción de Derecho busca el equilibrio social a través de la salvaguarda y protección positiva de las personas y ella abdicaría su rol si el equilibrio que debe presidir pudiera ser roto por la mera modificación objetiva. Ello implicaría una

---

<sup>138</sup> CAPITANT, p. 389.

<sup>139</sup> Ídem, p. 390.

<sup>140</sup> Es conocida la opinión desfavorable de Bonnecase en torno a las ficciones. Acusa de que el término es impreciso (§44, p. 39); observa que existe un conflicto doctrinal sobre el papel jurídico que deben desempeñar (§45, p. 39); insinúa que desempeñan un papel puramente histórico propio de legislaciones formalistas (§46, pp. 39-40); entiende que se trata de una noción frecuentemente inútil para la interpretación de la ley (§47, p. 40); asevera que no son más útiles que cualquier otra ley para limitar el poder del juez en la interpretación (§48, pp. 40-41); que ellas son incompatibles con la técnica jurídica y la ciencia del Derecho, pues estas buscan la verdad que se extrae de los datos de las fuentes reales. De tal modo, la ficción no podría justificarse ni aun por cuanto busque realizar fines superiores del Derecho, puesto que si las vías fueran anormales, los objetivos devendrían en ilegítimos (§49, p. 41). Finalmente, las califica como un “parásito” que debe ser suprimido para siempre del Derecho (BONNECASE, §51, p. 43).

sumisión del hombre al azar, la fatalidad o el fraude, abandonando la energía y la inteligencia humana, pues sería fácil sacrificar los derechos cambiando por otros los bienes que le servían de objeto. He aquí su fundamentación de la subrogación real<sup>141</sup>.

En su visión, la subrogación real encuentra fundamento, de idéntica manera que las demás instituciones del Derecho, en “los datos de las fuentes reales de las reglas de Derecho aplicadas por medio de nociones técnicas”<sup>142</sup>.

Al igual que Capitant, recurre a la consideración de la subrogación real como un instrumento de la técnica jurídica, pero para Bonnecase ello es tan solo una ilustración secundaria, pues sería insuficiente por sí misma<sup>143</sup>. Si bien está conforme con que la técnica implicaría de alguna manera un carácter ficticio, ello no produciría consecuencia jurídica alguna. Desde el punto de vista de la técnica, la subrogación y su consagración expresa o implícita por la ley se apoyarían en dos ideas. Ante todo, sería frágil la base

---

<sup>141</sup> BONNECASE, §34, pp. 32 y ss. Lafaille, al hacer tema con esta tesis, agrega: “Peor aún, si debiera inclinarse en presencia de los resultados de la culpa o el dolo. Sería también el fracaso del esfuerzo milenario de tantas generaciones para realizar un ideal de justicia. Todo ello, los títulos más seguros, las fundaciones más respetables, se derrumbarían irremisiblemente, a raíz de una simple variante en los bienes que les sirven de plataforma. Nuestro principio vendría en apoyo del crédito (...); en defensa de la buena fe...” (véase LAFAILLE, p. 276).

<sup>142</sup> BONNECASE, §26, p. 27.

<sup>143</sup> En este punto las explicaciones de Bonnecase y Cerban son coincidentes al entender que la técnica jurídica es secundaria respecto de la noción de derecho, que para Bonnecase es el fundamento mismo de la subrogación. Leemos en Cerbán: “...la técnica jurídica es y solamente puede ser un procedimiento destinado a dar un impulso a una noción de derecho. Sin duda, la subrogación real considerada en sí misma constituye un medio, es decir un procedimiento emergente de la técnica jurídica; pero ella encuentra un fundamento en todos los casos, cualquiera que sea su aplicación, en una noción de derecho, en una idea de equidad. Rechazando la distinción hecha por Capitant, es en una concepción unitaria donde debe buscarse la razón de ser de la subrogación real” (CERBAN, p. 94).

del crédito si los derechos basados en un objeto individualizado se perdieran por su desaparición no obstante ser reemplazados por otros; ello equivaldría a la victoria de los elementos puramente materiales sobre el punto de vista social y la noción de valor económico. En segundo lugar, se explicaría por el interés de la organización jurídica en la subrogación real, en tanto serviría para asegurar el desarrollo de la vida social y para mejorar las situaciones particulares.

#### ***4.3.3.3. Del principio de fungibilidad***

Si bien Cerban considera que el fundamento de la subrogación real puede apoyarse en “una noción de derecho” o en “una idea de equidad”, encuentra la razón de ser específica de la subrogación real en el principio de fungibilidad, estimando que la ley lo aplica para salvar los derechos de terceros y de las partes interesadas, y mantener el equilibrio jurídico<sup>144</sup>. Como él mismo admite, Aubry y Rau ya habían recurrido a este principio para fundamentar a la subrogación, pero lo hicieron bajo la máscara de la ficción e influenciados por el derecho antiguo restringieron la órbita de aplicación.

A pesar de manifestar pretensiones unitarias en cuanto al fundamento, lo cierto es que, al igual que en Bonnecase, su fundamentación es compuesta, ya que también admite que la subrogación procede, en cierta medida, de la técnica jurídica.

Según el autor, no se habría subordinado a la fungibilidad a ninguna condición restrictiva concerniente a los caracteres físicos o jurídicos de los objetos, por lo que se trataría de una cuestión de pura intención que dependería exclusivamente de las voluntades del legislador o de las partes, manifestadas de manera expresa o implícita<sup>145</sup>. Por otro lado, entiende que a pesar del cambio físico de los objetos, subsistiría una identidad jurídica entre los bienes

---

<sup>144</sup> CERBAN, p. 94

<sup>145</sup> Ídem, p. 94.

salidos y los que han venido a reemplazarlos, pues no se considerarían en sus individualidades materiales sino en sus valores pecuniarios y primaría una relación de equivalencia entre ellos<sup>146</sup>. Sus ideas generan su particular noción acerca del campo de aplicación de esta figura<sup>147</sup>.

El problema que presenta esta teoría es que no otorga a la cuestión del fundamento contornos bien definidos ni puede justificar porqué en ciertas circunstancias el legislador desecha la subrogación real a pesar de encontrarse con objetos potencialmente sustitutos. Ello sin perjuicio de que, si se considera a los objetos en cuanto al valor que en ellos se aloja, solo circunstancias muy excepcionales podrían negar la fungibilidad.

Nosotros creemos que la fungibilidad no puede ser el fundamento de la subrogación real, pues ella no significa más que una particular posibilidad de sustitución. Como veremos, la cuestión tiene una íntima relación con los presupuestos de la subrogación real, aunque no con su fundamento.

#### **4.3.3.4. De la necesidad o conveniencia**

Roca Sastre, al ocuparse de los asertos de Capitant y Bonnecase, aunque sin negarlos, afirma:

“El fundamento práctico de la subrogación real descansa en razones de necesidad o de conveniencia que atribuyen a esta fórmula jurídica una utilidad evidente”<sup>148</sup>.

Estribar a la subrogación real en razones de necesidad o conveniencia no suma demasiado a la cuestión del fundamento de la figura. No desmentimos que ella sea “necesaria” y “conveniente”, pero ello no es argumento suficiente para erigir a esas circunstancias en el basamento de la subrogación real. Esta

---

<sup>146</sup> Ídem, p. 96.

<sup>147</sup> Véase §6.2.5, Capítulo I.

<sup>148</sup> ROCA SASTRE, pp. 282 y ss.

tesitura no resiste el análisis, pues fácilmente podría advertirse que no responde al interrogante acerca de qué es lo que hace que la subrogación real asuma los caracteres de necesidad y conveniencia. En otros términos: ¿por qué es necesaria o conveniente la subrogación real?

#### ***4.3.3.5. De la conservación de los derechos subjetivos, la economía jurídica y el enriquecimiento sin causa***

García-Bernardo Landeta sostuvo que el basamento de la subrogación real es el principio de conservación de los derechos subjetivos, el cual buscaría una cierta subsistencia de ellos a través de la mera modificación de su objeto (subrogación real perfecta) o, incluso, cuando implique una extinción y correlativa adquisición de un derecho sustituto (subrogación real imperfecta).

Primaría también una noción de economía jurídica, circunstancia que la justifica ejemplificando con la subrogación real en el régimen de la reordenación de la propiedad urbana española.

Pero también insinuó un tercer fundamento: la evitación del enriquecimiento injusto. En ese orden de ideas, la subrogación buscaría evitar un enriquecimiento mediante la conservación de los derechos subjetivos que se encuentra subyacente en el fenómeno de la subrogación real.

### **4.4. Nuestra opinión**

#### **4.4.1. ¿Por qué surgen las ficciones?**

No tenemos duda de que la ficción es el primer modo en que una verdad jurídica se instituye y que surge en épocas en donde la ciencia carece de las herramientas suficientes para dar a un



problema su solución verdadera<sup>149</sup>. En el ámbito de las personas jurídicas, era un lugar común en la doctrina asumir que esas entidades constituían ficciones del Derecho, mediante las cuales, como sostuvo Savigny, el legislador le otorgaba capacidad de derecho a un ente que no tenía siquiera una voluntad propia, sin perjuicio de que no podía otorgarle una capacidad de hecho y por lo tanto requeriría la intervención de un representante que supla esa deficiencia. El paso del tiempo y el mejor desarrollo de la ciencia en este punto llevó a considerar que las personas jurídicas no eran ficciones, sino antes bien realidades, con particular energía desde la irrupción de la teoría del órgano: la persona jurídica no es incapaz y no precisa de un representante, pues ella actúa a través de sus órganos.

Creemos que es esencialmente paralelo lo que sucedió respecto de la subrogación real. En una primera instancia, era común que se la considerara ficción; aunque algunos autores modernos insistan en esa idea pasada, la tendencia es a considerar a la subrogación real como una expresión de la realidad. Con el avance de la ciencia jurídica se debe poder determinar el verdadero fundamento de una determinada figura jurídica.

#### 4.4.2. **¿Qué es una ficción?**

Ya el Escriche se ocupó de definir qué es lo que significa –en su pensar– el vocablo “ficción” para el Derecho; lo hizo del siguiente modo:

---

<sup>149</sup> IHERING, Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3<sup>e</sup> édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, Deuxième édition, Paris, 1880, tome IV, §68, pp. 295-296. El autor considera que la ficción allana las dificultades inherentes a nuevas normas, pero deja intacta la doctrina tradicional en su antigua forma. La ficción daría la espalda a las dificultades en lugar de resolverlas. Implicaría una solución científicamente imperfecta de un problema, una mentira técnica consagrada por la necesidad.

“Una suposición que hace la ley dando á una persona ó cosa una calidad que no le es natural, para establecer en su consecuencia cierta disposición que de otro modo parecería repugnante. La ficción obra sobre los mismos efectos que la verdad, y por tanto debe imitarla sin presentar cosa alguna que sea contraria á la verosimilitud, y sin que se estienda a lo que por la naturaleza de las cosas es imposible...”<sup>150</sup>.

Gény entendió que la ficción jurídica consiste en un concepto que pretende someter una realidad social al poder del espíritu, pero lo hace deformando su naturaleza original para alcanzar ciertos fines. En su criterio la ficción presupone un concepto natural al cual se le opone un concepto más o menos arbitrariamente forjado; en ella habría más de voluntad firme que de inteligencia en los canales normales de la lógica natural<sup>151</sup>.

Savaux sostuvo que en este asunto suele existir una confusión entre los autores y que por ello la noción es a veces mal entendida, pues la ficción jurídica no sería definida por su fidelidad a la realidad material, sino por sus relaciones con el resto del ordenamiento jurídico. Constituiría una ficción cualquier solución que comprometa la coherencia técnica del sistema en sus conceptos y relaciones. Así, se trataría de una ficción si implicara la alteración de algún concepto por la falta de conocimiento de las condiciones o efectos lógicos de aplicación<sup>152</sup>.

Si bien no pensamos que la discusión se reduzca a la relación con la realidad “material”, no consideramos que se someta estrictamente a la determinación de la alteración o no de un concepto jurídico, pues con ese criterio toda solución excepcional devendría en ficción, lo que no es admisible.

---

<sup>150</sup> ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Cía., París, 1851, p. 689.

<sup>151</sup> GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Troisième partie – Élaboration technique du droit positif, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1921.

<sup>152</sup> SAVAUX, p. 3.

Jean Dabin, en su conocido libro sobre “La técnica de la elaboración del derecho positivo”, dedicó un capítulo al estudio de las ficciones del derecho<sup>153</sup>. El ilustre jurista se ocupó, en primer término, de diferenciar las ficciones de las presunciones.

Las presunciones serían realidades relacionadas con la prueba; en cambio, las ficciones jurídicas establecerían como verdadero a los ojos del Derecho una proposición que por hipótesis es falsa<sup>154</sup>.

La presunción declarararía como cierto un hecho de antemano, incluso provisoriamente, pero siempre descansaría en la línea de la verdad; la ficción, por su parte, ignoraría la verdad para crear irrealidades<sup>155</sup>.

La ficción consistiría en un proceder extremo y radical, consistente en falsificar y distorsionar a sabiendas la verdad<sup>156</sup>, de allí que así entendida ella sería excepcional<sup>157</sup>.

El autor se pregunta: ¿sobre qué opera la ficción? ¿Se opone a la realidad natural o tan solo a la jurídica? Le parece evidente que, para ser ficciones, solamente podrían oponerse a las verdades naturales, que son anteriores e independientes a la elaboración jurídica, con exclusión de las “creaciones” del derecho positivo. De tal manera, cuando el legislador considera oportuno contradecir sus propias normas, parecería claro que no sería posible hablar de ficción, sino de abrogación, derogación, excepción, etcétera. El autor ejemplifica: nadie se atrevería a ver en la emancipación una ficción por el solo hecho de contradecir la regla de la incapacidad del menor de edad<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> DABIN, Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles, É. Bruylant; Paris, Recueil Sirey, 1935, pp. 275-345.

<sup>154</sup> Ídem, p. 275.

<sup>155</sup> Ídem, p. 276.

<sup>156</sup> Ídem, p. 283.

<sup>157</sup> Ídem, p. 284.

<sup>158</sup> Ídem, p. 284.

De allí que pueda hablarse de ficción cuando una disposición contraríe una verdad cualquiera del orden de los hechos, de las cosas, de las ideas, de la historia, la ciencia, incluso filosófica<sup>159</sup>. Como puede advertirse, el concepto de realidad “natural” que utiliza el autor simplemente se opone al de realidad “jurídica”<sup>160</sup>.

Así, frente a una realidad económica dada, el Derecho debería darle una regulación adecuada, defendiéndola, permitiéndola, fomentándola, obstaculizándola o facilitándola. Para ello, adjudicará todos los efectos jurídicos pertinentes conforme a su naturaleza<sup>161</sup>.

Lo dicho por el autor equivale a admitir que las ficciones deben ser evitadas. Por eso su carácter excepcional.

#### **4.4.3. La subrogación real está anclada en la realidad**

Nosotros descartamos para la subrogación real toda reflexión encaminada a la ficción entendida esta como una cobertura contraria a la realidad. Nada hay aquí de ficticio; la subrogación real es una fiel traducción de la realidad<sup>162</sup>.

Creemos que la cuestión del fundamento subyacente en la subrogación real puede ser avizorada desde dos planos que son distinguibles para su estudio, pero que se encuentran indefectiblemente unidos.

El primer abordaje posible es desde una perspectiva económica. Cabe preguntarse: ¿la subrogación real impone soluciones discordantes con la realidad económica? Creemos que la respuesta negativa se impone<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> Ídem, p. 285.

<sup>160</sup> Ídem, p. 303.

<sup>161</sup> Ídem, en nota 2 a la p. 306.

<sup>162</sup> BONNECASE, §34, p. 37; QUINTEROS, pp. 15-16.

<sup>163</sup> Jean Dabin, en su obra citada, entiende que la subrogación real es una generalización o adaptación de la idea de fungibilidad por razones de

Así, dado que la moneda es la medida de valor común respecto a los distintos objetos, no es dudoso que toda vez que un objeto ingresa en el haber de un sujeto con causa en el egreso de dinero, o a la inversa, lo hace en cierta manera sustituyendo al otro<sup>164</sup>. La misma idea sería trasladable a objetos distintos del dinero, como otras cosas o derechos.

De allí que nada haya de ficción. El ordenamiento jurídico, al admitir a la subrogación real, lo único que hace es validar una situación económica existente. Así, se ha dicho que si hubiera una ficción, y no es el caso, sería del economista y no del jurista<sup>165</sup>.

Si bien ello denota un carácter esencialmente realista de la subrogación real, lo cierto es que aun no hemos llegado al fundamento jurídico de ella.

---

equivalencia; la fungibilidad en su pensar consistiría en una intercambiabilidad de los objetos basada en una realidad económica preexistente al Derecho (pp. 305-306). Si bien en virtud de sus características físicas las cosas son disímiles las unas de las otras, en su criterio pueden tener un factor común en razón de una misma “afectación” y, por intermedio del dinero, de un mismo “valor”. Por ello sería “normal” y “natural” que desde el punto de vista económico las cosas equivalentes cualitativamente por su afectación y cuantitativamente por su valor pecuniario, sean consideradas intercambiables respecto de todas sus funciones económicas (p. 307).

<sup>164</sup> Longo da cuenta de ciertas opiniones sostenidas por algunos autores italianos en este sentido. Pero Longo afirma que ni siquiera el dinero, una medida común de todos los valores, puede sustituir perfectamente cualquier otra cosa. Y que aunque sea útil atribuir a la naturaleza económica de las instituciones legales una influencia decisiva en la regulación de sus consecuencias, no se podría descuidar la base del Derecho e intercambiar conceptos económicos con jurídicos sin correr el riesgo de destruir el edificio de la ley (véase LONGO, pp. 9-10).

<sup>165</sup> DABIN, p. 307. En la nota 2 a esa página se opone a la opinión de HENRY, A., *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913, pp. 392-294, acerca de que la subrogación sería un “procedimiento de técnica jurídica”. En particular, Dabin asevera: “ni ficción, ni procedimiento de técnica jurídica: solución científica, dictada por la economía y aprobada por el Derecho”.

Desde el plano estrictamente jurídico, no debe pasarse desapercibida la discusión en doctrina acerca de si en el fondo de la subrogación real es posible vislumbrar algún principio general del derecho. Entre quienes así lo entienden, la cuestión se encuentra dividida en torno a si la subrogación real es en sí misma un principio, o si por el contrario es fundamentada por uno.

Nosotros creemos que el fundamento jurídico de la subrogación real se aloja en un principio: el de conservación de las situaciones jurídicas. La argumentación y las consecuencias de la postura que asumimos serán objeto de análisis particularizado en el Capítulo II.

Si la subrogación real, como creemos, se fundamenta en la realidad económica, como también en un principio del derecho, no es lícito sostener que ella se funda en una ficción, sino que antes bien lo hace en la realidad<sup>166</sup>.

## 5. NATURALEZA JURÍDICA

### 5.1. Planteamiento

Es corriente que en doctrina se trate bajo la rúbrica de “naturaleza jurídica” de la subrogación real a la discusión acerca

---

<sup>166</sup> Compárese lo que decimos con la opinión de Colmo quien, con especial atención a la subrogación personal, desde una perspectiva realista expresó: “Caracterizar una institución como ficción (...) en virtud de que no encuadra en los principios tradicionales, es dar prueba de una de estas dos cosas: o que la institución es arbitraria, o que los principios no responden a necesidades reales. Y como lo primero debe ser descartado, pues nadie niega lo conveniente, y hasta indispensable, de la subrogación, no queda sino lo segundo. Pero entonces cámbiese esos principios (...). Nada, pues, de ficción: la subrogación es una institución tan jurídica y positiva como cualquier institución que se impone. Si no se ajusta a los principios, que se acomoden éstos a ella, como cuadra, por lo mismo que la realidad es ella, que dimana de los hechos y de la vida, y no los principios, que son meros conceptos y categorías mentales que carecen de todo valor si no sirven para interpretar esa realidad” (COLMO, p. 462).

del carácter ficticio o la nota de realidad subyacente. Nosotros nos ocupamos de esa temática en el apartado anterior, pues consideramos que ello nada expresa sobre la naturaleza jurídica en sí, sino más bien sobre el fundamento de la subrogación.

En rigor, la cuestión de la naturaleza jurídica atañe a la esencia de una determinada realidad del Derecho. A continuación, elaboraremos un estado de la cuestión, para luego explicitar nuestro criterio.

## 5.2. Estado de la cuestión

### 5.2.1. *Institución jurídica*

Bonniecasse es el principal partidario de la teoría que caracteriza a la subrogación real como una institución jurídica<sup>167</sup>, aunque sin caracterizar a esta adecuadamente.

El concepto de “institución” para el Derecho es polisémico. Es conocida la definición de Hariou:

“...una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos”<sup>168</sup>.

Luego asevera que “existen dos tipos de instituciones”, las “instituciones–personas” y las “instituciones–cosas”. Las primeras serían aquellas que se personifican, como los Estados y las asociaciones, en donde el poder organizado y las manifestaciones

---

<sup>167</sup> BONNECASSÉ, §30, pp. 28-29.

<sup>168</sup> HARIOU, Maurice, *La teoría de la institución y de la Fundación (ensayo de vitalismo social)*, Traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 39-40.

de comunión se interiorizan en la idea de la obra; “la idea deviene el sujeto de la persona moral que se desarrolla en el cuerpo constituido”. En la segunda categoría, las manifestaciones de comunión no están interiorizadas en la idea de la obra, permanecen externas a ella. En esta categoría ingresa la “regla del derecho” socialmente establecida:

“...es institución, porque en tanto que es idea, se propaga y vive en el medio social, pero ella no engendra, visiblemente, una corporación que le sea propia: vive en el cuerpo social –en el Estado, por ejemplo– tomando de éste su poder de sanción y aprovechando de las manifestaciones de comunión que se producen en él...”<sup>169</sup>.

En su criterio, los “elementos importantes” dentro de un sistema jurídico son sus “actores jurídicos”, o sea, los “individuos” y las “instituciones corporativas”, puesto que las “reglas de derecho” representan ideas de límite y no de “empresa y de creación”<sup>170</sup>. De allí que las instituciones “determinan” las reglas de derecho<sup>171</sup>.

La institución jurídica también ha sido definida como un conjunto de disposiciones del Derecho concernientes a las relaciones jurídicas de una clase determinada, o incluso como un conjunto de disposiciones del Derecho relativas a las formas básicas y típicas de la organización jurídica que representan las líneas constructivas del plan de organización estatal y sus grandes principios<sup>172</sup>.

Vallet de Goytisolo distingue entre diversos tipos de instituciones jurídicas:

“...instituciones orgánicas o corporativas, por una parte, e instituciones de figura estructural o tipo, por otra (...) éstas, a su vez,

---

<sup>169</sup> Ídem, p. 40.

<sup>170</sup> Ídem, p. 76.

<sup>171</sup> Ídem, p. 77.

<sup>172</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, 2º edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 563.



se subdividen en instituciones predominantemente estructurales, tipificadas como situaciones jurídicas, y en instituciones funcionales, dinámicas en cuanto referidas a hechos, actos o negocios jurídicos”<sup>173</sup>.

Las primeras se corresponderían con el concepto de Hariou para las instituciones que se personifican; las segundas serían figuras-tipo elaboradas por la práctica jurídica que “estructuran y dan forma a ciertos núcleos de relaciones jurídicas”<sup>174</sup>. Vallet avanza aún más: las instituciones pueden ser típicas o atípicas<sup>175</sup>.

Como podrá advertirse, incluir a la subrogación real bajo el concepto de “institución jurídica” dependerá en buena medida del alcance que se le dé a este término.

Creemos con Marín Padilla que aunque la subrogación real no participe del concepto de institución jurídica, puede afirmarse que interviene en diversas instituciones para cumplir sus fines, usando de sus propios medios<sup>176</sup>.

### 5.2.2. *Fenómeno de persistencia*

Roca Sastre concluye:

“La *naturaleza jurídica* de la subrogación real se desprende del concepto antes dado de la misma. Es el fenómeno de persistencia de una situación jurídica, a pesar del cambio o mutación o transformación

---

<sup>173</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, Nº 1, 2002, p. 28. Explica que las instituciones del segundo grupo, o sea las figuras-tipo, se estudian desde un aspecto estructural sin atender a los cambios que pueda producirse en ellas, como en la propiedad, el usufructo, el matrimonio, etcétera, o en su aspecto dinámico o funcional, en cuanto producen el tránsito de una situación inicial a una final, como en los hechos jurídicos que producen algún cambio en la situación, ya en sus sujetos, en el objeto, en el contenido, o en su existencia misma.

<sup>174</sup> Ídem, p. 29.

<sup>175</sup> Ídem, pp. 29-30.

<sup>176</sup> MARÍN PADILLA, p. 1191.

de la cosa originariamente afectada, proyectándose intacta la situación jurídica sobre el elemento primordial que ha sustituido al elemento reemplazado o cambiado”<sup>177</sup>.

Si se observa con atención, debería advertirse que esta tesis en rigor no se está haciendo cargo de la naturaleza jurídica de la subrogación real, sino de sus efectos. Sin embargo, partiendo de sus efectos nosotros llegamos a otra conclusión. La naturaleza determina las consecuencias y no a la inversa; pero a partir de ellas es posible conocer qué es lo que las genera. Profundizaremos nuestra opinión más adelante.

### 5.2.3. *Medio de adquisición*

Se ha postulado que la subrogación real constituiría un medio de adquisición de derechos subjetivos, a la manera de la prescripción adquisitiva o la sucesión. Esta teoría parte de una peculiar noción del derecho subjetivo, pues considera al objeto particular del mismo como esencial para su existencia; tanto es así que la mera modificación produciría la extinción del derecho y –en su caso–, el nacimiento de uno nuevo, aunque con un objeto diverso.

Por cierto que aceptar una noción como la expuesta implicaría adoptar una concepción que podría denominarse como *intuitu rei*.

Andrés Santos explica:

“Los derechos que recaían sobre el primero desaparecen con su salida de la situación precedente, y se fundan nuevos derechos sobre el objeto de reemplazo, que pueden ser idénticos a los anteriores o de distinta naturaleza”<sup>178</sup>.

Como podría suceder que por esa mutación objetiva un derecho real deviniera en personal, el autor previene:

---

<sup>177</sup> ROCA SASTRE, p. 286.

<sup>178</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 750.

“Lo importante es que el subrogado entre automáticamente en el círculo jurídico al que pertenecía el objeto de derecho enajenado o desaparecido. La consecuencia es el mantenimiento de una situación jurídica análoga a la existente antes del reemplazo de bienes, pero con nuevos derechos atribuidos al titular de los antiguos”<sup>179</sup>.

A partir de esas consideraciones, concluye que la subrogación consiste:

“...en un procedimiento de atribución de derechos sobre la base de la pérdida de derechos anteriores que recaían sobre objetos que han sido sustituidos, en virtud de una disposición del Derecho objetivo inspirada en motivos de equidad”<sup>180</sup>.

La subrogación real se presentaría en este esquema como un fenómeno de adquisición de tipo especial, pues supondría una excepción a los principios “normales” del Derecho patrimonial, por razones de equidad. La singularidad estaría dada porque la subrogación se impondría por encima de la voluntad particular; además tendría efectos más allá de las partes inmediatamente involucradas y se extendería incluso frente a personas que quizás “...no conocían en absoluto la existencia de tal subrogado”<sup>181</sup>.

En el mundo anglosajón se preguntan: ¿el *tracing* crea nuevos derechos de propiedad? La cuestión se encuentra dividida entre quienes sostienen que nunca se configuran nuevos derechos, sino que en rigor lo que se permite es hacerlos valer en diferentes bienes, y entre quienes entienden que el ejercicio de estas facultades genera nuevos derechos, por –verbigracia– tener un contenido distinto<sup>182</sup>. La primera postura acercaría la subrogación

---

<sup>179</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 750.

<sup>180</sup> Ídem, p. 750.

<sup>181</sup> Ídem, p. 752. Acerca del alcance de los efectos frente a terceros, véase el Capítulo III.

<sup>182</sup> Véase ROTHERHAM, Craig, “The Metaphysics of Tracing: Substituted Title and Property Rhetoric”, en *Proprietary Remedies in Context: A Study in the Judicial Redistribution of Property Rights*, Hart Publishing, London, 2002, pp. 96-98.

real a quienes entienden que ella es un medio de adquisición; la segunda es compatible con el pensamiento de quienes vemos en la subrogación real un medio de modificación de situaciones jurídicas.

Es cierto que en variadas ocasiones la sustitución objetiva provocará que se extingan relaciones o poderes jurídicos para alumbrar otra situación jurídica con un objeto distinto que haría las veces de subrogante. Pero creemos que lo que debe ponderarse es la situación jurídica subyacente que el ordenamiento procura conservar: ella siempre permanece cuando opera la subrogación real. Volveremos sobre estas ideas al tratar la pretendida clasificación de la subrogación real en “perfecta” e “imperfecta”,

Expliquemos la cuestión con un ejemplo que se da en la dinámica de un contrato de fideicomiso. Si se enajenara a título oneroso un objeto del dominio fiduciario, integrante del patrimonio fideicomitido, el objeto sustituto consistente en el precio debido sería un crédito, también bajo una propiedad fiduciaria; una vez pagado el débito, podría alumbrarse nuevamente un dominio en estricto sentido, si así correspondiera. Sucesivamente se habrán adquirido derechos reales o personales, pero lo modificado objetivamente no fueron ellos, sino el “objeto” de la “propiedad fiduciaria”. Siempre permaneció la situación jurídica de “propiedad fiduciaria”, unas veces enraizada en la titularidad de un “dominio fiduciario”, otras en la titularidad fiduciaria de un crédito.

A pesar de que en algunas oportunidades exista una atribución de nuevos derechos, ello no es definitorio de la verdadera naturaleza jurídica de la subrogación real. Ella siempre consiste en una “modificación” objetiva por sustitución.

#### **5.2.4. Representación y ratificación**

Andrés Santos advierte:

“Especialmente frecuente en la literatura alemana ha sido el intento de reconducir los casos de subrogación real a un tipo de adquisición por medio de representante. Los efectos de la subrogación estrictamente ‘real’ son análogos a los de la representación directa o inmediata, por cuanto el adquirente de un derecho no lo hace para sí mismo, sino para otro, o para un patrimonio distinto de su patrimonio personal. En la representación directa, los efectos de los actos negociales realizados por el representante en el ámbito de su poder recaen exclusiva e inmediatamente en la esfera jurídica del representado. Pero, a diferencia de lo que ocurre en la subrogación real, la voluntad del representante de actuar *nomine alieno* desempeña un papel decisivo, y así debe ser conocido por el tercero con el que negocia”<sup>183</sup>.

Si la subrogación real fuera una derivación de la idea de representación, nuestro ordenamiento jurídico vedaría su atipicidad. Es que el art. 358 del Código Civil y comercial, en su segundo párrafo establece: “La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica”.

Si la subrogación “legal” derivara únicamente de una “regla” de derecho y no pudiera hacerlo de un “principio”, el ámbito de aplicación de la misma sería mucho más acotado.

De todos modos, el argumento central para rechazar la idea de representación en la subrogación real es la siguiente, que coincide parcialmente con lo expuesto por Andrés Santos. La representación implica manifestaciones de voluntad en nombre e interés ajeno y es menester que concurren tres requisitos: a) que el representante tenga facultades suficientes para su investidura; b) que actúe dentro de los límites de las facultades conferidas; y c) que invoque en nombre de quien realiza el acto. Cumplidos esos requisitos, los actos celebrados producen efecto directamente para el representado (arts. 359, 366, Código Civil y Comercial).

---

<sup>183</sup> ANDRÉS SANTOS, pp. 751-752.

Nada de eso hay en la subrogación real; por lo tanto, verbigracia, aun cuando el heredero aparente no obra en representación de los “herederos de mejor o igual derecho” deberá restituir el precio recibido (art. 2315, Código Civil y Comercial), el cual integra la masa partible (art. 2376, Código Civil y Comercial).

En el derecho anglosajón se ha propuesto categorizar al *tracing* dentro de la noción de la “ratificación”<sup>184</sup>. Evidentemente ello parte de la consideración de que para el funcionamiento de esta figura sería menester la disposición de un objeto sin legitimación suficiente. Así, el verdadero propietario ratificaría con efecto retroactivo una enajenación que no fue autorizada, para luego reclamar sobre su producido.

Analizaremos la cuestión desde la óptica de nuestro sistema jurídico. La “ratificación” implica un acto jurídico unilateral en virtud del cual el negocio celebrado por un tercero deviene vinculante para quien manifiesta su voluntad en ese sentido. Se trata de un saneamiento que integra al acto dotándolo de la legitimación de la que carecía el que obró, ya sea porque actuó por sí, prescindiendo del legitimado, o lo hizo por este último sin que tuviera la facultad de representación o la hubiera excedido<sup>185</sup>.

Puede ser expresa o tácita, es decir, derivada de “cualquier acto o comportamiento concluyente que necesariamente importe una aprobación de lo que haya hecho” (art. 371, Código Civil y Comercial); por ejemplo, la ejecución de las obligaciones implicaría una clara ratificación tácita (arg. art. 1025 *in fine*, Código Civil y Comercial). La ratificación purga los defectos de legitimación de los que adolece el acto otorgado sin la autorización respectiva, con efectos retroactivos al día de su celebración, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe (art. 369, Código Civil y Comercial).

---

<sup>184</sup> Véase la discusión en ROTHERHAM, pp. 100-101.

<sup>185</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B., y VÁZQUEZ, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 56 y ss.

No es posible subsumir a la subrogación real en la noción de ratificación. Ante todo porque la subrogación real en variadas circunstancias no precisa de una enajenación con representación defectuosa para su funcionamiento. Ninguno de los supuestos típicos y nominados así lo exigen. En efecto, la subrogación real puede producirse mediante enajenaciones perfectamente válidas, como en el caso de un fiduciario que actúe en cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Las confusiones pueden presentarse, justamente, cuando se realicen enajenaciones sin legitimación al efecto, como podría ser la venta de una cosa sin facultades suficientes.

En ocasiones la ley protegerá al tercero de buena fe (así, en los arts. 392, 1894, 1895, 2260 y concordantes, Código Civil y Comercial). En tal caso, el *verus dominus*, si hubiera tenido la facultad de perseguir el objeto en manos de quien se encuentre, tal facultad se detendría frente al tercero que haya adquirido su derecho por mero efecto de la ley. Si así ocurriera, no nos parece controvertible que el legitimado verdadero podría reclamar el objeto sustituto: el precio recibido o incluso adeudado. Es básicamente lo que ocurre con las enajenaciones realizadas respecto del patrimonio del ausente, o por un heredero aparente. Pero nada hay aquí de ratificación, puesto que, aunque el verdadero titular no esté conteste con la enajenación realizada, la ineficacia de ella no sería suficiente para afectar al tercero; de modo que sería irrelevante para la subrogación real que subsista la ineficacia o que ella quede saneada por una ratificación.

La discusión podría presentarse cuando aún sea posible una reivindicación: ¿podría pretender el objeto sustituto en manos del enajenante, o bien el precio insoluto? Volveremos sobre esta temática en el Capítulo V<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> Véase §3.3.2, Capítulo V.

Si la respuesta fuera positiva por aplicar la subrogación real al caso, esta se acercaría a la noción de ratificación, aunque sin confundirse con ella.

En primer lugar porque la pretensión subrogatoria por sí sola no ratifica el acto de la enajenación, ni expresa ni tácitamente. Es que en sí misma no significa una “aprobación” de lo realizado (art. 371, Código Civil y Comercial). El acto en sí sigue siendo ineficaz por el defecto de legitimación. Por lo pronto, el verdadero titular no asumiría las obligaciones derivadas del título inválido y mucho menos los deberes de un “representado” (art. 373, Código Civil y Comercial).

#### 5.2.5. *Derecho sobre derechos*

Ranouil afirma que la subrogación real tiene la naturaleza de un derecho acordado excepcionalmente a ciertas personas y que tiene por fin aportar una garantía variable a los derechos particulares; simplemente los transferiría de un objeto antiguo a un objeto nuevo<sup>187</sup>. Se trataría de una prerrogativa de origen legal o convencional que recaería sobre un derecho garantizado<sup>188</sup> y por ello afirma que tanto el derecho a la subrogación como los derechos garantizados por ella serían dos caras de la misma moneda<sup>189</sup>.

Andrés Santos asevera:

“No puede compartirse (...) su planteamiento de que la subrogación real sea una suerte de «derecho sobre derechos», puesto que ello supone ignorar la naturaleza técnica de la figura y los efectos automáticos que le son inherentes, además de producir, contra la conocida regla de Occam, una multiplicación de los entes sin necesidad”<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> RANOUIL, pp. 26-27, 214.

<sup>188</sup> Ídem, p. 271. En su criterio, protegería derechos de crédito cuyo valor es real y derechos reales cuyo objeto es un valor (pp. 214-224).

<sup>189</sup> Ídem, p. 26.

<sup>190</sup> ANDRES SANTOS, p. 719.



Con relación a la automaticidad de los efectos de la subrogación real, véase el §5.1 del Capítulo III en donde analizamos que una de las características del efecto subrogatorio es su “inmediatez”.

Es cierto que considerar a la subrogación real como un derecho sobre derechos produciría la mentada multiplicación innecesaria. Pero esa crítica no es decisiva, ya que no entra en el fondo de la cuestión, pues se trata aquí de averiguar la naturaleza jurídica de la subrogación real y ello no puede ser guiado por meros parámetros de necesidad o conveniencia, sino que es menester adentrarse en la verdadera esencia de esta figura del ordenamiento jurídico.

La tesitura presentada llegaría al absurdo cuando sea preciso determinar de qué tipo de derecho se trata y cómo es posible que en las más variadas circunstancias pueda llegarse a sostener que sea un derecho que recaiga sobre derechos propios y no ajenos (V.gr. en materia de derechos reales de garantía).

Piénsese en una hipoteca. El acreedor hipotecario tendría un derecho sobre su propio derecho de hipoteca consistente en variar el objeto de la garantía cuando se produjera el hecho sustitutivo.

A mayor abundamiento, la subrogación real suele funcionar de pleno derecho; pero ni siquiera en los casos en que es preciso manifestar una voluntad para activarla puede decirse que en sí misma sea un derecho. Allí la voluntad sería tan solo uno de los requisitos para conformar el hecho jurídico subrogatorio.

#### 5.2.6. *Principio general del Derecho*

Finalmente, otra postura alega que la subrogación real constituye un principio general del derecho y que por esa razón es aplicable incluso frente a la ausencia de una norma positiva que haga referencia a ella<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> ANDRES SANTOS, p. 744; MARIN PADILLA, p. 1192; SAUX, p. 325.

Lo cierto es que incluso quienes son partidarios de esta tesis, no están de acuerdo en cuál es el alcance de ese principio en cuanto a su incidencia en la órbita de aplicación, ni de qué clase de principio se trata<sup>192</sup>. Nos ocuparemos de esta cuestión en el Capítulo II, pues –como ya advertimos– pensamos que la subrogación real no es un principio, aunque sí está fundamentada por uno: el de conservación e las situaciones jurídicas.

### ***5.2.7. La cuestión del tracing en el derecho anglosajón***

Los estudios que reseñaremos se han realizado en torno a la naturaleza jurídica del *tracing* como la actividad de encontrar sustitutos. Ello es coherente con la propia denominación que se da a ese instituto, pues desde su literalidad da la idea de “rastreo”.

El *tracing* se diferencia de la actividad del denominado *following*, que es una suerte de facultad de persecución a través de la cual el actor persigue su propiedad y demuestra que el demandado tiene en su poder los bienes de propiedad del demandante. El *tracing*, en cambio, permite identificar los objetos sustitutos en manos del demandado, que no estaban originalmente bajo el poder del actor pero que pueden considerarse que representan en el valor a su propiedad originaria<sup>193</sup>.

Al abordar la naturaleza del *tracing* no se ha puesto énfasis en la sustitución en sí, lo que es para nosotros la subrogación real<sup>194</sup>. En otras palabras: en general se han ocupado de la naturaleza de una actividad que es posterior a la sustitución ya operada o que la provoca. Esto surge nítido en Birks: “El contexto fáctico del

---

<sup>192</sup> Véase ANDRES SANTOS, pp. 744 y ss.

<sup>193</sup> Véase VIRGO, Graham, *The principles of the Law of Restitution*, Third Edition, Oxford University Press, 2015 p. 608.

<sup>194</sup> Sobre los paralelismos del *tracing* con la subrogación real, ver SMITH, p. 795.

*tracing*, o para el *tracing*, es la sustitución (...). El *tracing* consiste en alcanzar un bien sustituto”<sup>195</sup>.

Se discurre en la doctrina anglosajona acerca de si el *tracing* implica un *claim*, un *remedy*, o acaso un *process*<sup>196</sup>. Debe tenerse presente que cuando se refiere a un *claim*, se lo hace en el sentido de un reclamo o una demanda, con sustento en un derecho, con la pretensión de obtener una indemnización, un pago, etcétera. Por su parte, un *remedy* atiende a los medios o métodos jurídicos disponibles para hacer valer un derecho, alcanzar el cumplimiento, la protección, la recuperación de los derechos o en su caso obtener una reparación.

Se suele invocar la autoridad del famoso caso *Boscawen v. Bajwa*, que data del año 1996, que se convirtió en un punto de referencia estándar para todo aquel que se aproxima a la temática.

Allí se señaló que a pesar de que foralmente sea habitual la caracterización del *tracing* como un *claim* o un *remedy*, este no es sino un proceso (*process*) mediante el cual el actor rastrea (*traces*) qué es lo que ocurrió con su “propiedad”, identificando a las personas que la ostentan y justifica su reclamo sosteniendo que sus sustitutos pueden adecuadamente considerarse como que “representan” a esa “propiedad”<sup>197</sup>. Frente al éxito en este rastreo,

---

<sup>195</sup> BIRKS, Peter, “Mixing and Tracing: Property and Restitution”, *Current Legal Problems*, Volume 45, 1992, p. 84: “*The factual context of tracing, or for tracing, is substitution (...). Tracing is about reaching through to a substitute asset*”.

<sup>196</sup> Véase ROTHERHAM, pp. 89-126.

<sup>197</sup> “*Equity lawyers habitually use the expressions ‘the tracing claim’ and ‘the tracing remedy’ to describe the proprietary claim and the proprietary remedy which equity makes available to the beneficial owner who seeks to recover his property in specie from those into whose hands it has come. Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy but a process (...). It is the process by which the plaintiff traces what has happened to his property, identifies the persons who have handled or received it, and justifies his claim that the money which they handled or received (and if necessary which they still retain) can properly be regarded as representing his property*”.

ya en su “forma” original o en otra variada, estará habilitado un remedio modelado según las circunstancias del caso<sup>198</sup>.

Lord Steyn, en *Foskett v. McKeown* explicó que el *tracing* es un proceso de identificación de bienes que pertenece a la ley de la prueba y que nada dice acerca de los derechos a los bienes. Se ha sostenido que el *tracing* se reduciría a un proceso neutral respecto de los derechos involucrados.

Por ello, debería ser distinguido de la actividad de formular un reclamo respecto de cualquier bien identificado satisfactoriamente en las manos del demandado, sin perjuicio de que luego puedan formularse reclamos fundados en este procedimiento<sup>199</sup>.

Se podría argumentar en favor de esta postura que el *tracing* no constituye la etapa final de la cuestión involucrada, sino que sirve para luego establecer los derechos particulares, situando a los interesados en la posibilidad de entablar acciones que satisfagan el interés respectivo. Dependerá de las circunstancias del caso determinar cuáles son los derechos que se estará en condiciones de ejercer respecto de los bienes respectivos.

#### 5.2.8. Posturas negatorias

Se encuentran aquí autores alemanes de comienzos del siglo XX, como Waller o Spindler, que califican a la subrogación real como una figura jurídicamente deforme y desconcertante y

---

<sup>198</sup> “If the plaintiff succeeds in tracing his property, whether in its original or in some changed form, into the hands of the defendant, and overcomes any defenses which are put forward on the defendant’s behalf, he is entitled to a remedy. The remedy will be fashioned to the circumstances. The plaintiff will generally be entitled to a personal remedy; if he seeks a proprietary remedy he must usually prove that the property to which he lays claim is still in the ownership of the defendant. If he succeeds in doing this, the court will treat the defendant as holding the property on a constructive trust for the plaintiff and will order the defendant to transfer it in specie to the plaintiff”.

<sup>199</sup> BIRKS, Peter, “Property, Unjust Enrichment, and Tracing”, pp. 252-253.

entienden que la mera sustitución de un bien dentro de una masa patrimonial no es suficiente para sostener una figura autónoma, pues no se la podría distinguir de otros conceptos jurídicos, como el enriquecimiento sin causa, la representación o el deber de responder. Spindler llega a admitirla como una noción económica o fáctica, pero no jurídica<sup>200</sup>.

### 5.3. Nuestra opinión

La subrogación real es una sustitución por la cual un objeto ocupa el lugar de otro. La sustitución puede abstraerse del mundo jurídico y al hacerlo se advertirá un hecho, un acontecimiento fáctico: un objeto fue reemplazado por otro.

Si dejamos de lado aquella suspensión hipotética de lo jurídico, notaremos que a ese hecho en que consiste la sustitución le acompañan efectos jurídicos. He aquí la subrogación real.

La subrogación real constituye un hecho jurídico que consiste en la sustitución del objeto de una determinada situación jurídica y que tiene por efecto la perdurabilidad de la situación jurídica a pesar de la mutación objetiva acaecida, mediante la consideración del nuevo objeto como jurídicamente equivalente al reemplazado.

Recuérdese que el art. 257 del Código Civil y Comercial define al hecho jurídico como “...el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

El Derecho será el que le brinde al suceso sustitutivo la entidad suficiente para elevar su rango de mero hecho a hecho jurídico y ello lo hará a través del principio de conservación que integra el ordenamiento jurídico (arg. art. 2, Código Civil y Comercial). El principio de conservación será el responsable de que la sustitución objetiva implique una “modificación” del objeto de una situación jurídica con el alcance de una subrogación real.

---

<sup>200</sup> Véase ANDRÉS SANTOS, pp. 729 y ss.; SAUX, pp. 120-121

En el Capítulo III, en donde abordaremos a la subrogación real como hecho generador de efectos jurídicos, profundizaremos esta cuestión y nos ocuparemos de clasificar a este hecho jurídico, el cual en ocasiones ascenderá a un mero acto lícito y en otras se particularizará en un verdadero acto jurídico.

## 6. ÓRBITA DE APLICACIÓN

### 6.1. Planteamiento

Agruparemos las distintas tesis que se han esbozado en torno a la órbita de aplicación de la subrogación real. Es posible afirmar junto a Andrés Santos que en esta temática “...resulta evidente que no reina en absoluto la unanimidad en la doctrina europea más relevante”<sup>201</sup>.

Estructuraremos las distintas posturas tomando como base un criterio único, consistente en determinar cuándo los autores consideran que la subrogación tiene su aplicación a pesar de no haber norma expresamente dirigida en ese sentido. Seguiremos ese camino porque no se duda que la ley podría extender su operatividad a otros ámbitos.

### 6.2. Estado de la cuestión

#### 6.2.1. *Universalidades*

##### 6.2.1.1. *Se produce en todas las universalidades*

Flach sostuvo que la subrogación real se produce en “todas las universalidades que el derecho reconoce”<sup>202</sup>. El efecto es

---

<sup>201</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 732.

<sup>202</sup> FLACH, p. 454. Una tesis similar, aunque no idéntica, se vislumbra en Saleilles quien sostuvo que siempre que el legislador autorizara a destinar una masa de bienes a una determinada finalidad, como por ejemplo en el caso de la fundación, se admite de manera implícita y de pleno derecho a la subrogación real (véase QUINTEROS, p.

justamente transmitir la calidad de *res universitatis* al nuevo objeto. Para determinar cuál es su postura acerca del campo de aplicación de la subrogación real, debemos determinar qué es lo que el autor francés entiende por universalidades<sup>203</sup>.

Sus ideas parten de la conceptualización de la universalidad, que –en su acepción más amplia– sería “...todo conjunto de cosas, reunidas por un vínculo común, que podría cada una tener una existencia independiente, o al menos ser separadas por el pensamiento”<sup>204</sup>.

En su visión, la temática debe ser analizada en dos perspectivas: en un sentido amplio y luego en uno estricto.

Con un criterio amplio, asevera que, desde el punto de vista material, todo objeto corporal puede ser considerado como una universalidad y ejemplifica con las plantas, los animales (obras de la naturaleza), las casas y los navíos (obras de la industria humana), que en definitiva serían compuestos de elementos distintos<sup>205</sup>. Lo cierto es que, en este aspecto, el autor confunde la noción de universalidad con la de accesión. No es lo mismo que varios objetos *conformen* uno solo (acesión), que varios objetos *sean considerados como si fueran* uno único (universalidad). En el

---

37; SAUX, pp. 102 y 151). Saleilles entiende que la subrogación real puede producirse tanto en las universalidades que el Derecho crea, como también en las que los particulares configuran por afectar un conjunto de bienes a un fin determinado, los cuales quedarían más bien considerados en su valor pecuniario y no tanto en sus individualidades. No obstante, también admite la subrogación a título singular, respecto de las cualidades particulares de ciertos objetos, siempre que la ley o la voluntad de los particulares en sus ámbitos específicos la determinen (Véase ALTAMIRANO SÁNCHEZ, pp. 46-48).

<sup>203</sup> La doctrina nacional se muestra vacilante en torno a si Flach admitía la subrogación en las universalidades de hecho (Compárese QUINTEROS, p. 38; SAUX, pp. 98 y 100).

<sup>204</sup> “...*tout ensemble de choses, réunies par un lien commun, mais qui pourraient avoir chacune une existence indépendante, ou pourraient du moins être séparées par la pensée*” (FLACH, p. 453).

<sup>205</sup> FLACH, p. 453.

orden intelectual, ejemplifica con las diversas casas que componen una ciudad, o los habitantes que componen una comunidad de personas. Una vez configurada la universalidad, cada una de sus partes es absorbida por el todo y cuando una de sus partes sea reemplazada por otra, la sustituta entrará en el lugar de la antigua como parte constitutiva de la universalidad respectiva. Existe allí, en su pensar, una especie de subrogación de hecho.

Pero el autor manifiesta que el Derecho apenas aplica la expresión de universalidad a esos conjuntos mencionados, pues la reserva más especialmente para los que denomina como universalidades “propiamente dichas”, las cuales son susceptibles de una distinción análoga a la que anteriormente tratamos. En efecto, en las que denomina “universalidades jurídicas” algunas existen en la realidad fáctica (biblioteca, rebaño) y otras más bien en el derecho (patrimonio, herencia). Respecto a las primeras, afirmó que no debe sostenerse que se trata de conjuntos simples sin consecuencias desde el punto de vista jurídico, pues “nada es más falso”<sup>206</sup>.

Luego de ese análisis es que el autor afirma que la subrogación real se produce en “todas las universalidades que el derecho reconoce”. En conclusión, Flach admite la subrogación real tanto en las que se suelen denominar universalidades de derecho como en las de hecho, sin perjuicio de que cataloga a ambas como “universalidades jurídicas”.

Respecto al patrimonio, al que califica como la universalidad jurídica de los valores activos y pasivos que pertenecen a la persona, entiende que se lo puede considerar como un *valor* susceptible de aumentar o disminuir, prescindiendo de la consideración de las cosas individuales que lo constituyen; o sea consideradas como “bienes”, de cierto valor pecuniario, sin tomar en cuenta sus cualidades particulares. Al mutar los bienes, el patrimonio tendría la misma entidad legal que antes, a pesar de

---

<sup>206</sup> Ídem, p. 454.



que su valor pueda haber fluctuado. Hay aquí, en su visión, siempre una subrogación real; se supone que los nuevos bienes siempre han sido parte de este y se subrogan a aquellos a los que han ocupado su lugar. Pero no en cuanto a la naturaleza o cualidades del objeto en particular, sino más bien que se considerará al objeto nuevo como parte de valor del patrimonio. Por esas razones afirma que no debe exagerarse la importancia y alcance de esta subrogación<sup>207</sup>.

Insistimos que para Flach la subrogación real también se produce en las universalidades de hecho. Pero, según sus palabras, la subrogación será “de una frecuencia menor”<sup>208</sup>.

En síntesis, la subrogación real para Flach es por regla *general*, aunque podrá ser *especial* cuando una ley lo determine expresamente, pues ella es una ficción y por tanto de derecho estricto<sup>209</sup>. Por regla, consistirá únicamente en transmitir al nuevo objeto la cualidad de pertenencia a la universalidad respectiva.

#### **6.2.1.2. Ocorre únicamente en el patrimonio**

En el pensamiento de Aubry y Rau, la subrogación real se desenvuelve dentro de la órbita de los patrimonios. La razón por la cual ello es así es la fungibilidad de los objetos que conforman una universalidad jurídica, los cuales son susceptibles de ser reemplazados los unos por los otros en virtud de que constituyen una idea común de un valor económico<sup>210</sup>. Afirman que es lógico

---

<sup>207</sup> Ídem, p. 455. Allí dice: “*Mait qu'on n'aille pas s'exagérer l'importance et la portée de cette subrogation!*”.

<sup>208</sup> Ídem, p. 456: “*...la subrogation sera d'une fréquence moins grande*”. En tanto estas universalidades estarían compuestas en su mayor parte por una sola especie de objetos, se pregunta cómo sería posible una subrogación frente a una especie diferente. Pero lo que se resiste a admitir es que sea imposible toda subrogación: ¿Por qué no admitir que frente al cambio o venta de un libro el nuevo objeto lo subrogará en la universalidad?

<sup>209</sup> Ídem, p. 457.

<sup>210</sup> AUBRY ET RAU, §575, pp. 235-237.

que por efecto de un acto que respectivamente implique enajenación y adquisición, el objeto sustituto reemplace al sustituido en la universalidad respectiva. Citan a su favor el clásico adagio “*in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii*”. Sostienen que siendo una ficción basada en la mentada fungibilidad, solamente puede operar mediante un reclamo en virtud de un *judicium universale*.

En cambio, si se tratara de una acción que no recaiga sobre una universalidad de derecho o sus elementos, sino sobre una o varias cosas particulares tomadas en sí mismas o universalidades de hecho<sup>211</sup>, la ficción no se justificaría y la subrogación real no acaecería de pleno derecho (“*In judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei nec res loco pretii*”). Aunque luego afirman “salvo los casos excepcionales en los cuales la ley, –contrariando la regla (...),– establece la subrogación o la autoriza bajo ciertas condiciones, debe rechazarse esta ficción por carecer de toda base racional y legislativa”<sup>212</sup>.

En síntesis: la subrogación real operaría siempre –y de pleno derecho– en las universalidades de derecho, sin perjuicio de que la ley pueda disponer o autorizar otros supuestos.

### **6.2.1.3. Tiene su lugar adecuado solo en los patrimonios especiales**

Para Andrés Santos la subrogación real solamente juega con el carácter de principio jurídico respecto de las sustituciones que

---

<sup>211</sup> Se hacen cargo específicamente de desechar la subrogación real en los “fondos de comercio”, en las “bibliotecas” y en los “rebaños”, puesto que en su criterio en tales supuestos los objetos que los integran serían solo similares en su naturaleza constitutiva, y si verbigracia un nuevo libro viene a reemplazar a otro en una biblioteca no lo hace por subrogación, sino por su naturaleza misma y por la destinación dada por el propietario (AUBRY ET RAU, §575, p. 238 y su nota 9).

<sup>212</sup> AUBRY ET RAU, §575, p. 239.

ocurren con los objetos que integran los patrimonios especiales<sup>213</sup>. Afirma que la doctrina francesa posterior a Aubry–Rau y Flach intentó desentrañar un principio en las hipótesis de “derechos singulares”, pero ello fue infructuoso. En su tesitura, solamente la ley –interpretada de manera estricta y guiada según criterios de oportunidad– puede dar lugar a la subrogación en esos casos, pues de otra manera se pondría en un compromiso a otros principios de valor superior<sup>214</sup>.

Pero en el campo de las unidades o masas patrimoniales, y en particular en los denominados patrimonios especiales, podría hallarse un caso en el cual la historia del Derecho demuestra subyacente la existencia y utilización significativa de un principio. Y solo aquí podría aplicarse la subrogación real incluso frente a una laguna legal.

Fundamenta la razón de ser de ello de la siguiente manera:

“Esto ha de ser así por cuanto las aplicaciones de la subrogación real en los patrimonios especiales son las más trascendentes, en la medida en que responden a la naturaleza de estos complejos de bienes

---

<sup>213</sup> “La subrogación real, en una concepción amplia, puede plantearse en todos los campos del Derecho patrimonial y cubrir casi todos los modos de pérdida y adquisición de derechos. Así pues, el ámbito de aplicación que en sí mismo puede concebirse para la subrogación real es potencialmente inmenso y prácticamente inabarcable: es posible siempre que exista un derecho que pierda su objeto y surja una contraprestación sobre la que pueda recaer un derecho análogo. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos modernos se limita la aplicación de la subrogación real a determinados casos concretos; Esto se debe a las necesidades del tráfico jurídico: los principios de apariencia jurídica, publicidad, confianza, etc., deben primar por encima de todo para que los agentes en la vida del Derecho puedan realizar sus operaciones en un clima adecuado. Los acreedores deben poder confiar en que las adquisiciones de sus deudores pertenecen a su patrimonio, de modo que sean susceptibles de una eventual ejecución. La subrogación real supone una quiebra de estos principios, y sólo en virtud de *razones especiales* puede venir impuesta por el ordenamiento” (ANDRÉS SANTOS, p. 739).

<sup>214</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 739.

y derechos y a los fines legalmente establecidos para ellos (...) son, de hecho, el ‘campo propio de la subrogación real’<sup>215</sup>.

Luego de explicar los distintos supuestos de patrimonios especiales, afirma:

“En todos estos casos, la subrogación real desempeña un papel decisivo a la hora de conservar la masa patrimonial afectada en su integridad para cumplir los fines establecidos legalmente. El tráfico y la actividad negocial obligan a un continuo cambio de los elementos integrantes de toda unidad patrimonial, ya sea por motivos orgánicos (pérdida o transformación de los elementos patrimoniales), ya por razones de oportunidad (intercambio negocial)”<sup>216</sup>.

Luego expone los peligros de no admitir la subrogación real en estos supuestos:

“Sin el concurso de la subrogación real, existiría el peligro de que los actos de administración y disposición socavaran y finalmente eliminaran por sí mismos el patrimonio especial como unidad patrimonial. La idea de subrogación real hace posible la conservación del patrimonio especial en su configuración originaria, a pesar de los cambios concretos que pueda experimentar en su contextura interna”<sup>217</sup>.

Sintetiza su parecer en dos de las que él denomina “cláusulas fundamentales”<sup>218</sup>: 1) forman parte del patrimonio especial los objetos adquiridos como consecuencia del ejercicio, pérdida, daño o privación de un derecho perteneciente a ese patrimonio; 2) se hacen del patrimonio especial los objetos que se obtienen,

---

<sup>215</sup> Ídem, p. 739.

<sup>216</sup> Ídem, p. 743.

<sup>217</sup> Ídem, p. 743. En el Capítulo II concluimos que la subrogación real obstaculiza el estancamiento de los bienes e impide el desmantelamiento de los complejos objetivos.

<sup>218</sup> Ídem, p. 743.

mediante negocio jurídico, a cambio de elementos pertenecientes al patrimonio especial<sup>219</sup>.

### ***6.2.2. Valores afectados y disposición sin legitimación suficiente***

Esta tesitura se independiza de las teorías que le precedieron para afirmar un ámbito distinto de aplicación de la subrogación real. Quienes participan de esta corriente, iniciada por Demogue, entienden el juego de la subrogación real tanto en los conjuntos de objetos como en los bienes singulares<sup>220</sup>, pero siempre que existan valores de afectación u obligaciones de restitución.

Demogue lamenta la inexistencia de una teoría general de la subrogación real, de un texto general o una serie completa de textos particulares para resolver las dificultades prácticas<sup>221</sup>. Se cuestiona si puede encontrarse un sólido apoyo a través de la historia, en la tradición, si existen en la antigua ley principios generales universalmente proclamados, si los autores antiguos desarrollaron un sistema completo que los redactores del código francés implícitamente adoptaron<sup>222</sup>.

Luego de realizar un estudio de esos aspectos, concluye que existe una perpetua controversia, a la que califica de “anarquía doctrinal”, en torno a muchos de los aspectos de la figura en sí, por lo que entiende que una solución general no puede extraerse mediante ese análisis<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> Admite que esta segunda cláusula ostenta una mayor controversia en cuanto a su alcance y a los interrogantes que genera (ANDRÉS SANTOS, p. 744).

<sup>220</sup> QUINTEROS, p. 44. Compárese BONNECASE, §12, p. 18: “Demogue niega expresamente toda virtud propia a la idea de universalidad en el dominio de la subrogación real, ya se trate de universalidad de derecho o de hecho”.

<sup>221</sup> DEMOGUE, p. 239

<sup>222</sup> Ídem, p. 240.

<sup>223</sup> Ídem, p. 244.

Por ello aduce que utilizará como instrumento al razonamiento para tratar de construir una teoría general que sea satisfactoria para el espíritu y al mismo tiempo para la práctica: entiende que ese sistema se encuentra en total armonía con el *Code*, en donde los redactores inconscientemente se habrían ocupado de la temática y que no es absolutamente hostil a las tendencias en el antiguo derecho francés<sup>224</sup>.

Quinteros expresó:

“El estudio del sistema de este jurista y la crítica que formularemos inspirados en la moderna doctrina sobre esta institución, dirán al lector si el optimismo que manifiesta respecto a su ‘teoría general’ es o no legítimo”<sup>225</sup>.

Ante todo creemos necesario poner de manifiesto que Demogue rechaza que el fenómeno de la subrogación real se produzca en el patrimonio general de las personas<sup>226</sup>. Su análisis se reduce a los dos supuestos que trataremos a continuación.

En primer lugar, considera que la subrogación real siempre se producirá cuando se esté frente a “valores de afectación”<sup>227</sup>, o sea de valores dirigidos hacia una destinación especial. Piénsese en una adquisición de un objeto de reemplazo por el antiguo propietario de un objeto afectado a una cualidad jurídica en particular, como ocurre en el régimen de gananciales. Entiende que en ciertos actos debe considerarse como una voluntad implícita el asegurar el valor de determinados bienes para que subsista intacto en el momento oportuno, incluso cuando diversas

---

<sup>224</sup> Ídem, p. 244.

<sup>225</sup> QUINTEROS, p. 39.

<sup>226</sup> DEMOGUE, p. 250: “*C’est qu’en effet dans le patrimoine, nous croyons, contrairement à l’opinion générale, que la qualité de bien de tel patrimoine ne se produit pas à proprement parler*”.

<sup>227</sup> Ídem, pp. 245 y ss. El autor admite que la expresión la tomó de la conocida fraseología diagramada por la doctrina alemana de “patrimonio de afectación”.

circunstancias puedan hacer indispensable una disposición del objeto respectivo para invertir ese valor en otras adquisiciones.

Es claro que el ordenamiento jurídico no podría imponer a los sujetos conservar ese valor a través de la guarda indefinida de los objetos en los cuales subyace, por lo que de pleno derecho se admite que el objeto sustituto revista las “cualidades jurídicas” del objeto sustituido, al menos en cuanto a la afectación pertinente.

Ello es nítido, pues hay ocasiones en las que la conservación del valor va a exigir “medidas importantes y una serie de metamorfosis sucesivas”, pues para evitar que el valor caiga muchas veces será necesario enajenar el objeto que lo representa como exigencia de una gestión diligente; y en otros supuestos lo será por un deber jurídico causado por una utilidad pública, como ocurre en la expropiación<sup>228</sup>. El Derecho no puede colocar a los sujetos en la alternativa de perder el valor subyacente o la afectación respectiva. Nótese que en esta tesitura, según ella misma admite, la cualidad jurídica de la que venimos hablando está anexada al valor y no tanto al objeto que lo cobija.

El segundo caso del que se hace cargo como ámbito propicio para el funcionamiento de la subrogación real es el de los objetos que deben ser restituidos<sup>229</sup>. Ocurre frente a una adquisición de un objeto de reemplazo realizada por alguien que no era el antiguo propietario del objeto sustituido; ejemplifica de la siguiente manera: un heredero aparente vende un objeto de la herencia y utiliza el precio obtenido para la compra de un inmueble. Se trata de la enajenación de un derecho sin legitimación suficiente.

Naturalmente, la disposición jurídica de ese objeto será ineficaz, por no satisfacer la máxima del *nemo plus iuris* (art. 399, Código Civil y Comercial), aunque pueda en algunos escenarios someterse a un saneamiento –incluso indirecto–, circunstancia en la cual ese objeto ya no quedará a la suerte de las facultades del

---

<sup>228</sup> Ídem, pp. 245-246.

<sup>229</sup> Ídem, pp. 295 y ss.

verdadero propietario. Ello ocurrirá cuando el legislador así lo determine, inspirado, verbigracia, por la necesidad de la tutela del tráfico.

Por ello, el ordenamiento jurídico, por razones de equidad<sup>230</sup> y motivaciones tendientes a evitar el enriquecimiento injusto<sup>231</sup>, confiere a ese propietario la facultad de vindicar los objetos que sustituyan a aquel que ya no se encuentra en especie por haber sido enajenado. El principio es el siguiente: cuando por el interés del crédito la ley permite que un derecho sea perdido por su titular sin su voluntad, se le debe admitir un derecho análogo sobre los bienes que fueran adquiridos en reemplazo<sup>232</sup>.

### ***6.2.3. Objetos especialmente afectados y masas sujetas a restitución***

Planiol también rechaza la concepción clásica y los adagios tradicionales, por entenderlos irracionales y arbitrarios. Con relación a la subrogación real en los elementos del patrimonio, entiende que ello es reemplazado por la idea de fungibilidad; acudir allí a la subrogación real sería inútil y restringir el ámbito de aplicación en supuestos diversos, exigiendo disposición legal o convencional, sería arbitrario. Adopta, pues, una postura contraria a la propia de Aubry y Rau.

Considera que no habría razones para limitar el concepto de la destinación a un propósito para los complejos de objetos y cree que esto también debe ocurrir en los objetos individualmente considerados, que una vez destinados a un fin se consideran en su valor pecuniario en vez de en su individualidad material y se convierten en un medio para lograr el propósito respectivo<sup>233</sup>. Planiol piensa que el fin perseguido en una afectación sobrevive a

---

<sup>230</sup> Ídem, pp. 299, 301, 303 y 310.

<sup>231</sup> Ídem, pp. 297 y ss.

<sup>232</sup> Ídem, p. 302.

<sup>233</sup> Véase SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, p. 83.



la conservación del bien antiguo y eso lo hace a través de la subrogación que buscaría evitar la confusión entre los bienes afectados con el resto del patrimonio.

Entiende que no solo la subrogación debe admitirse cuando se trate de conservar el destino del valor de objetos sometidos a una afectación especial, sino también cuando se trate de asegurar la restitución de una masa de bienes<sup>234</sup>. En ambos casos puede tratarse de meros grupos de bienes o universalidades. El papel de la subrogación real es el mismo: evitar la confusión entre el grupo y el resto del patrimonio. Fuera de estos casos, es menester una disposición legal o convencional suficiente.

La crítica expuesta por Cerban nos parece decisiva:

“...entre los numerosos ejemplos citados por los autores como pertenecientes al primer grupo se encuentra la hipótesis de bienes integrantes de una sucesión aceptada bajo beneficio de inventario; mientras que en el segundo grupo, donde el papel de la subrogación es también el de evitar una confusión entre dos patrimonios momentáneamente reunidos en una misma persona, los autores mencionados hacen figurar los diferentes casos de petición de herencia. Entonces, es evidente que en la hipótesis de una sucesión beneficiaria, desde el punto de vista de la finalidad perseguida, que es evitar la confusión de dos patrimonios, puede indiferentemente formar parte de

---

<sup>234</sup> A diferencia de Demogue y otros autores, su sistema no comprende a las restituciones de bienes singulares como ámbito propicio para la subrogación real en materia de restituciones. Conforme con esta conclusión: QUINTEROS, p. 45: “Así cuando un patrimonio se enriquece por la incorporación de un bien aislado que perteneció a otro patrimonio que por esta circunstancia se empobrece, Planiol concede al titular del patrimonio empobrecido, sólo una acción personal contra el titular del patrimonio enriquecido; acción que se funda en el enriquecimiento sin causa. Pero no se tendrá por subrogado al bien salido, ni a su precio, ni al objeto adquirido con dicho precio, ni al bien obtenido en su cambio (...). Podemos decir que en la doctrina de este autor, tratándose de bienes sujetos a restitución, se cumple el adagio de los Bartolistas...”.

una u otra de las dos categorías, y en definitiva resulta que la línea de demarcación entre ellas es indecisa”<sup>235</sup>.

Por otra parte, Planiol asigna a cada categoría un “fundamento” distinto: en el primero primaria la idea de “afectación”, en el segundo la idea de “origen”. Cerban contesta:

“Constatar el origen de un bien o su afectación a un cierto destino, es establecer un hecho; para justificar la idea de subrogación real, hay que explicar jurídicamente cómo la afectación del bien primitivo, que ha salido del patrimonio, pudo pasar sobre el bien nuevo, adquirido por el titular del patrimonio, y cómo el origen del bien primitivo puede extenderse a un otro bien”<sup>236</sup>.

Bonnecase sostuvo la artificialidad de la teoría de Planiol con estas palabras:

“No tiene, siendo inútil decirlo, ningún punto de apoyo en los textos del Código Civil y en las leyes posteriores. Por otra parte, sus partidarios más que demostrar su existencia, se limitan a afirmarla”.

En similar sentido, Quinteros expresó:

“La doctrina de Planiol restringe el campo de aplicación de la subrogación real; no tiene, por otra parte, ningún punto de apoyo en los textos del Código Civil ni en las leyes posteriores; se trata pues, de una teoría artificial que implica un retroceso si se la compara con la de M. Demogue”<sup>237</sup>.

#### **6.2.4. *Propiedad de afectación y bienes sujetos a restitución***

Altamirano Sánchez<sup>238</sup>, luego de afirmar que todos los supuestos de subrogación real del ordenamiento jurídico chileno se

---

<sup>235</sup> CERBAN, pp. 95-96.

<sup>236</sup> Ídem, p. 96.

<sup>237</sup> QUINTEROS, p. 46.

<sup>238</sup> ALTAMIRANO SÁNCHEZ, pp. 71-75.

refieren a una subrogación especial relativa a objetos determinados y de descartar el carácter ficticio de la subrogación, se propone a adoptar una fórmula o sistema general.

Entiende que la órbita de aplicación de la subrogación real es amplia y que ella rige siempre que existan “bienes sometidos a afectación o derechos especiales” o “bienes sujetos a restitución”.

Es interesante el análisis que realiza sobre el concepto de “afectación” que él utiliza. En primer lugar, descarta estar refiriéndose a “propiedad de afectación” en el sentido del “movimiento de aspecto filosófico y social que pretende limitar el carácter absoluto” de la propiedad, en virtud de que ella no serviría únicamente al interés personal, sino también al social o colectivo. En segundo lugar, también deja de lado la noción de “patrimonio de afectación”, comprendida como reunión de objetos afectados a un fin común.

Dice utilizar la voz “afectación” o “propiedad de afectación” en un “sentido mucho más simple”. Entiende que un propietario puede disponer de su objeto de la manera que desee, pero que en ciertos casos de “bastante frecuencia”, sus facultades están limitadas por la “destinación” del objeto a un “fin especial, distinto de la satisfacción pura y simple de sus legítimos deseos”. En definitiva, piensa que hay afectación cuando un objeto perpetua o temporalmente ha sido sometido a un uso especial por la voluntad de los particulares o del legislador, como ocurriría en el régimen de comunidad matrimonial o en los derechos reales de garantía.

Respecto de los bienes sujetos a restitución, refiere que la subrogación real rige respecto del derecho de “propiedad” o de “crédito”, cuando esos derechos ven desaparecer sus objetos por efecto de enajenación, pérdida o deterioro por aquellas personas que no eran sus verdaderos dueños o los estaban debiendo. Ejemplifica con los arts. 898, 900, 903, 634 y 1672 del Código Civil chileno. Remitimos al lector al Capítulo IV, en donde pueden verse casos de subrogación real en el derecho chileno.

### 6.2.5. *Finalista*

Recordemos que Cerban le asignó a la subrogación real un peculiar fundamento: el principio de fungibilidad. Este no estaría limitado a los elementos constitutivos de una universalidad sino que se aplicaría también a los objetos singulares considerados en sí mismos, si resultara de las circunstancias que la voluntad del legislador o de los particulares fue considerar a esos objetos en cuanto a su valor pecuniario y conferirles la cualidad de intercambiabilidad<sup>239</sup>.

Se ocupa de clasificar las diferentes hipótesis de la subrogación real en dos grupos en torno al objetivo específico buscado por el ordenamiento jurídico: ya sea salvaguardar los derechos de terceros o mantener la estructura jurídica de las masas de bienes que componen el patrimonio de una persona, a fin de resguardar los intereses legítimos respectivos. Dentro del primer grupo incluye a los objetos afectados a una garantía real y al pedido de restitución de una universalidad. En el segundo grupo ingresan los supuestos de los bienes sometidos a una afectación especial.

El autor asevera:

“Creemos que esta clasificación es más racional que la formulada por Planiol y Ripert, quienes distinguen entre los bienes sometidos a una afectación especial y las masas de bienes sujetas a restitución. En efecto, en las dos series de casos previstos por esos autores, puede tratarse de grupos de bienes y hasta de universalidades; el papel atribuido a la subrogación es, según ellos, el mismo, a saber: evitar la confusión ‘entre el grupo de bienes sometidos a una afectación determinada y el resto del patrimonio’ (...) resulta que la línea de demarcación entre ellas es indecisa. Al contrario, en nuestra

---

<sup>239</sup> CERBAN, p. 95.

clasificación, la distinción es neta, porque las dos categorías se diversifican según la finalidad perseguida<sup>240</sup>.

Nosotros creemos que el entusiasmo del autor no es acorde al resultado alcanzado; su tesitura es pasible de la misma crítica que él efectúa: sus fronteras no son lo suficientemente precisas. Hay situaciones jurídicas que podrían ubicarse en ambas categorías simultáneamente, lo que no es aceptable. Por otro lado, la salvaguarda de los derechos de terceros es una teleología lo suficientemente amplia como para englobar a otros supuestos que se encuentran más allá de los que él admite expresamente.

#### 6.2.6. *Indisponibilidad objetiva*

Para Henry<sup>241</sup> la subrogación real juega cuando por disposición legal o convencional un determinado objeto resulta indisponible en su consideración como valor. Así, si este objeto fuera enajenado, el sustituto lo reemplazaría en la afectación respectiva<sup>242</sup>. Por lo tanto, hace prevalecer la llamada subrogación real especial<sup>243</sup>.

Según él, un objeto de derecho puede ser considerado en su valor pecuniario o en su individualidad psíquica; si el objeto fuera una cosa individualmente determinada, toda sustitución supondría la configuración de un objeto de derecho nuevo. Pero si no estuviera determinado más que en su valor pecuniario, el objeto no resultaría conculcado, sino que siempre permanecería a pesar de las transformaciones materiales que ha sufrido<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> CERBAN, p. 96

<sup>241</sup> HENRY, A., *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913.

<sup>242</sup> Véase SAUX, p. 104.

<sup>243</sup> ROCA SASTRE, p. 285. Véase §9.1.2, Capítulo I.

<sup>244</sup> Véase MARÍN PADILLA pp. 1177-1178. Leemos allí: “Hasta tal extremo lleva Henry su teoría del valor con relación a la subrogación real, que llega a decir que ésta se produce constantemente en el derecho de crédito. Si un individuo Primus es acreedor de Secundus por una

Repárese en que la atención especial que el autor le da al valor del objeto es fundamental en su sistema, pues si la ley o la convención solamente tuvieran en cuenta la expresión material del objeto, este devendría indisponible en sí mismo –y no como valor– y por lo tanto la subrogación real no hallaría un campo de aplicación fecundo.

**6.2.7. *Pluralidad de patrimonios, islotes, preferencias y disposiciones sin legitimación suficiente***

Frente a los supuestos típicos normativamente previstos, Capitant propone generalizar sus soluciones, pues las razones que lo justifican en materia de privilegios e hipotecas se encuentran con la misma fuerza en toda situación análoga, por lo tanto, admite que el precio siempre está subrogado al objeto enajenado y a favor de quien tenía en ese asunto un derecho de propiedad que se extinguió por el hecho de la alienación. Ejemplifica con la adquisición de buena fe de una cosa mueble, donde el antiguo titular será privado de la acción reivindicatoria pero podrá ejercer un derecho de preferencia sobre el precio debido<sup>245</sup>.

Se hace cargo de los clásicos adagios de los glosadores en relación al ámbito de operatividad de la subrogación real y expone sus objeciones al respecto. Se pregunta cuál sería la utilidad de acudir a la noción de subrogación real en el ámbito del patrimonio. Los autores lo utilizaban para explicar la garantía común de los acreedores sobre todos los bienes del deudor; así, el objeto de

---

cantidad de 1.000 francos, el derecho de Primus consiste en tomar sobre el patrimonio de su deudor un valor igual a la suma de la que es acreedor; su derecho no recae más que sobre el valor global de los bienes del deudor y no sobre tal o cual bien determinado y por ello es por lo que es susceptible de renovarse por vía de subrogación real, subrogación real tan frecuente y natural que no tiene condiciones jurídicas importantes. La subrogación real así considerada deja de ser ella misma, desborda los límites y el verdadero significado y finalidad de este principio”.

<sup>245</sup> CAPITANT, pp. 391 y ss.

reemplazo integra esa garantía porque subroga al reemplazado que también se encontraba en función de garantía.

Capitant afirma que esta respuesta es de un manifiesto carácter artificial, pues todos los objetos que ingresan al patrimonio, incluso por efecto de la gratuidad y la ocupación, lo harán también en la garantía común de los acreedores. Ello demostraría que la subrogación no tuvo nada que ver en esa situación jurídica, sino que esta sería consecuencia de la propia concepción acerca del patrimonio. Se cuestiona que la noción de la fungibilidad de los elementos del patrimonio pueda ser compatible con la subrogación real<sup>246</sup>.

Procede a la generalización propuesta recordando un doble rol de la subrogación real.

En primer lugar, en cuanto a su función técnica opera en la órbita de pluralidad de patrimonios con titulares distintos pero momentáneamente yuxtapuestos en las manos de una misma persona, o entre un grupo de bienes con el resto del patrimonio del que forman parte<sup>247</sup>. Respecto de la yuxtaposición patrimonial, la subrogación evita la confusión entre los elementos de uno y de otro<sup>248</sup>. En torno a los grupos de bienes, argumenta que siempre que ciertos bienes se encuentren sujetos a reglas especiales, ya por la ley, ya por la voluntad particular, formando un pequeño grupo separado del resto del patrimonio, interviene la subrogación real para preservar la integridad de ese islote. Gracias a ella, se facilita la circulación de los bienes y la conservación del grupo respectivo<sup>249</sup>. La salvedad estaría dada por los intereses de

---

<sup>246</sup> Ídem, p. 392.

<sup>247</sup> Ídem, p. 394.

<sup>248</sup> Ídem pp. 407 y ss. Ejemplifica con el régimen de ausencia y con el del poseedor de la herencia o heredero aparente.

<sup>249</sup> Los supuestos que analiza los reparte en cuatro series: los propios del régimen matrimonial, la aceptación beneficiaria de una sucesión, las liberalidades con cargos y sustituciones permitidas, y las sucesiones anómalas.

terceros, o por su paralización en virtud del juego de los principios o la fuerza de las cosas<sup>250</sup>.

En segundo lugar, por razones decisivas de equidad, y salvaguarda los intereses de los acreedores o los propietarios que, por el hecho de la enajenación, habrían de ser despojados de su preferencia o titularidad<sup>251</sup>. Expone dos categorías, según que se trate de un derecho de preferencia o de un derecho real. En el primer supuesto, cualquier acreedor que ostente un privilegio, puede ejercer su derecho de preferencia sobre la reclamación del precio obtenido en una venta<sup>252</sup>. Con relación al segundo caso, la subrogación militaría aún con más fuerza, pues alega que sería injusto negar al propietario despojado y reducido a un mero acreedor de una indemnización el derecho a ser pagado con preferencia sobre el precio obtenido en una enajenación. Es necesario admitir, que el precio está subrogado a la cosa<sup>253</sup>. Ambos supuestos regirán, por regla, cuando no opere el derecho de persecución o no lo hubiere.

En *Capitant*, la sustitución de la cosa enajenada por el crédito de su precio se produce siempre; pero la subrogación de la cosa por otra cosa solamente procede en las universalidades<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> Ídem, p. 395.

<sup>251</sup> Ídem, p. 394.

<sup>252</sup> Ídem, pp. 409-410.

<sup>253</sup> Ídem, p. 411.

<sup>254</sup> ROCA SASTRE, p. 285; CERBAN, p. 94. Véase *CAPITANT*, p. 390. Para él, el derecho de preferencia no pasa al bien adquirido con el precio de la enajenación. O sea, no hay subrogación en segundo grado, de una cosa a otra. Lo justifica en que el derecho de preferencia se extinguiría ya que no se habría invocado a su debido tiempo y no podría nacer de nuevo, pues ello sería una injusticia respecto de otros acreedores.



### 6.2.8. *Patrimonios y bienes singulares por analogía legal*

Roca Sastre, haciendo mérito de las teorías expuestas por la doctrina moderna, afirma:

“Son aceptables (...) en cuanto amplían el ámbito de la misma y la asientan sobre bases científicas o técnicas. Con todo, en ciertos puntos exageran aspectos parciales. La doctrina clásica o antigua tiene muchos elementos aprovechables, que bien combinados con los avances modernos pueden servir para construir una teoría perfecta acerca de la subrogación real”<sup>255</sup>.

Adentrándose en el desarrollo de su teoría sobre el campo de aplicación de la subrogación real, al que califica como el “aspecto más interesante”, asevera que no todo cambio o mutación de una cosa por otra produce el fenómeno de la subrogación, pues naturalmente ello haría superfluos los derechos reales de garantía y reinaría la confusión<sup>256</sup>.

Pero advierte que la subrogación real no se da siempre, sino en ciertos casos, y cree hallar una pauta suficientemente fuerte para construir una doctrina general a través de los casos que la ley concretamente admite, y con la ayuda de la jurisprudencia que la aplica a otros casos concretos y análogos.

Es que la legislación raramente agota los supuestos de aplicación del Derecho, sino que suelen normar casos y aspectos especiales: “...hay más cantidad de Derecho que el contenido en los Códigos. Los preceptos legales son manifestaciones de un criterio institucional y no agotan las posibilidades institucionales de cada figura jurídica”<sup>257</sup>.

Su teoría sobre el campo de aplicación se erige, entonces, en los casos en que la ley contemple y en todos aquellos en que

---

<sup>255</sup> ROCA SASTRE, p. 285.

<sup>256</sup> Ídem, p. 286.

<sup>257</sup> Ídem, p. 286.

puedan encontrarse supuestos análogos de aplicación. Sintetizaremos sus ideas.

Distingue tres supuestos generales en los cuales funciona la subrogación real: 1) el patrimonio general; 2) los patrimonios especiales; 3) los bienes concretos o singulares.

Ante todo, su conformidad con la preponderancia del valor del objeto surge patente cuando al hacer tema con los dos primeros supuestos apoya el funcionamiento de la subrogación en que en los patrimonios prepondera la idea del valor económico; interesa que el valor permanezca intacto, aunque no su expresión material<sup>258</sup>.

En cuanto al patrimonio general, afirma que por la misma lógica institucional del supuesto, ella operaría siempre. La característica propia de toda universalidad jurídica consistiría en permanecer intacto el cuerpo de la universalidad a pesar de la mutación de sus componentes. El elemento que ingresa en sustitución, queda sujeto a la condición jurídica del patrimonio, y por tanto a la garantía común; en sus palabras: “No es que queramos ver aquí una especie de hipoteca *omnium bonorum*, pero sí una situación de afección a la responsabilidad por la culpa contractual o extracontractual del titular de este patrimonio”<sup>259</sup>.

Opera aquí, de pleno derecho o automáticamente, sin necesidad de precepto expreso. Se hizo cargo de la conocida crítica de la doctrina moderna acerca de que ello sea un efecto de la subrogación real, pues se suele afirmar que más bien sería obra del principio de fungibilidad de los elementos patrimoniales. En su criterio, la subrogación real “juega sincrónicamente con el principio de fungibilidad patrimonial”<sup>260</sup>. Dice:

“No negamos del todo este aserto, que más que afirmar la improcedencia de la subrogación en este caso sostiene que esta función ya está desempeñada por la fungibilidad patrimonial. Lo que ocurre es

---

<sup>258</sup> Ídem, p, 288.

<sup>259</sup> Ídem, p. 287.

<sup>260</sup> Ídem, p. 288.

que tratándose de patrimonios generales de las personas, el juego de la subrogación, de tan natural que es, se sobrentiende, de modo que casi huelga hablar de él. Pero esto no quiere decir que deje de actuar la subrogación real, confluyendo en la fungibilidad. No ignoramos que ésta es más extensa que aquélla, pues actúa incluso sobre elementos no derivados de un cambio o equivalencia, pero esto sólo demuestra que son dos figuras con campo diferente<sup>261</sup>.

En torno a los patrimonios especiales, Roca Sastre dice que es el campo propio de la subrogación real y remite a sus análisis respecto del general. Enumera una extensa lista de patrimonios especiales en donde juega la subrogación real<sup>262</sup>, para luego clasificarlos en dos grupos: patrimonios de fin o de restitución.

En cuanto a los bienes concretos o singulares, exige la aplicación de una norma legal de manera directa o por vía analógica, pero también admite la incidencia de la autonomía de la voluntad autorizando la subrogación real *a priori*, o incluso *a posteriori*. Su ejemplificación es abundante<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Ídem, p. 287. Recibió la crítica de Marín Padilla: “Nosotros, con la mayoría de la doctrina reciente, nos preguntamos que si, como dice Roca Sastre, por la fungibilidad de los elementos del patrimonio, todos los bienes adquiridos por cualquier título entran automáticamente en el patrimonio, ¿por qué acudir al principio de la subrogación real para explicar un fenómeno que se produce perfectamente sin ella? Si por la misma idea del patrimonio, los nuevos bienes entran y se confunden con los antiguos y ocupan su lugar, ¿por qué llamar a la subrogación real, si lo que se persigue está ya hecho? Los bienes que se adquieren por otros, pertenecientes al patrimonio del deudor forman parte de éste, pero no por el principio de subrogación real, sino por su misma naturaleza jurídica y consideración de las partes. El que se llegue en apariencia al mismo resultado no quiere decir que las causas sean las mismas” (MARÍN PADILLA, p. 1197).

<sup>262</sup> Patrimonios matrimoniales, del ausente, hereditario, sujeto a fideicomiso, sujeto a reservas, reversiones o recobros, hereditario reclamado por la petición de herencia, hereditario objeto de enajenación, etcétera. Véase ROCA SASTRE, p. 287.

<sup>263</sup> Así, en la hipoteca sobre finca que ha sufrido un siniestro asegurado o sobre concesión declarada resuelta con indemnización al

### **6.2.9. Bienes concretos e individualizados dependientes de una masa patrimonial**

Bonnecase, luego de realizar un examen crítico de los diversos conceptos sostenidos con relación al “dominio de aplicación” de la subrogación real, concluye:

“No aceptamos íntegramente, ni siquiera en principio, ninguno de los sistemas propuestos hasta hoy para resolver el problema de la subrogación real. Pretendemos que la noción de subrogación real general, tal como ha sido elaborada por la doctrina clásica, es inexacta en el fondo, y más bien, que es indistinta y se confunde con la noción misma de patrimonio”<sup>264</sup>.

Aunque en su postura ello no implica que la subrogación real no pueda encontrarse “a propósito” del patrimonio; sí puede hacerlo, pero siempre como una subrogación real especial.

Con esas premisas, rechaza que la subrogación real tenga su órbita de actuación dentro de las universalidades, tanto las de derecho como las de hecho. Tal distinción carecería de interés para la subrogación real. En su pensamiento, la subrogación real es siempre especial y se aplica únicamente a los elementos concretos del patrimonio; para él, si se la pretendiera aplicar con relación a

---

concesionario, subrogación de la hipoteca dotal, extinción de derechos reales afectos a menciones legitimarias, redención de censos sujetos a condiciones, retractos, sustituciones, reservas u otros gravámenes, cancelaciones otorgadas por herederos fiduciarios o usufructuarios cuando no sean conocidos los fideicomisarios o nudo propietarios respectivos, usufructo sobre cosa expropiada o siniestrada o sobre una acción real vindicatoria, finca enfitéutica expropiada o siniestrada, restitución en virtud de la *condictio indebiti*, mercancías consignadas a un comerciante para venderlas, cuando éste cae en quiebra, etcétera.

Por analogía, extiende la aplicación a los casos de donaciones con cargo, fideicomisos singulares, indemnización que deba satisfacer el culpable por destrucción de una finca hipotecada, etcétera. Véase ROCA SASTRE, pp. 287-288.

<sup>264</sup> BONNECASE, §16, p. 21.

una universalidad en sí misma, la subrogación real solo existiría de nombre. Pero al precisarse los elementos concretos, surgiría la cuestión de la subrogación, para así saber si en una época determinada, esos elementos adquiridos en sustitución de otros concretos y primitivos que han desaparecido, ocupan jurídicamente el lugar de éstos<sup>265</sup>.

Entiende que a pesar de que la subrogación real a veces se refiere “especialmente” a un conjunto de bienes –patrimonio del ausente– y otras a uno aislado –extensión de la hipoteca a la indemnización debida–, en ningún caso existe una diferencia de alcance, puesto que siempre es preciso referirse a objetos individualizados respecto de los cuales lo único que puede variar es el número<sup>266</sup>.

Respecto de la subrogación real especial, su campo de aplicación sería amplio, y procedería siempre que se encuentren reunidos los requisitos de funcionamiento de la figura, aun cuando no existiera una determinación expresa de la ley. En su criterio, las múltiples aplicaciones que realiza la legislación demostrarían que la noción se encuentra en la base de ella; por ello, los diversos textos serían simples casos concretos desprovistos de alcance limitativo<sup>267</sup>.

Por todo ello concluye que la subrogación real se aplica:

“...en materia de derechos de crédito, cuando la garantía del acreedor ha sido individualizada, y a los derechos reales integrales, como la propiedad y la hipoteca, a los simples derechos de preferencia, como los privilegios muebles, y a los simples derechos de persecución, como el de los acreedores del armador sobre el buque”<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Ídem, §21, pp. 23-24.

<sup>266</sup> Ídem, §32, p. 31.

<sup>267</sup> Ídem, §32, p. 31.

<sup>268</sup> Ídem, §32, p. 31.

### **6.2.10. Valores con destinación determinada**

Dado que la “fluctuación” y la “conservación” son ideas incompatibles en una misma relación jurídica, Lauriol entiende que el funcionamiento de la subrogación real presupone la existencia de dos relaciones jurídicas diferentes pero complementarias. Una principal, que es aquella que es conservada. Pero también una accesoria, que es aquella en virtud de la cual el objeto de la principal es sustituido por otro. La subrogación real produce la atracción del objeto de la relación accesoria a la principal, para mantener el destino del valor individualizado de esos objetos.

Para esta tesis, siempre y cuando no existan obstáculos técnicos y su intervención sea deseada, la subrogación real debería producirse en los casos en que se solicita la restitución global de una masa de bienes y en los casos de indivisión. Pero en destinaciones de valor en caso de derechos ligados a la individualidad material de su objeto, se precisaría de una disposición de la ley o voluntad privada, interpretada con criterio restrictivo.

Esta teoría implica, en definitiva, una cierta recuperación de los adagios tradicionales, aunque ahora el centro de interés se traslada a los fines buscados por el ordenamiento<sup>269</sup>.

### **6.3. Nuestra opinión**

Lafaille expuso la razón de la necesidad de una teoría de la subrogación real que disponga de un amplio campo de aplicación:

“La subrogación real, extendida a todos los supuestos, previstos o no especialmente, corregiría muchas arbitrariedades al reducir

---

<sup>269</sup> ANDRES SANTOS, p. 716.

aquéllos a un común denominador y hacer revivir por tal medio, el verdadero criterio legislativo”<sup>270</sup>.

Creemos que el anhelo del eminente jurista solo se alcanza estructurando el sistema de la subrogación real en la conservación de las situaciones jurídicas, principio que es un auténtico fundamento de ella, como lo demostraremos en el Capítulo II.

Con la subrogación real, pues, se conservan “situaciones jurídicas”. La determinación de la órbita de aplicación de la subrogación real quedará explicitada al responder al menos dos interrogantes centrales: 1) ¿Qué es una situación jurídica?; y 2) ¿Cuáles son las situaciones jurídicas respecto de las que juega la subrogación?

Ante todo, es preciso tener en cuenta que la noción de situación jurídica que utilizamos es más amplia que la clásica de relación jurídica.

Betti afirma:

“...entre situación y relación jurídica no existe más que una diferencia de especificación y caracterización (...). La relación (...) constituye la especie más destacada, y más completamente desarrollada, del género ‘situación jurídica’, entendida esta expresión en su significado más lato”<sup>271</sup>.

Con esta denominación se comprende a todo emplazamiento de un sujeto en el derecho. Así lo han entendido varios de nuestros más destacados juristas<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> LAFAILLE, p. 277.

<sup>271</sup> BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, 2º edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 9.

<sup>272</sup> Véase MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pp. 68-69, en nota 97, quien hace tema con las opiniones de Luis Moisset de Espanés en su Memoria Explicativa y Programa Sintético de Derecho Civil Argentino y Comparado, de 1963 y de Pedro León en sus Apuntes de clase, versión taquigráfica del año 1941.

Roubier, en su conocido libro sobre derecho transitorio, mostró su satisfacción por el término de “situación jurídica”, el cual lo entendió “superior” que el de “relación jurídica”, puesto que esta implica una relación entre dos personas, pero la situación jurídica también puede ser unilateral y oponible a todos<sup>273</sup>. Sin embargo, entiende que el número de situaciones jurídicas es “infinito” y depende de cada rama del derecho su determinación. Así, habría situaciones jurídicas de “esposos”, de “hijo”, de “propietario”, de “usufructuario”, de “titular” de una servidumbre, de “acreedor” o de “deudor”, de “vendedor” o de “comprador”, de “locador” o “locatario”, de “autor” o “víctima” de un daño, de “heredero” o “sucesor”, etcétera<sup>274</sup>.

Es cierto que no son pocas las situaciones jurídicas, pero no es verdad que sean “infinitas”. El concepto comprende a un vasto elenco de realidades, que nos coloca en el aprieto de determinar a cuáles de ellas se aplica la subrogación real.

En el Capítulo V nos ocupamos de las distintas situaciones jurídicas a las que creemos que se aplica la subrogación real: 1) respecto del derecho de propiedad, abstraído de su naturaleza específica; 2) con relación a los derechos personales; 3) con relación a los derechos reales; 4) en otras situaciones jurídicas.

Tanto las relaciones jurídicas –como lo son los derechos personales–, como también los poderes jurídicos –cuyo ejemplo arquetípico son los derechos reales– quedan inmersos en este concepto de situación jurídica que puede ser conservada por la subrogación real.

Pero no solo se conservan derechos subjetivos en estricto sentido. Dentro del ámbito de cada situación jurídica aparecerán distintas realidades del derecho, como determinados límites a la

---

<sup>273</sup> ROUBIER, Paul, *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Recueil Sirey, Paris, 1929, tome premier, pp. 378-379.

<sup>274</sup> Ídem, p. 379.



disposición jurídica, afectaciones a determinados fines, calidades de ciertos créditos de ser pagados preferentemente, etcétera, que habrán de ser igualmente conservados.

La necesidad de englobar a todos estos conceptos jurídicos es una justificación suficiente para que utilicemos la expresión de “situación jurídica”, pues solamente ella es susceptible de agruparlos cómodamente.

La subrogación real acaecerá siempre que nos encontremos frente a una situación jurídica que sea digna de ser conservada a través de su permanencia con un asiento diverso en virtud de una sustitución objetiva.

La existencia de una situación jurídica de esas características es un auténtico presupuesto para el funcionamiento de la subrogación real. Si nada hubiera que conservar, nada habrá que subrogar.

## 7. PRESUPUESTO

### 7.1. Planteamiento

Finalizamos el apartado anterior enunciando el presupuesto de la subrogación real: una situación jurídica conservable a través de su permanencia con un asiento diverso en virtud de una sustitución objetiva.

Como la subrogación real se funda en el principio de conservación, para que sea posible procurar la existencia de esta jerarquizada sustitución objetiva en el caso en concreto, es menester estar frente a una situación jurídica conservable. Si esta no existiera no podría predicarse el juego de la subrogación real, pues no tendría razón de ser.

Toda situación jurídica es, por regla, digna de la tutela propia de la conservación. Pero pueden existir motivos suficientes que determinen un razonable fenecimiento de aquella. Remitimos al lector a nuestras explicaciones en el Capítulo II.

La exigencia de una situación jurídica conservable aplicada a la subrogación real nos lleva a pensar que ello tiene al menos tres exigencias ínsitas: a) no podría ocurrir si violentara principios fundamentales del ordenamiento jurídico; b) debe haber un interés digno de tutela; c) es menester que la situación jurídica admita un asiento distinto.

## **7.2. Exigencias de la situación jurídica conservable**

### **7.2.1. A. No puede violentarse principios fundamentales del ordenamiento jurídico**

So pretexto de una conservación de situaciones jurídicas no puede violentarse los principios fundamentales que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico, como la buena fe; la prohibición del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa; la igualdad, la protección del débil, del trabajador, del consumidor, del adherente, del interés superior del niño, del ambiente; etcétera. Esta idea ha sido aplicada, verbigracia, para no admitir una tutela indefinida de una subrogación de vivienda respecto de una suma dineraria<sup>275</sup>.

He aquí una auténtica válvula de escape a la subrogación real, puesto que de presentarse una posible conservación de una situación jurídica que no sea provechosa, los demás principios ejercerán una fuerza suficiente para resistirla.

### **7.2.2. B. Necesidad de un interés digno de tutela**

#### **7.2.2.1. Explicación**

Cierto sector de la doctrina sostuvo que la subrogación real únicamente tendría razón de ser cuando pudiese “oponerse a un tercero, o ser invocada por este”<sup>276</sup>. No debe llevarse al extremo ese pensamiento, al punto de pretender que ello sea un presupuesto

---

<sup>275</sup> Véase §5.4, Capítulo III.

<sup>276</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 735.

para el funcionamiento de la subrogación real. No es que solamente pueda conservarse una situación jurídica si pudiera oponerse o ser invocada la sustitución; es más bien a la inversa: puede oponerse o ser invocada porque fue conservada.

Pero ¿por qué *puede* ser conservada una situación jurídica? Porque responde a un interés digno de tutela. En el Capítulo II aseveramos que la subrogación real, según los casos, protege la propiedad privada, tutela la subsistencia humana, armoniza intereses públicos y privados, brinda una tutela adecuada del crédito, etcétera. Esos son algunos de los tantos intereses dignos de tutela que le dan un sustrato axiológico suficiente a la conservación.

Es más, allí también afirmamos que la subrogación real “protege actual o potencialmente” a las personas. Si la protección conservatoria es hoy potencial, no quiere decir que no sea actual en un futuro. Por su parte, en el Capítulo III nos ocupamos de demostrar que la subrogación real puede ser “beneficiosa o indiferente” a los terceros, pero también que una de las características de los efectos subrogatorios es su “invocabilidad”, en el sentido de que los interesados tienen la facultad de demostrar la sustitución y obtener una declaración judicial consecuente.

Consideramos que para la subrogación real siempre debe existir un interés tutelable, pues lo impone la noción misma de conservación, aunque este no se traduzca necesariamente en la actualidad de un perjuicio, pues aquel puede significar únicamente una prevención de este último.

#### **7.2.2.2. Consistencia con lo dispuesto para la acción meramente declarativa**

El ordenamiento procesal exige tres requisitos para la procedencia de una acción meramente declarativa : 1) incertidumbre sobre el “ser” o el “valer” de una relación jurídica (o

mejor, situación jurídica); 2) posibilidad de “perjuicio” o “lesión actual”; 3) inexistencia de otro medio legal adecuado.

Notamos cierta inconsistencia en la redacción del art. 322 del código procesal al tiempo de exigir que la “falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual”. El vocablo “pudiera” evoca potencialidad; lo que se contrapone abiertamente con la exigencia de que la lesión sea “actual”.

La aparente contradicción desaparece si advertimos, como no puede ser de otra manera, que lo único que explicita el texto es que la potencialidad del perjuicio pueda llegar a la actualidad de una lesión. Ello es, en cierta medida, armonioso con lo dispuesto por el art. 1711 del Código Civil y Comercial, que exige que la producción del daño sea “previsible”. La acción meramente declarativa está fundada en una suerte de justicia preventiva, es decir, que no reacciona frente a un perjuicio acaecido sino que busca evitarlo.

#### **7.2.2.3. *Quid* de la inexistencia de conflicto de intereses**

En el año 1992, la sala “L” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso “Anda, Blanca de las Nieves”, rechazó una solicitud de subrogación de vivienda. Uno de los argumentos, aunque no el principal, fue que el accionante había afirmado que no tenía acreedores, afirmación que sin más aditamentos es de casi imposible sustentación en la realidad. Además, en el régimen de vivienda se regulan otros intereses distintos a los del propio constituyente y sus acreedores: el propio de los beneficiarios (art. 246, Código Civil y Comercial).

Los juzgadores pensaron que, porque no había acreedores, no había un interés para tutelar:

“...la cuestión podría someterse a decisión judicial ante un conflicto de intereses que en el caso de autos no se advierte, toda vez que la misma peticionante manifiesta que el pedido no se funda en la existencia de ninguna deuda actual. En consecuencia, la ‘autorización’

solicitada carece de interés actual por lo que un pronunciamiento al respecto resulta abstracto”<sup>277</sup>.

El caso es muy particular, en el sentido de que ni siquiera se había producido una sustitución objetiva, puesto que la parte actora solicitaba la traslación del régimen a un inmueble que se adquiriría en el futuro.

Desde un plano sustancial, la inexistencia de conflicto de intereses no puede ser un óbice para la producción de la subrogación real, siempre que se encuentren satisfechos sus demás presupuestos y requisitos, entre los que se destaca la sustitución objetiva propiamente dicha. Podrá, sin embargo, desde la mirada procesal, ser un obstáculo para entablar ciertas acciones judiciales que requieran configurarse de manera “contenciosa”.

### 7.2.3. C. Susceptibilidad de permanencia con un asiento diverso

#### 7.2.3.1. Cuestiones preliminares

La frase *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*, significa literalmente que el precio o la cosa que se reciba a cambio de una cosa o un precio, ocupará el lugar de su antecesor. Pero este adagio, que supo arraigarse fácilmente en la doctrina, es reprochable por ser manifiestamente incompleto para abrazar a un rico universo de situaciones.

Ya Capitán advirtió la insuficiencia de los adagios tradicionales para determinar los casos de aplicación de la subrogación<sup>278</sup>. Según Andrés Santos, la palabra *pretium* “debe entenderse, (...) como ‘elemento patrimonial en su condición de valor’”<sup>279</sup>, en cambio, la palabra *res*, “en el sentido de ‘elemento

---

<sup>277</sup> CNCiv., sala L., “Anda, Blanca de las Nieves”, 21/5/1992, La Ley 1992-E, 387.

<sup>278</sup> Véase CAPITANT, p. 416.

<sup>279</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 733.

patrimonial en tanto que derecho', ya sea una *res corporalis* o una *incorporalis*".

Creemos que los tradicionales adagios del derecho medieval deben ser modificados deliberadamente de la siguiente manera: la subrogación se produce de "objeto a objeto".

### 7.2.3.2. La distinción entre "fungibilidad", "sustituibilidad" y "conmutabilidad"

Pensamos que para determinar si una situación jurídica es susceptible de permanecer con un asiento diverso, debemos acudir a las distinciones que Barbero plasmó respecto de los conceptos de "fungibilidad", "sustituibilidad" y "conmutabilidad"<sup>280</sup>.

Se trata de tres nociones que se encontrarían en distintos grados de intensidad:

1) Son fungibles los objetos que son considerados por su peso, su número y sus medidas. Entiende que la fungibilidad es una cualidad lógico-jurídica o lógico económica; no intrínseca a la cosa, sino externa a ella. La fungibilidad dependería de la existencia de otros objetos, del mismo género, de la misma calidad, que en su apreciación económica-social podrían ocupar exacta y enteramente su lugar.

Esto es lo dispuesto por el art. 232 de nuestro Código Civil y Comercial: "*Cosas fungibles*. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad".

2) Entiende que la sustituibilidad se trataría de una noción más amplia y que comprende a la fungibilidad. Ella prescinde de cualquier identidad o semejanza. Sustituir significaría meter un objeto en el lugar de otro, sin importar que sea igual o diverso. No

---

<sup>280</sup> Véase BARBERO, Domenico, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Giuffrè, Milano, 1936, §46, pp. 168-169.

obstante, la sustituibilidad se encontraría limitada por la *función* a la cual el objeto es destinado. De ese modo, explica, una columna de un edificio no podría ser sustituible por un bastón.

3) El tercer concepto, el de la conmutabilidad o permutabilidad, prescinde incluso de la función. Se trataría de la noción más amplia que comprende a las otras dos y en su sentido todos los objetos serían susceptibles de ser cambiados por otros.

### 7.2.3.3. La cuestión debe apreciarse en concreto

La subrogación es el hecho mismo de la sustitución, con los requisitos y efectos que le son propios. Por ello, determinar si un objeto puede ser sustituido por otro es de máxima relevancia. El análisis debe hacerse en concreto para cada situación jurídica involucrada. Se cumplirá con el presupuesto de la subrogación real siempre que se concluya que una determinada situación jurídica pueda subsistir con otro objeto que la soporte.

La regla es que todos los objetos son reemplazables por otros<sup>281</sup>. Como ya advirtió Immanuel Kant: “lo que tiene un precio puede ser reemplazado por otro como su equivalente”. Pero esta regla puede sufrir ciertas excepciones.

En las situaciones jurídicas que podemos denominar *intuitu rei* la particular expresión de un objeto es fundamental para la subsistencia de la situación jurídica. Estas situaciones jurídicas no pueden soportar la subrogación real por estar configuradas de manera tal que su asiento específico o una determinada cualidad de este es esencial para su sustento, de manera análoga a lo que ocurre en la subrogación personal (arg. arts. 398 y 1616, Código

---

<sup>281</sup> Creemos que ello encuentra un sólido argumento en los principios de la responsabilidad civil, pues allí se procura la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso y ello se lo hace a través del pago en dinero o en especie (art. 1740, Código Civil y Comercial). Si tal teleología puede ser jurídicamente cumplida es porque en definitiva los objetos en propiedad son, en cierta medida, reemplazables los unos por los otros.

Civil y Comercial), que no se produce si la situación jurídica es *intuitu personae*.

No habrá subrogación real frente a la imposibilidad de la situación jurídica de desprenderse de su objeto original, como tampoco frente a la inaptitud del nuevo objeto de soportar a aquella con motivo de sus características físicas o jurídicas<sup>282</sup>. Debe descartarse la subrogación real, por razones técnicas, si la situación jurídica es *intuitu rei*<sup>283</sup>.

Pero existen situaciones intermedias, cuyos objetos no llegan a la libre “conmutabilidad”, pero que precisan de cierta “sustituibilidad” en razón del destino o función al cual se hayan afectados.

Un ejemplo aclarará la cuestión: no existe un derecho real de dominio que recaiga sobre derechos personales, pues no ha sido configurado legalmente de tal manera (arg. art. 1884, Código Civil y Comercial). Por lo tanto, la indemnización que corresponda por la responsabilidad de un tercero por la destrucción de la cosa objeto de un derecho real de dominio no será suficiente para considerar la subsistencia del poder jurídico respectivo, el cual habrá fenecido (art. 1907, Código Civil y Comercial). Allí, la situación jurídica que implica la titularidad de un derecho real de dominio no puede subsistir frente a esa vicisitud. Sin embargo, como en la vida del Derecho las situaciones jurídicas conviven con otras tantas, detrás de la máscara del derecho real de dominio podría encontrarse una afectación al régimen de comunidad, en

---

<sup>282</sup> Véase SAVAUX, §44, pp. 9-10.

<sup>283</sup> PONSARD, André, en DALLOZ, *Encyclopédie Juridique. Répertoire de Droit Civil*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1955, tome V, §25, p. 75. El autor explica que ciertos derechos pueden parecer indiferentes a la individualidad material de su objeto (§22, p. 74). En cambio, entiende que otros derechos parecen adscritos a la individualidad material de su objeto y aunque la subrogación real pueda llegar a ser deseable existiría un obstáculo a su funcionamiento que podría ser desplazado mediante una disposición legal o convencional al efecto que la autorice especialmente (§23-24, pp. 74-75).



donde a la cualidad de propio o ganancial de un objeto todo ello le es indiferente; allí sí se producirá la subrogación real si fuera menester la conservación<sup>284</sup>.

En la figura de la afectación a vivienda de los arts. 244 y siguientes del Código Civil y Comercial encontramos otro supuesto en donde debemos descartar la subrogación real por falta de sustituibilidad entre los objetos de la situación jurídica. Piénsese en un inmueble afectado a vivienda que es sustituido por una cosechadora agrícola en virtud de un contrato de permuta. Es evidente que tal maquinaria no se incorporará a la afectación a vivienda preexistente debido a que su destinación es incompatible con la de habitación. Se nos podrá decir que también el dinero es incompatible con la destinación habitacional y sin embargo en tal caso la ley admite expresamente el mantenimiento de la afectación por efecto de la subrogación real (art. 248, Código Civil y Comercial). No obstante, no podrá controvertirse que el dinero, aunque sea en forma indirecta, tiene la potencialidad de alumbrar un objeto con el destino exigido por la ley (art. 247, Código Civil y Comercial), pues con él ordinariamente se podrá adquirir otro inmueble con tales características.

#### **7.2.3.4. La posibilidad de reemplazo objetivo se independiza de la noción de valor económico**

No debe pensarse que la cuestión de la conexión entre la posibilidad de reemplazo objetivo y la subrogación únicamente tiene en consideración al valor económico que acompaña al objeto.

Se ha dicho:

“Para que un derecho pueda trasladarse del antiguo bien al nuevo que ha venido a sustituirlo, necesita considerar[se] a este bien no solo en su individualidad material y psíquica, sino también en su valor económico; por ello lo primero que es necesario investigar es si el

---

<sup>284</sup> Véase §9.1.1, Capítulo I.

derecho en cuestión es susceptible de recaer sobre otro bien sin alteración de sus cualidades y prerrogativas”<sup>285</sup>.

Para Roca Sastre la finalidad de la subrogación real:

“...es mantener sujeto a la misma situación jurídica preexistente el valor en cambio o económico de la cosa, careciendo de relevancia el valor en uso o de afección”<sup>286</sup>.

También dice que la subrogación implica fundamentalmente “un proceso de reconversión de valores económicos sobre la base de una permanencia de un mismo o equivalente valor”, prescindiéndose de su expresión física o material<sup>287</sup>.

Es cierto que en muchas circunstancias a la subrogación únicamente le interesa salvaguardar el valor económico subyacente en el objeto de una situación jurídica. Es lo que acontece, verbigracia, en la subrogación real que ocurre en el objeto de una hipoteca.

Pero en tantas otras situaciones el interés es otro y es extraño a la idea pecuniaria. Piénsese en el régimen de traslado del asiento de la propiedad indígena, del cual nos ocuparemos en el Capítulo V.

#### **7.2.3.5. Análisis normativo de la concepción amplia que proponemos**

Acudiremos a un análisis exegético de diversas hipótesis típicas y nominadas en el Código Civil y Comercial para poder vislumbrar la cuestión con mayor claridad.

---

<sup>285</sup> MARÍN PADILLA, p. 1195. Aunque allí también afirma que el hecho de perder alguna de estas cualidades o prerrogativas “no ha impedido al legislador y a la doctrina, en casos muy especiales, hacer llamamiento a la subrogación real, como en el caso de extensión del derecho de hipoteca sobre las indemnizaciones debidas...”.

<sup>286</sup> ROCA SASTRE, pp. 282-283.

<sup>287</sup> Ídem, pp. 282-283.

El art. 248 alude a los objetos sustitutos de la siguiente manera: “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”. En materia de fideicomiso, el art. 1684 regla en su último párrafo: “...el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes...”. El art. 2584 indica que los objetos de reemplazo producto de la subrogación real son “los importes que sustituyen los bienes” de los asientos de los privilegios. En cambio, en las disposiciones generales de los derechos reales de garantía el art. 2194 acude a “...los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”.

Llama la atención que en el art. 248 y en el art. 2584 se haga mención de los “importes” en concepto de precio o indemnización como sustitutos de los objetos respectivos. Una concepción más amplia es la brindada por los arts. 1684 y 2194, en donde genéricamente se alude a “bienes”. Es que según el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo “importe” apunta a la “cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo” y ello nos conecta con las obligaciones típicamente dinerarias.

Repárese en que el crédito indemnizatorio no debe consistir necesariamente en un suceso del daño efectivamente causado, pues también puede ser en “especie” (art. 1740, Código Civil y Comercial)<sup>288</sup>. Son imaginables situaciones como las de un inmueble asegurado por destrucción y que frente a ese siniestro la

---

<sup>288</sup> Se juzgó que la obligación en virtud de la cual la aseguradora está constreñida a la entrega de un automotor nuevo en sustitución “tiene el carácter, en sí propio, de una indemnización”, razón por la cual la prenda y su privilegio pasarán a recaer sobre aquel en virtud de la subrogación real (CNCom., Sala D, “Vigilante, Hugo c/ Provincia Seguros S.A. s/ Ordinario”, [Expte 17121/2014], 13/09/2018).

aseguradora deba transmitir la titularidad de otro inmueble al asegurado a título de “resarcimiento del daño” (art. 1º, ley 17.418). El art. 89 de la ley 17.418 hace tema con la denominada “garantía de reconstrucción” y dispone: “Cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene derecho a exigir que la indemnización se destine realmente a ese objeto...”. Si bien lo habitual es que la “reposición” se materialice a través del cumplimiento de una prestación dineraria, nada obsta a que se lo haga en especie, pues en esta materia rige la plena autorregulación de los intereses de las partes<sup>289</sup>.

Con relación al “precio” tampoco debe pensarse que ineludiblemente tenga que consistir en una suma dineraria. Al dirigir la mirada al art. 1126 del Código Civil y Comercial se apreciará sin esfuerzos que esa común identificación no ostenta apoyaturas jurídicas sólidas. Expresa esa norma: “*Compraventa y permuta*. Si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato es de permuta si es mayor el valor de la cosa y de compraventa en los demás casos”. De la simple lectura de esa disposición se advierte que el precio puede ser “parte en dinero”, pero también “parte en otra cosa”, o sea, que las cosas también pueden conformar el precio del contrato<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Se enfatiza en que: “la forma de cumplimiento de la prestación, esto es el modo exteriorización de la conducta debida por el asegurador, resulta de los términos en que la cuestión haya sido pactada por las partes. Se puede haber previsto en dinero o bien en especie (...). El fundamento del resarcimiento *in natura* radica en evitar las consecuencias de una incorrecta valuación del daño” STIGLITZ, Rubén S., en ALTERINI, Atilio A. y ALEGRÍA, Héctor (Directores), *Códigos Civil y de Comercio Comentados*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo XII, pp. 625-626.

<sup>290</sup> Así, Llerena sostuvo que en el contrato de permuta: “La cosa debida es el precio de la recibida” (LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2º edición, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1903, tomo X, p. 350). Recuérdese la opinión contraria de Machado acerca de que “...no hay precio sin dinero, la cosa permutada no es precio” (MACHADO, José O.,

Entonces si la indemnización puede ser en especie –por ejemplo, mediante la entrega de una cosa sustituta– y el precio puede no ser en dinero –como siempre ocurre en la permuta y en ocasiones en la compraventa–, es evidente que es conceptualmente estrecho limitar la cuestión a lo estrictamente dinerario en virtud de las connotaciones del vocablo “importe”<sup>291</sup>.

Por esas razones, proponemos una lectura correctora de los mentados artículos para entender a los objetos sustitutos como aquellos que “sustituyen a los afectados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real”.

Téngase presente que la parte final del art. 2º del Código Civil y Comercial siempre con referencia a la interpretación de la ley establece que ella debe ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”<sup>292</sup>. Máxime que si prevaleciera una interpretación de acuerdo a las palabras del art. 2584 se llegaría al

---

*Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1902, tomo X, p. 563).

<sup>291</sup> Ponsa al estudiar un proyecto de ley de bancarrotas donde se hacía alusión a la venta del asiento del privilegio, apuntó: “Tal vez hubiese sido más propio hablar de cosa enajenada, en lugar de cosa vendida, porque las mismas razones que justifican la subrogación de la cosa por precio, debe operarse de cosa a cosa (PONSSA, Roberto, *Doctrina general de los privilegios*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 63). La posición del autor implicó un avance en la temática, aunque también con óptica acotada, puesto que lo más adecuado sería decir que la subrogación adquiere efectos de “objeto a objeto”.

<sup>292</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., “Fuentes, interpretación y aplicación del derecho en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2018-C, 869. El autor cita a Cossio quien recuerda que “...el ordenamiento jurídico es una totalidad y que un caso nunca se resuelve aisladamente por una de sus partes o disposiciones aisladas, sino que siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico, aunque haya una mención legal expresa, porque esa mención legal expresa está comprimida, modificada o cobrando sentido por el conjunto de otras disposiciones, de la misma manera como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que reposa, a pesar de tomar contacto con ella sólo en un punto” (COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 117).

absurdo de admitir una subrogación real en la órbita de los derechos reales de garantía cuyo reemplazo sea un objeto no dinerario, pero simultáneamente no permitirlo en el asiento del privilegio que acompaña al crédito garantizado.

La elasticidad que propiciamos para captar los alcances de la subrogación real posibilita la configuración de un generoso catálogo de alternativas hermenéuticas<sup>293</sup>.

## 8. REQUISITOS

### 8.1. Planteamiento

Parte de la doctrina estudia este apartado bajo la voz “elementos”. Nosotros hemos decidido que nuestro análisis sea presidido por la noción de “requisitos” y no de “elementos”. Es que para el Diccionario de la Real Academia Española la palabra “elemento” significa, en su primera acepción, “parte constitutiva o integrante de algo”; en cambio, el “requisito” es la expresión de la “circunstancia o condición necesaria para algo”.

También algunos los autores suelen confundir los “elementos” o mejor “requisitos” de la subrogación real con sus efectos<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> Trataremos esta cuestión en el Capítulo III.

<sup>294</sup> Así, BONNECASE, §31, pp. 28 y ss. Para el autor entre los elementos de la subrogación real se encuentran los siguientes: “a) La subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados (...). b) La subrogación real se aplica con motivo de la pérdida o enajenación de uno o varios de estos elementos individualizados y aun de todos ellos (...). c) Para que la subrogación real se realice, exige que el bien que entre en el patrimonio, esté individualizado al mismo título que el que salió de él (...). d) La subrogación real no se concibe sin la existencia de un lazo de filiación directa y cierta, entre el bien enajenado o desaparecido y el que lo sustituye (...). e) La subrogación real transmite al bien subrogado, los derechos que existen sobre el bien enajenado o destruido, es decir, le atribuye la condición jurídica de éste (...). f) La subrogación real se

Lo que se tratará a continuación son las circunstancias necesarias para que se diagrame el acontecimiento de la subrogación real, o sea que constituya el hecho jurídico respectivo.

Hemos dividido el análisis en requisitos “positivos” y “negativos”, no por realizarse allí un juicio de valor respecto de ellos, sino porque respectivamente hacen alusión a “la existencia o presencia de algo” o a “la ausencia o inexistencia de algo”. Es decir que los requisitos positivos son los supuestos que necesariamente deben acaecer para que se produzca la subrogación real. En cambio, los que denominamos como “negativos” son los que no deben presentarse.

En la exposición de nuestros requisitos omitimos la enunciación de uno que aparece en algunas normas del derecho comparado. Nos referimos al llamado “ánimo de subrogar” exigido, por ejemplo, por los arts. 1733 del Código Civil de Chile y 1958 de Uruguay<sup>295</sup>. La exigencia de un “ánimo de subrogar” para todas las subrogaciones reales modificaría la esencia de estas: todas ellas serían actos jurídicos, puesto que se precisaría que los otorgantes tengan la finalidad inmediata de modificar el objeto de determinada situación jurídica. En general, la voluntad direccionada a ello es irrelevante: ese el carácter de la inmediatez del que hacemos mérito en el §5.1 del Capítulo III, el cual no obstante es matizado en algunas hipótesis.

## **8.2. Positivos**

### **8.2.1. Exposición**

Los requisitos positivos los subdividimos en sustantivo y adjetivos. La sustitución objetiva es el requisito sustantivo; en

---

produce, unas veces, de pleno derecho, y otras, de acuerdo con una manifestación de voluntad de los interesados, salvo los derechos de los terceros”. El “elemento distintivo” que el autor designa en el inc. e) en rigor constituye el efecto principal de la subrogación real.

<sup>295</sup> Véase el Capítulo IV.

cambio la relación de causalidad subyacente y la continuidad personal constituyen los requisitos adjetivos. Abordaremos cada uno de ellos.

La subrogación real es una sustitución objetiva calificada; esa sola sustitución no basta, pues ha menester de los requisitos adjetivos que la califican.

### 8.2.2. *Requisito sustantivo*

Es necesario que en el orden de la realidad un objeto reemplace a otro. Es menester, pues, una sustitución objetiva. Por sustitución objetiva entendemos al reemplazo que se produce, según los casos, respecto de cosas, derechos y prestaciones, sean ellos sustitutos o sustituidos, respondan al asiento inmediato o mediato de la situación jurídica<sup>296</sup>. Desde el plano lógico-jurídico, ello no basta por sí solo para que se produzca la subrogación real.

Para Roca Sastre la sustitución, reemplazo o cambio de elementos patrimoniales es el “presupuesto de hecho” para el funcionamiento de la subrogación real<sup>297</sup>. Si bien la posición del autor es sustancialmente correcta, no creemos que, en rigor, se trate de un “presupuesto” sino un “requisito” fáctico para la conformación de un acontecimiento de hecho jurídico que denominamos “subrogación real”. En efecto, la subrogación es en sí misma una sustitución y por ello no sería aceptable desde el plano de la lógica sostener el siguiente aserto: la sustitución tiene por presupuesto a la sustitución.

Aubry y Rau afirmaron que la subrogación real hace que el objeto sustituto ocupe tanto de “hecho” como “jurídicamente”<sup>298</sup> el lugar del objeto sustituido.

---

<sup>296</sup> En nuestro país Galli y Rezzónico dejaron en claro que la subrogación real puede ocurrir respecto de “cualquier clase de bienes” (GALLI, tomo II, 1473<sup>h</sup>, p. 477; REZZÓNICO, p. 456).

<sup>297</sup> ROCA SASTRE, p. 282.

<sup>298</sup> AUBRY ET RAU, §575, p. 237.



En la sustitución objetiva como requisito sustantivo de la subrogación real que analizamos en este apartado esa ocupación es tan solo fáctica, pues aún falta llenar otros requisitos para que se produzca la modificación objetiva de la situación jurídica.

Se ha advertido que no toda sustitución de cosas (o mejor, de objetos) implica una subrogación real, pues en ciertas circunstancias dependería del funcionamiento de otros principios e institutos jurídicos que son netamente diferenciables de la subrogación real como instituto autónomo e independiente<sup>299</sup>. Santoro Passarelli distingue la subrogación real de otras sustituciones objetivas con la siguiente fraseología:

“La subrogación es una sustitución interesante como tal al derecho, mientras que la sustitución hace que de hecho una cosa ingrese en lugar de otra, sin que al derecho le importe tal sustitución, porque considera ahora la nueva cosa en sí mismo y por sí mismo...”<sup>300</sup>.

Efectivamente, existen sustituciones objetivas (reemplazo fáctico) que no importan verdaderas subrogaciones reales (reemplazos fácticos y jurídicos). En nuestro criterio, la sustitución es tan solo uno de los requisitos para configurar una subrogación real, pero además de este deben concurrir su presupuesto y demás requisitos sin los cuales únicamente se habrá alumbrado una sustitución de objetos, pero no una verdadera subrogación real.

La subrogación real es una sustitución objetiva calificada que es interesante para el derecho, tanto que si se cumplen todos los

---

<sup>299</sup> Véase LONGO, p. 6. Allí expresa: “Non è da credersi infatti che ogni sostituzione di una cosa ad un'altra rietri nel nostro argomento: vi ha casi in cui essa si verifica, ma dipende tuttavia dal funzionamento di altri principii e di altri istituti giuridici, che bisogna nettamente distinguere dalla *surrogazione reale*, quale istituto autonomo ed indipendente”.

<sup>300</sup> Continúa diciendo que de tal situación “...deriva que la subrogación es una ficción y debe ser determinada por la ley, mientras la sustitución no lo es y puede derivar de la voluntad de los particulares” (SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, p. 34).

mentados presupuestos y requisitos el principio de conservación le asignará a ese hecho efectos jurídicos relevantes, los cuales serán analizados detenidamente en el Capítulo III.

### 8.2.3. *Requisitos adjetivos*

#### 8.2.3.1. Relación de causalidad subyacente

##### a) Explicación

La subrogación real no es una sustitución *casual*. Todo lo contrario. La sustitución es *causal* porque responde a la certeza de la causalidad. La sustitución objetiva se produce por diversas razones, pero en todas ellas debe advertirse una relación de causalidad subyacente para que pueda hablarse de subrogación real.

La causalidad en este ámbito puede ser avizorada desde dos planos de análisis: 1) desde la óptica del egreso y del ingreso, considerados individualmente; y 2) respecto de la sustitución como fenómeno global.

Gran parte de la doctrina ha advertido que la subrogación real precisa de una condición de “procedencia”, lo que significa, acaso en un sentido figurado, que un objeto –el sustituto– “procede” de otro –el sustituido–. La procedencia, se dice, puede ser directa o bien indirecta. La causalidad directa se ejemplifica con la venta, la permuta o la expropiación; la indirecta es ilustrada con el caso de la indemnización debida por un contrato de seguro que se activa por un siniestro que deriva en la destrucción de la cosa<sup>301</sup>.

---

<sup>301</sup> Véase MARÍN PADILLA, p. 1193. Relata que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, luego de fuertes debates, convergen en aceptar que la indemnización del seguro “procede” del objeto dañado y no de las primas pagadas a la aseguradora. Saux refiere que “...la procedencia la decide en el contrato de seguro el bien asegurado y no el origen de las primas pagadas, y entonces la indemnización aparece relacionada no con estas últimas sino con el bien siniestrado...” (SAUX, p.

La mentada procedencia implicaría que la aparición del objeto nuevo tiene por “causa material única” a la desaparición del antiguo<sup>302</sup>, o bien una “filiación o relación entre el antiguo y el nuevo bien”<sup>303</sup>. También se ha señalado la necesaria existencia de un “vínculo de filiación directa”<sup>304</sup>, o bien de una “conexión lógica o ilación directa entre la cosa enajenada o perdida y la cosa que la sustituye”<sup>305</sup>. Otros refirieron indistintamente a que es necesario un “vínculo de filiación directa”, una “relación de causalidad”, o una “condición de procedencia”, lo que significaría que el “bien nuevo proceda del antiguo”<sup>306</sup>.

En general los autores manifiestan que con esta exigencia se evitaría la arbitrariedad y el fraude, puesto que se prevendría la “resurrección” de las situaciones jurídicas con bienes adquiridos con mucha posterioridad o bien completamente desconectados.

Si se pondera las definiciones de los vocablos “causa” y “procedencia” que nos da el Diccionario de la Real Academia Española, se advertirá que, si bien tienen un cierto aspecto sinonímico, el primero es de mayor amplitud<sup>307</sup>. Mucho de lo que los autores atribuyen a la “procedencia” es en rigor más adecuado referirlo a la “causalidad”. Nos explicamos.

A veces el egreso del objeto sustituido es la causa-eficiente de la sustitución objetiva, puesto que la origina o la provoca. Por

---

176). En el Dalloz se lee que no violenta la naturaleza de las cosas que la indemnización sea considerada como representativa del inmueble (o bien del objeto) asegurado, puesto que las primas serían “cargas normales” de la propiedad (PONSARD, §10, p. 73).

<sup>302</sup> RANOUIL, p. 172.

<sup>303</sup> SAUX, p. 179.

<sup>304</sup> BONNECASE, p. 30.

<sup>305</sup> ROCA SASTRE, p. 282.

<sup>306</sup> MARÍN PADILLA, pp. 1192-1193.

<sup>307</sup> La causa es “aquello que se considera como fundamento u origen de algo” (primera acepción) o bien el “motivo o razón para obrar” (segunda acepción). En contraste, la “procedencia”, en lo que aquí respecta, refiere exclusivamente al “origen, principio de donde nace o se deriva algo”.

ejemplo, si una persona provoca un daño en un inmueble hipotecado, ese hecho ilícito alumbrará una obligación que sustituirá, al menos parcialmente, al objeto de la hipoteca.

En otras oportunidades, la sustitución no tiene por causa-eficiente al mentado egreso, aunque como es lógico sucede con motivo o en ocasión de este. Aquí entra más cómoda la noción de causa-final: el sustituto ingresa para ocupar el lugar del sustituido, o bien, el sustituido egresa para dejar su lugar al sustituto. Es lo que sucede en los contratos onerosos, por ejemplo, en virtud de una compraventa o una permuta, en donde las ventajas respectivas tienen su razón la una en la otra (art. 967, Código Civil y Comercial).

No obstante que aquella es una explicación posible, también puede ser provechoso apreciar a la sustitución de una manera integral para así determinar si es causada. Ello implicaría no diseccionarla entre el egreso y el ingreso, sino considerarla como un fenómeno global. Así, esta sustitución fáctica objetiva puede tener por antecedente otros hechos jurídicos idóneos para darle ocasión; o bien, encarnar un auténtico acto jurídico cuya finalidad inmediata sea la modificación de una situación jurídica. Volveremos sobre ello en el Capítulo III.

### **b) Conceptos que permiten la subrogación real**

La subrogación real se produce respecto de objetos que sustituyen a otros por “indemnización, precio o cualquier concepto” que la permita (arg. arts. 248, 2194, 2584, Código Civil y Comercial).

¿Qué son los “conceptos” que permiten la subrogación real? El Diccionario de la Real Academia Española, en su 5º acepción, explica que el vocablo concepto significa “aspecto, calidad, título” y ejemplifica su uso con la habitual fraseología de “en concepto de gasto”.

Es el “concepto” en virtud del cual ingresa el objeto sustituto el que deja traslucir la existencia de la mentada relación de causalidad subyacente. Esos conceptos son determinados por los hechos jurídicos que anteceden o sirven de apoyo a la subrogación real. Cabe preguntarse, pues, ¿a qué título ingresa el objeto sustituto?

El objeto sustituto puede ingresar en concepto de “precio”. Ello es así en los contratos onerosos, o sea aquellos en que “las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra” (art. 967, Código Civil y Comercial); así, en el contrato de compra-venta, el objeto egresa a consecuencia del ingreso de otro objeto: el precio, ya adeudado, ya cobrado. Similar es lo que puede ocurrir respecto del contrato de permuta, en el de cesión onerosa de derechos, o incluso del de suministro.

También se incluye dentro de la noción de “precio” al producido obtenido en una subasta (arg. art. 249 *in fine*, Código Civil y Comercial).

En cambio, no se cumplirá con el requisito de la relación causal subyacente si nos encontramos frente a un acto de disposición de un objeto a título gratuito, aun cuando sea seguido de un acto de adquisición de otro objeto derivado de otro título diferente e independiente, también gratuito. Allí, en principio, nos encontramos frente a dos actos aislados en donde no se tuvo en cuenta ninguna contraprestación para provocar las enajenaciones respectivas. Si fácticamente hubiera una sustitución, ella sería “casual”.

El objeto puede ingresar también en concepto de “indemnización”, así por razón de un hecho ilícito que active el deber de responder a través de una obligación, independientemente de que el objeto que padeció el siniestro se

encuentre o no asegurado, sea por un hurto, un robo<sup>308</sup>, un incendio, una inundación, un granizo, etcétera.

Téngase presente que las indemnizaciones no solo corresponden por daños causados a objetos materiales, puesto que puede referirse a objetos inmateriales o derechos. Modernamente se acepta que los terceros deben respetar la propiedad del crédito en cabeza de un tercero<sup>309</sup>; de allí que ese tercero no pueda lesionar la situación jurídica respectiva y si lo hace deberá responder por su conducta. Es nítido al respecto el Código Civil y Comercial, tanto en el amplio concepto de daño brindado por el art. 1737 como también de la circunstancia prevista por el 1739 acerca de que los perjuicios pueden no solo ser “directos” sino también “indirectos”<sup>310</sup>. Ello podría ocurrir, por lo pronto, por la afectación del elemento subjetivo de la deuda. Así, si alguien atentara contra la integridad física de un sujeto que ocupa la posición jurídica de deudor, el débito podría verse insatisfecho por

---

<sup>308</sup> Véase CNCom., Sala C, “Soula, Marta S. c Cabral, Mario y otro”, 31/08/2004, ED 07/12/2004, 7, DJ 2005-1, 217; CNCom., Sala B, “Cova, Darío R. v. Lua Seguros La Porteña S.A. y otro”, 30/06/2008, TR LALEY 70048259; CNCiv., Sala H, “B., C. c. B., H. S. s/ ordinario, liquidación de la Sociedad conyugal”, 21/08/2014, JA 2014-IV, 531.

<sup>309</sup> Véase al respecto ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, §1930-1933, pp. 821-823.

<sup>310</sup> Pongárese la segunda conclusión de las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el año 1967: “II. Obligaciones: Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito. El tercero que mediante un hecho ilícito impide el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, debe responder a éste por los daños y perjuicios ocasionados siempre que se den las siguientes condiciones: a) Que medie una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho ilícito y el daño sufrido por el acreedor a raíz del incumplimiento del deudor (arts. 901 y ss., C.C.) b) Que, en razón del hecho ilícito del tercero, el acreedor no pueda obtener la prestación debida por ninguno de los medios que le acuerda el Código Civil. Si la falta de cumplimiento fuere por insolvencia del deudor, el acreedor sólo tendrá acción contra el tercero cuando el hecho ilícito de éste hubiere determinado tal insolvencia”.

esa razón, como cuando por razón de un hecho ilícito el obligado no pudiera fabricar el instrumento musical que se hubiera comprometido a poner a disposición del acreedor.

La indemnización debida por una lesión al crédito puede subrogar a este derecho personal que a su vez sea el objeto de una situación jurídica digna de ser conservada.

Se explicaría sencillamente esa circunstancia si alguno de los créditos con los que ejemplificamos fuera el objeto de una prenda; o bien si una afectación al régimen de vivienda pasara a recaer sobre un crédito-precio, y con este se decidiera adquirir una vivienda al “pozo” que confiera tan derechos personales al adquirente. Es lógico que si un tercero provocara la insolvencia de la persona encargada de llevar adelante el proyecto inmobiliario que por tanto fracasara, simultáneamente lesionaría los créditos de los adquirentes, quienes deberían ser indemnizados; esta indemnización sería un auténtico objeto sustituto.

Póngase atención en que tanto el precio como la indemnización pueden encontrarse en situación de débito, o ser efectivamente cobrados. En ambas circunstancias se produce la sustitución.

Ahora bien, ¿cuáles son los otros conceptos que permiten la sustitución? La cuestión no queda limitada únicamente a las sustituciones derivadas de enajenaciones o de hechos que generen el deber de responder, pues ellos ya estarían cubiertos por la alusión a “precio” y a “indemnización”.

Que la ley se refiera a “cualquier concepto”<sup>311</sup> que permita la sustitución nos brinda una pauta lo suficientemente elástica que puede ser llenada a través de la ponderación de las diversas circunstancias de la realidad.

---

<sup>311</sup> Según Roca Sastre “El concepto de enajenación debe entenderse en amplio sentido, entrando dentro de él no sólo la venta, permuta o enajenación a cambio, sino también los actos de extinción por precio de derechos, cobros de créditos, etc.” (ROCA SASTRE, p. 282).

Ante todo, los términos utilizados por el legislador permiten comprender sin esfuerzos a las llamadas “indemnizaciones graciabiles” otorgadas por el Estado<sup>312</sup> frente a desastres naturales, puesto que aun si pudiera discutirse su naturaleza indemnizatoria, ellas quedarían igualmente abarcadas por la noción de “otros conceptos”. Pero esas compensaciones económicas, inspiradas en respetables motivos de caridad<sup>313</sup>, también pueden suelen ser otorgadas por los privados, por ejemplo, por fundaciones; la situación no debería variar.

El objeto sustituto podría ingresar también en concepto de “solución”. Utilizamos el vocablo “solución” en el sentido de efecto de “disolver”, o sea, de “deshacer” algo, “destruirlo”, o

---

<sup>312</sup> Véase MOLINARIO, Alberto D., *Los privilegios en el derecho civil argentino*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941, §109, §115-§147, pp. 189-210. El art. 39 de la ley 24.156 dispone: “El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer autorizaciones para gastar no incluidas en la ley de presupuesto general para atender el socorro inmediato por parte del gobierno en casos de epidemias, inundaciones, terremotos u otros de fuerza mayor. Estas autorizaciones deberán ser comunicadas al Congreso Nacional en el mismo acto que las disponga, acompañando los elementos de juicio que permitan apreciar la imposibilidad de atender las situaciones que las motivaron dentro de las revisiones ordinarias o con saldos disponibles en rubros presupuestarios imputables. Las autorizaciones así dispuestas se incorporarán al presupuesto general”.

<sup>313</sup> Luis Moisset de Espanés, a propósito de un fallo que en su pensar confundió los conceptos, distingue la “equidad” de la “caridad” con las siguientes palabras: “Existen entre una y otra diferencias sustanciales, pues la equidad actúa en el campo de lo jurídico, y está dotada de coacción, permitiendo que su cumplimiento se obtenga de manera forzada, siempre con la finalidad de que a cada cual se le otorgue lo que le corresponde. En cambio el deber de caridad es puramente ético, e incoercible; sólo el que se siente íntimamente convencido de que así debe actuar, procederá a dar parte de sus bienes a quienes lo necesitan más que él, pero ni el derecho estricto, ni la equidad, ordenan a nadie que haga caridad, y los magistrados tampoco tienen facultades para condenar al cumplimiento de los deberes de caridad” (MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Indemnización de equidad o caridad”, Comercio y Justicia, N° 13.443, 20 de abril de 1978, p. 2).



“aniquilarlo”. Ello ocurre en la llamada *datio in solutum* o dación en pago, la cual puede ser apta para generar una sustitución objetiva<sup>314</sup>. La dación en pago es un medio extintivo de la obligación mediante el cual el acreedor acepta una prestación diversa de la adeudada (art. 942, Código Civil y Comercial). Este contrato extintivo queda regido por las disposiciones que sean aplicables al contrato con el que tenga mayor afinidad. De allí que puedan serle aplicables las directivas de la compraventa y de la permuta (arts. 1123 y ss., Código Civil y Comercial), si la prestación involucrada fuera de dar una cosa; o bien de la cesión de derechos, si el objeto fuera inmaterial (arts. 1614 y ss., Código Civil y Comercial), etcétera. De la Cámara Álvarez asevera, para el régimen patrimonial del matrimonio: “La dación en pago determinará una adquisición privativa cuando el crédito del cónyuge adquirente sea a su vez privativo”<sup>315</sup>.

Puede apuntarse a la “reconstrucción”, como lo previsto por el art. 1907 del Código Civil y Comercial que hace perdurar los derechos reales a pesar de la destrucción física de su objeto, cuando la ley la permite.

No podemos dejar de lado que un objeto puede ingresar en concepto de “reproducción” de un objeto antecedente, como sucede respecto de los animales. Aquí la determinación de la existencia o no de una sustitución puede ajustarse a las pautas de los arts. 464, inc. f), 465 inc. i) y 2141 inc. a) del Código Civil y Comercial. Volveremos sobre ello en el Capítulo V.

También al supuesto de “traslado” en el marco de la propiedad indígena, que no constituye técnicamente un supuesto de indemnización.

---

<sup>314</sup> El funcionamiento de la dación en pago no genera en sí misma una subrogación real, en el sentido de que el objeto de la obligación sea modificado por sustitución. Nos ocupamos de ello en el Capítulo III.

<sup>315</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad”, Anuario de Derecho Civil, Vol. 39, N° 2, 1986, p. 440.

El “ejercicio” de un derecho subjetivo en determinadas circunstancias puede traer un objeto sustituto. Así, si en el patrimonio había tan solo un derecho personal “a la cosa”, este quedará sustituido por un derecho real “sobre la cosa” al momento en que se cumplieren los requisitos del título y modo suficientes. Ello justifica, por ejemplo, que la prenda de créditos subsista sobre el objeto cobrado (art. 2234, Código Civil y Comercial).

También el ejercicio de la “partición” de una comunidad de derechos alumbró auténticos objetos sustitutos; de esa manera, puede asistirse al ingreso de un objeto sustituto por “partición”.

Un caso particular es el que ocurre en el régimen de protección de la vivienda. Allí no es necesaria una enajenación para cambiar el asiento de la afectación. Es posible migrar la afectación a otro inmueble que incluso pudo haber sido adquirido con otros bienes distintos. Se trata de lo que más adelante denominamos como sustitución potestativa por opción.

También la “transformación” puede ser un concepto que permite una sustitución objetiva. Nos referimos a la situación reglada por el art. 1957 para las cosas muebles, sobre la que volveremos más adelante.

Puede asistirse incluso a una “conversión”, vocablo con el cual decidimos referirnos no ya a lo material sino a lo estrictamente jurídico. En este sentido, puede hablarse de conversión de acciones o de otros títulos valores (arg. arts. 1820, 1865, Código Civil y Comercial; arts. 213 inc. 5], 336 inc. 4] y concordantes, Ley General de Sociedades). Por ejemplo, si una prenda recayera sobre “acciones” de una sociedad anónima y se decidiera que esta persona jurídica se transforme en una sociedad de responsabilidad limitada, la prenda pasará a recaer sobre las “cuotas” que expresan la participación societaria respectiva.

Este es tan solo un listado, meramente enunciativo, de los múltiples “conceptos” que permiten la subrogación real.

### c) Prueba

La relación de causalidad debe ser probada para que se pueda aplicar la subrogación real, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho<sup>316</sup>. Naturalmente, la carga de la prueba en principio corresponde a quien alega, excepto que la ley impute presuma la causalidad (arg. art. 1736, Código Civil y Comercial)<sup>317</sup>.

Es cierto que a veces la subrogación real no puede constatarse por carecer los objetos de individualidad u origen reconocibles, pero esto último no debe erigirse en un requisito para el funcionamiento de la figura, pues responde a dificultades de hecho

---

<sup>316</sup> MARÍN PADILLA, p. 1193. Se juzgó que para demostrar el carácter “propio” de un bien entre los cónyuges se admite “cualquier medio de prueba”, aunque tendrían especial relevancia los que demuestren las posibilidades económicas al tiempo de la adquisición, los movimientos de los fondos en las cuentas bancarias y las disponibilidades conforme a las declaraciones impositivas (CNCiv., Sala J, “C. L. N. c/ S. L. E. s/ Liquidación de sociedad conyugal”, 30/08/2019, TR LALEY AR/JUR/28679/2019).

Para el específico caso en el que la subrogación real opera respecto de un conjunto de animales, se sentenció que puede acudirse a medios probatorios tales como un “inventario” de la hacienda, a la “marca” y la “edad” de los animales, a los “asientos contables” del establecimiento y a otra documentación de venta y compra por importes equivalentes, como cualquier otro elemento adicional de identificación de los animales como el “caravaneado” o el manejo separado de los rodeos, pero que no resulta acertado realizar una simple “ecuación aritmética” al efecto (CNCiv., Sala H, “Jones Juan Jarred y Jones Patricia y otros s/ incidente civil”, [Expte. 74903/2008]).

<sup>317</sup> Ranouil cree encontrar ejemplos de inversión de la carga probatoria en lo que sucede con el ausente que regresa o con quien ejercita la petición de herencia, pues en su criterio la prueba recaería sobre el demandado (RANOUIL, p. 246). En rigor, la carga de la prueba de la causalidad de la subrogación real corresponde a quien la alegue, sea demandante o demandado.

y no de derecho<sup>318</sup>. En otras palabras: es una cuestión atinente a la prueba<sup>319</sup>.

Para sortear las dificultades probatorias a veces puede hacerse uso de ciertos indicios: 1) la contemporaneidad; y 2) la semejanza de valores.

La contemporaneidad refiere a la cercanía temporal entre las enajenaciones y las adquisiciones. Por ejemplo, si A, casado con B, enajenara un inmueble calificado como bien “propio” y a los pocos días comprara otro inmueble, aun cuando ni A ni B hayan declarado que la adquisición es por subrogación, lo cierto es que la cercanía temporal entre los actos jurídicos hace pensar que se ha reinvertido el precio de la primera enajenación en la adquisición del segundo objeto<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Conforme con que implica una dificultad meramente fáctica: BONNECASE, §27, pp. 27-28. En la cultura jurídica anglosajona se ha sostenido una idea similar a través del caso Taylor v. Plumer del año 1815 que meritamos con anterioridad.

<sup>319</sup> Ranouil entiende que la prueba a veces es muy dificultosa o incluso “diabólica”, lo que haría que la subrogación pierda eficacia (RANOUIL, p. 245); como ejemplos de prueba dificultosa apunta a cuando los objetos sustituto o sustituido son dinerarios (RANOUIL, pp. 249 y ss).

<sup>320</sup> Se ha dicho que si la adquisición se produjo el mismo día o incluso dos meses después de la venta de un objeto “propio”, debe presumirse la subrogación real y adjudicarse igual carácter a lo adquirido (CNCiv., Sala E, “De Giglio, Lina S. v. Luengas, José A., 25/03/1998, JA 1999-II-666). En contraste, se sostuvo que la falta de inmediatez no sería definitoria para la exclusión de la subrogación (CNCiv., Sala K, “M., S. C. v. G., F. C.”, 01/09/2011, TR LALEY 70071893); aunque la inmediatez, sumada a la similitud de valores, permitirían aplicarla para adjudicar el carácter de “propio” a un depósito bancario (CNCiv., Sala K, “M., R. C. v. S., T. M.”, 09/09/2011, TR LALEY 70071898). No obstante, también se ha juzgado que la “mera cercanía temporal” sumada a una “mera manifestación” del carácter propio de un bien no significaría una acreditación con un grado de certeza suficiente, sino que sería necesario un “detalle debidamente circunstanciado” (CNCom., Sala B, “Raff, Roberto Fabio Emilio s/ quiebra s/ incidente de liquidación de sociedad conyugal de Pérez Dorrego, María Alejandra” [Expte. N° 17767/2005/1], 16/09/2020).

La semejanza de valores es también un indicio más, aunque no sea concluyente. Es que no creemos que la subrogación real requiera en sí misma de una equivalencia cuantitativa<sup>321</sup> entre los objetos sustituto y sustituido. La semejanza de valores puede hacer pensar en que existe esa relación de causalidad subyacente, aunque la diferencia de valores no la excluye.

En el Capítulo III abordaremos la delicada cuestión de los objetos –sustitutos o sustituidos– que no se encuentran individualizados. Allí también nos ocuparemos de la exigencia probatoria en cuanto requisito para la oponibilidad a terceros de la sustitución operada. También veremos que el art. 466 del Código Civil y Comercial descarta la prueba confesional, respecto de terceros, en el régimen de comunidad matrimonial, para la prueba del carácter “propio” de un objeto.

Los ordenamientos jurídicos a veces disponen ciertas presunciones que tienden a facilitar la prueba de la subrogación real. Por ejemplo: art. 1446 del Código Civil de Brasil, art. 311, inc. 3º del Código Civil de Perú. En el ordenamiento jurídico argentino, debe ponderarse lo dispuesto por los arts. 466 y 491, de lo que nos ocuparemos más adelante<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Comparese con ROCA SASTRE, p. 282. Según Roca Sastre, ha de presentarse una equivalencia entre los elementos de la sustitución, lo que significaría que la subrogación no puede provocar una adquisición a título lucrativo o sin equivalente. Por su parte “Marc Lauriol suele admitir como segunda condición de la subrogación real entre el objetivo [léase objeto] antiguo y el nuevo, la condición de equivalencia en valor (cuantitativa), pero él mismo reconoce que la noción misma de equivalencia es relativa. Para nosotros el principio de subrogación sólo exige que el bien nuevo proceda del antiguo...” (véase MARÍN PADILLA, pp. 1193-1194).

<sup>322</sup> Véase §2.2.4.3 y §4.4.4.2, Capítulo III.

### 8.2.3.2. Continuidad personal

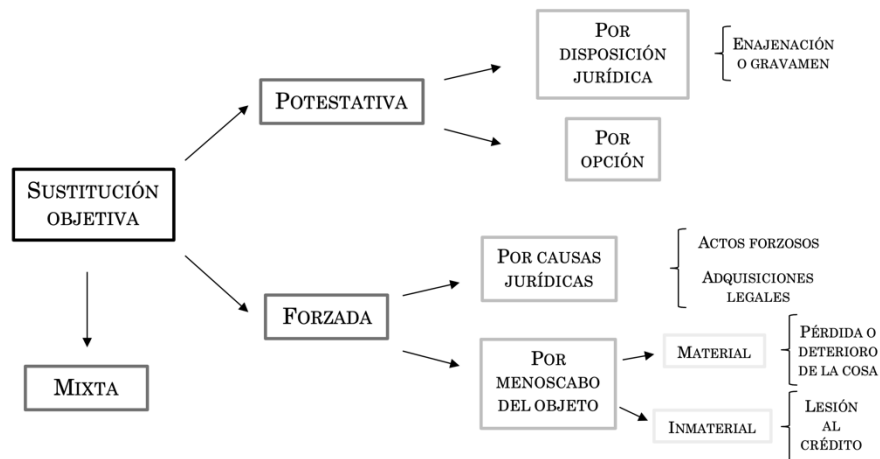
Es preciso que exista una continuidad en el elemento personal de la situación jurídica que experimenta la sustitución objetiva<sup>323</sup>. El titular debe permanecer, aunque ahora respecto de un objeto distinto.

Si lo que muta es el sujeto o titular, en su caso estaremos frente a una sustitución de índole meramente personal. Así, en una compraventa, el dominio sobre la cosa es transmitido; cambia su titular. Igual consideración cabe respecto del dominio sobre el dinero a cambio. Ello sin perjuicio de que el nuevo objeto que ingrese al patrimonio, o sea el precio, pueda sustituir a la cosa enajenada en otra situación jurídica distinta del derecho real de dominio, respecto de la cual sí permanezca el elemento subjetivo.

---

<sup>323</sup> Guastavino requiere que se presente la titularidad por el mismo sujeto, secuencial o sucesivamente, de los bienes sobre los cuales habrá de subrogarse. Véase su definición de subrogación real que transcribimos con anterioridad.

### 8.2.4. Cuadro esquemático de sustituciones que cumplen con los requisitos positivos



### 8.2.5. Explicación de nuestra propuesta

La sustitución objetiva puede clasificarse según la incidencia de la voluntad del titular de la situación jurídica respectiva<sup>324</sup>: aquella será potestativa, forzada o mixta.

#### 8.2.5.1. Sustitución potestativa

##### a) Concepto

<sup>324</sup> En una idea similar, Roca Sastre sostuvo: que el “...cambio puede haberse operado *ex voluntate*, o sea cuando tiene lugar en virtud de un negocio jurídico de cambio (...) o *ex necessitate*, o sea por virtud de un suceso o accidente de la naturaleza o hecho de tercero (...). En el primer caso se produce un acto de *enajenación* o disposición; en el segundo, de *pérdida* o destrucción” (ROCA SASTRE, p. 282). Allí deja en claro que en su pensar el concepto de enajenación debe ser interpretado en un sentido amplio, pues debería incluir también a los actos extintivos a cambio de un precio.

La sustitución es potestativa cuando resulta de la voluntad del titular de la situación jurídica respectiva. Ella puede ser nuevamente categorizada en función de la teleología que se le imprima al acto respectivo.

### **b) Por disposición jurídica**

Estaremos frente a una sustitución potestativa por disposición jurídica cuando el fin inmediato del actuar humano sea la disposición del objeto y no su sustitución, aunque esta pueda consistir en un fin mediato. La subrogación real será, en su caso, un mero acto lícito (art. 258, Código Civil y Comercial).

No toda disposición jurídica de un objeto traerá implicada una sustitución objetiva. Ante todo, como ya hemos advertido, no se concibe una sustitución si la disposición jurídica es a título gratuito, puesto que la inexistencia de contraprestación significa simultáneamente la imposibilidad de hallar allí un objeto sustituto. En la misma situación se encuentra la renuncia o abandono gratuitos de los derechos (arg. art. 945, Código Civil y Comercial).

La disposición jurídica que se da en los contratos onerosos puede engendrar una sustitución objetiva<sup>325</sup>, sea que implique una *enajenación* –por significar la transmisión del derecho en sí– o un *gravamen* –que implica una transmisión que produce un desmembramiento de la propia titularidad–<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Para Saux si el contrato es oneroso, pero aleatorio, la cuestión es “...más compleja, ya que, por ejemplo, en un contrato de juego o apuesta, el premio es siempre ganancial aunque la apuesta se haya hecho con dinero propio, y algo similar sucede en el contrato de seguro, ya que las primas pudieron pagarse con dinero ganancial y si el bien asegurado era privativo de uno de los cónyuges, el premio tendrá la misma naturaleza que el bien asegurado...” (SAUX, p. 172).

<sup>326</sup> Al interpretar el texto original del art. 3430 del Código Civil de Vélez Sarsfield que preveía la subrogación real por ciertas enajenaciones realizadas por el heredero aparente, Quinteros sostuvo con Lafaille y



En la disposición jurídica se comprende sin esfuerzos a los supuestos que el derecho comparado denominó como de “empleo” y “reempleo” del dinero. Nuestro ordenamiento jurídico utilizó a tal efecto los vocablos sinonímicos de “inversión” y “reinversión” en los arts. 464 y 465, incs. c) y f) respectivamente, del Código Civil y Comercial. La inversión implica la utilización del dinero; la reinversión requiere una previa venta de un objeto para obtener un “producto” o “producido”, en el sentido de “caudal” obtenido por esa operatoria. Nótese que la órbita de la subrogación real, la inversión y la reinversión solo difieren en los órdenes subrogatorios: una es de primer orden, la otra de ulterior orden<sup>327</sup>.

### **c) Por opción**

En cambio, podrá configurarse una sustitución potestativa por opción<sup>328</sup> cuando la finalidad inmediata del acto sea precisamente el reemplazo objetivo. Aquí, de producirse los demás requisitos, la subrogación real podrá ser considerada un verdadero acto jurídico, ya unilateral, ya bilateral, según corresponda. Dependerá de cada situación jurídica en particular la determinación de si es posible o

---

Fornielles que en el vocablo “enajenación” que utilizaba esa norma debían quedar comprendidos los supuestos de gravamen, como el que ocurre al constituir una hipoteca (QUINTEROS, pp. 150-153). Posteriormente, en el año 1968, el legislador sustituyó la palabra “enajenación” por la más comprensiva de “disposición”.

<sup>327</sup> Remitimos al lector a nuestra clasificación de la subrogación real.

<sup>328</sup> Roca Sastre asevera: “... en rigor, también habrá subrogación real aunque el cambio de cosa afectada sea independiente de todo acto dispositivo de ella (...). No obstante, este tipo de subrogación o sustitución no interesa, pues, aparte de que el supuesto raramente se da, como no sea por puro capricho, la subrogación opera a base de una enajenación consumada o en vistas a una enajenación en perspectiva. Además, unas veces la subrogación real se produce automáticamente o, mejor dicho, sincrónicamente con la misma enajenación, y otras veces tiene lugar con miras a una enajenación proyectada” (ROCA SASTRE, p. 282, en nota 1). Como el lector advertirá en el texto, no coincidimos en la valoración que el autor realiza de esta clase de subrogación.

no una sustitución potestativa por opción jurídicamente relevante; es que como todo acto jurídico deberá satisfacer las exigencias sobre la materia sobre la que puede recaer (arts. 279, 1003, 1004 y concordantes, Código Civil y Comercial).

Esta sustitución es independiente de un acto dispositivo del objeto respectivo; el objeto sustituido permanece en el patrimonio correspondiente pero ya no sirve de asiento a la situación jurídica que se conserva por subrogación<sup>329</sup>.

Aquí también hay una sustitución y de cumplirse todos los demás presupuestos y requisitos habrá lugar para una auténtica subrogación real. El caso modelo es el del régimen de vivienda, en donde en una cuestión que ha generado controversias nos hemos decidido por admitir que el titular puede migrar la sede de la vivienda a otro inmueble que ya se encontraba en el patrimonio, sin necesidad de acudir a una tortuosa venta y reinversión dineraria. Volveremos sobre ello en el Capítulo V.

#### **8.2.5.2. Sustitución forzada**

La sustitución forzada es aquella en la cual la voluntad del titular de la situación jurídica respectiva es irrelevante; no hay aquí una finalidad sustitutiva inmediata o mediata. Aquí la subrogación real es un hecho jurídico que no alcanza la categoría de acto. Esta sustitución puede a su vez clasificarse en virtud de la naturaleza de las causas que la acompañen, sean estas estrictamente jurídicas (v.gr. expropiación)<sup>330</sup>, o bien atinentes a un menoscabo del objeto de la situación jurídica, sea material o inmaterial.

---

<sup>329</sup> No se comprenden en la sustitución por opción, precisamente por ausencia de reemplazo objetivo, cuando el objeto se modifica en virtud de “agregación, segregación y división de lotes de terreno” (SAUX, p. 173).

<sup>330</sup> Este criterio es advertible en las obras de Lauriol, Ranouil y García-Bernardo Landeta. Véase SAUX, p. 169.

La sustitución forzada por causas jurídicas es aquella que se produce en virtud de un acto jurídico forzoso, o sea sometido a la necesidad jurídica de realizarlo (arg. arts. 958, 1128, Código Civil y Comercial); o también la derivada de una disposición objetiva sin legitimación suficiente, pero sometida a un saneamiento indirecto por una nueva fuente de adquisición consistente en la ley.

Respecto de los actos forzosos pensamos, entre otros supuestos, en la subasta pública de un objeto por la ejecución instada por un acreedor insatisfecho, cuyo “producido” o “precio” obtenido será el objeto sustituto; también en la transmisión de la propiedad de un objeto en virtud de una expropiación, donde el “precio” o bien la “indemnización” serán los objetos sustitutos.

Con relación a las adquisiciones legales, basta pensar en la disposición jurídica de un objeto realizada por un heredero aparente, quien en rigor no está legitimado para realizarla, pero la ley salvaguarda los derechos de terceros de buena fe en protección de la seguridad jurídica dinámica y les asigna la titularidad respectiva. Pero como no puede ser máximo el sacrificio del verdadero titular (heredero “verdadero”), este podrá reclamar, por lo pronto, “el precio recibido” (art. 2315, Código Civil y Comercial).

Resta analizar la sustitución forzada por menoscabo del objeto. Menoscabar para el Diccionario de la Real Academia Española significa “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo” (primera acepción) o bien “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía” (segunda acepción).

El menoscabo del objeto se corresponde con las pérdidas o deterioros de las cosas –menoscabo material–, o bien las lesiones del crédito –menoscabo inmaterial–, sean totales o parciales. Ese menoscabo puede concebir un objeto sustituto derivado del hecho antijurídico dañoso: la indemnización a cargo del responsable o de una persona graciable.

### 8.2.5.3. Sustitución mixta

Aludimos también a que existe una sustitución “mixta”. La sustitución potestativa implica un hecho humano voluntario, es decir, un acto emanado del titular de la situación jurídica y en la sustitución forzada la voluntad del titular de la situación jurídica es irrelevante.

La sustitución mixta toma elementos de una y otra sustitución, y se produce cuando no hay una coincidencia total entre el legitimado que ejercita su potestad –para la disposición del objeto o bien para la opción sustitutiva– con algún titular de una situación jurídica que se conserva.

Ejemplifiquemos. Piénsese en un dueño fiduciario que decidiera permutar un inmueble que es asiento de un privilegio especial, verbigracia porque en él se realizaron gastos por mejoras (art. 2582, inc. a), Código Civil y Comercial). La sustitución objetiva provocará la conservación del dominio fiduciario, ahora enderezado a un nuevo objeto. Pero también sobre este nuevo asiento se conservará el privilegio especial. Respecto del titular fiduciario la sustitución fue potestativa; respecto de quien ostenta el privilegio especial la sustitución fue forzosa; visto como un fenómeno global, hubo allí una sustitución mixta<sup>331</sup>.

### 8.3. Negativo

El requisito negativo puede resumirse con la siguiente fraseología: “para que proceda la subrogación real, esta no debe ser descartada”. Si a pesar de que la subrogación fuera

---

<sup>331</sup> Acaso pueda considerarse como otro ejemplo lo dispuesto por el art. 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que habilita a quien padece una medida cautelar sobre determinados objetos –como el embargo–, a pedir su “sustitución por otros bienes del mismo valor”, lo que será evaluado por el tribunal y eventualmente dispuesto por éste en atención a las circunstancias del caso. Para el “deudor” la sustitución es potestativa; para el “acreedor”, forzosa.

ontológicamente posible, el legislador la descartara, no se cumpliría el requisito negativo de toda subrogación real.

Insistimos en que no es necesario que exista una disposición legal que afirme expresamente que en tal caso se producirá una subrogación real. Todo lo contrario; es menester que no sea negada por el ordenamiento de manera expresa o tácita, interpretado armónicamente, a través de la imposición de una solución incompatible con ella. Aun en el escenario del descarte subrogatorio, debería ponderarse si tales normas son supletorias o imperativas.

En el Capítulo II procuraremos demostrar que la subrogación real funciona aun cuando la ley no lo admita expresamente en el caso concreto.

Ejemplifiquemos. Es advertible un supuesto en donde expresamente se le niega virtualidad a la subrogación real en materia del objeto del contrato de comodato. Allí, si operara la destrucción de la cosa el comodato se extinguiría y no habría subrogación real, ni el comodante tendría obligación de prestar una cosa semejante (art. 1541, Código Civil y Comercial).

Una nueva negación de la subrogación real se da en el inc. m) del art. 464 del Código Civil y Comercial, que establece que en el régimen patrimonial del matrimonio son bienes “propios” (y no “gananciales”): “las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de esta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales”. Si se lee la norma con cuidado podrá percibirse que en esos supuestos no interesa el origen de los bienes para la calificación del objeto como propio o ganancial, o en otras palabras, no juega al efecto la subrogación real, puesto que la cuestión queda completamente absorbida por el sistema de recompensas.

Los arts. 2516 y 2519 del Código Civil y Comercial hacen lo propio al disponer la revocación y caducidad de los legados, como veremos en el Capítulo V.

En cambio, hay variadas situaciones jurídicas en las que si bien no se niega expresamente a la subrogación real, ella no operará porque el ordenamiento jurídico ha dispuesto una solución diversa para el caso: así, la inherencia al objeto en materia de derechos reales autoriza a su titular a utilizar su facultad de persecución para “perseguir la cosa en poder de quien se encuentra” (art. 1886, Código Civil y Comercial). Aquí el ordenamiento jurídico impone otra manera de conservar ese poder jurídico. No obstante, véase el §9.2.2 de este Capítulo.

Otra norma que implícitamente descarta la subrogación real es la que reconoce el principio de identidad en el cumplimiento de las obligaciones. Se lee en el art. 868: “*Identidad*. El acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor”. Ello no quiere decir que no exista una subrogación real del objeto obligacional en otros supuestos, como veremos en el Capítulo V.

En este orden de ideas, son varios los autores que se refieren al carácter de subsidiariedad<sup>332</sup> de la subrogación real, que no debe entenderse como una aplicación restrictiva<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> MARÍN PADILLA, p. 1196; ANDRÉS SANTOS, p. 739.

<sup>333</sup> Compárese ANDRÉS SANTOS, pp. 735-736. Allí se lee: “La idea de subrogación real supone, en definitiva, una quiebra de los principios de autonomía privada y de publicidad en los negocios jurídicos y una excepción a las reglas generales de adquisición de derechos y de la representación. Debido a este carácter excepcional y derogatorio de las normas comunes, ha de aplicarse restrictivamente: su existencia sería superflua si se ampliara hasta el punto de comprender supuestos de hecho para los que ya se hayan conformado otros conceptos jurídicos”. En la nota 208 lo califica, además, como un medio “residual” y “extraordinario”. El autor sostuvo que solo en virtud de razones especiales puede venir impuesta por el ordenamiento, y que en todos los ordenamientos jurídicos modernos se limita su aplicación a casos

## 9. CLASIFICACIÓN

### 9.1. Categorías objetables

#### 9.1.1. *Imperfecta o perfecta*

Se ha pretendido clasificar a la subrogación real en “imperfecta” o “perfecta”.

La subrogación real sería imperfecta cuando el objeto sustituto fuera de distinta naturaleza que el sustituido, por lo que no podría sobrevivir el derecho subjetivo primitivo, “...dándose en realidad un fenómeno de derivación o sustitución, aun cuando se mantenga la identidad subjetiva de los titulares de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos comprometidos”<sup>334</sup>.

En cambio, la subrogación real sería “perfecta” cuando se mantuvieran inalterados los derechos subjetivos a pesar de la sustitución respectiva. Incluso se ha querido sustentar la existencia de una subrogación “más que perfecta” que ocurriría cuando el objeto sustituto otorgara mayores facultades.

Marín Padilla reflexionó:

“El hecho (...) de que el derecho conservado por el principio de la subrogación pierda algunas de sus características, casi siempre en casos muy especiales, no impide el juego de este principio, siempre que

---

concretos en virtud de las necesidades del tráfico, la apariencia, la publicidad, o la confianza (ANDRÉS SANTOS, p. 738).

Una posición diferente es la del autor DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 414, quien para la subrogación real en el régimen patrimonial del matrimonio sostuvo: “...en principio, las desviaciones al juego de la subrogación real (...) deben interpretarse restrictivamente”. Es decir que en su criterio lo que se interpreta restrictivamente no es la aplicación de la subrogación real, sino su inobservancia estricta.

<sup>334</sup> SAUX, p. 65.

el derecho pueda trasladarse sobre otro bien sin perder su esencia misma”<sup>335</sup>.

En particular, para dicho autor esta clasificación significa “reminiscencias de un pasado de la evolución del principio de subrogación real, que no tiene razón de ser en la actualidad”<sup>336</sup>.

Creemos que la clasificación distorsiona los verdaderos contornos de la subrogación real<sup>337</sup>. Extinción y conservación son opuestos que no pueden convivir en una misma situación jurídica: si se extingue es porque no se conserva y viceversa.

Se trata de una cuestión de enfoque. Cuando –por ejemplo– el objeto del derecho real de dominio fiduciario resulta sustituido por una indemnización, no es que la subrogación (imperfecta) consiste en aquel “fenómeno de derivación” en el que el dominio se ha extinguido con el consecuente alumbramiento de un derecho de crédito.

Debe dirigirse la mirada a la realidad que se haya detrás de ese poder jurídico que se extingue. Nos referimos a la situación jurídica de “propiedad” –en el ejemplo, “fiduciaria”–, con el alcance que oportunamente le brindamos<sup>338</sup>. Esta situación jurídica se mantiene, a pesar de la mutación objetiva; no hay una extinción y una correlativa adquisición de situaciones, sino una pacífica continuidad.

### 9.1.2. General o especial

La doctrina explicó que la subrogación real sería general cuando su efecto consistiera en la atracción del objeto a determinada universalidad; en cambio, sería especial cuando

---

<sup>335</sup> Véase MARÍN PADILLA, p. 1196.

<sup>336</sup> Ídem, p. 1198.

<sup>337</sup> Algunos de los partidarios de la dicotomía reseñada, como Lauriol, acuden a la particular noción del que denominan “período de quietud o yacencia”. Véase SAUX, pp. 66-67.

<sup>338</sup> Véase §7.2, Capítulo II y §2.3, Capítulo V



consistiera en la conservación de determinada cualidad particular del objeto sustituido en el sustituto. En el Capítulo III haremos tema con esta pretendida clasificación de la subrogación real al tratar el efecto consecuente que denominamos como “atracción”.

## **9.2. Criterios adecuados**

### **9.2.1. Total o parcial**

La categorización de la subrogación en total o parcial admite, en nuestra visión, un doble enfoque según se ponga especial atención en el objeto sustituido o en el sustituto. Repárese en que se tiene aquí presente a la sustitución de la totalidad del objeto, de una parte material suya o incluso en función de una alícuota<sup>339</sup>.

#### **9.2.1.1. Respecto del egreso**

Teniendo en consideración al egreso, la subrogación será total cuando existiera una enajenación o destrucción de la totalidad del objeto; será parcial cuando ello no ocurra con relación a todo el objeto, sino verbigracia, respecto de una parte material de él. Desde este punto de vista, el objeto sustituto resulta indiferente para caracterizar a la subrogación real como total o parcial.

Ejemplifiquemos con el art. 2194 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados (...). En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

#### **9.2.1.2. En función del ingreso**

Según esta perspectiva, se considera subrogación total cuando exista una equivalencia o paridad, no necesariamente absoluta, entre los objetos de la sustitución. Nosotros descartamos a la

---

<sup>339</sup> Véase §3.8.2.1; §4.2.1.5; §5.3.4.2, Capítulo V.

equivalencia como un requisito para la producción de la subrogación real. Sin perjuicio de ello, más adelante hacemos tema con que la equivalencia sí tiene incidencia en los efectos de la subrogación real, en su alcance<sup>340</sup>.

En primer lugar, puede hablarse de subrogación parcial cuando el objeto de reemplazo es de inferior valor al reemplazado. Según los casos, la diferencia podría compensarse con un complemento, si así correspondiera<sup>341</sup>. En este orden de ideas, con terminología diversa, se ha discriminado entre la subrogación real “absoluta” o “relativa”. En la primera, se colmaría totalmente la laguna abierta en un patrimonio; en la segunda, al no llenarse enteramente el hueco dejado, al titular le corresponderían más pretensiones contra quien ha causado la salida del objeto originario<sup>342</sup>.

En segundo lugar, también puede hablarse de subrogación parcial si el objeto de reemplazo es de valor superior al objeto reemplazado, en razón de haber sido adquirido no solo con bienes procedentes del objeto sustituido sino también con aportes extraños a este. Aquí subrogación parcial también funciona como una suerte de límite a la conservación. En efecto: si de la venta de una vivienda se obtuvieran \$1.000.000 e inmediatamente se adquiriera un inmueble de \$1.500.000, el régimen tuitivo de la vivienda solamente podrá alcanzar la medida del objeto

---

<sup>340</sup> Véase §4.2, Capítulo III.

<sup>341</sup> Véase SAUX, p. 68.

<sup>342</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 754. El autor afirma: “En realidad, éste no es un problema que afecte a la subrogación real, puesto que no existe ningún obstáculo para que ésta concorra con otras acciones de compensación entre los interesados, sin que por ello se vea interferida en su acción protectora. La subrogación real proporciona a su beneficiario una compensación jurídica por la pérdida de sus elementos patrimoniales, pero no necesariamente una compensación económica, que el ordenamiento puede facilitar por otras vías paralelas a la propia subrogación. Así pues, esta distinción es únicamente descriptiva del alcance que puede dar el ordenamiento a una determinada prescripción de subrogación real” (p. 755).

reemplazado. En otras palabras, en el caso, la protección por subrogación real solo alcanzará a 2/3 del valor del objeto sustituto. Volveremos sobre ello en el Capítulo III al tratar el “alcance” de la subrogación real en función de la medida del objeto reemplazado. También en el Capítulo V veremos que el excedente no tutelado por la subrogación real de la vivienda puede ser protegido en virtud de una suerte de nueva constitución, usualmente denominada como “ampliación objetiva”, con los efectos que le son propios.

### 9.2.2. *Dispuesta o propuesta*

La doctrina discurre acerca de si puede clasificarse a la subrogación real en legal o voluntaria. El alcance de la llamada subrogación legal es objeto de controversias. Para Roca Sastre es aquella que es autorizada por “preceptos concretos legales” y también la derivada por analogía de “casos equiparables” a los supuestos contemplados de manera especial.

Por su parte, para Andrés Santos:

“Subrogación legal es aquella que se produce en virtud de la ley: la adquisición se realiza por obra de una disposición legal, sin negocio jurídico intermedio, sobre la base y en lugar de un derecho existente o como reparación por la destrucción, privación o daño de un objeto perteneciente al patrimonio considerado...”<sup>343</sup>.

Para algunos autores, estrictamente, la subrogación real es siempre legal<sup>344</sup>, pues únicamente puede conseguirse en virtud de

---

<sup>343</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 754.

<sup>344</sup> BONNECASE, §24, pp. 25-27. El autor desecha la dicotomía subrogación “legal” o “convencional” por entender que los autores la han confundido con la de “general” y “especial” y porque habrían generado soluciones ilógicas y contradictorias. Por ello señala que la distinción no genera ningún interés positivo y es inexacta e inútil. Lo único que podría aceptar el autor es que a veces la subrogación real opera de pleno derecho, en cambio en otras circunstancias requiere de una

una prescripción del Derecho, ya que siempre debe estar admitida por el ordenamiento jurídico y, en su caso, la voluntad solo funcionaría como un presupuesto para su puesta en marcha<sup>345</sup>. En otras palabras, siempre estaría establecida por la ley o al menos permitida por el Derecho. En el fondo de toda subrogación estaría el Derecho que la autoriza y permite<sup>346</sup>.

Por ello algunos han acuñado la noción de subrogación “negocial” y no “voluntaria” o “convencional”, pues no se trataría de una subrogación producida, en su caso, por un acuerdo de partes, sino como consecuencia o en ocasión de un negocio jurídico<sup>347</sup>.

Por su parte, Roca Sastre infiere que la subrogación voluntaria es la autorizada, convenida o acordada por los interesados<sup>348</sup>. La voluntad podría ser manifestada tanto *a priori* como *a posteriori*<sup>349</sup>, aunque la autonomía no sería absoluta<sup>350</sup>.

Dado que la categorización de la subrogación real en “legal” o “voluntaria” no es pacífica, proponemos una clasificación que la sustituya teniendo en consideración si los efectos de la subrogación se alumbran automáticamente o han menester de una manifestación de voluntad direccionada en ese sentido, a pesar de haberse cumplido con todos los requisitos previos.

---

manifestación de voluntad: pero ella es siempre legal, pues la noción de subrogación real estaría consagrada por la ley.

<sup>345</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 754.

<sup>346</sup> MARÍN PADILLA, p. 1198.

<sup>347</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 754, en nota 271.

<sup>348</sup> ROCA SASTRE, p. 288.

<sup>349</sup> Ídem, p. 287.

<sup>350</sup> Marín Padilla sostuvo: “La subrogación real convencional tiene siempre sus límites. Está prohibida a los particulares en aquellas materias en las que, según los principios generales, no son de su competencia y también, cuando el establecerla va en contra de los fines de la institución en la que se pretende aplicar el principio o cuando es contraria a las normas que regulan el derecho que se trata de conservar” (véase MARÍN PADILLA, p. 1198).

En la órbita de la subrogación real, la voluntad puede manifestarse en ámbitos muy diferentes. En primer lugar, en el de sus requisitos positivos, generando o al menos permitiendo sustituciones objetivas. Pero también en el de sus efectos, que es el asunto que actualmente consideramos.

Si la subrogación cumple sus efectos automáticamente, ella será “dispuesta” por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que pueda ser renunciada ulteriormente<sup>351</sup>.

En cambio, si es menester que el sujeto beneficiario manifieste su voluntad para requerirla, la subrogación real solamente ha sido “propuesta” por el ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de subrogación real propuesta aclarará la cuestión: frente a un desapoderamiento de una cosa, esta podrá ser reivindicada por su titular. Pero el ordenamiento jurídico le otorga la opción de reclamarla directamente del sujeto que se encuentre en relación real con la cosa o solicitar una indemnización sustitutiva del daño ocasionado, resignando su posibilidad de entablar la acción real (art. 2250, Código Civil y Comercial). Si se optara por la indemnización sustitutiva, el beneficiario habrá “aceptado” la propuesta subrogatoria del ordenamiento jurídico.

### 9.2.3. *Actual o potencial*

La clasificación de este apartado está diagramada en función del factor tiempo. Si un objeto de reemplazo ingresa de manera instantánea a la esfera patrimonial del beneficiario, puede hablarse de “subrogación real actual”. En caso contrario, es posible referirse a una “subrogación real potencial”.

La que denominamos como “potencial” se encuentra íntimamente vinculada con un fenómeno que la doctrina alemana

---

<sup>351</sup> En el Capítulo III veremos que los efectos de la subrogación real son renunciables.

ha designado como subrogación “obligacional”. Ello pues, como explica Andrés Santos:

“Aquí el titular del objeto originario que sufre una merma patrimonial no obtiene inmediatamente un derecho sobre el objeto de sustitución, sino más bien solo una pretensión personal frente al tercero adquirente para obtener de éste la transmisión del subrogado”<sup>352</sup>.

Esta subrogación supone una “adquisición intermedia” en el patrimonio de otro para su posterior transmisión; mientras no se efectúe la transmisión respectiva, el tercero será “titular efectivo” y plenamente legitimado para su disposición por lo que los acreedores personales de este podrán desplegar sus facultades con relación al objeto respectivo<sup>353</sup>.

Un ejemplo del que la ley se hace cargo es el establecido en el art. 1366 del Código Civil y Comercial: “Los herederos del depositario que de buena fe hayan enajenado la cosa depositada sólo están obligados a restituir al depositante el precio percibido. Si este no ha sido pagado, deben cederle el correspondiente crédito”.

Creemos que la designación “obligacional” no es feliz, pues no tenemos dudas que deben distinguirse aquí dos escenarios de subrogaciones reales: el primero es el que ocurre en el patrimonio del tercero, que con relación al beneficiario será una subrogación “latente”. Pero existirá una subrogación real “patente” respecto del derecho personal que ingresa como sustituto del objeto que egresa del patrimonio del beneficiario. Es decir, la subrogación real puede ser actual respecto a un objeto, pero potencial respecto de otro.

En el ejemplo que hemos transcrito, la cuestión es diáfana: en tanto la adquisición del crédito no sería automática, sino que requeriría de una cesión, la relación del beneficiario de la

---

<sup>352</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 737.

<sup>353</sup> Ídem, p. 737.

subrogación real con respecto al crédito por el precio será “potencial”, pues se encuentra “latente”; pero ella es “actual” y “patente” con relación a otro derecho personal: el que habilita exigir la cesión, o sea, el que impone un débito consistente en un verdadero contrato forzoso de cesión.

#### 9.2.4. De primero o ulteriores órdenes

Como una suerte de ejercicio meramente didáctico, la subrogación puede ser clasificada en función de sus órdenes.

Con la palabra “orden” únicamente queremos aludir a una “serie o sucesión”, como evoca la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española. Los diferentes órdenes no tienen por sí mismos nivel, jerarquía o intensidad alguna.

Nos parece preferible hablar de diversos “órdenes” subrogatorios frente a la terminología más usual en la doctrina de “grados”, puesto que esta última, por un lado, puede significar la alusión a esas jerarquías que tratamos de eludir y, por el otro, la palabra “grado” se utiliza en el Código Civil y Comercial para referirse a la existencia de vínculos entre dos sujetos que “pertenecen a generaciones sucesivas” (art. 531).

La sucesión de diversas sustituciones objetivas es la que permite acudir a esta clasificación. Así, la vivienda corporizada en un inmueble se subroga a la indemnización sustitutiva en un primer orden; si ese provecho se utiliza para la adquisición de un nuevo inmueble se asistirá a una subrogación de ulterior orden (segundo, tercero, etcétera), según los casos.

Al comenzar dijimos que la clasificación de este apartado tiene fines didácticos. Es que no vemos razones que *a priori* puedan limitar los órdenes subrogatorios, limitación que debería surgir cuanto menos inequívocamente<sup>354</sup>.

---

<sup>354</sup> Ranouil explica que la subrogación real en teoría y desde un plano ideal debería poder reproducirse indefinidamente, pero que

### 9.2.5. *Otras clases posibles*

Al tiempo de ocuparnos de las “vicisitudes” de la subrogación real, veremos que esta puede fenecer, ser aparente, proyectada o acaecer sobrevinientemente. A partir de esas vicisitudes pueden estructurarse nuevos criterios clasificatorios. La subrogación real puede encontrarse “subsistente” o “fenecida”; puede ser “verdadera” o tan solo “aparente”; puede hallarse “verificada” o bien “proyectada”; puede ser “originaria” o “sobrevenida”.

En el momento de hacer tema con la modificación objetiva de la situación jurídica, advertiremos que en razón de una sustitución pueden concurrir varios objetos potencialmente aptos para integrar el asiento de una situación jurídica. Ante todo, la subrogación real puede ser “simple” o bien “compleja”, en razón de si el objeto sustituto es uno solo, o por el contrario, son varios que concurren. Esa concurrencia de la subrogación compleja puede ser “alternativa” o “conjuntiva”. La concurrencia conjuntiva puede ser “temporaria” o “perdurable”.

Con anterioridad clasificamos a las sustituciones objetivas que cumplen con los requisitos positivos de la subrogación real en “potestativa”, “forzada” o “mixta”. Dado que la subrogación real es en sí misma una sustitución objetiva, esa clasificación puede también predicarse respecto de ella.

## 10. NUESTRA DEFINICIÓN

Luego del análisis de las diferentes teorías que se expusieron sobre las bases de la subrogación real y de haber expuesto nuestra opinión en torno al fundamento, la naturaleza jurídica, la órbita de aplicación y los extremos necesarios para que aquella proceda, estamos en condiciones de esbozar nuestra definición:

---

circunstancias prácticas, la naturaleza de los objetos y la voluntad del legislador a veces lo impiden (RANOUIL, pp. 203 y 208).



*La subrogación real es un hecho asentado en la realidad, que consiste en la sustitución causal de un objeto por otro y que deviene en jurídico por su efecto modificativo de una situación jurídica que perdura, con fundamento en el principio de conservación.*



## **CAPÍTULO II**

### **ATIPICIDAD DE LA SUBROGACIÓN REAL**

#### **1. PLANTEAMIENTO**

En el Capítulo I sugerimos que una concepción amplia es la que debe presidir la órbita de aplicación de la subrogación real. En esta oportunidad nos ocuparemos del estudio de lo que denominamos la “atipicidad” en la subrogación real. Con ello queremos referir que su ámbito de aplicación no está taxativamente delimitado por la literalidad del derecho positivo, sino que sus fronteras son muy extendidas. En otras palabras: su extensión conceptual exorbita de los supuestos tipificados por la ley.

Como vimos, distintos autores han propuesto un campo de aplicación amplio en la subrogación real. Pero no todas las tesis pueden dar lugar a una verdadera concepción atípica. Ya descartamos que las teorías de la ficción puedan ser aptas para engendrar un ámbito de aplicación lo suficientemente elástico como para captar realidades distintas de las declaradas en la ley. Pero creemos que ni siquiera la mayoría de las teorías de la realidad pudieron vislumbrar el verdadero fundamento de una expansión del ámbito de la subrogación real.

Consideramos que la solución correcta se encuentra en el marco de los denominados “principios jurídicos”. En los apartados siguientes abordaremos dos alternativas teóricas que concluyen en

una verdadera concepción atípica, aunque con diversas fundamentaciones y matizaciones en su dinámica.

Nos referimos a la siguiente disyuntiva: ¿la subrogación real constituye un principio del Derecho o es fundamentada por uno de ellos? Ante todo, como la cuestión es común a cualquiera de los extremos de esa disyunción, habremos de exponer unas nociones básicas acerca de los principios en el Derecho.

## 2. MARCO TEÓRICO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

### 2.1. Conceptualización<sup>1</sup>

Desde una concepción no distante de las ideas aristotélicas, podría decirse que los principios son aquellas realidades a partir de las cuales el Derecho se configura y conoce para luego ser aplicado<sup>2</sup>. Robert Alexy, por su parte, entiende que los principios son:

---

<sup>1</sup> Se lee en ETCHEVERRY, Juan B., “An Approach to Legal Principles Based on Their Justifying Function”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXII No. 2, August–2019, p. 321: “Los debates sobre la caracterización de los *principios jurídicos* corren el riesgo de transformarse en diálogos de sordos. Hay, para comenzar, más de un significado del término. Aquellos que participan en tales debates no están de acuerdo en la diferencia entre los principios jurídicos y las reglas o incluso en las características paradigmáticas de los principios mismos”.

<sup>2</sup> Aristóteles afirma que “es común a todos los principios el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce”. Según ETCHEVERRY, pp. 336-338, los principios jurídicos son “...el punto de partida desde donde el Derecho es hecho, conocido y aplicado. En otras palabras (...) ellos explican y proveen significado para el Derecho y (...) ellos ofrecen las razones últimas que justifican o sirven de apoyo al Derecho”.

“...mandatos de optimización (...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>3</sup>.

No creemos que esas conclusiones sobre la naturaleza de los principios sean necesariamente antitéticas. Es cierto que los principios son “puntos de partida” que sirven de cimiento a todo el Derecho. Pero estos cimientos, para evitar el desmoronamiento de la construcción jurídica, exigen que los sujetos desplieguen conductas direccionadas a realizar determinados fines. En este sentido, los principios también son “mandatos”, en tanto normas, y son de “optimización”, ya que estas normas exigen que una determinada realidad se produzca con la mayor energía que sea física y jurídicamente posible.

Coincidimos en lo sustancial con las apreciaciones que realiza Valdecasas al sostener que más allá de la conceptualización de los principios, lo que es claro es que no implican una mera positivización de las normas. Pero nos distanciamos de su opinión cuando por aquella razón les niega el carácter de “fuentes formales” del Derecho:

“Si de ellos se puede decir que son fuente del Derecho, es dándole a este término una significación completamente distinta: como raíz o fundamento de donde deriva su validez intrínseca (racional) el contenido de las normas jurídicas particulares”<sup>4</sup>.

Nosotros consideramos que los principios generales<sup>5</sup> constituyen verdaderas fuentes formales del Derecho y en este

---

<sup>3</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 162.

<sup>4</sup> VALDECASAS, Guillermo, “Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 28, número 2, 1975, p. 332.

<sup>5</sup> Reflexiona Jorge Horacio Alterini: “Con respecto a estos principios se discurre clásicamente si atañen a los principios conectados con el derecho natural o a los resultantes del derecho positivo. Un ejemplo de la vinculación con el derecho natural lo aportó Vélez Sarsfield. La fuente

sentido se suman al elenco de la ley y la costumbre, pues están implícitamente aprehendidos en cualquier referencia genérica al Derecho. Recuérdese que el Código Civil y Comercial menciona a los “principios”, sin connotación alguna, en su art. 2º, bajo el epígrafe de “interpretación”. No obstante, en los Fundamentos del Anteproyecto se reconoce que los principios son “normas de integración”, lo que evidencia que expresa o implícitamente los principios son fuentes formales del Derecho<sup>6</sup>.

Se puede afirmar que de alguna manera los principios están implícitos en el ordenamiento jurídico e integran su fundamento; su carácter general y abstracto permite que en su órbita quede abrazada una multiplicidad de situaciones jurídicas que podrían no encontrar un perfecto andamiaje en la ley. Los principios sirven como inspiración y fundamento de las decisiones jurídicas, pero también como límite al arbitrio del operador, pues garantizan que la decisión que se adopte no sea opuesta al espíritu del ordenamiento jurídico; sin perjuicio de que ellos a veces no puedan dar una solución exacta del caso<sup>7</sup>, siempre coadyuvarán a una solución ciertamente razonable.

---

inmediata del art. 16 del Código Civil derogado era el art. 15 del Código sardo de 1838 y, como lo recuerda Vélez en su anotación respectiva, era ‘conforme al art. 7º del Código de Austria’, que alude a los ‘principios del derecho natural’. En la antípoda, el art. 12 del Cód. Civil de italiano de 1942 apunta a los ‘principios generales del ordenamiento jurídico del Estado’. Una expresión de perfil ecléctico es la del Código Civil peruano de 1984, que en el art. VIII de su Título Preliminar propicia la aplicación de ‘los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano’. Seguramente cuando se alude a los principios generales que se tienen en mira como integrando el derecho, sin arrimar precisiones, los mentados son ambos, o sea, los unidos al derecho natural y los del derecho positivo” (ALTERINI, Jorge H., “Fuentes, interpretación y aplicación...”, pp. 869 y ss.).

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> VALDECASAS, pp. 333-334.

Desde otro punto de análisis, no es descartable que los principios se encuentren positivados en la ley formal; aún más: ello “no les quita su carácter de principios, sino que lo reafirma”<sup>8</sup>.

Los principios gozan de una gran aptitud para fundar toda decisión jurídica, sobre todo en los supuestos fácticos que no se encuentran explícitamente regulados, máxime que es evidente la imposibilidad de una positivación absolutamente abarcativa. Es que “transparentan las razones o motivos que justifican o pretenden justificar el resto de los preceptos”<sup>9</sup>.

## **2.2. Comparaciones**

### **2.2.1. Con las reglas**

Para ciertos autores, podría verse en los principios un cierto carácter de “supletoriedad”, en tanto regirían plenamente solo frente al escenario de la ausencia de normativa expresa que disponga una solución divergente. Ante todo, la mentada supletoriedad no implicaría un rango inferior o una subordinación jerárquica:

“La función supletoria de los principios se basa en su condición de principios fundamentales, informadores del ordenamiento jurídico, que los coloca virtualmente por encima de las normas particulares legales o consuetudinarias”<sup>10</sup>.

Para algunos autores, los principios ni siquiera se encuentran dentro de la escala jerárquica de las fuentes:

“Castro, (...) era perfectamente claro al respecto. Los principios generales no pueden estar sometidos a un orden escalonado de preceptos, porque son los «inspiradores de todo el ordenamiento jurídico». Los principios están fuera de la estricta jerarquía de las

---

<sup>8</sup> Ídem, p. 333.

<sup>9</sup> ETCHEVERRY, p. 337.

<sup>10</sup> VALDECASAS, p. 335.

fuentes ya que han de ser tenida en cuenta antes, en y después de la ley y la costumbre. Son precisamente los principios los que señalan los caracteres que (...) han de tener para ser válidas, los que imponen que la costumbre ha de ser racional, los que por su carácter informador general indican lo que por una y otra hay que entender”<sup>11</sup>.

Una cuestión particular es la que surge cuando una norma desplaza la aplicación de un determinado principio. Creemos que el hecho de que en ciertas circunstancias la normativa positiva descarte la virtualidad de un principio en un caso en concreto no quiere decir –regularmente– que la ley asuma una jerarquía superior a los principios, pues muy posiblemente el legislador se haya inspirado en otro principio igualmente valioso para servir de fundamento al acto legislativo. Distinto es el caso en el que el pretenso principio tenga muy pocas aplicaciones o sea continuamente descartado, pues allí podría llegarse a la conclusión de que el mentado principio no es tal.

A pesar de la indudable necesidad de las reglas, los principios coadyuvan a que el Derecho logre los fines que le son propios, pues éstos podrán mitigar la aplicación de aquellas, o incluso ampliar su órbita de actuación.

Creemos que existe una suerte de relación simbiótica entre los principios y las reglas, por diversas razones<sup>12</sup>: a) las reglas precisan a los principios, pues la subsunción de aquellos en éstos, que de por sí son valiosos, demuestra que esa regla es también valiosa; al aplicar una regla, al mismo tiempo se lo hace respecto de un principio, pues los principios son el fundamento de toda decisión jurídica y la aplicación correcta de ellas solo es alcanzable a la luz de los principios; b) pero también los principios necesitan de las reglas, pues sin ellas no se alcanzaría la siempre deseable

---

<sup>11</sup> DIEZ PICAZO, Luis, “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 36, número 4, 1983, p. 1264.

<sup>12</sup> Véase un completo desarrollo de las relaciones entre las reglas y principios en ETCHEVERRY, pp. 321-342.



concreción y previsibilidad que debe presidir en todo ordenamiento para el correcto desenvolvimiento de las relaciones sociales que son tuteladas por el Derecho. Las finalidades propias de los principios se pueden concretar por diversos medios y la regla tan solo realiza una elección jurídica respecto del camino a seguir.

### 2.2.2. Con los valores

Se ha dicho que la diferenciación entre los principios y los valores responde a una cuestión de esencia:

“No deben confundirse los ‘principios generales’ del derecho con los ‘valores jurídicos’; éstos son los fines que inspiran y orientan el derecho, como la justicia, seguridad, paz, orden, etc. y en cierto sentido la utilidad u otros (...). Median entre los valores jurídicos y los principios generales del derecho diferencias en cuanto a la vaguedad o generalidad de conceptos, y una separación distintiva de las respectivas esencias conceptuales”<sup>13</sup>.

Sin embargo, téngase presente que para Alexy la diferencia es meramente formal, pues en esencia componen la misma realidad que se presentaría en diversas ocasiones con un ropaje distinto según el *status* en que se encuentre. Postula que:

“...en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260.

<sup>14</sup> ALEXY, p. 164.

Por lo tanto, los principios se localizan dentro de los designios impuestos por el Derecho, mientras que los valores nos reconducen a las improntas de raigambre ético<sup>15</sup>.

### **2.3. El camino del principio hacia las reglas y los hechos**

En el Derecho en sentido objetivo nos encontramos con las “normas” que pueden ser “reglas” o “principios”. Pero el binomio no es absoluto. Si se negara el carácter de “principio” a determinada realidad jurídica, ello no significaría necesariamente que esta constituya una “regla”, puesto que la alternativa “regla o principio” no agota todas las posibilidades teóricas.

Ante todo, el paso de un principio a una regla es escalonado<sup>16</sup>. Los primeros principios del ordenamiento jurídico no precisan de fundamentación. En cambio, los restantes principios se sustentan en otros principios, por lo que aquellos pueden ser conceptualizados como “sub-principios”<sup>17</sup> o principios subordinados, los que a su vez podrán fundamentar a otros tantos o incluso a las reglas. El asunto depende mayormente del grado de “abstracción” o de “determinación” que exista en la norma respectiva.

Se comprenderá sin dificultad que no toda derivación de un principio constituye otro principio, pues de otra manera todo el ordenamiento jurídico estaría constituido íntegramente por principios.

Al lado del “Derecho” en sentido objetivo, o sea de las normas, no solamente nos encontramos con los derechos subjetivos, sino que existen los “hechos” o “acontecimientos”, que pueden tener significancia jurídica por estar fundados en una regla o en un

---

<sup>15</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., “Fuentes, interpretación y aplicación...”, pp. 869 y ss.

<sup>16</sup> ETCHEVERRY, p. 340.

<sup>17</sup> ETCHEVERRY, p. 340.

principio, o bien por contrariarlos, pero no por esos motivos mutarán su sustancia primaria.

### 3. POSTURA QUE SOSTIENE QUE LA SUBROGACIÓN REAL ES UN PRINCIPIO

#### 3.1. Exposición

Una parte de la doctrina especializada ha propuesto considerar a la subrogación real como un principio, aunque con distintas matizaciones.

Marín Padilla, en el Derecho español, defendió fuertemente la idea de que la subrogación real “constituye un principio general de conservación de un derecho a pesar del cambio material de su objeto”<sup>18</sup>, que su propia esencia es la de la “conservación de los derechos reales”<sup>19</sup> pero que también “interviene” en diversas instituciones jurídicas para “conseguir los fines”<sup>20</sup> de estas y que funciona como un “principio general complementario” respecto del relativo al enriquecimiento injusto<sup>21</sup>.

También lo hizo Andrés Santos, para quien si bien no constituiría un “principio general que atravesase el Derecho moderno”, sí sería “un principio de alcance general en el ámbito de los patrimonios especiales”<sup>22</sup>. Es que según él:

“...la idea de subrogación real en relación con las masas patrimoniales sometidas a un régimen especial responde, en buena lógica, a la naturaleza de las cosas, puesto que no cabe pensar en la

---

<sup>18</sup> MARÍN PADILLA, p. 1190.

<sup>19</sup> Ídem, p. 1192.

<sup>20</sup> Ídem, p. 1191.

<sup>21</sup> Ídem, p. 1192. Para Marín Padilla no se trata de un principio que está subordinado a otro principio general consistente en la evitación del enriquecimiento injusto, sino de uno que es complementario a este. Es decir que para el autor se trata de una relación de coordinación y no una de subordinación.

<sup>22</sup> ANDRÉS SANTOS, pp. 744-745.

subsistencia de una unidad patrimonial que tenga cortadas sus vías de adquisición de derechos, y a esa necesidad hace frente la subrogación real”<sup>23</sup>.

En su criterio, si el legislador no establece otra cosa, un patrimonio especial “ha de conservarse en su integridad” cuando ella requiera el egreso y correlativo ingreso de ciertos elementos<sup>24</sup>, incluso cuando precise reintegrarse de los daños a los derechos<sup>25</sup>; y según él la mejor manera de alcanzar esa conservación es mediante el “procedimiento objetivo y automático de la subrogación real”<sup>26</sup>. Concluye:

“...lo que resulta imprescindible para poder hablar de patrimonio especial es que alguna idea de subrogación real esté presente (...). Sin embargo, esto no sucede así en el caso de las situaciones jurídicas singulares, que no presuponen en absoluto la necesidad de sustitución de su objeto...”<sup>27</sup>.

Extrae un particular corolario de su consideración de la subrogación real como principio jurídico:

“...es eficaz en la medida en que se encuentra incorporado en una o varias normas jurídicas. Pero tales normas no deben ser consideradas como prescripciones aisladas y excepcionales, sino como expresión de la auténtica *ratio legis* (...) la subrogación constituye la regla material, y su ausencia representa una excepción (...). [E]s susceptible de extensión analógica a otros supuestos similares de patrimonios especiales prescritos por el Derecho objetivo. El requisito de legalidad

---

<sup>23</sup> Ídem, p. 745.

<sup>24</sup> Ídem, p. 744.

<sup>25</sup> Ídem, p. 746.

<sup>26</sup> Ídem, p. 746.

<sup>27</sup> Ídem, p. 746. Justifica ello en que “...el patrimonio del que sale éste no necesariamente corre el riesgo de desaparecer y su titular dispone de otros medios de protección de sus derechos”, razón por la cual “...solo por decisión específica del legislador se producirá la sustitución del objeto por su subrogado, quedando este último sujeto al mismo vínculo o gravamen que afectaba al primero”.

de la subrogación se vincula, pues, al carácter imperativo de los patrimonios especiales”<sup>28</sup>.

Para Andrés Santos, en definitiva, la subrogación real no constituye un “principio general del ordenamiento”, aunque sí un “principio jurídico” en la órbita de los patrimonios especiales<sup>29</sup>.

La tesis de la subrogación real como un principio general del Derecho fue insinuada por varios autores en el Derecho nacional, pero ha sido principalmente defendida por Guastavino y por Saux.

El mayor apologista de esta teoría señaló que se trataría de un principio general “autónomo conceptual y axiológicamente de otros afines, como el enriquecimiento sin causa o la equidad”<sup>30</sup>; que no es “una pauta de canalización de otro principio general prevalente”<sup>31</sup> y el hecho de compartir finalidades con ellos “no habilita a considerarla una mera vía instrumental de éstos”<sup>32</sup>. En definitiva, descarta que se trate de un sub-principio o de otra realidad que se subordine a uno.

Las consecuencias de esta teoría fueron calificadas como de “alta relevancia” y se resumieron en tres: 1) que los jueces pueden aplicarla sin necesidad de ley o convención direccionadas al efecto; 2) que funciona como una pauta interpretativa; y 3) que constituye una fuente del Derecho<sup>33</sup>.

Desde el plano metodológico, el autor señala que ha llegado a tal conclusión a través del “método inductivo”, efectuando una serie de generalizaciones tomando como punto de partida la “multiplicidad de supuestos” hasta alcanzar los “elementos fundantes” de la subrogación real.

---

<sup>28</sup> ANDRÉS SANTOS, pp. 746-747.

<sup>29</sup> Ídem, pp. 747-748.

<sup>30</sup> SAUX, p. 325.

<sup>31</sup> Ídem, p. 326.

<sup>32</sup> Ídem, p. 331.

<sup>33</sup> Ídem, p. 327.

Desde una perspectiva axiológica, apunta que “como todo principio general” la subrogación “se inspira en el valor justicia, fundante y basilar en la ciencia jurídica” aunque también lo haría, según él “subsidiariamente –según los casos–, en la seguridad jurídica dinámica”<sup>34</sup>.

Concluye el autor diciendo:

“Y entonces, así como por ejemplo (...) se puede aceptar mayoritariamente que son principios generales del Derecho Privado patrimonial –entre otros– el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el orden público, la equivalencia de las prestaciones, el abuso del derecho, la proscripción del enriquecimiento sin causa, la buena fe negocial u objetiva, la *par conditio creditorum*, la apariencia jurídica, la *pietas familiae* o la doctrina de los actos propios, no vemos óbice alguno, sustancial ni formal, como para no predicar la integración a dicho elenco del instituto de la subrogación real”<sup>35</sup>.

Ahora bien, ¿de qué clase de principio jurídico se trataría?

“La literatura se ha dividido entre los que lo consideran un principio técnico-jurídico o dogmático y quienes lo ven más bien como un principio ético-jurídico, en que son aplicables verdades jurídicas generales”<sup>36</sup>.

Una solución singular es la de Andrés Santos, quien lo ubica como un principio que se encuentra en el “espacio fronterizo” porque si bien para él sería un caso de un principio técnico-

---

<sup>34</sup> Ídem, p. 327. El autor manifiesta adherir a la distinción que puso de resalto Guastavino entre “principios” y “valores”, en donde los primeros serían los medios con estructura normativa para realizar los segundos, o sea, que tendrían una suerte de relación instrumental. Invoca otra diferencia a “nivel operativo”, pues entiende que mientras es más sencillo diagramar una nómina de valores, sería imposible exponer una nómina de principios pues su “multiplicidad de niveles, aplicaciones, categorías y funciones” sería “amplia y variada” (pp. 328- 329).

<sup>35</sup> SAUX, pp. 329-330.

<sup>36</sup> ANDRES SANTOS, p. 747.

jurídico, la presencia de la equidad en la subrogación lo acercaría a los principios de carácter ético-jurídico<sup>37</sup>.

La cuestión deviene abstracta cuando se identifica esencialmente a los principios con los valores, pues en mayor o en menor medida todo principio tiene un contenido ético-jurídico, como lo resaltamos con anterioridad.

### **3.2. Crítica**

#### **3.2.1. La subrogación real no es Derecho**

¿Es posible afirmar que la subrogación real integra el ordenamiento junto al principio de “buena fe”, al de “no dañar”, entre otros? Creemos que la respuesta negativa se impone. Trataremos de brindar diversos argumentos que para nosotros son decisivos para llegar a esa conclusión.

Los principios y las reglas son “normas” y como tales son fuentes formales que integran el Derecho objetivo<sup>38</sup>. Pensamos que la subrogación real no integra el ordenamiento jurídico, por no ser ni un principio ni una regla en sí misma.

Son diversas razones las que nos llevan a desechar que la subrogación real constituya un principio, siquiera uno subordinado o “sub-principio”. Ante todo, la subrogación real no cumple con el carácter abstracto e indeterminado de los principios. La subrogación es absolutamente concreta: una sustitución objetiva con el efecto de perdurar la situación respectiva. Por otro lado, si los principios son “mandatos” de optimización, es evidente que la subrogación no puede subsumirse en esa categoría, pues ella no “manda” a un determinado resultado, sino que directamente lo produce.

---

<sup>37</sup> Ídem, p. 748.

<sup>38</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., “Fuentes, interpretación y aplicación...”, pp. 869 y ss.

Ello tampoco debe generar la ilusión de considerar que la subrogación real es una regla, pues si ellas son las que eligen los “medios” para cumplimentar con ese mandato, es manifiesto que la subrogación real no puede ingresar en esa categoría. La subrogación no “elige” los “medios”, sino que los efectos de ella “son” los “medios” para cumplir con la manda impuesta por los principios y así alcanzar la teleología que inspira a éstos.

Como dice Recaséns Siches:

“...lo jurídico no es un concepto de finalidad, sino el concepto de un especial *medio* que puede ser puesto al servicio de muy variadas finalidades (...). Son los hombres quienes se los proponen (...). El Derecho no consiste en lo que la sociedad se propone, sino en el cómo se propone cumplir algunos de los fines que persigue...”<sup>39</sup>.

Que la ley imponga la subrogación real a través de reglas no quiere decir que ella asuma la misma naturaleza. La regla realiza la elección del medio de la subrogación real para cumplir determinado propósito. De la misma manera, si los principios determinaran que la subrogación real devenga indefectiblemente aplicable, tal naturaleza no quedaría contagiada a esta.

Si bien es encomiable el propósito que inspira los esfuerzos científicos direccionados a elevar a la subrogación real al elenco de los principios –pues sus artífices procuran expandir la idea de la subrogación a terrenos no previstos específicamente por el legislador– creemos que la “quididad” de la subrogación real campea distintos escenarios de lo fáctico.

---

<sup>39</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México*, tomo LIII, número 239, 2003, p. 229.



### **3.2.2. La subrogación real no cumple una función interpretativa**

Si la subrogación real fuera un principio, ella tendría entre su repertorio de funciones a la “interpretación” (art. 2º, Código Civil y Comercial)<sup>40</sup>.

Mientras que, verbigracia, el principio de conservación cumple importantes funciones interpretativas, pues ante la duda habrá que inclinar la balanza en favor de la eficacia de un acto jurídico (art. 1066, Código Civil y Comercial), la subrogación real no puede asumir un rol interpretativo de leyes o de otros actos jurídicos. El fracaso en la respuesta del interrogante acerca de cómo serviría la subrogación real para interpretar una disposición jurídica es indiciario de que ella no conforma un principio.

### **3.2.3. La subrogación real no fundamenta a otra realidad**

Si los principios jurídicos sirven de fundamento a “reglas” o incluso a otros “sub-principios”, no resistiría el análisis que se considerara a la subrogación real como uno de ellos, puesto que la respuesta a la pregunta “¿a qué fundamenta la subrogación?” es lineal: a nada.

Ella no es fundamento de otras situaciones jurídicas, aunque – como analizaremos – ella sí es fundamentada por otra realidad jurídica: el principio de conservación de las situaciones jurídicas.

---

<sup>40</sup> “Para Castro (...) los principios generales del Derecho son precisamente quienes delimitan las condiciones de validez (...) tienen además una importante tarea dentro de la actividad interpretativa...” (DIEZ PICAZO, “Los principios generales...”, p. 1264).

### **3.2.4. La idea de subrogación convencional que sostiene cierta doctrina no armoniza con que ella sea un principio**

Los defensores de la consideración de la subrogación real como un principio jurídico difícilmente puedan salir del escollo hermenéutico provocado por clasificar a la subrogación real en “legal” y “voluntaria”<sup>41</sup>. La cuestión de la subrogación real como un principio obviamente no concierne a la subrogación voluntaria<sup>42</sup>, máxime que sus efectos suelen producirse independientemente de cualquier manifestación de voluntad.

### **3.2.5. La subrogación real es descartada en múltiples circunstancias**

Si frente a las más variadas y diversas situaciones el ordenamiento descarta la subrogación real puede verse allí una clara prueba de que ella no es jerarquizada en la categoría de los principios jurídicos. Es cierto que los principios no son infalibles, pues a veces son desplazados por otros. Pero nos preguntamos

---

<sup>41</sup> Así lo hace SAUX, p. 68, quien señala que “...la fuente normativa de la subrogación real puede provenir de la voluntad de la ley o bien del ejercicio de la voluntad privada cuando no contraría el orden público”. Compárese con MARÍN PADILLA, quien afirma que la subrogación real es un “principio de conservación”, circunstancia por la cual no es ilógica su conclusión acerca de que la subrogación real es “siempre legal”, por estar expresamente establecida por la ley o, en su caso, permitida por el Derecho en general (MARÍN PADILLA, pp. 1197-1198). También Andrés Santos asume una postura similar, pues como consideró a la subrogación como un principio en el ámbito de los patrimonios especiales, se vio forzado a afirmar que la distinción entre subrogación legal y negocial, “únicamente alude a la causa de adquisición, no a su esencia” y que “verdaderamente toda subrogación es legal”, razón por la cual descarta a la subrogación voluntaria o convencional, la cual no la considera “en absoluto una subrogación, sino otros tipos de figura jurídica” (ANDRÉS SANTOS, p. 754 y su nota 271).

<sup>42</sup> SAVAUX, §36, p. 8.

cómo podría el estudioso del Derecho asumir como principio a algo que es desechado en tantas ocasiones.

Basta con acudir al siguiente razonamiento: la subrogación real tiende a la conservación y el ordenamiento jurídico suele elegir otras vías para conservar las situaciones jurídicas<sup>43</sup>, como por ejemplo la facultad de persecución que caracteriza a los derechos reales. Si hay varias maneras de conservar, y ellas son aplicadas en diversas circunstancias incluso desplazando una posible aplicación inmediata de la subrogación real, es notorio que la subrogación real no constituye un principio.

Se ha dicho:

“...en buena lógica, no puede, o no debe existir contradicción entre los principios informadores del ordenamiento jurídico y las normas particulares (...) por ellos informadas. Y, si tal contradicción existiera, es decir, si una ley o una costumbre infringiera un principio de Derecho natural, u otro principio básico del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o fuerza intrínseca”<sup>44</sup>.

Si no es posible que las soluciones aportadas por el ordenamiento jurídico se encuentren en contradicción con los principios, nos preguntamos cómo podrían explicar quienes le asignan tal carácter que tantas y muy variadas normas estén en franca oposición con ella.

---

<sup>43</sup> Se dice: “...la subrogación real parece que debe estar excluida en razón de su inutilidad cuando la preservación de un derecho está asegurada por otra vía” (SAVAUX, §38, p. 8).

<sup>44</sup> VALDECASAS, p. 335.

#### 4. LA SUBROGACIÓN REAL SE FUNDAMENTA EN EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN

##### 4.1. Lineamientos

La naturaleza jurídica de la subrogación real no es la de un “principio”, sino que ella implica un hecho jurídico. No pretendemos negar que la subrogación real pueda explicarse a partir de los principios, sino que ella no constituye uno en sí. Consideramos que la subrogación real es una manifestación de un innegable principio del Derecho: la conservación de las situaciones jurídicas. Esa idea basal nos determina a pensar que el principio respectivo no debe analizarse en el “ser” de la subrogación real, sino en un ámbito que desde el plano lógico es anterior y extrínseco a ella: el del fundamento.

Si la subrogación real se apoya en el mentado principio, es una consecuencia lógica y natural entender que no ha menester la existencia de una disposición legal expresa que la imponga, pues ese principio no necesita de una indicación normativa al efecto. En otras palabras: la subrogación real es de dinámica atípica.

Conceptualizaremos a la conservación en general, para luego sintetizar diversas expresiones de ella que pueden advertirse en distintas disciplinas; posteriormente nos abocaremos especialmente al principio jurídico respectivo. Luego de esas reflexiones, brindaremos nuestra justificación de porqué entendemos a la subrogación real como una manifestación del principio de conservación de las situaciones jurídicas, o lo que para nosotros es lo mismo: a este como el fundamento de aquella.

##### 4.2. Generalidades de la conservación en diversas ciencias

Para la Real Academia Española la voz “conservar” significa “mantener o cuidar de la permanencia o integridad de algo o de alguien”. Es interesante destacar que la conservación o

variabilidad sustancial fue una temática que inquietó a los pensadores de las más diversas materias de estudio.

Heráclito de Éfeso sustentó la mutabilidad continua:

“...tuvo la percepción de la variabilidad y fugacidad de cuanto existe, de su diversidad y perpetua mudanza; (...) todo cambia, es la conclusión en que expresa lo que la realidad le ofrece. Nada de cuanto existe es, al momento siguiente, igual a sí mismo. *Ni en el mundo ni en nosotros mismos hay nada que pueda considerarse permanente, sino sólo un continuo fluir*”<sup>45</sup>.

Explica Weber que Heráclito insistió en el “perpetuo mudar y en la absoluta inestabilidad de las cosas” y que por ello puede ser calificado de escéptico, pues “...si todo lo que perciben los sentidos cambia continuamente, no existe ciencia segura y definitiva”<sup>46</sup>.

Por su parte, Parménides de Elea entendió que la razón pone al hombre en contacto con un sustrato permanente: la inmutabilidad de la idea de ser<sup>47</sup>. Tanto la existencia de individuos

---

<sup>45</sup> El destacado es nuestro. Véase GAMBRA, Rafael, *Historia sencilla de la filosofía*, Ediciones Rialp S.A., Madrid, p. 46. Véase también GAARDER, Jostein, *El mundo de Sofía*, Siruela, Madrid, 1999, p. 42: “Él pensaba que precisamente los cambios constantes eran los rasgos más básicos de la naturaleza (...). ‘Todo fluye’, dijo Heráclito. Todo está en movimiento y nada dura eternamente. Por eso no podemos ‘descender dos veces al mismo río’, pues cuando descendiendo al río por segunda vez, ni yo ni el río somos los mismos”.

<sup>46</sup> WEBER, Alfredo, *Historia de la filosofía europea*, traducido de la séptima edición por Manuel Núñez de Arenas, Daniel Jorro, Madrid, 1914, pp. 30-31

<sup>47</sup> Se ha dicho que para Parménides: “Solo el ser puede ser pensado y no hay pensamiento alguno sin el ser a que aquél se refiere (...) ser y pensar son idénticos (...). El Ser es supratemporal y supraespacial, indestructible, inmutable, sin principio, inmóvil, eterno y además no fue jamás ni será, sino que existe como un todo continuo. Lo considera también indivisible, presente por doquier, infinito en todas sus partes, siempre idéntico a sí mismo, perfectísimo y definido en sí; ‘comparable a la masa de una esfera bien redondeada e igualmente fuerte desde el centro hasta todos los lados’” (VORLÄNDER, Karl, *Historia de la filosofía*,

como la mutación de las cosas son mera apariencia. El movimiento es imposible y racionalmente contradictorio<sup>48</sup>.

“...pensaba que todo lo que hay ha existido siempre, lo que era una idea muy corriente entre los griegos. Daban más o menos por sentado que todo lo que existe en el mundo es eterno. Nada puede surgir de la nada (...). Y algo que existe, tampoco se puede convertir en nada (...). Pensaba que ningún verdadero cambio era posible. No hay nada que se pueda convertir en algo diferente a lo que es exactamente”<sup>49</sup>.

Si la subrogación real tiende a la conservación de la situación jurídica con su rol jurídico pertinente, no obstante la mutación objetiva sufrida, podemos hacer un cierto paralelismo con las ideas transcriptas. Pero nos es forzoso concluir que el fenómeno de la subrogación real no es compatible ni con el pensamiento de Heráclito, ni con el de Parménides.

Es que, si “todo varía” no habría lugar para la subrogación real, que tiende a la conservación de una situación jurídica. En cambio, si “todo permanece” no sería consistente hablar de una verdadera mutación objetiva, que es de la esencia de la subrogación real.

Tanto en Platón como en Aristóteles podemos vislumbrar concepciones más acertadas, pues en la realidad hay aspectos cambiantes y otros perdurables.

Es sabido que Platón consideró dos planos: uno esencialmente cambiante (mundo sensible) y otro inmutable (mundo de las ideas).

---

traducción de la sexta edición alemana por J. V. Viqueira, con prólogo de José Ortega y Gasset, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1922, tomo I, §6, p. 57).

<sup>48</sup> Véase GAMBRA, pp. 47-48.

<sup>49</sup> GAARDER, p. 41. Continúa: “Con los sentidos observaba cómo cambiaban las cosas, pero esto no concordaba con lo que le decía la razón. No obstante, cuando se vio forzado a elegir entre fiarse de sus sentidos o de su razón, optó por la razón”.

Se advierten las dificultades de una concepción de la realidad en la que todo fuera absolutamente variable<sup>50</sup>:

“No hay inteligencia que pueda conocer el objeto que conoce, si este objeto no tiene una manera de ser determinada. Tampoco puede decirse que sea posible conocimiento alguno mí querido Crátilo, si todas las cosas mudan sin cesar, *si nada subsiste y permanece*”<sup>51</sup>.

Para Aristóteles el fenómeno del “cambio” tiene las siguientes particularidades: si bien mutan los accidentes de la porción de la realidad respectiva, sí permanece la sustancia del ente. Lahr explica la substancia y el principio que la acompaña con la siguiente fraseología:

“Llámase *substancia* a la realidad permanente que soporta las cualidades, y permanece idéntica bajo los accidentes y las modificaciones. Se puede formular así este principio: *Todo fenómeno supone una substancia*, ó también: *Todo cambio supone algo durable*, cuyo fenómeno es la manera de ser momentánea. Así, no hay acción sin agente, y no hay modificación sin objeto modificado”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Leemos en el Crátilo: “No se trata de examinar si existe un bello semblante ó cualquiera otro objeto de esta naturaleza, porque todo esto me parece que está en un movimiento perpetuo. Lo que importa saber es si la belleza misma existe eternamente tal cual es. ¿Si lo bello pasase sin cesar, podría decirse con propiedad, primero, que es tal cosa; y después, que es de tal naturaleza? ¿No sucedería necesariamente que mientras hablábamos, se habría hecho otra cosa, habría huido y habría mudado de forma? ¿Cómo podría existir una cosa, si nunca apareciera de una misma manera? Si existe durante un instante de la misma manera, es claro que, durante este tiempo, no pasa. Si subsiste siempre de la misma manera, y siempre la misma, ¿cómo podría mudar y moverse, no saliendo para nada de su esencia?” (Véase PLATÓN, *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, Madrid, 1871, tomo IV, pp. 470-472).

<sup>51</sup> El destacado es nuestro. Véase PLATÓN, *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, Madrid, 1871, tomo IV, pp. 470-472.

<sup>52</sup> LAHR, Charles, *Curso de filosofía*, traducido de la séptima edición francesa por Trinidad S. Osuna, cuarta edición, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, p. 296.

Pero la temática no ha sido abordada solamente desde la filosofía, sino que también fue tratada por otras disciplinas científicas. Desde la química se ha desarrollado la denominada “ley de conservación de la materia” o ley “Lomonósov-Lavoisier”. Ella pregona que la materia no se crea o pierde, sino que únicamente se transforma. La cantidad de materia antes y después de una transformación es siempre la misma, pues en una reacción química la suma de la masa de los reactivos es igual a la suma de la masa de los productos. Con similares postulados la ciencia de la física diagramó el “principio de conservación de la energía”. La energía no se crea y tampoco se destruye; solo se transforma formalmente y permanece en su totalidad constante antes y después de cada transformación.

También desde el plano del obrar humano se ha dicho:

“Todos los esfuerzos del individuo se encaminan á la *conservación individual*, ó bien á la *propagación de la especie*. De las tres grandes divisiones del derecho privado, el derecho sobre los medios, ó derecho de propiedad (derechos sobre las cosas, de obligaciones y hereditario), sirve para el primero de los indicados fines, porque contiene aquellas instituciones jurídicas mediante las cuales, llegan al individuo las cosas y las prestaciones necesarias ó útiles, para la conservación de su existencia”<sup>53</sup>.

Como veremos a continuación, una vez que se alumbró una situación jurídica, el ordenamiento jurídico trata de conservarla a través de diversos mecanismos, incluso frente a la ineludible variación de su asiento (subrogación real)<sup>54</sup>. El Derecho, fiel

---

<sup>53</sup> MENGER, Antonio, *El derecho civil y los pobres*, traducción de Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898, pp. 168-169.

<sup>54</sup> Para nosotros es evidente que en la situación jurídica que opera la subrogación real hay aspectos cambiantes y aspectos que se conservan. El asiento de la situación jurídica variará, pero ella permanecerá y será sustancialmente inmutable pues el objeto de reemplazo seguirá la suerte del reemplazado.



traductor de la realidad de las cosas, busca evitar la extinción de las situaciones jurídicas y ello lo hace a través del “principio de conservación de las situaciones jurídicas”.

### 4.3. Particularidades del principio de conservación

#### 4.3.1. Caracterización

Definimos al principio de conservación como aquel que frente a diversas vicisitudes que afecten a una determinada situación jurídica, prioriza alcanzar la mayor eficacia posible de ella para perdurarla de la manera más semejante a su diagramación original<sup>55</sup>.

Naturalmente, la conservación tratará que la situación jurídica se vea variada en la menor medida posible, pero correlativamente jamás podrá otorgarle una plusvalía, pues ello se alejaría de su propósito fundamental<sup>56</sup>.

De alguna manera puede atribuírsele la función de acercar la realidad de una situación jurídica (afectada por vicisitudes) a su plano ideal (semejanza con la diagramación original).

Creemos que, como se percibirá en el apartado siguiente, el principio de conservación tiene dos ideas matrices en su esencia: 1) la perdurabilidad de la situación jurídica; y 2) la inclinación por la mayor eficacia en casos dubitativos. En el primer supuesto la situación jurídica ha sido constituida correctamente y al ordenamiento jurídico lo que le interesa es que ella subsista

---

<sup>55</sup> Compárese con CARIOTA FERRARA, Luis, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 326, quien con la mirada puesta en los “negocios” jurídicos afirmó que el principio de conservación puede expresarse de la siguiente manera: “la actividad negocial debe poderse mantener en vigor lo más posible, con objeto de la realización del fin práctico perseguido”.

<sup>56</sup> Con lo dicho nos hacemos cargo de la advertencia que se realizara acerca de que el principio de conservación no ha de extenderse “hasta transformarlo inconscientemente en principio de creación” (CARIOTA FERRARA, p. 326).

razonablemente íntegra. En el segundo, como no es claro si se ha engendrado o no una situación plenamente eficaz, el Derecho inclinará la balanza a favor de su mayor eficacia posible.

#### 4.3.2. Bases constitucionales

El principio de conservación de las situaciones jurídicas encuentra suficiente apoyatura en el texto constitucional. El art. 17 de la Constitución Nacional prevé la inviolabilidad de la propiedad y como corolario de ello, que únicamente puede privarse a una persona de ella en virtud de una sentencia fundada en ley.

La “propiedad” de una persona está conformada, al menos, por todos sus derechos subjetivos patrimoniales y no tan solo por los derechos reales, ni mucho menos exclusivamente por el de “dominio”<sup>57</sup>. Así, es abarcativa de los derechos reales, derechos personales o creditorios y aspectos patrimoniales de los derechos intelectuales y de los derechos de familia. Repárese en que no está en juego exclusivamente una cuestión de dogmática jurídica, sino los alcances mismos de la Constitución Nacional en cuanto garantiza el derecho de propiedad y su inviolabilidad (arts. 14 y 17). Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo V.

En conclusión, ningún derecho subjetivo puede ser privado con prescindencia de las pautas del art. 17 de la Constitución Nacional. Creemos que este debe interpretarse a la manera del texto propuesto en “Las bases” de Alberdi, pues allí se lee que la propiedad es susceptible de ser privada a una persona en virtud de

---

<sup>57</sup> La “propiedad” es el género y el “dominio” una de las especies. Designar al derecho real de dominio a través del vocablo “propiedad” puede ser equívoco, pero no incorrecto, pues el género absorbe a la especie. Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio E. Alterini, 2º edición, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010, tomo II, §441 bis.

la “ley” o de una “sentencia” fundada en la ley<sup>58</sup>, y no tan solo a través de la última de estas alternativas.

La interpretación que proponemos tiene la fuerza argumentativa de corresponderse plenamente con los propósitos perseguidos por el texto fundamental, pues si este pretende “afianzar la justicia” es lógico suponer que ella no solamente será alcanzada en el órgano jurisdiccional, sino que también se lo puede hacer a través de otros mecanismos estatales. Si no se entendiera que la propiedad, en el sentido amplio que le corresponde, pudiera ser “privada” en virtud del mero efecto de la ley, quedarían sin sustento normativo numerosas disposiciones del ordenamiento jurídico, sobre todo aquellas en las que hay comprometida una ineficacia como la condición o el plazo resolutorios, pues es sabido que esos mecanismos extintivos pueden, en ciertos supuestos, operar de pleno derecho. Pretender derivar toda extinción de la propiedad a los estrados judiciales sería inconsistente con una hermenéutica adecuada del plexo normativo *supra* legal.

Lo que no es discutible es que el mentado artículo adhiere a las ideas básicas que inspiran al principio de conservación<sup>59</sup>, por lo que puede hallarse allí un verdadero cimiento de este. Es que la propiedad perdura salvo disposición legal en contrario, lo que en términos sinonímicos puede ser expresado de la siguiente manera:

---

<sup>58</sup> Véase el art. 18 del proyecto de constitución de ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Librería Histórica, Buenos Aires, 2002, p. 175.

<sup>59</sup> Una aplicación constitucional particular de la idea de conservación de las situaciones jurídicas, no necesariamente vinculada a la propiedad, es la expuesta en el art. 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

“la propiedad se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por una causa transitoria”<sup>60</sup>.

Así las cosas, el principio de conservación ordenaría que se conserven las situaciones jurídicas patrimoniales salvo que la ley establezca que ella no debe ser perdurada por alguno de los más diversos motivos. Entonces, la situación jurídica solamente podrá fenecer por las causas admitidas por el ordenamiento jurídico, so pena de violentar la máxima dispuesta en el art. 17.

Es nítido que para provocar la extinción la disposición normativa deberá ser lo suficientemente clara al respecto, pues en caso de duda no podría llegarse a la prescindencia de la propiedad de una persona. También es diáfano que siempre deberá estarse a la mayor eficacia posible, pues debe tenderse a la interpretación que más tutela brinde, ya que no sería consistente que la exégesis se dirija a dejarle a la propiedad únicamente el mínimo necesario para su subsistencia.

Todo lo dicho en este apartado podría ser desmentido en el caso en concreto si nos encontráramos frente a la necesidad de hacer prevalecer otro componente jurídico que pueda revestir mayor importancia en el supuesto de hecho particular. Así, no sería atacable por inconstitucional la disposición normativa que en caso de duda libere al deudor débil en la relación jurídica, pues allí podría verse en cierta medida comprometida la libertad de la persona que es garantizada por el art. 19 del texto constitucional.

#### 4.3.3. **Manifestaciones normativas concretas**

El Código Civil y Comercial nos brinda un generoso catálogo de aplicaciones del principio de conservación que se extienden en los contextos más diversos del Derecho. Sin pretender agotarlos

---

<sup>60</sup> Utilizamos para la construcción de esta máxima las felices expresiones del art. 1929 del Código Civil y Comercial, réplica casi textual del art. 1871 del Proyecto de 1998.

sintetizaremos a continuación los casos que creemos más relevantes.

Más allá de la polémica consistente en si los principios jurídicos se deducen o se inducen, lo que no puede dudarse es que la variedad de supuestos en los que se hace aplicación de la conservación permiten apreciar que en el fondo existe un principio jurídico de conservación que inspira a todo el ordenamiento.

Y que ello no es solamente de los “actos jurídicos” o de los “derechos subjetivos” lo comprueba la multiplicidad de supuestos regulados que están teñidos de una fuerte impronta conservatoria. La variedad de realidades del Derecho que están defendidas por el principio de conservación únicamente podrían agruparse bajo la voz “situaciones jurídicas”<sup>61</sup>.

Cuando el ordenamiento jurídico busca conservar un contrato o cualquier otro acto jurídico (art. 1066, Código Civil y Comercial), lo hace para conservar sus efectos (situaciones jurídicas) en atención a su finalidad. Lo mismo sucede con los meros hechos jurídicos.

Siempre el principio busca conservar las situaciones jurídicas, expresión comprensiva de “relaciones jurídicas”, “poderes jurídicos”, como de cualquier otro posicionamiento de un sujeto frente al ordenamiento jurídico de una sociedad.

Frente a la disyuntiva entre conservar o extinguir, no debe olvidarse la distinción entre el “Derecho normal” y el “Derecho excepcional” que trajo a conciencia Castro. Díez-Picazo relata:

---

<sup>61</sup> Santoro Pasarelli muestra la incidencia del principio de conservación en las “relaciones” jurídicas y no, como es habitual, tan solo en materia de actos jurídicos (SANTORO PASSARELLI, Francisco, *Doctrinas generales del derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, §19, p. 102). Sin embargo, creemos que la cuestión no debe agotarse en el plano de las “relaciones”, sino en el más amplio y comprensivo de las “situaciones” jurídicas, giro lingüístico que el citado autor utiliza aisladamente en la p. 93.

“Para definir este último, recordaba Castro un viejo texto de Paulo de acuerdo con el cual el Derecho excepcional es un derecho *contra tenorem rationis* de la organización general y que por ello «*non est produceendum ad consequentias*». De esta distinción se extrae sin grave dificultad la distinción, que en sede interpretativa se produce entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva. Se interpreta extensivamente la regla de derecho que es conforme con el Derecho normal (...), la regla de derecho que está en consonancia con los principios. Se interpreta restrictivamente la regla de derecho que pertenece al Derecho excepcional y que es *contra tenorem rationis*”<sup>62</sup>.

Con ese punto de partida, debe ponderarse que las reglas que responden a la idea de conservación no deben interpretarse como realidades aisladas, sino que todas ellas responden al “Derecho normal” y que por tanto pueden ser extendidas hermenéuticamente. Máxime que consideramos que la conservación tiene un fundamento constitucional muy reforzado en el art. 17 de la norma fundamental.

Nos ocuparemos ahora de esbozar un panorama acerca de las distintas reglas de derecho contenidas en el Código Civil y Comercial que se inspiran y fundamentan en el principio de conservación.

#### 4.3.3.1. En los hechos jurídicos

Un caso de conservación de hechos jurídicos es el del art. 1929<sup>63</sup>: “*Conservación*. La relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria”. Allí no será suficiente una ausencia transitoria del

---

<sup>62</sup> DIEZ PICAZO, “Los principios generales...”, pp. 1264-1265.

<sup>63</sup> Nos hemos ocupado de la naturaleza jurídica fáctica de las relaciones reales en otras oportunidades. Véase ALTERINI, Jorge H.; ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., “Una nueva visión de las relaciones reales (mal llamadas ‘relaciones de poder’), La Ley 2017-F, 920; Véase también ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. ALTERINI, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo I, §474 y ss., pp. 488 y ss.

ejercicio de la relación real para provocar su extinción, pues aquella no tendrá virtualidad suficiente para lograrlo. Tan fuerte es la conservación en estos ámbitos que incluso es acompañada con una presunción de continuidad de la relación real (art. 1930, Código Civil y Comercial), en virtud de la cual se presume que el sujeto actual de la relación real “que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio”.

La llamada inmutabilidad de la causa de la relación real encierra también una tutela de semejante raigambre, pues se protege a los distintos titulares de las relaciones reales ya que no es suficiente una mera declaración de voluntad para lograr la interversión (art. 1915, Código Civil y Comercial)<sup>64</sup>. Piénsese que si se admitiera la interversión por la “mera voluntad” del sujeto, sin actos materiales de suficiente envergadura como para sustentarla, las relaciones reales adolecerían de una gran fragilidad incompatible con la idea de conservación.

Acaso pueda pensarse en una conservación de hechos jurídicos a través del llamado derecho de retención, pues en un aspecto este permite conservar una relación real. Ello sin perjuicio de que su finalidad primaria esté encaminada a la efectiva percepción de un derecho creditorio que se deba en razón del objeto respectivo (arts. 2587 y ss., Código Civil y Comercial)<sup>65</sup>.

#### 4.3.3.2. En los actos jurídicos

Si bien no desconocemos que los actos jurídicos son esencialmente hechos jurídicos (arg. arts. 257 y 259, Código Civil y

---

<sup>64</sup> Se ha dicho: “La importancia de este principio de conservación objetiva del estado real adquiere una relevancia tal que podríamos decir que es el que torna factible la protección posesoria sin incurrir en arbitrariedades” (ITURBIDE, Gabriela A. y ARECHA, Miguel W., “La interversión del título en las relaciones de poder en el nuevo Código Civil y Comercial”, JA 2018-II, 1234).

<sup>65</sup> Así lo sostiene MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*, 4ª edición, Editor Leocadio López, Madrid, 1886, §190, p. 112.

Comercial), escindimos su análisis para una mejor comprensión de la temática. Los actos jurídicos son conservados a través de los más variados medios<sup>66</sup>. La cuestión es fecunda en el ámbito contractual<sup>67</sup>, pero no debe pensarse que es exclusiva de esa esfera, pues en rigor rige también en todo acto jurídico<sup>68</sup>. Así, también rige respecto de las disposiciones testamentarias<sup>69</sup> e incluso de la ley<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Se advierte una tendencia del legislador a salvar las imperfecciones de los actos para que cumplan efectos, con variados fundamentos, entre los que se encuentra el principio de conservación (Véase TOBIAS, José W., “La teoría de la invalidez en la hora actual y las soluciones del Proyecto de Código”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año LVIII, segunda época, número 51, julio 2013).

<sup>67</sup> Incluso los Principios de Unidroit en el Art. 4.5 hacen una aplicación de esta máxima. Se lee: “Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”.

<sup>68</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Tratado de los Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, tomo II, §584, p. 172: “Es correcto aplicarlo también a los contratos, pero como se les aplica por ser actos jurídicos, debería haberse legislado al tratar de éstos”.

Se ha advertido que “...el principio no es extensible a todos los actos extrapatrimoniales, al menos a aquellos que comportan el ejercicio de derechos personalísimos. En ellos, hasta se puede decir que rige la regla inversa (...). Es el corolario del ámbito de disponibilidad parcial o limitada de los derechos personalísimos...” (TOBIAS, José W., *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo III, p. 559). Creemos que en esos supuestos el legislador entiende como preponderante la conservación del efectivo goce del derecho personalísimo respectivo y por eso estableció pautas como las del art. 55 que norma que la disposición de los mismos: “no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Ello es concordante con una norma general de renuncia de derechos, el art. 948, pues allí tampoco se presume esa disposición y también es de interpretación restrictiva.

<sup>69</sup> Ese criterio fue sustentado desde la jurisprudencia, así en CNCiv., sala C, “Estrugamou, Alejandro”, 19/3/1981, LA LEY 1981-C, 355; JA 1981-III-437: “Si las disposiciones son contradictorias habrá que tratar de conciliarlas (...). Se ha sostenido que en materia testamentaria es



Se ha dicho que es necesario considerar que:

“...el principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos informa todo nuestro Ordenamiento jurídico; que este principio tiene varias manifestaciones y que cada una de ellas, aun respondiendo a la misma finalidad, la de conservar, lo hacen por medios y procedimientos distintos”<sup>71</sup>.

En materia de ineficacias el art. 1066 del Código Civil y Comercial expresa: “*Principio de conservación*. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”<sup>72</sup>. Véase también el

---

aplicable el principio de conservación del acto o negocio jurídico, coincidente con el denominado ‘favor testamenti’, según el cual si caben dos interpretaciones, de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y la otra a su ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera...”. También se expidieron en este sentido las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995).

Véase el art. 2470 *in fine* del Código Civil y Comercial: “Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos”.

<sup>70</sup> Si se coincidiera con nosotros acerca de que la naturaleza jurídica de la ley es la propia de un acto jurídico, ello sustentaría que en caso de duda sobre la vigencia de una ley hay que responder en sentido positivo; igualmente, justificaría el consenso generalizado respecto que de mediar dos interpretaciones de un texto legislativo, una constitucionalmente eficaz y otra que derive en la inconstitucionalidad, hay que inclinarse por la primer alternativa.

<sup>71</sup> MARÍN PADILLA, María Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 89.

<sup>72</sup> Según TOBIAS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 1117): “El texto, insertado en la teoría general de contrato, bien podría extenderse —con fundamento en la analogía— a los actos jurídicos no contractuales. Aunque el texto requeriría de mayores análisis, puede inicialmente decirse: ante la duda acerca de la validez o invalidez del acto, habrá que pronunciarse por la validez, habiendo certeza interpretativa acerca de la

art. 1075 que en materia de conexidad contractual hace mérito del mismo principio<sup>73</sup> para tratar de salvar al acto jurídico conexo de una extinción.

Explica Mosset Iturraspe:

“...en caso de ambigüedad debe estarse por la producción de efectos jurídicos no siendo dable interpretar que las partes han hecho algo inútil o ilusorio. Lo mismo ocurre cuando la cláusula es equívoca acerca de la extinción o no del negocio: debe estarse por el mantenimiento de los efectos”<sup>74</sup>.

O sea que debe estarse a las interpretaciones que no impliquen llevar a la ineficacia al acto jurídico respectivo y cuando ella fuera ineludible, en determinadas circunstancias se tratará de que lo sea con la menor energía posible, pues v.gr., ante la separabilidad de las disposiciones del acto deberá evitarse una nulidad total y el juez deberá integrarlo si fuera menester (arts. 389, 989, 1122 inc. c], Código Civil y Comercial).

La exposición genérica del principio de conservación que se hace en materia contractual, pero que por cierto tiene la aptitud de

---

validez y dudas sobre su eficacia o ineficacia, habrá que pronunciarse por la eficacia del acto”.

<sup>73</sup> Art. 1075 del Código Civil y Comercial: “*Efectos*. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”. Es llamativo el desliz lingüístico que se produce en el artículo transcrito, pues alude al “principio de la conservación”, lo que puede mover al lector desprevenido a considerar que se refiere al “inicio” o “comienzo” de la conservación y no a un principio del Derecho. En tanto el contenido del principio es precisamente “conservar”, corresponde aludir directamente al “principio de conservación”.

<sup>74</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 312.

considerarse una norma general para todo acto jurídico, tiene múltiples aplicaciones en reglas concretas. Veamos.

El art. 269 del Código Civil y Comercial bajo el epígrafe “subsistencia del acto”, establece: “La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquella entendió celebrar”. La pretensión de conservar el acto es evidente<sup>75</sup>.

Reglas como las del art. 282 siguen aquellas directivas, pues aun cuando la causa “...no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera”.

El art. 332 que se ocupa del vicio de lesión, permite al demandado transformar la acción de nulidad en una de reajuste, con una clara insinuación hacia la conservación.

También lo hacen ciertos casos en los que se presume la conformidad de quien podría oponerse a la realización de un determinado acto, como se regla en los incisos a) y b) del art. 641: allí, respecto de la denominada “responsabilidad parental”, la ley presume que “los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro” titular de ella.

Que el Derecho posibilite diversos saneamientos frente a la ineficacia de un acto es una clara manifestación de la incidencia del principio de conservación de las situaciones jurídicas.

Así, mediante la ratificación que “...suple el defecto de representación” (art. 369, Código Civil y Comercial), o también a través de la confirmación que ocurre “...cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad” (art. 393, Código Civil y Comercial).

---

<sup>75</sup> CARIOTA FERRARA, p. 434.

El art. 964 impone la sustitución automática de las cláusulas contractuales que sean incompatibles con las normas indisponibles, como una aplicación particular del art. 12 *in fine*.

Por su parte, el art. 280 sobre convalidación objetiva regla que los actos jurídicos que estén afectados por una imposibilidad de objeto originaria serán válidos si esa imposibilidad desaparece antes del vencimiento de la condición o plazo suspensivos a los que estuvieran sometidos.

El instituto de la conversión es también una consecuencia del principio de conservación<sup>76</sup>, pues por él un “...acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad” (art. 384, Código Civil y Comercial). Creemos que lo que no es dudoso es que siempre se aprecia la conservación de una situación jurídica, aun cuando se pueda llegar a considerar que esta no sea la del negocio respectivo<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> CARIOTA FERRARA, p. 310; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 376. Se ha dicho: “En cuanto a la fuente de la conversión no dudamos que es la ley. En algunas legislaciones la ley consagra la conversión de manera explícita; en otras, se infiere su recepción en virtud del juego de principios básicos o generales como el de la conservación de los actos o el de la buena fe. Precisamente en el derecho argentino la conversión arraiga en tales principios generales (...). En lo que atañe al fundamento del instituto de la conversión o sea las razones que llevan a la ley a adoptarla como saneamiento, creemos que procura rescatar la voluntad de las partes expresada en el negocio celebrado. De allí que no es factible la conversión si se exterioriza, expresa o tácitamente, una voluntad contraria a que el acto inválido se transforme...” (ALTERINI, CORNA, ANGELANI Y VÁZQUEZ, *Teoría general de las ineficacias*, p. 87).

<sup>77</sup> Compárese nuestra opinión con la de Albaladejo, quien ha señalado que el instituto de la conversión no es una aplicación del llamado *favor negotii*, sino que lo es del *favor voluntatis*. No habría una conservación del acto, sino un “cambio” del mismo por un negocio distinto, a salvaguarda de la finalidad buscada. Reflexiona Tobías: “...parece claro que la cuestión, en buena medida, dependerá de la mayor o menor amplitud que se atribuya al principio; en cualquier caso, más convincente

Es interesante la armonía entre pérdida y conservación que se da en el instituto de la prescripción extintiva, pues si bien al cabo de un plazo se puede dar por fenecida la posibilidad de accionar la nulidad de un acto –por extinción de la acción respectiva–, ella podría confinar la ineficacia del acto para conformar un verdadero saneamiento del mismo (arg. arts. 388, 2560 y ss).

Son también expresivas de la idea de conservación algunas de las distintas soluciones que brinda el Código frente a la eventualidad de una resolución de un acto, como las del art. 1078 en sus incisos c), d), e), f) y h).

Podría pensarse también en una circunstancia que se ha advertido desde la doctrina: cuando el art. 1039 brinda diversas opciones al acreedor de la obligación de saneamiento, en principio habría de optarse por la primera que consiste en “reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios”, pues:

“Aunque no se establece ninguna jerarquía entre los incisos (...), el principio de conservación de los actos jurídicos y los contratos parece requerir que al menos el primer inciso debe constituir la opción primaria (...), como parece exigirlo el art. 730 en materia de facultades del acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones”<sup>78</sup>.

Es el mismo concepto el que predomina en el art. 1057 al hacer tema con los vicios ocultos, pues “el adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta”<sup>79</sup>.

---

aparece el fundamento si con él se apunta a preservar la iniciativa negocial y no al negocio como tal” (TOBIAS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 1136).

<sup>78</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, *Tratado de los contratos*, tomo II, §493, pp. 56-57.

<sup>79</sup> Ídem, §494, p. 59: “...de alguna manera al adquirente está obligado a aceptar la subsanación del defecto (v.gr. aceptando el *service* ofrecido por el transmitente) si es ofrecida por el transmitente porque en caso contrario no tendrá derecho a resolver (...) lo que responde al principio de conservación del contrato”.

También de la interpretación del art. 1083, que plantea la dicotomía entre una resolución total o parcial, puede concluirse que esta última “...concilia mejor con el principio de conservación de los actos jurídicos y del contrato”<sup>80</sup>.

Las rigurosas exigencias de los arts. 272 y 1084 para las pretensiones de nulidad por dolo y de resolución contractual – respectivamente–, tutelan a la perdurabilidad de la situación jurídica respectiva, pues coadyuvan a dificultar la extinción de ella<sup>81</sup>.

El art. 1088, al hacer tema con la cláusula resolutoria implícita, requiere como presupuesto de su funcionamiento al “emplazamiento” del deudor a que cumpla en un plazo determinado bajo apercibimiento expreso de la resolución contractual. Repárese en que esta nueva oportunidad de cumplimiento por parte del deudor atestigua que al ordenamiento jurídico no le agradan las extinciones. Lógicamente, no es necesario un requerimiento “...si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible”, pues en esas hipótesis no habrá una situación jurídica digna de ser

---

<sup>80</sup> Ídem, tomo II, §496, p. 60. Continúa diciendo: “La resolución parcial que debe ser regla por aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos y los contratos puede aplicarse a la adquisición de conjuntos de cosas o de cosas divisibles (v.gr. una fracción de campo), de suerte que pierda eficacia la parte sujeta a saneamiento y no el resto del objeto contractual”.

<sup>81</sup> TOBIAS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 355: “...no resulta razonable que cualquier daño menor (...) acarree efectos tan drásticos como resulta la privación de los efectos del negocio. La voluntad está viciada (...) solo que (...) el ordenamiento establece que el acto produzca la plenitud de sus efectos con base en el principio de conservación del negocio fundado en razones de seguridad jurídica...”; LEIVA FERNÁNDEZ, *Tratado de los Contratos*, tomo II, §521, p. 94: “...declarar la resolución del contrato constituye una acción de tal envergadura que debe ser aplicada restrictivamente para no violentar el principio de conservación”.

conservada, ya que la perdurabilidad de su existencia produciría consecuencias disvaliosas.

Con similar implicancia, el art. 1090 del Código limita la posibilidad de declarar una “resolución” de un contrato, ya que esa declaración solamente será factible frente a una alteración extraordinaria de las circunstancias.

A partir del análisis del instituto de la imprevisión podemos afirmar que una “excesiva onerosidad sobreviniente” no es acorde con el mantenimiento de una situación jurídica en su diagramación original —aunque sí lo sea una que sea razonable y no excesiva—, por lo que la nueva situación generada por la onerosidad no es atractiva para la conservación y podrá pretenderse su resolución, salvo que se quisiera su adecuación para sí perdurar una situación similar a la original (art. 1091, Código Civil y Comercial)<sup>82</sup>. La conservación supone el mantenimiento de las bases del contrato.

En materia de compraventa, con proyecciones extensibles a otros contratos, se reputa que en caso de duda, la condición no es suspensiva sino resolutoria, siempre que antes del acaecimiento hecho condicionante se hubiera hecho tradición de la cosa (art. 1168, Código Civil y Comercial). Ello es lógico, pues la ineficacia tiene mayor fuerza en la condición suspensiva, pues en ella el derecho que es efecto del contrato no ha nacido a la vida jurídica (arg. art. 343, Código Civil y Comercial).

Al hacer tema con los contratos asociativos, el art. 1443<sup>83</sup> opta por la eficacia del acto jurídico frente a las contingencias que pudieran afectar a alguna de las partes<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., *Tratado de los Contratos*, tomo II, §612, p. 229: “...el Derecho —aplicando el principio de conservación de los actos jurídicos— promueve, antes de resolverlo, la adecuación del contrato a sus pautas “objetivas” originarias, reajustando las prestaciones afectadas por la excesiva onerosidad sobreviniente”.

<sup>83</sup> Art. 1443 del Código Civil y Comercial: “*Nulidad*. Si las partes son más de dos la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la

También es diáfano el segundo párrafo del art. 1656 cuando dispone: “En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”.

La reducción jurídica del plazo en las previsiones contractuales que superen el plazo que la normativa establece como máximo está igualmente inspirada en la conservación, pues mediante ella se evita la imposición de la nulidad mediante una sustitución automática de las cláusulas respectivas. Ello ocurre, verbigracia, en los arts. 1167 *in fine* y 1697.

En materia de partición hereditaria es de suma claridad la finalidad del art. 2403 *in fine*, pues norma: “Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos”.

#### **4.3.3.3. En la personalidad**

En materia de personalidad humana, el nacimiento con vida se presume (art. 21, Código Civil y Comercial), lo que también tiene gran relevancia para conservar los actos celebrados por el concebido, pues es sabido que ellos están sometidos a una condición resolutoria con efecto retroactivo que se dispara frente al nacimiento sin vida.

La única circunstancia que puede hacer desaparecer a la personalidad del humano es su muerte (arts. 93 y ss., Código Civil y Comercial). Es decir que en el interregno esa investidura es conservada en plenitud. Incluso uno de sus más característicos atributos, como lo es la capacidad, se la presume como perdurable

---

nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato”.

<sup>84</sup> TOBIÁS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 491.



“...aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial” (art. 23, Código Civil y Comercial).

Respecto de la personalidad de las personas jurídicas, repárese en que las causales de disolución son de interpretación restrictiva (arg. art. 100, Ley General de Sociedades)<sup>85</sup>, además de que se posibilita su reconducción en determinados supuestos (art. 166, Código Civil y Comercial).

El art. 162 del Proyecto de 1998 se hacía cargo de una circunstancia que desde la literalidad del Código Civil y Comercial se encuentra ausente. Nos referimos a qué es lo que ocurre con la personalidad jurídica hasta que se concluya la liquidación luego de animada una causal de disolución. El Proyecto mentaba: “Hasta que concluya la liquidación conserva la personalidad jurídica”, idea que se observa en el art. 101 de la Ley General de Sociedades: “La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto”.

---

<sup>85</sup> La interpretación sistémica se impone para llegar a esa misma solución respecto del resto de las personas jurídicas, pues no sería consistente que solo rigiera para las sociedades, máxime que la Ley General de Sociedades complementa al Código Civil y Comercial. El art. 384 de la ley 19.550, oportunamente estableció: “Las disposiciones de esta ley integran el Código de Comercio”; lo que el legislador quiso indicar es que esa ley no era más que una parte del Código de Comercio derogado para que en conjunto puedan “constituir un todo”, lo que encuentra apoyatura en la primera acepción del vocablo “integrar” del Diccionario de la Real Academia Española. La ley 26.994, aprobatoria del Código Civil y Comercial, dispone en su art. 5º: “Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio (...) mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial...”. No se crea que el cambio de inflexión verbal que determinó la ley 26.994 (“integran” por “complementan”) implica una variación conceptual, pues “complementar” significa “dar complemento a algo” y “complemento” es algo que “se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”. Quiere decir que “integrar” y “complementar” son términos sinónimos. En otras palabras: concurren para componer un mismo complejo normativo. Hemos hecho una aplicación particular de estas ideas en ALTERINI, Francisco José, “Estructura del usufructo sobre acciones”, La Ley 2018-A, 1058.

#### 4.3.3.4. En los derechos subjetivos

Ante todo, téngase presente que en el fondo de la conservación de un hecho jurídico se puede percibir una conservación de derechos subjetivos, pues precisamente el nacimiento de éstos es un “efecto” del hecho. Podría aducirse en contra de lo que acabamos de decir que el principio de conservación también funcionaría en los contratos extintivos. Pero no debe olvidarse la particular hermenéutica –impuesta por el ordenamiento jurídico– que sobreviene en, verbigracia, la transacción, la renuncia y el pago.

El contrato de transacción –que es por cierto un contrato extintivo de derechos dudosos o litigiosos–, es de interpretación restrictiva (art. 1642, Código Civil y Comercial). Acaso ello sea una expresión particular de la máxima expuesta en el art. 948, en donde se lee que la voluntad dirigida a una renuncia “...no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva” (art. 947, Código Civil y Comercial). En materia de cumplimiento de las obligaciones, la carga de la prueba cuando la prestación involucra cierta actividad corresponde a quien lo invoque, pues si la solución fuera distinta podría generarse una suerte de presunción en favor de la extinción del derecho subjetivo creditorio (art. 894, inc. a), Código Civil y Comercial)<sup>86</sup>. Por otra parte, es lógico que se admita que las presunciones establecidas en el art. 899 sean *iuris tantum*, pues en caso contrario estarían reñidas con el principio de conservación y más cercanos al principio *favor debitoris* que expone el art. 727.

Ahora bien, situémonos en el incumplimiento por parte del deudor. Cuando el *debitor* no satisface la prestación prometida, el

---

<sup>86</sup> La solución en materia de obligaciones de no hacer, que atribuye la carga de la prueba a quien invoca el cumplimiento, se explica por la propia naturaleza de la prestación allí involucrada. En efecto, no es posible la prueba directa respecto del cumplimiento de un hecho negativo.

*creditor* tendrá derecho a: “a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes” (art. 730, Código Civil y Comercial). Creemos que el principio de conservación aplicado a los derechos subjetivos habrá de conminar a preferir el cumplimiento específico, pues es la circunstancia que conserva a la obligación de la manera más similar a su diagramación original.

Pero más allá de las interpretaciones que propugnamos, diversas normas e institutos jurídicos buscan directamente la conservación de derechos subjetivos.

Para Mackeldey el ordenamiento jurídico ostenta diversos medios que tienen por objeto conservar y asegurar los derechos subjetivos, dentro de los cuales destacamos los siguientes: 1) la reserva, o sea, “la conservación expresa de ciertos derechos cuya renuncia sería ó podría ser una consecuencia de nuestro acto”; 2) el derecho de retención; 3) la caución, o sea “toda garantía que una persona da á otra para asegurar la ejecución de una obligación”; 4) el embargo, es decir, “la restricción impuesta por el juez (...) a la libre disposición de su fortuna para la seguridad del acreedor”<sup>87</sup>.

En materia alimentaria encontramos otro ejemplo, pues si “los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental” es porque se busca la conservación del derecho creditorio a favor del alimentado (art. 704, Código Civil y Comercial) a pesar de la extinción de la situación que los fundamentaba.

La presunción de que las obligaciones nacen de una fuente legítima es un corolario de la conservación de derechos personales, pues si ella fuera ilegítima la nulidad del acto provocaría el fenecimiento de esos derechos (art. 727, Código Civil y Comercial), ya que habría desaparecido su fuente.

---

<sup>87</sup> MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*, 4<sup>o</sup> edición, Editor Leocadio López, Madrid, 1886, §190, p. 112-113.

Un ejemplo modélico de la conservación se da en la “novación”, porque si esta es un medio de extinción de las obligaciones por el nacimiento de nuevas, es natural la conclusión de que frente a la duda, la nueva obligación no está destinada a extinguir por sustitución a la anterior (art. 934, Código Civil y Comercial).

En la esfera de los derechos reales la facultad de persecución es la máxima exponente de la conservación de un derecho, pues según el art. 1886 del Código Civil y Comercial: “El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra...” y ello solamente se detiene frente a valladares como los descriptos por el art. 2260 del mismo cuerpo normativo.

Se tutelan las adquisiciones de los derechos reales a través del principio de convalidación, con claras connotaciones conservatorias, pues una adquisición que en principio es ineficaz por falta de legitimación, se vuelve eficaz con efecto retroactivo si el disponente adquiere esa legitimación *a posteriori* (art. 1885, Código Civil y Comercial).

El carácter de perpetuidad del derecho real de dominio permite, ante todo, su subsistencia de manera independiente a su ejercicio. Ello tiene por único obstáculo a la adquisición por prescripción adquisitiva de otro poseedor luego de cumplidos los extensos plazos previstos al efecto como los otros requisitos legales. Una titularidad que va a ser por hipótesis muy extendida en el tiempo denota claras resonancias del principio de conservación.

Ante la duda de si un objeto fue abandonado o perdido el ordenamiento jurídico lo reputa perdido (art. 1947, Código Civil y Comercial). La conclusión es coherente con una tutela inspirada en la conservación, pues si la presunción fuera la contraria apuntaría a la extinción de los derechos, ya que el art. 1907 del Código Civil y Comercial establece que el abandono de la cosa es un modo extintivo de los derechos reales.

Se llega a similares conclusiones si se pone el foco en que para el mismo art. 1907 la destrucción del objeto únicamente importa la extinción del derecho real si aquella fuera total.

Es sabido que toda carga real, constituida por los derechos reales sobre objeto ajeno impone el deber de soportar el gravamen; pero ello no debe llevar a pensar que los titulares respectivos pierden su derecho por lapso alguno; en rigor, lo conservan (arg. arts. 2121, 2151, 2180, 2195, Código Civil y Comercial)<sup>88</sup>, aunque “comprimido” en sus facultades y una vez que desaparezca esa carga recuperarán su plenitud en virtud del principio de elasticidad.

Los derechos reales de habitación de fuente legal buscan mantener una situación que tuvo preeminencia durante la vida del difunto. Nos referimos a la cuestión del último hogar familiar o conyugal. El Derecho no desea que se extinga esa situación por el mero fallecimiento del titular del inmueble, pues sería ampliamente disvalioso para la realidad fáctica que ostentaba quien fuera su conviviente o cónyuge (arts. 527 y 2383, Código Civil y Comercial).

En los títulos valores a la orden hay otra manifestación de la idea de conservación de las situaciones jurídicas, pues es sabido que el endoso debe ser efectuado antes del vencimiento y si se lo exteriorizara “sin fecha” se dispararía una presunción por la que se lo tendría por “efectuado antes del vencimiento”, sin perjuicio de que si la fecha fuera posterior al vencimiento ese acto jurídico podría tener eficacia como una cesión de derechos (art. 1841, Código Civil y Comercial).

---

<sup>88</sup> Verbigracia, el titular de dominio conserva sus facultades de dueño, siempre que las ejerza sin turbar al titular de la servidumbre constituida sobre su inmueble (art. 2180, Código Civil y Comercial).

La tutela de los derechos a través de los actos o medidas conservatorias, ya impuestos, ya posibilitados, también integra los arquetipos casuísticos del principio de conservación<sup>89</sup>.

#### 4.3.3.5. En el objeto de las situaciones jurídicas

El art. 729 del Proyecto de 1998 dispuso que si se incumplieron obligaciones de hacer o de no hacer, el acreedor tendría derecho “a exigir la destrucción de lo indebidamente hecho”. Una expresión similar se lee en el Código Civil y Comercial, pues en sus arts. 775 y 778 se autoriza a esa destrucción.

La diferencia en la literalidad se encuentra en las excepciones a esa facultad de solicitar esa consecuencia sobre el objeto. Mientras que en el Proyecto de 1998 se proponía que el juez debía considerar “las circunstancias” y atender al “principio de conservación de bienes” para “limitar o rechazar la pretensión”, en el Código Civil y Comercial se circunscribe la idoneidad de esa exigencia a que ella no “sea abusiva” (art. 775)<sup>90</sup>. Creemos que era preferible la redacción del Proyecto de 1998, pues la invocación del abuso del derecho deviene innecesaria frente a la plena expansión operativa que ostenta el art. 10. La cuestión debió referirse a sus contornos adecuados: el principio de conservación.

El art. 1010 del Código Civil y Comercial regla la imposibilidad de que las herencias futuras integren el objeto de los contratos. Pero allí se expone una muy notable excepción cuando se encuentren involucradas ciertas cuestiones referidas a empresas; ese precepto legal es una expresión del denominado

---

<sup>89</sup> Así, véanse los arts. 347, 1624, 1871, 2234 del Código Civil y Comercial. En materia hereditaria, véanse también los arts. 2280, 2324, 2348, 2353, 2354 del Código Civil y Comercial.

<sup>90</sup> Llamativamente ello únicamente luce en el art. 775 referido a las obligaciones de hacer, aunque no en el 778 respecto de las obligaciones de no hacer.

principio de conservación de la empresa<sup>91</sup>, el cual también puede ser rememorado en los arts. 2332, 2333 y 2377 del Código Civil y Comercial. La conservación de la posición jurídica de “empresario” exorbita a este acápite, y ocurre verbigracia en la interpretación restrictiva de las causales de extinción de las personas jurídicas, que en su tipología societaria son el vehículo más utilizado para ser soporte del elemento subjetivo de una empresa.

Es decir que lo que se procura es la perdurabilidad de la empresa, que por cierto constituye un objeto de derecho del cual el empresario es su sujeto.

El art. 2377 prevé una muy considerable señal de la conservación de las situaciones jurídicas con relación al aspecto objetivo, pues impone un débito consistente en evitar “...el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas”, que tiene un cierto correlato en el art. 228 que dispone en su segundo párrafo que: “Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales”<sup>92</sup>. Es similar lo que ocurre en materia de “accesión de

---

<sup>91</sup> Se señala que la tutela de la empresa implica “...superar la tradicional dicotomía acreedor-deudor, e incorporar otros intereses que pivotan sobre ese conjunto organizativo”, así como los de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, regional o local, el mercado en su conjunto y el Estado (ALEGRIA, Héctor, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia”, en *Reglas y principios del derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 154 a 156).

<sup>92</sup> Se ha dicho que a pesar de algunos beneficios posibles alcanzables a través de la subdivisión de los inmuebles –como la multiplicación de los propietarios y un mayor arraigo de la población campesina– serían mayores los inconvenientes económicos y sociales que podría provocar: “La propiedad triturada dificulta el cultivo. El trabajo del agricultor y familiares en explotaciones mínimas está peor remunerado (...) porque la productividad del trabajo es muy baja. Como la mano de obra no se emplea suficientemente se impone el doble oficio (...) con los

cosas muebles”, pues el art. 1958 frente a la imposibilidad de separación sin deterioros o gastos excesivos, el ordenamiento jurídico asignará la titularidad del objeto a quien hubiera sido titular de la cosa de mayor valor, o si esto no fuera determinable, se constituirá un condominio *ministerio legis*.

Existen múltiples circunstancias en las que el derecho favorece o impone los actos tendientes a la conservación de los objetos de ciertas situaciones jurídicas<sup>93</sup>.

Nótese la importancia que el ordenamiento jurídico le otorga a la conservación de objetos en que en determinadas circunstancias le asigna “beneficios” –como son los privilegios– al crédito para percibir el reintegro de las mejoras que se realicen sobre la cosa (art. 2582, inc. a), Código Civil y Comercial). O sea que se favorecen los actos tendientes a la conservación, pues de realizarlos su reintegro será preferido respecto de otros créditos.

#### 4.3.4. Manifestaciones en otros pretendidos principios

Diversos autores de distintas disciplinas acuden a principios con significados que tendrían una íntima conexión con lo que

---

inconvenientes de la falta de dedicación; pero con frecuencia ni siquiera es fácil encontrar medios de ingresos complementarios. La insuficiencia económica de la propiedad subdividida determina la degradación del labrador y la inestabilidad de la propiedad rural, la consiguiente posible ruptura de la tradición campesina con sus desventajas sociales y hasta económicas, la emigración de una masa destinada al proletariado y el predominio de los agricultores poderosos que absorben las propiedades insuficientes...” (PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, “La conservación de las unidades agrarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, volumen 12, número 3, pp. 940-941).

<sup>93</sup> A título ejemplificativo, véanse los arts. 121, inc. f); 161, inc. a); 347; 372, inc. d); 489, inc. d); 685; 698; 746; 1201; 1206 y concordantes; 1249, inc. b); 1333 *in fine*; 1360 *in fine*; 1376; 1536, inc. c); 1624; 1871, inc. d); 1940, inc. a); 1991; 2046, inc. b); 2067, inc. c); 2097, inc. a); 2139, 2142 y 2144; 2176; 2216; 2226; 2234; 2296, inc. a); 2324; 2348 *in fine*; 2353; 2591, Código Civil y Comercial.



nosotros entendemos que es el principio de conservación de las situaciones jurídicas.

Desde el Derecho administrativo, Marienhoff sostuvo que los principios “*quieta non movere*” y de “buena fe”, que son aplicables a las autoridades estatales, llevarían a una “inmutabilidad de las situaciones jurídicas plausibles” de los administrados<sup>94</sup>. De allí, sostiene, que si el interés público no entra en contraste con el derecho del particular, las concesiones de uso temporarias deben ser renovadas a su vencimiento:

“Si tal contradicción de intereses no existiere, y la situación fuere similar o análoga a la que existió durante la vigencia de la concesión, cuadra aceptar que el principio general consiste en que la concesión debe ser renovada (...). Así resulta, además, del principio en cuyo mérito, no habiendo una causa grave que aconseje lo contrario (...), deben respetarse los estados posesorios o cuasi posesorios de que hubieren gozado los administrados sin la menor objeción durante largos años. Es la solución aceptada por la opinión general”.

El autor piensa en concesiones en cementerios públicos, en concesiones de aguas públicas para irrigación, entre otros supuestos relevantes. Entiende que sería socialmente nocivo que al vencimiento del plazo de, verbigracia, noventa y nueve años, deban desocuparse los sepulcros y trasladar los féretros o abandonarse las actividades productivas en los inmuebles, puesto que las actividades lícitas de los administrados merecen respeto y deben auspiciarse, no solo por su contenido económico sino también por su contenido moral.

---

<sup>94</sup> MARIENHOFF, Miguel S., “Dominio público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas – los principios ‘*quieta non movere*’, ‘buena fe’ e ‘inmutabilidad de las situaciones jurídicas plausibles’”, LA LEY 1990-E, 880.

Culmina su parecer sosteniendo que la inobservancia de los mentados principios “sería contraria a la opinión general, a las conveniencias públicas y al sentido de justicia”.

En el Derecho civil, Llambías explicó que existe un “principio de inercia jurídica”.

La inercia, desde una concepción física sería la “propiedad de los cuerpos de mantener su estado de reposo o movimiento si no es por la acción de una fuerza”. Esa es la definición del Diccionario de la Real Academia Española. En concordancia, en el sentido jurídico la inercia significaría que una vez establecida una situación jurídica ella permanecerá inalterada –o sea que se conserva– mientras no acaezca otro hecho dotado de fuerza suficiente para modificarla o extinguirla<sup>95</sup>.

Nótese que no será idéntica la energía necesaria para poner en movimiento a la situación jurídica –modificación– que aquella que es requerida para su aniquilamiento –extinción–. De allí que la conservación y la inercia, en sentido jurídico, están profundamente emparentadas.

#### **4.3.5. Necesidad de conservar en la mayor medida posible**

##### **4.3.5.1. Todo derecho adquirido supone la posibilidad de ser conservado**

Vélez Sarsfield, en su nota al art. 52 del Código Civil –hoy derogado– dijo:

“La expresión ‘adquirir derechos’, a más de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las fases de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisición de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total.

Esas fases pueden resumirse del modo siguiente:

---

<sup>95</sup> LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general.*, 17<sup>o</sup> edición, Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo II, §1359, p. 224.

- 1° Hecho de la adquisición del derecho.
- 2° Duración y ejercicio del derecho.
- 3° Conservación o defensa del derecho.
- 4° Pérdida total del derecho.

Y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisición de un derecho o cuando no la prohíben, permiten su ejercicio, su conservación y la libre disposición de ese derecho”.

El texto está tomado casi literalmente del *Esboço* de Freitas, aunque el jurista brasileño, como en tantas otras oportunidades, no fue aquí citado por Vélez. Son interesantes las reflexiones transcriptas en cuanto dan a entender que en toda adquisición de derechos subjetivos está ínsita la posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico de conservarlo.

Por más filosa que fuera una espada difícilmente cumpliría su cometido si predominara su fragilidad. Del mismo modo, si se reconocieran derechos subjetivos tan pretensiosos como deleznales, por no poder ser eficazmente conservados, no se atenderían a objetivos básicos de todo ordenamiento jurídico.

#### **4.3.5.2. No todas las situaciones jurídicas se conservan con igual intensidad**

El Derecho aplica diversa ímpetu en el mantenimiento de ciertas situaciones, acaso por considerar que algunas merecen más tutela que otras.

Repárese en que la posibilidad de reivindicar un objeto contra quien lo posea es una de las defensas más enérgicas que el ordenamiento jurídico otorga a un titular de derecho real. Pero incluso la reivindicación tiene sus límites, pues se detiene, v.gr., frente a subadquirentes a título oneroso y de buena fe (art. 2260, Código Civil y Comercial).

La diversa intensidad asignada a la conservación de cada situación es una cuestión de “política legislativa” en la cual se analizan los diversos intereses en juego para luego optar por

alguno de ellos, aunque siempre esa opción debe estar teñida de razonabilidad.

Si se entiende que la subrogación real tiene concretas aspiraciones ancladas en la idea de conservación, es lógico concluir que se trata de una perdurabilidad un tanto más atenuada que la propia de la acción reivindicatoria, pues la subrogación no tiene razón de ser cuando esa acción real se encuentra todavía subsistente, ya que regularmente es más amplia la protección otorgada por una acción que admite la restitución del objeto concreto, que la derivada de aquella que se contenta tan solo con un objeto sustituto.

#### **4.3.5.3. La intensidad en la conservación debe ser la mayor posible**

No tenemos duda de que si al intérprete se le presenta la disyuntiva entre conservar o fenecer un derecho, debe optar por la primera de las opciones, pues ello es exigido por los principios y hasta por el texto constitucional. Y más aún, si la duda fuera acerca de la intensidad o graduación de esa conservación, siempre deberá estarse a la que más favorezca a la perdurabilidad de la situación jurídica respectiva, aunque siempre delimitada por los contornos y la estructura que le son propios<sup>96</sup>. Es que es propio de los principios que algo se cumpla de la máxima manera que sea posible, tanto desde el plano fáctico como desde el jurídico.

Trataremos de demostrar este aserto con una singular norma que se encuentra ubicada junto a las reglas de interpretación de los contratos sin perjuicio de que sus rasgos más salientes no son privativos de esos actos jurídicos, sino que pueden extenderse a

---

<sup>96</sup> Así, no podría vacilarse en la conclusión de que por más conservación que se pretenda, un derecho personal no podría tener reipersecución sin una disposición legal al efecto, pues esa facultad no pertenece a la estructura de un derecho personal sino que es propia de los derechos reales.

toda situación jurídica. Volvamos sobre el art. 1066 del Código Civil y Comercial: “*Principio de conservación*. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

El texto del art. 1066 está inspirado fundamentalmente en la obra de Pothier y tiene sus réplicas en distintos ordenamientos jurídicos. Allí se lee en su regla segunda:

“Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna”<sup>97</sup>.

Respecto a la regla tercera dice:

“Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se debe entenderlos conforme al sentido que mejor convenga a la naturaleza del contrato”<sup>98</sup>.

Es sabido que la regla tercera de interpretación propuesta por Pothier, que transcribimos *supra*, encuentra “su expresión

---

<sup>97</sup> POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 60. El jurista ejemplifica: “...si se dice a la fin de una partición: *Ha sido convenido entre Pedro y Pablo, que Pablo podría pasar por sus heredades*; bien que esos términos *sus heredades*, según el sentido gramatical, puedan entenderse lo mismo por las de Pablo que por las de Pedro; sin embargo, no es dudoso que se trata de las de Pedro, pues de otro modo la cláusula no tendría efecto alguno, puesto que Pablo no tiene necesidad de estipular que podrá pasar por sus propias heredades”.

<sup>98</sup> Ídem, p. 61. Se lee: “Por un arriendo de tierras se ha dicho que yo os he alquilado una cierta heredad por 300 libras de renta anual, y reparaciones: esos términos *y reparaciones* deben entenderse de las locativas, pues los arrendadores y alquilinos (SIC) no vienen obligados a otras más que a aquellas que están conforme con la naturaleza del contrato”.

moderna” en la noción de finalidad y la economía del contrato<sup>99</sup>. Creemos que le asiste la razón a Tobías cuando apunta que la referencia del art. 1066 al “objeto” debe leerse en el sentido de “finalidad”<sup>100</sup>. Si bien es cierto que la palabra “objeto” en el lenguaje técnico jurídico no debe ser confundida con la “finalidad”, el art. 1066 parece haber utilizado ese vocablo en el sentido de la acepción 4 del Diccionario de la Real Academia Española: “Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”.

La interpretación que propugnamos es la más consistente con el inciso c) del artículo inmediatamente precedente, que se ocupa de las denominadas “fuentes de interpretación” y regla: “Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: (...) c) la naturaleza y finalidad del contrato”<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 416.

<sup>100</sup> TOBIÁS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 559. En el mismo sentido, Galgano al comentar el art. 1369 del Código Civil italiano que refiere al “sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato” clarificó que con ello se alude a “la función económico-social objetiva de aquel tipo contractual determinado y al destino económico objetivo del bien objeto del contrato” (GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, §105, p. 433).

<sup>101</sup> Mientras Segovia, entendía que la referencia a la naturaleza del contrato derivaba al “derecho común” y como tal a la tipificación legal de los contratos (SEGOVIA, Lisandro, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892, tomo I, p. 260), Malagarriga sostuvo que con ese vocablo se hacía referencia a la finalidad objetiva, pues afirmó: “La naturaleza significa aquí, dice Manresa, la índole general del contrato y sus fines según la ley (...). En este sentido cumple, evidentemente, entender también nuestro texto” (MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, 3° edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, tomo II, p. 10).

Nosotros creemos que cuando se apunta a “naturaleza” se comprenden a los fines objetivos previstos por la ley, y cuando se habla de “finalidad” se refiere a la calificada como subjetiva.

La fuente inmediata del art. 1066 es el Proyecto de 1998<sup>102</sup>, pero no hay duda de que encuentra un antecedente significativo en el inc. 3° del art. 218 del Código de Comercio derogado: “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”.

Segovia postuló que la norma se fundamentaba en que:

“...no puede suponerse razonablemente que se haya querido celebrar un acto vano é irrisorio, y lo contrario importaría, no interpretar el acto, sinó matarlo”<sup>103</sup>.

Por su parte, Malagarriga apuntó:

“...tiene su fundamento en la bien razonable suposición de que los contratos son concertados con un fin y para que produzcan un resultado”<sup>104</sup>.

Ahora bien, debemos precisar la dinámica del artículo 1066 y para ello creemos que es menester diferenciar dos planos de análisis en el texto normativo.

La primera oración se ocupa de la duda entre la eficacia o ineficacia del acto jurídico<sup>105</sup>, sea total o parcial, para finalmente

---

<sup>102</sup> Tanto el Proyecto de 1987 como el Proyecto de 1993 de la Comisión Federal establecieron en sus respectivos artículos 1037 que los operadores jurídicos “deben presumir la validez del acto y, en su caso, procurarle eficacia”. Pero el texto del art. 1066 del Código Civil y Comercial es casi una reproducción del art. 1034 del Proyecto de 1998, que decía: “Principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe procurarse interpretarlos de modo que sean eficaces. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos en el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

<sup>103</sup> SEGOVIA, *Explicación y crítica...*, p. 259.

<sup>104</sup> MALAGARRIGA, p. 11.

disponer que en esa circunstancia: “debe interpretarse en el sentido de darles efecto”<sup>106</sup>, o sea como mentaba el art. 1034 del Proyecto de 1998: “debe procurarse interpretarlos de modo que sean eficaces”. No tenemos dudas de que es preferible la referencia a la ineficacia y no a la invalidez o nulidad, pues es sabido que esta última no es más que una especie de ineficacia<sup>107</sup>. La norma propuesta por el Proyecto de 1998 y hecha suya por el Código Civil y Comercial tiene desde la literalidad un mayor alcance, pues puede proyectarse incluso sobre otras ineficacias distintas de la nulidad.

La segunda parte de la norma puede despertar alguna duda en cuanto a su significado: “Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”. ¿A qué se refiere? Si acudimos al ya transcripto art. 218 del Código de Comercio derogado, podremos disipar todo tipo de duda, pues

---

<sup>105</sup> Para Andrés Sánchez Herrero se trata de una regla subsidiaria: “...cuando no hay duda sobre la ineficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas (...) no hay ningún obstáculo lógico que impida aplicar el principio de conservación. De aplicárselo, habría que ‘interpretar’ el contrato de modo tal de dejar a salvo su validez. Por ejemplo, si su objeto fuese ilícito, habría que interpretarlo de modo tal que no lo fuese. Sin embargo, el legislador no admite la aplicación del principio en este caso: falta la situación de duda. Las partes han acordado algo que para el legislador no es digno de tutela; por lo tanto, la ineficacia es inevitable y producirá sus efectos correspondientes” (SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés [Director] y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro [Coordinador], *Tratado de derecho civil y comercial*, 2ª edición, Buenos Aires, 2018, tomo IV, p. 512).

<sup>106</sup> Se exaltó la razonabilidad de la consecuencia que la norma asigna a su presupuesto fáctico con las siguientes palabras: “...es razonable que así sea: se supone que las partes acordaron el contrato para que fuese eficaz; luego, es lógico preferir la interpretación que salva su eficacia (si lo que está en juego es la suerte del contrato en su integridad) o lo hace en mayor medida (si lo que está en vilo es la validez de alguna o varias de sus cláusulas)”. Véase SÁNCHEZ HERRERO, p. 512.

<sup>107</sup> Véase ALTERINI, CORNA, ANGELANI y VÁZQUEZ, *Teoría general de las ineficacias*, pp. 1 y ss.



comprenderemos que la segunda oración se aplica cuando las varias interpretaciones posibles conllevan a un grado equivalente en torno a la eficacia del acto. En ese escenario, la duda entre dos interpretaciones con semejante eficacia debe inclinarse a favor de la hermenéutica que pueda cumplir con mayor energía la finalidad del acto<sup>108</sup>.

Tobías explica que el criterio seguido por el artículo sería preferible al propuesto por el derecho comparado, pues:

“En presencia de una duda sobre efectos jurídicos diversos (...) habrá de optarse por (...) priorizar el efecto más acorde al objeto [léase finalidad] del negocio en lugar del ‘máximo resultado útil’ como propicia la doctrina de otros países (...). Así, en los contratos de consumo, corresponde inclinarse, en caso de dudas, por el contenido menos gravoso (art. 1095), lo mismo que en los contratos predispuestos”<sup>109</sup>.

Por su parte, Leiva Fernández apunta que frente a la duda siempre debe preferirse el “significado útil”, o sea el que dé eficacia al acto. También dijo:

“Aún más: debe preferirse ‘el significado útil máximo’, si no se quiere pagar tributo a una teoría volitiva extrema y si no se pierde de vista el significado de la ‘declaración’ de voluntad ‘común’ que constituye el meollo del contrato”<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Nosotros consideramos que deben ponderarse tanto la finalidad objetiva como la subjetiva de las partes. Otros han entendido que la pauta relevante es la “naturaleza” del contrato, la cual se determinaría en función de “...su causa objetiva, en tanto función socioeconómica, o más bien, función económico individual, dado que el particular contrato es portador de una concreta operación económica” (RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico” *Revista de la Facultad de Derecho* N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, p. 265).

<sup>109</sup> TOBIÁS, *Tratado de derecho civil...*, tomo III, p. 559.

<sup>110</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, en ALTERINI, Jorge Horacio (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado*

Coincidimos con la última tesis, pues entendemos que la segunda parte de la norma busca la obtención del “significado útil máximo”<sup>111</sup>. Si bien no desconocemos que los epígrafes no tienen valor normativo, sí puede acudir a ellos como medios de razonamiento para arribar a una recta hermenéutica. Al titularse el art. 1066 como “principio de conservación” no podría suponerse que allí se exponen pautas contradictorias con esa idea.

Si se entiende que cuando el artículo refiere al objeto del acto en realidad lo hace respecto de la finalidad, o sea del “objetivo”, no podría dudarse que el único límite de la conservación en el plano de la intensidad es precisamente ese elemento. Debe interpretarse el acto de la manera en que se cumpla más íntegramente su finalidad<sup>112</sup>.

Sin embargo es necesario realizar algunas disquisiciones para aclarar la cuestión. Se ha pretendido considerar al principio de conservación como aquel que busca lograr el “mejor” efecto posible<sup>113</sup>, independientemente de si ello coincide o no con el “máximo resultado útil”, pues se ha argumentado que en casos como el del contrato de consumo este resultado no siempre se condice con la mejor solución al caso<sup>114</sup>.

---

*exegetico*, 3ª edición, Buenos Aires, 2019, tomo V, al comentar el art. 1066.

<sup>111</sup> Una aplicación expresa de la noción de conservación como el “máximo resultado útil” es la del segundo párrafo del art. 1656: “En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”.

<sup>112</sup> Siempre que sea lícita (arg. arts. 281 y 1014, Código Civil y Comercial).

<sup>113</sup> LAVARRIEGA VILLANUEVA, Pedro, A., “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106”, *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 112 (51-86) enero-abril 2007, pp. 85-86.

<sup>114</sup> Se ha resaltado la necesidad de coordinar las reglas de los contratos de consumo y por adhesión con el principio de conservación –por considerar que en variadas situaciones entran en conflicto– en RODRÍGUEZ RUSSO, “El principio de conservación...”, pp. 272-274. Allí se sostiene que en algunos supuestos ha de preferirse la invalidez y no la validez de ciertas cláusulas. La particular postura del autor consiste en que en los

Pero toda vez que la noción de conservación se integra con la de la finalidad del acto jurídico difícilmente puedan separarse el “máximo” del “mejor”, pues necesariamente coincidirán, incluso en el contrato de consumo. Así, este último es aquel que –por un lado– tiene por finalidad objetiva a la adquisición por el consumidor de bienes o servicios como destinatario final (arts. 1092 y 1093, Código Civil y Comercial). Por ello, el máximo y al mismo tiempo mejor resultado es aquel que tiende a la tutela de esa finalidad, por lo que únicamente serán dignas de conservación las cláusulas que se acerquen a la protección esa teleología, o sea las que sean más favorables al consumidor (art. 1095, Código Civil y Comercial). Es que la noción de “utilidad” se corresponde con el “interés” y este integra la “finalidad” del acto, por lo que si siempre se pretende conservar el acto de la manera más semejante a su diagramación original –naturalmente siempre teñida por aquella teleología–, la “máxima” utilidad se erigirá en la “mejor”.

Podría pensarse que sería distinto el escenario en los contratos celebrados por adhesión, pues allí la finalidad no sería un elemento que caracterice esa “categoría” contractual, sino más bien que ella dependería únicamente de la manera de celebración. Es cierto que un contrato de adhesión se determina en función de cómo se gestó la voluntad común, pues el art. 984 del Código Civil y Comercial dice que es aquel en el cual una parte “adhiera a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”. Pero las pautas hermenéuticas que se disponen para

---

contratos paritarios prevalecería el principio de conservación, en cambio en “contratos de consumo celebrados por adhesión” prevalecería la regla “*pro consumidor*”. En otro aporte sostuvo: “La colisión entre el principio de conservación del contrato y la regla *contra proferentem* habrá de recibir una solución diferente a la que procede asignar en materia de contratos negociados y paritarios, si bien hay que reconocer que el punto puede ser controvertido” (RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”, InDret 4/2013, p. 45).

tutelar al adherente, v.gr. el art. 987 del Código Civil y Comercial, no contrarían la idea de que el máximo resultado útil es siempre el mejor, sino que únicamente refuerzan el pensamiento de que el contrato implica una manifestación de voluntad común, por lo que las cláusulas respectivas se conservarán en la medida de que puedan responder a esa indicación, pues si existieran dudas en la interpretación, por ser las cláusulas ambiguas, deberán interpretarse “...en sentido contrario a la parte predisponente” (art. 987, Código Civil y Comercial). La conservación tiene allí tanta energía que no propone directamente la ineficacia de la cláusula, sino únicamente su reinterpretación en favor del adherente.

Por esas razones, creemos que no son compartibles los ejemplos que se exponen como fundantes de la afirmación de que la conservación moderna no seguiría la idea del “máximo resultado útil”.

Luego del análisis antecedente vemos reafirmada nuestra postura acerca de que la conservación de las situaciones jurídicas debe alcanzar la energía máxima que las circunstancias fácticas y jurídicas le permitan, o sea que debe priorizarse alcanzar la mayor eficacia posible de la situación jurídica para perdurarla de la manera más semejante a su diagramación original.

#### **4.3.6. Reflexiones en torno a la colisión con otras reglas o principios jurídicos**

##### **4.3.6.1. Favor debitoris o favor debilis**

El principio de conservación no puede funcionar cuando una disposición legal lo contraría, o cuando este es desafiado por otro principio que lo desplaza.

Se ha sugerido que en los contratos con obligaciones que están únicamente a cargo de una de las partes:

“...en presencia de varios significados relevantes en sentido útil, no puede sino hacer prevalecer aquél que conduzca a la obtención del menor efecto (...). [A]nte varios resultados interpretativos en el sentido de la validez, la especial consideración de la causa conducirá a la adopción de aquél que conlleve a la obtención del menor efecto, si el contrato es gratuito, o del mayor efecto, si el contrato es oneroso”<sup>115</sup>.

Así, verbigracia, la conservación es mitigada por otro principio como el llamado *favor debitoris*, pues, verbigracia, ante la duda habrá de conservarse la plenitud en la libertad del deudor débil, pues esta es una situación jurídica más digna de ser tutelada (arg. art. 727, Código Civil y Comercial). Podría pensarse que el art. 727 rige respecto de las obligaciones que no tienen por fuente a un contrato a título oneroso, ya que en ese caso se debe interpretar “en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes” (art. 1068, Código Civil y Comercial). O sea que en ese caso se preserva es el *sinalagma* contractual y no necesariamente la mera libertad del deudor débil.

Repárese en que la ciencia jurídica moderna pone el acento en la mayor jerarquía del denominado principio *favor debilis*, que tutela ya no únicamente al deudor, sino a quien ocupe una situación de debilidad. En definitiva, la inclinación por la tutela de la propiedad (acreedor) o de la libertad (deudor) habrá de fundarse en la posición de debilidad que pueda encontrarse en alguna de esas posiciones jurídicas.

#### 4.3.6.2. Libertad de gravámenes

También la conservación puede entrar en crisis con el principio de libertad aplicable a los derechos reales. El art. 1888

---

<sup>115</sup> Justifica su parecer con las siguientes palabras: “...el principio de conservación no tiende a la indagación de una voluntad concreta o histórica (...) sino solamente una voluntad abstracta, por lo que no resulta admisible presumir que la voluntad expresada en la declaración ambigua se dirija a la obtención de una obligación máxima” (RODRÍGUEZ RUSSO, “El principio de conservación...”, pp. 264 y 265).

del Código Civil y Comercial, en lo pertinente regla: “Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado”.

La duda respecto de la existencia y extensión del gravamen se interpreta en favor de quien lo padece. Pero la conservación impone que ello sea así siempre y cuando estemos frente dudas insuperables.

#### **4.4. Justificación de nuestra postura**

##### **4.4.1. La existencia del principio de conservación no es dudosa**

Luego del estudio que venimos realizando creemos que no es discutible la existencia de un principio que ordena a conservar las situaciones jurídicas. Son tantos y tan variados los supuestos en los que se conmina a conservar que no pueden sino responder a una idea matriz.

En cambio, sí es controvertible que la subrogación real pueda consistir en sí misma un principio. Mientras hay una norma abstracta que manda a “conservar”, la subrogación no puede considerarse una norma que ordene a “subrogar” o “sustituir”, pues como ya apuntamos, la subrogación real es la “sustitución” misma y por ello campea los escenarios de los hechos jurídicos.

Lo que sí es cierto es que en determinadas ocasiones la única manera de “conservar” será “subrogando” y ello no es más que una prueba de la relación de subordinación entre el principio respectivo y la subrogación real.

#### 4.4.2. Los efectos de la subrogación real demuestran su filiación con el mentado principio

Si tuviéramos que optar por el que consideráramos como el fundamento más adecuado para la subrogación real lo haríamos por el principio de conservación de las situaciones jurídicas<sup>116</sup>. No creemos que la subrogación sea en sí misma un “principio de conservación”<sup>117</sup>, pues la conservación es un principio único y no sería conveniente para el Derecho un desmembramiento tan marcado de un principio que por cierto recibe el carácter de general.

Encontramos un apoyo lo suficientemente lógico como para sostener estos pensamientos en el siguiente razonamiento. Es fácil advertir que la perdurabilidad es justamente el rol más importante del principio de conservación y que para ello se vale de diversos mecanismos o medios para alcanzarla en distintas gradualidades según sea conveniente en función de los diversos intereses involucrados. La nota de la perdurabilidad es el carácter común que agrupa a todos los casos de los que hemos hecho mérito.

En la generalidad de las definiciones que se han brindado acerca de la subrogación real se pone de resalto la idea de que

---

<sup>116</sup> Para algunos autores el fundamento o razón de ser de la subrogación real es el principio de conservación de los derechos: GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “La subrogación real en las hipotecas y en el embargo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXIV, Noviembre-Diciembre, Núm. 649; Parecería adherir a esta idea ANIDO BONILLA, “De la subrogación real en los bienes embargados”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2015, Número 27, p. 34, cuando dice que la subrogación real “...encuentra su razón en la conservación de un derecho...”.

<sup>117</sup> Para MARÍN PADILLA, pp. 1190-1192, la subrogación real es directamente un principio general de conservación de un derecho.

consiste en una cierta perdurabilidad de un derecho, de una afectación o más genéricamente de una situación jurídica<sup>118</sup>.

Es que la subrogación real mantiene el *status quo* existente al momento de la fluctuación real y de esta manera se evita que, por diversas vicisitudes, la situación jurídica de una persona se vea alterada frente a las sustituciones objetivas.

Cuando una situación jurídica se ve amenazada por la desaparición de un bien sobre el que se asienta<sup>119</sup>, la subrogación real permite la perdurabilidad de esa situación jurídica<sup>120</sup>.

Nótese que el principio de conservación es aquel que envía a mantener las situaciones jurídicas frente a las diversas vicisitudes que pudieran ocurrir. Por su parte, la subrogación real justamente tiene por efecto la perdurabilidad de una situación a pesar del reemplazo de su objeto.

Santoro Pasarelli puso en tela de juicio que la subrogación real se inspire, al menos plenamente, en una idea de conservación, pues para él solo un tipo de subrogación real admite que la “relación jurídica” subsista como tal:

---

<sup>118</sup> Véase §2.2, Capítulo I. Incluso se ha afirmado directamente que la función asignada por el ordenamiento jurídico a la subrogación real es sin lugar a duda la “conservadora”, por constituir una excepción a la regla de la extinción de la “relación jurídica” frente a la desaparición de su objeto para permitir la supervivencia de ella con relación a otro bien (TOMASSETTI, Claudio, “La surrogazione reale”, *Obbligazioni e Contratti*, UTET, N° 10, 2006, p. 817).

<sup>119</sup> Una idea similar se lee en SAVAUX, §2, p. 2. Es que para el autor la subrogación real es “un sistema de conservación de derechos amenazados de extinción por la desaparición del objeto...” (§7, p. 3); ella está “destinada a asegurar la perennidad de un derecho” (§42, p. 9).

<sup>120</sup> Con particular postura, se sostiene: “Se puede afirmar que el mecanismo subrogatorio hace a la cosa ‘indestructible’ desde el punto de vista jurídico, ya que está destinado a salvaguardar el destino de la misma, a través de sus sustitutos, para la satisfacción de un determinado interés...” (BRIZZOLARI, Valerio, *La surrogazione reale*, tesis doctoral, Università degli studi Roma Tre, 2019, p. 289).



“La referencia al límite en que la modificación objetiva es compatible con la conservación de la relación nos permite entender el mecanismo de la subrogación real. La subrogación real puede consistir exactamente en una sustitución en el objeto de la misma relación jurídica (...). Pero la subrogación real puede también indicar, de modo análogo (...) un fenómeno de derivación de una nueva relación de la relación jurídica precedente, cuando el cambio del objeto es incompatible con la conservación de la relación existente y, con todo, la nueva relación sustituye a la precedente cumpliendo la misma función específica de ésta...”<sup>121</sup>.

No creemos que sea posible distinguir subrogaciones reales que “conserven” de aquellas que no lo hacen. La subrogación real, inspirada en el principio de conservación, siempre busca perdurar una situación jurídica, aun cuando en determinadas circunstancias sea necesario aniquilar una relación o poder precedente para alumbrar uno nuevo. La subrogación, en este caso, toma no tanto en cuenta a la relación o poder en sí mismos, sino como integrativos de un fenómeno más amplio consistente en una “situación jurídica” y esta es la realidad del Derecho que debe conservarse. Piénsese en un fideicomiso: el fiduciario tiene un patrimonio especial que está integrado, verbigracia, por un derecho real de dominio fiduciario (art. 1701, Código Civil y Comercial). El objeto de ese dominio imperfecto puede ser destruido por obra de un tercero que por su acto ilícito deberá indemnizar el daño causado. El derecho real (poder jurídico) se ha extinto para alumbrar un derecho de crédito (relación jurídica), pero ese derecho ingresará al patrimonio fideicomitado por subrogación real (art. 1684, segundo párrafo) y no al patrimonio general del fiduciario. A pesar de la extinción del poder, y el alumbramiento de una nueva relación, siempre se ha conservado la situación jurídica de una “propiedad” referida a un “patrimonio”, concepto englobante de esas dos realidades.

---

<sup>121</sup> SANTORO PASARELLI, *Doctrinas generales...*, §19, pp. 102-103.

Creemos indubitable la conexidad entre el principio de conservación y el hecho de la subrogación real. Se percibe casi sin dificultad luego de que se advierte que lo que una se “propone” (mandato de conservación) la otra lo “dispone” (perdurabilidad de la situación).

#### 4.4.3. **Las otras vías de conservación obstan a la subrogación real**

Que la subrogación real en principio no funcione si la conservación de la situación jurídica está asegurada de otra manera es una prueba más de la vinculación entre estas dos figuras del Derecho.

Así, verbigracia, en materia de derechos reales de garantía la subrogación real no se producirá en los casos en que esté disponible la facultad de persecución propia de todo derecho real (art. 1886, Código Civil y Comercial). Piénsese en un desapoderamiento del objeto respectivo: allí el titular de la garantía podrá instar una acción reivindicatoria (art. 2248, Código Civil y Comercial), aun cuando el despojante hubiere transmitido la cosa a un tercero a cambio de un precio sustituto.

La situación sería distinta cuando si la acción respectiva se viera imposibilitada por haberse destruido el objeto. En ese caso la subrogación real impedirá la extinción del derecho real de garantía trasladándolo sobre un posible objeto de reemplazo: la indemnización debida.

El novedoso art. 3.10 del Código Civil de Bélgica impone como requisito para la subrogación real “que no exista otro modo de salvaguardar el derecho”; ello es consistente con la idea que sostenemos en este acápite.

#### 4.4.4. **La inspiración del legislador en estas ideas se deja entrever en una regla particular**

La última norma que el Código Civil y Comercial dispuso en la regulación del contrato de comodato revela la verdadera intención legislativa con una fuerte inspiración en el principio de conservación.

En efecto, el art. 1541 refiere a la extinción del contrato de comodato y allí se dispone que ese acto jurídico fenece por la destrucción de la cosa que es su objeto, y que en virtud de esa circunstancia “no hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante”.

¿Por qué el legislador se encontró frente a la necesidad de una norma semejante? Porque quiso eliminar de plano la posibilidad de que el contrato de comodato subsista, en esos casos, con relación al objeto que sustituya a la cosa destruida, como lo sería el crédito indemnizatorio en función de un seguro.

La razón que inspiró la redacción de ese artículo puede encontrarse en la esencia misma de este contrato, que consiste en un préstamo que busca que una de las partes “se sirva gratuitamente” de la cosa (art. 1533, Código Civil y Comercial). Acaso la ley entendió que sería demasiado gravoso obligar al comodante a “permitir el uso” (art. 1540, inc. b], Código Civil y Comercial) del objeto sustituto en el caso de destrucción, máxime que la gratuidad del contrato lleva a que en caso de duda deba interpretarse en favor del deudor, o sea en el “sentido menos gravoso para el obligado” (arts. 1068 y 727, Código Civil y Comercial).

Pero ¿hubiera variado la cuestión el hecho del silencio legislativo? La respuesta es evidente. El legislador se vio frente a la necesidad de disponer allí una norma expresa en ese sentido, pues entendió que si no lo hacía la subrogación real hubiera operado en plenitud, ya que el principio de conservación de las situaciones jurídicas tiene la energía suficiente como para que

ante la duda deba primar la existencia de la situación respectiva. En otras palabras: el legislador juzgó que ante la disyuntiva entre conservar o extinguir, únicamente podríamos optar por lo segundo de mediar una norma expresa que así lo imponga. Véase aquí la revelación del principio de conservación encauzado en el ámbito de las sustituciones objetivas.

## 5. PONDERACIÓN AXIOLÓGICA

### 5.1. Consideraciones generales

Es el momento de preguntarnos cuáles son los fines que persigue el principio de conservación cuando se particulariza en la subrogación real. ¿Apunta a soluciones que están gobernadas por la idea de seguridad jurídica, ya dinámica, ya estática? ¿O acaso transita los senderos de la justicia? ¿Tiene alguna relevancia para el bien común o es indiferente a este?

Ante todo, la utilidad de la subrogación real por la perdurabilidad de las situaciones jurídicas es manifiesta, pues es de toda evidencia que “es útil conservar todo lo que no es necesario destruir”<sup>122</sup>. Con ese criterio, toda situación jurídica es, por regla, digna de tutela de conservación, salvo que haya un motivo

---

<sup>122</sup> Véase Discurso preliminar Código Civil francés, redactado por Jean-Étienne-Marie PORTALIS, a doble texto y con “Estudio introductorio” de Jorge Horacio Alterini, Facultad de Derecho UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004. p. 15: “*Il est utile de conserver tout ce qu’il n’est pas nécessaire de détruire*” (p. 64). Portalis también dijo: “Hay que cambiar, cuando la más funesta de las innovaciones sería, por decirlo así, no innovar. No se debe ceder a prevenciones ciegas. Todo lo que es antiguo fue nuevo. Lo esencial es imprimirle a las instituciones nuevas ese carácter de permanencia y de estabilidad que puede garantizarles el derecho de volverse antiguas” (“*Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit point céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L’essentiel est d’imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes*” (pp. 14 y 64).

suficiente como para determinar la razonabilidad de su fenecimiento.

La necesidad de conservar surge diáfana del pensamiento de Agustín al hacer tema con la “felicidad del que goza del sumo bien del hombre”:

“Este bien, si existe, debe ser de tal naturaleza, que no se pueda perder contra nuestra voluntad; pues nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatarse, aunque tenga la firme voluntad de retenerlo y conservarlo. Y el que no posee con confianza el bien que goza, ¿puede ser feliz con el temor que tiene de perderlo?”<sup>123</sup>.

Aunque ello no quiere decir –en el mundo de lo jurídico– que necesariamente deba alcanzarse el extremo de la perpetuidad. Se ha dicho, con expresiones ciertamente exageradas:

“Un derecho concreto que invoca su existencia para pretender una duración ilimitada, la inmortalidad, recuerda al hijo que levanta el brazo contra su madre; menosprecia la idea del Derecho, sobre la cual se apoya, porque el Derecho será eternamente el *mudar*; así lo que existe, debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio, porque como

---

<sup>123</sup> AGUSTÍN, *De las costumbres de la Iglesia Católica y de las costumbres de los maniqueos*, traducido por P. Teófilo Prieto, Libro Primero, III, 5. Desde una perspectiva más propia de lo jurídico, se lee en PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 15, 2000, pp. 32 y 33: “Con el reconocimiento de los derechos adquiridos se tienden a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, para garantizar la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del Derecho. La confianza del hombre en el Derecho reposa, en gran medida, en el respeto general de aquellos poderes de actuación, prerrogativas y situaciones que el ordenamiento jurídico ha puesto a su servicio para la consecución de sus fines personales”, ello sin perjuicio de que la absoluta “...intangibilidad de los derechos adquiridos puede ser incompatible con imperativos de justicia y de bien común”.

advierte el célebre autor del *Fausto*: ...*Todo lo que nace debe volver a la nada*<sup>124</sup>.

No creemos que el Derecho sea el eterno “mudar”, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica, noción basilar del ordenamiento jurídico. Pero tampoco somos partícipes de un “quietismo” absoluto, ya que una exacerbación de la seguridad puede comprometer su carácter de “jurídica”. Se ha dicho que si bien parecería que la cuestión gira en torno a un “callejón sin salida”, pues se propugna tanto “estabilidad” como relativa “movilidad”, la solución estaría en el “punto medio”, o sea en el “equilibrio”<sup>125</sup>.

Debemos admitir, inspirados por las ideas de Agustín (acerca de que “nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatar”) que si el principio fuera el de “no conservación de las situaciones jurídicas”, se generaría un sentimiento de desconfianza en los titulares que conspiraría a que el ordenamiento jurídico alcance a su valor más elemental: el bien común.

Pretender que la mera sustitución objetiva pueda llevar a la extinción de las situaciones jurídicas sin una disposición expresa y clara al respecto es abiertamente contradictorio con la seguridad jurídica, además de que enfrentaría serios reparos constitucionales. Por lo contrario, creemos que erigir a esa sustitución objetiva en una jerarquizada subrogación real cumple adecuadamente con los valores de la seguridad y la justicia, por lo que coadyuva al bien común.

---

<sup>124</sup> IHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, Traducción directa del Alemán por Adolfo González Posada, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 14.

<sup>125</sup> OTERO PARGA, Milagros, “Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 623.

## **5.2. La subrogación real alcanza soluciones seguras y justas**

### **5.2.1. La seguridad y la conservación: certeza y plenitud**

Es sabido que la justicia no es el único valor que persigue un ordenamiento jurídico, aun cuando deba admitirse que sí es uno de los principales; el ordenamiento jurídico también procura alcanzar la seguridad<sup>126</sup>. Se expresa con claridad Recaséns Siches:

“Ciertamente que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad”<sup>127</sup>.

La constitución francesa de 1793 dejaba en claro que el Estado debía garantizar los “derechos naturales é imprescriptibles” del hombre (art. 1º), y en el artículo siguiente precisó que esos

---

<sup>126</sup> Véase RECASÉNS SICHES, p. 230: “La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo. Este consiste en la realización de valores de rango superior. Ciertamente la seguridad es también un valor, pero en relación con la justicia es un valor inferior. Ahora bien, adviértase que los valores inferiores condicionan la posibilidad de realización de los superiores”.

<sup>127</sup> RECASÉNS SICHES, p. 225; Véase también DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, “Justicia y seguridad”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 9, número 3, 1956, p. 771, quien sostiene que: “...el hombre de derecho tiene que situarse frente a otros valores igualmente estimables; el orden, que se hace posible por el derecho, y la seguridad, que no es más que el reflejo del orden en el mantenimiento de las situaciones individuales y sociales. La idea de seguridad significa que quienes viven amparados por el orden establecido, cuentan con una garantía inestimable que permite el pacífico desenvolvimiento de la vida y ahuyenta toda oposición y contraposición reveladoras del desorden”.

derechos eran la “libertad, igualdad, seguridad y propiedad”. En el art. 8º se decidió por definir a la seguridad, y apuntó que ella “consiste en la protección que la sociedad concede a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, derechos y propiedades”.

Para nosotros es incuestionable la conexión entre la seguridad jurídica y la conservación de los derechos, o mejor, de las situaciones jurídicas. Por ello, creemos que la subrogación real, a través del principio de conservación, coadyuva a la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica implica una certeza<sup>128</sup>; esa certeza tiene un perfil con manifiestos contactos con la permanencia de las situaciones jurídicas de las personas. La certeza es un “conocimiento seguro y claro de algo”, y en el ámbito de la seguridad jurídica ello incluye una garantía de estabilidad de la realidad conocida<sup>129</sup>.

Ello ya había sido resaltado en el diálogo platónico de Sócrates con Crátilo, algunos de cuyos pasajes nos hemos permitido transcribir con anterioridad<sup>130</sup>. No hay conocimiento posible si todo cambia incesantemente; no hay seguridad posible frente al eterno mudar.

---

<sup>128</sup> Véase RECASÉNS SICHES, p. 226, quien postula que el ser humano: “Precisa saber qué es lo que ocurrirá con el ganado que apacentaba o con el árbol que cultivaba, cuando esté durmiendo o se ausente; qué es lo que pasará con su mujer cuando él no se halle a su vera; en suma, tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto de él, y qué es lo que él puede hacer respecto de los demás; y no sólo esto, sino que también precisa tener la seguridad de que esto será cumplido necesariamente, garantizado, defendido de modo eficaz”.

<sup>129</sup> No debe olvidarse que la seguridad jurídica, en tanto certeza de la situación jurídica, no solo funciona *ex ante*, como *cognoscibilidad*, sino también *ex post*, en tanto “garantía de estabilidad” del derecho conocido (LAUROBA LACASA, María E., “El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho”, *Louisiana Law Review*, volume 64, number 4, 2003, p. 1248).

<sup>130</sup> Véase §4.2, Capítulo II.



Para Coing el derecho tiene que ser permanente para generar confianza en el individuo y debe estar sustraído a las transformaciones<sup>131</sup>. A diferencia de otros autores<sup>132</sup>, sí pone especial énfasis en la conservación de los derechos en concreto. Sostiene:

“La seguridad jurídica supone que derechos, posiciones de poder y de posesión una vez fundadas, tienen que subsistir sin que nadie las discuta ni perturbe, y que las decisiones jurídicas, una vez formuladas, deben ser mantenidas. Al servicio de la seguridad jurídica están todas las instituciones que precisan y mantienen los derechos existentes (...). El hombre aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente...”<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ASDE Ediciones Previas, Buenos Aires, 1995, p. 26.

<sup>132</sup> Los autores que destacan la nota de estabilidad como integrante de la seguridad jurídica son de los más variados, aunque en general se refieren a la estabilidad de las normas jurídicas y no a otras situaciones jurídicas (así, entre otros, OTERO PARGA, pp. 621 y ss.; PÉREZ LUÑO, p. 29. También Vigo señaló: “El permanente cambio en las determinaciones de los derechos y deberes no favorece el cumplimiento de las normas dado que no permite que se arraiguen y difundan las conductas jurídicas buscadas y exige en los destinatarios una permanente atención a los cambios normativos (...). Un derecho donde todo es frágil y cambiante, es muy difícil que sus destinatarios estén seguros acerca de sus derechos y deberes” (VIGO, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, pp. 504-505).

Sin embargo, como se ha expresado: “...la locución ‘seguridad jurídica’, puede significar: a) La seguridad de *algún derecho* que se tiene o que se adquiere. Es decir la *segura* titularidad o la *seguridad* de una adquisición. b) La seguridad que *es ajustada o conforme al Derecho*. Ambas acepciones se completan, como anverso y reverso de la medalla” (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La seguridad jurídica en los negocios dispositivos”, Conferencia dictada en la Quinta Asamblea Anual del Instituto de Derecho Registral de Puerto Rico el 23 de agosto de 1978, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana*, p. 38).

<sup>133</sup> COING, p. 29.

También leemos:

“Una frase de Thomas, uno de los amigos de Jacob Grimm, recoge en cierto modo una típica actitud de jurista: ‘Siempre me inclino a conservar, y siempre considero la destrucción como una impiedad acaso disculpable por la necesidad, pero nunca justificable’<sup>134</sup>.

Es perceptible con claridad que la conservación, erigida en principio del derecho, tiene una plena conexidad con la seguridad jurídica, pues la falta de permanencia de las situaciones jurídicas podría comprometer a este valor fundante del ordenamiento jurídico<sup>135</sup>. Es que, bajo cierto punto de vista, la seguridad jurídica está inspirada por la idea de “solidificar las situaciones; no mantenerse en ambiguos estados expectativos”, pues existe una “necesidad de estabilidad, de definición de situaciones...”<sup>136</sup>. Una situación jurídica no podrá ser “segura” si no se encuentra “libre y exenta de riesgo”<sup>137</sup>. Coincidimos en la afinidad idiomática entre la seguridad jurídica y la “estabilidad y certidumbre como opuestos al desorden, caos, imprevisibilidad”<sup>138</sup>.

Otra de las diversas notas de la seguridad jurídica es la idea de plenitud, en el sentido de que el ordenamiento jurídico siempre

---

<sup>134</sup> Ídem, p. 30.

<sup>135</sup> La Corte Suprema enfatiza en la importancia de la estabilidad de los derechos subjetivos con las siguientes palabras: “...es fácil alcanzar que si algo interesa a una sociedad basada en el reconocimiento y respeto de la propiedad privada, y en el afianzamiento de la justicia, es la estabilidad de los derechos patrimoniales” (CSJN, “Horta, José c/ Hardindeguy, Ernesto”, 21/08/1922, Fallos 137:47).

<sup>136</sup> COBIAN Y MACCHIAVELLO, Alfonso, “Justicia y Seguridad jurídica. Supuestos del Derecho Positivo”, *Facultad de Derecho PUCP*, Lima, 1961, p. 38.

<sup>137</sup> Véase la primera acepción del vocablo “seguro” en Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>138</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260.

debe contar con una regla o principio adecuados para resolver los problemas<sup>139</sup>.

Adoptar una concepción atípica de la subrogación real apoyada en el principio de conservación de las situaciones jurídicas es consistente tanto las directivas de “certeza” como de “plenitud”, pues la regla será que ante una modificación objetiva no se producirá la extinción de la situación jurídica.

Es que el principio de conservación permite el conocimiento estable de las situaciones jurídicas y también sirve como una norma adecuada para solucionar los conflictos que puedan presentarse. Frente a la disyuntiva de extinción-perdurabilidad en un escenario de sustitución de objetos, habrá de estarse a la perdurabilidad por la subrogación real.

#### **5.2.2. Los planos estático y dinámico de la seguridad jurídica**

Desde la obra de Ehremberg titulada “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” se percibe a la seguridad jurídica bajo distintos aspectos. Así, es posible considerar a la seguridad jurídica en un plano “estático” y en uno “dinámico”. El primero opera a efectos de mantener las situaciones jurídicas consolidadas, protegiendo a los titulares “actuales”. El segundo es el propio de la protección de la apariencia en el devenir de las transacciones y tienden a proteger a los adquirentes.

Vallet de Goytisolo distinguió con claridad la seguridad jurídica estática de la dinámica. La primera faceta requiere la no privación de los bienes mediante un acto del que no fuera

---

<sup>139</sup> MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento”, Universidad de Murcia, 2001, p. 319. Si bien coincidimos con las ideas transcritas, no lo hacemos respecto de la fundamentación y desarrollo que expone subsiguientemente.

otorgante el titular. La segunda, tutelaría la buena fe de los adquirentes<sup>140</sup>.

La seguridad jurídica “estática” se dirige a la protección de los llamados “derechos adquiridos”, o mejor aún: de las denominadas situaciones jurídicas consolidadas<sup>141</sup>. Por su parte, la seguridad “dinámica” procura la defensa de la apariencia<sup>142</sup>; también se la denomina seguridad “del tráfico”, pues la protección de la apariencia es en cierta medida demandada por las necesidades del comercio: se protege a los terceros implicados por la circulación.

La primera es una noción romana que exige que las modificaciones o perjuicios a los derechos deben contar con el consentimiento de su titular, y en caso de que ello no se produzca, se podría demandar judicialmente el restablecimiento del derecho; en cambio, la segunda es una idea germánica, que pregona que los

---

<sup>140</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La seguridad jurídica...”, p. 39; véase también, del mismo autor: “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 33, enero-marzo 2000.

<sup>141</sup> Se ha dicho que la seguridad jurídica estática “...concede protección y estabilidad a los que son titulares y gozan de una determinada posición y sufren o corren el riesgo de sufrir una perturbación...” (GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260).

<sup>142</sup> La seguridad de la apariencia, que se presenta por ejemplo en los actos realizados con el heredero aparente, protege a quien “...cree de buena fe en que es verdadero lo que aparece como tal, más allá de que pueda ser falso” (ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica. Notariado y registros”, edición de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 2005, p. 11 y en “Temas doctrinarios 2”, Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, p. 53). Sobre la importancia de la buena fe para sustentar la incorporación al patrimonio de un derecho, pese a la inexistencia o imperfección del derecho del enajenante, véase ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLVI, Segunda Época, Número 39, pp. 47 y ss.

beneficios adquiridos no pueden frustrarse por situaciones ajenas que el adquirente no haya podido conocer<sup>143</sup>.

Se ha dicho:

“...parecía natural que para un sistema jurídico que quiere mantenerse efectivamente dentro de los límites del concepto del derecho privado, el goce seguro de un derecho privado adquirido legítimamente, debería ser un interés de bastante más valor, que el referente á la seguridad del comercio y del movimiento de los bienes”<sup>144</sup>.

Creemos que la subrogación real es un medio que el ordenamiento jurídico despliega a efectos de conservar situaciones jurídicas y así lograr una seguridad de tipo “estática”. Disiente con nosotros Guastavino, quien si bien afirma que la subrogación real contribuye a la seguridad jurídica “estática”, pone mayor foco al aspecto “dinámico” que para él estaría presente en esa sustitución objetiva. Dice:

“En síntesis, el principio general del derecho de la subrogación real contribuye a la obtención y consolidación de la seguridad jurídica en su aspecto dinámico; y para evitar los errores deben cumplirse acabadamente los fundamentos que inspiran dicho principio general y observarse los recaudos que condicionan su aplicación”<sup>145</sup>.

Quizás ello sea por el peculiar y equívoco concepto que propone de la seguridad jurídica dinámica, pues en su pensar –en

---

<sup>143</sup> GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261.

<sup>144</sup> MENGER, p. 262.

<sup>145</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260. También dice: “En síntesis anticipatoria, afirmaremos que el tema concierne a la cuestión de no obstar o no impedir la validez del tráfico jurídico de los bienes, o sea la noción dinámica de la seguridad, entendido éste como factor esencial o clave crucial del progreso económico de la República, mediante la permanencia de la afectación o perduración de dichos bienes del tráfico jurídico a los fines y destino que tuvieron originariamente...”.

seguimiento de Demogue— esta es la que “...otorga protección preferente a quien ha puesto en movimiento al tráfico jurídico de mayor gravitación, considerándolo factor de progreso”.

Es cierto que la subrogación real permite el tráfico de los bienes, pues de no existir ella los titulares de las situaciones jurídicas correrían el riesgo de perderlas por la mera enajenación de los objetos que les sirven de asiento.

Ejemplifiquemos. Quien es titular de un crédito privilegiado por mejoras sobre un inmueble de su acreedor vería diezmada su situación jurídica si la subrogación real no permitiera que ese privilegio obtenga por nuevo asiento al objeto que sustituya a ese inmueble, pues es sabido que es característica general de los privilegios la ausencia de persecución. Con la existencia de la subrogación real se tutela la situación jurídica del titular del privilegio, ya que lo mantendrá a pesar de las enajenaciones onerosas que realice el dueño del inmueble. La subrogación real no tutela allí una seguridad dinámica, sino una estática: la propia del titular del privilegio.

En la solución antedicha se protegió el tráfico. Pero no se lo hizo en virtud de una seguridad jurídica dinámica. No toda tutela del tráfico de bienes es seguridad jurídica dinámica, pues solamente será tal cuando estén implicadas cuestiones relacionadas con la apariencia.

En rigor, consideramos que la tutela del tráfico antedicha no es más que una manifestación de porqué la subrogación dispone soluciones consistentes con la *eficiencia económica*<sup>146</sup>. La subrogación real coadyuva a que las situaciones jurídicas perduren *a pesar* del tráfico de los bienes. La subrogación equilibra situaciones y al hacerlo no perjudica la eficacia del movimiento jurídico de los bienes<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> En este mismo Capítulo ponderaremos a la subrogación real como eficiente desde los distintos planos del análisis económico.

<sup>147</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260.

El ordenamiento jurídico quiere el tráfico y no la inmovilidad; pero también busca salvaguardar las situaciones jurídicas. La subrogación real provoca lo segundo y no impide lo primero.

### 5.2.3. Pretendida tensión entre la seguridad jurídica y la justicia

Ya expusimos nuestra postura acerca de la afinidad entre la subrogación real y la seguridad jurídica estática. Ahora debemos adentrarnos en el juego de esas ideas con el valor por excelencia del ordenamiento jurídico: la justicia<sup>148</sup>. No es dudoso que el ordenamiento jurídico argentino debe arribar a soluciones justas, so pena de reñirse con el preámbulo de la Constitución Nacional que indica como uno de sus objetivos el de “afianzar la justicia”.

Que la justicia no es una mera aplicación de la ley lo demuestra el art. 112 de esa ley fundamental, pues al hacer tema con el juramento diagramado para “la primera instalación de la Corte Suprema”, se le impuso a ese órgano del Estado el deber de “desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente”. La bifurcación entre “bien” y “legalmente” explica que las soluciones con un apego estricto a la legislación no son necesariamente justas.

Es conocida la pretendida contraposición entre seguridad y justicia, aunque creemos fervorosamente que la seguridad jurídica es un requisito para la existencia de justicia<sup>149</sup>. Puede existir seguridad sin justicia, más no justicia sin seguridad<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> “El énfasis que pongo en resaltar la significación de la seguridad jurídica, no olvida que la justicia es un valor de mayor jerarquía, tanto que Platón expresa que compendia y resume a todas las demás virtudes y Aristóteles la considera una virtud absoluta” (ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles”, La Ley 2008-D, 867).

<sup>149</sup> “...un orden mínimo y la seguridad son valores previos, o condicionantes, pues sin ellos es difícil alcanzar el espectáculo imponente

Repárese en que un exacerbado énfasis en la seguridad puede comprometer a la posibilidad de arribar a soluciones justas<sup>151</sup>. Pero ello no debe llevar a pensar que sea posible la configuración

---

de la justicia” (ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica y las incertidumbres...”, pp. 867 y ss.).

<sup>150</sup> DE LA PLAZA NAVARRO, p. 780; Para Montoro Ballesteros, es posible que puedan existir situaciones seguras pero injustas, como la del esclavo o el prisionero encarcelado ilegítimamente, pero no podría existir una situación justa pero insegura, ya que para él la seguridad sería una exigencia fundamental de la naturaleza humana, por lo que una situación insegura es directamente injusta (Véase MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, tomo I, pp. 248 y ss). Para Vigo la seguridad es un “valor adjetivo” al de la justicia, aun cuando afirma que implica un valor específico y con un contenido propio, y por tanto ella debe ser siempre garantizada con un mínimo de esta (VIGO, p. 516).

<sup>151</sup> Las Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho celebradas en Buenos Aires en el año 1994 afirmaron que la seguridad jurídica “debe estar al servicio de los valores éticos, sin que sea utilizable como fundamento de cualquier ordenamiento, con prescindencia de su contenido”; también aseveró que frente a situaciones de conflicto, “el criterio de armonización deberá hacer privar el valor justicia o la paz social”.



de la justicia sin la dosis necesaria de seguridad jurídica<sup>152</sup>. No puede haber Derecho sin seguridad jurídica<sup>153</sup>.

Tampoco puede alumbrarse una verdadera seguridad jurídica desarraigada de la justicia. Es que un excesivo apego a la “seguridad” a pesar de que tropiece frente a notorias injusticias no permitiría adjetivarla de “jurídica”<sup>154</sup>. Como dijimos, puede haber

---

<sup>152</sup> Véase DE LA PLAZA NAVARRO, p. 771, quien dice: “Justicia y seguridad, ha dicho Legaz Lacambra, son evidentemente realidades distintas; pero cuando de aquélla se abstrae la idea de seguridad, la justicia o es una pura idea o una mera virtud del individuo; y, por el contrario, cuando de la idea de seguridad abstraemos la de justicia, es la primera una fuerza dominadora de la existencia que carece de todo sentido ético. Ambas realidades, pues, han de implicarse y tienen una zona de interferencia que es el derecho, donde la seguridad constituye un orden que está dotado de intrínseca justificación”. También para VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La función del Notariado y la Seguridad Jurídica”, Revista de Derecho Notarial, número 67, México, 1977, p. 76: la seguridad jurídica es un “soporte imprescindible de la justicia y del orden social...” El artículo corresponde a una conferencia pronunciada el 17 de marzo de 1976 en Rosario, Argentina.

<sup>153</sup> Se ha dicho: “Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase. Ciertamente que además el Derecho debe ser justo, servir al bien común, etcétera; si no lo hace injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces ocurre que no hay Derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia, el error en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico” (RECASÉNS SICHES, p. 230).

<sup>154</sup> Jorge Horacio Alterini remarcó: “En verdad, difícilmente pueda realizarse la justicia en un sistema que no se asiente en la seguridad jurídica y tampoco asistirse a una real seguridad jurídica perdurable, si el sistema no es justo. Debemos eludir enfrentamientos dialécticos entre principios que deben conciliarse para que puedan ser fructuosos” (ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica. Notariado y registros”, p. 11). También se ha dicho: “Si fuese el ordenamiento jurídico positivo absolutamente perfecto, la seguridad jurídica sería siempre justa y la justicia siempre segura, pues estrictamente la seguridad injusta no es seguridad por el germen de discordia o rebelión que contiene; tampoco la justicia insegura es cabalmente justicia por la incerteza -que niega el

seguridad sin justicia. Pero agregamos ahora: esa seguridad no sería jurídica.

No es posible dejar de lado la ostensible conexidad entre la justicia y la seguridad jurídica; de allí que sean conceptos coligados, pues su mutua vinculación teleológica hacia el bien común hace que una sea determinada por la otra; se impone la necesidad de una interpretación conjunta, pues la obstaculización de una implica la de la otra para quedar conjuntamente inmersas en el fracaso.

La subrogación real, además de generar seguridad jurídica, alcanza soluciones eminentemente justas, pues al tiempo de perdurarse las situaciones jurídicas se reconoce y se protege lo suyo de cada uno.

### **5.3. La subrogación real coadyuva al bien común**

El preámbulo de la Constitución Nacional explicita la intención de “promover el bienestar general”. El articulado también es consistente con esa premisa, pues, verbigracia, en su parte orgánica le otorga al órgano legislativo facultades concretas en ese sentido (art. 75, incs. 18, 19, 32).

La subrogación real protege diversos bienes jurídicos según el ámbito en que opere; una primer mirada podría llevar al lector desprevenido a creer que solo tiene implicancias en el ámbito privado y poco interesa al bien común. Pero a poco que se analice la proyección que la subrogación real tiene frente a terceros ajenos a los directamente interesados y que los efectos de este instituto benefician actual o potencialmente a todos los integrantes de la comunidad, se comprenderá que en definitiva involucra finalidades más amplias que el simple “bien individual”<sup>155</sup>.

---

derecho a la certidumbre que es un verdadero derecho de los seres humanos.” (GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260).

<sup>155</sup> En el Capítulo III nos ocuparemos de las proyecciones de la subrogación real respecto de terceros.

Según Juan XXIII:

“...el bien común consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona”<sup>156</sup>.

Como anteriormente destacamos, podría creerse que la subrogación solamente opera en beneficio del directamente interesado en ella. Pero como expresó Tomás de Aquino: “el bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte es para el ser del todo...”<sup>157</sup>.

El bien común, si bien es sabido que no implica una mera sumatoria de los bienes individuales de los diversos integrantes de una comunidad determinada, necesariamente presupone el bien individual<sup>158</sup>. En otras palabras, no hay bien común sin bienes individuales. Dice Bargalló Cirio:

“[e]l bien común rectamente entendido no puede jamás atentar a la perfección personal dentro de la comunidad política. Ni a la perfección personal de los que mandan ni a la de aquellos que obedecen. Al contrario, el bien común claramente entendido, definido y observado,

---

<sup>156</sup> JUAN XXIII, *Pacem in terris*, Segunda Parte, 58, Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1981, p. 27.

<sup>157</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los Gentiles*, versión directa del texto latino por María Mercedes Bregada, introducción y notas de Ismael Quiles, S.I., Club de Lectores, Buenos Aires, 1951, Libro Tercero, Capítulo XVII, p. 42.

<sup>158</sup> VERDERA, Hugo A. “El bien común político: en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino” [en línea]. *Semana Tomista. Vida virtuosa y política*, XXXIX, 8-12 septiembre 2014. Sociedad Tomista Argentina; Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/bien-comun-politico-verdera.pdf>

logrado por el concurso de todos que lo obtienen para todos, facilita, como un presupuesto necesario, el logro de la perfección personal”<sup>159</sup>.

La sociedad política es el medio necesario para la perfección de la persona y su finalidad es precisamente el bien común, el que no consiste en la mera adición de bienes individuales, pero dentro del cual podemos distinguir ciertos elementos principales que de realizarse conducirán a la paz, como la ciencia, la justicia, el orden o la seguridad<sup>160</sup>.

Nuestra Constitución Nacional, en su preámbulo, es diáfana al enunciar cuáles son las bases o presupuestos del bien común: unión nacional, afianzamiento de la justicia, la paz, el bienestar general, y la libertad<sup>161</sup>.

La Corte Suprema puso de manifiesto que los principios constitucionales están unidos por la idea de bien común, pues afirmó la existencia de un:

“...deber de atender en la realización del derecho (...) a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, entendido éste como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección”<sup>162</sup>.

Ya vimos que la conservación encarnada en la subrogación real tiende primordialmente a la seguridad jurídica y es sabido que sin esta:

“...no hay probabilidad de progreso económico ni, por ende, de progreso social. Por tanto, tampoco se podría promover el bienestar

---

<sup>159</sup> BARGALLÓ CIRIO, Juan M, “Bien Común y perfección personal”, en *Prudentia Iuris*, N°III, Buenos Aires, 1981, p. 35.

<sup>160</sup> PENNISI, Eduardo R. *Iglesia y estado*, Christianitas, 2004, pp. 156 y 167.

<sup>161</sup> BARGALLÓ CIRIO, p. 39.

<sup>162</sup> Véase CSJN, “Nación Argentina c. Roca de Schroder, Agustina”, 22/06/1976, Fallos 295:157, entre otros.

general ni sería fácil lograr o mantener la paz interior postulados en la Ley Suprema. En último análisis, la seguridad jurídica no es sólo una ambición derivada de intereses individuales, egoístas o mezquinos. Es la plataforma de todos los propósitos de bienestar general”<sup>163</sup>.

Si la subrogación real auxilia a la seguridad jurídica y a la justicia, y estos dos valores son integrativos del concepto de bien común, podemos afirmar como indubitable que la subrogación real es un instituto con un fuerte arraigo en este.

Si la justicia es necesaria para el bien común, y no la hay sin seguridad jurídica, la subrogación real contribuye a aquel, pues de ella extraemos una cuota de seguridad necesaria para el acaecimiento de actos justos tendientes al logro de la satisfacción del estado de cosas necesario para el bien común.

La conservación que entraña la subrogación real participa tanto de la idea de seguridad jurídica como de la de justicia. Si a causa de su ausencia existiera una inseguridad, se verían privados ciertos ideales fundantes del ordenamiento jurídico.

La inseguridad perjudica a la libertad por la desconfianza<sup>164</sup> y la intimidación que genera<sup>165</sup>; de allí que no sea posible alcanzar el bien común al que tiende el Derecho.

Por su parte, si con seguridad se defendieran las situaciones jurídicas, en ese acto estaría implícita la defensa personal de sus titulares, como también del Derecho mismo<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260.

<sup>164</sup> Véase §5.1 y §7.10, Capítulo II.

<sup>165</sup> Se ha dicho que una “situación de inseguridad, si es absoluta e irremisible, priva de libertad por la intimidación que produce; e, igualmente, siendo relativo el estado de inseguridad genera una falta parcial y sensible de libertad” (GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260).

<sup>166</sup> Véase §7.5, Capítulo II.

#### 5.4. Aplicación particular de estas ideas

Con la mirada puesta en la demostración de las ideas precedentemente expuestas, relataremos un caso hipotético y plantearemos una posible solución que demuestre la importancia de los valores jurídicos comprometidos.

(A) se encuentra unido a (B) en matrimonio, quienes residen de manera habitual en un departamento de titularidad “propia” de (B), el cual se encuentra afectado al régimen de la vivienda.

Ciertas necesidades sociales determinaron al Estado Nacional a abrir una calle por donde se encuentra el edificio, por lo que expropió todos los terrenos necesarios y procedió a su demolición, incluso del departamento en donde (A) y (B) residían.

Naturalmente, como paso previo a la expropiación, el Estado debió proceder a indemnizar a (B) por el valor objetivo del bien inmueble.

Paralelamente (B) quedó desempleado y no puede solventar en forma regular las diversas obligaciones que contrajo.

Creemos que el principio de la subrogación real operará en este caso en diversos escenarios.

La indemnización que satisfaga el Estado sustituirá al objeto expropiado e ingresará en el patrimonio de (B) como bien “propio”. A su vez, esa indemnización estará afectada a la inejecutabilidad propia del régimen de vivienda (arg. arts. 248, Código Civil y Comercial) para satisfacer las necesidades habitacionales de los cónyuges y su familia.

Como corolario de la seguridad jurídica estática la subrogación real habrá provocado: 1) la protección del derecho de propiedad en virtud del mantenimiento del carácter propio del bien, a pesar de la mutación objetiva de la situación jurídica respectiva (art. 464 inc. d], Código Civil y Comercial) y 2) la protección del hogar conyugal por la continuación del régimen de vivienda.

La seguridad jurídica, canalizada a través de la subrogación real, ha protegido tanto el patrimonio de (B), como las necesidades habitacionales de (A), (B) y su familia.

Paralelamente, ha evitado un gran conflicto social, pues al mantener la afectación de la vivienda, esta no podrá ser ejecutada por las múltiples deudas asumidas por (B), beneficiando tanto a (A), (B), la familia, y en definitiva a toda la sociedad, pues varios de sus individuos, potencialmente productivos, no se han visto relegados a una situación de vulnerabilidad absoluta y estarán habilitados, acaso prontamente, a reinsertarse en el mecanismo económico.

No nos quedan dudas de que la seguridad jurídica, encauzada en el ropaje jurídico de la subrogación real, produjo un acto de justicia atendiendo a las necesidades del bien común. Es sabido que para retirar obstáculos que conspiran contra el bien común, “...es preciso procurar la unidad del grupo social, evitando violencias, enfrentamientos y luchas estériles”<sup>167</sup>, conflictos inevitables cuando corren riesgo determinados derechos subjetivos.

Es que es “...manifiesto que es propio de la ley inducir a los súbditos a su propia virtud (...) la que hace bueno a quien la posee (...). Luego el efecto propio de la ley es hacer buenos a sus destinatarios (...) si el legislador se propone conseguir el verdadero bien (...) la ley hará buenos a los hombres en sentido absoluto”<sup>168</sup>.

Creemos con Bonnacase, que la misma noción de derecho abdicaría su rol si el equilibrio que debe presidir pudiera ser roto por la mera modificación objetiva; ello implicaría una sumisión del hombre a la fatalidad, abandonando la energía y la inteligencia humana, pues sería fácil sacrificar los derechos cambiando por otros los bienes que le servían de objeto.

---

<sup>167</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética*, 5ª edición, Eunsa, Pamplona, 2004, p. 173.

<sup>168</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I-IIae, Q.92.

## 6. UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### 6.1. Nociones preliminares

Uno de los principales exponentes del análisis económico del derecho, el juez estadounidense Richard Posner, sostuvo que uno de los perfiles de esa disciplina consiste en:

“...mejorar el derecho al señalar aquellos aspectos en que las leyes existentes o los proyectos de leyes generan consecuencias no deseadas o no propuestas y al formular reformas prácticas”<sup>169</sup>.

El jurista español Montoro Ballesteros analiza las distintas consecuencias de aplicar los principios de la teoría económica en el estudio del Derecho<sup>170</sup>. Asevera que ello implica una reducción del Derecho a una regla técnica al servicio de la eficiencia económica; que por ello el Derecho consistiría en un mero sistema de incentivos y rémoras, que alienta o disuade de determinados comportamientos, y por tanto alejado de la ética. Las funciones del Derecho se dirigirían a estimular comportamientos sociales de maximización del valor total de la riqueza, a través de asignaciones eficientes de los recursos; las instituciones jurídicas como la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil y las penas quedarían a merced de la vida económica. Según el destacado autor, el análisis económico del Derecho tendría algunos aspectos positivos y varios negativos. Entre los primeros destaca que se ponen de manifiesto una serie de cuestiones que el Derecho debe conocer para la mejor ordenación y racionalización de la vida social, tanto en el ámbito privado como público, para contribuir a la eficiencia de los negocios privados y del aparato institucional del Estado. En los aspectos negativos señala que en ocasiones se

---

<sup>169</sup> POSNER, Richard A., “El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker”, *Themis*, núm. 44, 2002, p. 39.

<sup>170</sup> MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “Incidencia del análisis económico del derecho en la teoría jurídica: la reducción del derecho a regla técnica”, *Persona y Derecho*, Núm. 40, 1999, pp. 434 y ss.



produciría un “reduccionismo economicista” que proporcionaría una visión distorsionada de la realidad social y de las instituciones jurídicas cuya naturaleza no es primordialmente económica, además de que transformaría todo problema jurídico en un problema económico de cálculo y ajuste de costes y beneficios, a veces insuficiente para cumplimentar las exigencias de la justicia y la equidad. Concluye:

“La solución justa, eficaz y, en último término, humana de estos conflictos exige una prudente tarea de mediar y armonizar principios y valores encontrados, para la cual resulta insuficiente e inadecuado el planteamiento economicista que atiende el Derecho como un sistema de reglas técnicas al servicio de la eficiencia económica. El adecuado planteamiento y solución de dichos conflictos exige previamente ver en los mismos, no un problema puramente técnico sino, fundamentalmente, un problema ético”<sup>171</sup>.

Si bien no es legítimo incurrir en el mentado reduccionismo que puso de manifiesto Montoro Ballesteros, la teoría económica puede relacionarse simbióticamente con la ciencia jurídica; sin relaciones de subordinación, sino de coordinación. Con ese punto de partida, analizaremos en qué consiste la eficiencia desde la teoría económica para luego aplicar los distintos criterios en la figura de la subrogación real.

## 6.2. Concepto de eficiencia

Huerta de Soto<sup>172</sup> recuerda que Sócrates, según lo que se puede conocer a través de Jenofonte en el *Económico*, sostuvo que la economía es un saber que permite al ser humano acrecentar su “hacienda”, o sea la totalidad de sus propiedades, siendo estas todo aquello que sea provechoso para la vida de cada uno. Sócrates asevera que existen dos vías para acrecentar esa hacienda. Esas

---

<sup>171</sup> Ídem, p. 444.

<sup>172</sup> HUERTA DE SOTO, Jesús, “La teoría de la eficiencia dinámica”, *Procesos de mercado: revista europea de economía política*, N<sup>o</sup>. 1, 2004, pp. 11-72.

dos maneras se corresponderían con las dimensiones de eficiencia estática y dinámica. La primera consistiría en la gestión diligente de los recursos disponibles para evitar el despilfarro. La segunda implicaría acrecentar los bienes a través de la actividad empresarial. El autor español considera que a partir de la llamada “Edad Moderna”, esta distinción entre las dos dimensiones de la eficiencia habría sido objeto de un reduccionismo, y desde entonces la eficiencia en términos económicos habría sido predominantemente marcada por un criterio estático, desarrollado de manera semejante a la eficiencia energética en el plano de la física del siglo XIX. El carácter estático se vería en la llamada ley de conservación de la energía, como en las leyes de la termodinámica, que dicen que en los procesos físicos una parte de la energía se desperdicia, por ejemplo, en forma de calor disipado. De tal modo, un sistema eficiente energéticamente sería el que minimiza el derroche energético. Una máquina de vapor, que transforma calor en movimiento, sería eficiente si obtuviera el máximo de movimiento con el mínimo consumo de energía. La concepción estática de la economía, pues, reduce el concepto de eficiencia a una cuestión de maximización.

En este sentido, una solución jurídica sería eficiente si, realizando un análisis costo-beneficio, se determinara que los beneficios superan a los costos en la mayor medida posible respecto de otras alternativas, de modo que con iguales recursos se alcanzan mayores provechos<sup>173</sup>.

Un criterio altamente utilizado para discernir la eficiencia en el mundo jurídico fue el de Pareto. Un cambio en el plano jurídico sería Pareto-eficiente permitiera mejorar la situación de un individuo, sin empeorar la de otro. Antes del cambio, la situación se denomina como “Pareto-subóptima”. Se habría alcanzado la situación de eficiencia si ya no fuera posible que un cambio

---

<sup>173</sup> BULLARD, Alfredo, *Análisis económico del derecho*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 27.

beneficie a alguien sin empeorar a otro individuo (“óptimo de Pareto”, o situación “Pareto-óptima”)<sup>174</sup>.

Se ha dicho:

“...el criterio de Pareto nos ayuda a entender por qué virtualmente todos los sistemas contractuales del mundo se basan en el principio de autonomía privada según el cual las promesas empeñadas en contratos deben respetarse y cumplirse (...). Si dos personas celebran un contrato, se presume que ambas mejoran. Y nadie empeora. Se cumple la condición paretiana. Por eso los contratos son dignos de protección. Pero no son solo contratos. También se requiere de derechos de propiedad. No habrá intercambio posible si las personas no tuvieran una titularidad asegurada...”<sup>175</sup>.

La eficiencia, según el criterio Kaldor-Hicks, se daría si los beneficiados por un cambio pudieran compensar (“compensación potencial”) a los que empeoraron, aun cuando esta compensación no suceda efectivamente. Ello querría decir, de alguna manera, que el beneficio sería objetivamente superior a la pérdida. Se ejemplifica con normas regulatorias de las inmisiones:

“...una regulación eficiente que limita la hora de las fiestas, mejora a los tranquilos, empeora a los fiesteros, pero se justifica si el perjuicio a los fiesteros es menor que el beneficio que reciben los tranquilos. En ese caso la decisión eficiente significaría, en términos de eficiencia, definir qué alternativa es mejor”<sup>176</sup>.

Huerta de Soto explica cómo otros autores, tales como Mises, Hayek, Rothbard, Kirzner, asumieron un criterio de eficiencia dinámica, en ocasiones análogo al que él propone:

---

<sup>174</sup> Véase KITZBERGER, Philip, “Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto”, Boletín de La Sociedad Argentina de Análisis Político, 1999, pp. 34 y ss.

<sup>175</sup> BULLARD, p. 31.

<sup>176</sup> Ídem, p. 33.

“En un sentido dinámico, puede afirmarse que, por ejemplo, un ser humano, una empresa, una institución, o todo un sistema económico, serán tanto más eficientes conforme más y mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial (...). En esta perspectiva dinámica, lo verdaderamente importante no es tanto el evitar el despilfarro de unos medios (...) como el descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios...”<sup>177</sup>.

De todos modos, el autor aclara que la eficiencia estática y la dinámica no son necesariamente excluyentes y que en muchos casos son complementarias<sup>178</sup>. Llega a la conclusión de que el ser humano es un actor creativo y coordinador, y que ello implica aceptar como axioma que todo ser humano tiene el derecho a apropiarse de los resultados de su creatividad empresarial, puesto que si ello no fuera así se eliminarían los incentivos. Entiende que los recursos no están “dados” como se sostendría desde una concepción estática, sino que son continuamente ideados y configurados por el ser humano. De allí que la cuestión dejaría de pasar por distribuir lo existente; lo fundamental sería fomentar la creatividad y coordinación empresarial. El principio ético acerca del reconocimiento de la propiedad privada –dice– es condición necesaria y suficiente de eficiencia dinámica. Necesaria porque si no se respetara la propiedad privada se perdería el sistema de incentivos; suficiente porque un entorno de respeto a la propiedad permite que se desenvuelva el proceso de creatividad y coordinación empresarial. Concluye que no hay nada más dinámicamente eficiente que la Justicia. La eficiencia dinámica se alcanzaría exclusivamente con el respeto a la vida, a la propiedad privada, a la función empresarial y a los contratos en general<sup>179</sup>. Lo eficiente no podría ser injusto, ni lo injusto eficiente; es que la justicia y la eficiencia serían dos caras de la misma moneda. Propone que las instituciones y normas jurídicas se valoren de

---

<sup>177</sup> HUERTA DE SOTO, p. 30.

<sup>178</sup> Ídem, p. 66.

<sup>179</sup> Ídem, p. 52.

acuerdo con su capacidad para fomentar la creatividad y coordinación empresarial. De esa manera se determinará si son o no eficientes de un modo dinámico<sup>180</sup>.

### **6.3. La subrogación real es eficiente estática y dinámicamente, según los casos**

Una subrogación real inspirada en el principio de conservación de las situaciones jurídicas alcanza soluciones eficientes en el plano económico.

En una estricta relación costo-beneficio la subrogación real inspirada en el principio de conservación está conteste con la eficiencia económica estática. Es que dicho principio, aplicado al Derecho, tiende a que sus objetivos se alcancen en el mayor grado posible, evitando despilfarros y en general minimizando el empleo de los recursos escasos. La subrogación real, por regla, funciona de pleno derecho, de modo que la conservación de la situación jurídica en virtud de la modificación del objeto en el cual se asienta no requiere costes adicionales. Tal eficiencia económica no sería plena si fuera menester para la subrogación real, en todos los casos, una nueva manifestación de voluntad o incluso entablar una acción judicial al efecto. Un sistema de subrogación real así estructurado tiende a la mayor eficacia posible de la situación jurídica respectiva, con el menor coste posible.

La eficiencia de la subrogación real se ve incluso con el criterio de Pareto; la subrogación real es Pareto-eficiente, dado que la modificación en el objeto de la situación jurídica “beneficia” a su titular –en el sentido de que evita la extinción– y no perjudica a los demás individuos que mantienen su posición inalterada. Así, los acreedores a los cuales les era oponible la constitución de un régimen de vivienda y que no podían agredir un inmueble para satisfacer su crédito, no se ven perjudicados luego de la subrogación real, ya que siguen sin poder agredir determinada

---

<sup>180</sup> Ídem, p. 65.

porción del patrimonio de su deudor: ni más, ni menos. El titular de la afectación y sus beneficiarios, por su parte, mantienen la tutela.

La subrogación real también alcanza la denominada eficiencia dinámica, puesto que deviene en soluciones eminentemente justas, muestra un adecuado respeto a la propiedad privada y permite la creatividad y coordinación empresarial.

Con relación al respeto a la propiedad privada, ahondaremos en ello en el siguiente apartado. Por lo demás, deben ser recordadas las opiniones de Demogue y Guastavino.

Como vimos, Demogue entiende que gracias a la subrogación real los particulares pueden perseguir objetivos a largo plazo y las empresas ser garantizadas con una cierta estabilidad, máxime que los cambios económicos precisan que las fortunas padezcan ciertas metamorfosis<sup>181</sup>. Guastavino, por su parte, entiende que el tráfico jurídico de los bienes es esencial para el progreso económico y que la subrogación real impide su obstrucción, dado que permite que los bienes queden afectos a los fines que originariamente tuvieron<sup>182</sup>. En el apartado siguiente también analizaremos cómo la subrogación real obstaculiza el estancamiento de los bienes.

Queda claro, pues, que la subrogación real también es dinámicamente eficiente.

## 7. REPERCUSIONES SOCIALES

### 7.1. Precisión previa

Nos ocuparemos de desentrañar ciertos beneficios que están anejos a una concepción atípica respecto de la subrogación real. Los distintos casos que son utilizados como ejemplos para fundar

---

<sup>181</sup> DEMOGUE, pp. 239 y 247.

<sup>182</sup> GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, pp. 254 a 260.

las distintas afirmaciones serán objeto de tratamiento en el Capítulo V.

## 7.2. Resguarda a la propiedad privada

La propiedad privada integra el elenco de los derechos naturales<sup>183</sup>; rectamente ordenada garantiza el orden y la paz, aumenta el rendimiento económico, asegura una justa distribución y salvaguarda la dignidad de la persona; tiene una importantísima función para la sociedad<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Véase LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, 15 de mayo de 1891: “...Poseer bienes en privado (...) es derecho natural del hombre, y usar de este derecho, sobre todo en la sociedad de la vida, no sólo es lícito, sino incluso necesario en absoluto. ‘Es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es necesario también para la vida humana’ (...). [C]uando se ha atendido suficientemente a la necesidad y al decoro, es un deber socorrer a los indigentes con lo que sobra...”.

<sup>184</sup> Véase JUAN XXIII, *Pacem in terris*, 11 de abril de 1963: “También surge de la naturaleza humana el derecho a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, derecho que, como en otra ocasión hemos enseñado, constituye un medio eficiente para garantizar la dignidad de la persona humana y el ejercicio libre de la propia misión en todos los campos de la actividad económica, y es, finalmente, un elemento de tranquilidad y de consolidación para la vida familiar, con el consiguiente aumento de paz y prosperidad en el Estado. Por último, y es ésta una advertencia necesaria, el derecho de propiedad privada entraña una función social”. Véase también PÍO XI, *Quadragesimo Anno*, 15 de mayo de 1931: “Ante todo, pues, debe tenerse por cierto y probado que ni León XIII ni los teólogos que han enseñado (...) han negado jamás ni puesto en duda ese doble carácter del derecho de propiedad llamado social e individual (...) sino que siempre han afirmado unánimemente que por la naturaleza o por el Creador mismo se ha conferido (...) para que los individuos puedan atender a sus necesidades propias y a las de su familia, cuanto para que, por medio de esta institución, los medios que el Creador destinó a toda la familia humana sirvan efectivamente para tal fin...”.

En tanto ella se origina tanto en el “trabajo”<sup>185</sup> del ser humano, es prioritario protegerla y procurar extenderla al máximo, de forma que el mayor número posible de miembros de la sociedad sean propietarios<sup>186</sup> y se mantengan como tales, naturalmente siempre que esta última situación sea digna de tutela, pues como se menciona en la *Populorum Progressio* de Paulo VI, del 26 de marzo de 1967, “...la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto”.

Más recientemente Francisco señaló:

“El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una ‘regla de oro’ del comportamiento social y el ‘primer principio de todo el ordenamiento ético-social’. La tradición cristiana nunca reconoció como absoluto o intocable el derecho a la propiedad privada (...). San Juan Pablo II (...) explicó que ‘la Iglesia defiende, sí, el legítimo derecho a la propiedad privada, pero enseña con no menor claridad que sobre toda propiedad privada grava siempre una hipoteca social...’. Por lo tanto afirmó que ‘no es conforme con el designio de Dios usar este don de modo tal que sus beneficios favorezcan solo a

---

<sup>185</sup> Véase Juan Pablo II, *Centesimus Annus*, 1 de mayo de 1991: “El origen primigenio de todo lo que es un bien es el acto mismo de Dios que ha creado el mundo y el hombre, y que ha dado a éste la tierra para que la domine con su trabajo y goce de sus frutos (cf. Gn 1, 28-29). Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno (...) la tierra no da sus frutos sin una peculiar respuesta del hombre al don de Dios, es decir, sin el trabajo. Mediante el trabajo, el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hacer de ella su digna morada. De este modo, se apropia una parte de la tierra, la que se ha conquistado con su trabajo: he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios, es más, debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra”.

<sup>186</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, pp. 249-250.



unos pocos'. Esto cuestiona seriamente los hábitos injustos de una parte de la humanidad"<sup>187</sup>.

Con este enfoque, una conservación irrestricta de la propiedad podría verse reñida con el principio que veda el abuso del derecho, pues es sabido que el ordenamiento jurídico no ampara derechos fuera de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, entre los cuales encontramos, verbigracia, el de sus fines (arg. art. 10, Código Civil y Comercial). La desviación respecto de los fines que fundamentan al derecho de propiedad impide la protección.

En el fondo de toda subrogación real hay una protección a la propiedad, entendida en sentido lato<sup>188</sup>. Es patente en el régimen de ausencia con presunción de fallecimiento, pues frente a su reaparición, el otrora ausente podrá reclamar: "a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los

---

<sup>187</sup> Véase FRANCISCO, *Laudatio Si*, 24 de mayo de 2015.

<sup>188</sup> Remitimos al lector al análisis que se realiza en el Capítulo V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpreta los alcances de la propiedad en un sentido amplio, comprensivo de todo derecho patrimonial. "El Art. 17 de la Constitución Nacional ampara todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales" (CSJN, "Horta, José c/ Hardindeguy, Ernesto", 21/08/1922, Fallos 137:47; CSJN, "Storani de Boidanich, Victoria e Hijos c/ Ansaldi, Imperiale y Bovio", 26/06/1939, Fallos 184:137). "La palabra propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad" (CSJN, "Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital", 16/12/1925, Fallos 145:307). "El derecho reconocido por una sentencia de desalojo se relaciona con los bienes, es un derecho patrimonial y, por lo tanto, su propiedad en el sentido constitucional" (CSJN, "Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto", 26/08/1925, Fallos 144:219). "El término propiedad empleado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales y personales, bienes materiales o inmateriales, y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad, entre ellos los derechos emergentes de los contratos" (CSJN, "Industria Mecánica S. A. I. C. c/ Gas del Estado", 15/06/1982, Fallos 304:856).

adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados” (art. 92, Código Civil y Comercial). También en el ámbito de la comunidad matrimonial, en particular en el régimen de ganancialidad, múltiples normas hacen aplicación de la técnica de la subrogación real, con una clara teleología de protección patrimonial. El art. 464 del Código Civil y Comercial regla que serán bienes propios: “c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta” y “d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio”.

Si la propiedad privada encarna intereses dignos de ser tutelados por el ordenamiento jurídico y la subrogación real la protege indudablemente, puesto que la conserva, surge como derivación natural de ello que la subrogación real tiene una gran repercusión para el desarrollo de los individuos de la sociedad.

### **7.3. Descubre la verdadera intención del legislador**

Si el legislador hace múltiples aplicaciones de la subrogación real a lo largo del ordenamiento jurídico, no debería ser dudoso que su intención es, al menos, aplicarla también en los casos análogos o semejantes a los normativizados<sup>189</sup>. Una interpretación contraria podría llevar a la inconsistencia de plantear la

---

<sup>189</sup> Se ha dicho: “La doctrina no ha sabido nunca explicar con exactitud en virtud de qué extraño mecanismo la consecuencia jurídica establecida en la regla de derecho dada para un caso ha de aplicarse en otro caso que no está contemplado ni comprendido por ninguna regla jurídica, por más que se pueda dar la similitud entre los casos (...). En el pensamiento de Castro el problema se resuelve por vía principal. No es que se aplique al caso similar la regla de su homólogo. Es que se puede descubrir un principio que actuará a través de una regla estatuida y de otra que no lo está o que lo está insuficientemente. En definitiva, la analogía es una vía a modo de actuar de los principios generales del derecho” (DIEZ PICAZO, “Los principios generales...”, p. 1265).

irracionalidad del sistema jurídico, lo que no es admisible, ya que la coherencia es un presupuesto elemental de toda actividad hermenéutica (art. 2º, Código Civil y Comercial).

Podría argüirse que la teoría que admite a la subrogación real en todas las situaciones análogas a las legalmente previstas demostraría una excesiva dependencia a la ley, lo que estaría reñido con el carácter de principio que ostenta el fundamento de la subrogación real. Creemos que la aplicación a las situaciones análogas es una suerte de piso mínimo, pero la presencia de un principio permite su extensión aún más allá.

Un corolario de lo que expusimos es que la subrogación real así entendida permite al intérprete suplir los vacíos legislativos con soluciones justas y seguras. De encontrarse la verdadera intención del legislador, que no puede ser otra que cumplir con el mandato que impone conservar las situaciones jurídicas que sean dignas de ello, no podrá presentarse un vacío legislativo en este sentido, pues ante la duda deberá siempre promoverse la perdurabilidad y no la extinción.

En otras palabras: la extinción de una situación jurídica es por regla solamente viable frente a una disposición que así lo disponga, pues en caso contrario no se cumpliría con la necesidad de conservar. Hacemos la salvedad de que ello a veces puede entrar en conflicto con otros principios jurídicos, como hemos puesto de resalto oportunamente.

#### **7.4. Permite solventar un cardinal débito impuesto al juez**

El art. 3º del Código Civil y Comercial regla: “*Deber de resolver*. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

La redacción del artículo no es feliz; lo razonable no debe apuntar a la fundamentación, sino a la decisión. Es decir que la

norma debió haber impuesto el deber de resolver a través de una decisión “razonable y fundada”.

Un Derecho sin una laguna en el ámbito de las sustituciones objetivas puede ser por demás relevante para cumplir con el deber que el Código Civil y Comercial, en concordancia con la Constitución Nacional, le impone al juez. Es que es sabido que el juez debe aplicar los principios jurídicos, con mayor razón cuando no tiene una norma que le brinde una solución fácil al caso bajo su jurisdicción.

El principio de conservación “manda” a conservar las situaciones jurídicas y la subrogación real se encarga de ello. Si el juzgador se encontrara frente a la disyuntiva entre fenecer o perdurar una situación jurídica, será necesario que opte por la segunda de las alternativas, pues es la que encuentra un mayor asidero en los principios jurídicos.

El juez debe resolver fundadamente mediante una decisión razonable y ese ideal es íntegramente alcanzable a través de la teoría general de la subrogación real en función de los valores que la inspiran.

### **7.5. Posibilita el cumplimiento de una elemental deuda de los particulares**

Si un ordenamiento jurídico no se anclara en el principio de conservación para perdurar las situaciones jurídicas en el tiempo a través de la subrogación real no se permitiría a las personas cumplir con un débito fundamental: la lucha por el derecho. Es que si frente a una mera modificación del objeto se pretendiera el fenecimiento de la situación jurídica, se habrá eliminado de plano tal “deuda”, la que no se habrá satisfecho ni por vía normal ni anormal, sino que simplemente se habrá quitado de raíz. Expresa Ihering:

“El que se ve atacado en su derecho, debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la

suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas. Pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral, que tiene por condición necesaria el Derecho; es, pues, condición del tal existencia que posea y defienda el Derecho. El hombre sin derecho, se rebaja al nivel del bruto (...). Tenemos, pues, el deber de defender nuestro derecho, porque nuestra existencia moral es directa y esencialmente atacada en su conservación; desistir completamente de la defensa, cosa hoy no muy en práctica, pero que pudiera llegar a ser puesta en uso, equivale a un suicidio moral”<sup>190</sup>.

Todo individuo debe luchar por *su derecho*. Si así lo hiciere, habrá de evitar las consecuencias ciertamente negativas que ya expuso Ihering, como también habrá aportado un grano de arena en la lucha por *el Derecho*. Si el ordenamiento jurídico no buscara conservar la situación jurídica frente a la mera sustitución del objeto que le sirve de asiento habrá descartado de plano la posibilidad del titular de emprender esa lucha.

Nos encontraríamos frente a la absurda situación de quien está constreñido a luchar por lo suyo pero no puede hacerlo porque se le habría frustrado tal expectativa. De allí que la concepción atípica de la subrogación real puede asumir la función de un instrumento más en la lucha por el derecho.

#### **7.6. Protege actual o potencialmente a todos los integrantes de la sociedad**

Los sujetos de derecho se encuentran diariamente frente a sustituciones objetivas, aun sin tener un conocimiento certero de ello. Puede suceder que muchas veces nada haya que conservar o bien que la conservación resulte irrelevante para el titular de la situación jurídica.

Puede afirmarse que en muchos supuestos la protección de la subrogación real se encuentra en una suerte de estado potencial

---

<sup>190</sup> IHERING, *La lucha por el Derecho*, p. 25.

que alcanzaría actualidad cuando las circunstancias del caso lo requieran. Así, es posible que una persona no tenga acreedores insatisfechos y por lo tanto le resulte en principio irrelevante la subrogación real de la vivienda. Pero en el momento en que un acreedor no vea cumplido con su débito, la subrogación real habrá evitado que un objeto de reemplazo, por hipótesis adquirido con anterioridad a esa obligación, sea sometido a la satisfacción del interés del *creditor*.

De allí que la protección de la subrogación real sea actual o potencial, según los casos. Y esa protección actual o potencial es a todo integrante de la sociedad que tenga una situación jurídica digna de ser tutelada.

### **7.7. Impide la burla de ciertas normas indisponibles**

La subrogación real en ocasiones evita que la mera sustitución de un objeto pueda significar una habilitación fáctica para que los particulares violenten normas imperativas.

Ejemplifiquemos. Es sabido que se encuentra vedado que un menor de edad emancipado realice un contrato de donación que tenga por objeto cosas que hubiera recibido a título gratuito (art. 28, Código Civil y Comercial). Lógicamente ello no implica que el menor emancipado no pueda enajenar aquellos objetos a título oneroso<sup>191</sup>. Pero debe ponerse de resalto que la contraprestación que reciba a cambio de ese objeto lo sustituirá a este, y por ello una elemental aplicación de la subrogación real impedirá que el objeto sustituto sea válidamente enajenado a título gratuito.

No se resguardaría adecuadamente la finalidad perseguida por esa cortapisa a la autonomía de la voluntad si la mera sustitución de alguno de esos objetos habilitara sobre el objeto de reemplazo lo que se había prohibido respecto del sustituido.

---

<sup>191</sup> Sin perjuicio de que sea menester la aplicación del art. 29 del Código Civil y Comercial, a sus efectos.

## 7.8. Tutela la subsistencia de la persona humana

### 7.8.1. El caso del régimen de vivienda

Ciertas regulaciones son diáfanas al mostrar una preocupación por proteger la subsistencia de los individuos, pues las implicancias sociales son allí muy marcadas. El art. 248 del Código Civil y Comercial, ubicado en la órbita del régimen protectorio de la vivienda, es lo suficientemente claro en este aspecto: “*Subrogación real*. 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”.

La regulación denominada por el Código Civil y Comercial como “vivienda” fue producto de una evolución jurídica en nuestro país, que involucró tanto a la actividad legislativa, como a la jurisprudencia y a la doctrina. La idea central siempre consistió en sustraer una porción patrimonial de la agresión de los acreedores, para salvaguardar otro tipo de valores que exceden de lo meramente económico.

El Código Civil y Comercial recoge varios de los lineamientos fundamentales que habían sido trazados por el avance científico en la materia, sobre todo al impulso del Proyecto de 1998 y de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005. Tales directrices, a guisa de síntesis, resultan de los Fundamentos del otrora Anteproyecto, los cuales vinculan el instituto con el derecho humano de “acceso a la vivienda”<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Es indiscutible la trascendencia del derecho humano corporizado en el acceso a una vivienda digna, pero ello no debe con la regulación de la vivienda, pues en las normas pertinentes no se suma ningún paso en asegurar que las personas puedan alcanzar la vivienda propia. No se garantiza el “acceso” a la vivienda, sino que se tutela la vivienda a la que ya se ha accedido. No podemos coincidir con Szmuch cuando afirma que el Código tiende a proteger tanto el derecho “sobre” la vivienda como el derecho “a” la vivienda por la habilitación de la subrogación real al precio o la indemnización (SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de

Resaltamos dos hitos importantes en la evolución: 1) estaríamos frente a una mutación estructural del régimen en cuanto a que ya no sería exigible la existencia de una familia al momento de la constitución y mucho menos al tiempo de la subsistencia de la afectación; 2) se intentó cobijar a la subrogación real de la vivienda en la precisión propia de las reglas, aunque sin desconocer su íntima conexión con el ámbito de los principios.

El vocablo “vivienda” no debe ser necesariamente captado con el sentido de construcción para habitar, idea a la que responde la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española. Los alcances de ese sustantivo son más amplios: según la segunda acepción implica: “género de vida o modo de vivir”. La afectación a vivienda atiende al propósito de mantener ese género o modo de vivir<sup>193</sup>.

Nótese el paralelismo con el término “sustento”. Este, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, significa: “Mantenimiento, alimento”; en la segunda: “Aquello que sirve para dar vigor y permanencia”; y en la tercera “Sostén o apoyo”. El vocablo “sustento” aparece en el Código Civil y Comercial conectado con una proyección tutelar que excede a los conceptos acotados de vivienda; así resulta de los arts. 676<sup>194</sup> y 2509<sup>195</sup>.

---

vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo código civil y comercial de la nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación”, Revista del Notariado N° 917, pp. 74 y ss.).

Ni siquiera a través de la subrogación real se tutela un derecho a la vivienda, sino que, como veremos, más bien se atiende a la intención de mantener el “género de vida o modo de vivir”.

<sup>193</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, tomo III, §1012 bis, p. 84.

<sup>194</sup> Art. 676 del Código Civil y Comercial: “*Alimentos*. La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del



Creemos que el Código Civil y Comercial atiende a la defensa del patrimonio del constituyente para cumplimentar los fines alimentarios que requieren los beneficiarios<sup>196</sup>. Notamos coherencia con estas ideas cuando se permite explícitamente la subsistencia del régimen sobre un objeto no habitable (dinero o créditos pecuniarios) a través de la subrogación real (arts. 248 y 249 *in fine*), como también al tiempo declarar la imposibilidad de ejecutar no solo el inmueble en sí (art. 249) sino también los frutos “indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios” (art. 251)<sup>197</sup>.

El principio de conservación de las situaciones jurídicas encuentra una aplicación específica mediante las reglas de los arts. 248 y concordantes, con la finalidad de mantener la tutela a

---

hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

<sup>195</sup> Art. 2509 del Código Civil y Comercial, primera parte: “*Legado de alimentos*. El legado de alimentos comprende la instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad”.

<sup>196</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo I, §904, pp. 992-993.

<sup>197</sup> Véase en sentido similar al nuestro, DE GARAY LANUS, Ignacio, *La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana*, tesis presentada para optar por el título de Magíster en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2019: “La verdadera finalidad del régimen establecido (...) será la ‘protección del patrimonio de la persona humana con fines alimentarios’”. Invoca a su favor las normas atinentes a la subrogación real y a los frutos. Concluye: “Y como lo que se logra con ello es proteger a la persona, a sus bienes, a su patrimonio, para así poder vivir en forma adecuada, de acuerdo a sus necesidades y eventualmente la de sus beneficiarios, para poder desarrollarse en todos los planos de la vida, brota la dignidad como fundamento axiomático del régimen instaurado” (p. 105).

pesar de la modificación objetiva padecida. Mediatemente, se satisfacen más y mejor las necesidades alimentarias de los beneficiarios. De allí que la subrogación real es conveniente para el interés de los beneficiarios, aunque no desatienda los intereses ajenos.

Un simple análisis nos demuestra que no se protege directamente a la vivienda (objeto), sino que lo que se trata es de cuidar la subsistencia de los beneficiarios de la afectación.

La atipicidad de la subrogación real permite la extensión de un criterio similar a situaciones que guardan una gran afinidad con ese instituto. Nos referimos a la vivienda en el marco del matrimonio y de las uniones convivenciales, en donde no hay una norma expresa que habilite a la subrogación real, pero sería francamente disvalioso no permitirle en esos escenarios pues también allí encontramos situaciones dignas de ser conservadas. Piénsese, verbigracia, en los créditos resultantes de una destrucción de la vivienda matrimonial; esos derechos personales deberán resultar inejecutables por los acreedores de conformidad al régimen de vivienda matrimonial, pues aquellos constituyen un verdadero objeto sustituto.

Pero también la concepción atípica, inspirada en el principio de conservación puede coadyuvar a alcanzar la respuesta a los siguientes interrogantes: ¿la subrogación está circunscripta a la existencia de una regla positiva? ¿Debe interpretarse restrictivamente?

Como adelantamos, el Código Civil y Comercial finalmente reglamentó a la subrogación real de la vivienda en el art. 248. Ello lo hizo para cumplir así con la exigencia doctrinaria y adecuarse al criterio seguido por varios precedentes judiciales.

Pero la pregunta que formulamos fue objeto de grandes discusiones durante el régimen derogado. Todo pasaba por dilucidar si podía aplicarse la subrogación real frente a la ausencia de mención alguna a ella en la ley 14.394. Obviamente, la discusión ha perdido buena parte de su importancia, pero subsiste

parcialmente su interés para determinar los alcances de la subrogación: si ellos han de ser amplios o restringidos a la fría letra legal.

En nuestra opinión, nunca debió dudarse acerca de la operatividad de la subrogación real de la vivienda a pesar de la falta de imposición legal, no solo por la incidencia del principio de conservación, sino también por las finalidades propias que busca tutelar la vivienda, por la ausencia de perjuicio a los acreedores y por el diseño constitucional al efecto.

Analicemos sucintamente cuáles fueron las principales posiciones asumidas por la doctrina y la jurisprudencia.

En el año 1992 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se pronunció por la tesitura negativa en “Anda, Blanca de las Nieves”<sup>198</sup>. Quienes eran titulares del derecho real de condominio sobre un inmueble afectado al régimen solicitaron la declaración de que el inmueble que se iba a adquirir sustituía al afectado a los efectos de perdurar la tutela. Se petitionó que la registración respecto del nuevo inmueble se “retrotraiga” a la fecha de la constitución originaria. En ambas instancias la solicitud fue denegada en base a dos argumentos centrales: 1) la ley no prevé a la subrogación real de la vivienda, instituto que sería excepcional y de interpretación restrictiva por modificar la regla del patrimonio como “garantía común” de los acreedores; y 2) la ausencia de acreedores —tal como se lo había indicado al interponer la acción— haría que la cuestión devenga abstracta por falta de intereses contrapuestos.

La sentencia fue anotada por Alejandro Borda, quien sostuvo que si bien el fallo se ajustaba a “derecho”, no sería la solución “más justa”, de allí que propuso una reforma legislativa<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> CNCiv., sala L., “Anda, Blanca de las Nieves”, 21/5/1992, La Ley 1992-E, 387.

<sup>199</sup> BORDA, Alejandro, “La sustitución de un bien de familia (necesidad de una reforma legislativa)”, La Ley 1992-E, 387.

Prestigiosa doctrina había adherido también a la tesitura negativa con fundamento en la ausencia de disposición legal habilitante<sup>200</sup>.

Uno de los casos más relevantes en la temática fue “Kipperband”<sup>201</sup>. El constituyente había sido declarado en quiebra. Posteriormente, solicitó que se declare la subrogación como “bien de familia” de un nuevo inmueble que se adquiriera para reemplazar al originario, a los efectos de que con el precio de venta excedente se pueda pagar los créditos de los acreedores a los que les resultaba inoponible la afectación. Pretendía, por lo tanto, conservar la afectación sobre un nuevo objeto y que este quede exento de la agresión de los restantes acreedores. El 3 de febrero de 1997, al resolver una acción de amparo, en el voto de la Dra. Graciela Medina —al cual adhirieron Roland Arazi y Juan Furst— se expusieron variados argumentos para hacer lugar a la subrogación real de la vivienda. Extraeremos las ideas centrales.

Se manifestó cierta perplejidad al advertir que tres principales fuentes del Derecho, —la legislación positiva, la doctrina y la jurisprudencia —, no acompañaban plenamente la solución.

---

<sup>200</sup> Así, MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavalia, Buenos Aires, 1993, tomo 2, p. 83; AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, 2001, p. 399. Esta última autora, en un aporte posterior, luego de aseverar que la subrogación real está “lejos está de integrar los principios generales del derecho” expresó: “...hemos sostenido que sólo podría aceptarse la posibilidad de la sustitución (...) si en una futura reforma legislativa se incorporara y reglamentara adecuadamente la figura. El profundo sentido de justicia que emerge del fallo en comentario nos conduce a rever una posición tan estricta y frente a la total ausencia de perspectivas de una intervención del legislador contemplando esta hipótesis; mientras ello no ocurra, no podemos menos que compartir la decisión” (AREÁN, Beatriz, “La posibilidad de desafectar parcialmente el bien de familia”, JA 2004-IV-106).

<sup>201</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, “Kipperband, Jacobo c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 03/02/1997, JA, 1995-III, 58.

Se acudió a la normativa suprallegal y se concluyó que la vivienda familiar ostenta protección constitucional y convencional:

“Considero fundamental señalar que ‘la garantía constitucional de protección a la vivienda familiar ampara no sólo el derecho de los dueños sobre la vivienda, sino también el derecho de la vivienda de que gozan legítimamente quienes no lo son’ (...). El derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre nacido de vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho personal o real de disfrute...”.

En virtud de esas consideraciones se previno que una adecuada tutela judicial impondría la subrogación real, puesto que de otra manera el derecho se vería avasallado por el interés de los acreedores, lo cual sería una solución “axiológicamente disvaliosa” que priorizaría el interés estrictamente económico.

Se hizo mérito de la falta de perjuicio a los acreedores y de lo conveniente para los beneficiarios:

“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 (...) la sustitución no perjudica a los terceros, quienes no ven ni empeorada, ni mejorada su situación, y es favorable a los beneficiarios”.

También se invocó a la libertad del deudor para fortalecer la argumentación, ya que la imposibilidad de subrogar implicaría una “suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo lugar”, argumento que se hubiese fortalecido de invocarse los principios de *favor debilis* y *favor debitoris*.

Se remarcó la importancia de la solución tuitiva de la subrogación real ponderando los riesgos a los que se sometería a los beneficiarios de no admitirse la subrogación real:

“El titular (...) en quiebra con acreedores a los cuales el bien de familia les es inoponible, se arriesga a que el bien se subaste para satisfacer los créditos fiscales y que el remanente entre a la masa común (...). Si al constituyente del bien de familia se le niegan acciones declarativas (...) y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción (...) la protección de la vivienda familiar resulta inexistente”.

Se explicitaron ciertas razones por las cuales, en su criterio, la ausencia de disposición legal explícita al efecto era irrelevante para la solución del caso. En efecto, se sostuvo que los jueces no pueden omitir el juzgamiento por oscuridad o defectos de la ley positiva, máxime que deben acudir a los principios generales del derecho, en cuyo catálogo se encontraría la subrogación real, con recepción legislativa en otros institutos aplicables por analogía<sup>202</sup>.

En el año 2002 otro caso jurisprudencial brindó argumentos a favor de la tesis permisiva. Se trata de la acción entablada por “Botto, Dardo y otra”<sup>203</sup>. La plataforma fáctica fue la siguiente: mediante un acto jurídico escriturado se había sustituido el inmueble afectado por otro. Al momento de rogar su registración, esa subrogación documentada fue observada. Los recursos de “reconsideración” y de “recalificación” fueron infructuosos: la ausencia de disposición legal habilitante imposibilitaría esa sustitución y su registración, máxime que se adujo que el efecto “retroactivo” podría ocasionar perjuicios a los acreedores posteriores a la afectación originaria. Al llegar la cuestión a la Sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario se “revocó” la resolución del Director General del Registro recurrida. Se esgrimieron diversos argumentos.

---

<sup>202</sup> Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 78.

<sup>203</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, “Botto, Dardo y otra”, 15/10/2002, LLLitoral 2003(febrero), JA 2003-IV-79.

El tribunal se hizo cargo del silencio de la ley positiva a través de la invocación de los principios generales del Derecho, entre los cuales se encontraría el de la subrogación real. Como es discutible la naturaleza de “principio” de la subrogación real, se dijo que podría llegarse a una solución similar mediante el recurso de la analogía, teniendo en cuenta los diversos preceptos del ordenamiento que aplican la subrogación, sin perjuicio de que la equidad y la justicia también la impondrían.

Al hacer tema con la naturaleza excepcional que parte de la doctrina asigna a las disposiciones que tutelan la vivienda se dijo:

“...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 strictissimae interpretatione’”.

Se señaló el interés familiar involucrado en la vivienda, elemento que en su criterio debería presidir la aplicación de sus normas para el cumplimiento de los fines esenciales del grupo y de sus integrantes.

Se dijo que la subrogación real tendría una nota de “neutralidad” frente a las posiciones jurídicas de “acreedor” y de “deudor”, pues en su pensar beneficiaría a ambas investiduras:

“...lo hace en favor del acreedor cuando, por ejemplo, el derecho del embargante se traslada al precio obtenido por la enajenación del bien embargado, y lo hace en beneficio del deudor si la oponibilidad de la cualidad de inembargable remonta a la fecha del primer bien de familia. Y así operan las razones de justicia y equidad a que antes se aludiera: en el primer supuesto se premia la diligencia del acreedor primer embargante y en el segundo la diligencia y prudencia con que actuó el constituyente del bien de familia”.

Se manifestó que los acreedores anteriores a la afectación no sufrirían daño alguno, pues para ellos “la situación no varía”; en cambio, para el constituyente y los beneficiarios la negativa a la subrogación conculcaría el derecho a la vivienda familiar de base

constitucional y supraconstitucional; se alcanzaría, en su criterio, una solución axiológicamente disvaliosa por priorizar el interés económico<sup>204</sup>.

También se ponderó la necesidad de tutelar la libertad de los individuos, que se vería ciertamente subyugada si no se permitiera mantener la tutela a pesar de su movilidad.

La decisión de la sala fue reproducida en pronunciamientos posteriores<sup>205</sup>. Nelson Cossari relata:

“Ante los reiterados fallos de la sala I de la Cámara Civil de Apelaciones de Rosario, la que de acuerdo al art. 18 de la ley registral santafesina 6435 entiende en alzada contra las decisiones de los recursos de recalificación del Director de Registro de Rosario, el mismo por Instrucción de Servicio N° 1/2003, decidió adecuarse a la doctrina judicial imperante evitando así un desgaste judicial innecesario en pro de la economía procesal”<sup>206</sup>.

Un pronunciamiento posterior de la Sala “D” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil insistió en la postura negativa:

“...la figura de la sustitución (...) no está prevista en la ley (...), por lo que no puede ser receptada jurisprudencialmente, toda vez que se trata de una ley de excepción y que, por lo tanto, debe ser interpretada restrictivamente...”<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Nelson Cossari, al anotar el fallo, afirmó: “Dos principios generales surgen en aparente contradicción cuando se examina esta cuestión: el patrimonio como garantía de los acreedores y la subrogación real. Ambos se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico argentino” (COSSARI, Nelson G. A. “Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia”, LLLitoral 2004 (marzo), 127; DJ 2004-2, 1110).

<sup>205</sup> Así, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, “Gil, Jorge A.”, 11/06/2003, DJ 2004-1, 887.

<sup>206</sup> COSSARI, “Sustitución...”, pp. 127 y ss.

<sup>207</sup> CNCiv., sala D, “Vaiser, Lidia c. Registro de la Propiedad Inmueble”, 11/02/2008.



Se advertirá que el asunto no estaba resuelto. En el año 2005, para finiquitar las discusiones, las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Buenos Aires recomendaron la positivización legal de la subrogación real en esta materia. Es lo que ya había propuesto el Proyecto de 1998 y lo que finalmente adoptó el Código Civil y Comercial.

Se ha dicho con acierto que el legislador debe atender y receptar la realidad fáctica, lo que ocurre si se reconoce la tutela jurídica a la subrogación<sup>208</sup>.

Como dijimos en otro lugar de esta obra, nada hay de ficción en la subrogación real, sino que ella está fundada lisa y llanamente en la realidad de las cosas. Si la vivienda hoy está asentada en determinado inmueble, ¿cómo podríamos negar la realidad social de la movilidad de la residencia de las personas humanas? ¿Cómo podría sostenerse que la simple mutación de asiento ha provocado una extinción y, en su caso, una nueva constitución? ¿No se ajusta más a la realidad una sana continuidad? La sustitución, producida en la realidad de los hechos, tiene por efecto la modificación objetiva de la situación jurídica respectiva, en virtud de la incidencia del principio de conservación y –en particular– de la regla del art. 248 del Código Civil y Comercial<sup>209</sup>.

Ya resaltamos que es un hito en la evolución jurídica del régimen de vivienda que se le haya asignado a la subrogación real una regla especial. Pero también dijimos que al hacerlo no se le desconoció su estrecho contacto con la órbita de los principios.

En efecto, nada hay en la ley que nos haga pensar que debamos atenernos a una aplicación estricta o limitada del art.

---

<sup>208</sup> JUNYENT BAS, Francisco y GIMÉNEZ, Sofía I., “La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial”, RDF 80, 129.

<sup>209</sup> Ello no desmiente que en ocasiones sea necesaria la existencia de un “acto jurídico”, incluso formal, que modifique el asiento de la situación jurídica. Remitimos al lector al §8.2.5.1.c) del Capítulo I y al §5.4.1.1.f) del Capítulo V.

248. Ninguna norma nos impone estar “a la literalidad de los términos utilizados” (art. 1062, Código Civil y Comercial). El principio de conservación de las situaciones jurídicas nos impone realizar una interpretación extensiva para cobijar supuestos que no están explícitamente captados por la norma. Ello es conveniente para el interés de los beneficiarios (arg. art. 255, incs. b], c] y d], Código Civil y Comercial), aunque no desatienda los intereses ajenos.

A las preguntas que nos planteamos, respondemos: la subrogación real no está circunscripta a una regla positiva y su operatividad no es de interpretación restrictiva<sup>210</sup>; es que como concluimos en el Capítulo I, ella no se fundamenta en la ficción.

### 7.8.2. No perjudica a los acreedores

Se razonó de manera interesante para sostener la ausencia de perjuicios a los acreedores que deben tolerar la subrogación real:

“¿Qué perjuicio puede traerle la subrogación real? Francamente, no vemos ninguno. En primer lugar, si el deudor no puede sustituir un inmueble por otro (...), es seguro que no lo enajenará con lo que la situación del acreedor no ha de mejorar. Más aún, es probable que empeore, toda vez que no es descabellado pensar que la razón (...) sea

---

<sup>210</sup> Se ha expresado que la interpretación restrictiva sería “antagónica” con el manto protectorio constitucional y por ello “inaceptable” para el magistrado (ZAVALA, pp. 37 y ss.); también se rechaza la nota de lo restrictivo, por la energía de los caracteres y los sólidos fundamentos, lo que llevaría a una interpretación guiada y presidida por la jerarquía de los derechos tutelados y el interés familiar (RODRÍGUEZ REMIS, Mariano, “Sustitución o permuta del inmueble afectado al régimen de vivienda. La necesidad de reformar el art. 248, Cód. Civ. y Com. de la Nación”, SJA 13/11/2019, 33; JA 2019-IV); en igual sentido, se puso de resalto que la interpretación restrictiva impetrada no sería conciliable con las reglas de interpretación del Código, puesto que el elemento gramatical no debería prevalecer sobre la finalidad de la norma que tendería a la tutela de un derecho humano, lo que haría suponer que en caso de duda la protección debería ser mayor (ARIANNA, Carlos A. “Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes”, RDF 85, 215).

la de disminuir gastos, y si éste fuera el motivo, la imposibilidad de hacer esa operación lleva a prever una cada vez menor posibilidad de cumplir con la obligación. En segundo lugar, el acreedor puede verse beneficiado si es que el bien que se adquiere es de menor valor (...) [L]a diferencia podrá ser destinada a atender el crédito”<sup>211</sup>.

Partiendo de la regulación que finalmente adoptó el Código Civil y Comercial, las ideas transcriptas nos merecen las siguientes reflexiones.

Es cierto que la subrogación real no le produce perjuicio alguno al acreedor. En principio su situación es idéntica a la que tenía con anterioridad al hecho sustitutivo. Pero no creemos que *per se* la subrogación real lo favorezca.

El beneficio al acreedor vendrá dado, no por la subrogación real en sí, sino por las particulares circunstancias que rodeen al caso (búsqueda de disminución de gastos, venta favorable, etcétera).

Es incuestionable que si el objeto sustituto es menos valioso que el sustituido, la diferencia “podrá” ser destinada a solventar el crédito de un acreedor al cual le resultaba inoponible la afectación originaria. Más allá de ese supuesto, en principio, la subrogación real se habrá producido parcialmente sobre el nuevo inmueble (hasta donde alcance su valor). Pero no vemos razones para impedir que el excedente dinerario siga protegido. Es más: creemos que ello lo impone el principio de conservación y es lo que surge de las reglas previstas (arts. 248 y 249 *in fine*, Código Civil y Comercial) ¿A qué efectos? Para que se cumpla con la finalidad del régimen: la protección del patrimonio del constituyente para la satisfacción de las necesidades de los beneficiarios. Así, podría

---

<sup>211</sup> BORDA, Alejandro, p. 387 y ss. Conforme: BONANNI, Mariano A., “Subrogación del bien de familia”, LA LEY2001-B, 1154.

utilizarse el dinero excedente para adquirir muebles para el nuevo inmueble, realizar mejoras, etcétera<sup>212</sup>.

Ahora bien: ese excedente, si no se lo utiliza para esos objetivos, podría ser atacado por el acreedor insatisfecho, pues no podría impedirse la ejecución si no se estuviera cumpliendo la finalidad tuitiva. De igual manera, el titular de ese dinero podría contar con la aquiescencia correspondiente (arg. art. 250, Código Civil y Comercial) para utilizarlo a los efectos de cumplir con sus obligaciones o disponer del mismo con otra finalidad.

Si, por el contrario, el objeto sustituto es más valioso, creemos que se asistirá a una subrogación real que mantendrá la afectación del nuevo objeto por una parte de su valor y no por su totalidad (arg. art. 244, Código Civil y Comercial)<sup>213</sup>. La subrogación no

---

<sup>212</sup> Conforme: ZAVALA, pp. 37 y ss. El autor también plantea: "...siempre que en relación con ellos no se adopten medidas conducentes a evitar su confusión, ese remanente podrá diluirse en el resto del patrimonio ya que no está previsto un sistema de anotación y en ese caso perdería el beneficio protectorio...".

En el Capítulo I nos ocupamos de los problemas probatorios que puede atravesar la subrogación real en general. Por su parte, en el Capítulo III, al tiempo de tratar los efectos principales de la subrogación, abordamos la temática de los "objetos no individualizados".

<sup>213</sup> También relacionan la cuestión de la subrogación real con el art. 244, o sea con la afectación de una fracción del valor: VENTURA, Gabriel B., "Afectación de la vivienda, art. 244, Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 80, 73; ZAVALA, pp. 37 y ss. Asimismo lo había hecho KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998", en Revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 18, 2001, p. 9.

Otros autores, en cambio, invocaron que la cuestión debía resolverse a través de la aplicación de las pautas del denominado "abuso del derecho" (art. 10, Código Civil y Comercial), de allí que en su pensar no correspondan "topes rígidos", sino "límites" con criterios "flexibles" (Véase TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo II, pp. 126-127 y sus citas). Véase también el §4.2 del Capítulo III cuando hicimos tema con la noción de la pretendida "equivalencia" entre los objetos sustituto y sustituido.

genera “plusvalías” en la situación jurídica: únicamente la conserva. De allí que el excedente o ganancia obtenida por una enajenación ciertamente provechosa derivada de una verdadera “oportunidad inmobiliaria” podrá ser agredido por los acreedores.

Ello no quiere decir que la porción de valor que exceda a la afectación originaria esté totalmente desprotegida. Debe distinguirse adecuadamente la porción de valor que subsiste resguardada en virtud de la subrogación real, de aquella que será tutelada en función de un nuevo acto para amplificar la afectación. O sea, la subrogación real tiene su “tope” en el valor de la afectación primigenia. Pero no se descarta que pueda afectarse también la porción de mayor valor del nuevo objeto, aunque no será a través de la subrogación real sino mediante un nuevo acto de afectación con sus efectos propios.

Los acreedores a los que les resultaba oponible la afectación originaria no podrán atacar el nuevo objeto, hasta la medida de valor correspondiente. Pero sí podrán hacerlo con relación al valor excedente, pues la afectación de ese fragmento patrimonial les resulta inoponible, ya que por hipótesis su acreencia sería anterior a esa amplificación. En cambio, los acreedores posteriores al hecho subrogatorio y al nuevo acto de amplificación, no podrán atacar ninguna de las “porciones” de valor. En el decir de Zavala:

“...la protección general estará dada desde la fecha de afectación inicial al régimen y no desde el día de la sustitución, pero sin afectar los derechos de los acreedores cuyos créditos se generaron entre la constitución y la subrogación, a quienes les será inoponible la parte de la ampliación objetiva”<sup>214</sup>.

En lo sustancial, los Cossari coinciden con estas apreciaciones, aunque muestran cierta perplejidad al hacer tema con las dificultades de valuación de los inmuebles:

---

<sup>214</sup> ZAVALA, Gastón A., “Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”, DFyP 2018 (diciembre), pp. 37 y ss.

“Ahora si bien existen valores presuntamente objetivos para saber cuál es la relación de los mismos —valuación del impuesto inmobiliario, precio de las escrituras— más lo cierto es que la realidad indica que ello no es así. Por lo pronto ante tal carencia no parece que el registro pueda arrogarse ninguna facultad para ‘aclarar’ el límite o porcentaje alcanzado (...). [A]nte la controversia dependerá de las tasaciones que se hagan de los inmuebles”<sup>215</sup>.

Es natural que no deba extremarse la rigurosidad del análisis. Debemos admitir el funcionamiento de la subrogación real con relación a la “totalidad” del valor del objeto sustituto aun cuando tenga un mayor valor, siempre y cuando la diferencia se mueva dentro de los parámetros de lo razonable, o sea, que no sea esa diferencia no sea “ostensible”<sup>216</sup>. Las importantes diferencias harán aplicar, como venimos diciendo, la idea de la subrogación real parcial<sup>217</sup>.

Ventura se hace cargo de un supuesto muy particular en el cual el inmueble sustituto podría ser de mayor valor:

“...bien podría ocurrir que un deudor de mala fe invirtiera un mayor valor en su nueva casa, burlando así a los acreedores. El bien tutelado, luego de esta maniobra ardida, habría incorporado un valor excedente que no era, antes de ello, objeto de tutela alguna. Dicho valor se habrá apartado injustamente de la regla de la garantía común...”.

Nótese, sin embargo, que no es necesaria la “mala fe” en el deudor para la operatividad conjunta de los arts. 244 y 248. No se precisa una falta de diligencia suya, ni mucho menos un actuar doloso de su parte. El deudor puede considerar, en plena buena fe, que habrá de hallarse en la posibilidad patrimonial de hacer frente

---

<sup>215</sup> COSSARI, Leandro y COSSARI, Nelson, “Algunas cuestiones pendientes...”, pp. 3 y ss.

<sup>216</sup> Véase §4.2, Capítulo III.

<sup>217</sup> Véase §9.2.1, Capítulo I.

a sus obligaciones, y de todas maneras ingresar en la esfera de la inoponibilidad de ese excedente de valor.

Pero el autor se muestra escéptico respecto de las implicancias de esa conexión normativa:

“...en verdad, aun receptada la posibilidad de subrogación real, que exigiría, con una dosis de perfeccionismo exagerada, que la vivienda fuera del mismo valor que la que ingresa a la afectación, mediante una protección a una parte de su valor, se restará practicidad a la protección. Se desdibuja la figura en su elemento esencial, que es la tutela de la vivienda como protección, cobijo y techo”<sup>218</sup>.

Como veremos en el Capítulo III, la subrogación real no está atada a la idea de “equivalencia” de valor entre los objetos sustituido y sustituto. No creemos que la solución reste “practicidad a la protección”, ni que “desdibuje” la tutela.

Ante todo, porque como previamente aclaramos, debemos ponderar las distintas clases de acreedores involucrados: para los posteriores a la subrogación y a la amplificación de la afectación la oponibilidad del régimen será plena, como al igual lo será la “tutela”. Por otro lado, sí creemos que se “desdibujaría” la tutela, por exorbitante, si se protegiera la nueva vivienda *in totum* cuando exista una ostensible diferencia en los valores. Es que, en definitiva, se costearía el mayor valor del inmueble con el crédito de los acreedores insolutos<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> VENTURA, p. 73.

<sup>219</sup> Para otra corriente doctrinaria la afectación por subrogación no se realiza considerando los valores, sino que procede por el todo. Sabene funda esta postura en distintos argumentos: 1) el “tinte constitucional del bien jurídico protegido”; 2) la inexistencia de “tope de valor para la afectación originaria”; 3) la literalidad del art. 248 que no impondría límite alguno al respecto; 4) la “realidad social, cultural y económica” que demostraría que el mayor valor de un inmueble no siempre deriva de “dimensiones o lujos mayores”, pues podría estar atado a, por ejemplo, la ubicación. En su criterio, no sería lógico presumir la intención de perjudicar a los acreedores con esta “herramienta jurídica”. Aunque

En síntesis: la subrogación real no debe ni puede perjudicar a los acreedores, pues ella está fundada en el principio de conservación: no busca la destrucción ni la construcción, simplemente el mantenimiento de la situación existente. La eficacia de la vivienda perdura a pesar de la mutación objetiva, con el mismo alcance que ostentaba con anterioridad. De esta manera se concilia el principio de conservación con la inmunidad de los terceros.

### 7.8.3. Cumple con las mandas constitucionales

En el punto anterior nos posicionamos en la órbita de los acreedores insatisfechos. Falta hacer mérito con la situación del deudor. Se ha dicho:

“...la imposibilidad de realizar tal sustitución se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en el mismo lugar. Es necesario prever la movilidad<sup>220</sup> de las familias, la que puede darse por diferentes motivos (entre los que bien pueden destacarse razones laborales o económicas tendientes a disminuir erogaciones) con la posibilidad de mantener la protección legal. Creemos necesario proteger el hogar familiar contra las contingencias (objetivas o subjetivas) de la vida. Buena parte de la cohesión y la estabilidad

---

finaliza su desarrollo admitiendo la posibilidad de entablar la acción de fraude del art. 339 para obtener una declaración de inoponibilidad en la medida del excedente de valor. Con este criterio el autor pretende “no atribuir al registrador una función que es propia del juez” (SABENE, Sebastián E., en SABENE, Sebastián E. (Director) y PANIZZA, Leopoldo M. (Coordinador), *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, La Ley, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 2017, pp. 279-280).

<sup>220</sup> La idea de la movilidad aparece en numerosos autores: Así, GUASTAVINO, Elías, “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?”, JA 1997-III-89; BONANNI, pp. 1154 y ss.; ZAVALA, pp. 37 y ss.; JUNYENT BAS y GIMÉNEZ, pp. 129 y ss.



familiar residen en saber que la vivienda no será agredida. No ha sido otro el motivo que ha tenido el constituyente de 1957...”<sup>221</sup>.

El ordenamiento jurídico tutela ampliamente la facultad de las personas de migrar su domicilio real, que por cierto constituye un atributo de su personalidad. El art. 77 del Código Civil y Comercial regla: “*Cambio de domicilio*. El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella”. Concordantemente, el art. 344 *in fine* dispone que “se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil”.

Imposibilitar la subrogación real de la vivienda hubiera afectado gravemente la libertad de la persona humana y no solo contrariaría al espíritu de la legislación, sino también a la carta fundamental (arts. 14 *bis in fine* y 19, Constitución Nacional) y al menos a uno de sus objetivos declarados: “asegurar los beneficios de la libertad”. Y la libertad se vería aún más comprometida cuando la sustitución objetiva sea “forzada”, así en los casos de una destrucción del objeto o de una expropiación.

---

<sup>221</sup> BORDA, Alejandro, p. 387 y ss. Conformes: MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año VI, núm. 10, p. 72 y TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo II, p. 124, coinciden en que la imposibilidad de realizar una sustitución, podría entenderse como una suerte de constreñimiento a vivir indefinidamente en un mismo lugar y que motivos económicos, laborales, de salud, de seguridad, etcétera, llevan a las personas a mudar su domicilio.

Está implicada aquí la “autodeterminación” individual que debe ser tutelada, en particular, respecto del lugar donde la persona humana decide realizar el emplazamiento de su hogar<sup>222</sup>.

Pensamos con Nelson Cossari que en esta cuestión campea un “principio general jusnatural”<sup>223</sup>. Las pautas otorgadas por la naturaleza y por el plexo constitucional justifican plenamente a la subrogación real. Hay aquí una situación jurídica digna de ser conservada.

Existe una multiplicidad de normas que tutelan los fines alimentarios a los que atiende la vivienda. Por de pronto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, proclamó textualmente en el art. 25 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia (...) la vivienda”, la que tiene además rango constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, de nuestra Ley Fundamental. El artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, que introdujo la reforma de 1957, al referirse a la seguridad social en sentido genérico, dijo: “En especial 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”<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> MESQUIDA y KOON, p. 72; TOBIÁS, José W. en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo II, p. 125.

<sup>223</sup> COSSARI, Nelson G. A. “Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia”, *LLLitoral* 2004 (marzo), 127; *DJ* 2004-2, 1110.

<sup>224</sup> Véase al respecto ALTERINI, Jorge H., “Protección constitucional de la vivienda familiar”, *JA*, 1992-IV, p. 772; también en “Protección de la vivienda en el caso del último beneficiario sobreviviente del bien de familia, que además se convirtió en su único titular”, *Temas de Derecho Privado IV*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1993, pp. 69 y ss.

La subrogación real cumple con la preceptiva constitucional, e incluso podría decirse que ello lo hace con una “sana excedencia”. Mientras que el art. 14 *bis* apunta a “la protección integral de la familia” y a “la defensa del bien de familia”, el régimen de vivienda protege también a quien no tiene familia. De allí que la cuestión pueda tener una mejor lectura desde la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce a todas las personas el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure su vivienda.

### **7.9. Armoniza intereses públicos y privados**

La ley 21.499 sobre “expropiaciones” que rige a nivel federal, dispone en su art. 28: “Ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquella libre de todo gravamen”. Similar idea es la que inspiró al art. 67: “Si la ocupación temporánea afectase a terceros, los derechos de éstos se harán valer sobre el importe de la indemnización”.

Es lógico que a la utilidad pública que es consustancial a la expropiación (art. 1º, ley 21.499) no sea factible contraponerle intereses particulares para detenerla. Pero son inexorables los esfuerzos conciliadores de los intereses públicos con los privados; esa armonización puede alcanzarse sin comprometerlos gravemente admitiendo el progreso de la expropiación para dejar subsistentes las situaciones jurídicas ahora con relación a un nuevo objeto: la indemnización expropiatoria.

Quiere decir que la subrogación real facilita la concreción de los intereses públicos sin sacrificar fatalmente los derechos de los particulares. Es la armonización entre dos intereses en juego: uno público, en cabeza del Estado que busca cumplir sus fines con la

celeridad pertinente, y otro individual que es el propio de los particulares que resultan afectados por tal actividad<sup>225</sup>.

Otras normas interesantes pueden también encontrarse también en el marco del derecho público: las del decomiso. La subrogación real allí impide que los intereses públicos se vean diezmados frente a las “desapariciones” de los objetos originariamente decomisables.

Para la mayoría de esas cuestiones hay norma expresa. Pero, como hemos visto, la situación debe amplificarse hasta alcanzar una verdadera concepción atípica, pues ello es una exigencia del principio de conservación.

Consideremos ahora un caso particular. En ciertas ocasiones el Estado puede tener interés en trasladar determinadas comunidades indígenas a otro lugar del territorio. Es sabido que en ese caso deberá otorgarle a la comunidad unas tierras “sustitutas”. Sería francamente ilógico que esas tierras no ostenten la misma protección que las que la comunidad tenía originariamente. Creemos que es posible de la mano de la teoría que analizamos alcanzar el resultado buscado: la conservación de la situación respectiva.

#### **7.10. Obsta al estancamiento de los bienes e impide el desmantelamiento de los complejos de objetos**

El dinamismo propio de las actividades económicas se ve facilitado por la subrogación. Así, en el supuesto de una transmisión fiduciaria de determinados objetos, el

---

<sup>225</sup> “...la expropiación tal como está legislada en nuestra Constitución Nacional, es un instituto concebido para conciliar los intereses públicos con los privados. Y la conciliación no existe si éstos se sacrifican sustancialmente a aquéllos y si no se compensa al propietario la privación de su bien, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro similar al que pierde en virtud del desamparamiento” (CSJN, “Nación Argentina c. Roca de Schroder, Agustina”, 22/06/1976, Fallos 295:157, entre otros).

aprovechamiento económico del activo fideicomitido no es congelado pues el fiduciario podrá adquirir nuevos bienes que por subrogación real pasarán a formar parte del patrimonio fideicomitido<sup>226</sup>.

Sin la subrogación real se correría el riesgo de que en ciertas circunstancias los bienes adquiridos ingresen en el patrimonio general del fiduciario, lo que atentaría contra todo fin del fideicomiso, máxime que podría configurarse una violación elíptica de lo dispuesto por el art. 1676 del Código Civil y Comercial que prohíbe al fiduciario “adquirir para sí los bienes fideicomitados”. El patrimonio especial estaría “condenado” al fracaso y frente a la desconfianza que generaría, los bienes podrían permanecer estancos.

Si bien puede estar alejado de la idea del patrimonio especial a la manera del fideicomiso, en el ámbito de las denominadas “agrupaciones de colaboración”, como de las “uniones transitorias” o los “consorcios de cooperación”, se acuña el concepto del “fondo común operativo (arts. 1455, incs. f y h; 1458; 1459; 1464, inc. f; 1474, incs. f y p, Código Civil y Comercial). Como no puede ser de otra manera, también esos “fondos” se conservan mediante la subrogación real.

Una circunstancia similar ocurre en el régimen de ausencia. Es sabido que el ausente que reaparece puede reclamar los bienes que le correspondían. Pero dado que el ordenamiento jurídico entiende que no sería valioso que esos bienes permanezcan inmóviles durante tanto tiempo, decidió otorgarle validez a ciertas enajenaciones. Pero como también es digno de tutela el interés del ausente, este podrá reclamar los objetos sustitutos que correspondan a esas enajenaciones.

---

<sup>226</sup> AICEGA, María V., “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”, RCCyC 2017 (octubre), 130.

La concepción atípica permite que en estos casos se prescinda de un apego excesivo a la literalidad de los textos y vislumbrar todos los supuestos en la que ella puede producirse.

De lo que venimos diciendo podrá notarse que la subrogación real también puede asumir la función de impedir el desmantelamiento de los complejos de objetos. No sería adecuado que las simples enajenaciones de los elementos de una universalidad pudieran poner en peligro la subsistencia de la integridad de ese conjunto de bienes.

La subrogación real viene a solventar esa contingencia, pues por ella los nuevos objetos ocuparán el lugar patrimonial de aquellos a los cuales reemplazan. Podría reprochárseles que tal peligro existiría en las enajenaciones a título gratuito; es cierto que la subrogación real no tiene nada que hacer allí, pues no se produciría la sustitución objetiva que es esencial en toda subrogación real. Pero no es menos cierto que el Derecho no prescinde de esa circunstancia y procura poner un límite a la destrucción de las masas patrimoniales restándole eficacia a ciertos actos a título gratuito, al menos cuando superen un cierto umbral jurídicamente tolerable (arts. 28, 45, 337, 340, 392, 480, 1895, 2258, 2283, 2444, entre otros, Código Civil y Comercial), aunque a veces con excesos que no se condicen con la tutela de la buena fe<sup>227</sup>.

### **7.11. Permite la satisfacción del interés del acreedor**

La subrogación real tiene la aptitud de conservar la relación jurídica obligacional frente a la sustitución del objeto de la prestación frente a la imposibilidad de cumplimiento, sea esta inimputable o imputable al deudor. De tal manera, si se debiera una cosa determinada y esta desapareciera de la esfera patrimonial del deudor, el acreedor podría enderezar su crédito

---

<sup>227</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., “La buena fe...”, pp. 47 y ss.

hacia el objeto que la haya sustituido para de esa manera satisfacer su interés.

### **7.12. Brinda una adecuada tutela del crédito**

Tanto en la esfera conceptual de los derechos reales de garantía<sup>228</sup>, como en la de los privilegios<sup>229</sup>, la subrogación real tiene plena aplicación como medio para tutelar la eficacia de un crédito. En ambos casos hay una norma expresa que así lo habilita, aunque como veremos el principio de conservación impone que no debe limitarse la aplicación de aquella a lo estrictamente regulado. De esa manera se satisface plenamente la importante función de la subrogación real de conservar las situaciones jurídicas respectivas para de esa manera salvaguardar al crédito garantizado.

### **7.13. Posibilita las restituciones**

Son diversos los motivos por los cuales una persona puede estar constreñida a restituir un objeto a otra. A todo evento, al momento de hacerse efectiva la restitución, es posible y a veces incluso probable que los objetos respectivos hayan sido enajenados a un adquirente con una titularidad irreprochable. No sería ventajoso imposibilitar la restitución con apoyatura en la “desaparición” del objeto, por lo que el débito deberá desplazarse hacia el objeto de reemplazo. Similar es lo que ocurre cuando la reivindicación no es posible realizarse sobre el objeto originario del

---

<sup>228</sup> El art. 2194 del Código Civil y Comercial norma: “*Subrogación real*. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real. En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

<sup>229</sup> Dice el art 2584 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”.

derecho real respectivo, como también en la situación particular de la acción de petición de herencia. Si ya no es posible restituir el objeto inicial, la subrogación real obliga a la restitución del sustituto.

#### **7.14. Asegura el respeto debido a quien efectúa liberalidades**

El donatario debe gratitud al donante, so pena de incurrir en una causal que habilite la revocación de la donación para imponer un débito de restitución del objeto donado. A veces sería muy simple eludir este deber si la subrogación real no entrara en juego, pues simplemente bastaría, verbigracia, vender el objeto a un tercero de buena fe.

Entonces, es preciso afirmar que para solucionar esa notoria injusticia, es menester conservar la situación jurídica: ello es posible a través de la subrogación real en su concepción atípica.

Así las cosas, el objeto sustituto de esa enajenación podrá ser alcanzado por la revocación de la donación, razón por la cual el donatario tendrá un constreñimiento mayor para comportarse con la gratitud que le debe al donante, pues si así no lo hiciera él podría encontrarse frente a la fatal consecuencia de perder el objeto de su titularidad.

#### **7.15. Favorece el cumplimiento de los cargos impuestos en los actos jurídicos**

Fundaremos el aserto de este acápite acudiendo a la ejemplificación con los cargos que se le imponen al donatario. El art. 1570 del Código Civil y Comercial establece que “la donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos (...). El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses”.



La subrogación real asiste a que no sea posible frustrar la revocación por la mera desaparición del objeto donado del patrimonio del donatario. A pesar de la literalidad del artículo transcrito pareciera que el donante, frente a la imposibilidad de requerir la restitución del objeto por una sustitución del mismo, habrá de tener la opción entre reclamar el valor “pecuniario” del mismo, o incluso el valor consistente en el “objeto sustituto”.

#### **7.16. Inspira a contratos que suponen operaciones económicas consistentes con la disposición material o jurídica**

Existen numerosas convenciones patrimoniales que en su dinámica traen aparejada una disposición material del objeto. Piénsese en el contrato de maquila (ley 25.113), en donde es indispensable la transformación material de una “materia prima” para alcanzar un “producto final”. Allí, el nuevo objeto continuará con la afectación que le corresponda<sup>230</sup>.

Otros contratos han menester que la subrogación real opere en los contornos propios de la disposición jurídica para provocar que el objeto que sustituya al originario sea el nuevo asiento del contrato. Piénsese en el contrato de consignación, o sea el “mandato sin representación”<sup>231</sup> para la compraventa de cosas muebles (arg. arts. 1335 y 1341, Código Civil y Comercial). De modo que los bienes adquiridos por el consignatario con los objetos entregados por el consignante integran las relaciones jurídicas entre esos sujetos.

#### **7.17. Tutela el esfuerzo común**

Es posible que la autonomía de la voluntad de los integrantes de una unión convivencial se encamine a la eventual distribución

---

<sup>230</sup> Véase §5.2.1.4, Capítulo V.

<sup>231</sup> Véase §3.5, Capítulo V.

de los bienes que fueran adquiridos mediante un esfuerzo en común (art. 514, Código Civil y Comercial).

La única manera de identificar cuáles son los objetos que entran en tal categoría es a través de la subrogación real, pues una situación jurídica engendrada mediante el esfuerzo común, como lo es cuando ingresa a la esfera patrimonial a través de la colaboración monetaria de ambos convivientes, conservará esa calidad a pesar del objeto originario, pues el objeto de reemplazo también deberá ser considerado como adquirido mediante ese esfuerzo común<sup>232</sup>.

#### **7.18. Favorece la estabilidad a través de la virtualidad de la prescripción**

Creemos que la subrogación real puede incursionar en distintos andariveles del instituto de la prescripción, sea esta adquisitiva o extintiva. Volveremos sobre ello en el Capítulo III<sup>233</sup>.

Recuérdese que la prescripción se funda en la seguridad jurídica, de modo que la subrogación real aplicada en ella es una nueva demostración de que nuestro instituto contribuye a la adecuada observancia de ese valor jurídico.

---

<sup>232</sup> Véase §3.8.3, Capítulo V.

<sup>233</sup> Véase §3.4, Capítulo III.

## **CAPÍTULO III**

### **LA SUBROGACIÓN REAL COMO HECHO GENERADOR DE EFECTOS JURÍDICOS**

#### **1. HECHO JURÍDICO SUBROGATORIO**

##### **1.1. Acontecimientos en el Derecho**

Como adelantamos en el Capítulo I, la subrogación real siempre es un hecho jurídico ya que es un acontecimiento cuyos efectos, asignados por el principio de conservación o inspirados en este, consisten en la modificación del objeto de una determinada situación jurídica. Es el momento de profundizar su análisis respecto de la teoría general del hecho jurídico.

Nos parece claro que la conceptualización del art. 257 del Código Civil y Comercial comprende sin esfuerzos a la subrogación real. De esa norma surgen dos ideas centrales:

1. El hecho jurídico es, ante todo, un acontecimiento.
2. Ese acontecimiento, produce ciertos efectos jurídicos porque el ordenamiento jurídico así lo determina.

Aunque a veces se lo olvide, el hecho jurídico es ante todo un “hecho”, vocablo bajo el cual ingresa todo acontecimiento o suceso

que acaece en la realidad. López de Zavalía<sup>1</sup>, desde una concepción amplísima, entiende que la palabra “hecho” comprende:

“...no solo el vocablo que conviene a la substantivación del participio de “hacer”, sino también a la substantivación de cualquier otro participio (...) [L]a voz “hecho” tomada como común substantivación de los respectivos participios, sirve para designar esa existencia, estado, acción o pasión, no en cuanto se verifica, sino en cuanto, en un momento dado, se la toma como algo consumado, ya en tiempo pasado, presente o futuro (...) [D]esigna por ende a todo acontecimiento, suceso, producción, existencia, estado, acción, pasión, positivos o negativos, cognoscibles según el estado actual de nuestra cultura”.

El hecho producido en la realidad deviene jurídico cuando adquiere relevancia jurídica<sup>2</sup>, es decir, cuando produce efectos o consecuencias en el plano del Derecho. El maestro tucumano sostuvo que el hecho jurídico “vive encaballado” en dos “mundos”: el mundo del “ser”, o sea en la realidad exterior, y el del “deber ser” o plano jurídico:

“En el mundo del ser están los hechos, los acontecimientos que se ven, se tocan, se oyen, se captan con los sentidos, o se infieren a través de otros hechos. En el mundo del deber ser están las normas. Pues bien: el hecho jurídico vive encaballado sobre ambos”.

El hecho jurídico no solo es algo que sucede en la realidad, sino que forma parte del mundo de lo jurídico a través de las normas que los contemplan, sean reglas o principios. Por eso, se

---

<sup>1</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “La definición del hecho jurídico”, trabajo inédito publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 25/09/2006.

<sup>2</sup> Se ha dicho que “...el ordenamiento valora la trascendencia social, económica o práctica de un acontecimiento con el propósito de escrutar si es digno de poseer relevancia jurídica y, en tal caso, le ha de asignar unos efectos jurídicos...” (BUERES, Alberto J., “Hechos y actos (o negocios) jurídicos. Aspectos metodológicos y conceptuales”, *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, 2012, p. 130).

dice, el hecho jurídico integra el supuesto de hecho de las normas, el *tatbestand*, la *fattispecie*, el *factum* que activa la regla o el principio.

La subrogación real es una sustitución de objetos que sucede en el mundo real, es decir, fácticamente; pero ella es calificada, o sea que con ciertos presupuestos y requisitos conforma el hecho jurídico “subrogación real”, a veces previsto como supuesto de hecho por las reglas y siempre inspirado en el principio de conservación de las situaciones jurídicas.

Huelga aclarar que el art. 257 del Código Civil y Comercial no tiene la mirada escueta de pensar que únicamente la ley es la que asigna los efectos jurídicos al hecho, puesto que al apuntar al “ordenamiento jurídico” implícitamente está aludiendo a las distintas fuentes del Derecho.

## **1.2. Clasificación**

### **1.2.1. Planteamiento**

Un análisis responsable de la subrogación real nos impone situarla en distintos criterios clasificatorios de los hechos jurídicos. Ello contribuirá al correcto entendimiento de su naturaleza jurídica y de las diferentes consecuencias prácticas que le siguen a ello.

### **1.2.2. Esquema general**

#### **1.2.2.1. Explicación**

Los hechos jurídicos son “humanos” cuando provienen del ser humano y son “externos” cuando tienen una causa extraña a aquel.

Los hechos jurídicos humanos se denominan “actos”. Esos actos son “voluntarios” cuando son ejecutados con discernimiento, intención, libertad y se manifiestan por un hecho exterior (art.

260, Código Civil y Comercial); en cambio, son “involuntarios” los actos en los que falla alguno de esos requisitos internos o externos de la voluntad.

Suele decirse que los actos pueden ser “lícitos” o “ilícitos” según si están o no permitidos o prohibidos por la ley. Acaso podamos utilizar una terminología distinta a la que es habitual en este ámbito, para decir que pueden existir actos con “juridicidad” o con “antijuridicidad”. De ese modo, nos adecuaríamos a las modernas tendencias del derecho de daños que prescinden de la noción clásica de “ilicitud” de las acciones humanas para adoptar la de “antijuridicidad” como presupuesto del deber de responder. Los actos con “antijuridicidad” pueden serlo por razones “formales”, cuando signifiquen la violación directa de una regla, o bien “materiales”, cuando el actuar humano cause un daño a otro sin justificación suficiente (art. 1717, Código Civil y Comercial).

El acto voluntario será “simple” cuando consista en un actuar no prohibido por el ordenamiento jurídico del cual resulte alguna adquisición, modificación o extinción de situaciones jurídicas (art. 258, Código Civil y Comercial). En ellos el ordenamiento jurídico adjudica un efecto que no es buscado directamente por su autor.

El acto voluntario será “jurídico” cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico y tenga por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de situaciones jurídicas (art. 259, Código Civil y Comercial).

#### **1.2.2.2. Aplicación a la subrogación real**

La subrogación es un hecho jurídico. Esa coincidencia inicial en cuanto al género no desmiente que puedan considerarse diversas categorías de subrogaciones que asuman a su vez diferentes especies de hechos jurídicos.

La naturaleza específica de la subrogación real no necesariamente coincidirá con la del hecho que le antecede; así,

podrá estar precedida por un acto ilícito de un sujeto y no por esa razón tal naturaleza será contagiada al hecho subrogatorio.

Así como la muerte de una persona en sí misma no deja de ser un hecho jurídico por haber sido causada por el acto ilícito de un homicida, la subrogación real no es necesariamente determinada en su naturaleza por el hecho que le antecede. Debemos distinguir diversos escenarios y hacer jugar categorías que analizamos en el Capítulo I.

La sustitución en ocasión de una “disposición jurídica” alcanzará la categoría de “acto”, por constituir un hecho humano, pero no podrá ser catalogado de “jurídico”, pues el obrar de los sujetos intervinientes en un acto de enajenación no tiene por fin inmediato a la sustitución, sino más bien a la transmisión de derechos. Así, en un contrato de compraventa se pretende la transmisión del derecho real de dominio, pero el objetivo inmediato de las partes no es la sustitución de objetos, a pesar de que genere el ámbito adecuado para que ella ocurra.

Albaladejo sostiene que es:

“...equivocado, desde el punto de vista del Ordenamiento decir que siempre, el hecho jurídico voluntario es el consistente exclusivamente en una conducta humana. Pues al no incluir dentro del hecho jurídico las consecuencias de la conducta, se deja fuera de este el resultado exterior de la misma...”<sup>3</sup>.

Es decir que es tanto hecho jurídico humano (acto) voluntario la compraventa, como la sustitución objetiva que sobreviene con ocasión de ella. La compraventa será acto jurídico, por su finalidad inmediata. La sustitución, un simple acto lícito.

Es diferente cuando la sustitución es “forzada”, verbigracia por la destrucción o expropiación del objeto. Aquí la sustitución

---

<sup>3</sup> ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El hecho jurídico”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, 1955, p. 365.

importará un mero hecho jurídico, por cuanto no hay aquí una finalidad substitutiva inmediata o mediata.

En cambio, si la substitución es el resultado de una “opción” en la que interviene el titular de la situación jurídica, estaremos frente a un verdadero acto jurídico, unilateral o bilateral, pues aquí la finalidad inmediata del obrar humano es la de alcanzar la modificación objetiva (art. 259, Código Civil y Comercial). Será unilateral, verbigracia, el cambio del asiento en el régimen de vivienda por otro inmueble que se encuentra dentro del mismo patrimonio<sup>4</sup>; bilateral, por ejemplo, el contrato entre el nudo propietario y el acreedor hipotecario a través del cual se modifica el sustrato objetivo de la garantía real<sup>5</sup>.

### 1.2.3. Criterios específicos

#### 1.2.3.1. Según su duración

Hay hechos jurídicos que agotan su vida casi instantáneamente; ejemplos de ello son la concepción, el nacimiento, la muerte, o incluso el apoderamiento fáctico de un inmueble.

Otros hechos jurídicos, que han sido denominados hechos-estado, perduran. Se ejemplifica con la posesión o tenencia que implican “poderes de hecho” sobre las cosas (art. 1909, 1910, Código Civil y Comercial) y se pierden, justamente, cuando se pierde ese señorío fáctico (art. 1931, Código Civil y Comercial).

La subrogación real no alcanza a ser un hecho-estado, en razón de su fugacidad.

---

<sup>4</sup> Véase §5.4.1.1.f), Capítulo V.

<sup>5</sup> Roca Sastre puntualizó: “Claro que, en rigor, también habrá subrogación real aunque el cambio de cosa afectada sea independiente de todo acto dispositivo (...) por ejemplo, si marido y mujer acordasen que la hipoteca dotal pasare a gravar otra finca del marido...” (ROCA SASTRE, p. 282).



### 1.2.3.2. En función del valor para la producción del efecto

La doctrina propuso la distinción entre “hechos que fundamentan el efecto y hechos que no lo fundamentan” en los siguientes términos<sup>6</sup>: los primeros serían los que son fuente del efecto, y los otros los que dan ocasión a que el efecto se produzca, o sea que contribuirían para que otro hecho despliegue su eficacia.

Nótese que no habría óbice para que un mismo hecho pueda desempeñar ambos papeles. En la escena de la subrogación real deben distinguirse adecuadamente dos hechos: el propio de la sustitución y aquel que le antecede o le sirve de apoyo.

Por ejemplo, es sabido que el contrato de compraventa tiene por finalidad inmediata transmitir el derecho real de dominio de una cosa; sus efectos son las correspectivas obligaciones de entrega y la de pagar el precio adeudado. Como derivación de esa compraventa podrá haber lugar para el hecho sustitutivo; este último no se confundirá con el acto (hecho humano) que le sirve de base, máxime que puede haber nacido el contrato de compraventa y todavía no haberse producido la sustitución, la cual se provocará una vez que acaezca el efectivo egreso y correspondiente ingreso de un objeto. Ello solamente ocurrirá con el cumplimiento obligacional a través de la tradición (arts. 750, 865, 1892 y 1924, Código Civil y Comercial)<sup>7</sup>.

En el ejemplo dado, el hecho que fundamenta la modificación objetiva es la subrogación real; la compraventa no lo fundamenta, pero sí da ocasión o contribuye para que la sustitución objetiva se produzca.

---

<sup>6</sup> Véase ALBALADEJO GARCÍA, pp. 353-355.

<sup>7</sup> De allí que no creemos del todo acertadas posturas tales como las que sostienen que la subrogación real, en su caso, “es un efecto de la venta” (ALSINA ATIENZA, p. 214).

### 1.2.3.3. Respecto de su composición

Los hechos jurídicos “simples” requieren para su configuración tan solo un acontecimiento; por ejemplo, la muerte consiste en el cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas (art. 36, ley 27447). Los hechos jurídicos “complejos” requieren varios acontecimientos para ser tales; así, un contrato requiere la integración de dos voluntades, una oferta y una aceptación. Téngase presente que los llamados hechos complejos no son una mera yuxtaposición de hechos simples, sino que en aquellos la pluralidad fáctica queda fundida en una unidad conceptual.

La subrogación real siempre es un hecho jurídico complejo, en razón de que, además del resto de sus requisitos, en el fondo de ella siempre debe existir un reemplazo objetivo, el cual solamente puede producirse con la conjunción de dos hechos: un objeto egresa y otro ingresa a la situación respectiva.

Los acontecimientos que integran un hecho complejo pueden darse de manera “simultánea” o “sucesiva”, según si ha menester que todos ellos acaezcan en determinado momento o bien que puedan realizarse a lo largo de un período con dependencia o no a un orden cronológico. De tratarse de un hecho de formación sucesiva, durante el interregno se asistiría a una fase de pendencia en la cual los efectos quedarían en suspenso<sup>8</sup> y una vez acaecidos todos los requisitos –por regla– se dispararían los efectos hacia el futuro y sin retroactividad<sup>9</sup>.

La subrogación real admite cierta configuración “sucesiva”, puesto que, v.gr., el ingreso del objeto sustituto puede ser precedente al egreso del objeto sustituido. De allí que pueda

---

<sup>8</sup> Véase ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963, §17, pp. 30-31; BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1971, tomo I, §14, pp. 20-21 y §17, pp. 24-25.

<sup>9</sup> ORGAZ, §6, p. 18 y su nota 16, §17, pp. 30-31; BREBBIA, §19, pp. 25-26.

presentarse la mentada fase de pendencia, como analizaremos en este Capítulo al estudiar las diversas “vicisitudes” de la subrogación.

#### 1.2.3.4. Con relación a su contenido

Los hechos jurídicos son “positivos” cuando implican un cambio en la realidad circundante; los hechos “negativos”, por su parte, significan un mantenimiento de la situación fáctica existente. Ejemplo del primero es la infracción del deber genérico de no dañar a través de la causación de un daño no justificado. Del segundo, el cumplimiento de una obligación de no hacer, tal como la de no revelar determinada información confidencial.

La subrogación real es un típico hecho jurídico positivo, en tanto que implica una sustitución de objetos que tiene por efecto la modificación objetiva de una situación jurídica determinada.

#### 1.2.3.5. Tocante a sus efectos

La subrogación real, en función de los efectos que le son propios, consiste en un hecho jurídico modificativo, pues su consecuencia primordial es la de modificar el objeto de una determinada situación jurídica. Albaladejo asevera:

“...es preciso advertir que el efecto jurídico no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción de cualquier modificación en el mundo jurídico, es decir, de cualquier alteración en la situación jurídica preexistente. Utilizando el término *situación* en un sentido lato, para indicar la realidad jurídica en su conjunto...”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> ALBALADEJO GARCÍA, pp. 348-349. Esa debe ser la lectura respecto del art. 257 del Código Civil y Comercial: “*Hecho jurídico*. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

### 1.3. Algunas implicancias en la *praxis*

#### 1.3.1. ¿Acreditación mediante actas notariales?

Si la sustitución objetiva consiste en un hecho jurídico, debemos preguntarnos si acaso no será posible constatarla a través de las denominadas actas notariales, que son caracterizadas como “los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos” (art. 310, Código Civil y Comercial). Las actas tienen un valor probatorio circunscripto a los hechos que el notario tiene “a la vista, a la verificación de su existencia y estado” (art. 312, Código Civil y Comercial).

Como lo recuerda Orelle, las actas notariales solamente comprenden el “universo de hechos no negociales”<sup>11</sup>. Esos hechos no alcanzan a ser considerados bajo el prisma de los “actos jurídicos”.

Descartamos que la subrogación real en sí misma pueda ser acreditada por un acta notarial. Es que, como vimos, se trata de un hecho fugaz que no se repite.

¿Podría constatarse en el acta el acaecimiento de los requisitos de la subrogación real? No; al menos no todos ellos. En realidad lo que podría constatarse es ciertos puntos del aspecto fáctico de la subrogación. En nuestro esquema de requisitos, a veces podría coadyuvar para acreditar el requisito el “sustantivo”. Pero no podría constatarse lo “jurídico” de la subrogación: su presupuesto, su requisito negativo consistente en la ausencia de disposición legal en contrario, sus efectos modificativos, etcétera.

El requisito sustantivo es la “sustitución” que se produce en el mundo de la realidad, el reemplazo fáctico que implica que un objeto haya sido sustituido por otro. La sustitución precisa, pues, de un objeto sustituido y uno sustituto. Pero seamos claros en algo:

---

<sup>11</sup> ORELLE, José M. R., “Actos e instrumentos notariales”, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 205.

la sustitución en sí misma no podría ser acreditada por el acta y mucho menos el requisito adjetivo de la relación de causalidad subyacente.

Un acta notarial podría constatar aspectos como los siguientes: 1) que un objeto salió total o parcialmente de la esfera de poder de una persona (así, por el estado de pérdida o deterioro de una cosa, en virtud de un incendio, derrumbe, etcétera; o bien por la entrega de dinero u otras cosas); 2) que otro objeto ingresó o está en la mentada esfera (por ejemplo, podría constatar la existencia de cierta suma dineraria reservada en una caja de seguridad o en una cuenta bancaria); 3) la contemporaneidad entre el egreso y el ingreso; etcétera.

Tanto la idea de que exista una “sustitución” como que ella es “causal” implicarían juicios valorativos que son extraños a la fe pública<sup>12</sup>.

Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 2017 concluyeron de manera unánime respecto de las actas notariales que:

“1.- El artículo 312 del CCyCN reitera los principios del artículo 296, inciso a), del mismo cuerpo legal, por lo que a estos documentos notariales se les aplica también el valor probatorio de esta última norma. 2.- Los efectos del citado artículo 296, inciso a), se aplica a lo percibido, realizado y narrado por el notario. El valor probatorio de las actas se extiende a lo percibido no sólo por la vista, sino por los demás sentidos”.

La ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires distingue entre diferentes tipos de actas notariales, respecto de las cuales nos interesan para el presente análisis las reguladas en el art. 87, que norma las actas de “presencia y comprobación”. Mediante ellas el

---

<sup>12</sup> Sobre los juicios que el notario realiza en las instrumentaciones, véase TRANCHINI, Marcela H. (Directora) y HOTZ, Francisco (Coordinador), *Tratado de derecho notarial*, Astrea y FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2021, tomo I, pp. 417 y ss.

escribano puede “autenticar hechos que presencie y cosas que perciba”, en su caso “comprobar su estado” o “su existencia”. Si tuvieren por objeto “comprobar la entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas”, deberán individualizarlos y describirlos de manera inequívoca y completa. También se habilita a dejar “constancia de las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes, sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados”.

### 1.3.2. Notas marginales

Carlos A. Pelosi conceptualiza a las “notas” de la siguiente manera:

“Entiéndese por nota en el protocolo, en sentido estricto, la atestación o constancia hecha fuera del cuerpo o texto de la escritura, al margen o pie de la misma, sobre hechos de diversa naturaleza que tienen relación con su contenido y/o con determinadas obligaciones que deben ser cumplidas principalmente por el escribano autorizante”<sup>13</sup>.

Destacamos que la “nota” es una constancia sobre diversos “hechos” que tienen relación con el acto instrumentado; la subrogación real puede ser uno de esos acontecimientos relevantes.

En este Capítulo, al hacer tema con la prueba y la publicidad en la subrogación real, nos ocuparemos del art. 466 del Código Civil y Comercial. Allí veremos que esa norma utiliza a las “notas” como una auténtica manifestación de la publicidad instrumental, puesto que tienden a dar a conocer a terceros circunstancias que

---

<sup>13</sup> PELOSI, Carlos A., “Las notas en el protocolo”, *Revista del Notariado* N° 622, pp. 287 y ss.

son relevantes respecto de las situaciones jurídicas surgentes del instrumento<sup>14</sup>.

### 1.3.3. Eficacia sustancial del acto jurídico subrogatorio

La subrogación real puede constituir un verdadero acto jurídico; ello ocurrirá cuando exista la finalidad inmediata de modificar el objeto de una situación jurídica, sustituyéndolo por otro. Como todo acto jurídico, deberá cumplimentar todos los presupuestos (capacidad y legitimación) y habrá de ostentar todos los elementos esenciales que lo caracterizan. Si esos requisitos no están cubiertos originariamente, habrá una falla en el “ser” del acto jurídico subrogatorio y este nunca habrá visto la luz.

Verbigracia, existen supuestos en los que la subrogación real, como acto jurídico, debe canalizarse en escritura pública. Por ejemplo, el acto jurídico contractual subrogatorio no escapará a las reglas formales previstas en el art. 1017 y habrá de ser otorgado mediante escritura pública cuando persiga la “modificación” de un derecho real inmobiliario.

Pero la ineficacia también puede ser sobreviniente, por ejemplo, por la resolución del acto jurídico. Por ejemplo, si en el acto de sustitución de una vivienda por otra que se encontraba en el mismo patrimonio, exteriorizado en una escritura pública, se manifestó que se tuvo en miras que la nueva habitación tenga una localización más cercana a un establecimiento en donde el titular cumple con determinada actividad laboral, la extinción del contrato de trabajo podría perjudicar la subsistencia de ese acto jurídico, pues habrá quedado desprovisto de finalidad subjetiva.

---

<sup>14</sup> Sobre esta temática, puede verse con provecho la obra de URBANEJA, Marcelo E., *Publicidad cartular. Paradigma de la seguridad jurídica preventiva en los derechos reales inmobiliarios*, Astrea y FEN Editorial Notarial, Buenos Aires, 2021. En particular, las pp. 88-91 sobre las “notas” y 162-163 sobre el mentado art. 466.

#### 1.3.4. Inserción de modalidades

El acto jurídico subrogatorio puede ser sometido a modalidades. Son imaginables hipótesis de subrogaciones reales sometidas a plazos o condiciones suspensivas o resolutorias.

Piénsese en el caso en el cual el dueño del inmueble pacta con el titular de la hipoteca la modificación del asiento de la garantía por otra porción de madre tierra, con la motivación de una posible enajenación provechosa (hecho condicionante) que habrá de materializarse libre de toda carga real. En su caso, estaremos frente a un acto jurídico bilateral y patrimonial: un verdadero contrato, pero modal.

#### 1.4. La entidad y magnitud de los efectos

Los efectos del hecho jurídico subrogatorio están iluminados por las bases conceptuales de la “entidad” y la “magnitud”. ¿Qué debe conservarse? Ello lo responde la idea de “entidad”. ¿En qué medida debe hacérselo? Ello está determinado por el concepto de “magnitud”.

La conservación habrá de perdurar la situación jurídica “dentro de la medida de lo material y jurídicamente posible” para que entonces ella se vea afectada en la menor medida<sup>15</sup>. Como hemos visto, ese es precisamente el rol de los principios jurídicos, pues ellos son “mandatos de optimización” que determinan que algo deba producirse en la mayor medida que sea permisible.

La subrogación real, por obra del principio de conservación, conservará la sustancia de la situación jurídica (entidad), y ello lo hará en la mayor medida, según lo física y jurídicamente posible (magnitud)<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SAUX, p. 187.

<sup>16</sup> Nuestro criterio es compatible con un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual se dejó en claro que la subrogación real no es un sustento idóneo para atribuir más derechos que



## 2. EFECTOS PRINCIPALES

### 2.1. A. Perdurabilidad sustancial

#### 2.1.1. Noción

La subrogación real, a través del principio que la fundamenta, persigue la conservación y ello lo alcanza a través del efecto que denominamos como “perdurabilidad sustancial”.

Acierta Roca Sastre al afirmar que los efectos de la subrogación real:

“...consisten, precisamente, en mantener para el nuevo elemento la misma situación jurídica afectante al anterior elemento patrimonial sustituido. Hay un trueque o cambio de cosas, pero este trueque o cambio no afecta a la situación jurídica preexistente que calificaba o afectaba a la cosa sustituida o cambiada; dicha situación permanece fija, inalterada e inmutable (...). Esta persistencia o adaptación de la misma relación o situación jurídica a la cosa substitutiva o sucedánea constituye el fenómeno o juego íntimo de la subrogación real”<sup>17</sup>.

El autor traza un paralelismo con un tinte de manifiesto realismo, al afirmar que los efectos ocurren:

“...en idéntica manera que se mantiene una misma línea o cable de transmisión de energía eléctrica, a pesar de haber sido sustituidos o cambiados los postes que la soportan”<sup>18</sup>.

A partir de la analogía planteada por el jurista español, podemos ahondar un poco más en el asunto. Es cierto que el tendido de transmisión eléctrica (situación jurídica) se mantendrá a pesar del cambio de su soporte (asiento u objeto). Distinto sería

---

los que con anterioridad se tenía (CSJN, “García Pérez, Juan c. Agua y Energía Eléctrica Empresa del Estado – Intendencia de Riego Río Negro Superior”, 26/10/1989, Fallos: 312:1981).

<sup>17</sup> ROCA SASTRE, p. 283.

<sup>18</sup> ROCA SASTRE, pp. 290-291.

cuando la modificación sea del ducto eléctrico en sí (sustancia de la situación jurídica), ya que la desigualdad consecuente de la transmisión de energía sería difícilmente eludible, incluso a pesar de que se hayan mantenido los mismos postes originarios que lo sostienen (asiento u objeto).

Nótese que designamos a este apartado como “perdurabilidad sustancial”. Es que pensamos que la noción de “sustancia” puede brindar una pauta iluminadora respecto a qué es lo que se conserva.

Es cierto que cuando se modifica el objeto de una situación jurídica también se lo hace respecto de ella misma, pero podemos acudir a la noción de “sustancia” para advertir cuál es el *substratum* que perdura a pesar de ese cambio de asiento.

Desde un plano estrictamente filosófico la sustancia consiste en aquella realidad permanente que se mantiene idéntica bajo las modificaciones<sup>19</sup>.

Realizaremos una precisión desde una perspectiva netamente jurídica a partir de la aplicación al caso de la norma del art. 2129 del Código Civil y Comercial. Es sabido que el titular de un derecho real de usufructo no puede “alterar la sustancia” del objeto sobre el cual recae su poder jurídico. Ordinariamente ese objeto consistirá en una cosa, razón por la cual las pautas referentes a la modificación de la “materia” o a la “forma” nos resultarán irrelevantes. Pero ese derecho real puede tener por objeto a otros derechos (situaciones jurídicas) cuando la ley así lo establezca. Y allí el Código, en seguimiento del Proyecto de 1998, determina que la alteración de la sustancia se producirá cuando se “menoscabe” al derecho<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase §4.2, Capítulo II.

<sup>20</sup> Según HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, versión española de Diez Pastor y González Enríquez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 363: “...siendo la sustancia, conforme al significado primario que se da a esta palabra, algo corporal, (...) se

“Menoscabar” significa “disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”, o “deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía”. Por tanto, habrá alteración de la sustancia toda vez que nos encontremos frente a cualquier escenario que produzca un desmedro en la aptitud de los derechos para satisfacer plenamente los actos que los sustentaran<sup>21</sup>.

Aplicando esas ideas al ámbito que nos ocupa: la modificación del objeto no ha de alterar por menoscabo a la situación jurídica respectiva.

#### 2.1.2. Irrelevancia de la naturaleza del objeto sustituido

La historia del Derecho evidencia la formulación de un clásico adagio acerca de los efectos de la subrogación real: *subrogatum sapit naturam subrogati*. El alcance de esta máxima, que literalmente significaría que el subrogante mantiene la naturaleza del subrogado, fue objeto de grandes controversias; esta regla, según Bonnecase:

“...sólo ha engendrado confusiones (...); por otra parte (...) presenta, por lo menos etimológicamente, los efectos de la subrogación real de una manera inexacta”<sup>22</sup>.

---

necesita acudir (...) a una cierta intelectualización”. Según Pepe: “...la conservación de la sustancia del derecho (...) consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como el objeto y la causa del objeto gravado y, en algunas situaciones, el cambio de sujetos. Dicha limitación (...) está íntimamente vinculada a los actos de disposición del mismo que gravitan sobre su sustancia” (PEPE, Marcelo, “Usufructo de fondo de comercio”, La Ley 2007-C, 1103).

<sup>21</sup> Véase ALTERINI, Francisco J., “Estructura...”, pp. 1058 y ss.; ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo II, §1652, p. 621.

<sup>22</sup> BONNECASE, §22, p. 24.

Por su parte, Savaux dijo que la concepción resumida en la mentada frase latina estaba conforme al “espíritu objetivista” del derecho medieval, el cual habría ignorado la noción de derecho subjetivo, lo que habría llevado a la distinción entre las cualidades extrínsecas e intrínsecas de los objetos<sup>23</sup>. Afirma que la adquisición de la naturaleza del objeto no es de la esencia de la subrogación. Además, según él, el análisis de la subrogación real se habría vuelto subjetivista y se percibiría más como la transferencia de un derecho de un objeto a otro objeto que como el reemplazo de uno por otro<sup>24</sup>.

Es cierto que de alguna manera el análisis debe dirigirse no tanto a los objetos, sino más bien a la situación jurídica, pues el efecto de la subrogación real es el de perdurar a esta. No tenemos que caer en los equívocos de considerar que los objetos adquieren “calidades” (v.gr., de “propio” o “ganancial”) que van traspasándose de unos a otros. El elemento que fluctúa es el objeto, y no la situación jurídica que lo cobija.

No es posible considerar que se “transfiera” algo de la “naturaleza” del objeto, pues en rigor lo único que ocurre es una mutación del asiento de una situación jurídica. Sin embargo, nótese que aquella es la idea que domina en la doctrina.

Según Andrés Santos:

“Que el subrogado adquiriera la «naturaleza» del objeto sustituido no significa, obviamente, que cambie su naturaleza intrínseca, sino simplemente que queda revestido del carácter que éste asumía en la situación jurídica en que se encontrara (...). Supone, pues, la sujeción de la contraprestación a la misma disciplina particular a la que estaba sujeto el bien enajenado o perdido”<sup>25</sup>.

Galli afirma:

---

<sup>23</sup> SAVAUX, §52, p. 11.

<sup>24</sup> Ídem, §53, p. 11.

<sup>25</sup> ANDRES SANTOS, p. 734.

“...mediante la subrogación real se prolonga la protección de los derechos, traspasando a los nuevos bienes la garantía que soportaban los que han sido sustituidos, o se extiende a ellos la potestad que sobre los mismos correspondía al titular”<sup>26</sup>.

Así las cosas:

“Quienes tenían algún derecho para invocar respecto del bien enajenado o destruido, lo pueden hacer valer sobre el bien que lo ha reemplazado, en la medida en que la naturaleza de éste lo permita”<sup>27</sup>.

En términos abarcativos se ha dicho que los objetos nuevos tendrán la misma “condición jurídica” que los antiguos<sup>28</sup>.

Lafaille menta:

“En los efectos, debe observarse que el bien subrogado ingresa en el patrimonio con los mismos gravámenes o idéntica afectación que su predecesor. Es lo que se llama ‘condición jurídica’ (...). Todo, sin perjuicio de que el derecho positivo pueda restringir estas consecuencias, porque razonamos en el orden doctrinario”<sup>29</sup>.

Ello ha sido explicado, también, a través de la idea de la “identidad jurídica” de los objetos involucrados, la cual residiría en la idea de valor y equivalencia, y que tendría por efecto extender el “mismo régimen jurídico”<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> GALLI, tomo II, §1473b a 1473m, pp. 473-480.

<sup>27</sup> Ídem, §1473k, p. 478.

<sup>28</sup> “El bien subrogado entra en el patrimonio, gravado con los mismos derechos o, si se prefiere, sujeto a la misma afectación que pesaba sobre el bien enajenado. Lo anterior significa que ese bien tendrá la misma condición jurídica que el antiguo...” (GALLI, tomo II, §1473d, p. 476; REZZONICO, p. 455, quien cita un fallo de la Cámara Comercial [J.A., 1947-III-630] en donde se asevera que “la condición jurídica del bien enajenado pasa de pleno derecho al elemento que lo sustituye).

<sup>29</sup> LAFAILLE, pp. 269-270.

<sup>30</sup> CERBAN, p. 96.

### 2.1.3. Las situaciones jurídicas con inherencia objetiva

Como regla general podría decirse que en las situaciones jurídicas *intuitu rei* el objeto es parte de la sustancia del derecho, pues su modificación importará un indudable menoscabo; en cambio, si ella no es *intuitu rei*, su asiento podría considerarse como un mero accidente<sup>31</sup>. De allí que respecto de aquellas no pueda producirse la conservación. Ello nos movió a tratar esta temática en el Capítulo I al hacer tema con el presupuesto de funcionamiento de la subrogación real.

Enfatizamos que aquí rigen las ideas de las que ya nos hemos hecho cargo en otra parte de esta obra. La conservación buscará la perdurabilidad en la mayor medida posible; por ello no debe descartarse que pueda hablarse con propiedad de la subsistencia de una situación jurídica a pesar de que ella haya sido menoscabada parcialmente, ya que en ese caso también ella habrá sido conservada parcialmente. En otras palabras: no debe alarmar al intérprete que el nuevo objeto no permita la conservación plena o total de la situación jurídica, pues alcanzarla es una aspiración que no siempre podrá concretarse en la práctica (así, las facultades

---

<sup>31</sup> Téngase presente la parte final del art. 935 del Código Civil y Comercial: “cualquier modificación accesorio de la obligación primitiva, no comporta novación”; o sea que las modificaciones no sustanciales no importan una extinción de la relación jurídica. El artículo ejemplifica con “la entrega de documentos suscriptos por el deudor en pago de la deuda”. Orgaz sostuvo: “A veces las modificaciones tienen una importancia secundaria con respecto al derecho mismo: por ejemplo, la modificación del lugar del cumplimiento; la ampliación del plazo de vencimiento; la reducción o el aumento del objeto material del derecho (por avulsión, aluvión, etc.); las modificaciones relativas al precio de la contraprestación; etcétera (...). Otras veces, la modificación causa un cambio más radical del derecho, sin que éste haya cambiado propiamente en cuanto a su regulación jurídica: por ejemplo, cuando, por incumplimiento culpable de la obligación, ésta se transforma en la de pagar daños y perjuicios” (ORGÁZ, §26, pp. 45-46).

que se tienen con un derecho real de garantía sobre un inmueble no tendrán exactamente la misma medida cuando aquel recaiga sobre el precio que sustituya a la cosa)<sup>32</sup>.

## **2.2. B. Modificación accidental, cualitativa y objetiva**

### **2.2.1. Noción**

La situación jurídica puede ser conceptualizada como el emplazamiento de un sujeto en el Derecho. Por situación jurídica entendemos a un género comprensivo de muchas realidades<sup>33</sup> cuyos mayores exponentes son las relaciones y los poderes jurídicos, pero que no se agota en éstos.

Las situaciones jurídicas que cuenten con un objeto que les sirva de asiento podrán ser conservadas a través de la subrogación real. La regla es que las situaciones jurídicas no son inherentes a un objeto en particular, por lo que podría sostenerse que el objeto es una suerte de accidente de aquellas. En otras palabras, si bien su variación no es indiferente, sí es tolerable, ya que al no formar parte de la sustancia, la situación jurídica podría subsistir.

Ya adelantamos que la subrogación real, en función de sus efectos, es siempre un hecho jurídico modificativo<sup>34</sup>. Dice Llambías:

“Entre ambos extremos del nacimiento y de la muerte de un derecho se desenvuelve su existencia con toda suerte de vicisitudes: son los cambios, alteraciones, incrementos que inciden sobre el derecho, todo lo cual entra, como dice De Ruggiero, en el concepto de

---

<sup>32</sup> Bien se ha dicho que “el hecho (...) de que el derecho conservado por el principio de la subrogación pierda algunas de sus características, casi siempre en casos muy especiales, no impide el juego de este principio, siempre que el derecho pueda trasladarse sobre otro bien sin perder su esencia misma” (MARÍN PADILLA, p. 1196).

<sup>33</sup> Véase §6.3, Capítulo I.

<sup>34</sup> Según TOMASSETTI, p. 817, el instituto de la subrogación real se encuadra en los eventos modificativos del objeto de la “relación jurídica”.

*modificación* del derecho, tan variable en sus múltiples especies, que es imposible pretender hacer una adecuada clasificación de ellas”<sup>35</sup>.

Existe cierta creencia acerca de que la modificación “objetiva” es aquella que recae sobre el “contenido” del “derecho”<sup>36</sup>. En rigor, en tanto el sentido técnico del vocablo contenido atañe a las “facultades” que otorga un derecho subjetivo, la mentada modificación “objetiva” no es otra que aquella que recae sobre el “objeto” de la situación jurídica.

Tobías reflexiona:

“Si la modificación se produce en el objeto, acaece el fenómeno de la ‘subrogación real’: la sustitución de un bien por otro, de un modo que el nuevo objeto ocupa el lugar del anterior, en lo atinente al régimen jurídico aplicable”<sup>37</sup>.

Ello es cierto con la salvedad de que no toda “modificación” lo es por una “sustitución”. Por ende, no toda modificación objetiva es producto de una subrogación real. Guastavino<sup>38</sup>, con la adhesión de Tobías<sup>39</sup>, precisa que la subrogación real es un supuesto de modificación objetiva cualitativa y no meramente cuantitativa.

Mientras que en las modificaciones “cuantitativas” lo que cambia es la “extensión” de la situación jurídica<sup>40</sup>, en las “cualitativas” lo que muta es la “identidad” del objeto<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo II, §1363, p. 227.

<sup>36</sup> ORGAZ, Alfredo, §26, p. 44; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo II, §1363, p. 227.

<sup>37</sup> TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo II, p. 184.

<sup>38</sup> Véase GUASTAVINO, “La seguridad jurídica...”, p. 254.

<sup>39</sup> TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo II, p. 123.

<sup>40</sup> Así, por “construcción” o “destrucción” de edificios en un inmueble.

<sup>41</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo II, §1363, p. 227.



Santoro Passarelli advierte que la modificación, por propia definición, deja inalterada la identidad de la situación jurídica, pues aquella es compatible con la continuación y conservación de esta última. Un límite sería el impuesto por la “estructura” de la situación, ya que si se alterase la naturaleza de esta no habría modificación sino, en su caso, una extinción y subsiguiente adquisición en donde la subrogación real podría consistir, en su pensar, en una suerte de fenómeno de derivación<sup>42</sup>.

De Reina Tartièere ha calificado a la subrogación real como un medio de conversión de derechos reales y no de modificación o sustitución de sus objetos, sin perjuicio de que alude a que esa pretendida conversión sigue teniendo, en su pensar, como “presupuesto cardinal” a la sustitución del objeto respectivo. El autor sostuvo:

“Para que un medio pueda calificarse de modificadorio parece evidente que su alcance debe circunscribirse a los contornos característicos de la relación que haya de modificarse. Se comprende que la pretendida modificación dejaría de serlo si conllevara la desnaturalización del derecho en que se fije. De ser así, se trataría de una suerte de conversión, de sucesión entre derechos; es lo que expresaría el instituto de la subrogación real...”<sup>43</sup>.

Orgaz afirma:

“El derecho se modifica simplemente cuando, manteniendo la sustancia o los caracteres esenciales que constituyen su individualidad, experimenta cambios accesorios, sea en cuanto a las personas titulares de él, sea en cuanto a su contenido. Estas modificaciones pueden producirse por contrato, por declaración unilateral de voluntad o por disposición de la ley. Cuando, al contrario, el derecho pierde alguno de los caracteres esenciales para adquirir otro u otros distintos, ya no se trata de modificación sino, más exactamente, de la extinción del derecho y nacimiento de otro nuevo.

---

<sup>42</sup> SANTORO PASARELLI, *Doctrinas generales...*, §19, pp. 92 y 102-103.

<sup>43</sup> DE REINA TARTIÈERE, Gabriel, *Derecho civil. Derechos reales*, CEF-UDIMA, Madrid, 2012, p. 97.

No pueden señalarse criterios generales para distinguir ‘a priori’ cuáles son las variaciones que modifican solamente el derecho, pues esto depende estrechamente de la estructura particular de cada tipo de derechos y de las circunstancias del caso. La importancia de establecer si hay modificación del derecho o nacimiento de uno nuevo, consiste en que, cuando hay simplemente modificación, continúa valiendo lo que valía antes en todo lo que no fue alcanzado por la modificación”<sup>44</sup>.

La cuestión debe entenderse en su recto sentido. Subrogación real y extinción son difícilmente compatibles. Ante todo, dijimos que la perdurabilidad que preconiza la subrogación real es “sustancial”, en tanto busca conservar la sustancia de una determinada situación jurídica. Pero existen variados casos en que no sería posible continuar la misma situación jurídica porque no sería factible que el cambio de objeto la deje inalterada.

En ese caso, es verdad que la situación jurídica se extinguirá. Pero ello no debe alarmarnos si interpretamos que el fenómeno de derivación al que alude el jurista italiano no se aleja de los cánones modificativos de la subrogación real: si un derecho real (así, de dominio) es sustituido por un derecho personal (v.gr. una indemnización con motivo de la destrucción total de un automóvil), se ha modificado el objeto del derecho de propiedad *lato sensu*<sup>45</sup>. Esta particularidad tendrá un tratamiento especial en el último capítulo.

---

<sup>44</sup> ORGAZ, §26, p. 44.

<sup>45</sup> Véase el §9.1.1 del Capítulo I, el §7.2 del Capítulo II y el §2.3 del Capítulo V. Ya hemos descartado la incidencia de la pretendida clasificación de la subrogación real en “perfecta” e “imperfecta”. Se ha dicho que “el efecto principal del instituto de la subrogación real (...) es conservatorio” en la llamada imperfecta “lo que se conserva (...) es la afectación del nuevo derecho que sigue siendo la misma que la que tenía el anterior”, en cambio en la denominada como “moderna o perfecta, lo que se conserva es el derecho subjetivo (con su afectación incluida), más allá del cambio del objeto sobre el cual él se predica” (SAUX, pp. 183 y 186). En rigor, con el sentido que expusimos en el texto, siempre se conserva una u otra situación jurídica.

### **2.2.2. Variedad de situaciones jurídicas que concurren**

En la vida dinámica del Derecho existen variadas situaciones jurídicas que concurren con relación al mismo objeto y que en virtud de la subrogación real pueden conservarse con relación a otro asiento.

Brindaremos un ejemplo que puede aportar claridad a la cuestión. Imagínese un inmueble de titularidad de una persona, ganancial, que fue afectado al régimen de vivienda en beneficio de un descendiente y sobre el cual se constituyó legítimamente una hipoteca para asegurar un crédito resultante de un mutuo dinerario.

Al momento de la ejecución judicial del objeto podrá advertirse que esa sustitución objetiva provocará la simultánea modificación del objeto de varias situaciones jurídicas.

La titularidad del inmueble mutará hacia el dinero resultante de la subasta, como también lo hará la comunidad de ganancias, la afectación resultante del régimen de vivienda, el derecho real de hipoteca y el privilegio que acompaña al crédito garantizado.

### **2.2.3. *Quid* de la pluralidad de objetos por sustitución**

#### **2.2.3.1. Planteamiento**

En ocasiones puede ocurrir que en razón de una sustitución, concurren varios objetos con la potencia de integrar el asiento de una situación jurídica. Esa concurrencia puede ser conjuntiva o alternativa; la concurrencia conjuntiva puede ser temporaria o perdurable.

#### **2.2.3.2. Conjuntiva**

##### **a) Perdurable**

La pluralidad conjuntiva y perdurable se da cuando los objetos conviven simultáneamente como asientos de la situación jurídica y lo hacen sin una necesaria vocación temporal. De más está decir que ante la duda de si la pluralidad ha de ser perdurable o temporaria, habrá que inclinarse por lo primero.

Piénsese en supuestos en los que el “precio” consiste en varios objetos individualmente considerados. Así, si con ocasión de un contrato de permuta dos fincas pequeñas sustituyen a un inmueble de grandes dimensiones que era asiento de un privilegio. El privilegio subsistirá, asentado desde entonces en esos dos inmuebles.

Esta idea deberá pasar por el tamiz de cada situación jurídica en concreto. Por ejemplo, en el régimen de vivienda no es factible que dos inmuebles sean objeto de la afectación, aunque consideramos que allí no sería reprochable que exista una multiplicidad de objetos sustitutos disímiles (arg. arts. 244 *in fine*, 248, 2194 *in fine*, Código Civil y Comercial).

### **b) Temporaria**

La pluralidad conjuntiva temporaria presenta una coexistencia simultánea que ha de fenecer indefectiblemente. Ello puede ser así por las particularidades de la situación jurídica o de los objetos involucrados.

Hay situaciones jurídicas que no admiten pluralidades objetivas extendidas en el tiempo. El art. 244 del Código Civil y Comercial, ubicado en el régimen de vivienda, regla: “No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo con en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término”. Retomemos el ejemplo de la permuta inmobiliaria; dos pequeñas porciones de madre tierra sustituyen a un inmueble de grandes dimensiones que era

objeto de la tutela de la vivienda. La afectación habrá de perdurar, y durante el tiempo previo a la opción que dispone la norma, la situación jurídica tendrá dos objetos diferenciados; luego de realizada la elección o vencido el término para hacerla habrá un único asiento.

También hay objetos destinados a convivir tan solo temporalmente, incluso cuando la situación jurídica sí admita pluralidades perdurables. El caso paradigmático es el que un objeto sea sustituido por obligaciones concurrentes. Verbigracia, las obligaciones indemnizatorias en cabeza del dueño y del guardián; las obligaciones en cabeza del asegurador y el tercero responsable; etcétera.

Las obligaciones concurrentes comparten una prestación idéntica, pero su fuente es distinta<sup>46</sup> y por esa simple razón es que hay varias relaciones jurídicas, pero coligadas por la misma finalidad<sup>47</sup>.

Piénsese en un automóvil prendado (prenda con registro) que es destruido completamente en un accidente de tránsito. El derecho real de garantía pasará a asentarse sobre la indemnización debida. Pero, ¿qué ocurriría si el riesgo estaba

---

<sup>46</sup> Las fuentes de las obligaciones concurrentes no necesariamente han de reconocer una naturaleza idéntica, puesto que es posible que algún deudor deba responder en virtud de una relación contractual y otro en virtud de un ilícito; esto ocurre cuando el dañador (deudor) se encuentra asegurado por otro (deudor) y el damnificado (acreedor) puede exigirles a ambos la reparación del daño sufrido. Véase CNCiv., Sala C, “L., M. c. G., O. M. s/ daños y perjuicios”, 20/12/2019, RcyS, 2020-VI, 278: “La obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado tiene naturaleza meramente contractual y que su origen no es el daño causado a un tercero sino el contrato de seguro; de modo que, aún originadas en el mismo hecho generador, reconocen distintas fuentes del deber de responder frente a la víctima que sufre el daño, y la responsabilidad del citado en garantía es de carácter concurrente”.

<sup>47</sup> ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2020, tomo I, §159, p. 159 y tomo II, §1157 y ss., pp. 249 y ss.

asegurado? Habría dos indemnizaciones debidas: la de quien causó el daño y la de la compañía aseguradora. Una vez que la compañía solviente su débito y extinga su obligación ella adquirirá el crédito contra el tercero responsable (art. 80, Ley 17.418, arts. 850, inc. h], 852, 840, 841, 914 y ss., Código Civil y Comercial)<sup>48</sup>, pero antes de este relevante suceso la titularidad de ambos créditos estará en cabeza de la misma persona.

Ahora bien, ¿cuál de esos créditos será el nuevo asiento del derecho real de garantía? La resolución de este problema puede tener una gran significación en la práctica, pues es evidente que al titular de la garantía no le es indiferente.

Debe descartarse la supeditación de los efectos a una manifestación de voluntad, dado que ello es la excepción y la regla es la operatividad *ipso iure*; además en el caso que planteamos el derecho real quedaría sin objeto hasta que se realice una elección, lo que no es jurídicamente admisible por exponer al derecho subjetivo a la extinción (art. 1907, Código Civil y Comercial). Tampoco sería razonable suponer que la subrogación se dirija directamente a uno u otro objeto. Ello sería arbitrario y posiblemente perjudicial, dado que, según las peculiaridades de hecho, podría existir una limitación cuantitativa de la responsabilidad del asegurador, como también un mayor riesgo de cobrabilidad respecto del tercero responsable.

La posibilidad que consideramos acertada consiste en aceptar la convivencia de los dos derechos subjetivos como objetos de reemplazo, aunque por las características de las obligaciones concurrentes ello será de esa manera tan solo temporalmente: hasta que se concrete en una de ellas (así, a través del pago). Ello es lo que más se concilia con el fundamento de la subrogación

---

<sup>48</sup> Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 concluyeron en que "...el deudor concurrente goza de la subrogación legal (...) en el caso que haya pagado la deuda en una proporción mayor a la causalidad por él aportada".

real: hay que conservar en la mayor medida posible a la situación jurídica<sup>49</sup>.

### 2.2.3.3. Alternativa

Cuando por efecto de una sustitución objetiva más de un objeto es susceptible de ocupar íntegramente el asiento de una situación jurídica determinada, habremos de estar frente a una pluralidad alternativa. Ello en razón de que no sería consistente con la conservación que más de un objeto irrumpa en una situación jurídica con el anhelo de “aumentar” la misma. Por ello, a pesar de que se ha producido una sustitución, será menester “elegir” cuál será el objeto definitivo de la situación jurídica.

Por ejemplo, si en un patrimonio fideicomitido existe un inmueble, se podrá ejercer “la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra” (art. 1886, Código Civil y Comercial), razón por la cual las sucesivas disposiciones que realicen personas no legitimadas respecto del mismo significarán una sustitución fáctica, pero no importarán una modificación objetiva de la propiedad fiduciaria. Sin embargo, el fiduciario sí podría pretender algún objeto de la cadena de sustituciones. La subrogación real no funciona aquí de pleno derecho, pues ha menester que una manifestación de voluntad lleve a acto los efectos que se encontraban *in potentia*.

---

<sup>49</sup> Si bien dijimos que la conservación no admite las plusvalías, en el sentido de que no puede incrementar la potencia de la situación jurídica (véase §4.3.1, Capítulo II), en las obligaciones concurrentes ello no ocurre, pues si bien el acreedor “tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente”, “el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes” (art. 851, incs. a), b), Código Civil y Comercial). Que los objetos sustitutos sean obligaciones concurrentes no provoca un incremento patrimonial o un enriquecimiento; es que solamente existe una pluralidad de personas que deben una idéntica prestación.

#### 2.2.4. Objetos no individualizados

##### 2.2.4.1. Incertezas en la doctrina

Una peculiaridad de ciertos objetos podría llevar a un cuestionamiento acerca de si puede afirmarse que existió una subrogación real o no; como también significar ciertas dificultades para el beneficiario de la misma.

Nos referimos a la existencia de objetos sustituidos o sustitutos que no hayan sido correctamente individualizados, o sea, que son indeterminados. Un supuesto icónico de ello es el que se da cuando las situaciones jurídicas tienen objetos genéricos, o sea que solo están “determinados” por su “especie y cantidad” y ha menester su “individualización” (arg. art. 762, Código Civil y Comercial).

Ciertos autores sostuvieron que esa circunstancia obsta a que acaezca una subrogación real, ya que difícilmente pueda sostenerse que tal o cual objeto “procede” o “deriva” de aquel objeto genérico, pues la falta de individualización se opondría a ello<sup>50</sup>.

Vallet de Goytisolo es quien adopta una de las tesis más rigurosas en este aspecto, puesto que para la subrogación real en “sentido restringido” requiere una absoluta determinación de los objetos, así del crédito por no haber sido aun pagado o bien del dinero utilizado para comprar, v.gr. con una individualización notarial, el ingreso a una cuenta, su guarda en un sitio determinado, etcétera. De no existir esa perfecta individualización

---

<sup>50</sup> Se ha dicho: “Cuando se enajena una cosa (...) y se obtiene un precio, si el cónyuge que lo vende ingresa el dinero a su patrimonio, no puede existir subrogación real, porque el dinero se funde en el conjunto de bienes fungibles y no puede ser individualizado para someterlo a la afectación legal. Obtenido el precio el esposo que lo logró tiene derecho a disponer, sin límite, porque no le alcanza al dinero la excepción (...) y porque el dinero no subroga a la cosa enajenada” (SCJBA, “C., J. A. R.”, 21/09/1984, JA 1985-I-592).



se acudiría, en su criterio, a la subrogación de valor<sup>51</sup>. Marín Padilla, en sentido crítico, asevera que ese problema ya había sido tratado por “los tratadistas del Derecho común y, con posterioridad, por los autores españoles anteriores a nuestro Código civil, resolviéndose en el sentido de que la subrogación real no requería (...) esa identificación absoluta, entre otras razones por el tráfico jurídico que, con la exigencia de esta identificación, se vería altamente perjudicado. En igual sentido se resuelven hoy día el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado”<sup>52</sup>. Muestra grandes discrepancias respecto a la consideración de la llamada subrogación de valor, en el sentido de que en su criterio no podría existir una subrogación a una suerte de “cifra contable”, sino que siempre se requiere un “valor individualizado por su procedencia”.

Andrés Santos, por su parte, entiende que el cobro del precio no implica la disolución del dinero en el patrimonio del receptor, en razón de que se trata de una cosa fungible que como tal “nunca perece”; razón por la cual la suma haría nacer un “valor idéntico contabilizado en la masa a la que correspondía ese precio” que podría ser exigido al tiempo de la “restitución” o “liquidación” de la masa respectiva<sup>53</sup>.

Algunos doctrinarios recurren a explicaciones ficticias alejadas de la realidad para admitir la subrogación real cuando en los hechos sustitutivos está involucrado el “dinero”. Así lo hace Lauriol, quien para explicar la subrogación real en este último caso acude a la figura del “reemplazo”. Saux refiere:

“El reemplazo es una figura en la cual singularmente el dinero cumple una función casi de intermediación (...), toda vez que la individualización entre un bien y otro queda sustituida, de manera transitoria, por el valor que el dinero representa y que se aplica como

---

<sup>51</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre garantías reales*, 2ª edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, p. 351.

<sup>52</sup> MARÍN PADILLA, p. 1206.

<sup>53</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 714, en nota 135.

elemento de reemplazo del enajenado y como elemento de adquisición del ingresante (...). En tal sentido, para Lauriol la individualización es retroactiva, y la presencia del dinero en la fluctuación es meramente transitoria. García-Bernardo Landeta, por su parte, controvierte tal postulado (...) y adhiere en cambio a quienes, como Rives, entienden que la existencia de dinero como elemento de enajenación y adquisición sucesivas (...) supone una traslación de los derechos ‘por salto’, mientras se mantenga la afectación de esa suma correspondiente a la enajenación en orden a la corporización de la adquisición subsiguiente del bien que ingresa en lugar del primero”<sup>54</sup>.

Otra explicación, también ficticia, es la que propone De la Cámara Álvarez cuando se produce la “confusión del dinero privativo con el ganancial”. Afirma que esa problemática:

“...puede resolverse entendiendo que en tal caso el cónyuge propietario del dinero tiene un crédito contra la comunidad por el importe (...) y que, llegado el momento de invertirlo en una compra, la comunidad le paga o reembolsa ese crédito”<sup>55</sup>.

Para Bonnecase la subrogación ha menester que el objeto que entre en el patrimonio se encuentre individualizado “al mismo título” que el que egresó del mismo. Por ello, en su criterio el dinero cobrado como indemnización no serviría a los efectos de la subrogación real, en tanto que se funde en el conjunto de los bienes fungibles. En cambio, sí lo haría respecto del crédito aún no cobrado, pues este sí sería un objeto individualizado contra una persona determinada<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> SAUX, p. 181.

<sup>55</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 442. En similar sentido, se juzgó: “...es preciso demostrar la correlación existente (...) el nexo o continuidad (...) lo cual no significa que los importes empleados (...) sean materialmente los mismos que ingresaron y tampoco importa que se hayan confundido con la masa común, pues para realizar el nuevo empleo, basta el crédito que nace para el cónyuge de ese aporte de fondos...” (CNCiv., Sala L, “D.S.F.A. y otro c/ L.J.B. s/ liquidación de la sociedad conyugal”, 29/09/2016).

<sup>56</sup> BONNECASE, §31, p. 29.

Roca Sastre afirma:

“Creemos que no puede admitirse esta tesis en absoluto, pues está en contradicción con la doctrina española sobre compras con dinero ganancial o parafernial (...). Lo que sí hay que tener en cuenta es que el dinero, por su propia naturaleza, no produce seguridad de inversión, y por ello, generalmente en los casos de subrogación y concretamente en el proceso de sustitución, hay dos cambios seguidos de cosas: conversión mediante venta de una cosa en dinero, y después, conversión de este dinero en otra cosa. Se produce, pues, una reinversión”<sup>57</sup>.

No hay duda que una subrogación real con objetos plenamente individualizados tiene mayores posibilidades de cumplir con sus cometidos, como tampoco que esa eficacia se reduce frente a la ausencia de determinación de los mismos.

Pero en otro lugar de esta obra pretendimos aclarar que, si a veces la subrogación real es difícilmente constatable debido a objetos que no tienen individualidad u origen reconocibles, ello responde a dificultades de hecho y no de derecho<sup>58</sup>, y está únicamente ligado con cuestiones probatorias<sup>59</sup>.

Utilizaremos el ejemplo del dinero –arquetipo de objeto que no suele individualizarse en las operaciones económicas– enmarcado dentro de la situación jurídica de “bien propio” en el régimen de ganancialidad.

El dinero puede ser “propio” *ab origine*, o asumir esa situación por consistir en el “producto” de otro objeto propio en virtud de un egreso patrimonial. En el primer supuesto, al utilizar ese dinero se habla de “inversión”; en el segundo, de “reinversión”.

Si el dinero propio es utilizado para adquirir otro objeto, este ocupará la misma situación. De igual manera, si otro objeto propio es vendido, ese carácter lo asumirá el dinero, aunque previamente

---

<sup>57</sup> ROCA SASTRE, p. 289.

<sup>58</sup> BONNECASE, §27, pp. 27-28.

<sup>59</sup> Véase §8.2.3.1.c), Capítulo I.

se haya transitado por el “crédito” o derecho a percibir la suma respectiva.

Por eso el art. 464 del Código Civil y Comercial reza que son propios: “c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta (...); d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio”.

Insistimos entonces: la dificultad que pueda aducirse para individualizar si tal o cual dinero fue subrogado o subrogó no es jurídica, aunque sí fáctica.

La subrogación se produce en cadenas ininterrumpidas de sustituciones. Debe admitirse que precisa objetos determinados *a priori*, o al menos determinables *a posteriori*. La amplitud probatoria es, por regla, plena, aun cuando sea una actividad compleja.

De la Cámara Álvarez pone de resalto los problemas probatorios, pues asevera que para probar la subrogación real ocurrida con dinero privativo en el régimen patrimonial del matrimonio, en “puridad” habrán de acreditarse dos extremos: 1) que con anterioridad a la compra se haya adquirido privativamente una cantidad igual o superior al precio; 2) que esa suma subsiste en el patrimonio del cónyuge comprador.

Generalizando su pensar, podríamos decir que los extremos a acreditar serían siempre los siguientes: 1) la situación jurídica respecto del dinero; y 2) la subsistencia de ese objeto en el patrimonio. El autor explica:

“...no basta demostrar que, en su momento, el cónyuge comprador adquirió una suma de dinero suficiente para adquirir el inmueble que ahora compra, sino también que ha conservado ese dinero, es decir, que no lo ha gastado en otros menesteres. Como, además, es muy frecuente que el dinero privativo se mezcle y confunda con dinero común o ganancial la cuestión se vuelve aún más compleja, hasta el

punto que si se pretendiera una prueba totalmente concluyente (...) esta prueba no podría aportarse más que en casos muy contados”<sup>60</sup>.

#### **2.2.4.2. Enajenaciones realizadas por quien es beneficiario de la subrogación real: las renunciaciones son de interpretación restrictiva**

Podemos brindar un argumento que coadyuve a simplificar un poco la cuestión. Piénsese en una vivienda o un objeto propio sustituidos por una indemnización que luego es cobrada, sin individualizar el dinero ingresante.

Ese dinero, por ejemplo, \$1.000.000, se habrá confundido con el resto del dinero, y se generará, verbigracia, una masa de \$2.000.000 (50% en virtud de la sustitución operada, y el otro 50% que le precedía).

El titular de ese dinero confundido lo utilizará para los más diversos fines, por ejemplo, para adquirir otras cosas muebles consumibles.

Ahora bien, ¿podríamos pensar que, de ese enmarañado dinero, se utilizó el proveniente de la vivienda? Si así lo hiciéramos sería lo mismo que pensar que el titular renunció a la situación jurídica protectoria; pero es sabido que “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva” (art. 948, Código Civil y Comercial).

#### **2.2.4.3. Regla especial**

El art. 491 del Código Civil y Comercial: “*Casos de recompensas*. La comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad. Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha

---

<sup>60</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 441.

enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad...”.

Explica Basset:

“La norma sienta una presunción *iuris tantum*: si un cónyuge enajena bienes propios sin reinvertir su precio se presume que los fondos se consumieron para solventar gastos de la comunidad y ésta debe una recompensa al cónyuge. Desde luego, será a cargo del otro cónyuge la prueba en contrario”<sup>61</sup>.

El presupuesto de funcionamiento de la norma es que el enajenante no realice un reemplazo del precio, naturalmente percibido (“sin reinvertir su precio”). Repárese en que debe entenderse que la presunción que prevé el Código ha de predicarse únicamente de aquellos “precios” que no tengan una individualización suficiente –como lo es el dinero–, pues no sería adecuado extender esa solución a, por ejemplo, el precio consistente en un inmueble (así, en una permuta inmobiliaria). Ello porque la correcta individualización del objeto sustituto debe llevar al intérprete a aplicar sin más el inc. c) del art. 464 que impone la subrogación real.

El legislador, al encontrarse frente a un objeto sin individualización, debió brindar una solución frente a ese escollo, y se fundó en la suposición de que la unión de intereses de los cónyuges, manifestada en el desarrollo de un “proyecto de vida en común basado en la cooperación...” (art. 431, Código Civil y Comercial), genera gastos en beneficio común que son solventados por los cónyuges.

Pero, dado que la presunción puede generar abusos indeseados, se habilita a quien desee controvertirla que así lo

---

<sup>61</sup> BASSET, Ursula en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo IV, p. 379.

haga. Y eso podrá hacerlo a través de la demostración de distintas circunstancias.

Una posibilidad está dada por la destrucción del presupuesto de funcionamiento, o sea probar que el precio fue efectivamente reinvertido. También podrá comprobarse que el precio fue utilizado en beneficio personal del cónyuge. Una particular consiste en la posible pero dificultosa acreditación de que el precio percibido jamás fue utilizado, y por lo tanto que ese es el actual objeto sustituto, y por tanto, objeto “propio”.

#### **2.2.4.4. Terceros respecto del acto de enajenación que son beneficiarios de la subrogación real: no puede presumirse la merma de las situaciones jurídicas**

Si la subrogación real es en beneficio de un tercero respecto del acto dispositivo, el argumento de la interpretación restrictiva de las renunciaciones no es suficiente.

Piénsese en un privilegio –de un crédito– inmobiliario que terminó asentado en el precio de venta del mismo. El dinero, una vez cobrado, perderá su individualidad. El titular del privilegio es una persona diferente al propietario del dinero y por tanto a quien puede utilizarlo para sus fines específicos.

La solución debe ser similar, puesto que el principio de conservación obsta a que se pretenda dar por fenecida a una situación jurídica.

#### **2.2.5. Teoría que deseamos: el criterio de la atracción objetiva**

Lauriol erige su sistema en torno a la idea de que la subrogación real implica el reemplazo de un objeto para que un “valor” quede sujeto a la misma “destinación”.

En función de que la fluctuación (reemplazo) sería incompatible con la conservación, advirtió que en toda subrogación real ha menester la existencia de dos relaciones jurídicas

diferenciadas que se complementan: una principal y una accesoria, pues según su pensar la mutación y la perdurabilidad no podrían ocurrir respecto de la misma relación.

La relación principal sería aquella que tiene el elemento estable, o sea, el que se conserva (derecho subjetivo). En cambio, la accesoria sería aquella en la cual se produce la fluctuación (objeto del derecho). En definitiva, la subrogación real produciría la “atracción” del objeto de la relación accesoria hacia la relación principal.

La construcción del autor es ingeniosa, pero consideramos que no se ajusta a la realidad. Lo que el autor ve como dos relaciones jurídicas no son más que dos aspectos de la misma situación jurídica, su esencia y uno de sus elementos.

Creemos que estas ideas deben ser descartadas de la teoría general. Lo que sí podríamos sostener es que el funcionamiento de la subrogación real supone una situación jurídica conservable, y dos hechos jurídicos diferenciados: el que da ocasión a la sustitución, y la sustitución en sí misma.

## **2.2.6. Alternativas hermenéuticas de sustituciones de objetos**

### **2.2.6.1. Precisión preliminar**

En este apartado expondremos diferentes posibilidades de sustituciones objetivas; para simplificar el análisis, nuestros ejemplos partirán siempre desde la óptica de los privilegios crédito.

### **2.2.6.2. Cosa por derecho**

Una hipótesis que hace al contenido de esta sustitución es la que se presenta cuando se celebra una compraventa con relación a un inmueble que era asiento de un privilegio. Es sabido que la



obligación principal del comprador es la atinente al pago del precio.

Pero debe tenerse presente que el pago del precio no es requisito para provocar la transmisión del derecho real, pues para ello basta la concurrencia del título y el modo suficientes (arts. 750 y 1892, Código Civil y Comercial)<sup>62</sup>.

De concurrir esos requisitos, la mutación de la titularidad real habrá de concretarse, o sea que el objeto egresará del patrimonio del vendedor. Si ocurrió tal situación estando pendiente el pago del precio, el asiento del privilegio se mudará al crédito que tiene el vendedor para cobrar el precio. Como no es dudoso que el crédito conforma un derecho personal, es evidente que la subrogación en este caso es de una “cosa” a un “derecho”.

Similar sendero se transita cuando nos enfrentamos al crédito indemnizatorio derivado de –verbigracia– un seguro.

#### **2.2.6.3. Cosa por cosa**

El sinalagma del contrato de permuta es lo suficientemente nítido para vislumbrar este supuesto, puesto que si uno de los objetos de la permuta es asiento de un privilegio, naturalmente el otro objeto permutado asumirá esa posición jurídica.

#### **2.2.6.4. Cosa por dinero**

Prevenimos al lector acerca de que no debe olvidarse que el dinero es una especie integrante del género de las cosas, –y como tal mueble, fungible y consumible– pero que dadas las particularidades que le son propias adquiere un estatuto con rasgos singulares.

---

<sup>62</sup> Véase ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 270 y ss.; ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo I, §385 a §389, pp. 382 y ss.

El art. 28 de la ley 21.499 de expropiaciones establece que los derechos respecto de los objetos expropiados “se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquella libre de todo gravamen”.

Un primer acercamiento a ese mandato legal podría mover a suponer que la cosa –o mejor el “objeto” expropiado– se subrogaría en el crédito de la indemnización expropiatoria.

Sin embargo, ello no será así hasta el efectivo pago, pues solo desde entonces se transmitirá la titularidad del objeto que se pretende expropiar<sup>63</sup>. Es que recién cuando se pague la indemnización expropiatoria saldrá el objeto del patrimonio del expropiado (arg. art. 2573, Código Civil y Comercial).

En otras palabras, el objeto de reemplazo no será el “crédito”, sino que lo será el “dinero” cobrado en ocasión de la satisfacción del correlativo débito<sup>64</sup>.

#### **2.2.6.5. Derecho por derecho**

Los derechos reales en ciertos supuestos que establece la ley pueden tener como objeto a derechos (art. 1883, Código Civil y Comercial). Uno de los casos regulados por la ley es el del derecho real de garantía sobre el derecho real de superficie (art. 2120, primer párrafo, Código Civil y Comercial). El titular de ese derecho real de garantía cuenta, además, con un privilegio sobre el objeto involucrado.

---

<sup>63</sup> Véase §6.3.3.1, Capítulo III.

<sup>64</sup> Quinteros parece coincidir con nosotros cuando dice: “La Constitución y el Código, que no podía apartarse de ella, dan la fórmula que tiene la virtud de resolver el conflicto entre el interés del expropiante y el del propietario, consagrando el derecho a la previa indemnización de este último; y la ley de expropiación inspirándose en nuestros principios de nuestra carta fundamental lo resuelve expresamente además para el caso de los titulares de los otros derechos reales, estableciendo (...) que los derechos de los terceros se consideran transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización...” (QUINTEROS, p. 178).

En ciertas hipótesis, el objeto asiento del privilegio podría pasar al crédito derivado del “precio” o de la “indemnización” que corresponda. En ese caso, se habría sustituido un derecho real por un derecho personal, en cuanto asientos del privilegio.

#### **2.2.6.6. Derecho por cosa**

Si con los créditos que envuelven el “precio” o la “indemnización” se adquiriera una cosa, el asiento del privilegio se trasladaría a esta última.

#### **2.2.6.7. Derecho por dinero**

Si se efectivizaran los derechos creditorios por “precio” o “indemnización”, el privilegio, en su caso, migraría su asiento hacia el dinero efectivamente percibido.

#### **2.2.6.8. Dinero por derecho**

Si el asiento del privilegio fuese dinerario y con él se adquiriera un derecho, este se transformaría en el nuevo asiento de la preferencia de cobro.

#### **2.2.6.9. Dinero por cosa**

Si al dinero obtenido por una venta un inmueble que hacía las veces de asiento de un privilegio se traslada la afectación de la preferencia, lo mismo debe ocurrir en el supuesto inverso.

Es decir, si el dinero –objeto de reemplazo del asiento del privilegio– es aplicado para la adquisición de otro inmueble, naturalmente el privilegio pasará a esta última cosa.

En este último supuesto, como en otros, prevenimos al lector acerca de que en un primer momento el asiento del privilegio enmarcado por el dinero pasará al “derecho a la cosa” (derecho personal), para luego sí recaer sobre la cosa misma.

#### **2.2.6.10. Dinero por dinero**

Cuando el asiento del privilegio es dinero de determinada especie –verbigracia, “pesos”– si se adquiriera otra especie con esos fondos –por ejemplo, “argentinos oro”–, el privilegio encontraría su asiento en esta última moneda.

#### **2.2.6.11. *Quid* de la sustitución en los objetos inmediato y mediato de la obligación**

La obligación es una relación jurídica que tiene por objeto inmediato a la prestación, o sea a la conducta jurídica debida por el deudor en favor del acreedor. Esa prestación, en tanto conducta proyectada, puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer. Es manifiesto que, al menos en las que consisten en un dar, esa prestación tiene a su vez un objeto: la cosa o derecho que debe ponerse a disposición del acreedor. Ese objeto de la prestación, es a su vez, objeto mediato de la obligación.

En síntesis: el objeto inmediato de la obligación es la prestación, y el mediato de aquella es el objeto de esta. Ambos objetos pueden mutar, y al hacerlo podemos estar frente a una verdadera subrogación real; por cierto que en uno y otro caso se compromete una verdadera sustitución del objeto de la obligación.

Dicho esto, no tenemos dudas que los objetos sustituidos y sustitutos pueden, en algunos casos, ser “prestaciones”. Volveremos sobre esta cuestión en el Capítulo IV al efectuar nuestra propuesta normativa y en el Capítulo V al tratar la subrogación real en las obligaciones.

#### **2.2.6.12. *Quid* de la llamada “subrogación real de valor”**

La doctrina controvierte acerca de si la teoría de la subrogación real es aplicable a ciertas situaciones en las que en el desenvolvimiento sustitutivo toman protagonismo los “valores”.

Creemos que un análisis adecuado de ello debe partir de dos consideraciones, cada una de las cuales recibirá tratamiento particularizado en los apartados siguientes.

**a) La sustitución de objetos utilizados para la cuantificación de un valor**

García–Bernardo Landeta señala que parte de la doctrina francesa ha acudido a la noción de subrogación real para explicar el funcionamiento de las obligaciones de valor<sup>65</sup>. Según su parecer, se ha pretendido:

“...tipificar a una clase de ésta deuda como una modalidad de subrogación real que denominan imperfecta (...) en la que no hay subrogación real sino sustitución de la medida de valor<sup>66</sup>”.

El autor se muestra crítico con la nomenclatura de “imperfecta”, pues “nada tiene que ver con la subrogación real clásica o la moderna”<sup>67</sup>, y al adoptarla han pretendido “unificar la subrogación real clásica y la moderna” –también llamadas imperfecta y perfecta, respectivamente–, y en su criterio se nos privaría de esa división importante en caracteres y efectos jurídicos<sup>68</sup>.

La subrogación real aquí es empleada como un medio con la teleología puesta en la liquidación; el pretendido objeto de reemplazo es utilizado como una “medida” para cuantificar la prestación. Se produce una sustitución de los medios para mesurar oportunamente el *quantum* del débito.

---

<sup>65</sup> El autor cita las opiniones de Malaurie, Pierre-François, Raynaud, Ranouil, entre otros.

<sup>66</sup> Así la denominó Malaurie. Català, en cambio, propuso la denominación de subrogación real “liquidativa”. Véase GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “Deuda de valor y subrogación real imperfecta”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 52, N° 3, 1999, 954 y 995.

<sup>67</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Deuda de valor...”, pp. 995-996.

<sup>68</sup> Véase nuestra opinión al respecto en el §9.1.1 del Capítulo I.

También se reprocha la manera de expresar el funcionamiento de las obligaciones de valor a través de la subrogación real y se explica que una subrogación real así considerada:

“...choca con los principios de nuestro Derecho común, con sus bases jurídicas, que evalúan la obligación al constituirse y actualizan su valor al extinguirse, sin valorarla durante el curso de la misma y, en consecuencia, responsabilizan de los efectos del acto a quien o quienes lo realizan, sin extenderlos a quien o quienes no han participado en él, no son responsables del mismo”<sup>69</sup>.

Es que esta tesitura conservaría el valor subyacente, no a través de una “actualización” —o mejor de una “cuantificación”—, sino principalmente con referencia al valor de un objeto inicial que sucesivamente será sustituido por otros<sup>70</sup>:

“...manipulando el deudor una medida, que no sólo puede perjudicarlo o beneficiarlo, sino que correlativa y respectivamente beneficiará o perjudicará a los acreedores (...). La medida de valor debe ser lo más imparcial, lo más objetiva posible (...) y no debe ser arbitraria ni dependiente de una parte (...) y por eso hay que realizar la medición actualizada el día en que se dispone y de lo que se dispone”<sup>71</sup>.

Es así como el autor descarta que esa doctrina pueda tener respaldo en el Derecho español.

Analizaremos la cuestión en nuestro Derecho, a partir del art. 772 del Código Civil y Comercial: “*Cuantificación de un valor*. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse

---

<sup>69</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Deuda de valor...”, p. 997.

<sup>70</sup> “La doctrina francesa (...) ha confundido, mezclado, al incluir (...) una clase de deudas de valor, creados por el legislador francés, en las que el pago se mide por lo que vale la última prestación, que es el último eslabón de la cadena...” (GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “Deuda de valor...”, p. 957).

<sup>71</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Deuda de valor...”, p. 996.

al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda”.

El *quantum* de la prestación objeto de una obligación puede determinarse en función del valor de ciertos objetos, verbigracia una cosa cierta, como lo predica el art. 1133, o genéricamente a “bienes” como lo hace el art. 1602.

El objeto de la prestación debida es un *quid* consistente en el “valor real” de tal o cual objeto<sup>72</sup>. Siempre se debe un valor, que debe determinarse en dinero; los “bienes” únicamente funcionan como pautas para determinar el valor.

Es preciso preguntarse si, por ejemplo, la enajenación de la cosa cierta respectiva dictará que el valor deba determinarse en función de la cosa o derecho que la reemplace.

Consideramos que dentro del funcionamiento normal de las obligaciones de valor no hay lugar para las sustituciones objetivas. Insistimos: el asiento de la situación jurídica obligacional es la

---

<sup>72</sup> Como regla general, puede decirse que el momento para cuantificar en dinero a la deuda de valor es el del efectivo pago. Esa es la solución que propicia la ley 24.283 en su art. 1°: “Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago”. Ello es coherente con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de que en el momento de la liquidación no puede arribarse a resultados absurdos con relación a la realidad económica (CSJN, “Y.P.F. c/ Provincia de Corrientes”, 03/03/1992; “Entidad Binacional Yaciretá c/ Provincia de Misiones”, 19/05/1992; “López c/ Explotación Pesquera de la Patagonia”, 10/06/1992, entre otros.

Incluso, una aplicación particular de estas ideas se advierte en el art. 1602 del Código Civil y Comercial: “*Renta. Periodicidad del pago.* La renta debe pagarse en dinero. Si se prevé esta prestación en otros bienes que no son dinero, debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago”. También se lo hace idénticamente en un crédito por restitución (art. 2295 *in fine*).

prestación, cuyo objeto es un valor que no se cuantifica con apego a la subrogación real<sup>73</sup>. Pero ello no desmiente que sí haya lugar a ella en dos oportunidades: 1) si la ley así lo dispone; 2) si el principio de conservación así lo manda.

En primer lugar, atenderemos algunos de los supuestos en los que el Código francés aplicó esta particular noción de subrogación real, pero lo haremos para ver si tienen su réplica en nuestro ordenamiento jurídico<sup>74</sup>.

El art. 2385 del Código Civil y Comercial, correspondiente a la colación de donaciones en el ámbito sucesorio, se hace cargo de estructurar la manera en la que el valor colacionable es computado: “Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”. Esa fraseología es coincidente con el art. 860 del Código francés<sup>75</sup>.

Pero en nuestro Derecho no fue replicada la oración posterior: “Si el bien fue enajenado antes de la partición se tiene en cuenta el valor que tenía a la época de la enajenación. Si un nuevo bien se hubiese subrogado en lugar del bien enajenado, se tiene en cuenta

---

<sup>73</sup> Compárese con la opinión de SAUX, p. 144: “En definitiva, quizás la conclusión sobre este aspecto de la cuestión pase por admitir que las obligaciones de valor no son más que uno de los campos operativos donde juega el principio de subrogación real, adquiriendo en tales supuestos una finalidad específica que no es otra que la pretensión de mantener, dentro de parámetros de justicia, los cómputos de valores de bienes cuyos ‘precios de mercado’ han sido bastardeados por la carcoma de la inflación”.

<sup>74</sup> Adviértase que nuestro Código no contiene soluciones paralelas a los arts. 869 (adquisición de un objeto con dinero colacionable) y 1099.1 (sustitución de un bien adquirido mediante dinero donado por uno de los cónyuges) del Código francés.

<sup>75</sup> Según Ferrer: “El Código Civil y Comercial ha seguido los precedentes de Proyecto de la Comisión Federal y del Proyecto de 1998, pero adoptó exactamente la fórmula francesa del art. 860, párr. 1° del Código galo: el valor “se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación” (FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo XI, p. 486).



el valor de este nuevo bien a la época de la partición, según su estado a la época de la adquisición. Sin embargo, si la depreciación del nuevo bien fuera, en razón de su naturaleza, inevitable en el momento de su adquisición no se tendrá en cuenta la subrogación”.

O sea, nuestra ley positiva no dispuso expresamente a la subrogación real como medio para mesurar la obligación de colacionar, que constituye una típica obligación de valor.

Por su parte, el art. 2393 del Código Civil y Comercial regla: “*Perecimiento sin culpa*. No se debe colación por el bien que ha perecido sin culpa del donatario. Pero si este ha percibido una indemnización, la debe por su importe”<sup>76</sup>.

Ferrer explicó:

“El Código Civil y Comercial ha receptado la opinión de algunos autores que piensan que la cosa donada no está sujeta a colación si ha perecido por caso fortuito, salvo si el bien perecido estuviese asegurado, situación en que se debe colacionar la indemnización cobrada. Opera en este caso el principio de la subrogación real”<sup>77</sup>.

La solución es inicialmente similar en el art. 855 del Código francés: “El bien que hubiere perecido por caso fortuito y sin culpa del donatario no está sujeto a colación”. Pero difieren al normar las implicancias de la indemnización, pues el Código galo refiere: “Sin embargo, si el bien hubiere sido reconstruido mediante una indemnización percibida en razón de su pérdida, el donatario deberá colacionarlo en la proporción en que la indemnización haya

---

<sup>76</sup> La transcripción es literal respecto del art. 2347 del Proyecto de 1998.

<sup>77</sup> FERRER, Francisco A. M. en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo XI, p. 498. También se dijo: “...si el donatario en cualquiera de las hipótesis ha percibido una indemnización, sea de seguro, de responsabilidad civil, por evicción, o incluso indemnización pagada por el Estado a las víctimas de un cataclismo, debe colación por el importe percibido, en virtud del principio de la subrogación real” (FERRER, Francisco A. M., “Colación, valor colacionable y proyecto de código civil” DFyP 2014 [mayo], 115).

servido para su reconstrucción”. La norma finaliza diciendo que la indemnización estará sujeta a colación “si no se hubiere utilizado” para aquella finalidad.

Entonces, tanto el art. 2393 del Código Civil y Comercial como el art. 855 del Código de Francia prevén la subrogación real en este caso, aunque con sus respectivas matizaciones.

En el régimen de liquidación de la comunidad de ganancias, el art. 491 del Código Civil y Comercial dice que la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y viceversa. El art. 493 del Código Civil y Comercial, al hacer tema con el “monto de las recompensas” regla: “el monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella”<sup>78</sup>.

La cuestión es similar a lo que dispone el art. 1469 del Código francés, pero no se adoptó la parte final de ese artículo que explica que si el bien adquirido, conservado o mejorado hubiera sido enajenado antes de la liquidación, el provecho se valuaría al día de su enajenación; y que si un nuevo bien se hubiera subrogado al bien enajenado, el provecho sería valuado sobre ese nuevo bien.

Ello quiere decir, nuevamente, que nuestro legislador no impuso de manera explícita a la subrogación real como un mecanismo para la medida de la indudable obligación de valor que es la recompensa debida.

---

<sup>78</sup> Se trata de una transcripción literal del art. 484 del Proyecto de 1998. Por su parte, el art. 494, dispone: “*Valuación de las recompensas*. Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación”. Compárese la solución con la de los arts. 2385, 2418 y 2445 del Código Civil y Comercial.

El art. 2445 del Código Civil y Comercial establece las pautas para calcular las porciones legítimas: “...Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

El Código francés, en su art. 922, dispuso la siguiente regla ubicada en el ámbito de la acción de reducción: “La reducción se determina formando una masa de todos los bienes existentes a la muerte del donante o testador. Los bienes enajenados por donación entre vivos son ficticiamente reunidos a esta masa, según su estado a la época de la donación y su valor a la apertura de la sucesión, una vez deducidas las deudas o cargas que pesen sobre ellos”<sup>79</sup>.

Nuevamente el Derecho argentino no acoge la parte de la norma que alude a la subrogación real: “Si los bienes han sido enajenados se tendrá en cuenta su valor en el momento de la enajenación. Si ha habido subrogación, se tendrá en cuenta el valor de los nuevos bienes el día de la apertura de la sucesión, según su estado a la época de la adquisición. No obstante, si la depreciación de los nuevos bienes es, en razón de su naturaleza, inevitable el día de su adquisición, la subrogación no se tendrá en cuenta”.

Dado que la legislación no nos ofreció reglas claras y consistentes acerca de si la subrogación real puede servir a los efectos de la cuantificación de los valores, debemos acudir a los principios. Debe jugar, entonces, el principio de conservación.

Como ya dijimos, la regla es que la obligación de valor se cuantifique de acuerdo a sus propias pautas y si el valor se refiere a una determinada cosa ella es la única que deberá utilizarse para

---

<sup>79</sup> Nótese que mientras en el sistema francés el valor se lleva “a la apertura de la sucesión”, el Código Civil y Comercial refiere a “la época de la partición”.

la cuantificación del débito. Ello lo impone el principio de conservación, pues la situación jurídica debe perdurar de la manera más parecida a su diagramación original. Pero el mismo principio nos indica que en las hipótesis en las que sea imposible realizar esa valoración con apego al objeto inicial, deberá hacerse respecto del sustituto, si lo hubiere.

### **b) El valor como objeto sustituto**

Mientras que en el apartado anterior nos detuvimos en si la subrogación real podía servir para la “cuantificación” de valores, aquí nos ocuparemos de si los “valores” pueden ser una suerte de objetos sustitutos.

Ante todo, no es dudoso que las obligaciones de valor pueden ser objetos sustitutos, pues no se olvide que para el acreedor no son más que créditos o derechos personales, si bien peculiares. Piénsese en la indemnización que es una típica obligación de valor y nadie duda que ese crédito subroga, verbigracia, a la cosa destruida. Ejemplifica García–Bernardo Landeta:

“...el crédito que constituye el lado activo de la deuda de valor ocupa en el patrimonio común o en el del marido o la mujer la misma posición que el dinero o bien de procedencia y el crédito será privativo o ganancial, según la naturaleza del dinero invertido...”<sup>80</sup>.

Pero también el objeto de la prestación de una obligación puede modificarse por un valor. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor que analizamos en el Capítulo V.

---

<sup>80</sup>Aunque asevera que ello “...está determinado en la deuda de valor y no necesita para determinar su naturaleza de la subrogación real imperfecta, aunque no sea ni compatible [SIC] con ella, porque ésta y la deuda de valor tienen una función paralela, evitar y corregir respectivamente un desequilibrio patrimonial, un enriquecimiento injusto” (GARCÍA–BERNARDO LANDETA, p. 997).

Así, si la prestación (objeto de la obligación) era de dar una cosa (objeto de la prestación) para restituirla (finalidad), la cosa podría desaparecer y el ordenamiento jurídico disponer la modificación de esa prestación para ahora enderezarse a un nuevo objeto: un valor. Naturalmente, desde entonces, la obligación no extinguida, pero sí modificada, será “de valor”.

En ocasiones el legislador dispone, en materia de restituciones, que si el objeto ya no se encuentra patrimonialmente en la órbita de su otrora titular, habrá de restituirse el valor que subyacía en el mismo (verbigracia, en el art. 2295 *in fine*<sup>81</sup> del Código Civil y Comercial).

Vallet de Goytisoló utiliza la nominación “subrogación de valor” para referir a la sustitución de una cosa por su valor al tiempo de su restitución, fijado su precio o estimado al momento de su enajenación. Existiría una suerte de “valor contabilizado en el haber” patrimonial, que podría emplearse o gastarse y que podrá cristalizar un crédito de una masa patrimonial respecto de otra al tiempo de la liquidación si resultara subsistente. Sería el supuesto en que el precio se confunde con la masa y no podría rastrearse por falta de trazabilidad. Advierte que ello “solo impropiamente es subrogación real”<sup>82</sup>. La postura de Marín Padilla es aún más categórica:

“A veces, cuando se dice que se aplica la llamada subrogación real de valor, no se está haciendo más que un llamamiento al principio de enriquecimiento injusto, como medida subsidiaria, al no haberse podido establecer el principio de subrogación real por insuficiencia de pruebas (...). La subrogación real (...) requiere la idea de valor económico (...) identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien

---

<sup>81</sup> Art. 2295 del Código Civil y Comercial: “*Aceptación forzada*. El heredero que oculta o sustrae bienes de la herencia es considerado aceptante con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar, y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe restituir su valor, estimado al momento de la restitución”.

<sup>82</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, pp. 349-350.

proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él; porque (...) la subrogación real no (...) es posible considerando a los bienes solamente como valores económicos (...). Resumiendo, la expresión *subrogación en valor*, así considerada, da una idea impropia e insuficiente (...) además de que puede ser causa de confusión...”<sup>83</sup>.

Si la subrogación real es, como creemos, una modificación sustitutiva del objeto de una situación jurídica, no encontramos óbice para considerar a todos los supuestos que acabamos de enunciar como verdaderos ejemplos de esta figura.

Pensamos que la invocación del principio que veda el enriquecimiento indebido para justificar los supuestos en los que se manda a restituir un valor, si bien muchas veces puede ser cierta, no desmiente que ese principio –en tanto fuente de derechos personales o créditos (art. 1794, Código Civil y Comercial)–, puede generar una sustitución objetiva que genere el lugar propicio para una auténtica subrogación real.

Ahora bien, las normas que dirigen el objeto de la obligación hacia un valor abstracto, ¿descartan que el acreedor tenga la facultad de requerir un objeto sustituto concreto, si lo hubiere? Creemos que no necesariamente<sup>84</sup>.

### 2.3. ¿Creación de una nueva situación jurídica?

Al momento de ocuparnos de la naturaleza jurídica de la subrogación real ponderamos que parte de la doctrina considera que su esencia jurídica es la de “medio de adquisición”.

En este sentido, la conservación –que nosotros creemos que es la piedra basal– sería tan solo relativa, pues la sustitución objetiva implicaría la extinción de un derecho y la correlativa adquisición de uno –de igual o diferente naturaleza– con relación al objeto sustituto. La subrogación real, en el esquema de esta doctrina,

---

<sup>83</sup> MARÍN PADILLA, pp. 1206-1207.

<sup>84</sup> Véase §4.1.2.8, Capítulo V.

sería fuente de esa adquisición<sup>85</sup>. Lo que se mantendría sería una situación jurídica análoga a la existente antes del reemplazo, aunque diferente en virtud de la atribución de nuevos derechos<sup>86</sup>.

Repárese en que no es propio del hecho jurídico subrogatorio funcionar como fuente para la “constitución” de derechos subjetivos. Por su parte, la subrogación real tiene el efecto de “modificar” situaciones jurídicas en su faz objetiva, cuando nuevos objetos ingresan en sustitución a otros. Estos objetos sobrevinientes podrán, en efecto, ser “nuevos derechos”, pero tendrán su origen en otro hecho jurídico anterior.

Brindemos un ejemplo. Si el poseedor enajenara un derecho perteneciente a quien fuera declarado ausente y lo hiciera a cambio de un precio, nacerá un “nuevo derecho” personal para su cobro y luego de solventado se alcanzará otro derecho sobre lo efectivamente percibido. Pero ello no ocurre por la subrogación, la cual tiene por efecto principal hacer que esos “nuevos derechos” constituyan el nuevo asiento de la situación jurídica involucrada: la propiedad del ausente.

La ley saneó indirectamente la disposición sin legitimación suficiente –pues el disponente no era el titular– en protección del tercero adquirente. Y como esa purificación perjudicaría al *verus dominus*, la subrogación real hará que el “nuevo derecho” con relación al precio sustituya jurídicamente al “asiento perdido”.

En síntesis: aunque todo pueda suceder en el mismo momento “cronológico”, desde un plano estrictamente “lógico” la subrogación no constituye derechos, a pesar de que pueda ser acompañada por el nacimiento de ellos; ella los “atrae” para servir de asiento revivificado.

---

<sup>85</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 734, en nota 204.

<sup>86</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 750.

#### 2.4. ¿Perfil originario?

Hemos desechado a la tesis que entiende a la subrogación real como un modo de adquisición, pues creemos que ella tan solo importa una modificación del asiento de una situación jurídica. La circunstancia de que en ocasiones sea acompañada por adquisiciones es irrelevante a los fines del estudio de la figura.

Por esa razón descartamos que la subrogación real pueda tener los efectos de un “modo originario de adquisición”, como lo sostuvo cierta doctrina apoyándose en la creencia de que el titular de un derecho que adquiere por la vía de la subrogación real un nuevo objeto no sería el cesionario a título particular del antiguo titular<sup>87</sup>.

Ello traería aparejado ciertas soluciones que fueron consideradas como “consecuencias fundamentales” pero que nosotros pensamos que podrían no ser valiosas. Así, se dijo que, excepto el caso de la subrogación real con orígenes voluntarios, el beneficiario de la subrogación adquiriría un derecho libre de todo vicio, y los terceros no podrían oponer las excepciones que serían posibles si fuera una adquisición derivada, aunque –llamativamente– ello cedería frente a la anulación o la resolución de un contrato fuente por efecto de la retroactividad<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> SAVAUX, §57 y §58, p. 12. Explica su tesis a partir de un caso juzgado el 3 de enero de 1995 por la Cámara Comercial de la Corte de Casación, en donde se sostuvo que el subadquirente de un objeto vendido con una cláusula de reserva de propiedad no puede oponer válidamente la excepción de incumplimiento al vendedor que reivindica el precio de la reventa, lo que en su parecer solamente podría explicarse en que, a diferencia de un cesionario, el vendedor con reserva no adquiriría el crédito al precio de reventa del comprador del objeto sino que entraría directamente en su patrimonio por efecto de la subrogación real.

También sostuvo que ello podría justificar que un asegurador no pueda, con relación al beneficiario de una subrogación sobre la indemnización del seguro, oponer las excepciones resultantes de su relación con el asegurado.

<sup>88</sup> SAVAUX, §58, p. 12



Como nosotros consideramos que la subrogación real no atañe a un hecho adquisitivo, menos aún podríamos adherir a quienes la consideran uno con efectos originarios.

### 3. EFECTOS CONSECUENTES

#### 3.1. A. Atracción a la universalidad involucrada

##### 3.1.1. Antecedentes

La doctrina clásica enfatizó en distinguir a la subrogación real en general o en especial y sostuvo que la primera no precisaba de una disposición legal que la habilitara al efecto, como sí la necesitaba la segunda.

En la subrogación real general el efecto consistiría en “atraer” el objeto de reemplazo a un complejo determinado y otorgarle la “cualidad” de pertenencia a ese complejo, pero sin “transferir” los derechos particulares que gravan al bien reemplazado. El objeto de reemplazo “tomaría prestadas” del reemplazado solo las características que ostentaba debido a su pertenencia al grupo en el que ocurrió el cambio<sup>89</sup>. En otras palabras, la denominada subrogación general transmitiría solamente la cualidad de *res universitatis*, a diferencia de la subrogación especial que lo haría respecto de las cualidades particulares del objeto respectivo<sup>90</sup>. Se ha dicho que la subrogación general atribuiría únicamente la cualidad de elemento de una unidad patrimonial, con abstracción de las circunstancias que recaían sobre el objeto; en cambio la especial produce el efecto de hacer recaer sobre el sustituto los derechos singulares que gravaban al reemplazado, sin consideración al patrimonio del que provenga<sup>91</sup>. El objeto de reemplazo siempre tomaría el lugar del reemplazado en un patrimonio dado, pero ese no sería el único efecto ni el principal en

---

<sup>89</sup> SAVAUX, §54, p. 11.

<sup>90</sup> LONGO, p. 12.

<sup>91</sup> ANDRES SANTOS, p. 753.

la subrogación real “especial”, y lo esencial sería que los “derechos que gravaban” al objeto originario sean “transferidos” al objeto sustituto<sup>92</sup>.

Como afirma Bonnecase:

“A pesar de las indecisiones que se advierten (...) la jurisprudencia no dilató en entrar franca y definitivamente en la vía del reconocimiento de la subrogación real especial...” [y] “el propio legislador ocurriría en apoyo de una aplicación cada día más extensa de la noción de subrogación real...”, [aunque a pesar de ello] “...la doctrina persistió mostrándose indiferente y hasta desfavorable en lo que se refiere a la subrogación real especial...”<sup>93</sup>.

Hoy la situación se ha invertido y se asiste a un predominio de la noción de subrogación real especial<sup>94</sup>. Se ha pretendido negar trascendencia a esta clasificación con diversos argumentos. Los más destacados son los siguientes:

- a) acudir a la subrogación real en las universalidades es innecesario, pues la función que le es propia estaría ya desempeñada por el principio de fungibilidad de los elementos de la masa<sup>95</sup>;
- b) es absurdo acudir a la subrogación real para justificar la dinámica de la garantía común de los acreedores, pues ella abraza también a los objetos

---

<sup>92</sup> SAVAUX, §55, p. 11.

<sup>93</sup> BONNECASE, §10, pp. 16-17.

<sup>94</sup> Véase BONNECASE, pp. 19 y ss.

<sup>95</sup> Marín Padilla, luego de afirmar que la teoría moderna tuvo por consecuencia que la mayoría de la doctrina rechace por inútil a la subrogación real, se cuestiona: “¿por qué hacer llamamiento al principio de subrogación real que tiene carácter subsidiario? La subrogación real resulta aquí, no solo inútil, sino innecesaria. Pero además de esta razón para no admitir la llamada subrogación real general, existe otra basada en la misma esencia del principio, y es que la subrogación real requiere y supone una fungibilidad relativa entre los bienes que constituyen un patrimonio; subrogación real y fungibilidad absoluta de los bienes son (...) ideas contrapuestas” (MARÍN PADILLA, p. 1196).

adquiridos a título gratuito y a los que resultan de los modos especiales de adquisición del dominio<sup>96</sup>.

Las críticas han tomado tanto eco en la doctrina que se ha llegado a sostener que la subrogación real es siempre especial<sup>97</sup>. Para Saux:

“...tal primaria distinción ha ido perdiendo vigencia, toda vez que más allá de sus perfiles puramente dogmáticos pareciera no proyectar secuelas prácticas, en la medida en que incuestionablemente la subrogación real opera en ambos supuestos, bien que con matices diferenciables según otras pautas”<sup>98</sup>.

No creemos que sea legítimo afirmar que la subrogación sea “siempre especial”, puesto que en esa fraseología sigue vigente la posibilidad de aludir, por contraposición, a la existencia de una de carácter general.

Tampoco la denominación del binomio general-especial luce como adecuada, ya que puede desembocar en equívocos, toda vez que la mentada subrogación general podría funcionar tanto respecto de los denominados como patrimonios generales o especiales. Roca Sastre prefiere hablar de subrogación institucional, entendiendo por ella a la que tiene lugar por la “lógica institucional del supuesto, actuando de pleno derecho o automáticamente sin necesidad de precepto expreso”<sup>99</sup>. En su

---

<sup>96</sup> Bonnecase puntualiza: “...el acreedor tiene siempre en consideración, al nacer su derecho, y mientras existe, los valores económicos de todo género que se encontrarán en poder del deudor, al hacerse exigible su crédito”, por ello se trataría de una “...redundancia siempre que esté destinada a demostrar que durante las fluctuaciones y transformaciones del patrimonio, los valores nuevamente adquiridos ocupan el lugar de los que han salido de él”, por que acaso “...el acreedor no ha fijado su atención sobre los valores presentes, sino sobre los valores futuros de la actividad de su deudor” (véase BONNECASE, pp. 22-23).

<sup>97</sup> BONNECASE, pp. 21 y ss.; QUINTEROS, p. 35; MARÍN PADILLA, p. 1197.

<sup>98</sup> SAUX, p. 65.

<sup>99</sup> ROCA SASTRE, p. 288.

criterio, la subrogación real se produce tanto en los patrimonios generales como en los especiales, y allí la subrogación real opera sincrónicamente con el principio de fungibilidad. Fundamenta este funcionamiento institucional en que en los patrimonios:

“...prepondera la idea del valor económico de los mismos. En ellos es cosa natural un cambio de inversión de capitales en diferentes circunstancias, y lo que interesa es que el valor en cambio permanezca intacto, aunque no su expresión material”<sup>100</sup>.

### 3.1.2. Nuestra opinión

Creemos que las disquisiciones teóricas reseñadas pueden superarse a partir de considerar –en todo supuesto– como efecto consecuente de la subrogación real a la atracción a la universalidad que corresponda.

En el Capítulo V veremos que la subrogación puede ocurrir: 1) respecto del derecho de propiedad, abstraído de su naturaleza específica; 2) con relación a los derechos personales; 3) con relación a los derechos reales; y 4) en otras situaciones jurídicas.

En lo que ahora nos interesa, en la subrogación siempre se involucra a la propiedad. Esa propiedad subsiste con un objeto distinto como resultado de la subrogación real. Y como efecto consecuente esa propiedad conservada también se mantendrá en la universalidad en la que se encontraba, a la cual el objeto sustituto será atraído<sup>101</sup>. Por ejemplo, si con motivo de un fideicomiso se conserva la propiedad fiduciaria sobre un objeto distinto al originario, el nuevo objeto pasará a integrar el patrimonio especial del fiduciario.

---

<sup>100</sup> ROCA SASTRE, p. 288.

<sup>101</sup> Compárese con SAVAUX, §54, p. 11, quien entiende que no podría decirse que cambiaría o que habría una mera sustitución de un objeto por otro respecto de un derecho de “propiedad”. Habría, en cambio, un reemplazo dentro de la misma “masa” de dos “propiedades” que se sucederían entre sí.

La atracción funciona siempre, incluso cuando están comprometidas aquellas cualidades particulares que mentaba la doctrina clásica para aludir a la subrogación especial. Verbigracia, si lo que se conserva es la propiedad en las comunidades familiares derivadas del régimen patrimonial del matrimonio, veremos que un objeto adquirido con dinero ganancial ocupará la misma situación jurídica ganancial y, como efecto consecuente, tal propiedad se mantendrá en el patrimonio del cónyuge al que le corresponda; la importancia de ello se advertirá fácilmente al ponderar el art. 467 del Código Civil y Comercial: “*Responsabilidad*. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y *los gananciales por él adquiridos*” (el destacado es nuestro).

¿Cuál es la utilidad de este efecto consecuente de la subrogación real? Básicamente el interés deriva en que evita que en las adquisiciones de la vida comercial haya que referirse, por ejemplo, a determinado patrimonio; o sea que no sería estrictamente necesaria la declaración de que un objeto se adquiere para tal o cual patrimonio de una persona, suponiendo que tuviese uno general y otro especial.

Además, solamente quien tiene una legitimación suficiente, o sea, quien puede ejercitar el poder de disposición, podría elegir a que patrimonio se dirige el objeto adquirido en sustitución, si al propio general o especial, o bien al de un tercero respecto del cual se ejerza la representación.

Nos parece evidente que ello repercute no solo en el titular de la situación jurídica tutelada, sino también en sus acreedores.

### **3.2. B. Conservación de los accesorios y cualidades de la situación jurídica**

Ciertos accesorios o cualidades de la situación jurídica que perdura también son mantenidos por efecto de la subrogación real.

Así, los créditos accesorios por daño moratorio subsistirán a pesar de que mute el objeto (prestación) de la relación jurídica principal en virtud de una imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor (art. 955, Código Civil y Comercial). Lo mismo debemos decir, verbigracia, respecto de los derechos reales de garantía, pues son accesorios de los créditos que aseguran (art. 2186, Código Civil y Comercial).

También debe llegarse a la misma conclusión respecto de ciertas calidades de los créditos, como el de ser privilegiados: frente a la mutación del objeto de la obligación subsistirá el crédito con el carácter privilegiado.

### **3.3. C. Extensión en cuanto al objeto sustituto**

#### **3.3.1. Regla general**

La situación jurídica debe conservarse con la extensión objetiva que tenía previamente a la sustitución objetiva.

En ese sentido, si tenía la potencialidad de extenderse a los “objetos que forman un todo con ella”, a sus “accesorios”, a las “mejoras”, a las “rentas debidas” (véase los arts. 1945<sup>102</sup> y 2192<sup>103</sup>), etcétera, deberá continuar con esa potencialidad respecto del objeto sustituto.

En otras palabras, la subrogación real se extenderá no solo al objeto sustituto *stricto sensu*, sino también a todos esos objetos que lo acompañan.

---

<sup>102</sup> Art. 1945 del Código Civil y Comercial: “*Extensión*. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”.

<sup>103</sup> Art. 2192 del Código Civil y Comercial: “*Extensión en cuanto al objeto*. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas”.

### 3.3.2. La cuestión de los frutos

Un asunto que merece la atención del intérprete es el atinente a qué ocurre con los frutos que hubiese generado el objeto sustituto, en el sentido de si ingresan en la situación jurídica que se conserva o bien quedan fuera de ella<sup>104</sup>.

En nuestra visión la respuesta no puede ser unívoca<sup>105</sup>, ya que dependerá de la clase de fruto de que se trate, así como de si estuviese pendiente o fuera percibido; también influirá la buena o mala fe de los sujetos como también la fecha en que se generó o se percibió. Sí puede afirmarse que la regla es que el régimen jurídico del objeto principal se extiende al accesorio (art. 230, Código Civil y Comercial) y que los frutos naturales o industriales, así como los productos, forman un todo con la cosa, de modo que la integran y sí participarían en la dinámica de la subrogación real (art. 233 *in fine*, Código Civil y Comercial)<sup>106</sup>.

Téngase presente que la cuestión incluso podrá depender de las reglas propias de cada situación jurídica en particular.

El art. 92 del Código Civil y Comercial, que prevé la subrogación real para proteger al ausente que reaparece, regla que este puede reclamar: “a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; d) los frutos

---

<sup>104</sup> Dice Saux, respecto de los privilegios: “...la subrogación opera sobre el asiento en sí mismo y no sobre los frutos que de él pudieran devengarse” (SAUX, p. 265).

<sup>105</sup> Véase ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., “Alcances de la subrogación real del asiento del privilegio”, RCCyC 2019 (marzo), 50.

<sup>106</sup> Se sostuvo que un acreedor hipotecario tiene derecho a que los intereses devengados por la “capitalización del precio de venta del inmueble” integren el asiento de su privilegio en virtud de la subrogación real, puesto que si correspondía extender el asiento a los frutos civiles del inmueble también debería hacérselo respecto de los propios del objeto sustituto (CNCom., Sala D, “Venancio Ortiz e Hijos S.R.L.”, 25/10/2004, ED 211, 460).

no consumidos”. Naturalmente, el reclamo de los frutos “no consumidos” (inc. d]) lo será con relación a cualquiera de los objetos del patrimonio del otrora ausente, sustitutos o no, (incs. a], b] y c]). Llamativamente la norma no invoca la dualidad fruto “pendiente” o “percibido”, sino que adopta la más difusa de “no consumidos”. Repárese en que la falta de consumo de un fruto puede ocurrir tanto durante la pendencia como después de la percepción.

En materia de vivienda, el art. 251 del Código Civil y Comercial regla: “*Frutos*. Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios”. Si el asiento de la tutela, incluso cuando lo sea en virtud de una sustitución, produce frutos, ellos podrán ser embargados cuando excedan de las necesidades respectivas. A *contrario sensu*, podría haber lugar para conservar la tutela a través de una subrogación real que incluya a los frutos si ellos son indispensables para el interés de los beneficiarios.

#### **3.4. D. Mantenimiento de la prescripción en curso**

Podría sostenerse que si existe una prescripción adquisitiva en curso respecto de una cosa, esa posesión en función prescriptiva continuará al menos respecto de todo lo que provenga materialmente de aquella. ¿Qué ocurre con la muerte de un animal? ¿Y con la destrucción parcial de un objeto? ¿Qué sucedería frente a la mutación de la cosa? En esos casos, creemos que la posesión del usucapiente continúa respecto de esos nuevos objetos: continuará sobre el animal muerto o el cuero obtenido de él; sobre los numerosos trozos de mármol en que es fraccionada una estatua; respecto del vestido hecho con una lana. Esa es la interpretación mayoritaria y que responde mejor a la realidad<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> ALTERINI, Jorge H. en LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo IV-A, pp. 199-200.



Creemos que la cuestión siempre pudo resolverse a través de la aplicación de la subrogación real, pues no es dudoso que el objeto sustituye al antiguo en el hecho de la posesión, y por lo tanto habrá de continuar el plazo respectivo en una suerte de “unión” no ya subjetiva (art. 1901, Código Civil y Comercial), sino más bien objetiva.

También la prescripción liberatoria de un crédito continuará en el estado en que se encuentre a pesar de la modificación objetiva del crédito, v.gr., en virtud de una imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor (art. 955, Código Civil y Comercial). De igual manera la subrogación real que inspira al *commodum repraesentationis* hace conservar los plazos de prescripción en curso<sup>108</sup>.

Admitir lo contrario implicaría plusvalías o minusvalías en la situación jurídica subsistente. Debe procurarse que ella se mantenga incólume.

### 3.5. E. Invariabilidad de la competencia

Se ha sostenido que la sustitución objetiva jerarquizada en subrogación real:

“...no acarreará un cambio de jurisdicción (federal o local, comercial o civil) (...) pues en todo ello la suma de dinero puede comportarse como la casa o el buque representados...”<sup>109</sup>.

Lo dicho sobre la “jurisdicción” debe leerse como aludiendo a la “competencia”. Es que el vocablo jurisdicción alude a la facultad estatal para administrar justicia por medio de los órganos judiciales. Ese poder jurisdiccional es único y no puede ser fraccionado; de allí que la división de labores da lugar al concepto

---

<sup>108</sup> BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949, tomo III-Obligaciones, §179, p. 323.

<sup>109</sup> COLMO, §649, pp. 458-459.

de competencia, entendida como la extensión funcional de la jurisdicción<sup>110</sup>, o bien, como la medida concreta de la jurisdicción.

### **3.6. F. Permanencia de los límites de la situación jurídica**

Todo límite de una situación jurídica que no esté ajustado en una simbiosis estricta con el objeto podrá perdurar por efecto de la subrogación real. Los límites son aquellos que “delimitan” las facultades del titular de la situación jurídica, ya de usar, gozar o disponer.

Piénsese en una cláusula de indisponibilidad respecto de un inmueble. Si el mismo se incendiara, la indemnización proveniente del seguro sustituirá al objeto y aquel límite de fuente voluntaria persistirá respecto de la indemnización.

Otro límite ponderable en los escenarios de la subrogación real es el del “destino”. Si bien la destinación de un objeto hace a la sustancia del mismo (arg. art. 2129, Código Civil y Comercial), existen supuestos en los que ese límite puede ser predicado incluso frente a una sustitución objetiva. El destino se determina por la “convención”, por la “naturaleza de la cosa” o por el “uso al cual estaba afectada de hecho” (arg. art. 2145, Código Civil y Comercial)<sup>111</sup>. Lo convenido acerca del destino, adaptado a las circunstancias del objeto sustituto, es idóneo para subsistir. En cambio, no parece perdurable cuando la pauta es la de la “naturaleza de la cosa”, ya que ella depende exclusivamente del objeto sustituido. Por su parte, el “uso” que se le dio al objeto sí puede continuar delimitando las facultades del titular de manera análoga, siempre y cuando ello sea posible sin producir menoscabo

---

<sup>110</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Jurisdicción y competencia”, LA LEY 1985-C, 1133.

<sup>111</sup> El art. 1194 brinda pautas de similar inspiración: “A falta de convención, puede darle el destino que tenía al momento de locarse, el que se da a cosas análogas en el lugar donde la cosa se encuentra o el que corresponde a su naturaleza”.

alguno. De allí que, si el titular de la situación jurídica no podía violentar, verbigracia, la afectación del objeto al uso público, tampoco podrá hacerlo respecto del objeto que lo sustituya.

### **3.7. G. Imposición de deberes de empleo efectivo**

#### **3.7.1. En virtud del destino del objeto sustituido**

Como derivación de la conservación del destino que vimos en el apartado anterior, pueden alumbrarse auténticos deberes consistentes en emplear el objeto sustituto en una determinada dirección. Ejemplos de todo ello es lo que ocurre en la subrogación real respecto de los bienes de propiedad pública y en el régimen de la vivienda, pues consideramos que en ambas hipótesis se habrá de intentar satisfacer las finalidades que yacían en las destinaciones respectivas.

Así, el objeto sustituto de la vivienda deberá tender a cumplir con las finalidades alimentarias que son perseguidas por el régimen. O sea que podría arribarse a la existencia de un deber de emplear el objeto sustituto en una dirección determinada. Verbigracia, las sumas de dinero sustitutas deberán ser empleadas para adquirir una nueva vivienda o bien para satisfacer las necesidades alimentarias de los beneficiarios del régimen. O bien, en las liberalidades con cargo los bienes adquiridos con la suma entregada para su cumplimiento deben considerarse como afectados al fin respectivo<sup>112</sup>.

#### **3.7.2. En razón de la destinación prevista para el objeto sustituto**

##### **3.7.2.1. Garantía de restablecimiento**

Creemos encontrar un deber de esta categoría en la ley 17.418. Esa normativa tipifica al contrato de seguro y en su art.

---

<sup>112</sup> REZZONICO, p. 457.

89, ubicado en la sección correspondiente al “seguro de incendio”, se regula lo que el legislador denominó como “garantía de reconstrucción”: “cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene derecho a exigir que la indemnización se destine realmente a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendario no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el pago de su crédito”.

La denominación luce como acotada, desde que la parte preceptiva de la norma se ocupa tanto de la “reconstrucción” como de la “reposición”. Acaso un nombre más ajustado sería el de “garantía de restablecimiento”, pues lo que se requiere es la utilización de la indemnización para que se vuelva a tener un objeto en un estado similar al anterior.

En esta hipótesis existe un débito de utilizar la indemnización (objeto sustituto), que puede ser solventada en dinero o en especie<sup>113</sup>, para “reconstruir” o “reponer” un objeto. Afinando un poco más la mirada advertimos que el débito consiste en generar una especial subrogación en segundo orden<sup>114</sup>. Volveremos sobre esta temática al analizar la subrogación real en los derechos reales de garantía.

### 3.7.2.1. Compromiso de empleo diferenciado

En actos tales como las donaciones o los legados se pueden prever cargos “relativos al empleo o al destino de la cosa” (art. 1562 y arg. art. 2496 *in fine*, Código Civil y Comercial). Pueden estipularse destinos diferenciados para el objeto originario de la liberalidad o para el objeto que lo sustituya. En este último caso, pensamos en cláusulas tales como la entrega de cosas “con el cargo de que con su producido” se cumpla determinada encomienda.

---

<sup>113</sup> Véase §7.2.3.5, Capítulo I.

<sup>114</sup> Véase §9.2.4, Capítulo I.

#### 4. ALCANCE

##### 4.1. La conservación no es absoluta

###### 4.1.1. Explicación

Rezzónico afirma que “es claro que tal sustitución no es absoluta”, como no lo es ni siquiera el caso más paradigmático de subrogación personal que es la sucesión hereditaria, pues no se transmiten los derechos inherentes a las personas<sup>115</sup>. En ese orden de ideas podríamos sostener que las situaciones jurídicas *intuitu rei* no pueden perdurar por efecto de la subrogación real<sup>116</sup>.

Según Colmo:

“Conviene hacer notar que la substitución aludida no es jamás absoluta (...). Tal acontece en punto a [la] subrogación objetiva: el premio del seguro que se substituya a la casa incendiada o destruida o al buque naufragado sigue afectado, como la casa o el buque, al derecho hipotecario que a tales respectos tuviera el acreedor, pues representa a esas cosas, en cuanto es «su» mismo valor económico (...); lo que no impide que ese premio sea una cantidad, una suma de dinero, y no una casa ni un buque, y lo que así implica que, fuera de esa representación económica y de la función de garantía que entraña, deba ser considerado como un simple derecho creditorio en todo cuanto se refiera a su propia naturaleza (...). [D]eterminará consecuencias inherentes a la naturaleza de la prestación: tal pasará en materia de riesgos, por ejemplo, que son distintos en una y en otra clase de prestaciones”<sup>117</sup>.

No es que el objeto de reemplazo toma todo el “posicionamiento jurídico” del objeto sustituido, sino que ciertas

---

<sup>115</sup> REZZONICO, p. 488. Demogue llegó a admitir que cuando un derecho se pierde para su titular sin su consentimiento, este tendrá un derecho análogo sobre los bienes sustitutos como los adquiridos a cambio (DEMOGUE, §2, p. 303).

<sup>116</sup> Véase §7.2.3.3, Capítulo I.

<sup>117</sup> COLMO, §649, pp. 458-459.

situaciones jurídicas que tenían a ese objeto como asiento subsistirán ahora con uno nuevo<sup>118</sup>.

Pero también las particularidades del objeto reemplazado o las del sustituto pueden morigerar la intensidad de la situación respectiva<sup>119</sup>. Así, producida la subrogación de un inmueble al dinero respecto del objeto de un derecho real de garantía, las facultades de su titular serán muy similares, pero no idénticas; el anticresista de un inmueble expropiado podía usar, gozar, e incluso si hubiese sido autorizado al efecto disponer materialmente; pero es evidente que frente a la expropiación del inmueble el anticresista no tendrá un idéntico plexo de facultades sobre la indemnización, pues por ejemplo la disposición material autorizada difícilmente pueda ejercerse sobre este nuevo objeto.

#### 4.1.2. Rechazo de la pretendida distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas del objeto

Con un concordante y generalizado acuerdo inicial acerca de que la subrogación real no tiene efectos absolutos, se ha intentado distinguir entre distintas “cualidades” de un objeto para determinar cuáles de ellas se verían “transportadas” al objeto sustituto.

Ante todo los autores clásicos en la materia se ocupan de la llamada “subrogación real general”, o sea la que ocurre respecto de los objetos de una universalidad; aquí solamente se transmitiría la

---

<sup>118</sup> Compárese LONGO, §21, pp. 59 y ss., quien afirma que frente a la interpretación de la regla “*res succedit*” –la cual cataloga de falsa e infundada (§19, p. 56)– las posibilidades son tres: 1) que el objeto ocupe de hecho el lugar del anterior; 2) que entre en la posición jurídica de este; o 3) que asuma la naturaleza del mismo.

<sup>119</sup> Savaux entiende que, desde un plano ideal, la subrogación únicamente modificaría el objeto del derecho subjetivo, a la manera de los derechos reales sobre un edificio que se reconstruye. Sin embargo, asevera que ordinariamente las características del objeto sustituto implicarían que la subrogación traiga aparejada una alteración más o menos profunda del derecho respectivo (SAVAUX, §55, pp. 12-13).

cualidad de *res alicujus universitatis*, es decir, la cualidad de pertenencia a tal o cual universalidad. El resto de las cualidades particulares de un objeto, en este criterio, solamente podría ser transmitido a otro objeto en virtud de una disposición legal al efecto<sup>120</sup>, como sostuvieron los partidarios de las teorías de la ficción.

Pero esa precisión inicial desaparece en el desarrollo posterior, pues los autores clásicos no estuvieron contestes en determinar cuáles eran las cualidades intrínsecas y cuáles las extrínsecas, como tampoco si las que migraban al nuevo objeto eran las unas o las otras.

Demogue puntualiza que Dumoulin, quien fue seguido por Brodeau y otros autores, sustentó toda su teoría sobre la distinción de estas cualidades y que lo había hecho a través de un sistema extraño, pues según aquellos se “transportarían” las cualidades intrínsecas, o sea las “primordiales, reales y naturales” –como la naturaleza inmobiliaria–, y no las extrínsecas, pues serían “puramente accidentales y fortuitas”; además había supuestos que los autores incluyeron dudosamente en una u otra categoría. Ya Duplessis había seguido un esquema totalmente contrario<sup>121</sup>.

Según Pothier la subrogación real únicamente juega respecto de las cualidades “extrínsecas” de un objeto y no en cuanto a las “intrínsecas”, puesto que estas son las que el objeto ostenta en cualquier poder que se encuentre<sup>122</sup>. El autor ejemplifica de la

---

<sup>120</sup> FLACH, p. 457.

<sup>121</sup> Véase DEMOGUE, p. 241.

<sup>122</sup> “*Cette fiction n’a lieu qu’à l’égard des qualités extrinsèques d’une chose, telles que sont la qualité de propre ou patrimoniale, et la qualité de propre de communauté: elle n’a pas lieu à l’égard des qualités intrinsèques. On appelle qualités intrinsèques, celles qu’une chose a, en quelques mains qu’elle passe...*” (POTHIER, *Traité de la communauté*, §197, p. 142).

siguiente manera: las cualidades de mueble o inmueble del objeto sustituido no pasarán al objeto sustituto<sup>123</sup>.

Bonnecase clarifica cuales son los conceptos en juego:

“En el antiguo Derecho originó dificultades y controversias interminables. Se entiende por cualidades intrínsecas de las cosas, las que se derivan de su naturaleza física o económica, como las cualidades de mueble o inmueble, de consumible o inconsumible, de cosa corpórea o incorpórea. En cambio, las cualidades extrínsecas son artificiales y resultan de la voluntad humana, legislativa o individual; tal es el caso de la cualidad de cosa fungible o no fungible, de bien propio o de bien común bajo el régimen de comunidad, de bien dotal o de bien parafernial bajo el régimen dotal”.

Explica que la realidad únicamente permitiría únicamente atribuir las cualidades extrínsecas:

“Desde el punto de vista de la subrogación real, la distinción conduce a atribuir al bien subrogado, las cualidades extrínsecas del bien enajenado o destruido; pero, por la fuerza misma de las cosas, no las cualidades intrínsecas...”.

Finalmente, sostiene que estas categorías complican innecesariamente el entendimiento de la subrogación real:

“[E]sta distinción, algo escolástica, es absolutamente inútil, para traducir los efectos de la subrogación real, que se explican mucho más sencillamente”<sup>124</sup>.

Quinteros replicó estas tesis, a las cuales les adjudicó un “escaso valor científico”. Coincidió con Bonnecase en que la explicación ha de ser más sencilla:

---

<sup>123</sup> Compárese LONGO, §4, p. 16, quien sostiene que las cualidades particulares que pueden tomarse en consideración son todas las que una cosa puede ostentar tanto por su propia naturaleza como en virtud de la disposición de la ley.

<sup>124</sup> BONNECASE, p. 25.



“Esta distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas (...) no reposa sobre una base cierta y las doctrinas que se apoyan en ellas vienen a complicar la explicación relativa a los efectos de la subrogación real, que (...) pueden explicarse en una forma muy simple”<sup>125</sup>.

Que no “traspasan” las cualidades intrínsecas puede resultar una obviedad, ya que ellas dependen de circunstancias exógenas al orden jurídico que no quiera incurrir en ficciones. No es consistente con la realidad tratar a un mueble como si fuera un inmueble.

Hagamos una precisión respecto a las llamadas “cualidades extrínsecas”. Creemos que el enfoque clásico yerra al prestar demasiada atención al “objeto” y no a la “situación jurídica” que lo tiene como asiento.

Si se idea un sistema en el cual lo central son cuestiones “extrínsecas”, o sea, según el Diccionario de la Real Academia Española “externas” o “no esenciales” respecto del objeto, acaso deba dejarse el objeto de lado y ponderar lisa y llanamente a esa realidad exterior, o sea la situación jurídica, que es la que perdura por efecto de la subrogación real<sup>126</sup>.

Lo único que podría justificar que se aluda a la subrogación real como un traspaso de cualidades es la comodidad lingüística, aunque la técnica jurídica lo desaconseje si ello es evitable.

---

<sup>125</sup> QUINTEROS, p. 29.

<sup>126</sup> Una explicación más realista es la de Andrés Santos: “Que el subrogado adquiera la «naturaleza» del objeto sustituido no significa, obviamente, que cambie su naturaleza intrínseca, sino simplemente que queda revestido del carácter que éste asumía en la situación jurídica en que se encontrara (...). Supone, pues, la sujeción de la contraprestación a la misma disciplina particular a la que estaba sujeto el bien enajenado o perdido” (ANDRÉS SANTOS, p. 734).

## 4.2. La medida de la sustitución

### 4.2.1. ¿La equivalencia de valores es un requisito?

#### 4.2.1.1. Planteamiento

Algunos autores sostienen que dentro de los “elementos” o “requisitos” de la subrogación real se encuentra uno que denominan como “contravalor”<sup>127</sup>, el cual estaría conformado por las llamadas reglas de “procedencia” y de “equivalencia”<sup>128</sup>.

Demogue considera que en la sustitución objetiva “...bajo la apariencia de un bien nuevo, no tenemos un valor nuevo”, por lo que podría plantearse la cuestión de la subrogación real<sup>129</sup>. Según Cerban:

“...a pesar del cambio físico de los elementos patrimoniales, subsiste una identidad jurídica entre los bienes salidos del patrimonio y los que han venido a reemplazarlos; (...) los bienes no son considerados en sus individualidades materiales, sino en sus valores pecuniarios. Esta idea común de valor es la que se explica por la fungibilidad y la subrogación, fundadas sobre la relación de equivalencia entre los bienes. El nuevo bien está sometido al mismo

---

<sup>127</sup> Savaux advierte que generalmente se explica la subrogación real en que el objeto de reemplazo consiste en un “contravalor” del objeto reemplazado, pues cuando un objeto no integra una situación jurídica en razón de su individualidad sino únicamente por el valor que “representa”, no hay óbice a que esa situación jurídica pueda subsistir con relación a un objeto nuevo que signifique un valor adquirido como contrapartida del objeto original (SAVAUX, §48, p. 10).

<sup>128</sup> Véase PONSARD, §10, p. 73. Según Saux “...el contravalor sucede al valor (...) signado por una función conservadora de valores...”; también afirma que “...ésta individualidad del valor que se encuentra sucesivamente en dos bienes distintos (...) justifica la permanencia del mismo régimen jurídico (SAUX, pp. 174-175).

<sup>129</sup> DEMOGUE, p. 237.

régimen jurídico que el bien reemplazado, porque uno y otros son considerados desde el mismo punto de vista”<sup>130</sup>.

#### 4.2.1.2. Nuestra opinión

En el Capítulo I nos expedimos acerca de que erigir a la subrogación real como un mero intercambio de valores pecuniarios puede no ser conveniente, puesto que ellos no son los únicos valores involucrados en esta sustitución tutelar<sup>131</sup>.

Además, las explicaciones valoristas tienen bastante de misticismo. Rotherham se hizo cargo de una creencia en el Derecho anglosajón que refiere al *tracing* como la identificación del *camino del valor*, consistente en el ejercicio de descubrir los trasposos de las unidades de valor en las transacciones, o sea, de un objeto a otro. El autor acusó a esa opinión de ser de una naturaleza metafórica manifiesta, pues no existiría esa “misteriosa esencia” que pasa de un bien a otro; el valor de un objeto no “entra” en otro<sup>132</sup>.

La noción de contravalor entendida como un requisito de funcionamiento no puede explicar correctamente a toda subrogación real. Nos ocupamos del aspecto de la “procedencia” al analizar la relación causal que debe estar subyacente en toda sustitución objetiva, aunque téngase presente que aquella no es estrictamente necesaria en la que denominamos sustitución “potestativa por opción”, pues en ese caso el objeto nuevo no “proviene” del reemplazado, a pesar de que sí exista una relación

---

<sup>130</sup> CERBAN, p. 96.

<sup>131</sup> Se ha dicho que la noción contravalor sería insuficiente para dar lugar a la subrogación cuando el objeto ostente una “afectación *in natura*”, donde el titular no tendría un derecho al mero valor sino a las utilidades de corte “material” del mismo; aquí la subrogación real solamente sería posible si a través del objeto de reemplazo se puede alcanzar el objetivo perseguido por el derecho respectivo (SAVAUX, §49, p. 10, con cita de Wicker).

<sup>132</sup> Véase ROTHERHAM, p. 106.

de causalidad subyacente. Tampoco lo es en ciertos casos de subrogaciones “propuestas”.

En cuanto a la equivalencia entendida como aquella necesaria paridad de valores entre el objeto sustituido y el sustituto<sup>133</sup>, creemos que no es de ninguna manera imprescindible<sup>134</sup>. La subrogación no está subordinada a una equivalencia objetiva de valor, que en ciertos casos podría realizarse, pero que en otros sería incierta; esa circunstancia no impediría la subrogación, máxime que se admite la subrogación por el todo en ciertos casos de procedencia parcial<sup>135</sup>.

Se ejemplifica:

“...p. ej., de la venta de un bien del ausente después de la declaración de fallecimiento, puede que el heredero haya hecho una venta muy beneficiosa aprovechando un momento favorable en el mercado o puede por el contrario haberlo vendido muy por debajo de su valor real”<sup>136</sup>.

Al criticar la doctrina de Lauriol, Andrés Santos afirma:

---

<sup>133</sup> Según Saux implica una “correlación de valores más o menos equivalentes entre uno y otro, aunque sean de distinta naturaleza material (...) significa la igualdad de valores entre ambos (como pauta genérica), siendo una ‘modalidad de la onerosidad (...) conmutativa o reciprocidad máxima de intereses...” (SAUX, pp. 174 y 176).

<sup>134</sup> Véase MARÍN PADILLA, p. 1193, quien entiende que no es un requisito. Ranouil, por su parte, sostiene que el ideal de subrogación sería que existiera una perfecta identidad contable, pero que la equivalencia no sería un requisito sino tan solo una “modalidad” de la subrogación. La igualdad sería posible, pero no obligatoria (RANOUIL, p. 195). Se juzgó que no sería “decisivo” para la subrogación real que los precios sean exactamente iguales o la exacta equivalencia entre lo recibido y lo empleado (CNCiv., Sala H, “M., S. E. c/ M., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal”, TR LALEY AR/JUR/19541/2015, 13/05/2015).

<sup>135</sup> SAVAUX, §48, p. 10.

<sup>136</sup> MARÍN PADILLA, p. 1194.

“...tampoco parece muy lógico atribuir a la subrogación una función conservadora del valor, si se reconoce que, entre el objeto sustituido y el bien de reemplazo, puede haber diferencias de valor apreciables: la equivalencia no es más que una modalidad del reemplazo subrogatorio. Lo que en realidad se conserva ya no es un valor identificado, sino la base material, la identidad física o *in natura* de una situación jurídica determinada”<sup>137</sup>.

Consideramos que no sería razonable pretender coartar la tendencia a perdurar la situación jurídica con el solo argumento de que el nuevo objeto tiene un valor más cuantioso. La primacía de la idea de conservación debe coadyuvar a que la situación jurídica se vea diezmada en la menor medida posible. Imponer a la equivalencia como un requisito de la subrogación real, sin más, podría llevar al injusto aniquilamiento de las más variadas situaciones jurídicas.

#### 4.2.2. La equivalencia sí influye en los efectos

##### 4.2.2.1. Planteamiento

Hay supuestos en los que la discordancia de valores puede generar un “excedente” que no sería necesariamente alcanzado por los beneficios de la subrogación real. Es que recordemos que la subrogación está anclada en el principio de conservación, y no está en su contenido normativo brindar una plusvalía. La norma busca la “conservación”, más no la “creación”.

En definitiva, la subrogación real también operará en ese supuesto, pero lo hará tan solo en la medida del objeto de reemplazo; la situación jurídica se conservará como estaba y no más allá. Debemos distinguir al menos dos escenarios, pues la diferencia de valores puede provenir por diversos motivos, ya porque la adquisición del objeto se realizó con aportes diversos, ya

---

<sup>137</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 717. Véase también la p. 711.

por tratarse de una enajenación o adquisición provechosa en el mercado.

#### 4.2.2.2. Aportes diversos

Es común que en la adquisición a título oneroso de algún objeto el pago del precio se realice con fondos que provienen de diversos orígenes. Como una pauta interpretativa, se puede entender que como cada uno de esos fondos puede responder a situaciones jurídicas distintas, estas se conservarán proporcionalmente con relación al objeto sustituto. Habrá lugar para subrogaciones parciales.

En el Código Civil y Comercial se puede detectar una consistencia normativa con las ideas de este apartado. En la tutela de la vivienda, si bien el art. 248 “nada dice” acerca de lo que ocurre “si el inmueble adquirido supera el valor del que tenía el afectado al régimen”<sup>138</sup>, se sostuvo:

“La respuesta acerca del valor del inmueble adquirido en sustitución debe encontrarse a través de la correlación del art. 244, cuando menciona que puede afectarse el inmueble ‘por su totalidad o hasta una parte de su valor’, y con el art. 248, en cuanto regla que la afectación se traslada a la vivienda adquirida en sustitución de la

---

<sup>138</sup> TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo II, p. 127. Allí sostiene que “el interrogante debe ser resuelto teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar intereses contrapuestos de acreedor y deudor, para cuya solución es relevante considerar la eventual aplicación del principio general del ejercicio abusivo de los derechos (...). Sin desconocer, ciertamente, la importancia de tutelar la vivienda, ella no puede ser desnaturalizada generando obstáculos abusivos para el acreedor que aspira a ver satisfecho su crédito y cuya protección emana del derecho constitucional a la propiedad”.

afectada, naturalmente en la medida de ‘los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio’<sup>139</sup>.

Entonces: si la vivienda afectada originalmente es vendida, la afectación pasará al precio obtenido. Si con ese precio se adquiere otra vivienda, la afectación pasará íntegra del dinero a la cosa. Pero si para adquirir el inmueble fue menester aportar nuevas sumas dinerarias, la afectación solamente perdurará en la medida de las sumas resultantes de la venta primigenia; con relación al excedente podrá considerarse como si se tratara de una “nueva” afectación<sup>140</sup>.

Una solución particular es la prevista en el régimen de comunidad del matrimonio (véase arts. 464 inc. c] y 465 inc. f], Código Civil y Comercial). Es que si bien allí la subrogación real juega en plenitud para determinar el carácter propio o ganancial de los bienes de los cónyuges, esa “calidad” será establecida en función de la magnitud del aporte respectivo.

En otras palabras, el nuevo objeto será propio o ganancial dependiendo de si para su adquisición se aplicaron mayormente bienes de tal o cual “naturaleza”. El ordenamiento jurídico pretende resolver el desequilibrio resultante a través del llamado sistema de “recompensas”, o sea, mediante la imposición de derechos creditorios que compensen las diferencias patrimoniales. Nótese que aquí la subrogación real se produce “más allá” del objeto reemplazado y por ello el Derecho creyó menester subsanar esa situación a través de un remedio de tinte personal.

La solución es distinta a la del ordenamiento jurídico español, que expresamente en su art. 1354 admite una calificación dual en

---

<sup>139</sup> Véase la opinión a la 1° edición de ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, tomo II, p. 127.

<sup>140</sup> Ello es ciertamente relevante respecto a los terceros acreedores. Es que a los acreedores anteriores a la sustitución les será inoponible el mayor valor de la nueva vivienda; no así a los posteriores (arg. art. 249, Código Civil y Comercial).

función de alícuotas, de modo que un objeto pueda ser privativo por una porción de valor y común por la otra, según la extensión de los aportes. De la Cámara Álvarez expresó su disconformidad con la solución española en virtud de los posibles inconvenientes prácticos que puedan derivar de ella, aunque admite que el precepto implica una rígida aplicación de la subrogación real que podría haber sido suavizada por el legislador:

“Se crea así una compleja situación de indivisión entre uno de los cónyuges de una parte y el consorcio conyugal (...) lo que, en principio al menos, no parece una solución muy satisfactoria”<sup>141</sup>.

#### 4.2.2.3. Fluctuaciones de los valores

##### a) Planteo

Se sostuvo que el valor de un objeto no depende exclusivamente del que se utilizó para adquirirlo:

“...también puede atribuirse al conocimiento, la habilidad y la industria (...) y otros factores, como lo son los movimientos impredecibles en el mercado”<sup>142</sup>.

Demogue explica que los objetos:

“...cuando surge la cuestión de la subrogación, pueden representar una suma aproximadamente igual al precio que cuestan. Esto será sobre todo real si la adquisición todavía es muy reciente. Pero a medida que nos alejemos de esta época, las desigualdades de valor aparecerán y se acentuarán. Es posible que los bienes adquiridos en reemplazo sean valores industriales hábilmente elegidos, que han duplicado su precio, o quizás cuadruplicado. En ocasiones, por el contrario, son títulos cuyos precios disminuyeron”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 458.

<sup>142</sup> ROTHERHAM, p. 104.

<sup>143</sup> DEMOGUE, §2 p. 297. El autor, con especial atención en las obligaciones restitutorias (ejemplifica con el “poseedor” de los bienes del



La preocupación inicial que podría generarse debe relativizarse si se entiende que ello debe ponderarse al tiempo de la sustitución objetiva, pues no sería razonable que las variaciones de valor que ocurran posteriormente puedan tener alguna incidencia en la cuestión<sup>144</sup>. Es que los efectos de la subrogación real se producen de pleno derecho desde la configuración de sus requisitos, razón por la cual los referidos incrementos o disminuciones del valor subyacente en el objeto sustituto serán posteriores a la modificación del objeto de la situación jurídica que se conserva. Puede invocarse, entonces, el viejo aforismo *res perit et crescit domino*<sup>145</sup>.

### **b) Depreciación monetaria**

Con estricta sujeción al régimen de vivienda, se ha explicado:

“La interpretación (...) no debe hacerse en términos monetarios, en el sentido de que, por ejemplo, el inmueble comprado por un millón de pesos (\$ 1.000.000), que por un incremento de los valores del mercado pasa a valer el doble, quede cubierto sólo por la mitad de su valor. Si así fuera, la protección (...) se licuaría paulatinamente, al compás de la depreciación de la moneda (...). La interpretación de la ampliación de

---

ausente que reaparece y el “poseedor” de la herencia frente a una acción de petición), entendió que por aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado, el patrimonio de quien enajena sin legitimación suficiente debe ser devuelto a la situación anterior; califica a ello de “razones de justicia elemental”, y entiende que el enajenante no puede quejarse de ello y que no hay ningún obstáculo para aplicar la subrogación real por considerable que sea el enriquecimiento debido a las circunstancias que fueran favorables (p. 298). Puede verse una crítica a la pretendida vinculación con el enriquecimiento sin causa en MARÍN PADILLA, pp. 1200-1205.

<sup>144</sup> Véase PONSARD, §10, p. 73.

<sup>145</sup> Nótese que ello no choca con lo que hemos dicho acerca de que el principio de conservación no admite las plusvalías, pues el mayor valor adquirido fue posterior a la subrogación real.

la afectación debería partir, por lo tanto, del concepto de parcelas de valor (no monetizadas)...”<sup>146</sup>.

### c) Desproporciones ostensibles

No se debe extremar la rigurosidad; la subrogación real podrá funcionar en plenitud a pesar de que el objeto de reemplazo tenga un mayor valor, pues no podría aducirse una falta de equivalencia para no permitirla cuando la discordancia se mueve dentro de los cánones de la razonabilidad, o sea, cuando no suponga un cambio rotundo en el valor del patrimonio, sino que se mantenga en una situación similar, a pesar de que los valores de los objetos no sean absolutamente iguales.

Sin embargo, el límite podría encontrarse en las desproporciones ostensibles<sup>147</sup> que puedan lesionar intereses legítimos, que, utilizando la terminología del art. 2377 del Código Civil y Comercial, consideramos que son aquellas que “por circunstancias económicas, el valor de los bienes (...) aumenta o disminuye apreciablemente”.

Acaso pueda ejemplificarse con los intereses de los acreedores frente a una oportunidad fuera de lo ordinario en el mercado que permita adquirir con el precio obtenido, un inmueble rural que por su magnitud exceda notoriamente de las necesidades habitacionales de los beneficiarios de la vivienda constituida que hasta entonces se habían manifestado. Creemos que frente a esa manifiesta desigualdad de valores es procedente la invocación de la subrogación real parcial.

Nos hemos hecho cargo posibles soluciones que se presentan cuando el objeto sustituto experimenta una mejoría en su valoración económica. Pero, como se advirtió, puede suceder lo

---

<sup>146</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>147</sup> Véase PONSARD, §10, p. 73, en donde se dice, con cita de Beudant y Lerebours-Pigeonnière: “seule une disproportion choquante rendrait certainement impossible la subrogation réelle”.

contrario. Así, si el poseedor de los bienes del ausente adquirió con éstos ciertos títulos valores que llegaran a valer tan solo “el peso del papel”. La subrogación real perjudicaría al pretendido beneficiario de ella, que en el supuesto referido sería el ausente que reaparece. Muchos de estos perjuicios se solucionan mediante la propuesta de Demogue: hacerla optativa para evitar que se convierta en una espada de dos filos<sup>148</sup>.

La tesis es defendible en tanto se considere que los efectos de la subrogación real son renunciables y que frente a ello subsiste la posibilidad de obtener una reparación integral del daño injustamente sufrido. Pero tampoco es descartable que, sin renunciar a la subrogación real, subsistan las pretensiones indemnizatorias con carácter complementario<sup>149</sup>. Naturalmente, todas esas pretensiones indemnizatorias, sustitutivas o meramente complementarias, se regirán por las reglas generales de la responsabilidad civil y procederán cuando se presenten todos los presupuestos del deber de responder.

#### **d) Un caso muy particular**

En el Derecho anglosajón se resolvió judicialmente un conflicto con ocasión de un *tracing into profits*; o sea, de una suerte de subrogación real en donde el objeto sustituto es de mayor valor. Nos referimos a “Jones & Son (Trustee) v. Jones”<sup>150</sup>. Los hechos fueron los siguientes:

Una sociedad dedicada a la producción de papas cometió un acto susceptible de engendrar una quiebra. Luego de ello, la Sra. Jones, esposa de uno de los socios, se hizo con £11,700 de una

---

<sup>148</sup> DEMOGUE, §2, p. 298. Frente a la posibilidad de permitir que el ausente reclame según su interés los objetos adquiridos o el precio de los vendidos, Demogue entiende que podría presentarse una grave objeción, puesto que el enajenante pagaría más que en la acción in rem verso.

<sup>149</sup> Véase el §7 del presente Capítulo III.

<sup>150</sup> *Court of Appeal (Civil Division), England & Wales, “Jones & Son (Trustee) v. Jones”, 25 April 1996.*

cuenta bancaria de la sociedad –mediante cheques girados por su cónyuge– y luego los invirtió en el mercado de papas futuras, en donde se obtuvo un gran provecho y a raíz de ello se depositaron £50,760 en una cuenta en su banco, separados de su propio dinero. Con posterioridad, el síndico de la quiebra reclamó la totalidad de la suma.

El tribunal entendió que el reclamo era viable, en razón de que existía una cadena directa de sustituciones desde el dinero depositado en la cuenta de la sociedad al depositado en la cuenta de la mujer (en definitiva, se sucedieron distintos derechos personales contra diferentes sujetos); no importó que la suma resultante se haya visto casi quintuplicada, en tanto procedía de la primigenia.

¿Es viable una solución similar en nuestro sistema jurídico?

Es una cuestión que linda muy cercanamente con el principio que veda el enriquecimiento injustificado (art. 1794, Código Civil y Comercial), pero a pesar de ello parece que se cumplen con los requisitos de la subrogación real. Cabe preguntarse si la desproporción ostensible entre los objetos respectivos (un derecho por £11,700; otro por £50,760) puede desecharla por ser extraña a la idea de conservación. Ante todo, parece que esa desproporción no lesiona intereses legítimos, pues la sustracción y consiguiente utilización fue contraria a Derecho. También debemos insistir en que las diferencias de valor deben tenerse en cuenta al momento de la sustitución y no posteriormente; al momento de la sustitución del dinero por un derecho en el mercado de futuros posiblemente se respetó la equivalencia; los avatares posteriores incrementaron el valor del objeto sustituto, pero es sabido que *res crescit domino*, o sea que los aumentos benefician al titular de la situación jurídica.

#### 4.2.3. **Planteo acerca de la incidencia de los rubros de un crédito indemnizatorio**

Es sabido que el Código Civil y Comercial requiere la coexistencia de distintos “requisitos” para alumbrar a la responsabilidad civil en función resarcitoria: el daño, la antijuridicidad, el factor de atribución y la relación de causalidad (arts. 1716 y ss.). A los efectos de este apartado nos interesa detenernos en uno de ellos: el daño.

Se conceptualiza al daño como la lesión a un “derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o a un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737, Código Civil y Comercial). El crédito que nace para reparar ese perjuicio “comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738, Código Civil y Comercial). En síntesis, la reparación “debe ser plena” y debe procurar la “restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso” (art. 1740, Código Civil y Comercial). Adviértase que en ocasiones incluso se indemnizan las “consecuencias no patrimoniales” del hecho dañoso (art. 1741, Código Civil y Comercial).

Ante este contexto no es aventurado cuestionarse a qué de todo ello se extiende la situación jurídica que perdura por efecto de la subrogación real. Puede ilustrarse el interrogante a través de la ejemplificación: si el derecho real de garantía “se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados” cuando existe una “indemnización” (art. 2194, Código Civil y Comercial), hay que determinar en qué medida es ello posible.

No parece razonable admitir que la indemnización se entienda subrogada en mayor medida de la que corresponde al objeto reemplazado. O sea, que solo aquella porción de valor de la indemnización que refiera al objeto dañado será considerada objeto sustituto.

Si el automóvil objeto de una prenda es incendiado se habrán engendrado muchos perjuicios para el dueño de aquel, pero el titular de la prenda no se beneficiará de la subrogación respecto de toda la indemnización debida, sino únicamente respecto de los rubros de ese crédito que atiendan directamente al objeto de esa situación jurídica, y no a aquellos que indemnicen otros menoscabos, verbigracia los “morales”.

Piénsese en un automóvil que representa para su titular un gran valor afectivo; quien advirtió esa circunstancia e intencionalmente destruyó ese objeto habrá de indemnizar todo el daño causado a su titular. Pero no puede sostenerse que toda esa indemnización “sustituya” al objeto, pues parte de ella viene a remediar daños que ciertamente residen de manera directa en la persona damnificada y no tan solo en su patrimonio.

Una pauta que no es desechable para iluminar el camino es la que surge de la conglobación de dos artículos de la ley nacional de expropiaciones N° 21.499. Esta prevé la subrogación real en su art. 28 y lo hace de la siguiente manera: “Ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquella libre de todo gravamen”.

Por su parte, el art. 10 dispone: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

Con estricto apego a las subrogaciones en el ámbito de la comunidad de ganancias, Basset explica:

“Analizar los rubros que integran la indemnización permite una solución más justa. Un accidente automovilístico puede tener elementos indemnizatorios propios del daño físico al conductor, cuya naturaleza es personal y, por ende, propia. Puede tener elementos reparatorios referidos al daño patrimonial causado al vehículo. La indemnización de ese rubro seguirá la calificación del automotor dañado. Por último, el lucro cesante del conductor que, debido a las lesiones producidas, no ha podido ejercer adecuadamente su profesión, si el accidente ocurrió durante la vigencia de la sociedad, será ganancial”<sup>151</sup>.

Similar era el criterio del Proyecto de 1998, el cual el Código Civil y Comercial siguió de cerca al preceptuar la nómina de objetos propios y gananciales en los arts. 464 y 465. Mientras que el inc. d) del art. 464 refiere que son objetos propios las indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio, el inc. n) aclara que también lo son las “indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales”. Por su parte, el art. 465 al reglar los objetos gananciales, dispone en su inc. g) que las indemnizaciones que subrogan a un objeto ganancial también tienen ese carácter, mientras que la parte final de esa norma asevera que “no son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de esta”.

---

<sup>151</sup> BASSET, *La calificación...*, p. 546

#### 4.2.4. Una norma excepcional

Prevenimos acerca de una norma de la ley concursal que podría desvanecer la directiva general de que la sustitución del objeto lo es en la medida del que egresa.

Al referirnos a la adquisición de objetos mediante la utilización de bienes propios o gananciales vislumbramos un caso en el que el ordenamiento jurídico subroga con excedencia del valor del objeto sustituido. Aquí ocurre lo contrario; la subrogación no llega a cubrir el valor del objeto sustituto.

El art. 247 de la ley 24.522, al hacer tema con la “extensión de los créditos con privilegio general”, preconiza: “Los créditos con privilegio general solo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246”. Esto ha merecido que se sostenga:

“...la solución no parece la correcta, porque resulta ser una mutilación a los créditos con privilegio general; si los créditos con privilegio general gozan de esas preferencias no hay motivo para reducir el asiento de los mismos...”<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> RIVERA, Julio C., CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., DI TULLIO, José A., GRAZIABILE, Darío J. y Ribera, Carlos E., *Derecho concursal*, 2° edición, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo III, p. 643; se le atribuye esta opinión transcrita a Graziabile. Compárese LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo I, §492, pp. 645-646, al citar los fundamentos de la comisión redactora de la entonces ley 19.551: “...se ha inspirado en razones de justicia (...) en la convicción de que paralelamente se refuerza la garantía natural del crédito común y, fomentando la confianza de su debida tutela legal”.



### 4.3. Irretroactividad

Es un lugar común en la doctrina acudir a la herramienta jurídica de la retroactividad para explicar los efectos de la subrogación real. Explicaremos la cuestión de otra manera.

Verbigracia, son numerosos los autores que explicaron que la subrogación de la vivienda tiene un efecto retroactivo<sup>153</sup>. Disentimos en que esa sea la manera en que la subrogación despliega sus efectos.

La retroactividad se da cuando un efecto “obra o tiene fuerza sobre lo pasado”, según felizmente explica el Diccionario de la Real Academia Española. Nos preguntamos: ¿la subrogación obra sobre lo pasado? Creemos que no.

Pretender una retroactividad sería como afirmar que el objeto sustituto fue el “tutelado” desde el inicio del régimen, lo que no nos parece ajustado a la idea de la subrogación. Eso significaría literalmente lo siguiente: el objeto reemplazado nunca fue, verbigracia, la vivienda; el objeto sustituto siempre lo fue.

Si bien los autores son cuidadosos en señalar que ello es “sin perjuicio” de los derechos de terceros, consideramos que ello no es conciliable con una explicación realista de la temática.

Los análisis suelen prestar más atención a la realidad del inmueble en sí mismo (objeto afectado) y no a la situación de la cual el inmueble es meramente un “elemento” (afectación).

Al afirmar que con la subrogación real la situación jurídica (afectación a vivienda) se mantiene sustancialmente invariada a pesar del cambio de su asiento (inmueble) no precisamos acudir a la noción de la retroactividad. El inmueble de reemplazo será la vivienda desde el momento del acto modificativo y a partir de

---

<sup>153</sup> Así, GUASTAVINO, “Subrogación del bien de familia, pp. 86 y ss.; SAUX, pp. 241 y ss.; COSSARI, “Sustitución...”, pp. 127 y ss.; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?”, RDF 2017-IV, 71; ZAVALA, pp. 37 y ss.

entonces. Por su parte, el hogar sustituido fue la vivienda hasta el acaecimiento de ese acto.

La situación jurídica se mantiene incólume, aunque con relación a otro objeto. No se trata de una nueva “afectación” mediante la cual se finge que ella existía con anterioridad, sino que se trata de una lisa y llana continuidad de una afectación originaria, aunque con un asiento diverso.

#### **4.4. Proyecciones frente a terceros**

##### **4.4.1. La subrogación puede ser beneficiosa o indiferente a los terceros, pero nunca perjudicial**

Si bien son pensables situaciones en las que el hecho modificativo solamente llegue a tener trascendencia entre las partes que lo provocan, se ha resaltado la obviedad de que los terceros pueden tener un interés respecto de la subrogación real y se ha ejemplificado con los acreedores de los cónyuges cuando opera una subrogación real en torno al régimen de comunidad<sup>154</sup>.

Cierto sector de la doctrina remarcó que la subrogación real solamente tendría razón de ser cuando pudiese ser opuesta o invocada por un tercero<sup>155</sup>. En similar sentido se sostuvo que únicamente surge una “cuestión jurídica” cuando se consideran los derechos de terceros con relación a la sustitución objetiva, o sea, cuando se trata de indagar quién resultará beneficiado o a quien se le opondrá<sup>156</sup>. Para Andrés Santos:

“Cuando el derecho objetivo impone la subrogación real, lo hace buscando unos fines de protección de los derechos de personas que no han podido intervenir, por diferentes razones, en los actos que han dado lugar al intercambio de bienes (...). [N]o solo el titular originario del derecho desaparecido se ve beneficiado por la subrogación, sino

---

<sup>154</sup> SAVAUX, §59, p. 12.

<sup>155</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 735.

<sup>156</sup> LONGO, §21, pp. 60-61.

también sus acreedores, puesto que el nuevo objeto entra *inmediatamente* en el patrimonio de aquél, quedando así conservada su masa de responsabilidad. La subrogación real tiene, por tanto, una función de garantía y defensa de la integridad *in natura* de los derechos y los patrimonios<sup>157</sup>.

Ello quiere decir que la subrogación real, al tiempo que beneficia al titular de la situación jurídica modificada en su objeto, también puede significar un provecho para ciertos terceros. Si el constituyente de una vivienda la enajenara, con todos los requisitos impuestos por el Derecho (art. 250, Código Civil y Comercial), aquel acaso sea el principal protegido por la subrogación real al precio, pero también alcanzarán provecho cierto los terceros beneficiarios del régimen (art. 246, Código Civil y Comercial) que el ordenamiento jurídico busca tutelar.

También la subrogación real puede ser indiferente a los terceros. Nuevamente la vivienda nos da un claro ejemplo de ello, en tanto la mutación del asiento de la protección no beneficia ni perjudica a los acreedores del constituyente, puesto que ellos se mantienen en la misma situación previa: no tenían facultades para instar la ejecución de determinado objeto, ahora tampoco las tienen respecto del sustituto.

La subrogación real puede ser beneficiosa respecto de los terceros, por tutelarlos, o bien puede resultarles indiferente; lo que debe evitarse es que la subrogación real les sea perjudicial. Sería reprochable que los terceros se vean damnificados en sus intereses legítimos y en su buena fe.

Es necesario, pues, determinar las “condiciones” bajo las cuales la subrogación podría ser invocada por los terceros o serle

---

<sup>157</sup> ANDRES SANTOS, p. 735.

opuesta a éstos<sup>158</sup>, pues el régimen de la subrogación debería preservar el interés de esos terceros<sup>159</sup>.

La subrogación real puede ser inoponible a terceros, ya por defectos de prueba o bien por defectos de publicidad.

#### 4.4.2. Exigencia de prueba

Como vimos en el Capítulo I al estudiar a la relación de causalidad subyacente, la subrogación real debe ser probada y para ello, como principio, debe admitirse cualquier medio probatorio que acredite la sustitución operada. El defecto probatorio imposibilitará que la subrogación sea eficaz respecto de la persona a la cual pretenda oponérsela.

El ordenamiento jurídico puede imponer determinada expresión probatoria especial para alcanzar esa oponibilidad<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> SAVAUX, §59, p. 12.

<sup>159</sup> SAVAUX, §39, p. 9. Según Bonnecase "...la subrogación real sólo se producirá dejando a salvo los derechos de los terceros" (BONNECASE, §31, p. 30). Para Galli "Los efectos entre partes (...) se consideran siempre sin perjuicio del derecho de tercero. La subrogación en favor del titular del derecho que afectaba los bienes sustituidos, se podrá hacer valer en tanto no afecte ningún derecho adquirido por un tercero de buena fe" (GALLI, tomo II, §1473l, pp. 478-479). Flach se plantea la cuestión de los efectos de la subrogación real en cuanto a los terceros que tienen derechos con relación a una universalidad o sobre objetos determinados de ella. Afirma que únicamente esa subrogación real afecta o beneficia a terceros en el primer supuesto (así, acreedores con la llamada "garantía común"), pero no cuando los tienen respecto de objetos individualmente considerados (así, un derecho real de garantía sobre alguno de ellos), ya que en este último caso la subrogación no les podría afectar el lugar que estaba reservado para ellos, a pesar de que ella igualmente se produciría respecto a la cualidad de *res universitatis* (FLACH, p. 456).

<sup>160</sup> Véase §4.4.4, Capítulo III.

#### 4.4.3. Exigencia de publicidad

##### 4.4.3.1. Sustituciones que requieren ser publicitadas

Es cierto que se carece de normas generales que se ocupen explícitamente de la publicidad de la subrogación, lo que pudo haber contribuido a que la doctrina observe con desconfianza al fenómeno<sup>161</sup>; sin embargo, no tenemos dudas de que deben regir las generales de la materia publicitaria para alcanzar la oponibilidad de la subrogación real<sup>162</sup>.

Demogue afirma que, si de acuerdo con la “naturaleza de las cosas” debe ocurrir una subrogación real, “racionalmente” una limitación viene impuesta en “interés de terceros”; según él, no debe permitirse que “clandestinamente” un bien se encuentre en una situación jurídica susceptible de perjudicarlos, pues el interés de los terceros debe ser de gran consideración en la materia<sup>163</sup>. Ellos deberían estar garantizados contra los peligros de la subrogación; así, ella se admitiría en función de los “intereses directos”, pero al lado de ellos están los de los terceros y se debería tutelar la confianza generada en ellos<sup>164</sup>. De lo contrario se generaría la situación inversa y se los llevaría a un sentimiento de desconfianza peligroso para el crédito, salvo que se les brinde un medio para conocer la verdadera situación: sería necesario garantizar la tranquilidad de ellos a través de un sistema publicitario<sup>165</sup>.

Piénsese que un tercero podría razonablemente creer que un objeto adquirido por una persona durante el matrimonio sea común y no propio, máxime que esa suposición tendría un cierto

---

<sup>161</sup> MARÍN PADILLA, p. 1192.

<sup>162</sup> SAVAUX, §60 y §61, pp. 12-13.

<sup>163</sup> DEMOGUE, §1, p. 249.

<sup>164</sup> DEMOGUE, §4, p. 307.

<sup>165</sup> DEMOGUE, §4, p. 307.

respaldo en función de la presunción de comunidad (art. 466, Código Civil y Comercial).

Desde el acaecimiento del hecho jurídico subrogatorio operarán los efectos de la subrogación real y en ausencia de disposición legal en contrario las consecuencias alcanzarán también a los terceros que les sea oponible. Debemos hacer jugar la clasificación entre sustituciones potestativas y forzosas en las que reparamos con anterioridad.

La subrogación real que denominamos oportunamente como “potestativa”, debe ser inoponible a los terceros “interesados” y de “buena fe”, ya que ellos tienen una situación jurídica digna de ser tutelada por el ordenamiento jurídico, salvo que medie una publicidad suficiente. En otras palabras, les será oponible a los terceros desinteresados e interesados de mala fe<sup>166</sup>.

La subrogación real potestativa es un hecho humano voluntario lícito. La sustitución potestativa, recordemos, puede ocurrir en virtud de una enajenación y en este caso la subrogación será un mero acto lícito. O bien, puede ocurrir por una opción del titular de la situación jurídica: aquí es un verdadero acto jurídico.

En tanto que estas sustituciones implican el juego de la voluntad, es lógico que debamos exigir un mecanismo publicitario para oponer la modificación a los terceros.

Pero ¿qué ocurre con las sustituciones forzosas? ¿Qué sucede frente a un hecho ilícito de un tercero que daña el inmueble? ¿Qué

---

<sup>166</sup> El art. 2156 del Proyecto de 1998, al tratar la registración inmobiliaria refiere: “La oponibilidad de las mutaciones se produce sin necesidad de inscripción respecto de las partes, sus herederos, el escribano o funcionario autorizante, los testigos del acto, terceros desinteresados e interesados de mala fe”. El art. 1893 del Código Civil y Comercial, en su primer párrafo dispone que las mutaciones “no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente” y en su párrafo final regla: “No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”.

pasa frente a la expropiación del objeto? Las indemnizaciones deberían ocupar el lugar del objeto sustituido sin más; la modificación debería ser oponible sin que sea necesario que el interesado agregue y ponga en funcionamiento un mecanismo publicitario.

Si la sustitución es por una expropiación no hay duda de su plena oponibilidad, pues para alcanzarla hubo de haberse dictado una “ley expropiatoria” que declare afectado el objeto a los fines respectivos (véase art. 16, ley 21.499).

En cambio, si la sustitución deriva de la fuerza del derecho creditorio nacido en virtud de una destrucción o deterioro de un objeto la operatividad debe ser inmediata; un derecho creditorio en miras a la reparación del daño será el nuevo asiento. No es posible exigirle un mecanismo publicitario de la subrogación a la víctima del daño, puesto que de otra manera se agravaría sin más el perjuicio sufrido.

#### **4.4.3.2. ¿Frente a quiénes es menester un mecanismo de publicidad suficiente?**

Como dijimos, ciertas sustituciones objetivas son inoponibles a los terceros interesados y de buena fe.

“Terceros interesados” son aquellos que cuentan con un interés legítimo, como los sucesores particulares<sup>167</sup>, los titulares de derechos reales sobre los objetos involucrados, la masa del concurso, los acreedores privilegiados, retentores, simples quirografarios, o sea, en general, los titulares de derechos subjetivos<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Repárese en que los herederos no son técnicamente terceros, pues ellos continúan la personalidad del causante (arg. art. 2280 y concordantes, Código Civil y Comercial).

<sup>168</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo I, §769 y ss, pp. 781 y ss.

La buena fe del tercero debe medirse en términos subjetivos; la mala fe estaría dada por la cognoscibilidad de determinada situación (arg. art. 1893, Código Civil y Comercial). Diversos exponentes del Derecho inmobiliario y registral refirieron que el procedimiento para alcanzar la cognoscibilidad es indiferente<sup>169</sup>; creemos que la misma noción debe presidir en esta temática.

Es de uso muy extendido describir a los terceros de mala fe como aquellos que “conocían o debían conocer”<sup>170</sup>, aunque creemos que era preferible la expresión contenida en varias disposiciones del Proyecto de 1998 que referían a aquellos que “conocían o hubieran de haber conocido”; es que no se trata de que alguien “deba” conocer, ya que ello es ciertamente impropio.

En cambio, ser diligente sí es un deber y esta actitud deriva regularmente en el conocimiento. El correcto emplazamiento idiomático es aquel que menta que el tercero de mala fe “hubiera de haber conocido” al desplegar la diligencia exigible de acuerdo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

El art. 1591 del Proyecto de 1998 nos brinda pautas hermenéuticas encomiables: “*Posibilidad de conocer*. Se considera que un sujeto hubo de haber conocido la existencia o la inexistencia, presente o futura, de cierto hecho o situación, si cualquier otro sujeto, de sus condiciones y en sus circunstancias,

---

<sup>169</sup> Se ha dicho que “para proteger al tercero lo que interesa es que pueda saber aquello que ha de perjudicarlo, la manera, el procedimiento de hacérselo saber, es indiferente con tal de que sea seguro” (CAMPUZANO Y HORMA, Fernando, *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Reus, Madrid, 1925, tomo I, pp. 482 y ss.; el párrafo transcrito es de p. 483). Según los Roca Sastre: “...lo esencial es que el adquirente sepa a qué debe atenerse, siendo indiferente el procedimiento por el cual llegue a adquirir el conocimiento de las condiciones de su adquisición” (ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, tomo I, p. 665).

<sup>170</sup> Esa fórmula es utilizada, verbigracia, por el art. 1893 del Código Civil y Comercial.



que hubiera actuado diligentemente, la habría tenido por cierta, en razón de la información a su alcance, o de su grado de probabilidad según lo que normalmente acontece”.

#### 4.4.3.3. La regla del paralelismo publicitario

Debemos indagar en la extensión de la publicidad exigida para la oponibilidad de la subrogación real a terceros interesados y de buena fe, porque ella funciona en variadas situaciones jurídicas disímiles.

Así como ocurre respecto del elemento forma de los actos jurídicos, en donde rige el paralelismo de formas (arg. art. 1016, Código Civil y Comercial), para Demogue, la exigencia publicitaria en la subrogación real debe cumplir con una cierta proporcionalidad: la calidad con la que se verá afectada el objeto sustituto no es nueva y existía anteriormente respecto del objeto sustituido. Aplica una suerte de paralelismo para obtener la medida de la publicidad necesaria: por regla, se requerirá la misma que se necesitó al momento de la adquisición de la respectiva calidad<sup>171</sup>.

La solución planteada por Demogue es inicialmente compartible, pues es lógico que no pueda exigirse –salvo disposición legal en contrario– más en la oponibilidad de la “modificación” que lo que se requirió en la “adquisición”, o en su caso en la “extinción”. No obstante, ello debe entenderse en sus justos límites.

Creemos que el paralelismo publicitario determina dos consecuencias: 1) si fue necesario un mecanismo publicitario para oponer la adquisición de la situación jurídica, también lo será para su modificación, pero no a la inversa; y 2) si la ley previó especialmente un mecanismo publicitario específico al tiempo de la adquisición, el mismo medio deberá utilizarse al tiempo de la

---

<sup>171</sup> DEMOGUE, §4, pp. 308-309.

modificación, siempre y cuando ello sea compatible con la naturaleza del objeto sustituto.

Ejemplifiquemos. Como la adquisición de un privilegio no requiere de un mecanismo publicitario para su eficacia, la modificación del asiento del mismo en virtud de una subrogación real tampoco lo necesitará.

En cambio, la constitución de un régimen de afectación a vivienda deberá registrarse en el folio real correspondiente al inmueble respectivo. Por ello, la subrogación de ese inmueble en el que se asienta el régimen de la vivienda requerirá de publicidad para su oponibilidad a terceros. No hay duda que podrá publicitarse con cierta facilidad a la subrogación por un nuevo inmueble, pero ¿cómo se publicitará la afectación cuando recaiga sobre el precio correspondiente a la enajenación? Si al momento de la enajenación no es menester registrar la “reserva” de subrogación real, ni es posible hacerlo, pareciera que el paralelismo publicitario no podría desplegarse<sup>172</sup>. Ello no desmiente que en el instrumento en el cual conste, verbigracia, la compraventa podrá vislumbrarse la subrogación al precio. O sea que un mínimo estudio sobre el origen de los fondos podrá demostrar que ellos son el nuevo asiento de una situación jurídica que ha visto modificado su objeto.

#### 4.4.3.4. Mecanismos de publicidad

Cuando se ingresa en el tratamiento de la publicidad ocupa un lugar destacado la “publicidad registral”, aunque paralelamente siempre hay que meritar la incidencia que pudiera tener la “publicidad posesoria”, máxime que el Código Civil y Comercial las califica como expresiones de publicidad suficiente en su art. 1893. Si bien la llamada “publicidad instrumental” no llega a encuadrarse como publicidad suficiente, ello no desmiente que

---

<sup>172</sup> Véase §5.4.1.3, Capítulo V.

también a través de ella se producen importantes efectos publicitarios.

La publicidad posesoria, que se comprende en el abarcativo género de la “publicidad de los estados de hecho”<sup>173</sup>, puede tener una significativa influencia en la oponibilidad de la afectación a vivienda, como en la modificación de su asiento. Así, la habitación efectiva en el objeto sustituto por los beneficiarios del régimen podría llegar a convertirse en una exteriorización diáfana. El poseedor, el tenedor, el servidor de la posesión, incluso el titular de una mera yuxtaposición<sup>174</sup>, o ellos en conjunto, al ocupar el inmueble sustituto con fines de vivienda podrían revelar un interés digno de tutela como lo es el habitacional<sup>175</sup>. Nótese que la “habitación efectiva” tiene tanta energía que incluso una afectación registrada será impotente cuando ninguno de los beneficiarios permaneciere en el inmueble (art. 247, Código Civil y Comercial).

Nótese que ya Demogue advierte las implicancias de la llamada publicidad instrumental cuando asevera que de los títulos que acompañan a un objeto podría surgir la situación jurídica y por lo tanto los terceros habrán de conocer el origen del objeto y la subrogación operada<sup>176</sup>. Naturalmente, ello es así siempre y

---

<sup>173</sup> Los estados de hecho tienen una función exteriorizadora que impresionan los sentidos de manera más simple y directa que cualquier otro mecanismo publicitario. Véase CNCiv., sala C, “Todros, José R. y otros c. Todros, Fraser, Jorge”, 21/11/1978, La Ley, 1979-B, p. 259 - ED, 83, p. 298.

<sup>174</sup> Verbigracia, si el beneficiario es una persona con cortapisas a su capacidad o no puede entablar una relación real de carácter voluntario.

<sup>175</sup> Ello no desmiente que la afectación al régimen deba ser realizada a través de los siguientes mecanismos: 1) acta registral; 2) escritura pública; 3) testamento. Cuando la situación jurídica nace fuera del registro, existirá la carga de publicitarla en ese medio, pues al generarse límites mayores que los comunes –como lo son las cortapisas a la disposición jurídica– se “modifican” los derechos reales inmobiliarios correspondientes (arg. art. 2º, ley 17.801).

<sup>176</sup> DEMOGUE, §4, p. 309.

cuando las pautas impuestas por el principio de buena fe exijan esos estudios<sup>177</sup>.

Es decir, si se analiza el acto jurídico adquisitivo podrá advertirse que tal objeto ingresó como consecuencia del egreso de otro objeto; al analizar el título de este último, acaso pueda observarse que el mismo estaba sometido a determinada situación jurídica. Y como corolario de ese encadenamiento lógico podrá apreciarse la subrogación real operada, plenamente oponible a los terceros por esa publicidad surgente de los instrumentos.

Aunque, según Demogue, respecto de un precio en dinero como objeto sustituido nada se advertirá del origen del mismo, por lo que se necesitaría de una indicación especial. O sea que se exigiría la declaración en el acto respectivo de que el “precio” se “reutiliza” de la venta de tal o cual objeto<sup>178</sup>. Sobre si es posible probar por otros medios el origen de los fondos frente a la ausencia de tales menciones, Demogue se expide en principio por la negativa<sup>179</sup>, aunque lo admite únicamente cuando la alienación fuera hecha por alguien que no sea el titular del derecho, sin perjuicio de que afirma que tal prueba no debería admitirse de manera sencilla, ya que solo sería necesario favorecer a las personas prudentes y en caso en contrario triunfarían las maniobras desleales.

El Código Civil y Comercial adopta parcialmente estas directivas en los arts. 466 y 1648, como analizaremos en los apartados siguientes.

---

<sup>177</sup> El estudio de títulos es una “investigación prolija, personal y crítica del derecho invocado por una persona, que la hace o no indudablemente titular de ese derecho” (MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, “Estudio de títulos de dominio”, Gaceta del Notariado, Santa Fe, año 9, mayo/diciembre de 1970, p. 627). Existe un consenso generalizado acerca de la conveniencia del estudio de títulos en el afianzamiento de la seguridad jurídica y de su necesidad para la configuración de la buena fe.

<sup>178</sup> DEMOGUE, §4, pp. 309-310.

<sup>179</sup> DEMOGUE, §4, p. 310, en nota 1.

#### 4.4.3.5. Un caso jurisprudencial

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, integrada por los Dres. Edgardo I. Saux, Juan Carlos M. Genesio y Raúl Juan Cordini<sup>180</sup>, hizo tema con el mentado conflicto publicitario. La situación fáctica fue la siguiente:

“El 21/2/2001 se documenta como factura adeudada por contrataciones publicitarias (...) un crédito (...) por un monto de \$ 4771,50. No habiendo sido cancelada la deuda (...) el 11/10/2002 se suscribe un documento en el cual se refinancia la misma mediante un convenio de reconocimiento de deuda certificado por escribano público. Dentro del proceso de quiebra (...) que sobreviniera (...) la incidentista obtiene sentencia vericatoria de su crédito el 23/2/2004. Con anterioridad a ello, el 14/2/2001, los fallidos desafectan la constitución de bien de familia sobre el inmueble (...) y lo venden (...) y seguidamente adquieren (...) otro inmueble (...) el cual proceden a constituir como bien de familia, inscripción que se materializa registralmente el 25/2/2001, vale decir, once días después de desafectado y vendido el anterior”.

Naturalmente, los fallidos intentaron hacer uso de la herramienta de la subrogación real y alegaron que en la “nueva constitución” se había omitido:

“...hacer mención a que en los hechos esta última inscripción constituye una sustitución a la del inmueble enajenado y que esta afectación, por tratarse de una subrogación real, debe ser opuesta en forma retroactiva al 5/8/1993”.

O sea que solicitaron la aplicación de la subrogación real para propender a la oponibilidad de la afectación a vivienda del inmueble, pues a la época en que se realizó la constitución originaria aún no había nacido la obligación.

---

<sup>180</sup> Véase Cámara de Apelaciones en lo Civ. y Com. de Santa Fe, Sala I, “Veronese, Claudia M. c. Record Publicistas S.R.L. s/quiebra”, 15/02/2007, LLLitoral 2007 (JUNIO), 575 – ED 222, 50.

Con la mirada puesta en una pretendida “compatibilización” entre la tutela del inmueble afectado con la protección del crédito y el respeto “mínimo” a la seguridad jurídica, se concluyó que debía darse “...posibilidad a los acreedores preexistentes de conocer la solicitud y eventualmente hacer valer sus derechos”. De allí que se sentenció:

“...[M]ás allá de que haya cierta proximidad temporal entre desafectación y venta y compra y nueva afectación, es innegable que no se mencionó ni registral ni judicialmente la pretensión de hacer operativa la subrogación real de la tutela, y que los once días transcurridos desde que se desafectó y vendió el primer inmueble y se compró y afectó el segundo evidencian que ese inexorable recaudo de publicidad y autorización administrativa o judicial previa no se cumplieron, haciendo operativa de tal manera la inoponibilidad de la nueva constitución...”.

#### **4.4.4. Cargas probatorias y publicitarias impuestas expresamente**

##### **4.4.4.1. Explicación**

En ocasiones el ordenamiento jurídico impone determinadas exteriorizaciones formales con aspiraciones probatorias y publicitarias para que se alcance la oponibilidad a terceros de la sustitución de objetos. Nos estamos refiriendo a ciertas declaraciones instrumentales que el ordenamiento jurídico insta.

Nótese que las exigencias normativas de las que haremos mérito en este apartado no constituyen de manera alguna una suerte de elemento formal de la subrogación real, sino que son meras “cargas” para alcanzar la oponibilidad de sus efectos.

Es que en ninguno de los casos que abordaremos estamos necesariamente frente a un acto jurídico de subrogación, sino más bien frente a un acto declarativo de que la subrogación se produjo y es ese el acto jurídico que cumple con las exigencias formales impuestas.

La subrogación real se engendra desde el mismo momento en que acaece la sustitución de objetos<sup>181</sup>, pero para que la modificación de la situación jurídica tenga alcances frente a los terceros será menester que se cumpla con la carga.

De esta manera se explica que utilicemos el vocablo “carga”, como esa suerte de imperativo del propio interés del titular de la situación jurídica.

#### 4.4.4.2. En la comunidad de ganancias

Ocupémonos, en primer lugar, del art. 466<sup>182</sup> que trata los alcances de la subrogación real en materia de comunidad de ganancias.

---

<sup>181</sup> Un argumento corroborante de ello es la disposición final del art. 466, en virtud de la cual “el adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”. Ese mismo fragmento normativo nos confirma que la sustitución por disposición jurídica se produce a pesar de no haber una voluntad direccionada en ese sentido (véase §8.2.4, Capítulo I). También la inoponibilidad de la subrogación por falta de declaración es prueba suficiente de la independencia del hecho subrogatorio respecto de algún hecho antecedente que le sirva de ocasión; es que los efectos de una compraventa podrán ser perfectamente oponibles a los terceros, y la subrogación producida no podrá serle opuesta a aquellos interesados y de buena fe sino se cumple con las imposiciones antedichas (véase §1.2.3.2, Capítulo III).

<sup>182</sup> Su fuente inmediata es el art. 459 del Proyecto de 1998. La transcripción es literal, sin perjuicio de algunas diferencias lingüísticas.

El art. 1434 del Código Civil francés regla algo similar: “Con respecto a cada cónyuge se considerará realizada la inversión o la reinversión siempre que declare, con ocasión de una adquisición, que ésta se hizo con dinero privativo o proveniente de la enajenación de un bien privativo, y con objeto de su inversión o reinversión. En defecto de esta declaración en el momento de la adquisición, la inversión o la reinversión sólo tendrán lugar por acuerdo de los cónyuges y sólo producirá efectos en las relaciones recíprocas”.

Ante todo deben distinguirse adecuadamente dos cuestiones que son sustancialmente diferentes. En primer lugar, la prueba de la subrogación real; en segundo lugar, su oponibilidad.

El primer párrafo es el que se ocupa de lo probatorio y menta la presunción *iuris tantum* de ganancialidad, respecto de la cual la “confesión” de los cónyuges no es un mecanismo idóneo para probar lo contrario con relación a terceros.

Se sostuvo que si en el acto de adquisición consta la declaración de que tal objeto se adquiere por subrogación a otro, se dispararía una presunción *iuris tantum* de subrogación<sup>183</sup>. Se explica que ello sería así siempre y cuando la declaración fuera asentida mutuamente, puesto que la declaración de uno de los cónyuges no afectaría al otro<sup>184</sup>. A la inversa, la falta de manifestación haría que rija la presunción de ganancialidad contenida en la primera parte del art. 466 que rige respecto de “todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad” y que debe matizarse al tiempo de la indivisión postcomunitaria<sup>185</sup>.

Acierta Gutiérrez Jeréz en que “ha de primar una visión objetiva relacionada con la procedencia, más que la voluntad que se exprese”<sup>186</sup>; no se “vincula el resultado jurídico calificadorio de la adquisición del bien a la previa demostración del origen del dinero utilizado o a la declaración expresa que realice el adquirente”<sup>187</sup>. Luego asevera, con cita de Rams, que “las vicisitudes que plantea la prueba sobre la procedencia del dinero invertido o reinvertido, o

---

<sup>183</sup> V Jornadas de Derecho Civil celebradas en 1971 en la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>184</sup> BASSET, *La calificación...*, p. 457, quien sigue en este sentido a MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, tomo II, p. 262.

<sup>185</sup> Véase §3.8.2.2, Capítulo V.

<sup>186</sup> GUTIÉRREZ JERÉZ, Luis J., *La subrogación real: Derechos Reales, Régimen económico matrimonial y Derecho de Sucesiones*, Difusión jurídica, Madrid, 2009, p. 110.

<sup>187</sup> GUTIÉRREZ JERÉZ, p. 111.



en su caso, del bien a costa del que opera la subrogación real no condicionan lo esencial del procedimiento subrogatorio”<sup>188</sup>.

Desde otro punto de vista:

“Para acreditar la subrogación en el supuesto de reinversión se tiene en cuenta: i) la contemporaneidad o el ‘correcto encadenamiento’ de la disponibilidad de los fondos con la adquisición cuya calificación se persigue; ii) la semejanza de los valores disponibles con aquellos cuya reinversión se alega y iii) si confluyera un aporte de distinta naturaleza, para suplir la diferencia de valores, el valor cuya reinversión se quiere probar, debe ser predominante. La diferencia de valores puede dar lugar a una recompensa (...). La contemporaneidad o ‘correcta encadenación’ y la similaridad de los valores generan apenas presunciones *iuris* que pueden ser desvirtuadas por el otro cónyuge, acreditando un empleo distinto del dinero disponible”<sup>189</sup>.

El segundo párrafo del art. 466, que desde su literalidad parece limitarse a la oponibilidad<sup>190</sup> de la subrogación de objetos “propios” dispone: “Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge”.

Adviértase que la conformidad en la constancia requerida en el acto de adquisición [léase instrumento] para la oponibilidad no desmiente que la confesión sea inoperante para la prueba con relación a terceros, puesto que se exige que en el mismo

---

<sup>188</sup> GUTIÉRREZ JERÉZ, p. 115.

<sup>189</sup> BASSET, *La calificación...*, p. 459.

<sup>190</sup> Se sentenció que no es necesaria la constancia en la escritura de adquisición sobre el origen propio de los fondos para la *existencia* de la subrogación real, pues esta puede aparecer “claramente acreditada en el expediente” por otras vías (CNCiv., Sala B, “Stendler, Paola L. c/ Cirigliano, Anibal Claudio s/ Liquidación de régimen de comunidad de bienes”, 27/12/2019).

instrumento consten los elementos probatorios de esa sustitución [“determinándose su origen”].

Es muy posible que en el instrumento nada se diga al respecto y en ese supuesto es necesario ponderar dos posibilidades: una enmienda judicial o una privada.

Las implicancias de una pretensión judicial frente a la “omisión”, incluso por imposibilidad de obtener la mentada “conformidad” del cónyuge, son reguladas por el mismo artículo: “En caso de no podérsela obtener, o de negarla este, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal<sup>191</sup> en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”<sup>192</sup>.

Téngase presente que esa manifestación judicial es “meramente declarativa”, pues se limitará a constatar el carácter respectivo para brindarle oponibilidad generalizada, aunque no constituirá la situación jurídica en sí.

La segunda alternativa posible ha merecido la siguiente reflexión:

---

<sup>191</sup> Para Urbaneja: “Los efectos de la publicidad cartular se tornan prístinos, pues no solamente se guarda silencio acerca de la eventual constancia registral del cambio del carácter, sino que la nota marginal no es una opción sino una manda legal, a estarse a la fraseología del artículo (“se debe tomar nota marginal”)”. Véase URBANEJA, pp. 162-163.

<sup>192</sup> Se ha dicho al respecto: “La novedad es que se zanja algún debate doctrinal en el sentido de la legitimidad de la acción procesal de calificación de un bien durante la vigencia del matrimonio” (BASSET, Ursula en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo IV, p. 343).

La XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal declaró por mayoría: “La omisión de la mención del origen del dinero con que se adquiere un inmueble, a que alude el art. 1246 del Código Civil, puede ser subsanada por escritura complementaria. Esta manifestación tiene efectos no sólo entre cónyuges, sino también respecto de terceros”.

“Con respecto a las confesiones privativas instrumentadas por acta notarial de subsanación, éstas no son oponibles a terceros aunque se inscriban en el registro, dado que la inscripción no le da solidez al acto. Si el acto es inoponible, la registración también<sup>193</sup>. Más aún, entendemos que esta norma debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por el art. 1002 inc. d), referido a las inhabilidades especiales, que señala que no pueden contratar en interés propio los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí. En consecuencia, las subsanaciones por escritura pública no serían tan solo inoponibles, sino nulas<sup>194</sup>.”

Es verdad que la mera confesión jamás podría constituirse en un elemento probatorio con relación a terceros y menos como un hecho habilitante de su oponibilidad. Es lo que literalmente dice la segunda oración del primer párrafo del art. 466: “Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges”.

Ahora bien, podría debatirse qué es lo que ocurriría cuando en el instrumento se brinde una prueba completa del hecho sustitutivo.

No nos satisface el argumento de la nulidad apoyado en el inc. d) del art. 1002. Se daría por sentado que esa declaración conjunta y sobreviniente constituye un contrato y que este no podría realizarse *a posteriori* de la enajenación, aunque sí al momento de ella como explícitamente surge del art. 466.

Creemos que no existe óbice alguno en que esa declaración pueda realizarse con posterioridad al acto. Apoyamos nuestra conclusión en que, si ello está expresamente permitido al momento de la enajenación, no sería consistente que se lo quisiera prohibir

---

<sup>193</sup> No es del todo cierto que “si el acto es inoponible, la registración también”, pues ello dependerá del tipo de ineficacia involucrada. Así, la ineficacia de un acto por falta de publicidad será subsanada desde el mismo momento de su registración.

<sup>194</sup> BASSET, Ursula en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo IV, p. 343.

con posterioridad, máxime que el principio de conservación exige al intérprete evitar toda nulidad si puede sostenerse la eficacia.

Si puede acudirse a un juez para que sustituya la voluntad del cónyuge renitente, ¿cómo podría negársele a este la posibilidad de hacerlo voluntariamente?<sup>195</sup>.

#### 4.4.4.3. En la propiedad fiduciaria

Es momento de ocuparnos del segundo párrafo art. 1684, que al regular el patrimonio resultante de un fideicomiso preceptúa: “Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiriera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes” (art. 1684, Código Civil y Comercial).

Adviértase que la norma admite expresamente un pacto que descarte a la subrogación real<sup>196</sup>.

Es dudoso qué es lo que ocurriría si no se dejase constancia de la subrogación real “en el título para la adquisición”<sup>197</sup> [léase título

---

<sup>195</sup> La ley 17.801, respecto de la propiedad inmobiliaria, puede brindarnos algunas pautas interesantes para las omisiones instrumentales. Su art. 34 define a la inexactitud registral como “todo desacuerdo que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción, exista entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral”. El art. 35, refiere que cuando esa inexactitud “provenga de error u omisión en el documento, se rectificará, siempre que a la solicitud respectiva se acompañe documento de la misma naturaleza que el que la motivó o resolución judicial que contenga los elementos necesarios a tal efecto”. Es decir que sí sería posible subsanar extrajudicialmente la omisión siempre y cuando se lo haga mediante un instrumento de la misma naturaleza que el que se encuentra registrado.

<sup>196</sup> Véase §5.3.2, Capítulo III.

<sup>197</sup> Durante la vigencia de la normativa referente al contrato de fideicomiso de la parcialmente derogada ley 24.441 se controversió que la

en sentido formal o instrumento], y en su caso, “en los registros pertinentes”. Llamativamente no se indica que la constancia respectiva sea a los efectos de la oponibilidad a los terceros, tal como menta el art. 466 que ya analizamos.

La exigencia de que también se “registre” esa constancia puede parecer superflua, toda vez que el instrumento en el cual ella se exhibe accederá al registro<sup>198</sup>, si correspondiera según la naturaleza de los objetos involucrados.

Al tener en consideración que “el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria (...) de los bienes que adquiriera (...) por subrogación real”<sup>199</sup>, no sería lógico suponer que la subrogación real –cuyo efecto es perdurar la calidad fiduciaria– estará sujeta a la respectiva constancia para su operatividad.

Si el fiduciario no puede “adquirir para sí” (léase para su patrimonio general) los objetos fideicomitidos (art. 1676, Código Civil y Comercial), sujetar la sustancia de la subrogación real a una mera constancia podría admitir una elusión elíptica a esa prohibición; es que sin la subrogación real los objetos pertenecientes al patrimonio especial podrían confundirse fácilmente con los pertenecientes al patrimonio general. Una

---

solución legal sea atinada, ya que presupondría un contrato escrito y circunstanciado y ello no tendría sentido en variadas hipótesis (GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso (ley 24.441)*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 111).

<sup>198</sup> Lo relevante es que se “tome razón” de que el objeto está en “fiducia”, como dice el primer párrafo del art. 1684: “si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”. No parece necesaria la indicación de que esa calidad fiduciaria lo es por subrogación.

<sup>199</sup> Nótese que la subrogación real no es un hecho adquisitivo, sino uno modificativo. La esencia de la subrogación real no se caracteriza por provocar adquisiciones de derechos, aunque eventualmente podría estar acompañada por ellas. Entonces, no es correcto referir que la propiedad fiduciaria de un bien se adquiere por subrogación real, pues en realidad lo que ocurrió fue la modificación del asiento de esa propiedad fiduciaria por un nuevo objeto.

respuesta legal de ese tipo pondría en jaque los intereses de todas las demás posiciones jurídicas del contrato de fideicomiso.

Nos parece que lo razonable es entender que el objetivo oculto en la exigencia de la ley es el de tutelar a los terceros, y por tanto a los fines de su oponibilidad a ellos.

Otra inquietud que podría presentarse es que el artículo que transcribimos no hace mención alguna a la “prueba” del hecho subrogatorio, como sí lo hace el art. 466 cuando afirma que debe determinarse el “origen”. Si bien ello no podría desecharse mediante una simple aplicación analógica, lo cierto es que creemos que por propia definición, la “constancia” debe incluir alguna certeza probatoria<sup>200</sup>.

En síntesis: no podría ser opuesto a los terceros la “calidad fiduciaria” de un objeto sin la indicación demostrativa en el instrumento de que el mismo subroga a uno antecedente en el patrimonio fiduciario.

Al hacer tema con el art. 13 de la ley 24.441, Orelle remarcó:

“Queda sin resolver, el problema (...) cuando la propiedad fiduciaria recae sobre cosas muebles no registrables, o sobre otros bienes no registrables, como los créditos. Pienso que la aplicación del fideicomiso obligará a dejar constancias escritas sobre la afectación de dichos bienes, pero no se resuelve el tema de la oponibilidad de dichas

---

<sup>200</sup> La palabra “constancia” refiere en sus acepciones primera y segunda –provistas por el Diccionario de la Real Academia Española– a la “acción y efecto de hacer constar algo de manera fehaciente”, o a la “certeza, exactitud de algún hecho o dicho”. Por su parte, el vocablo “constar” se lo define de las siguientes maneras: “dicho de una cosa: ser cierta o manifiesta”; “dicho de una cosa: quedar registrada por escrito...”. Sin embargo, compárese los significados transcritos con la tercera acepción de “constancia”: “escrito en que se ha hecho constar algún acto o hecho, a veces de manera fehaciente”.

constancias, en la medida que no trasciendan al tercero de buena fe”<sup>201</sup>.

La atinada distinción entre “cosas” y “derechos” no registrables muestra la insuficiencia de la regla para resolver casos tales como el de la indemnización debida por el daño ocasionado a un objeto fiduciario.

#### 4.4.1. **La inoponibilidad no obsta a su invocación**

A pesar de que una subrogación real no pueda ser opuesta a ciertos terceros –inoponibilidad–, no es descartable que ellos puedan invocarla en su propio interés –invocabilidad–. Así, si el constituyente de la vivienda modifica su asiento por otro inmueble, pero no registra esa mutación ni le da una publicidad suficiente, un acreedor podría invocar la subrogación operada que no le es oponible a los efectos de instar la ejecución de su crédito mediante la realización forzada del inmueble sustituido.

#### 4.4.2. **Conflicto con derechos de terceros sobre el bien sustituto**

Es preciso plantearse qué es lo que ocurriría si un objeto sustituto por subrogación real era el asiento de otra situación jurídica con anterioridad a esa modificación objetiva. Piénsese, por ejemplo, que el nuevo asiento de un privilegio puede estar embargado previamente por otra persona.

Debemos acudir a las reglas previstas por el Código Civil y Comercial para resolver los conflictos de concurrencia, las cuales ordinariamente podrán remediarlos.

Así, los arts. 756 y 757 regulan la concurrencia de varios acreedores que reclaman el mismo objeto<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> ORELLE, José María, “El fideicomiso en la ley 24.441”, LA LEY 1995-B, 874.

Por su parte, el art. 1886 indica que es una facultad característica de los derechos reales la “preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”. Se trata de la llana aplicación de la máxima romana *prior in tempore, potior iure* (“primero en el tiempo, mejor en derecho”).

Por aplicación de esas ideas, en el ejemplo brindado, el embargo previamente entablado, en consideración a su naturaleza jurídica de derecho real procesal<sup>203</sup>, habrá de ser preferido a toda situación jurídica real o personal que adquiera oponibilidad con posterioridad.

Cossari, al analizar la subrogación en el régimen de vivienda, afirma:

“Por otra parte es justo que ello sea sin perjuicio de las situaciones jurídicas anteriores, con emplazamiento registral, sobre el inmueble reemplazante. Un embargo, una hipoteca, u otro gravamen o medida cautelar existente sobre la nueva finca, constituida como bien de familia, no puede verse afectado por la sustitución sin el

---

<sup>202</sup> Art. 756 del Código Civil y Comercial: “*Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles.* Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior”. Art. 757 del Código Civil y Comercial: “*Concurrencia de varios acreedores. Bienes muebles.* Si varios acreedores reclaman la misma cosa mueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral precedente, si se trata de bienes muebles registrables; b) el que ha recibido la tradición, si fuese no registrable; c) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior”.

<sup>203</sup> Sobre la naturaleza del embargo, véase ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, Revista del Notariado 879, 85.



consentimiento de los acreedores; lo contrario implicaría un verdadero despojo a los mismos y se prestaría a maniobras fraudulentas”<sup>204</sup>.

En un aporte más reciente, leemos:

“Desde otro ángulo es claro que debe balancearse el derecho de los acreedores y el del afectante al régimen de vivienda. Por ello la transferencia de la protección de la vivienda de un inmueble a otro no puede soslayar las medidas cautelares que pesan sobre la nueva finca a afectar. En el caso que existan cautelares que pesen sobre el inmueble al que se pretende transferir la afectación para que la misma tenga efecto retroactivo, incluso respecto a estas, deberá tramitarse la sustitución de la medida cautelar con la intervención del acreedor y ello solo procederá de no seguirse lesión al mismo”<sup>205</sup>.

En similar sentido se pronuncia Sabene, para quien si el inmueble sustituto está afectado por cautelares, el deudor podrá pedir la sustitución de la medida por otra que signifique una garantía suficiente del derecho del acreedor<sup>206</sup>.

## 5. CARACTERÍSTICAS

### 5.1. Inmediatez

#### 5.1.1. Regla: *opera ipso iure*

##### 5.1.1.1. Coincidencia doctrinaria

Ya Aubry y Rau fueron partidarios de que la subrogación real funciona de pleno derecho, aunque en su criterio ello era así únicamente respecto de la universalidad jurídica del patrimonio.

---

<sup>204</sup> COSSARI, “Sustitución...”, pp. 127 y ss.

<sup>205</sup> COSSARI, Leandro y COSSARI, Nelson, “Algunas cuestiones pendientes...”, pp. 3 y ss.

<sup>206</sup> SABENE, p. 283.

Según Demogue se debe tratar de construir un sistema que atienda las necesidades prácticas y que armonice con los textos legislativos. Apunta:

“Esto es lo que hizo Saleilles (...). En este sistema, se aplican las mismas reglas en todos los casos, si estamos en presencia de una universalidad o no. La subrogación se produce de pleno derecho...”<sup>207</sup>.

Para Bonnecase la regla sería que la subrogación funcionaría de pleno derecho, salvo en los casos en que sea de fuente voluntaria:

“En nuestra opinión, la subrogación se produce, en principio, de pleno derecho, siempre que un bien gravado con un derecho o sujeto a una afectación determinada, cede directamente su lugar a otro bien. Las numerosas hipótesis de subrogación legislativamente consagrados por el Código civil y las leyes posteriores, demuestran esto ampliamente (...). Sin embargo, debe admitirse una subrogación derivada de la interpretación de la voluntad de las partes”<sup>208</sup>.

El desarrollo doctrinario posterior, en general, estuvo conteste en que la subrogación se produce por mero efecto de la ley<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> DEMOGUE, p. 369.

<sup>208</sup> BONNECASE, §31, p. 30.

<sup>209</sup> Para Andrés Santos: “La subrogación real tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que la producen. El titular del derecho originario se hace inmediatamente titular del derecho sobre el objeto de sustitución, incluso si el sujeto que ha realizado el acto de adquisición lo ha hecho en su propio nombre y así lo ha declarado. La adquisición del derecho se produce ipso iure atendiendo exclusivamente a la procedencia de los medios sacrificados” (ANDRÉS SANTOS, p. 735). Por esas razones es que el citado autor afirma que “resulta discutible” considerar como casos de subrogación real a aquellos casos en los que, además de la procedencia, se exige una voluntad direccionada al efecto, pues ello podría hacer peligrar los fines de tutela patrimonial buscados. En su opinión, allí no se alumbraría una “auténtica” subrogación real, sin perjuicio de que esté latente “cierta idea” de subrogación. Según Saux: “Opera de pleno derecho cuando la ley o la voluntad privada así lo disponen, pero debe ser

### 5.1.1.1. La visión anglosajona

Rotherham afirma que la tesis que entiende que el *tracing* opera automáticamente tiene asidero en la doctrina y en la jurisprudencia, y se pregunta:

“¿Por qué tantos juristas están ansiosos de afirmar que la relación jurídica (...) surge automáticamente? Quizás refleja una visión romántica del Derecho, una imagen que enfatiza que los tribunales están haciendo cumplir nuestros derechos subsistentes en lugar de utilizar su poder para intervenir en nuestras vidas”<sup>210</sup>.

Algunos autores del Derecho anglosajón se preocuparon por hacer notar que si los derechos con relación a los objetos sustitutos surgieran automáticamente, podría producirse lo que llamaron la “geométrica multiplicación de la propiedad del demandante”<sup>211</sup>. Los demandantes podrían invocar un título frente a cualquiera que tenga bajo su poder bienes de los que fueran despojados, como también rastrear (*trace*) aquellos que fueran el producto de un intercambio en transacciones subsecuentes. Se ejemplifica: un objeto de “A” es hurtado por “B” y luego es vendido a “C”, quien es

---

aplicada jurisprudencialmente cuando los recaudos de conformación se demuestren, aun sin norma regulatoria” (SAUX, p. 333).

<sup>210</sup> ROTHERHAM, p. 96.

<sup>211</sup> BIRKS, *An introduction to the Law of Restitution*, pp. 92 y 394, cit. por ROTHERHAM en “Metaphysics of Tracing”, p. 93. Según Rotherham, todo ello depende de la naturaleza jurídica que se le asigne al *tracing*; si se piensa que no es ni un reclamo ni un remedio, es consistente aseverar que la sustitución es automática, pues el demandante no necesitaría realizar el proceso de rastreo –pues este ocurriría automáticamente–, y como consecuencia si se pretenden derechos con relación al objeto sustituto, el demandante estaría simplemente haciendo cumplir derechos ya existentes en su patrimonio. Por otra parte, si fuera un remedio, no ocurriría automáticamente, sino únicamente cuando se ejercite, lo que incluso podría llevar a hablar de que se goza de un “derecho a rastrear” (*right to trace*), lo que también acercaría al *tracing* a la idea de ratificación, pues frente a una venta sin legitimación al efecto, el titular la “adoptaría” en su favor.

consciente de que “A” es el titular. “A” tendría la alternativa de reclamar el objeto de “C”, o en su caso pretender los objetos sustitutos en poder de “B” (precio de la venta). Para algunos autores, existiría una suerte de derecho de elección, pues “A” no podría ser simultáneamente propietario respecto del objeto original y el sustituto; con anterioridad al *tracing*, “A” tendría una suerte de “propiedad incoada” y no “plena” sobre los sustitutos<sup>212</sup>.

#### 5.1.1.2. Nuestra opinión

Consideramos que desde el mismo momento del acaecimiento del hecho sustitutivo se producirán los efectos *ipso iure*, o sea de pleno derecho. Ello es lo que mejor se adecua al principio de conservación. Además, el Código Civil y Comercial lo ha dispuesto así de manera explícita en varias oportunidades, como en el art. 2194 (“la garantía se traslada de pleno derecho”), en el 2584 (“el privilegio especial se traslada de pleno derecho”), y está implícito en el léxico utilizado en otras, como en el art. 248 (arg. “la afectación se transmite”) y en el 1684 (arg. “el fiduciario adquiere”); también lo está en el art. 28 de la ley 21.499 (arg. “se considerarán transferidos”).

La indicación acerca de que la subrogación real opera de “pleno derecho” descarta toda necesidad de que el interesado manifieste su voluntad encaminada a que la sustitución de objetos tenga trascendencia subrogatoria, pues tal virtualidad se genera por el mero efecto de la ley.

No puede afirmarse lisa y llanamente la regla de la operatividad de pleno derecho de la subrogación real sin hacer tema con supuestos excepcionales que precisan de una manifestación de voluntad direccionada al efecto, como veremos en el apartado siguiente.

---

<sup>212</sup> ROTHERHAM, pp. 93-94.

### 5.1.2. **Excepción: necesidad de manifestación de voluntad**

Hay sustituciones objetivas que solamente se producen con una manifestación de voluntad direccionada en ese sentido. Es el caso de la que denominamos sustitución potestativa por opción<sup>213</sup>.

También hay supuestos en los que, a pesar de que la sustitución surja fácticamente, han menester que el interesado manifieste su voluntad para que se produzcan los efectos subrogatorios: habrá de aceptarse la “propuesta” de subrogación<sup>214</sup>. Si ello no se entendiera así, podría ocurrir el mismo efecto no deseado del que alertaron en el Derecho anglosajón; acaecería una “multiplicación jurídica” que llegaría hasta a contradecir el fundamento de la subrogación real que es la conservación.

## 5.2. **Invocabilidad**

Todo interesado debe contar con la facultad de demostrar la sustitución operada para obtener, por acción o como excepción, una declaración judicial de la modificación objetiva producida que satisfaga su interés con relación al objeto sustituto. Ese es el criterio que sostuvieron, en buena medida algunos Códigos mexicanos<sup>215</sup>.

La acción de quien pretende demostrar la subrogación real acaecida puede ser meramente declarativa, como sería el supuesto de quien quiere prevenir perjuicios a través de la obtención de una resolución judicial que declare que tal objeto sustituyó a otro. Un caso paradigmático es cuando se busca una enmienda judicial de un instrumento por una falta de declaración de la sustitución, de

---

<sup>213</sup> Véase §8.2.4, Capítulo I.

<sup>214</sup> Véase §9.2.2, Capítulo I.

<sup>215</sup> Véase §2.6.1, Capítulo V.

lo que se ocupa el art. 466 respecto de los bienes propios en la comunidad matrimonial<sup>216</sup>.

La declaración procurada también podría pretender una condena, como sería si el fiduciario –titular de los objetos fideicomitidos– la buscara para ejercitar una acción reipersecutoria.

La excepción, como defensa, podría darse en la réplica a una demanda entablada por quien pretende la ejecución judicial respecto de un inmueble; el demandado podría tratar de demostrar que este sustituyó a una vivienda tutelada por la inejecutabilidad.

### **5.3. Renunciabilidad**

#### **5.3.1. Renuncia a los efectos del ordenamiento jurídico**

##### **5.3.1.1. Solamente son legítimas las renunciaciones particulares**

Es sabido que “está prohibida la renuncia general de las leyes”<sup>217</sup>, sin perjuicio de que “los efectos de la ley pueden ser

---

<sup>216</sup> Véase §4.4.4.2, Capítulo III.

<sup>217</sup> “El Código civil español, en su título preliminar, no habla de la renuncia a las leyes. Ha considerado innecesario sancionar una doctrina evidente. Se refiere tan sólo a la renuncia de los derechos concedidos por las leyes. En el Derecho histórico español, en cambio, fue muy discutida la cuestión, pretendiendo justificarla Castro (*discurso sobre las leyes*), y Gutiérrez (*Códigos o estudios fundamentales*, tomo I), aunque De Buen estimó que lo que en realidad demostraron estos autores fue la posibilidad de renunciar a algunos derechos reconocidos por las leyes (...). En vano afirmó el Código de las Siete Partidas (ley 28, tít. IX, Part. 5.<sup>a</sup>) que ‘todo pleito, que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado, maguer pena, o juramento fuesse puesto en él’. La práctica fundada (...) en un individualismo verdaderamente inorgánico, urdía para esquivar el mandato legal variados expedientes: hacíanse renunciaciones generales y especiales, se renunciaba a la ley prohibitoria de la renuncia, se apoyaba la renuncia

renunciados en el caso particular...” (art. 13, Código Civil y Comercial).

Marín Pérez encuentra el fundamento de estas preceptivas, comunes en el derecho comparado, en el carácter vinculante del orden jurídico, o sea, en su obligatoriedad:

“Si las leyes estuvieran hechas en exclusivo y particular beneficio del individuo, entonces, por un acto de su voluntad soberana, declarando que no se acogía a los beneficios de la ley, podría impedirse la aplicación de ésta (...). Toda ley tiene un carácter obligatorio, produce en los súbditos la obligación de cumplirla; luego, no pueden ser renunciadas, pues tanto valdría como negarles aquel carácter esencial. La ley, toda ley, por serlo, es garantía del orden social, sin el que ninguno cumpliríamos nuestro fin, se impone con fuerza incontrastable a la voluntad de todos los asociados, y (...) debe ser observada y cumplida y no puede depender del arbitrio subjetivo cumplirla o no...”<sup>218</sup>.

También Tobías entiende que una renuncia general a las leyes pasaría por alto la obligatoriedad de la ley y “supondría una evasión de la legalidad que no puede ser consentida por el derecho positivo”<sup>219</sup>.

Llambías, por su parte, fundamenta la imposibilidad de la renuncia no tanto en el “deber” de cumplir con las pautas del ordenamiento jurídico, sino más bien en los “derechos” que este concede a cada persona.

“...es claro que en una organización política como la nuestra de amplia afirmación de la libertad, es un principio de ‘orden público’ que todos los habitantes gocen de los beneficios que las leyes les acuerdan. El reconocimiento de la validez de una renuncia general a esos

---

mediante juramento” (MARIN PEREZ, Pascual, “La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil (1962)*, fascículo 4, pp. 849-850).

<sup>218</sup> Ídem, p. 850.

<sup>219</sup> TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo I, p. 133.

beneficios importaría tanto como la renovación de la muerte civil proscripta de nuestra legislación”<sup>220</sup>.

Se trata, pues, de dos caras de una misma moneda. Quizás el artículo debió prohibir directamente la renuncia de las leyes, sin el aditamento de general, para evitar el equívoco de pensar que sí sería posible una renuncia a una específica ley. Leemos que con anterioridad a la codificación moderna:

“En la práctica, a pesar de las prohibiciones de los antiguos textos legales, se hacían renunciaciones generales y particulares (éstas se refieren especialmente a una ley) y hasta se renunciaba frecuentemente en los contratos la ley prohibitiva de la renuncia (...). Se acudió también al juramento para dar mayor fuerza al acto de la renuncia. A pesar de esto, era doctrina común de los autores que no valía la renuncia general de las leyes (por su vaguedad, pues el renunciante no sabía a lo que renunciaba) ni la particular simple o con juramento, porque toda ley va derechamente al bien común, y el juramento no debe ser vínculo de iniquidad (...) y carecía de fuerza para validar la renuncia por recaer sobre materia ilícita”<sup>221</sup>.

En rigor: la ley no puede ser renunciada, ni de manera general ni especial. Lo que se renuncian son sus efectos, o sea, las situaciones jurídicas. Y lo que se prohíbe es la renuncia general a los efectos de las leyes, aunque se permite la renuncia especial o particular a esos efectos.

### 5.3.1.2. *Quid* de los límites de la renuncia

Pero el acto de renuncia tiene un límite infranqueable: no es válido cuando “el ordenamiento jurídico lo prohíba”, fraseología que debe considerarse equivalente a la que tenía la fuente de la norma, el art. 3º del Proyecto de 1998: cuando estén “comprometidos el orden público o la moral, o prohibida su

---

<sup>220</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, §198, p. 165.

<sup>221</sup> MARIN PEREZ, pp. 850-851.



renuncia”<sup>222</sup>. Es que la renuncia es un acto jurídico y su objeto no puede contradecir esas pautas<sup>223</sup>.

“El art. 9º del Código Civil derogado precisaba que solo eran renunciables aquellos derechos que miraban al “interés particular” (...). El requisito no es reiterado por el Código Civil y Comercial, así que hay que entender que es válida cualquier renuncia a un derecho subjetivo, siempre que lo sea ‘en un caso particular’”<sup>224</sup>.

A ello se ha replicado:

“El art. 13 admite renunciaciones cuando sean en casos particulares. No juega tan claramente la letra del art. 13, como lo hacía el art. 19 del Código Civil derogado, con aquello del interés general y del interés particular, pero esa pauta subyace, sobre todo si se conecta el art. 13 con el art. 12. Si los efectos de la ley no pueden ser renunciados en el caso particular, cuando ‘el ordenamiento jurídico lo prohíba’ (art. 13), y las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes de orden público (art. 12), quiere decir que las que no respondan al interés general se pueden dejar sin efecto por convención y, entonces, se pueden renunciar”<sup>225</sup>.

A mayor abundamiento, el art. 944 del Código –en el ámbito de los derechos creditorios–, dispone que “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia

---

<sup>222</sup> Art. 3º del Proyecto de 1998: “*Renuncia*. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que estén comprometidos el orden público o la moral, o prohibida su renuncia”.

<sup>223</sup> Se lee en el art. 279 del Código Civil y Comercial: “*Objeto*. El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

<sup>224</sup> TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo I, p. 134.

<sup>225</sup> Véase la opinión a la 2º edición de ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, tomo II, p. 134.

no está prohibida y solo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio”.

### 5.3.1.3. Materia renunciabile

Consideramos que una interpretación adecuada debe tender a sostener que no solo están en juego “los efectos de la ley” o “los derechos conferidos por la ley”. Una mirada amplificadora de la cuestión debe ponderar a “los efectos del ordenamiento jurídico” (arg. arts. 13 *in fine*, 141, 146 inc. a), 257), pues este no está constituido únicamente de “leyes”, sino también de “principios”, como lo hemos resaltado en otro lugar de esta obra<sup>226</sup>, y a su lado campean otros “hechos jurídicos”, que tienen los efectos que les asigne el Derecho.

Tampoco debe creerse que esos efectos refieran únicamente a los derechos subjetivos:

“Más estrictamente, hay que decir que el precepto comprende en ese caso, además, la renuncia a intereses legítimos, simples intereses de hecho, potestades o facultades”<sup>227</sup>.

### 5.3.2. Renuncia a los efectos de la subrogación real

Las conclusiones precedentes nos llevan a afirmar que los efectos del hecho jurídico de la subrogación real, expresión de un principio general del derecho consistente en la conservación de las situaciones jurídicas, pueden ser renunciados en tanto y en cuanto ello afecte únicamente “intereses privados”<sup>228</sup> (arg. art. 944, Código Civil y Comercial)<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Véase §2.3, Capítulo II.

<sup>227</sup> TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo I, p. 134.

<sup>228</sup> Para Ranouil la subrogación en principio no es imperativa y quienes están habilitados a prevalerse de ella pueden renunciarla

Aunque, como hemos visto, aquí preside nuevamente la máxima conservatoria, pues “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva” (art. 948, Código Civil y Comercial).

Para Cerban:

“La subrogación real, visto el principio que le sirve de base, y por ser de interés privado, resulta que ella carece de carácter obligatorio, aun en los casos en que, según la doctrina clásica, se opera de pleno derecho. Así es que él a quien sabe [léase debe] hacerse la entrega o restitución de una universalidad no está obligado a conformarse con el objeto adquirido en reemplazo del objeto enajenado por el detentador de la universalidad, pero él tiene derecho a reclamar el valor de este objeto...”<sup>230</sup>.

También para Savaux, por regla general la subrogación real es automática, pero no es obligatoria y su beneficiario puede renunciarla<sup>231</sup>.

---

expresa o tácitamente, sin perjuicio de que ello sería raro en la práctica (RANOUIL, p. 126).

<sup>229</sup> Un caso especial podría plantearse respecto del régimen de calificación en un matrimonio bajo la comunidad de ganancias, puesto que si se aseverara que el mismo es de “orden público” difícilmente se podría renunciar eficazmente a la subrogación real (Véase CNCiv., Sala C, “Raed, Luis M. c Cassullo, Alejandra L.”, 06/03/2001, LA LEY 2001-F, 395). Podría llegarse a similar conclusión a través de la consideración de la inhabilidad para contratar entre los cónyuges bajo el régimen de comunidad que prevé el último inciso del art. 1002 del Código Civil y Comercial.

En contraste, la primera parte del art. 1355 Código Civil español regla: “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”. Ello llevó a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 54, a sostener que “el principio de subrogación real no es imperativo y puede ser eliminado por acuerdo entre los cónyuges...”.

<sup>230</sup> CERBAN, p. 95.

<sup>231</sup> SAVAUX, §56, p. 12.

Puede encontrarse un indicio de la renunciabilidad de la subrogación real en un supuesto en el cual el ordenamiento jurídico previó expresamente la posibilidad de abdicar de los efectos subrogatorios. Estamos pensando en el art. 1684 que dispone la subrogación real respecto de los objetos del patrimonio fiduciario “excepto estipulación en contrario del contrato” de fideicomiso.

Si bien la regla general en la materia es la “libertad de formas” (arts. 284, 1015, Código Civil y Comercial), y esa preceptiva es exceptuada, por ejemplo, en el art. 1017 que exige la escritura pública para ciertos actos jurídicos, debe tenerse presente que el art. 949 impone la siguiente norma: “la renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público”.

### 5.3.3. Subsistencia de otras pretensiones

La renuncia a la subrogación real no obsta a que el renunciante ejerza otras pretensiones en protección de sus intereses. Fundamos ese aserto en que la voluntad de renunciar no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 948, Código Civil y Comercial)<sup>232</sup>.

Ello quiere decir que, verbigracia, el titular de la situación jurídica no estaría obligado conformarse con el objeto de reemplazo; así, quien debiera recibir una universalidad podría reclamar el valor del objeto enajenado por quien la detentaba<sup>233</sup> y no necesariamente el objeto de sustitución actual<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Compárese con la opinión de Ranouil, para quien la renuncia no implica la posibilidad de un derecho de opción por la responsabilidad del sujeto al que le es imputable la desaparición del objeto originario del derecho (RANOUIL, p. 130).

<sup>233</sup> CERBAN, p. 95.

<sup>234</sup> Véase el §7 de este Capítulo.

## 5.4. Perdurabilidad

### 5.4.1. Planteamiento

¿Los efectos de la subrogación real están limitados en el tiempo? La respuesta a esta pregunta inquietó a la doctrina, al menos en el ámbito de la subrogación de la vivienda a los importes dinerarios, ya que el art. 248 del Código Civil y Comercial no impone un plazo perentorio para readquirir un inmueble para destinarlo a vivienda.

### 5.4.2. Estado de la cuestión

La exigencia de un plazo es una idea que tiene cierta acogida en diversos proyectos de reformas y en el derecho comparado, pero no fue adoptada por nuestro derecho positivo.

Mesquida y Koon concluyeron de *lege lata* que la subrogación “se extiende en el tiempo indeterminadamente”, aunque consideran que ello es una “extensión injustificada de la tutela” derivada de una “omisión involuntaria”, pues aquella estaría sustentada en el “derecho fundamental a la vivienda”, sin la cual este quedaría vacío de contenido. En su criterio, ya no habría una colisión entre un derecho “a la vivienda” y un derecho de crédito en cabeza de los acreedores que pretenden ejecutar el objeto, sino “una puja que se plantea en el ámbito del derecho a la propiedad que a ambos tienen sobre aquellos fondos dinerarios” y que no habría “motivo para favorecer de tal modo al deudor”<sup>235</sup>.

No obstante, debe tenerse presente que el Código Civil y Comercial en varias de sus normas adopta la anacrónica regla del “*favor debitoris*”, razón por la cual podría sostenerse que ante la duda el deudor debe ser favorecido; con mayor razón si se piensa que en el caso en concreto el “débil” (*favor debilis*) coincide con la

---

<sup>235</sup> MESQUIDA y KOON, p. 72.

persona del “deudor”, posición que corresponde por hipótesis a ciertos beneficiarios del régimen.

Desde la postura reacia al establecimiento de un plazo, Szmuch sostuvo que imponerlo haría que la subrogación sea “difícil, penosa, opresiva y hasta indigna”<sup>236</sup>.

Otros autores estimaron que no correspondería exigir un plazo por la sencilla razón de que este no está presente cuando se trata de inmuebles y en su pensar “corresponde aplicar idéntico criterio en caso de dinero”<sup>237</sup>; o consideraron que la ausencia de plazo para la reinversión es “oportuna”, ya que “circunstancias ajenas a la voluntad del sustituyente podrían dilatar la subrogación” y llevar a la extinción del “beneficio”<sup>238</sup>.

Sabene, quien coincide en que la normativa no impone lapso alguno, afirma su convicción acerca de que “ese coto temporal” tampoco podría provenir de una “reglamentación”, porque “sencillamente, el legislador no ha querido limitarlo en el tiempo”<sup>239</sup>.

#### 5.4.3. Nuestra opinión

La modificación del objeto de la situación jurídica respectiva es perdurable y no está, en sí misma, expuesta a plazo alguno. La conservación impone que la situación jurídica perdure independientemente de la modificación de su objeto. Es innegable que sin una disposición legislativa expresa no podemos acotar la virtualidad de la subrogación real a un plazo.

---

<sup>236</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>237</sup> AMIEVA NEFA, Sonia Victoria, “La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación”, RCCyC 2017 (abril), 03/04/2017, 95.

<sup>238</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>239</sup> SABENE, p. 272.

No corresponde erigir a la “temporalidad” en una característica general de toda subrogación real. La sustitución no tiene límite en el tiempo, salvo que así lo disponga una norma.

No obstante, siempre está latente la posibilidad de invocar la existencia de una conducta abusiva de quien quiere beneficiarse con una sustitución de larga data que desvía los fines que el ordenamiento jurídico tuvo en mira (arg. art. 10, Código Civil y Comercial). El análisis profundizado de ello no corresponde exclusivamente a una teoría general de la subrogación real, pues ese límite es connatural a toda situación jurídica.

Por ello, incluso frente al silencio legislativo, puede calificarse como desviada la actitud de un constituyente que *sine die* pretendiera la perdurabilidad de la tutela de la vivienda respecto al precio o indemnización, sin concretar la adquisición del inmueble–vivienda sustitutivo. Los acreedores insolutos podrían accionar para remover la desidia del otrora constituyente, o acaso su intención dilatoria, y obtener por vía judicial la fijación de un plazo prudencial para la readquisición de la vivienda, so pena de la extinción de la afectación respectiva<sup>240</sup>.

## 6. VICISITUDES

### 6.1. Extinción del efecto subrogatorio

La subrogación es una sustitución que modifica el objeto de una situación jurídica. Si esa sustitución desaparece, también habrán de suprimirse los efectos subrogatorios. Ello puede ocurrir por vía principal o por vía consecuente.

Lo primero acontece cuando la subrogación es un acto jurídico y el mismo se extingue, como si el contrato modificativo del objeto de un derecho real de hipoteca estaba sometido a un plazo

---

<sup>240</sup> ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo I, §922, p. 1011.

resolutorio y acaece el término respectivo. En cambio, la sustitución desaparece por vía consecuente cuando se desvanecen los hechos que le dieron ocasión. Así, si se resuelve un contrato de compraventa, la sustitución que se había producido dejará de tener razón de ser.

## **6.2. Subrogación real aparente**

En variados supuestos fácticos es posible que se genere una apariencia de subrogación real, es decir, que parezca que ella acaeció pero que no sea así en verdad. Esa apariencia se presentaría cuando la prueba del hecho sustitutivo no se condice con la realidad de lo sucedido. Verbigracia, si en la escritura pública que contiene la compraventa de un inmueble se declaró con la conformidad del cónyuge que tal adquisición se la realizó mediante la reinversión de un dinero “propio” de uno de los cónyuges, los interesados podrían pretender destruir esa apariencia mediante la demostración de que en rigor tal sustitución ocurrió con relación a un objeto “ganancial”.

Hasta la efectiva demostración de ello, puede considerarse que la subrogación real fue “aparente” y no es descartable que algunos sujetos deban ser protegidos en sus intereses por efecto de la tutela de la buena fe.

## **6.3. Subrogación real proyectada**

### **6.3.1. Concepto**

Explica Roca Sastre:

“...unas veces la subrogación real se produce automáticamente o, mejor dicho, sincrónicamente con la misma enajenación, y otras veces tiene lugar en vistas a una enajenación proyectada”<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> ROCA SASTRE, p. 282.



La subrogación real proyectada es una mera expectativa; en rigor, ella no se ha producido. Téngase presente que siendo la subrogación real –como vimos– un hecho jurídico complejo ella no existirá propiamente hasta la efectiva concurrencia de todos sus requisitos (arg. art. 257, Código Civil y Comercial). En definitiva, hasta que no se produzca una sustitución de objetos acompañada de los demás requisitos no será posible hablar de subrogación real, sino tan solo de un proyecto de ella y de allí que sus efectos estén pendientes.

Debemos distinguir al menos dos supuestos: 1) el precio aplazado; 2) el tránsito hacia el derecho subjetivo.

### 6.3.2. *Quid* del precio aplazado

#### 6.3.2.1. Planteamiento

Piénsese en un cónyuge que bajo el régimen de comunidad adquiere un inmueble cuyo precio, según las cláusulas del contrato, será pagado con dinero propio (v.gr. con el “producido” de una cosa propia) al vencimiento del plazo de un año. Habrá ingresado un objeto –potencialmente sustituto– al patrimonio, pero nada egresó del mismo; solamente se ha comprometido la libertad jurídica del deudor, pues se ha obligado al pago<sup>242</sup>.

#### 6.3.2.2. Derecho español

El Código español previó la situación. El art. 1356 regla: “Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se

---

<sup>242</sup> Inversamente, el pago anticipado del precio de un inmueble que ingresará al patrimonio en un tiempo próximo no genera una pendencia de subrogación; allí el primer orden de subrogación real se produce inmediatamente respecto de un objeto sustituto: el derecho personal “a la cosa”.

satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”. En cambio, el art. 1357 dispone: “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354”.

Con anterioridad a la reforma del año 1981 del Código español, ese cuerpo normativo no decía nada respecto de la cuestión. Las opiniones doctrinarias diferían en cómo resolver la temática. De la Cámara Álvarez relata:

“Sanz entendía que la cosa comprada por uno solo de los cónyuges con precio aplazado era privativa del cónyuge comprador. Sin embargo no consideraba expresamente el supuesto de que hubiera existido una primera entrega de carácter ganancial. Enfocaba la hipótesis contraria (...). Para ese caso, Sanz se preguntaba si el pago del resto (...) debía influir en el carácter del bien adquirido y respondía negativamente (...). Roca Sastre sostenía que (...) el bien lo adquiriría el cónyuge comprador como privativo si lo consentía su consorte. Lacruz Berdejo era partidario (...) de que la calificación del bien quedase en suspenso hasta la realización del pago de modo que (...) dependería de la procedencia de los fondos...”<sup>243</sup>.

Por su parte, el autor manifestó que, en su opinión, la adquisición debía ser objeto de una calificación *prima facie* como privativa o ganancial según los casos, pero ella podía cambiar si al final se determinaba que el precio se satisfizo con objetos propios o gananciales.

El jurista español apreció que la solución del primer desembolso que surge del art 1356 es “simple”, “clara” y “sencilla”, pero que ha sido criticada por poder prestarse al fraude si, verbigracia, un cónyuge entregara una mínima cantidad a cuenta

---

<sup>243</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 461, en nota 241.

del precio consciente de que luego la mayor parte se pagará a expensas de los objetos comunes<sup>244</sup>.

También apuntó que la norma no importa un desplazamiento de la subrogación real, sino tan solo una limitación de ella. En efecto, la subrogación real no se aplicaría hasta sus últimas consecuencias porque el legislador de España acaso haya intentado sortear una serie de dificultades que podrían presentarse; pero la subrogación real rige, puesto que lo que determina la naturaleza de la adquisición es la procedencia del objeto entregado en el primer desembolso.

Pero entendió que la norma no incluye a los supuestos en que el precio hubiera sido “totalmente aplazado”, caso que podría no ser común pero que merecía una solución. Luego de criticar a la doctrina por no haberse planteado esta circunstancia, sostuvo:

“Es defendible, a mi juicio, que el problema trate de resolverse en función de cuál haya de ser el patrimonio que debe responder del precio aplazado. Se trata de una fórmula que se aproxima al juego del principio de subrogación real en tanto hace depender la naturaleza de lo adquirido de un dato objetivo, a saber la masa patrimonial responsable de la que presumiblemente saldrán las cantidades necesarias para pagar el precio”<sup>245</sup>.

Con ese criterio, concluye que lo adquirido con precio totalmente aplazado, es en principio privativo en función de lo previsto por el art. 1373: “cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias”, sin perjuicio de que subsidiariamente respondan con los gananciales.

---

<sup>244</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, pp. 462-463.

<sup>245</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, p. 464.

### 6.3.2.3. Nuestra opinión en el Derecho argentino

No nos satisface la invocación de una suerte de figura “aproximada” a la subrogación real como la que propone el autor cuya opinión reseñamos en el párrafo inmediatamente anterior.

En efecto, en definitiva de la interpretación que hacemos del pensamiento del autor, detectamos la siguiente mecánica:

El precio aplazado no es más que una obligación, o sea, un crédito y una deuda según la posición jurídica sobre la que nos posicionemos, sea del acreedor o del deudor.

Ubicándonos en el plano de la deuda, esta puede ser, propia o ganancial. En el criterio del autor, el objeto adquirido será propio o ganancial según si la deuda que nació como contraprestación tiene tal o cual carácter.

El art. 467 del Código Civil y Comercial regla: “*Responsabilidad*. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos. Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero solo con sus bienes gananciales”. De modo que la regla sería que serían propios los objetos adquiridos por precio aplazado durante la vigencia de la comunidad, puesto que también por principio asume ese carácter la deuda, sin perjuicio de las recompensas que pudieran corresponder por aplicación del art. 468.

Esta aplicación extendida de la subrogación real no nos parece adecuada, simplemente por la ausencia de un auténtico objeto sustituido. No hay en el caso una situación jurídica previa, sobre un objeto-sustituido, que perdure respecto de otro-sustituto.

Creemos que deben invocarse dos pautas: 1) el criterio de la temporalidad; y 2) la presunción de ganancialidad. El inc. a) del art. 465 establece que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la comunidad, salvo que

estén incluidos en el artículo precedente, o sea, que se los pueda considerar propios por cualquiera de los motivos que allí se enumeran, dentro de los cuales tiene un papel preponderante la subrogación real. Si cupiera alguna duda, ella quedaría resuelta por la aplicación del art. 466: “Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad”.

Consideramos que la calificación debe ser al menos provisionalmente como de objeto ganancial, por ausencia de subrogación real; pero si la subrogación real sobreviniera (“subrogación real sobreviniente”), por pagarse el precio con objetos propios, esa calificación provisional devendría abstracta frente a la realidad de las cosas<sup>246</sup>.

#### 6.3.2.4. Conclusión

Podemos alcanzar la siguiente conclusión para la teoría general de la subrogación real:

a) El precio aplazado, en tanto obligación, solo puede alumbrar una subrogación real cuando este consiste en un crédito para el titular de la situación jurídica que busca protegerse. Ese crédito puede funcionar como un auténtico objeto sustituto.

b) En cambio, no es posible la subrogación real por ausencia de objeto sustituido si el titular de una pretendida situación

---

<sup>246</sup> Se sentenció: “...en cuanto al argumento de la actora acerca de que el inmueble (...) fue vendido tres años después de la adquisición (...) aun cuando normalmente la subrogación real tiene lugar cuando primero se enajena el bien propio y luego, con su producido, se adquiere el que viene a sustituirlo, puede darse el orden inverso: primero la adquisición del nuevo inmueble y posteriormente la enajenación del bien propio, utilizando los fondos producto de esta última operación para pagar aquél. El orden de una u otra operación no obsta la posibilidad de que estemos en presencia de la subrogación real, aunque también es cierto que a mayor distancia temporal será más dificultoso demostrar la relación causal...” (CNCiv., Sala H, “M., S. E. c/ M., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal”, 13/05/2015).

jurídica en busca de tutela ocupara la posición de “deudor” de la obligación. Podrá haber una subrogación real “proyectada” o bien “pendiente”, que podrá o no acaecer efectivamente de manera “sobreviniente” al tiempo del pago de ese débito.

### 6.3.3. El tránsito hacia el derecho subjetivo

#### 6.3.3.1. Pago de lo debido en las expropiaciones

Existe una errónea creencia acerca de que con motivo de una expropiación de un objeto, el derecho de dominio que sobre este recae “se convierte, por subrogación real, en el derecho al cobro de un crédito representativo del valor del bien que se desapropia”<sup>247</sup>.

Es que como lo dispone la propia Constitución Nacional, lo reconoce la doctrina<sup>248</sup> y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el pago de lo debido con motivo de una expropiación es un requisito para que el Estado adquiera la titularidad del objeto. Si el Estado no adquiere hasta entonces, quiere decir que el particular mantiene su derecho.

---

<sup>247</sup> CSJN, “Acevedo de Cámpora, María Georgina Cecilia c. Dirección Nacional de Vialidad”, 05/12/1973, Fallos 287:401; CSJN, “Arroyo, Marta S. c. Dirección Nacional de Vialidad”, 21/08/2007, 330:3635.

<sup>248</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 6° edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo IV, §1376, pp. 313-314; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, tomo VI, pp. 394-395; DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 5° edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 598; BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 469-470; BIDEGAIN, Carlos M., GALLO, Orlando, PALAZZO, Eugenio L., PUNTE, Roberto y SCHINELLI, Guillermo, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, tomo V, §1224, p. 265; SABSAY, Daniel A., *Manual de derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 334; COMADIRA, Julio R., Escola, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, tomo II, p. 1748; SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, 2° edición, Astrea, Buenos Aires, 2014, §1039, p. 702.

### 6.3.3.2. Promesa de venta (“boleto de compraventa”)

¿La promesa de venta es adecuada para alumbrar un escenario de sustituciones objetivas?

Vista la cuestión desde la situación patrimonial del futuro vendedor, el objeto no ha egresado. Analizada desde el plano del futuro comprador, este ha adquirido un derecho personal para concretar el futuro contrato de compraventa. Si el precio fue pagado, total o parcialmente, en el patrimonio del primero hay un potencial objeto sustituto; en el del segundo ocurrió una sustitución: la del precio por el crédito.

### 6.3.3.3. Incidencia del título y el modo suficientes

El título y el modo son las concausas requeridas para la adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión. Hasta que no concurren ambos requisitos, no puede hablarse de una transmisión jurídico-real (derecho real) y por tanto tampoco de sustituciones objetivas en la esfera patrimonial del enajenante, aunque sí pueda haberlas en la del adquirente del *ius ad rem* (derecho personal).

## 6.4. Subrogación real sobreviniente

La subrogación sobreviniente es aquella en la cual la incorporación del objeto sustituto y la alienación del sustituido ocurren en momentos diferentes, más o menos prolongados, sea por un proyecto de subrogación o no.

La situación es similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el llamado *backward tracing*, en donde ese “rastreo” alcanza a un bien que ya estaba incorporado en el patrimonio con anterioridad a la pretendida sustitución objetiva. Si una persona hubiera tomado un préstamo para pagar el precio de la adquisición de, por ejemplo, un inmueble, y ese débito posteriormente fuera solventado con fondos de un fideicomiso, se

produciría la situación descrita. El fiduciario podría invocar derechos de propiedad fiduciaria respecto del inmueble (art. 1684, Código Civil y Comercial).

#### 7. PRETENSIONES QUE COMPLEMENTAN O SUPLANTAN A LA SUBROGACIÓN

En ocasiones podría ocurrir que el objeto sustituto no satisfaga en plenitud el interés del titular de la situación jurídica, razón por la cual, según las circunstancias y la incidencia de las reglas derivadas del obrar de buena fe, estará habilitada en su favor una pretensión resarcitoria del daño injustamente sufrido.

Puede llegarse a la pretensión resarcitoria a través de dos vías conceptuales: 1) por la renuncia a una subrogación ya operada; y 2) por la insuficiencia del subrogado para satisfacer el “hueco” patrimonial dejado por el sustituido. A esas vías conceptuales les corresponderán, según los casos, una indemnización sustitutiva o bien una complementaria.

Aubry y Rau resaltaron:

“En cuanto a la cuestión de saber si igualmente está obligado a contentarse con el objeto adquirido en remplazo del enajenado, o si está autorizado a reclamar este último objeto en sí mismo o su valor, con daños e intereses, en su caso, la solución depende de diversas circunstancias, sobre todo de la buena o mala fe de aquel sobre el cual pesa la obligación de restitución o de entrega y de los terceros en favor de los cuales la enajenación ha sido consentida”<sup>249</sup>.

Un ejemplo aclarará la cuestión. Para los efectos de la acción de petición de herencia, el art. 2315 del Código Civil y Comercial apunta que “el heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado.

---

<sup>249</sup> AUBRY Y RAU, §575, pp. 236-237.



Siendo un factor de atribución subjetivo, la buena fe del aparente heredero es suficiente para descartar cualquier tipo de responsabilidad; allí el objeto subrogado, satisfaga íntegramente o no al peticionante, es lo único que puede ser reclamado.

En cambio, la mala fe engendrará el deber de resarcir todo el daño causado. El peticionante aquí podría asumir distintas conductas: 1) reclamar tan solo lo adquirido en sustitución del objeto hereditario; 2) reclamar ese objeto sustituto, más los daños complementarios; 3) renunciar a la subrogación y reclamar directamente una indemnización sustitutiva.

De este modo se evita que, en palabras de Demogue, la subrogación real sea un “arma de doble filo”<sup>250</sup>.

## 8. DESLINDE DE OTRAS FIGURAS

### 8.1. Con efectos modificativos

#### 8.1.1. Del sujeto

La transmisión o la sucesión en las situaciones jurídicas no son más que expresiones sinonímicas que aluden a la subrogación personal que consiste en la modificación subjetiva de aquellas, sea de derechos reales, obligacionales, etcétera.

La sucesión puede ser universal o a título particular, derivar de la ley o de la voluntad privada, por actos entre vivos o por causa de muerte, pero en todos los casos estaremos ante una modificación de la integración subjetiva de las situaciones jurídicas involucradas. He aquí la diferencia con la subrogación real que también implica una modificación, aunque de corte objetivo.

Como veremos, a veces la subrogación personal funciona coordinadamente con la subrogación real<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> DEMOGUE, pp. 298 y ss.

Supuestos de sustitución subjetiva son los siguientes: la cesión de créditos, de deudas y de posición contractual, la acción subrogatoria, la acción directa, la subrogación subjetiva por ejecución de un tercero<sup>252</sup>, la sucesión hereditaria, etcétera.

Corresponde detenernos especialmente en la acción directa, por cuanto puede ofrecer puntos de contacto que deben ser correctamente deslindados de la subrogación real para no incurrir en una confusión de institutos.

El art. 736 del Código Civil y Comercial describe a la acción directa como “la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley”.

Se trata de una nítida acción de alcances ejecutivos<sup>253</sup>, pues el acreedor a través de ella no procura mantener la incolumidad del

---

<sup>251</sup> Véase §4.1.2.4, Capítulo V.

<sup>252</sup> La designación legal de “pago por subrogación” (art. 915, Código Civil y Comercial) del instituto es objetable desde distintos enfoques. Ante todo, en esencia, no constituye un pago. Si el pago es un modo extintivo consistente en el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación, por el deudor y en favor del acreedor (art. 865, Código Civil y Comercial), el calificado como “pago por subrogación” nada tiene de pago. En el “pago con subrogación” hay una ejecución de un tercero y esta ejecución no deriva en la extinción de la obligación, sino tan solo en la transmisión del crédito al tercero. Por otro lado, la ejecución del tercero no es “por” subrogación. La ejecución de la obligación por el tercero deriva en una subrogación en el polo activo; la subrogación no provoca la ejecución. La ejecución es “con” subrogación y no “por” esta. En el mismo sentido, sí puede decirse que la subrogación es “por” la ejecución. Por ello, preferimos calificar al instituto como “subrogación subjetiva por ejecución de un tercero”.

<sup>253</sup> La acción subrogatoria, perfilada por el art 739 del Código Civil y Comercial, por su parte, se trata de una acción de nítido carácter conservatorio y no ejecutorio, en atención a que el provecho resultante del ejercicio de la acción no se dirige al patrimonio del acreedor que la instó –subrogante–, sino que se asienta en el patrimonio del deudor –

patrimonio de su deudor para luego ejecutarlo, sino que directamente se cobra del deudor de su deudor.

Pero tal prerrogativa “tiene carácter excepcional” y solo procede en los “casos expresamente previstos por la ley” (art. 736 *in fine*, Código Civil y Comercial), pues únicamente cuando el ordenamiento jurídico lo indica se puede desviar el funcionamiento natural de la obligación consistente en que tan solo el sujeto activo del vínculo puede instar la ejecución por el deudor. El derecho del acreedor, por regla, es de oponibilidad limitada en el sentido que solo puede hacerlo valer respecto de persona o personas determinadas o determinables que integran la posición pasiva de la obligación.

Algunos supuestos legalmente previstos de acción directa son las acciones derivadas de la subcontratación (arts. 1071, 1072, 1216, Código Civil y Comercial) o de la sustitución del mandato (art. 1327, Código Civil y Comercial).

Las diferencias con la subrogación real son palpables: en la acción directa hay una sustitución de sujetos, en la subrogación real de objetos; la acción directa solo procede en los casos expresamente previstos por la ley, en cambio la subrogación real debe proceder independientemente de que la ley la disponga expresamente; la sustitución derivada de la acción directa debe ser instada judicialmente, mientras que la subrogación real –por regla– funciona de pleno derecho.

Pero hay supuestos dudosos que merecen especial atención. Hay quienes ven en el art. 2260 del Código Civil y Comercial<sup>254</sup> un

---

subrogado–. Se trata, en nuestra opinión, de un derecho autónomo que atribuye –al acreedor subrogante– una legitimación sobre el ejercicio de un derecho de titularidad ajena –deudor subrogado–.

<sup>254</sup> “La acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto”.

supuesto de acción directa. Nosotros consideramos que se trata de un caso de subrogación real<sup>255</sup>.

El repaso de algunos de los requisitos de la acción directa descarta que el art. 2260 prevea una de esas acciones: 1) debe haber un *crédito exigible* del acreedor demandante contra su propio deudor; 2) correlativamente, debe haber una deuda exigible del tercero demandado a favor del deudor; 3) ambas obligaciones deben ser homogéneas; 4) el deudor debe ser citado a juicio.

En el ámbito del art. 2260 la existencia de un crédito a favor del accionante es irrelevante, puesto que lo que se discute es la existencia de la titularidad de un derecho real a través de la acción reivindicatoria. Sí es común la existencia de una deuda del demandado (precio insoluto). Nuevamente las diferencias aparecen cuando se advierte que en el art. 2260 no es necesaria la homogeneidad en los objetos involucrados, puesto que lo debido como precio puede ser diametralmente diferente al objeto que se pretendía reivindicar.

### 8.1.2. Del objeto

Por modificación objetiva entendemos al cambio producido por el acrecentamiento, disminución o sustitución del objeto de una situación jurídica. El acrecentamiento y la disminución habrán de quedar regidos por las reglas correspondientes a la categoría del derecho involucrado y no están emparentados con la subrogación real. La sustitución, podrá ser una auténtica subrogación real, si es interesante para el Derecho<sup>256</sup>.

Pasemos lista a algunos institutos que pueden generar vacilaciones al compararlos con la subrogación objetiva.

---

<sup>255</sup> Véase §3.3.2, Capítulo V.

<sup>256</sup> Véase §8.2.2, Capítulo I.

### 8.1.2.1. Accesión

Las diferencias entre la subrogación real y la accesión son patentes, a punto tal que la solitaria coincidencia consistente en la incidencia de uno y otro instituto en el objeto de un derecho desvanece su importancia.

La accesión es un modo originario de adquisición del dominio y otros derechos reales; la subrogación real implica la sustitución del objeto de una situación jurídica. En la accesión dos o más objetos se adhieren entre sí y consecuentemente uno acrece objetivamente por la incorporación de otros que se adquieren en ese instante; en la subrogación no hay acrecentamiento, sino sustitución.

En la accesión es indiferente la procedencia del objeto que se incorpora; en contraste, en la subrogación real debe existir una cierta relación de causalidad subyacente como requisito de funcionamiento.

### 8.1.2.2. Novación objetiva

La novación objetiva, en sí misma, está alejada de la conservación de las obligaciones y por tanto de la subrogación real. El vocablo novación proviene del latín *novatio-onis* que apunta a una “renovación”<sup>257</sup>. La novación es la acción y el efecto de “novar”, y este último vocablo encuentra sus raíces en la voz latina *renovare*, o sea, renovar. ¿Qué es lo que cambia? Se cambia una obligación por otra.

La novación convencional es un auténtico contrato<sup>258</sup>. Pero este contrato es muy singular, pues al tiempo de extinguir una

---

<sup>257</sup> XIMENEZ, Stephano, *Dictionarium manuale latino-hispanum ad usum puerorum*, 2ª edición, Ex Typographia Regia, Matriti, 1802, p. 475.

<sup>258</sup> Ya Segovia propició la naturaleza contractual de la novación (SEGOVIA, *Código Civil...*, tomo I, p. 14, en nota 1 al art. 801). Coinciden con este encuadramiento de la novación convencional en el Código Civil y Comercial: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en ALTERINI, Jorge H. y

obligación, da vida a otra con el *animus* de que esta última ingrese en sustitución de aquella. Se trata entonces de un contrato con finalidad bifronte: provocar una extinción y una adquisición. Pueden involucrarla los cambios en la “entidad”<sup>259</sup> del objeto, o sea cuando se varía la naturaleza de la prestación –por ejemplo, cuando la prestación apunta a un dar y pasa a un hacer<sup>260</sup>–, o cuando manteniendo la naturaleza de la prestación varía el objeto de esta –verbigracia, se debía entregar una suma dineraria y luego el deber se sustituye por el de dar un inmueble–.

Las finalidades extintiva y adquisitiva que nutren a la novación alejan a este instituto de la subrogación real<sup>261</sup>, pues esta

---

ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegetico*, tomo IV, pp. 720-721; OSSOLA, Federico A., *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, §575, p. 990; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, tomo III, §2299, pp. 362 y ss.; MARINO, Abel E., MAGLIO, M<sup>a</sup> Claudia, BURGOS, Débora y SILVESTRE, Norma O., en SILVESTRE, Norma O. (Directora), *Obligaciones*, 2<sup>a</sup> edición, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 498.

<sup>259</sup> Téngase presente un cambio de “entidad” del objeto que no produce novación, sino persistencia de la obligación respectiva. Nos estamos refiriendo a la imposibilidad de cumplimiento de una prestación por causas atribuibles a una de las partes; en este caso, “la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados” (art. 955, Código Civil y Comercial). Véase §4.1.3, Capítulo V.

<sup>260</sup> LLERENA, tomo V, p. 321: “Se debía, por ejemplo, una cosa comprada que debía entregarse en tal tiempo; deudor y acreedor convienen que, en vez de entregarse la cosa, se construya una obra. En este caso, hay un cambio que se opera respecto del objeto principal de la deuda; la entrega de la cosa vendida, por otra muy distinta, como es la construcción de la obra. La obligación de vender queda extinguida, por haberse substituido por la nuevamente creada”.

<sup>261</sup> Compárese con RANOUIL, pp. 21 y 156, quien sostiene que la subrogación real implicaría una “relativa novación” en sentido lato que si bien no sería buscada, sería una realidad a la que debería adaptarse, en razón de que no sería posible una perfecta identidad entre los objetos sustituto y sustituido.

encuentra la conservación a través de la modificación del objeto; el acotado ámbito operativo de la novación vuelve a alejarlo de la subrogación, ya que mientras esta juega en toda situación jurídica, aquella se limita a los derechos personales.

### 8.1.2.3. Dación en pago

Es sabido que para que exista pago en sentido técnico es menester que el deudor cumpla exactamente la prestación, de acuerdo con las exigencias de la identidad, la integridad, la puntualidad y la localización. Y, en ese marco, el acreedor no está obligado a recibir una prestación distinta a la que tiene derecho (art. 868, Código Civil y Comercial). Sin embargo, nada obsta a que los sujetos de la obligación acuerden que la obligación se ejecute a través del desarrollo de una prestación distinta a la proyectada (arg. art. 958, Código Civil y Comercial). Es aquí donde juega la llamada dación en pago.

Una tesis aprecia que la dación en pago implicaría una novación por cambio del objeto de la obligación.

Para Segovia:

“El pago por entrega de bienes, dación en pago ó *datio in solutum*, presupone que se ha operado entre las partes una novación tácita o expresa; ó la envuelve, en el hecho de reemplazar la prestación antigua por otra”<sup>262</sup>.

En el sentir de Colmo:

“La *datio in solutum* implica una doble operación, aunque se la realice en un solo acto: la renuncia del acreedor (y del deudor, claro está) a la prestación debida, y la oferta y aceptación de otra prestación en reemplazo de aquélla. Es, cabalmente, lo que pasa en materia de novación por cambio de prestación...”<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> SEGOVIA, *Código Civil...*, tomo I, p. 203, en nota 45.

<sup>263</sup> COLMO, §684, pp. 465-466.

Expresa que la diferencia entre la novación por mutación de objeto y la dación en pago estaría dada por el tiempo, puesto que en la primera la obligación subsistiría por algún lapso, mientras que en la datio la nueva obligación viviría tan solo un “breve instante”.

Otra teoría destaca el plano extintivo de la novación y en atención a la necesidad de que el acreedor acepte la prestación diversa a la adeudada sostiene que se asiste a una convención liberatoria. Borda, luego de replicar a las tesis que ven en la dación a una variante del pago o una novación objetiva, aprecia:

“Nos parece más simple y exacto hablar de una convención liberatoria de caracteres propios, que no puede ser identificada con el pago propiamente dicho ni con la novación”<sup>264</sup>.

Ossola, en particular postura, aprecia que el fenómeno debe estudiarse a partir de dos actos perfectamente diferenciables:

“a) Por una parte, el acuerdo entre acreedor o deudor que trae aparejada la modificación de la obligación; b) En segundo lugar, el cumplimiento de la única obligación existente, que es lo que aquí se denomina dación en pago. Ambos se encuentran contemplados en el art. 942 del CCyC, aunque por lo general ocurre que la mirada suele enfocarse más en el cumplimiento que en el acuerdo”<sup>265</sup>.

Aclara que, en su pensar, si bien lo regular es que la modificación sea concomitante con la ejecución de la obligación, nada obstaría a que tales “actos” se produzcan en momentos distintos.

Un sector de la doctrina aprecia que la dación en pago es de estructura “compleja”. Según Llambías:

---

<sup>264</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, §892, p. 644.

<sup>265</sup> OSSOLA, §599, p. 1014.



“...es un acto extintivo complejo en el que laten dos ideas primordiales, íntimamente compenetradas entre sí. Por lo pronto, la dación en pago involucra la novación de la primitiva obligación (...) luego, hay que concluir que el título del pago es la novación que transmutó la obligación inicial en esta otra que resultó pagada”<sup>266</sup>.

Pizarro y Vallespinos muestran la siguiente imagen:

“Hay dos acontecimientos separados, pero velozmente fusionados. Vista en ‘cámara lenta’, la dación en pago muestra en forma clara y concatenada una novación por cambio de objeto, seguida de pago sin solución de continuidad”<sup>267</sup>.

No tenemos ninguna duda acerca de que la dación en pago diagramada por el Código Civil y Comercial conforma un típico contrato extintivo, pues se trata de un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial, porque requiere del concurso de las voluntades del acreedor y del deudor dirigido a aniquilar un derecho creditorio— (art. 957, Código Civil y Comercial). La dación en pago es un contrato nominado y típico, que implica un modo autónomo extintivo de obligaciones.

No se asiste a una mera modificación objetiva y tampoco a una novación; en la dación en pago no hay una alteración en la prestación de la obligación, puesto que la entrega de otro objeto tiene tan solo fines extintivos de la obligación preexistente. Tampoco nace, siquiera por un instante, una obligación nueva destinada a suplantar a la anterior.

La ausencia de sustitución de un objeto por otro en la situación jurídica obligacional muestra que la dación en pago nada tiene que ver con la subrogación real.

---

<sup>266</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1987, tomo III, §1738, p. 12.

<sup>267</sup> PIZARRO Y VALLESPINOS, tomo III, §2355, p. 412.

De allí que no coincidamos con Galli y Rezzónico, quienes afirman abiertamente que la dación en pago constituye un supuesto de subrogación real de origen convencional<sup>268</sup>.

#### 8.1.2.4. Obligaciones facultativas

El art. 786 del Código Civil y Comercial establece: “La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar”.

Cierto sector de la doctrina propicia que en la obligación facultativa el objeto es singular. La mentada unidad de objeto era más conciliable con Freitas. El art. 963 del *Esboço* preveía: “Las obligaciones son facultativas, cuando tuvieren por objeto una sola prestación, pero con la cláusula de poder el deudor sustituir esa prestación por otra”. Machado siguió esa línea de pensamiento:

“La obligación facultativa tiene por objeto una sola prestación; pero el deudor puede sustituirla por otra (...). Es necesario no confundir los caracteres fundamentales de las obligaciones facultativas; pues en ellas la prestación accesoria es un medio de pago, jamás se debe tomar como una prestación que el acreedor pueda reclamar...”<sup>269</sup>.

En nuestra visión, la obligación facultativa está integrada por un objeto plural, pues “tiene una prestación principal y otra accesoria” (art. 786, Código Civil y Comercial). Se ha señalado que la obligación facultativa según nuestro criterio luciría “disociada de su verdadera estructura”. Como sostén de ese aserto se expresó que en la obligación facultativa habría un solo objeto debido (prestación principal) y que el otro objeto sería “no debido aunque apto para el pago”<sup>270</sup>. La observación puede contestarse con la

---

<sup>268</sup> GALLI, tomo II, §1473<sup>k</sup>, p. 478, en nota 585<sup>q</sup>; REZZÓNICO, p. 457.

<sup>269</sup> MACHADO, tomo II, §206 y 208, pp. 370 y 379.

<sup>270</sup> PIZARRO y VALLESPINOS, tomo I, §822, pp. 694, en nota 100.

simpleza de una pregunta: ¿cómo el deudor podría pagar con un objeto “no debido”? Si el pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación (art. 865, Código Civil y Comercial), no es sostenible que se aluda a “pago” si la conducta del deudor no era la debida (¿pago indebido?). Ello demuestra, en nuestra visión con claridad, que la prestación accesoria integra el elenco del objeto plural de la obligación facultativa.

No creemos que desmerezca ese encuadre la singular situación del vínculo jurídico de la obligación facultativa, que se proyecta en el plano del contenido de la obligación, o sea en el haz de derechos y deberes que involucra. El deudor tiene el *ius solvendi* de cualquiera de las prestaciones. El acreedor tiene derecho al cumplimiento de alguna de las dos prestaciones. Lo que no tiene el acreedor es “acción” o facultad de reclamo respecto de la accesoria.

La dinámica de la obligación facultativa, entonces, se aparta de la idea de “sustitución” de objetos y por tanto nada tiene en común con la subrogación real.

#### **8.1.2.5. Obligaciones alternativas**

Las obligaciones alternativas son reguladas por los arts. 779 a 785 del Código Civil y Comercial. La primera norma del sector dice: “*Concepto*. La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas”.

La obligación alternativa nace con pluralidad de objetos y esa multiplicidad cesa con el acto de elección formulado por quien tenga derecho a hacerlo. Ello no debe mover a creer que media una indeterminación provisional del objeto dada por la diversidad prestacional, pues las conductas debidas serán determinadas o indeterminadas según las hipótesis que se prevean y no por la alternatividad obligacional.

El art. 779 del Código Civil apunta a que las prestaciones de la obligación alternativa “son independientes y distintas entre sí”.

La independencia refiere a que una prestación no puede estar subordinada en su eficacia a otra, tal como si se tratasen de prestaciones principales y accesorias, lo que acontece en las obligaciones facultativas.

El art. 780 in fine del Código Civil y Comercial se ocupa de precisar el efecto basilar de la elección: “Una vez realizada, la prestación escogida se considera única desde su origen, y se aplican las reglas de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda”.

Antes de la elección media una pluralidad de prestaciones que integran el objeto de la obligación; ejercida la opción, la conducta debida por el deudor se “concentra” en una: la elegida.

Esas razones muestran que el funcionamiento de la obligación alternativa está distante de la idea de “sustitución” de objetos y por tanto nada tiene que ver con la subrogación real.

## **8.2. Con efectos conservatorios**

Los saneamientos de las ineficacias que adolecen los actos cumplidos, en general, están inspirados en el principio de conservación de las situaciones jurídicas<sup>271</sup>. La ratificación, como saneamiento, a veces es confundida con la subrogación real cuando esta funciona en las disposiciones jurídicas de objetos realizadas sin legitimación suficiente. Remitimos al Capítulo I, en donde tratamos esta cuestión<sup>272</sup>.

## **8.3. Con efectos equilibrantes**

Es momento de diferenciar la subrogación real de una figura con la cual, desde cierto punto de vista, comparte objetivos en el mantenimiento del equilibrio patrimonial. Nos referimos al enriquecimiento sin causa justificada.

---

<sup>271</sup> Véase §4.3.3.2, Capítulo II.

<sup>272</sup> Véase §5.2.4, Capítulo I.

Marín Padilla muestra su asombro por la similar evolución histórico-jurídica entre la subrogación real y las acciones derivadas del enriquecimiento injusto, pero entiende que la madurez actual en la doctrina y la jurisprudencia permite una adecuada diferenciación. Entiende que su funcionamiento es complementario y que el legislador a veces los establece de manera subsidiaria, de modo que si la subrogación real no es invocable por “falta de pruebas suficientes o de dificultad grande”, tendrá lugar la acción derivada del enriquecimiento injusto. En su criterio la “diferencia fundamental” estaría dada por el objeto perseguido. Mientras que al pretender una subrogación real se invocaría la noción de “procedencia” para encontrar objetos sustitutos, en las acciones derivadas del enriquecimiento injustificado se clamaría por la “equivalencia”<sup>273</sup>.

Con la subrogación real se pretende mantener una determinada situación jurídica pero sobre un objeto que sustituye al primigenio. La metodología del Código Civil y Comercial nos indica que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones (arts. 1794 y ss.)<sup>274</sup>. Por ello, esa obligación que nace a veces puede ser un auténtico objeto sustituto<sup>275</sup>. Pero la subrogación real también puede transitar dentro del objeto de la relación jurídica engendrada<sup>276</sup>.

El art. 1794 del Código Civil y Comercial: “*Caracterización*. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de

---

<sup>273</sup> MARÍN PADILLA, pp. 1200 y ss. Asevera que la doctrina a lo largo de la historia confundió a la subrogación real con el enriquecimiento injustificado, aunque termina concluyendo que la subrogación real, según los casos, previene y remedia un enriquecimiento injusto.

<sup>274</sup> Según Ranouil la *actio in rem verso* conferiría al empobrecido un nuevo derecho surgido de una nueva fuente con fines indemnizatorios, mientras que la subrogación real tendería a inmovilizar las situaciones jurídicas y a la prevención del enriquecimiento injustificado (RANOUIL, p. 149).

<sup>275</sup> Véase §2.2.6.12.b), Capítulo III.

<sup>276</sup> Véase §4.1.2.8, Capítulo V.

otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”.

La acción de enriquecimiento es estrictamente personal. No se debe pensar que el deber de restitución importa una acción real; máxime que la norma acota los efectos reipersecutorios de la acción, pues el bien solo “debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”. ¿Y si no hay “bienes determinados”? ¿Qué es lo que se debe restituir? El débito de restitución debe concretarse en un valor. En el decir de Puig Brutau, “no se dirige a recuperar cosas concretas *erga omnes*, sino un valor o un provecho que se retiene sin causa”<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1983, tomo II, volumen III “Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad”, p. 52.

## CAPÍTULO IV

### SISTEMAS DE SUBROGACIÓN REAL REGLADA

#### 1. PLANTEAMIENTO

Hemos tratado de demostrar la atipicidad de la subrogación real asentándola en el principio de conservación de las situaciones jurídicas. También destacamos que, como un aspecto de una suerte de relación simbiótica, los principios precisan a las reglas. Es que sin las reglas no siempre alcanzaríamos que la normación de las conductas tenga los caracteres de concreción y previsibilidad. Las reglas, pues, son más fácilmente cognoscibles y algo más precisas.

En función de ello, creemos necesario teorizar sobre los diferentes sistemas de reglas que pueden alcanzarse, para luego hacer un panorama sobre distintos ordenamientos que prevén a la subrogación real de una u otra manera. En la exposición, prescindiremos de los casos que consideremos dudosos y enunciaremos aquellos que creamos indudables.

Luego haremos una valoración conclusiva sobre el estado actual de la subrogación real en la legislación comparada.

Finalizaremos este capítulo con una propuesta de posible normativa que contribuya a la concreción de la subrogación real por reglas generales.

## 2. CLASIFICACIÓN

### 2.1. Advertencia

En los apartados siguientes propondremos una clasificación de los sistemas de reglas que aplican la subrogación real, y lo haremos desde un aspecto cualitativo y no meramente cuantitativo<sup>1</sup>. La clasificación abordada será en cuanto a las *reglas*. Es que en abstracto cualquier sistema jurídico podría abordar una concepción amplia de la subrogación real con fundamento en los *principios*.

### 2.2. Criterios

#### 2.2.1. En función de la manifestación de las reglas

En abstracto, los sistemas que tipifican a la subrogación real pueden hacerlo de manera simple (implícita o explícita), o compuesta (implícita y explícita). Un sistema de subrogación real es simple cuando la manifestación de sus reglas se da de una misma manera: ya implícita, ya explícita. En cambio, el sistema es compuesto cuando se acude a aquella en ambos sentidos.

Existen ordenamientos que si bien no utilizan específicamente los términos “subrogación real”, del análisis atento de sus disposiciones puede advertirse que el legislador quiso hacer alusión a ella (sistema simple implícito).

Otros ordenamientos mencionan las voces “subrogación real” o “subrogación” o algunos sucedáneos con el mismo sentido, pero sin desmentir que otras normas también puedan aludir a la misma idea, aunque lo hagan elípticamente o con otras fraseologías (sistema compuesto: explícito e implícito).

---

<sup>1</sup> Existen sistemas que desde un aspecto cuantitativo hacen muchas aplicaciones de la subrogación real, como el Catalán, pero que desde la literalidad del plano de las reglas no lo hacen con una vocación expansiva sino limitada a ciertas situaciones jurídicas.



### 2.2.2. Respeto del alcance de las reglas

Los sistemas de reglas que tipifican a la subrogación real pueden hacerlo con un alcance “particular”, o bien con uno “general”.

En el primer sistema, sus reglas prevén a la subrogación real de manera aislada en soluciones concretas. El segundo sistema le comunica a la subrogación real una vocación expansiva.

El sistema de alcance general puede, a su vez, ser “relativo” o “absoluto”, según que las reglas determinen que la subrogación real juega en una determinada categoría de situaciones, o bien que es indistintamente aplicable a toda situación jurídica.

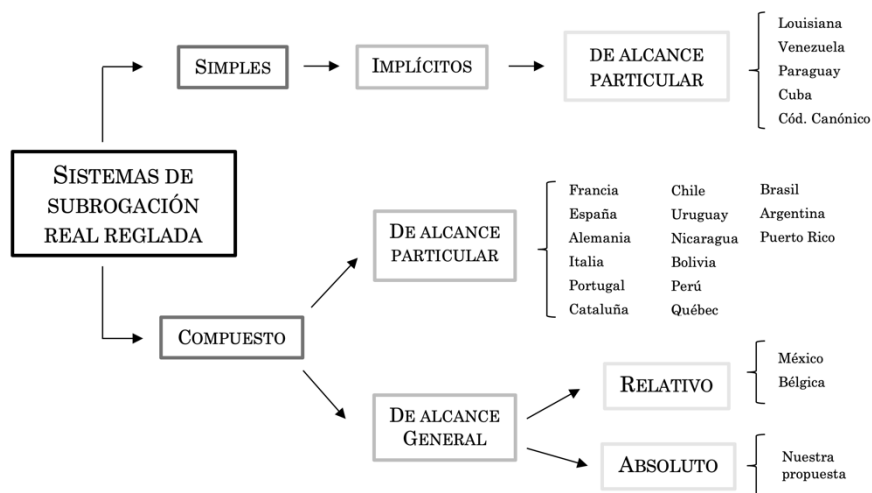
Un sistema es de vocación expansiva “relativa” cuando la subrogación real está prevista con alcance general respecto de ciertas *categorías* de situaciones jurídicas (verbigracia, en los derechos reales). En cambio, un sistema sería de vocación expansiva “absoluta” cuando la subrogación real estuviera diagramada para aplicarse en toda situación jurídica, salvo disposición legal específica en contrario.

### 2.3. Combinación de los criterios aplicada a la realidad

De la investigación que realizamos acerca de los sistemas comparados que reglan la subrogación real podrá advertirse que en la realidad del Derecho no se encuentran sistemas simples explícitos, ni sistemas simples de alcance general.

Tampoco hemos encontrado ningún ordenamiento jurídico que desde la literalidad de sus reglas imponga a la subrogación real con un sistema compuesto de alcance general absoluto. No obstante, al final de este Capítulo fijaremos las bases sobre las cuales creemos que debería proyectarse un sistema de estas características.

En función de ello, proponemos la siguiente síntesis esquemática:



## 2.4. Ordenamientos tributarios del sistema simple implícito y de alcance particular

### 2.4.1. Código Civil de Louisiana<sup>2</sup>

#### a) En el régimen de ausencia

El art. 57 hace tema con la “reaparición” de la persona ausente y cómo ella “recobra” su “propiedad”.

<sup>2</sup> Puede acudirse con provecho a la traducción al español instada por *el Center of Civil Law Studies (CCLS) at the Louisiana State University Paul M. Hebert Law Center*. El equipo de traducción está encabezado por el director del CCLS, Olivier Moréteau. La traducción fue encomendada a Mariano Vitetta, como traductor responsable, y a María Natalia Rezzonico, como traductora asistente y revisora. Se nos ha confiado integrar el comité de validación respecto de las áreas de obligaciones y derechos reales. Véase VITETTA, Mariano, “A Brief Introduction to the Louisiana Civil Code Spanish Translation Project”, 13 J. Civ. L. Stud. (2020).

Según esa norma, el ausente que reaparece puede recobrar su propiedad existente en la condición en la que se encuentre; pero también puede procurar la restitución del “producido neto” de los objetos que fueran alienados y por la disminución del valor de los objetos que fueran gravados<sup>3</sup>.

Una norma esencialmente paralela es la del art. 59, que habilita a recobrar la herencia de aquellos que lo reemplazaron en la sucesión, pues permite pretender la restitución de los objetos sustitutos con el mismo alcance<sup>4</sup>.

### **b) En el derecho real de usufructo**

El art. 568 faculta al usufructuario a enajenar el objeto de su derecho en ciertas circunstancias<sup>5</sup>. En virtud de esa facultad que

---

<sup>3</sup> Art. 57 del Código Civil de Louisiana: “*Reappearance of absent person; recovery of his property. If a person who has been declared dead reappears, he shall be entitled to recover his property that still exists in the condition in which it is found from those who took it as his successors or from their transferees by gratuitous title. He may also recover the net proceeds of things alienated and for the diminution of the value of things that has resulted from their encumbrance*”.

<sup>4</sup> Art. 59 del Código Civil de Louisiana: “*Reappearance of absent person; recovery of his inheritance. If the person who is presumed to be dead or who has been declared dead reappears, he shall be entitled to recover his inheritance in the condition in which it is found from those who succeeded in his default and from their transferees by gratuitous title. He may also recover the net proceeds of things alienated and for the diminution of the value of things that has resulted from their encumbrance*”.

<sup>5</sup> Art. 568 del Código Civil de Louisiana: “*Disposition of nonconsumable things. The usufructuary may not dispose of nonconsumable things unless the right to do so has been expressly granted to him. Nevertheless, he may dispose of corporeal movables that are gradually and substantially impaired by use, wear, or decay, such as equipment, appliances, and vehicles, provided that he acts as a prudent administrator. The right to dispose of a nonconsumable thing includes the rights to lease, alienate, and encumber the thing. It does not include the right to alienate by donation inter vivos, unless that right is expressly granted*”.

le fuera asignada, el art. 568.1 tuvo que ocuparse de cómo se mantendrían las respectivas situaciones jurídicas del usufructuario y del nudo propietario con posterioridad a la enajenación<sup>6</sup>. En caso de que la disposición por el usufructuario se trate de un acto jurídico entre vivos y a título gratuito, se obliga a que al término del usufructo se le restituya al dueño “el valor” de la cosa “al tiempo de la donación”. En cambio, si se trata de otro tipo de enajenaciones, el derecho real de usufructo recaerá sobre cualquier “dinero, u otra propiedad recibida por el usufructuario”. Quizás con la finalidad de imponer los justos límites a la subrogación real y desechar ideas teñidas por el pasado<sup>7</sup>, se aclara que “la propiedad recibida será clasificada como consumible o no consumible de acuerdo a las previsiones de este Título, y el usufructo será gobernado por esas previsiones sujeto a los términos del acto que estableció el usufructo original”. También se hace cargo de las posibles diferencias de valores entre el objeto sustituido y el sustituto, y regla que si el sustituto es de inferior valor: “el usufructuario está obligado a pagar la diferencia al nudo propietario a la terminación del usufructo”.

El art. 616 insiste en la enajenación de la “propiedad” sujeta al usufructo y dispone que si ella es vendida o intercambiada, ya sea en una acción de partición o por un acuerdo entre el

---

<sup>6</sup> Art. 568.1 del Código Civil de Louisiana: “*Donation and alienation. If a thing subject to the usufruct is donated inter vivos by the usufructuary, he is obligated to pay to the naked owner at the termination of the usufruct the value of the thing as of the time of the donation. If a thing subject to the usufruct is otherwise alienated by the usufructuary, the usufruct attaches to any money or other property received by the usufructuary. The property received shall be classified as consumable or nonconsumable in accordance with the provisions of this Title, and the usufruct shall be governed by those provisions subject to the terms of the act establishing the original usufruct. If, at the time of the alienation, the value of the property received by the usufructuary is less than the value of the thing alienated, the usufructuary is bound to pay the difference to the naked owner at the termination of the usufruct*”.

<sup>7</sup> Véase §2.1.2, Capítulo III.

usufructuario y el nudo propietario, o por un usufructuario con poder de disposición de objetos no consumibles, el usufructo termina con relación al objeto sustituido, pero subsiste con relación al objeto sustituto: el dinero u otra propiedad recibida por el usufructuario. Queda a salvo el pacto en contrario<sup>8</sup>. Por su parte, el art. 591 norma que si ella es vendida para pagar ciertas deudas, el usufructo recaerá sobre cualquier “producto de la venta” que permanezca luego del pago<sup>9</sup>.

Según el art. 614, si el objeto del usufructo se pierde, extingue, o destruye por “culpa” de un tercero, el usufructo no termina, sino que subsiste sobre cualquier reclamo por daños y sobre los “productos” de ello<sup>10</sup>; el art. 617 dirige el usufructo a la suma debida por la aseguradora<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 616 del Código Civil de Louisiana: “*Sale or exchange of the property; taxes. When property subject to usufruct is sold or exchanged, whether in an action for partition or by agreement between the usufructuary and the naked owner or by a usufructuary who has the power to dispose of nonconsumable property, the usufruct terminates as to the nonconsumable property sold or exchanged, but as provided in Article 568.1, the usufruct attaches to the money or other property received by the usufructuary, unless the parties agree otherwise. Any tax or expense incurred as the result of the sale or exchange of property subject to usufruct shall be paid from the proceeds of the sale or exchange, and shall be deducted from the amount due by the usufructuary to the naked owner at the termination of the usufruct.*”

<sup>9</sup> Art. 591 del Código Civil de Louisiana: “*Continuation of usufruct after sale of property. If property subject to the usufruct is sold to pay an estate debt, or a debt of the grantor, the usufruct attaches to any proceeds of the sale of the property that remain after payment of the debt.*”

<sup>10</sup> Art. 614 del Código Civil de Louisiana: “*Fault of a third person. When any loss, extinction, or destruction of property subject to usufruct is attributable to the fault of a third person, the usufruct does not terminate but attaches to any claim for damages and the proceeds therefrom.*”

<sup>11</sup> Art. 617 del Código Civil de Louisiana: “*Proceeds of insurance. When proceeds of insurance are due on account of loss, extinction, or destruction of property subject to usufruct, the usufruct attaches to the proceeds. If the usufructuary or the naked owner has separately insured his interest only, the proceeds belong to the insured party.*”

El epígrafe del art. 615 lleva el nombre de “cambio de la forma de la propiedad”, lo que puede mover a encontrar algún paralelismo con la teoría anglosajona que se denomina como “de la irrelevancia formal”, de la que hicimos mérito al estudiar el fundamento de la subrogación real en el Capítulo I.

La mentada disposición legisla que si “la propiedad sujeta a usufructo cambia de forma” por actos que no sean imputables al usufructuario, el usufructo “no termina”; y si es “convertida en dinero o en otra propiedad” por causas no atribuibles al usufructuario, como ocurriría en una expropiación de un inmueble o una “liquidación de una corporación”, el usufructo terminará en cuanto a la “propiedad convertida”, pero recaerá sobre “el dinero u otra propiedad recibida por el usufructuario”<sup>12</sup>.

Es particularmente interesante el art. 618. El mismo permite al nudo propietario reclamar del usufructuario, dentro de un plazo de un año, que se le otorgue garantía suficiente por la restitución de algunos de los objetos sustitutos<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Art. 615 del Código Civil de Louisiana: “*Change of the form of property. When property subject to usufruct changes form without an act of the usufructuary, the usufruct does not terminate even though the property may no longer serve the use for which it was originally destined. When property subject to usufruct is converted into money or other property without an act of the usufructuary, as in a case of expropriation of an immovable or liquidation of a corporation, the usufruct terminates as to the property converted and attaches to the money or other property received by the usufructuary*”.

<sup>13</sup> Art. 618 del Código Civil de Louisiana: “*Security for proceeds. In cases governed by Articles 614, 615, 616, and the first sentence of Article 617, the naked owner may demand, within one year from receipt of the proceeds by the usufructuary that the usufructuary give security for the proceeds. If such a demand is made, and the parties cannot agree, the nature of the security shall be determined by the court. This Article does not apply to corporeal movables referred to in the second sentence of Article 568, or to property disposed of by the usufructuary pursuant to the power to dispose of nonconsumables if the grantor of the usufruct has dispensed with the security*”.

### c) En la partición de la “propiedad indivisa”

Cuando la cosa indivisa no es susceptible de partirse en especie, ella será licitada o vendida privadamente y lo resultante de esa operación será distribuido entre los copropietarios, en proporción a sus alícuotas<sup>14</sup>; pero si la cosa pudiese ser partida en especie, los derechos reales que gravaban las alícuotas recaerán desde el momento de la partición sobre la parte de la cosa asignada<sup>15</sup>. Ello incluso será así con relación a la hipoteca, el derecho de retención o los privilegios que gravaban la alícuota respectiva, si la cosa fuera partida por licitación<sup>16</sup>.

### d) En las sucesiones

Los ascendientes heredan los inmuebles otorgados por ellos a sus descendientes que murieron “sin posteridad”, pero si fueron enajenados, y el precio es aún debido, el derecho de ellos se concentra en este<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Art. 811 del Código Civil de Louisiana: “*Partition by licitation or by private sale. When the thing held in indivision is not susceptible to partition in kind, the court shall decree a partition by licitation or by private sale and the proceeds shall be distributed to the co-owners in proportion to their shares*”.

<sup>15</sup> Art. 813 del Código Civil de Louisiana: “*Partition in kind. When a thing is partitioned in kind, a real right that burdens the share of a co-owner attaches to the part of the thing allotted to him*”.

<sup>16</sup> Art. 815 del Código Civil de Louisiana: “*Partition by licitation. When a thing is partitioned by licitation, a mortgage, lien, or privilege that burdens the share of a co-owner attaches to his share of the proceeds of the sale*”.

<sup>17</sup> Art. 897 del Código Civil de Louisiana: “*Ascendant's right to inherit immovables donated to descendant. Ascendants, to the exclusion of all others, inherit the immovables given by them to their children or their descendants of a more remote degree who died without posterity, when these objects are found in the succession. If these objects have been alienated, and the price is yet due in whole or in part, the ascendants have the right to receive the price. They also succeed to the right of reversion on*

El art. 1356 deja en claro que así como la “masa activa” de la sucesión se forma con los bienes muebles e inmuebles, también su sustituto del precio la integra<sup>18</sup>.

Si los objetos de un legado se “pierden”, se “extinguen” o “destruyen” con anterioridad a la muerte del testador, el legado se extingue en esa medida. Sin embargo, el legado subsistirá con relación al remanente y también respecto de la suma debida por la aseguradora u otras personas con motivo de esa pérdida, extinción o destrucción. También subsistirá con relación al objeto similar resultante de una transformación no realizada por el testador, y igualmente lo hará con relación a cualquier beneficio no percibido o derecho resultante de una expropiación<sup>19</sup>.

#### e) En las obligaciones

Si la cosa que fuera depositada se perdiera o se deteriorase por causas no imputables al depositario, él deberá restituir al

---

*the happening of any event which the child or descendant may have inserted as a condition in his favor in disposing of those objects”.*

<sup>18</sup> Art. 1356 del Código Civil de Louisiana: “*Composition of active mass. This active mass shall be composed: 1. Of all the movables and immovables of the succession, which have not been sold, (...) 2. Of the price of the movables and immovables, which have been sold to effect the partition...*”.

<sup>19</sup> Art. 1597 del Código Civil de Louisiana: “*Loss, extinction, or destruction of property given. A. A legacy is extinguished to the extent that property forming all or part of the legacy is lost, extinguished, or destroyed before the death of the testator. However, the legatee is entitled to any part of the property that remains and to any uncollected insurance proceeds attributable to the loss, extinction, or destruction, and to the testator's right of action against any person liable for the loss, extinction, or destruction. B. A legacy of a certain object is not extinguished when the object of the legacy has been transformed into a similar object without an act of the testator. C. If the object of the legacy has been condemned or expropriated prior to the testator's death, the legatee is entitled to any uncollected award and to succeed to any right of action concerning the condemnation or expropriation”.*



depositante cualquier valor que hubiera recibido como consecuencia de esa pérdida<sup>20</sup>.

Ello sin perjuicio de que se habilita a los jueces a ordenar la venta de las cosas perecederas o cuyo depósito o custodia sean excesivamente onerosas con relación a su valor, y consecuentemente a depositar lo resultante de esa venta<sup>21</sup>.

En atención a que el art. 3222 proclama que el depositante de un objeto sigue manteniendo su propiedad a pesar de haberla entregado en depósito, al acreedor–depositante se le asigna un derecho de cobro preferente para el cobro de la oportuna restitución (art. 3222), el cual subsistirá como un “privilegio” sobre el precio de aquel frente a una enajenación (art. 3223)<sup>22</sup>.

Si el consignatario o agente de la comisión fueran declarados como “fallidos”, el consignador tiene derecho a reclamar los objetos subsistentes, pero también se le asigna un privilegio sobre el precio de los que se han vendido<sup>23</sup> con el objetivo de perdurar una

---

<sup>20</sup> Art. 2934 del Código Civil de Louisiana: “*Delivery of value received. When the thing deposited is lost or deteriorated without any fault of the depositary, the depositary is nevertheless bound to deliver to the depositor whatever value the depositary received as a result of that loss, including the proceeds of any insurance*”.

<sup>21</sup> Art. 1872 del Código Civil de Louisiana: “*Sale of a thing and deposit of proceeds. If performance consists of the delivery of a perishable thing, or of a thing whose deposit and custody are excessively costly in proportion to its value, the court may order the sale of the thing under the conditions that it may direct, and the deposit of the proceeds*”.

<sup>22</sup> Art. 3223 del Código Civil de Louisiana: “*Depositor's privilege on price in case of sale. If the depositary abuses his trust, by alienating the thing confided to his care, or if his heirs sell it, not knowing that it had been given in deposit, the depositor retains his privilege on the price which shall be due*”.

<sup>23</sup> Art. 3248 del Código Civil de Louisiana: “*Rights of consignor on insolvency of consignee or agent. In the event of the failure of the consignee or commission agent, the consignor has not only a right to reclaim the goods sent by him, and which remain unsold in the hands of the consignee or agent, if he can prove their identity, but he has also a privilege on the price of such as have been sold, if the price has not been*

situación jurídica semejante a la que ostentaba, ahora con relación a un nuevo objeto.

#### f) En el régimen de comunidad matrimonial

De la lectura de los arts. 2338<sup>24</sup> y 2341<sup>25</sup> del Código surge que los objetos que sustituyan a la propiedad común o separada, por haber sido adquiridos “con” ellas, pueden seguir la misma suerte, incluso cuando se trate de créditos por daños derivados de la pérdida o deterioro.

El art. 2342, por su parte, deja en claro que la declaración realizada en el acto de adquisición de un objeto, acerca de que esta es realizada con “fondos separados” de “propiedad separada” de uno de los cónyuges, puede ser controvertida por el otro, salvo que

---

*paid by the purchaser, or passed into account current between him and the bankrupt”.*

<sup>24</sup> Art. 2338 del Código Civil de Louisiana: “Community property. The community property comprises: property acquired during the existence of the legal regime through the effort, skill, or industry of either spouse; property acquired with community things or with community and separate things, unless classified as separate property under Article 2341; property donated to the spouses jointly; natural and civil fruits of community property; damages awarded for loss or injury to a thing belonging to the community; and all other property not classified by law as separate property”.

<sup>25</sup> Art. 2341 del Código Civil de Louisiana: “Separate property. The separate property of a spouse is his exclusively. It comprises: property acquired by a spouse prior to the establishment of a community property regime; property acquired by a spouse with separate things or with separate and community things when the value of the community things is inconsequential in comparison with the value of the separate things used; property acquired by a spouse by inheritance or donation to him individually; damages awarded to a spouse in an action for breach of contract against the other spouse or for the loss sustained as a result of fraud or bad faith in the management of community property by the other spouse; damages or other indemnity awarded to a spouse in connection with the management of his separate property; and things acquired by a spouse as a result of a voluntary partition of the community during the existence of a community property regime”.

concurra al acto. Sin perjuicio de ello, siempre podría ser objetada por los herederos forzosos y por los acreedores de los cónyuges; no obstante, se tutela a la buena fe de los terceros cuando se afirma que un acto dispositivo a título oneroso no podría ser anulado cuando esa declaración sí exista, pero sea falsa<sup>26</sup>.

#### 2.4.2. Código Civil de Venezuela

##### a) En el régimen de comunidad matrimonial

Ciertos incisos del art. 152 son claras manifestaciones de la idea de la subrogación real:

“Se hacen propios del respectivo cónyuge los bienes adquiridos durante el matrimonio: 1º. Por permuta con otros bienes propios del cónyuge (...) 6º. Por compra hecha con dinero proveniente de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente. 7º. Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente, siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí”.

Es interesante el último párrafo, que aclara: “En caso de fraude, quedan a salvo las acciones de los perjudicados para hacer declarar Judicialmente a quién corresponde la propiedad adquirida”.

También el art. 156, pero respecto de los objetos “comunes”, regla:

---

<sup>26</sup> Art. 2342 del Código Civil de Louisiana: “*Declaration of acquisition of separate property. A. A declaration in an act of acquisition that things are acquired with separate funds as the separate property of a spouse may be controverted by the other spouse unless he concurred in the act. It may also be controverted by the forced heirs and the creditors of the spouses, despite the concurrence by the other spouse. B. Nevertheless, when there has been such a declaration, an alienation, encumbrance, or lease of the thing by onerous title, during the community regime or thereafter, may not be set aside on the ground of the falsity of the declaration*”.

“Son bienes de la comunidad: 1º. Los bienes adquiridos por Título oneroso durante el matrimonio, a costa del caudal común, bien se haga la adquisición a nombre de la comunidad o al de uno de los cónyuges”.

O sea que la subrogación real procedería incluso cuando no se invocara a la “comunidad” en el acto adquisitivo, siempre y cuando esa adquisición se haya patentizado mediante la utilización de bienes propios.

### **b) En la ausencia**

El art. 436 dispone:

“Si después de la toma de posesión definitiva volviere el ausente o se probare su existencia, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren, y tendrá derecho a reclamar el precio de los que hayan sido enajenados, si aún se debiere, o los bienes provenientes del empleo de este precio”.

### **c) En los derechos reales**

El art. 623 refunde en una sola norma varios supuestos de subrogación real. Las primeras dos oraciones se ocupan del usufructo cuyo objeto está integrado por edificaciones:

“Si el usufructo se estableciere sobre un fundo de que forme parte un edificio, y este se destruyere, el usufructuario tendrá derecho a gozar del área y de los materiales. Lo mismo sucederá si el usufructo se hubiere establecido solo sobre un edificio; pero en tal caso, si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el área y valerse de los materiales pagando al usufructuario, durante el usufructo, los intereses del valor del área y de los materiales”.

Los siguientes párrafos refieren a todo usufructo:

“Si la cosa estuviere asegurada y ocurriere alguno de los siniestros previstos, el usufructo se trasladará al valor del seguro, si el propietario y el usufructuario no lo destinaren al restablecimiento de la cosa o a la adquisición o construcción de otra equivalente, sobre la

cual continuará el usufructo. En caso de expropiación de la cosa sujeta a usufructo, este se trasladará al valor proveniente de la expropiación, si el propietario y el usufructuario no lo destinaren a la adquisición de una cosa equivalente, sobre la cual, igualmente, continuará el usufructo”.

#### **d) En las sucesiones por causa de muerte**

El segundo párrafo del art. 1001 morigera el efecto retroactivo de la aceptación de la herencia para tutelar a los terceros adquirentes y de buena fe que hayan contratado con el heredero aparente:

“Sin embargo, quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros en virtud de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente. Si este ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia, solamente está obligado a restituir el precio recibido y a ceder su acción contra el comprador que no lo hubiese pagado todavía”.

Al delimitar los alcances de la acción de separación de patrimonios el art. 1055 señala que ella se enderezará “únicamente al precio que se deba” cuando las cosas muebles hayan sido enajenadas.

#### **e) En las obligaciones**

La primera oración del art. 1182 dispone que al adquirente de buena fe que enajena la cosa sujeta a restitución solamente podrá reclamársele el objeto sustituto, siempre y cuando esa buena fe se mantenga hasta el momento del acto dispositivo:

“Quien haya recibido la cosa de buena fe y la enajena antes de conocer su obligación de restituirla, está obligado a restituir el equivalente por él recibido, o a ceder la acción para obtenerlo”.

Si la obligación es de imposible cumplimiento en virtud de la “pérdida de la cosa debida”, la regla es que la obligación se

extingue si tal acontecer no fuera imputable al deudor (art. 1344). Pero el art. 1345 regla:

“Cuando la cosa ha perecido, se ha puesto fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y las acciones que le pertenecían respecto de esta cosa pasan a su acreedor”.

#### **f) En el contrato de depósito**

Según el art. 1763 el depositante tendrá derecho a obtener del depositario el objeto que haya sustituido al que se encontraba en depósito cuando este desaparezca de la esfera del depositario por una “fuerza mayor”:

“El depositario a quien se haya arrebatado por fuerza mayor la cosa depositada y que haya recibido en su lugar una cantidad de dinero u otra cosa, debe entregar lo que haya recibido”.

#### **g) En las garantías reales**

Encontramos al menos tres normas en las que se establece que la hipoteca puede mutar su objeto para recaer sobre el precio que corresponda a su objeto originario. Así, el art. 1578:

“En caso de devolución, las hipotecas constituidas contra el enfiteuta se transfieren sobre el precio debido por mejoras. En caso de redención, las hipotecas adquiridas contra el concedente se transfieren sobre el precio debido por la redención”.

El art. 1899, en su segundo párrafo:

“El acreedor hipotecario puede trabar ejecución sobre la cosa hipotecada y hacerla rematar, aunque este poseída por terceros. Esta disposición no producirá efecto contra el tercero que haya adquirido la cosa hipotecada en remate judicial con citación de los acreedores hipotecarios, cuyo derecho se traslada al precio del remate”.

Y el art. 1911:

“La cosa hipotecada que se vende en remate judicial, con citación de los acreedores hipotecarios, pasa al comprador, después que se pague el precio, libre de todo gravamen de hipoteca sobre ella, reputándose que dicho gravamen se ha trasladado al precio del remate”.

El art. 1865, aplicable a los “privilegios e hipotecas” también tipifica a la subrogación real en distintos niveles. El primero, respecto de objetos que se encontraban asegurados.

“Si las cosas sujetas a privilegio o hipoteca han perecido o se han deteriorado, las cantidades debidas por los aseguradores, por indemnización de la pérdida o del deterioro, quedan afectas al pago de los créditos privilegiados o hipotecarios, según su graduación, a menos que se hayan empleado en reparar la pérdida o el deterioro. Los aseguradores quedan libres sin embargo, cuando hayan pagado después de treinta días contados desde la publicación que hayan hecho durante tres días consecutivos en un periódico de amplia circulación editado en la capital de la República, avisando la pérdida o el deterioro, sin que se haya hecho ninguna oposición. La publicación deberá hacerse dentro de los ocho días siguientes a aquel en que reciban los aseguradores la participación que el asegurado o tenedor de la póliza les haya hecho sobre el siniestro”.

Pero también cuando los objetos fueron expropiados:

“También quedan afectas al pago de dichos créditos las cantidades debidas por expropiación forzosa por causa de utilidad pública, o de servidumbre impuesta por la Ley”<sup>27</sup>.

#### 2.4.3. Código Civil de Paraguay

En el año 1876 Paraguay adoptó íntegramente el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, el cual rigió hasta el año 1987 cuando entró en vigor el actual. La enunciación de los supuestos de subrogación real que se hará en este acápite responde a este último cuerpo normativo.

---

<sup>27</sup> La oración final del artículo transcrito deja a salvo lo dispuesto por el Código de Comercio o las leyes especiales de seguros.

### **a) En la ausencia**

El art. 72 hace tema con la clásica hipótesis de la subrogación real que se produce sobre los objetos que integran el patrimonio de quien fuera declarado ausente:

“Transcurrido diez años desde la desaparición, o desde la última noticia que se haya tenido del desaparecido, o setenta años desde el día de su nacimiento, el juez podrá dar posesión definitiva de sus bienes a los herederos y legatarios. Si el desaparecido se presentare posteriormente, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren, así como los adquiridos con el valor de los que faltaren, y las rentas o intereses no consumidos”.

### **b) En el régimen de patrimonial del matrimonio**

Al establecer las reglas de calificación de los “bienes propios”, el art. 193 refiere que serán “bienes propios de cada uno de los cónyuges” aquellos que “obtuviere por permuta de bienes propios suyos, o que comprare con su dinero” (inc. c)), como también “las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio” (inc. e)).

El art. 201 enuncia cuáles son los llamados “bienes reservados de la esposa” y aclara que seguirán la misma suerte “los adquiridos en ejercicio de un derecho inherente a sus bienes reservados o por vía de indemnización de daños y perjuicios sufridos en ellos, o en virtud de un acto jurídico que a dichos bienes se refiera”.

### **c) En los privilegios**

El art. 440 del Código Civil de Paraguay regla que el privilegio especial “se extenderá” a cualquier indemnización que se deba en



razón de la cosa<sup>28</sup>, y el art. 441 hace lo propio respecto del “precio” adeudado e individualizable<sup>29</sup>.

#### **d) En la imposibilidad de cumplimiento**

Según el art. 515:

“Cuando se hiciere imposible la prestación por culpa o durante la mora de algunos de los codeudores solidarios, subsistirá para todos la obligación de pagar su valor; pero por los daños o intereses a que hubiere lugar, solo responderá el culpable o el moroso”.

O sea que la obligación modifica su objeto, al menos por el consistente en solventar el valor de la prestación imposible.

Al regular las consecuencias de la imposibilidad de satisfacer el plan prestacional respecto de una “cosa determinada”, el art. 631 *in fine* habilita al acreedor a “exigir del deudor todo cuanto haya recibido a título de resarcimiento” con motivo de esa imposibilidad<sup>30</sup>.

#### **e) En el contrato de depósito**

El art. 1251 se hace cargo de la tutela de la buena fe de los herederos del depositario:

---

<sup>28</sup> Art. 440 del Código Civil de Paraguay: “El privilegio especial sobre cosas muebles e inmuebles determinadas se extenderá a la indemnización debida por el asegurador de la cosa y a toda otra indemnización que se adeudare en razón de la misma”.

<sup>29</sup> Art. 441 del Código Civil de Paraguay: “Cuando la cosa afectada a un privilegio especial fuese enajenada, el privilegio se ejercerá sobre el precio que se adeudase y pudiese individualizarse”.

<sup>30</sup> Art. 631 del Código Civil de Paraguay: “Si la prestación que tiene por objeto una cosa determinada se ha hecho imposible, en todo o en parte, el acreedor se subroga en los derechos que corresponden al deudor, derivados del hecho que ha causado la imposibilidad, y puede exigir del deudor todo cuanto haya recibido a título de resarcimiento”.

“Los herederos del depositario que hubieren vendido de buena fe la cosa mueble cuyo depósito ignoraban, solo están obligados a devolver el precio que hubieren recibido. Si la cosa no ha sido pagada todavía, el depositante se subroga<sup>31</sup> en el derecho de los enajenantes”.

El derecho del depositante se endereza al precio, cobrado o no. Una situación similar ocurre, verbigracia, en el “depósito en almacenes generales”, pues los almacenistas en ciertas circunstancias pueden proceder a la venta de los objetos depositados y cuando así lo hagan deben poner a disposición de los depositantes el “producto de la venta” (art. 1270)<sup>32</sup>.

#### **f) En el contrato de comodato**

También se protege la buena fe de los herederos del comodatario que enajenan el objeto dado en préstamo en el art. 1282:

“Si los herederos del comodatario, por no tener conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante, en defecto o por ineficacia de la acción reivindicatoria, exigir de los herederos que la paguen el justo valor de la cosa prestada, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competen”.

---

<sup>31</sup> A pesar de que en esta norma, como en el art. 1823 que se transcribe más adelante, se utiliza el vocablo “subroga”, la aplicación de la subrogación real no es explícita. Parece apuntar a la subrogación personal, de la cual la subrogación real es tan solo su antecedente. Véase §4.1.2.4, Capítulo V.

<sup>32</sup> Art. 1270 del Código Civil de Paraguay: “Los almacenistas, dando aviso al depositante con quince días por lo menos de anticipación, pueden proceder a la venta de las mercaderías, cuando al término del contrato no sean retiradas estas, o no se renueve el depósito, o tratándose de depósito por tiempo indeterminado, hubiere transcurrido un año desde la fecha de depósito. En todo tiempo podrán hacerlo, si las mercaderías estuviesen amenazadas de perecer. El producto de la venta, deducidos los gastos y todo lo demás que corresponda a los almacenes, debe ser puesto a disposición de los depositantes”.

Aquí, de manera similar a lo previsto por el art. 1251, el derecho del comodante se encauzará con relación a un nuevo objeto: el precio cobrado o adeudado.

### **g) En el contrato de seguro**

El art. 1625 regula un supuesto con implicancias subrogatorias de neto corte real en el ámbito del contrato de seguro en el cual se haya pactado la “reconstrucción o reposición” del objeto dañado<sup>33</sup>:

“Cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene derecho a exigir que al indemnización se destine realmente a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendario no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el cumplimiento de su obligación”.

### **h) En el enriquecimiento injustificado**

Dentro de la normativa del “enriquecimiento sin causa y del pago de lo indebido” se legisla en el art. 1823 acerca de la obligación de restituir una cosa cierta que ha sido enajenada:

“Si el que recibió una cosa cierta de buena fe la enajenó antes de conocer su obligación de devolverla, deberá restituir la compensación que obtuvo. Si esta se debe todavía, el que pagó lo indebido se subroga en los derechos al enajenante. Si la enajenación se hizo gratuitamente, el tercero adquirente queda obligado en la medida de su enriquecimiento ante el que hizo el pago indebido”.

El derecho a la restitución de la cosa mutará de objeto: se dirigirá al precio (“compensación”), cobrada o aún debida.

---

<sup>33</sup> El artículo transcrito se corresponde en lo esencial con el art. 89 de la ley 17.418 de contrato de seguro en Argentina. La única diferencia es terminológica, pues mientras el Código de Paraguay refiere a una “obligación”, la ley argentina alude a un “crédito”.

### **i) En los derechos reales**

El art. 2243 impone un claro caso de subrogación real; la situación jurídica del propietario con relación a ciertos “frutos” se modificará en su objeto para recaer sobre el “precio” de ellos si fueran vendidos:

“Si al concluir el usufructo existieren frutos pendientes, corresponderán al propietario, y si estuvieren vendidos, tendrá derecho a su precio. En este caso abonará los gastos que el usufructuario, según las reglas de una buena administración, hubiere realizado para producirlo, y siempre que no excedan del valor líquido de los cosechados”.

En el hipotético caso en el que el objeto de un usufructo fuera siniestrado, el art. 2248 se encarga de aclarar que el derecho del usufructuario recaerá sobre el valor del resarcimiento y, en su caso, sobre la cosa restablecida:

“En caso de siniestro, el derecho del usufructuario se extiende al valor del resarcimiento. Tanto aquel como el dueño, podrán exigir que el importe se invierta en reconstruir o restablecer la cosa, cuando así lo impongan las reglas de una imprudente administración. El nudo propietario podrá encargarse de esas obras, o delegarlas en el usufructuario, sin que este deba ser retribuido. El usufructo continuará en tal caso sobre la cosa restablecida”.

Ya en el ámbito de los derechos reales de garantía en el art. 2319 se legisla que en la “prenda de créditos” el derecho real se enderezará al objeto obtenido por el cobro del crédito respectivo:

“El acreedor prendario puede exigir el pago del crédito dado en garantía, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo anterior, para el caso de que su propio no fuere aún exigible. Si lo pagado fuere una cosa mueble cierta o incierta, se trasladará la prenda sobre ella. Si consistiere en dinero y el propio crédito también estuviere liquidado en efectivo, se aplicará el pago de lo adeudado. Si el crédito del acreedor prendario consistiere en dinero, o la prenda no fuere estimada en la misma forma y lo pagado fuere en moneda, quedará en prenda en

seguridad del crédito prendado. Si la prestación del crédito cobrado consistiere en la transferencia de un inmueble, quedará en hipoteca en seguridad del crédito garantizado, bajo la condición de su registro inmediato”<sup>34</sup>.

Para la prenda “con registro” se dispone que el derecho del titular de ese derecho real comprende: a) la indemnización del seguro, en caso de siniestro; b) la indemnización por la cual fuere responsable el culpable de la pérdida o deterioro de los bienes prendados; y c) el precio de la cosa expropiada (art. 2333).

Respecto de la hipoteca los arts. 2361 y 2362 “extienden” ese derecho real o “comprenden” en él a la indemnización proveniente del seguro<sup>35</sup>.

El Código también regla a la subrogación real en materia de acciones reales, precisamente en la acción reivindicatoria (art. 2417):

“Sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si este hubo la cosa del enajenante, y no hubiese aún pagado su precio, o lo hubiese solo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio o el saldo”.

---

<sup>34</sup> El art. 2320 se ocupa de una situación paralela, también respecto de la prenda de créditos: “Si el crédito dado en prenda fuere exigible antes que el garantizado con ella, y lo percibido fueren cosas susceptibles de deterioro, pérdida de valor, u ocasionaren gastos de conservación, el juez podrá, a requerimiento del acreedor o deudor, autorizar su venta. En tales casos continuará la prenda sobre los valores depositados o adquiridos”.

<sup>35</sup> Art. 2361 del Código Civil de Paraguay: “La hipoteca se extiende también a la indemnización que el seguro deba pagar por los objetos afectados por el gravamen. El asegurador no se libera si efectúa el pago sin intervención del acreedor hipotecario, a sabiendas de la existencia del gravamen, a menos que la indemnización fuere invertida por el propietario en la reconstrucción o reposición de las cosas hipotecadas. El propietario tiene ese derecho, aunque no se hubiera estipulado”.

Art. 2362 del Código Civil de Paraguay: “En caso de expropiación, la indemnización debida por el asegurador quedará comprendida en la hipoteca, y no podrá pagarse sin la intervención del acreedor”.

### **j) En las sucesiones por causa de muerte**

En la regulación de la acción de separación de patrimonios (art. 2487) se dispone:

“La separación de patrimonios producirá los siguientes efectos: (...) d) no afectará a los bienes de la sucesión que el heredero hubiere enajenado a título oneroso antes de solicitada la separación de patrimonios, y cuyo precio haya sido pagado. Tales enajenaciones quedan firmes respecto de los adquirentes. Si el precio de esos bienes estuviere adeudado, se lo comprenderá en la masa de la herencia así como a los bienes enajenados a título gratuito, si estuvieren en poder de los adquirentes, y los adquiridos por el heredero, con el producto de las enajenaciones, si constase su origen e identidad...”.

#### **2.4.4. Código Civil de Cuba**

##### **a) En la ausencia**

El art. 37 legisla la típica hipótesis de subrogación real que ocurre cuando el ausente reaparece:

“Si el declarado ausente o presuntamente muerto se presenta o se prueba su existencia, el tribunal anula la declaración de ausencia o presunción de muerte y dispone que, salvo los casos de excepción que establece la ley, se le restituya en todos sus derechos, y recobre sus bienes en el estado en que se encuentren y el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos”.

##### **b) En la subasta**

Como la suma dineraria proveniente de una subasta sigue siendo de propiedad del deudor ejecutado, es lógico que le corresponda la titularidad sobre el remanente que subsista luego de satisfecha la deuda respectiva. Así lo hace el art. 275:

“1. El acreedor a quien no se le haya pagado su crédito, puede enajenar el bien en subasta pública. (...) 3. Enajenado el bien, se

entrega al deudor el producto de la venta, descontándole el importe de su deuda y el de los gastos causados”.

### **c) Respeto de las distintas categorías de propiedad**

El Código cubano distingue varias “formas de propiedad” o mejor “categorías” de ella: 1) la socialista de todo el pueblo<sup>36</sup>; 2) la de las organizaciones políticas, de masas y sociales<sup>37</sup>; 3) la cooperativa<sup>38</sup>; 4) propiedad de los agricultores pequeños<sup>39</sup>; 5) la personal<sup>40</sup>; 6) la de ciertas entidades.

---

<sup>36</sup> Art. 136 del Código Civil de Cuba: “Son de propiedad estatal: a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos, el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona económica de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación; b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomenta o adquiera”. Art. 137 del Código Civil de Cuba: “Son igualmente de propiedad estatal todos los bienes que existen en el territorio de la República que no son propiedad de alguna otra persona natural o jurídicas”.

<sup>37</sup> Art. 142 del Código Civil de Cuba. “La propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales; es la que recae sobre los bienes destinados al cumplimiento de sus respectivos fines”. El siguiente artículo se ocupa de su enumeración.

<sup>38</sup> Art 145 del Código Civil de Cuba: “La propiedad cooperativa es reconocida por el Estado en cuanto contribuye al desarrollo de la economía nacional y constituye una forma de propiedad colectiva”. El art. 148 enuncia posibles objetos de la misma.

<sup>39</sup> Art. 150 del Código Civil de Cuba: “La propiedad de los agricultores pequeños es la que recae sobre los bienes destinados a la explotación agropecuaria a que se dedican, y mediante la cual contribuyan a aumentar el fondo de consumo social y, en general, al desarrollo de la economía nacional”.

<sup>40</sup> Según el art. 156 es aquella que “...comprende los bienes destinados a satisfacer las necesidades materiales y espirituales de su titular”. Por

De cada una de ellas emanan consecuencias jurídicas diversas. Verbigracia, las cuatro primeras tienen ciertos aspectos en los cuales son indisponibles e inembargables (véase arts. 138, 144, 149, 154 y 155). También, por ejemplo, la de los agricultores pequeños está sujeta a cargas de explotación cuyo incumplimiento puede aparejar expropiación (art. 152), y la propiedad personal no puede ser utilizada para generar ingresos mediante la “explotación del trabajo ajeno” (art. 158).

Luce como implícito en el fondo de esa legislación que, salvo disposición en contrario, los objetos que puedan reemplazar a los que corresponden a cada una de las categorías antedichas seguirán la suerte de éstos. Así, el provecho obtenido en virtud de un crédito de valor derivado de la responsabilidad civil por no ser posible la restitución en especie de la propiedad personal, debería ser considerado de esta misma naturaleza y por consiguiente sujeto al respectivo régimen.

#### 2.4.5. Código Canónico

El canon 76, en su §1, define al “privilegio” como “la gracia otorgada por acto peculiar en favor de determinadas personas, tanto físicas como jurídicas” y asevera que “puede ser concedido por el legislador y también por la autoridad ejecutiva a la que el legislador haya otorgado esta potestad”. La concesión del mismo se presume por la “posesión centenaria o inmemorial”, según surge de su §2.

Se aplica elípticamente la subrogación real, aunque de manera restringida, al hacer tema con la extinción de los “privilegios reales”, pues según el canon 78, en su §3:

---

su parte, el art. 157 dispone: “Pueden ser de propiedad personal: a) los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio; b) la vivienda, casa de descanso, solares yermos y demás bienes adquiridos por cualquier título legal; y c) los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar”.



“El privilegio real cesa al destruirse completamente el objeto o el lugar; sin embargo, el privilegio local revive, si el lugar se reconstruye en el término de cincuenta años”.

Otra disposición niega la subrogación real, acaso por no ajustarse a Derecho en el caso en concreto. Nos referimos a lo que ocurre en el voto, o sea “la promesa deliberada y libre hecha a Dios de un bien posible y mejor” (canon 1191), que obliga “a quien lo ha emitido” (canon 1193)<sup>41</sup>: el canon 1193 afirma que “cesa el voto” en el caso en que ocurra un “cambio sustancial de la materia objeto de la promesa”.

Sin embargo, se posibilita sustituir el objeto de la obligación en el canon 1197:

“Quien emitió un voto privado, puede conmutar la obra prometida por otra mejor o igualmente buena; y puede conmutarla por un bien inferior aquel que tiene potestad de dispensar a tenor del c. 1196”.

De admitirse la subrogación real en el objeto de las obligaciones, téngase presente que el canon 1290 norma:

“Lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa...”.

En los casos en que se cobre dinero en virtud de una enajenación, este “debe colocarse con cautela en beneficio de la Iglesia, o gastarse prudentemente conforme a los fines de dicha enajenación” (canon 1294, §2). En el ámbito de las pías voluntades en general y de las fundaciones pías, el art. 1305 dispone:

---

<sup>41</sup> El voto puede ser personal, cuando se promete una acción; puede ser real, cuando se promete una cosa; o también mixto (canon 1192, §3).

“El dinero y los bienes muebles asignados como dote, han de depositarse inmediatamente en un lugar seguro aprobado por el Ordinario, a fin de conservar ese dinero o el precio de los bienes muebles, y colocarlo cuanto antes, cauta y útilmente, en beneficio de la fundación, con mención expresa y detallada de las cargas, según el prudente juicio del Ordinario, oídos los interesados y su propio consejo de asuntos económicos” [el destacado nos pertenece].

Nótese que el precio de los bienes muebles sigue la misma suerte que éstos.

## **2.5. Ordenamientos que participan del sistema compuesto de alcance particular**

### **2.5.1. Europa**

#### **2.5.1.1. Código Civil de Francia**

El Código galo hace múltiples aplicaciones de la idea de subrogación real. Los arts. 815-10 y 1406 mencionan a la “subrogación real” (*subrogation réelle*), y el primero de ellos con el aditamento de que ella es de “pleno derecho”. Con claros alcances objetivos, los arts. 860, 922 y 924-2 refieren a la “subrogación” (*subrogation*). También, los arts. 825, 1049, 1099-1, 1467, 1469, 1571 y 2372 apuntan a casos en que algún objeto fue “subrogado” (*subrogé*).

#### **a) En la ausencia**

Un supuesto implícito de subrogación real es el previsto por el art. 130, según el cual el ausente recuperará sus bienes en el estado en que se encuentren, pero también el precio de los que se hayan enajenado o cualquier otro objeto sustituto adquirido por el empleo de los capitales o ingresos devengados en su favor<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 130 del Código Civil de Francia : “*L'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû*”

## b) En las sucesiones

El art. 815-10 del *Code*<sup>43</sup> aplica la subrogación real “de pleno derecho” para que los créditos, incluso indemnizatorios, que sustituyen a los objetos indivisos perduren la situación jurídica de indivisión. De la misma manera, también lo harán los “bienes adquiridos” en “empleo o reemplazo” con el consentimiento de los copartícipes.

Los arts. 860<sup>44</sup>, 922<sup>45</sup> y 924-2<sup>46</sup> hacen tema con la llamada “subrogación real de valor”, de la que ya hicimos mérito en otra oportunidad de este trabajo<sup>47</sup>.

---

*recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit”.*

<sup>43</sup> Art. 815-10 del Código Civil de Francia, en lo pertinente : “*Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis*”.

<sup>44</sup> Art. 860 del Código Civil de Francia : “*Le rapport est dû de la valeur du bien donné à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de la donation. Si le bien a été aliéné avant le partage, on tient compte de la valeur qu'il avait à l'époque de l'aliénation. Si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, on tient compte de la valeur de ce nouveau bien à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation. Le tout sauf stipulation contraire dans l'acte de donation. S'il résulte d'une telle stipulation que la valeur sujette à rapport est inférieure à la valeur du bien déterminé selon les règles d'évaluation prévues par l'article 922 ci-dessous, cette différence forme un avantage indirect acquis au donataire hors part successorale*”.

<sup>45</sup> Art. 922 del Código Civil de Francia : “*La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur. Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu*

Según el art. 825, la “masa partible” comprende a los bienes existentes a la apertura de la sucesión, como también a aquellos que los subrogan<sup>48</sup>.

### c) En las liberalidades

El art. 1048 habilita a que una liberalidad esté “gravada” con un “cargo” consistente en una obligación de conservar los objetos, y de transmitirlo al momento de su muerte a un tercero designado en el acto<sup>49</sup>.

Si así se lo hiciera, dice el art. 1049 que ese cargo únicamente podría tener efecto sobre objetos identificables y subsistentes en especie. Aunque la misma norma aclara que si se tratara de

---

*subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation. On calcule sur tous ces biens, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer”.*

<sup>46</sup> Art. 924-2 del Código Civil de Francia : “*Le montant de l'indemnité de réduction se calcule d'après la valeur des biens donnés ou légués à l'époque du partage ou de leur aliénation par le gratifié et en fonction de leur état au jour où la libéralité a pris effet. S'il y a eu subrogation, le calcul de l'indemnité de réduction tient compte de la valeur des nouveaux biens à l'époque du partage, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation”.*

<sup>47</sup> Véase §2.2.6.12, Capítulo III.

<sup>48</sup> Art. 825 del Código Civil de Francia : “*La masse partageable comprend les biens existant à l'ouverture de la succession, ou ceux qui leur ont été subrogés, et dont le défunt n'a pas disposé à cause de mort, ainsi que les fruits y afférents”.*

<sup>49</sup> Art. 1048 del Código Civil de Francia: “*Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte”.*

“valores mobiliarios”, también produciría efecto sobre los “valores mobiliarios” que subroguen a aquellos<sup>50</sup>.

#### **d) En las obligaciones**

El art. 1351-1 regla que frente a una imposibilidad de ejecutar la prestación con motivo de la pérdida del objeto debido, el deudor que se libera de ese débito está constreñido a ceder al acreedor los “derechos y acciones” vinculados a la cosa perdida<sup>51</sup>. Así, verbigracia, los derechos que le correspondan por la indemnización de un seguro.

Al reglarse las implicancias del contrato de depósito se dispone que el depositario debe restituir la cosa depositada en el estado en que se encuentre al momento de la restitución (art. 1933), pero si ella se hubiese perdido por fuerza mayor, el depositario deberá entregar al depositante lo que hubiera recibido a cambio, sea el precio o cualquier otra cosa (art. 1934)<sup>52</sup>. Si el depositario falleciera, y sus herederos enajenaran la cosa actuando de buena fe, únicamente estarán obligados a restituir el precio

---

<sup>50</sup> Art. 1049 del Código Civil de Francia: *“La libéralité ainsi consentie ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé. Lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées. Lorsqu'elle concerne un immeuble, la charge grevant la libéralité est soumise à publicité”*.

<sup>51</sup> Art. 1351-1 del Código Civil de Francia: *“Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose”*.

<sup>52</sup> Art. 1934 del Código Civil de Francia: *“Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place doit restituer ce qu'il a reçu en échange”*.

recibido o a ceder sus acciones contra el adquirente cuando el precio no se haya pagado (art. 1935)<sup>53</sup>.

### e) En el régimen de patrimonial del matrimonio

El art. 1407<sup>54</sup> y el segundo párrafo art. 1416<sup>55</sup> imponen la subrogación real frente al reemplazo de bienes propios en virtud por derechos creditorios, y también cuando se adquieran objetos por “empleo o reemplazo” de bienes propios. La última de esas normas aclara que ello es “conforme a los artículos 1434 y 1435”. El primero de ellos impone la carga de declarar en el acto adquisitivo que el mismo se realiza con “dinero propio” o que proviene de la “enajenación de uno propio”, como “empleo o reemplazo”. Si así no se lo manifestare, cualquier acuerdo entre los cónyuges tendría, en principio, solamente efectos en sus relaciones recíprocas<sup>56</sup>. En cambio, el segundo<sup>57</sup>, regula una suerte de subrogación real anticipada o proyectada<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Art. 1935 del Código Civil de Francia: *“L’héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n’est tenu que de rendre le prix qu’il a reçu, ou de céder son action contre l’acheteur, s’il n’a pas touché le prix”*.

<sup>54</sup> Art. 1407 del Código Civil de Francia: *“Le bien acquis en échange d’un bien qui appartenait en propre à l’un des époux est lui-même propre, sauf la récompense due à la communauté ou par elle, s’il y a soulte. Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien acquis en échange tombe dans la masse commune, sauf récompense au profit du cédant”*.

<sup>55</sup> Art. 1416 del Código Civil de Francia, segundo párrafo: *“Forment aussi des propres, par l’effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435”*.

<sup>56</sup> Art. 1434 del Código Civil de Francia: *“L’emploi ou le remploi est censé fait à l’égard d’un époux toutes les fois que, lors d’une acquisition, il a déclaré qu’elle était faite de deniers propres ou provenus de l’aliénation d’un propre, et pour lui tenir lieu d’emploi ou de remploi. A défaut de cette déclaration dans l’acte, l’emploi ou le remploi n’a lieu que par l’accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques”*.

El art. 1099-1 hace tema con la adquisición de bienes por uno de los cónyuges, mediante el dinero que el otro le ha dado. Aclara que la donación es del dinero, pero no del bien para el cual se utilizó. Así, todo derecho del donante se enderezará a una suma dineraria determinada con el valor actual del bien; si este bien ha sido “subrogado” por dinero o por otro objeto, se tomará en cuenta el valor de estos últimos<sup>59</sup>.

Al momento de regular la liquidación y partición de la comunidad, el art. 1467 explicita que una vez disuelta la comunidad, cada uno de los cónyuges recupera aquellos bienes que no hubieran ingresado en comunidad, si existen en especie, o los bienes que les hubieran subrogado<sup>60</sup>.

El art. 1469<sup>61</sup> establece el método para evaluar las posibles recompensas debidas entre los cónyuges. En lo que aquí nos

---

<sup>57</sup> Art. 1434 del Código Civil de Francia: “*Si l'emploi ou le remploi est fait par anticipation, le bien acquis est propre, sous la condition que les sommes attendues du patrimoine propre soient payées à la communauté dans les cinq ans de la date de l'acte*”.

<sup>58</sup> Véase §6.3, Capítulo III.

<sup>59</sup> Art. 1099-1 del Código Civil de Francia: “*Quand un époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés. En ce cas, les droits du donateur ou de ses héritiers n'ont pour objet qu'une somme d'argent suivant la valeur actuelle du bien. Si le bien a été aliéné, on considère la valeur qu'il avait au jour de l'aliénation, et si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, la valeur de ce nouveau bien*”.

<sup>60</sup> Art. 1467 del Código Civil de Francia: “*La communauté dissoute, chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens qui y ont été subrogés. Il y a lieu ensuite à la liquidation de la masse commune, active et passive*”.

<sup>61</sup> Art. 1469 del Código Civil de Francia: “*La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire. Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est*

interesa, la recompensa no podrá ser menor que el valor del beneficio subsistente cuando la cantidad utilizada hubiera servido para adquirir, conservar o mejorar un bien, el cual, si se hubiera enajenado antes de la liquidación, será subrogado por el dinero u otro objeto sustituto.

El art. 1571, ubicado dentro de la regulación del régimen de “participación en las ganancias”, explicita que los “bienes originarios” son estimados por su estado al momento del matrimonio o de la adquisición, y según el valor al momento de la liquidación. Frente a una enajenación de ellos, la contraprestación, sea dinero u otros bienes, serán el objeto sustituto de esa valuación<sup>62</sup>.

#### **f) En las garantías reales**

En el ordenamiento jurídico francés el derecho de “propiedad” puede utilizarse como garantía a través de una cláusula de reserva de dominio, mediante la cual el “enajenante” mantiene la titularidad hasta el efectivo pago del precio debido. Lo interesante para nosotros es que la norma admite que el derecho “se traslada” sobre ciertos objetos sustitutos: así, respecto del precio adeudado por una nueva venta a un subadquirente, o a la indemnización del seguro que subroga al objeto (art. 2372)<sup>63</sup>.

#### **g) En la sociedad en participación**

---

*évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien”.*

<sup>62</sup> Art. 1571 del Código Civil de Francia, primer párrafo: *“Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé. S'ils ont été aliénés, on retient leur valeur au jour de l'aliénation. Si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens”.*

<sup>63</sup> Art. 2372 del Código Civil de Francia : *“En cas d'aliénation ou de perte du bien, la propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien”.*



El art. 1871 otorga la posibilidad de dar vida a una “sociedad” que no es una persona jurídica; el art. 1872 aclara que con relación a terceros cada socio continúa siendo propietario de los bienes puestos a disposición, pero que se consideran “indivisos” entre los socios los adquiridos por empleo o reemplazo de “dineros indivisos”<sup>64</sup>.

### **2.5.1.2. Código Civil de España**

#### **a) En la ausencia**

El art. 197 regula la típica subrogación real en los bienes del ausente que reaparece:

“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

#### **b) En el derecho real de usufructo**

Los arts. 483<sup>65</sup> y 499<sup>66</sup> imponen al usufructuario el deber jurídico de “reemplazar” los objetos de su derecho; en particular, las plantas y animales, respectivamente.

---

<sup>64</sup> Art. 1872 del Código Civil de Francia : “*A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société. Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision. Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social*”.

<sup>65</sup> Art. 483 del Código Civil de España: “El usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos podrá aprovecharse de los pies

El ordenamiento jurídico español permite la constitución del derecho real de usufructo sobre una “acción para reclamar” una cosa. Como consecuencia de su ejercicio, podrá recaer el usufructo sobre el objeto resultante<sup>67</sup>.

Al hacer tema con el usufructo cuyo objeto está integrado por una edificación, el art. 517 preceptúa:

“Si el usufructo estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y este llegare a perecer, de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales. Lo mismo sucederá cuando el usufructo estuviera constituido solamente sobre un edificio y este pereciere. Pero en tal caso, si el propietario quisiera construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales”.

---

muerdos, y aun de los tronchados o arrancados por accidente, con la obligación de reemplazarlos por otros”.

<sup>66</sup> Art. 499 del Código Civil de España: “Si el usufructo se constituyere sobre un rebaño o piara de ganados, el usufructuario estará obligado a reemplazar con las crías las cabezas que mueran anual y ordinariamente, o falten por la rapacidad de animales dañinos. Si el ganado en que se constituyere el usufructo pereciere del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio u otro acontecimiento no común, el usufructuario cumplirá con entregar al dueño los despojos que se hubiesen salvado de esta desgracia. Si el rebaño pereciere en parte, también por un accidente, y sin culpa del usufructuario, continuará el usufructo en la parte que se conserve. Si el usufructo fuere de ganado estéril, se considerará, en cuanto a sus efectos, como si se hubiese constituido sobre cosa fungible”.

<sup>67</sup> Artículo 486 del Código Civil de España: “El usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a solo los frutos, quedando el dominio para el propietario”.

También la situación jurídica del usufructuario subsistirá cuando la aseguradora pague la deuda en virtud de un siniestro, aunque con diversas matizaciones (art. 518):

“Si el usufructuario concurriere con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, continuará aquel, en caso de siniestro, en el goce del nuevo edificio si se construyere, o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario. Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, adquirirá este el derecho de recibir por entero en caso de siniestro el precio del seguro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca. Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá este íntegro el precio del seguro en caso de siniestro, salvo siempre el derecho concedido al usufructuario en el artículo anterior”.

Cuando se decida expropiar un objeto que estuviera gravado con usufructo, el Código Civil español (art. 519) conserva el derecho del usufructuario de la siguiente manera:

“Si la cosa usufrutuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos”.

### **c) En las sucesiones**

En la sucesión del ascendiente en los objetos dados a sus “hijos o descendientes muertos sin posteridad”, habrá derecho a aquellos, si aún existiesen en el patrimonio, o si hubiesen sido enajenados:

“...sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió” (art. 812).

### **d) En las obligaciones**

Según el art. 1186 puede conservarse la situación jurídica de una prestación de cosa cierta que resulta imposible en virtud de la pérdida:

“Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta”.

Paralelamente, el art. 1136 permite al acreedor de la obligación alternativa elegir el “precio” de la prestación, si alguno de los objetos posibles resulta imposible por culpa del deudor<sup>68</sup>.

También, el art. 1147 preceptúa:

“Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente”.

Igualmente constituye una aplicación de la subrogación real lo dispuesto en el art. 1897 *in fine*:

“El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, solo responderá de las desmejoras o pérdidas de esta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si

---

<sup>68</sup> Art. 1136 del Código Civil de España: “Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor. Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1. Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquel, hubiera desaparecido. 3. Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles.”.

la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”.

### **e) En el régimen patrimonial del matrimonio**

El Código incluye dentro del catálogo de bienes privativos (art. 1346) a los “adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos” (inc. 3º) y al “resarcimiento por daños inferidos (...) a sus bienes privativos” (inc. 6º); y enumera como integrantes de la masa de gananciales (art. 1347) a “los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos” (inc. 3º).

Hace uso de la subrogación real parcial en el art. 1354:

“Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

En el art. 1355 se permite a los cónyuges resignar de la subrogación real:

“Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.

El artículo 1356 regula a la subrogación real anticipada o proyectada en virtud de un precio aplazado<sup>69</sup>:

---

<sup>69</sup> Se dijo: “Con el término de precio aplazado, se ha de entender, y así lo ha hecho el Tribunal Supremo, no solo los supuestos en los que el precio se entrega a plazos al vendedor, sino también aquellos en los que percibiéndolo este íntegramente, se utiliza para ello un préstamo hipotecario cuyas cuotas se difieren en el tiempo” (MEDINA SÁNCHEZ,

“Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza”.

Debe advertirse que, para esta normativa, lo que confiere el carácter propio o ganancial será el dinero utilizado en el primer desembolso. Es decir, que si el precio se aplazara en 12 cuotas, los objetos utilizados para solventar la primera cuota determinarán el carácter del bien adquirido, a pesar de que en los demás vencimientos se utilicen objetos de otra naturaleza<sup>70</sup>. Hasta entonces, regiría la presunción de ganancialidad.

En el art. 1357, por su parte, se le desconoce relevancia a la subrogación real para la calificación, puesto que se basa en el principio de “causa anterior”:

“Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”.

Como en ocasiones el ordenamiento jurídico sacrifica la noción de la subrogación real para calificar a los bienes, el art. 1358 establece un complemento sustituto:

---

Rosa M. en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Begoña, *Comunidad de Gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 116).

<sup>70</sup> Se ha puesto de resalto la tensión entre la seguridad jurídica y la justicia en esta solución (MEDINA SÁNCHEZ, Rosa M. en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Begoña, *Comunidad de Gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 116). Allí se transcribe la opinión de Pereña Vicente para quien se trataría de una presunción iuris tantum, y por tanto admitiría prueba en contrario.

“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

#### **f) En los censos**

Si por la virtualidad de un caso fortuito o una fuerza mayor se inutilizara totalmente el inmueble gravado con un censo, la regla general indica que este se extinguirá y con él cesará el pago de la pensión (art. 1625). Pero si el inmueble estuviere asegurado (art. 1626):

“...el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, a no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censalista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca”.

Cuando un inmueble gravado con censo fuera expropiado por causa de utilidad pública (art. 1627):

“...su precio estará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, quedando este extinguido. La precedente disposición es también aplicable al caso en que la expropiación forzosa sea solamente de parte de la finca, cuando su precio baste para cubrir el capital del censo. Si no bastare, continuará gravando el censo sobre el resto de la finca, siempre que su precio sea suficiente para cubrir el capital censual y un 25 por 100 más del mismo. En otro caso estará obligado el censatario a sustituir con otra garantía la parte expropiada, o a redimir el censo, a su elección, salvo lo dispuesto para el enfitéutico en el artículo 1.631”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Por su parte, el art. 1631 del Código Civil de España regla para el “censo enfitéutico”: “En el caso de expropiación forzosa se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.627, cuando sea expropiada

### **g) En el contrato de depósito**

Dos normas ubicadas dentro de la regulación del contrato de depósito son persuasivas aplicaciones de la subrogación real. La primera, está en el art. 1777:

“El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar esta al depositante”.

La segunda, en el art. 1778:

“El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, solo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”.

### **h) En los derechos reales de garantía**

El derecho real de hipoteca se conserva frente a un daño a su objeto, o frente a la expropiación de este (art. 1877):

“La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de

---

toda la finca. Si solo lo fuere en parte, se distribuirá el precio de lo expropiado entre el dueño directo y el útil, recibiendo aquel la parte del capital del censo que proporcionalmente corresponda a la parte expropiada, según el valor que se dio a toda la finca al constituirse el censo o que haya servido de tipo para la redención, y el resto corresponderá al enfiteuta. En este caso continuará el censo sobre el resto de la finca, con la correspondiente reducción en el capital y las pensiones, a no ser que el enfiteuta opte por la redención total o por el abandono a favor del dueño directo. Cuando, conforme a lo pactado, deba pagarse laudemio, el dueño directo percibirá lo que por este concepto le corresponda solo de la parte del precio que pertenezca al enfiteuta”.



permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero”.

La norma debe compararse con lo dispuesto por el art. 110<sup>72</sup> de la ley hipotecaria española, por los arts. 40<sup>73</sup> y 42<sup>74</sup> de la ley de

---

<sup>72</sup> Art. 110 de la Ley Hipotecaria española: Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: (...) Segundo. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil”.

<sup>73</sup> Art. 40 de la Ley de Contrato de Seguro española: “El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin el tomador del seguro o el asegurado deberán comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia. El asegurador a quien se haya notificado la existencia de estos derechos no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, se depositará su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil. Si el asegurador pagare la indemnización, transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores sin que éstos se hubiesen presentado, quedará liberado de su obligación”.

<sup>74</sup> Art. 42 de la Ley de Contrato de Seguro española: “En el caso de que la indemnización haya de emplearse en la reconstrucción de las cosas siniestradas, el asegurador no pagará la indemnización si el asegurado y

contrato de seguro, como también por el art. 5° de la ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento<sup>75</sup>.

### 2.5.1.3. Código Civil de Alemania

Andrés Santos, quien ha estudiado infatigablemente el desarrollo de la subrogación real en la doctrina y legislación alemana, sostuvo:

“El Código Civil alemán (BGB), en el que cristaliza un siglo de trabajos pandectísticos, sorprendentemente ve con simpatía la idea de subrogación real, lo que se refleja tanto en su texto como en sus trabajos preparatorios. Aun careciendo de una fórmula descriptiva de alguna clase de ‘principio de subrogación’ de alcance general, las numerosas aplicaciones de la idea en la legislación han llevado a la doctrina civilista alemana a prestar una atención especial a esta figura...”<sup>76</sup>.

Para el autor, el BGB recoge disposiciones de subrogación real en dos ámbitos diferentes: 1) en los derechos singulares; y 2) en los patrimonios especiales. Respecto de los segundos la doctrina

---

los acreedores a que se refieren los artículos anteriores no se ponen de acuerdo sobre las garantías con las que aquellas han de quedar afectadas a la reconstrucción. En caso de que no se llegue a un acuerdo se depositará la indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo cuarenta”.

<sup>75</sup> Art. 5° de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento: “La hipoteca y la prenda se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda”.

<sup>76</sup> ANDRÉS SANTOS, p. 720.

germánica admitiría la existencia de un principio de subrogación real (*surrogationsprinzip*).

#### **a) En las obligaciones**

El §285 del BGB parte del supuesto en el cual el deudor estuviera exento de cumplir con la obligación en función de lo dispuesto por el §275. Se trata de la imposibilidad de cumplimiento o de cumplimiento que requiera esfuerzos manifiestamente desproporcionados en función del objeto obligacional, la buena fe y el interés del acreedor.

En el caso en el que el deudor obtenga un “sustituto” o un “crédito” para obtener ese sustituto, el acreedor podría exigir la entrega o la cesión, respectivamente (apartado 1); de ejercerse ese derecho, si el acreedor pudiera exigir una indemnización en lugar del pago, esta se reducirá en la medida que corresponda (apartado 2).

#### **b) En el patrimonio social**

El §718 del BGB establece que los bienes de la sociedad están integrados por las contribuciones de los socios y los objetos adquiridos para la sociedad como resultado de la administración. Asimismo, en su segundo apartado, prevé que también se incluyen en ese concepto a cualquier objeto adquirido debido a un derecho perteneciente a los bienes sociales o como una compensación por destrucción, daño o privación de uno de esos objetos.

#### **c) Con relación al enriquecimiento injustificado**

El §816 dispone que si se realiza una disposición de un objeto sin legitimación suficiente, quien la realiza estará obligado a entregar al titular lo que se haya obtenido en virtud de ella.

El §818 extiende la obligación de restitución a todos los beneficios derivados y a lo que fue adquirido por el beneficiario en

base a un derecho obtenido, o como compensación por la destrucción, daño o privación del objeto.

#### **d) En el régimen de las cosas perdidas**

Para el régimen de las cosas perdidas el §966 impone al hallador el deber de custodia, pero si existen motivos para temer que el objeto perezca o bien su cuidado supone costes desproporcionados, el hallador de la cosa perdida la venderá en pública subasta y “el producto ocupará el lugar del objeto”.

La entrega del objeto o del producto en virtud de la subasta a la autoridad competente no afectará a los derechos del hallador; incluso si la autoridad competente lo subasta, lo recaudado ocupará el lugar del objeto (§975)<sup>77</sup>.

#### **e) En el derecho real de usufructo**

Los usufructuarios tienen el deber de asegurar el objeto durante la duración de su derecho contra los riesgos que correspondan, a favor del propietario (§1045). En ese escenario, el usufructuario tendrá derecho al usufructo del crédito contra el asegurador; tanto el propietario como el usufructuario podrán exigir que la suma cobrada se destine a la reparación del objeto o a la obtención de un sustituto, conforme a las buenas prácticas comerciales (§1046).

El usufructo sobre créditos otorga las facultades de cobrarlo (§1074); cumplida la deuda, el acreedor-nudo propietario adquiere el objeto pagado y el usufructuario adquiere el usufructo del objeto (§1075).

#### **f) En los derechos reales de garantía**

---

<sup>77</sup> Véase también el §979 *in fine*.

Si el objeto hipotecado se encuentra asegurado, en beneficio del propietario, la hipoteca se extiende al crédito contra el asegurador; la responsabilidad del asegurador cesará si el objeto se restaura o se le procura un sustituto (§1127).

Cuando el objeto de la prenda tiene un peligro inminente de deteriorarse o de reducirse sustancialmente en su valor, el acreedor prendario puede instar la subasta pública; acaecida esta, el producto obtenido sustituirá a la prenda y se depositará a pedido del constituyente (§1219).

En la medida en que el acreedor prendario tenga derecho al “producto” de la cosa para satisfacer su interés, el crédito se considera satisfecho por el propietario. En todos los demás aspectos, el producto ocupa el lugar del objeto prendado (§1247).

Cuando la prenda es con relación a una alícuota de un objeto en comunidad, si esta se disuelve, el acreedor prendario está legitimado a una prenda sobre los objetos que toman el lugar de la alícuota (§1258).

Recayendo la prenda sobre “derechos”, particularmente sobre “créditos” (§1279 y ss.), cuando el deudor ejecuta la prestación debida, el acreedor adquiere el objeto y el acreedor prendario una prenda sobre el mismo. Si la prestación consistía en la transmisión del dominio de un inmueble, el prendario adquiere una hipoteca de seguridad. En cambio, si consistía en la transmisión de un buque, una hipoteca naval (§1287).

### **g) En el régimen patrimonial del matrimonio**

Bajo el epígrafe de “sustitución directa”, el §1473 dispone que todo lo que sea adquirido en virtud de un derecho perteneciente a la comunidad de bienes, o como compensación por la destrucción, daño o privación de un objeto integrante de la misma, o por un acto jurídico relativo a los mismos, pasará a ser propiedad de la comunidad.

El §1418, en términos similares había hecho lo propio para la “propiedad reservada”, o sea aquella excluida del régimen de comunidad matrimonial.

#### **h) En la propiedad del menor**

El cuidado por los padres de la propiedad del menor no se extiende a ciertos bienes, como los que el hijo adquiera por causa de muerte o se le entregan a título gratuito si así fue dispuesto por el testador o el donante (§1638-I). Sigue igual suerte lo que el niño adquiera en virtud de un derecho perteneciente a dichos bienes, o como compensación por su destrucción, daño o privación, o por un negocio jurídico relativo a ellos (§1638-II).

Si los padres adquirieran objetos muebles con fondos del hijo, esa adquisición de propiedad pasará al hijo, a menos que los padres no deseen adquirirlos por cuenta del hijo (§1646).

#### **i) En las sucesiones**

El poseedor de la herencia esta obligado a entregar al heredero todo lo que haya obtenido de la herencia (§2018), incluso lo que se adquiera por actos jurídicos con medios de la herencia (§2019).

En el ámbito de la comunidad hereditaria, todo lo adquirido en virtud de un derecho perteneciente a la herencia, o en sustitución por la destrucción, el daño o la privación de un objeto hereditario, o por actos jurídicos relativos a la misma, pertenece a la herencia (§2041). Una norma similar se encuentra en el §2111, pues de nombrarse un heredero sucesivo la herencia incluye todos esos objetos sustitutos.

En todos estos casos, si el objeto sustituto fuera un crédito, el deudor deberá tomar conocimiento de esa circunstancia para que ello surta efectos contra él (§2019-II, §2041 *in fine*, §2111 *in fine*).

De existir un testamento en el cual el causante legó un objeto, si este resultará dañado posteriormente y de ello derivara la

existencia de un crédito indemnizatorio, “en caso de duda” el legado se extenderá al mismo (§2164-II).

En la “compra” de herencias, el vendedor está obligado a entregar al comprador los objetos de la herencia que existan al tiempo de la venta, incluso lo que haya adquirido antes de la venta en razón de un derecho perteneciente a la herencia, o como compensación por la destrucción, etcétera, de un objeto hereditario, o por un negocio jurídico relativo a ella (§2374).

#### 2.5.1.4. Código Civil de Italia

El Código Civil italiano hace algunas aplicaciones explícitas de la noción de subrogación real. Una de las más claras es la del art. 2742, que utiliza el vocablo “subrogación” (“*surrogazione*”) para aludir a la sustitución objetiva. Por su parte, el art. 994 menciona la palabra “subrogar” (“*surrogare*”).

##### a) En la ausencia

El art. 73 del Código regula la cuestión patrimonial respecto de quien ha sido declarada ausente con presunción de fallecimiento<sup>78</sup>. Habilita a quien haya sido declarado presuntamente muerto a recuperar sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los enajenados cuando todavía esté en

---

<sup>78</sup> Art. 73 del Código Civil de Italia: “*Estinzione dei diritti spettanti alla persona di cui è stata dichiarata la morte presunta. Se la persona di cui è stata dichiarata la morte presunta ritorna o ne è provata l'esistenza al momento dell'apertura della successione, essa o i suoi eredi o aventi causa possono esercitare la petizione di eredità e far valere ogni altro diritto, ma non possono recuperare i beni se non nello stato in cui si trovano, e non possono ripetere che il prezzo di quelli alienati, quando è ancora dovuto, o i beni nei quali esso è stato investito, salvi gli effetti della prescrizione o dell'usucapione. Si applica la disposizione del secondo comma dell'articolo 71*”.

estado de débito, o los bienes en los cuales se haya invertido, sin perjuicio de la operatividad de la prescripción.

### **b) En el derecho real de usufructo**

El *Codice* presenta varias aplicaciones de la subrogación real dentro de las normas que estructuran al derecho real de usufructo.

El art. 994<sup>79</sup> se ocupa del deber de “subrogación” que pesa sobre el usufructuario de un rebaño, pues debe sustituir a los animales fallecidos con los nacidos.

El art. 1014<sup>80</sup> establece las causas de extinción del derecho real de usufructo, entre las cuales se destaca la referente al “perecimiento total de la cosa”, objeto de ese derecho. Si el perecimiento solamente fuera parcial, el usufructo se conservará sobre el objeto disminuido que subsista (art. 1016)<sup>81</sup>.

Cuando el perecimiento sea atribuible a una persona responsable, el derecho real se “transfiere” a la indemnización

---

<sup>79</sup> Art. 994 del Código Civil de Italia: *“Perimento delle mandre e dei greggi. Se l'usufrutto è stabilito sopra una mandra o un gregge, l'usufruttuario è tenuto a surrogare gli animali periti, fino alla concorrente quantità dei nati, dopo che la mandra o il gregge ha cominciato ad essere mancante del numero primitivo. Se la mandra o il gregge perisce interamente per causa non imputabile all'usufruttuario, questi non è obbligato verso il proprietario che a rendere conto delle pelli o del loro valore”*.

<sup>80</sup> Art. 1014 del Código Civil de Italia: *“Estinzione dell'usufrutto. Oltre quanto è stabilito dall'articolo 979, l'usufrutto si estingue: 1) per prescrizione per effetto del non uso durato per venti anni; 2) per la riunione dell'usufrutto e della proprietà nella stessa persona; 3) per il totale perimento della cosa su cui è costituito”*.

<sup>81</sup> Art. 1016 del Código Civil de Italia: *“Perimento parziale della cosa. Se una sola parte della cosa soggetta all'usufrutto perisce, l'usufrutto si conserva sopra ciò che rimane”*.



debida (art. 1017)<sup>82</sup>, incluso en virtud de un contrato de seguro (art. 1019)<sup>83</sup>.

En los casos en los que el objeto del usufructo estuviera integrado por una edificación, habrá de distinguirse diversos escenarios.

En primer lugar, si el usufructo fue establecido sobre un fondo al que accede un edificio, el perecimiento de este dará al usufructuario la facultad de disfrute sobre el “área y los materiales” (art. 1018, primer párrafo<sup>84</sup>).

Ello también será así si el usufructo solo se estableció sobre la edificación; sin embargo si el nudo propietario quisiera construir otro edificio, tendrá el derecho de ocupar el área y aprovechar los materiales, pero deberá pagar al usufructuario los “intereses” de las sumas correspondientes al valor del área y de los materiales durante la vigencia del usufructo (art. 1018, segundo párrafo)<sup>85</sup>. Esto último también deberá observarse cuando se pretenda

---

<sup>82</sup> Art. 1017 del Código Civil de Italia: *“Perimento della cosa per colpa o dolo di terzi. Se il perimento della cosa non è conseguenza di caso fortuito, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dal responsabile del danno”*.

<sup>83</sup> Art. 1019, primer párrafo, del Código Civil de Italia: *“Perimento di cosa assicurata dall'usufruttuario. Se l'usufruttuario ha provveduto all'assicurazione della cosa o al pagamento dei premi per la cosa già assicurata, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dall'assicuratore”*.

<sup>84</sup> Art. 1018, primer párrafo, del Código Civil de Italia: *“Perimento dell'edificio. Se l'usufrutto è stabilito sopra un fondo, del quale fa parte un edificio, e questo viene in qualsiasi modo a perire, l'usufruttuario ha diritto di godere dell'area e dei materiali”*.

<sup>85</sup> Art. 1018, segundo párrafo, del Código Civil de Italia: *“La stessa disposizione si applica se l'usufrutto è stabilito soltanto sopra un edificio. In tal caso, però, il proprietario, se intende costruire un altro edificio, ha il diritto di occupare l'area e di valersi dei materiali, pagando all'usufruttuario, durante l'usufrutto, gli interessi sulla somma corrispondente al valore dell'area e dei materiali”*.

reconstruir el edificio con la indemnización obtenida del seguro (art. 1019, segundo párrafo)<sup>86</sup>.

Sin implicar un perecimiento material, también la “requisición” o la “expropiación” de la cosa sometida a un derecho real de usufructo significará que este poder jurídico se traslade a la indemnización debida (art. 1020)<sup>87</sup>.

### c) En las obligaciones

El art. 1259 regula la imposibilidad de la prestación que tiene por objeto una cosa determinada y faculta al acreedor a disfrutar de dos niveles de subrogación: el primero respecto a los créditos y el segundo a lo ingresado al patrimonio del deudor en concepto de resarcimiento en virtud de la imposibilidad<sup>88</sup>.

Algo similar dispone el art. 1776 respecto a la enajenación realizada por un heredero del depositario de buena fe: el deberá restituir al contraprestación recibida. Pero si ella aún se encuentra en estado de débito, el derecho del acreedor–depositante se enderezará al crédito debido al heredero<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Art. 1019, segundo párrafo, del Código Civil de Italia: “*Se è perito un edificio e il proprietario intende di ricostruirlo con la somma conseguita come indennità, l'usufruttuario non può opporsi. L'usufrutto in questo caso si trasferisce sull'edificio ricostruito. Se però la somma impiegata nella ricostruzione è maggiore di quella spettante in usufrutto, il diritto dell'usufruttuario sul nuovo edificio è limitato in proporzione di quest'ultima*”.

<sup>87</sup> Art. 1020 del Código Civil de Italia: “*Se la cosa è requisita o espropriata per pubblico interesse, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità relativa*”.

<sup>88</sup> Art. 1259 del Código Civil de Italia: “*Subingresso del creditore nei diritti del debitore. Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento*”.

<sup>89</sup> Art. 1776 del Código Civil de Italia: “*Obblighi dell'erede del depositario. L'erede del depositario, il quale ha alienato in buona fede la*

Si la pérdida de la relación real con la cosa no es imputable al depositario, este deberá restituir al depositante solamente lo que hubiera conseguido en virtud de este hecho. El depositante, también tendrá derecho a valerse de la subrogación respecto de los derechos debidos al depositario (art. 1780)<sup>90</sup>.

#### d) En las garantías reales

El art. 2742 del Código Civil italiano –cuyo epígrafe es encabezado por la palabra “subrogación”– explicita que la indemnización por pérdida o deterioro de una cosa subroga a esta. En particular, si una cosa sujeta a un “privilegio, prenda o hipoteca” sufre aquellos daños, la suma debida por el asegurador queda vinculada al pago de las deudas garantizadas, salvo que se utilice para la reparación del objeto. Según la última oración de esa norma, lo mismo ocurriría respecto de las sumas debidas por una expropiación por interés público, aunque también en virtud de una “servidumbre coactiva” o de una “comunidad forzosa”<sup>91</sup>.

---

*cosa che ignorava essere tenuta in deposito, è obbligato soltanto a restituire il corrispettivo ricevuto. Se questo non è stato ancora pagato, il depositante subentra nel diritto dell'alienante”.*

<sup>90</sup> Art. 1780 del Código Civil de Italia: “*Perdita non imputabile della detenzione della cosa. Se la detenzione della cosa è tolta al depositario in conseguenza di un fatto a lui non imputabile, egli è liberato dall'obbligazione di restituire la cosa, ma deve, sotto pena di risarcimento del danno, denunziare immediatamente al depositante il fatto per cui ha perduto la detenzione. Il depositante ha diritto di ricevere ciò che, in conseguenza del fatto stesso, il depositario abbia conseguito, e subentra nei diritti spettanti a quest'ultimo”.*

<sup>91</sup> Art. 2742 del Código Civil de Italia: “*Surrogazione dell'indennità alla cosa. Se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. L'autorità giudiziaria può, su istanza degli interessati, disporre le opportune cautele per assicurare l'impiego delle somme nel ripristino o nella riparazione della cosa. Gli assicuratori sono liberati qualora*

### 2.5.1.5. Código Civil de Portugal

El Código Civil de Portugal realiza numerosas aplicaciones explícitas de la subrogación real, utilizando palabras tales como “subrogados” (arts. 119, 1678, 1696, 1723, 2002-D, 2069) para referirse a los objetos sustitutos, o bien aludiendo directamente a la “subrogación” (art. 2002).

En otras oportunidades se alude a la subrogación virtualmente, apuntando a objetos adquiridos “mediante el precio” de los alienados (art. 119, 1723, 2069); a objetos “adquiridos con” otros (art. 196, 1723, 2069); al “producto” de otros (arts. 674, 824, 1270, 1448); a situaciones que “pasan” a “incidir” a otros objetos (art. 685, 1480); a derechos que se “conservan” sobre otros objetos (arts. 692, 823); o que se “transfieren” a otros (art. 824, 1481, 1539); a “sustitución” de objetos (art. 794); etcétera.

#### a) En la ausencia

El art. 119 establece que si el ausente “regresa” o si se tienen noticias de él, este tendrá derecho a la devolución de su patrimonio en el estado en que se encuentre, incluso al precio de los enajenados, y a los bienes “directamente subrogados”, o adquiridos con el precio de los enajenados, siempre que en el título adquisitivo se deje constancia el origen del precio<sup>92</sup>.

---

*paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che sia stata fatta opposizione. Quando però si tratta di immobili su cui gravano iscrizioni, gli assicuratori non sono liberati se non dopo che è decorso senza opposizione il termine di trenta giorni dalla notificazione ai creditori iscritti del fatto che ha dato luogo alla perdita o al deterioramento. Sono del pari vincolate al pagamento dei crediti suddetti le somme dovute per causa di servitù coattive o di comunione forzosa o di espropriazione per pubblico interesse, osservate, per quest'ultima, le disposizioni della legge speciale”.*

<sup>92</sup> Art. 119 del Código Civil de Portugal: “*Regresso do ausente. 1. Se o ausente regressar ou dele houver notícias, ser-lhe-á devolvido o património no estado em que se encontrar, com o preço dos bens alienados*

### **b) En las “asociaciones sin personalidad jurídica”**

El art. 196 explicita que el fondo común de las asociaciones está constituido por “las contribuciones de los asociados”, pero también por los bienes adquiridos con ellas<sup>93</sup>.

### **c) En los derechos de garantía**

El art. 674 aclara que si se vende anticipadamente la cosa que es objeto de la prenda, con motivo de un riesgo fundado de pérdida o deterioro, el derecho de prenda subsistirá con relación al “producto” de la venta; ello sin perjuicio de que el tribunal pueda ordenar que el precio sea depositado<sup>94</sup>.

El art. 685, en la regulación de la prenda de derechos, dispone que el acreedor prendario está constreñido a cobrar el crédito empeñado, luego de lo cual la prenda subsistirá sobre la cosa entregada en virtud de ese crédito<sup>95</sup>.

Ya dentro de la regulación de la hipoteca, el art. 692 prevé que si el objeto de la hipoteca se pierde, deteriora o disminuye su

---

*ou com os bens directamente sub-rogados, e bem assim com os bens adquiridos mediante o preço dos alienados, quando no título de aquisição se declare expressamente a proveniência do dinheiro”.*

<sup>93</sup> Art. 196 del Código Civil de Portugal: “*Fundo comum das associações. 1. As contribuições dos associados e os bens com elas adquiridos constituem o fundo comum da associação*”.

<sup>94</sup> Art. 674 del Código Civil de Portugal: “*Venda antecipada. (...) 2. Sobre o produto da venda fica o credor com os direitos que lhe cabiam em relação à coisa vendida, podendo o tribunal, no entanto, ordenar que o preço seja depositado*”.

<sup>95</sup> Art. 685 del Código Civil de Portugal: “*Cobrança de créditos empenhados. 1. O credor pignoratício deve cobrar o crédito empenhado logo que este se torne exigível, passando o penhor a incidir sobre a coisa prestada em satisfação desse crédito*”.

valor<sup>96</sup>, es expropiado o requisado, o si la superficie se extingue o el foro es redimido, el titular de la garantía “conserva” su derecho sobre el crédito resultante de la indemnización o precio y sobre los montos pagados en consecuencia. La norma también aclara que lo mismo sucede en los “casos análogos”<sup>97</sup>. Repárese en que los arts. 665<sup>98</sup>, 678<sup>99</sup> y 753<sup>100</sup> declaran como aplicable el art. 692 a la “consignación de rendimientos”, a la “prenda” y a los “privilegios”, con las adaptaciones que correspondiesen.

#### d) En las obligaciones

Los arts. 794<sup>101</sup> y 803<sup>102</sup> regulan el denominado *commodum* de representación. Explicitan que si la prestación resulta de

---

<sup>96</sup> El art. 730, en su inciso c) aclara que la hipoteca en principio se extingue por el perecimiento de la cosa hipotecada, pero ello es así “sin perjuicio” de lo dispuesto por el art. 692.

<sup>97</sup> Art. 692 del Código Civil de Portugal: “*Indemnizações devidas. 1. Se a coisa ou direito hipotecado se perder, deteriorar ou diminuir de valor, e o dono tiver direito a ser indemnizado, os titulares da garantia conservam, sobre o crédito respectivo ou as quantias pagas a título de indemnização, as preferências que lhes competiam em relação à coisa onerada. 2. Depois de notificado da existência da hipoteca, o devedor da indemnização não se libera pelo cumprimento da sua obrigação com prejuízo dos direitos conferidos no número anterior. 3. O disposto nos números precedentes é aplicável às indemnizações devidas por expropriação ou requisição, bem como por extinção do direito de superfície, ao preço da remição do foro e aos casos análogos*”.

<sup>98</sup> Art. 665 del Código Civil de Portugal: “*Remissão. São aplicáveis à consignação, com as necessárias adaptações, os artigos 692...*”.

<sup>99</sup> Art. 678 del Código Civil de Portugal: “*Remissão. São aplicáveis ao penhor, com as necessárias adaptações, os artigos 692...*”.

<sup>100</sup> Art. 753 del Código Civil de Portugal: “*Remissão. São aplicáveis aos privilégios, com as necessárias adaptações, os artigos 692...*”.

<sup>101</sup> Art. 794 del Código Civil de Portugal: “*«Commodum» de representação. Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro*”.

imposible cumplimiento en virtud de un hecho que además confiera al deudor un derecho sobre una cosa o contra un tercero en “sustitución” del objeto prestacional, el emplazamiento del acreedor se dirigirá a ellos.

Dentro de la sección correspondiente a la acción de cumplimiento y la ejecución de la obligación, el art. 823<sup>103</sup> impone la subrogación real del respecto de los objetos embargados; así, el acreedor mantendrá su embargo pero ahora sobre los objetos sustitutos derivados de una expropiación o una indemnización por daños, ya sea en estado de mero crédito, o incluso una vez cobrados.

Resulta interesante el art. 824<sup>104</sup> sobre la “venta por ejecución”, que adjudica plenamente al adquirente los derechos sobre la cosa vendida del ejecutado, libres de ciertos derechos que la gravaban; esos gravámenes se consideran “transferidos” al producto de la venta (véase el último inciso).

---

<sup>102</sup> Art. 803 del Código Civil de Portugal: “*«Commodum» de representação. 1. É extensivo ao caso de impossibilidade imputável ao devedor o que dispõe o artigo 794. 2. Se o credor fizer valer o direito conferido no número antecedente, o montante da indemnização a que tenha direito será reduzido na medida correspondente.*”

<sup>103</sup> Art. 823 del Código Civil de Portugal: “*Perda, expropriação ou deterioração da coisa penhorada. Se a coisa penhorada se perder, for expropriada ou sofrer diminuição de valor, e, em qualquer dos casos, houver lugar a indemnização de terceiro, o exequente conserva sobre os créditos respectivos, ou sobre as quantias pagas a título de indemnização, o direito que tinha sobre a coisa.*”

<sup>104</sup> Art. 824 del Código Civil de Portugal: “*Venda em execução. 1. A venda em execução transfere para o adquirente os direitos do executado sobre a coisa vendida. 2. Os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os onerarem, bem como dos demais direitos reais que não tenham registo anterior ao de qualquer arresto, penhora ou garantia, com excepção dos que, constituídos em data anterior, produzam efeitos em relação a terceiros independentemente de registo. 3. Os direitos de terceiro que caducarem nos termos do número anterior transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens.*”

### e) En los derechos reales

El inciso 3 del art. 1270 legitima la adquisición por terceros de los frutos enajenados por el poseedor de la cosa, siempre y cuando la enajenación se haya realizado antes de la cosecha de los frutos pendientes y del cese de la buena fe, pero al titular del derecho le corresponderá el “producto de la cosecha”<sup>105</sup>. El art. 1448 diagrama una situación similar para el derecho real de usufructo, pues deja subsistentes las enajenaciones realizadas antes de la cosecha incluso cuando el usufructo se extinga antes de que sean cosechados, pero adjudica el producto de esa disposición jurídica al “propietario”<sup>106</sup>.

Adentrado en las normas del derecho real de “propiedad”, el art. 1310<sup>107</sup> dispone que los titulares de los distintos derechos reales siempre tendrán derecho a una indemnización adecuada frente a una expropiación o requisición que los afecte, circunstancia que podría dar lugar a subrogaciones reales.

El art. 1478, para el derecho de usufructo, regula una situación interesante a la cual denomina como “*rei mutatio*”, o sea, mutación en la cosa o mejor en el objeto. Prevé que si la cosa o el derecho usufructuado se pierden parcialmente, el usufructo continuará sobre la parte subsistente. Proclama que ello también

---

<sup>105</sup> Art. 1270 del Código Civil de Portugal: “*frutos na posse de boa fé. (...) 3. Se o possuidor tiver alienado frutos antes da colheita e antes de cessar a boa fé, a alienação subsiste mas o produto da colheita pertence ao titular do direito, deduzida a indemnização a que o número anterior se refere*”.

<sup>106</sup> Art. 1448 del Código Civil de Portugal: “*Alienação dos frutos antes da colheita. Se o usufrutuário tiver alienado frutos antes da colheita e o usufruto se extinguir antes que sejam colhidos, a alienação subsiste, mas o produto dela pertence ao proprietário, deduzida a indemnização a que o artigo anterior se refere*”.

<sup>107</sup> Art. 1310 del Código Civil de Portugal: “*Indemnizações. Havendo expropriação por utilidade pública ou particular ou requisição de bens, é sempre devida a indemnização adequada ao proprietário e aos titulares dos outros direitos reais afectados*”.



será así si la cosa se “transforma” en otra con valor, aunque tenga una finalidad económica diferente<sup>108</sup>.

Según el art. 1479<sup>109</sup>, si el usufructo es constituido sobre un “predio urbano” y este se destruye, o sobre “predio rústico” del que sea parte el edificio destruido, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales restantes. El nudo propietario, tendrá la facultad de reconstruir el edificio utilizando el predio y los materiales, pero si así lo decide, deberá pagar al titular del usufructo los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales.

La subrogación real en el objeto del derecho real de usufructo también se produce con relación a las indemnizaciones debidas al nudo propietario con motivo de la pérdida, deterioro, disminución de valor, expropiación o requisición del objeto originario. Pero ello también es aplicable a la indemnización debida por la extinción del derecho de superficie, o al precio de remisión del derecho de foro u “otros casos análogos” (art. 1480)<sup>110</sup>. Lo mismo ocurrirá respecto de

---

<sup>108</sup> Art. 1478 del Código Civil de Portugal: “*Perda parcial e «rei mutatio»*. 1. Se a coisa ou direito usufruído se perder só em parte, continua o usufruto na parte restante. 2. O disposto no número anterior é aplicável no caso de a coisa se transformar noutra que ainda tenha valor, embora com finalidade económica distinta”.

<sup>109</sup> Art. 1479 del Código Civil de Portugal: “*Destruição de edifícios*. 1. Se o usufruto for constituído em algum prédio urbano e este for destruído por qualquer causa, tem o usufrutuário direito a desfrutar o solo e os materiais restantes. 2. O proprietário da raiz pode, porém, reconstruir o prédio, ocupando o solo e os materiais, desde que pague ao usufrutuário, durante o usufruto, os juros correspondentes ao valor do mesmo solo e dos materiais. 3. As disposições dos números anteriores são igualmente aplicáveis, se o usufruto for constituído em algum prédio rústico de que faça parte o edifício destruído”.

<sup>110</sup> Art. 1480 del Código Civil de Portugal: “*Indemnizações*. 1. Se a coisa ou direito usufruído se perder, deteriorar ou diminuir de valor, e o proprietário tiver direito a ser indemnizado, o usufruto passa a incidir sobre a indemnização. 2. O disposto no número antecedente é aplicável à indemnização resultante de expropriação ou requisição da coisa ou

la indemnización derivada de un contrato de seguro, aunque esta subrogación real está supeditada aquí al pago de las primas<sup>111</sup>; ello sin perjuicio del derecho del nudo propietario a efectuar la reconstrucción y a que el usufructo recaiga sobre el nuevo edificio, en la proporción que corresponda.

Es posible que el titular de un derecho real de superficie constituya ciertos derechos reales de disfrute o de garantía, que podrían fenecer al momento de la extinción de la superficie. Pero el art. 1539 se hace cargo de ello, pues considera a la indemnización debida al superficiario como el objeto sustituto de esos derechos reales<sup>112</sup>. Y si la superficie se extinguiese en virtud de una expropiación, corresponderá una parte de la indemnización “a cada uno de los titulares”, en la medida del valor de los derechos respectivos (art. 1542)<sup>113</sup>.

#### **f) En el régimen patrimonial del matrimonio**

---

*direito, à indemnização devida por extinção do direito de superfície, ao preço da remição do foro e a outros casos análogos”.*

<sup>111</sup> Art. 1481 del Código Civil de Portugal: “*Seguro de coisa destruída. 1. Se o usufrutuário tiver feito o seguro da coisa ou pago os prémios pelo seguro já feito, o usufruto transfere-se para a indemnização devida pelo segurador. 2. Tratando-se de um edifício, o proprietário pode reconstruí-lo, transferindo-se, neste caso, o usufruto para o novo edifício; se, porém, a soma despendida na reconstrução for superior à indemnização recebida, o direito do usufrutuário será proporcional à indemnização. 3. Sendo os prémios pagos pelo proprietário, a este pertence por inteiro a indemnização que for devida”.*

<sup>112</sup> Art. 1539 del Código Civil de Portugal: “*Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície. 1. A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro. 2. Se, porém, o superficiário tiver a receber alguma indemnização nos termos do artigo anterior, aqueles direitos transferem-se para a indemnização, conforme o disposto nos lugares respectivos”.*

<sup>113</sup> Art. 1542 del Código Civil de Portugal: “*Extinção por expropriação. Extinguindo-se o direito de superfície em consequência da expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito”.*

Dentro de la regulación del matrimonio se utiliza la subrogación real en numerosas oportunidades.

Así, el art. 1678, en su segundo inciso<sup>114</sup>, preceptúa que cada uno de los cónyuges tiene la administración de los bienes comunes por ellos llevados al matrimonio, o adquiridos a título gratuito posteriormente, o los subrogados de estos.

El art. 1696<sup>115</sup> regula cuáles son los bienes que responden por las deudas de exclusiva responsabilidad de uno de los cónyuges. Así lo hacen los bienes propios y, subsidiariamente, la alícuota respectiva en los comunes. Pero destacamos que también lo hacen los bienes por ellos llevados para el casamiento o posteriormente adquiridos a título gratuito, sus rendimientos y todos los bienes que a ellos se subrogan.

Según el art. 1723<sup>116</sup>, los “bienes subrogados” conservan su cualidad de “bienes propios”, sea en virtud de un “intercambio directo”, sea en virtud de una enajenación en la cual corresponda

---

<sup>114</sup> Art. 1678 del Código Civil de Portugal: “...2. Cada um dos cônjuges tem ainda a administração: (...) Dos bens comuns por ele levados para o casamento ou adquiridos a título gratuito depois do casamento, bem como dos sub-rogados em lugar deles”.

<sup>115</sup> Art. 1696 del Código Civil de Portugal: “Bens que respondem pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges. 1. Pelas dívidas da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor e, subsidiariamente, a sua meação nos bens comuns. 2. Respondem, todavia, ao mesmo tempo que os bens próprios do cônjuge devedor: a) Os bens por ele levados para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito, bem como os respectivos rendimentos; b) O produto do trabalho e os direitos de autor do cônjuge devedor; c) Os bens sub-rogados no lugar dos referidos na alínea a)...”.

<sup>116</sup> Art. 1723 del Código Civil de Portugal: “Bens sub-rogados no lugar de bens próprios. Conservam a qualidade de bens próprios: a) Os bens sub-rogados no lugar de bens próprios de um dos cônjuges, por meio de troca directa; b) O preço dos bens próprios alienados; c) Os bens adquiridos ou as benfeitorias feitas com dinheiro ou valores próprios de um dos cônjuges, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição, ou em documento equivalente, com intervenção de ambos os cônjuges”.

un precio, como también los adquiridos con dinero o valores propios, siempre y cuando ello sea mencionado en algún documento –al menos equivalente al de adquisición– con intervención de los cónyuges.

El art. 1728, brinda una fórmula elástica que podría comprender ciertas situaciones subrogatorias, pues considera propios los bienes adquiridos en virtud de una titularidad de bienes propios, “que no puedan considerarse como frutos de estos”. En su inciso 2, considera especialmente “los materiales resultantes de la demolición o destrucción de bienes”.

Paralelamente, el art. 1733 “exceptúa” del régimen de la “comunidad general” a “las indemnizaciones debidas” por daños contra los bienes propios (inciso d)), incluso aquellas que deriven de la cobertura del contrato de seguro (inciso e))<sup>117</sup>.

### **g) En la adopción**

También se menciona a la “subrogación” en oportunidad de hacer tema con distintas vicisitudes que puede atravesar la adopción de una persona humana.

El art. 2002<sup>118</sup> impone al adoptante el deber de presentar al tribunal dentro de los treinta días de la notificación de la sentencia de adopción, una “relación de bienes del adoptado”; y posteriormente podrá exigirse una “relación complementaria” si el

---

<sup>117</sup> Art. 1733 del Código Civil de Portugal: “*Bens incomunicáveis. 1. São exceptuados da comunhão: (...) d) As indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou contra os seus bens próprios; e) Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios*”.

<sup>118</sup> Art. 2002 del Código Civil de Portugal: “*Relação dos bens do adoptado. 1. Nos trinta dias subsequentes à notificação da sentença que decretar a adopção, o adoptante deve apresentar no tribunal, se este o julgar necessário, relação dos bens do adoptado. 2. Sempre que o adoptado, sendo menor ou incapaz, adquira novos bens ou haja sub-rogação dos existentes, pode o tribunal exigir que seja apresentada relação complementar*”.

adoptado, siendo menor o incapaz, adquiere nuevos bienes o “subroga” los existentes.

El art. 2002-D regula los “efectos de la revocación” y al imponer un débito de devolución de los bienes recibidos, también se lo extiende a los “subrogados” en el lugar de estos<sup>119</sup>.

#### **h) En las sucesiones**

El art. 2069<sup>120</sup> enumera los bienes que “forman parte de la herencia” y en distintos incisos se alude a la subrogación real. Integran la herencia: los bienes subrogados en lugar de los de la herencia por “intercambio directo”; el precio de los enajenados; los adquiridos con dinero o valores de la herencia, siempre que ese origen sea mencionado en el documento de adquisición.

---

<sup>119</sup> Art. 2002-D del Código Civil de Portugal: “*Efeitos da revogação*. (...) 2. Se, no caso de a revogação ser pedida pelo adoptante ou pelo adoptado, a sentença transitar em julgado depois da morte do requerente, o adoptado e seus ascendentes, ou o adoptante, conforme os casos, haver-se-ão por excluídos da sucessão legítima ou testamentária, de quem requereu a revogação, e devolverão aos herdeiros os bens recebidos e os sub-rogados no lugar destes, sem prejuízo das disposições testamentárias do requerente posteriores ao pedido de revogação”.

<sup>120</sup> Art. 2069 del Código Civil de Portugal: “*Âmbito da herança*. Fazem parte da herança: a) Os bens sub-rogados no lugar de bens da herança por meio de troca directa; b) O preço dos alienados; c) Os bens adquiridos com dinheiro ou valores da herança, desde que a proveniência do dinheiro ou valores seja devidamente mencionada no documento de aquisição; d) Os frutos percebidos até à partilha”.

### **2.5.1.6. Código Civil de Cataluña elaborado a partir del año 2002<sup>121</sup>**

El Código Civil de Cataluña hace múltiples y variadas aplicaciones expresas del que en ocasiones denomina como “principio de subrogación real” (arts. 331-1, 246-36, 426-44, 569-18), acaso con la pretensión de jerarquizarlo.

En otras oportunidades alude a objetos “subrogados” (arts. 227-2, 424-14, 426-26, 426-52, 427-27, 431-27, 567-6); “subrogación real” (art. 232-31, 232-32, 426-40, 426-56, 463-5 apartado 2, 532-2, 561-16, 569-33); objetos que “subrogan” a otros (art. 426-39); “sustitución” (art. 427-27, 427-38, apartado 2).

#### **a) En un supuesto de patrimonio especial**

En el marco de la “protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente” el art 227-2 regla: “*Patrimonio protegido*. 1. El patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario...”.

#### **b) En el régimen de comunidad matrimonial**

---

<sup>121</sup> La codificación respectiva fue el resultado de varias leyes sucesivas: 1) Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña; 2) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; 3) Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas; 4) Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; 5) Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales 6) Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

Dos normas se ocupan de reglar a la subrogación real en la comunidad matrimonial. Se lee en el art. 232-31: “*Bienes comunes*. Son bienes comunes: (...) d) Los bienes adquiridos por subrogación real de otros bienes comunes”; y en el art. 232-32: “*Bienes privativos*. Son bienes privativos de cada cónyuge: (...) c) Los adquiridos por subrogación real de otros bienes privativos”.

### **c) En las fundaciones**

El art. 333-1 procura proteger patrimonialmente a la fundación disponiendo que solamente se admiten los actos de disposición de los bienes que “integran la dotación”, y de los “destinados directamente al cumplimiento de las finalidades” cuando sean a título oneroso y se respeten las “condiciones” de los fundadores o aportantes. En este escenario: “El producto obtenido con su enajenación o gravamen debe reinvertirse en la adquisición o la mejora de otros bienes aplicando el principio de subrogación real”.

### **d) En las sucesiones por causa de muerte: herederos y legatarios de confianza**

El art. 424-14 asigna a los herederos y legatarios “de confianza”<sup>122</sup> facultades dispositivas con el siguiente límite: “no pueden hacer definitivamente propios los bienes de la herencia o el legado ni sus *subrogados*, que quedan completamente separados de sus bienes propios”. La lógica es la siguiente: como no tenían esas aptitudes respecto de los bienes originarios, tampoco la tendrán sobre los sustitutos.

---

<sup>122</sup> Según el art. 424-11: “1. El testador puede instituir herederos o legatarios de confianza a personas físicas determinadas para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito”.

**e) En las sucesiones por causa de muerte:  
fideicomiso**

Ya dentro de la regulación del fideicomiso varios artículos refieren a la subrogación real. El art. 426-26 regla las “facultades del fiduciario” y se dispone que tiene el “uso y disfrute de los bienes fideicomisos y de sus subrogados y accesiones”. El mismo artículo hace una aplicación muy particular respecto a las participaciones societarias: “En caso de aumento de capital, se incorporan al fideicomiso las nuevas acciones y participaciones liberadas o suscritas en ejercicio de derechos de suscripción preferente y los importes obtenidos por la enajenación de estos derechos”. Nótese que el objeto sustituto es constreñido a incorporarse al fideicomiso.

El art. 426-36 dispone que siempre que la ley o el legitimado respectivo lo autoricen, el fiduciario puede realizar actos de disposición sobre los objetos del fideicomiso, pero libres de todo gravamen, y en ese supuesto “La contraprestación eventualmente adquirida (...) se sujeta al fideicomiso en virtud del principio de subrogación real, salvo los casos en que la ley establece otra cosa o en que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenidos se excluyan del fideicomiso...”.

La ley autoriza al fiduciario a realizar ciertos actos en el art. 426-39<sup>123</sup> y reitera: “Los bienes fideicomisos enajenados (...)

---

<sup>123</sup> “a) Vender los bienes muebles que no puedan conservarse y sustituir los que se deterioren por el uso. b) Cumplir obligaciones del fideicomitente que tengan por objeto la enajenación de bienes del fideicomiso o que comporten la extinción de derechos personales o reales sobre bienes ajenos o su cancelación registral. c) Intervenir en operaciones de parcelación o reparcelación urbanística o de concentración parcelaria que afecten a los bienes fideicomisos, en cualquiera de las modalidades establecidas por la legislación sectorial. d) Concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por daños a los bienes fideicomisos”.



quedan libres del fideicomiso y, en su lugar, se subrogan los bienes obtenidos por el fiduciario...”.

El art. 426-40 permite al fiduciario “enajenar bienes de la herencia o el legado fideicomisos, libres del fideicomiso, para reemplazarlos por otros que queden sujetos al mismo por subrogación real, a fin de obtener más rendimiento o utilidad”, aunque asevera que ello “debe ejercerse en los términos que haya establecido el fideicomitente, y no es procedente si este la ha prohibido expresamente o ha ordenado una prohibición de disponer especial incompatible con la subrogación”<sup>124</sup>.

Al regular las implicancias de la delación respecto del fideicomisario, en el art. 426-44 se regla que ella:

“atribuye la condición de heredero o de legatario. Con este carácter, el fideicomisario hace suya la herencia o el legado o una cuota de estos, según el contenido de bienes y derechos en el momento en que se abre la sucesión del fideicomitente, con aplicación del principio de subrogación real. 2. De acuerdo con el principio de subrogación real, deben entregarse al fideicomisario los bienes que el fiduciario haya adquirido a título oneroso a cargo de la herencia o el legado fideicomisos, salvo los supuestos exceptuados legalmente o aquellos en que el fideicomitente o los fideicomisarios han autorizado que la contraprestación adquirida se excluya del fideicomiso...”.

La regulación del fideicomiso de residuo le confiere al fiduciario facultades especiales que se prevén en el art. 426-52,

---

<sup>124</sup> Continúa: “Si el fideicomitente no ha ordenado nada sobre esta facultad, solo puede ejercerse previa autorización del juez competente. 3. La autorización judicial tiene lugar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, previa notificación a los fideicomisarios y al curador, si existen, sin necesidad de la subasta. La autoridad judicial debe practicar las pruebas que estime pertinentes, especialmente en cuanto a la justa valoración de los bienes. Si autoriza la subrogación, debe adoptar las medidas procedentes para que sea efectiva, para que los bienes reemplazados se liberen del gravamen fideicomisario y para que se sujeten al mismo los bienes adquiridos. Los gastos de este procedimiento corren a cargo del fideicomiso...”.

tanto respecto de los bienes originariamente afectados como de los subrogados:

“a) Enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso. b) Transformar, emplear o consumir los bienes fideicomisos y sus subrogados a fin de satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin tener que reponerlos”.

Finalmente, en el art. 426-56 se establece la regla más amplia en la materia, pues dispone:

“*Subrogación real*. 1. El fideicomiso subsiste, en virtud de subrogación real, sobre los bienes o el dinero que reemplacen los bienes fideicomisos a consecuencia del ejercicio de las facultades dispositivas del fiduciario o por cualquier otra causa, con las excepciones establecidas por el artículo 426-36.2...”.

#### **f) En las sucesiones por causa de muerte: legados**

Particularmente interesante es lo preceptuado con relación a los legados. En los legados de dinero o activos financieros (art. 427-27) se regla:

“Si el causante dispone del dinero o los activos incluidos en el legado, después de haberlo ordenado, para sustituirlos por otras modalidades de ahorro o inversión, se entiende que lega los activos adquiridos en sustitución o los subrogados ulteriormente, salvo que al ordenar el legado haya expresado su voluntad contraria o esta pueda deducirse del testamento”.

O sea que la subrogación real opera plenamente, salvo estipulación en contrario en el testamento.

También el Código catalán contiene la clásica norma de revocación de los legados por enajenación del objeto (art. 427-37). Pero esa regla general cede ante varios supuestos, entre los que debemos destacar los siguientes:

“b) Si el bien es enajenado por expropiación, ejecución forzosa, permuta, aportación a sociedad o cualquier otra operación de reestructuración societaria, salvo que la persona gravada pruebe que el causante pretendía revocar el legado. En estos casos, se considera legado el bien que se ha recibido a cambio, si procede. c) Si tiene por objeto una finca que es sustituida, por razón de una actuación urbanística o de concentración parcelaria hecha después de la ordenación del legado, por otras fincas de resultado. En este caso, se consideran legadas las fincas de resultado, pero el legatario debe asumir los costes de urbanización pendientes de satisfacer en el momento de morir el causante”.

En síntesis: el legado no se considerará revocado, sino que subsistirá –salvo estipulación en contrario– respecto de un nuevo objeto: el sustituto.

También en otras causas de extinción del legado se prevé a la subrogación real. Así, si bien es cierto que el “cambio de especie o la transformación sustancial del bien mueble legado que le haga perder su forma o denominación” extingue el legado, él subsiste por subrogación real siempre y cuando pueda “deducirse que el causante quería legar el bien recibido en sustitución o la indemnización procedente en los casos de accesión” (art. 427-38, apartado 2).

### **g) En la sucesión con fuente contractual**

El Código, en la sección dedicada al “heredamiento” o “pacto sucesorio de institución de heredero” que confiere al instituido la calidad de heredero “irrevocable”, “inalienable” e “inembargable” (art. 431-18) se prevé la posibilidad de un “pacto reversional” (art. 431-27) que:

“...surte efectos al cumplirse la eventualidad prevista, de modo que retornan al heredante los bienes transmitidos o sus subrogados, pero sin obligación de restituir los frutos percibidos”.

### **h) En la comunidad hereditaria**

Cuando en virtud de un fallecimiento concurren a la sucesión una pluralidad de herederos, se conforma una comunidad hereditaria respecto del patrimonio del difunto (art. 463-1) en donde juega ampliamente la subrogación real. El art. 463-5 en su apartado 2 dispone:

“Las contraprestaciones e indemnizaciones percibidas por razón de actos de disposición o de la pérdida o el menoscabo de bienes de la comunidad hereditaria, así como los bienes adquiridos a cargo de estas contraprestaciones e indemnizaciones, se integran en la comunidad por subrogación real”.

También, aunque elípticamente, surge una aplicación de este instituto en el art. 465-2:

*“Régimen jurídico del heredero aparente.* 1. El heredero aparente o el poseedor vencido por el ejercicio de la acción de petición de herencia debe restituir al heredero real los bienes de la herencia, aplicando las normas de liquidación de la situación posesoria y distinguiendo si la posesión ha sido de buena o mala fe. 2. Se excluyen de la restitución los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y las normas sobre la irreivindicabilidad de los bienes muebles. 3. En los supuestos a que se refiere el apartado 2, el heredero aparente o el poseedor vencido debe entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con estos. Si la contraprestación aún no ha sido pagada, el heredero real se subroga en las acciones del transmitente para reclamarla”.

### **i) En los derechos reales en general**

En una disposición general comprensiva de distintos derechos reales (art. 532-2) se regla que ellos se extinguen por la destrucción total de su objeto, pero continúa sobre la parte

subsistente si la hubiere<sup>125</sup>. No obstante, el último apartado de esa norma impone la conservación del derecho real:

“El derecho real subsiste en los casos de subrogación real sobre otros bienes, sobre determinadas indemnizaciones derivadas de seguros o de expropiación forzosa o sobre otras indemnizaciones análogas”.

### j) En el derecho real de usufructo

No obstante la amplitud de esa disposición general, el art. 561-16 para aventar toda duda dispone:

“*Extinción.* 1. El derecho de usufructo se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales y, además, por las siguientes causas: (...) d) Pérdida total de los bienes usufructuados, sin perjuicio de la subrogación real si procede. e) Expropiación forzosa de los bienes usufructuados, sin perjuicio de la subrogación real si procede...”<sup>126</sup>.

La aplicación de las disposiciones del usufructo dinerario a la situación jurídica resultante de la expropiación de un objeto usufructuado es demostrativa de que la perduración del derecho real es plena (art. 561-19)<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Artículo 532-2 del Código Civil de Cataluña: “*Pérdida del bien.* 1. Los derechos reales se extinguen por la pérdida total y sobrevenida del bien que constituye su objeto. La pérdida es total si las condiciones del bien imposibilitan a los titulares hacer cumplir su función o destino económico. 2. El derecho real, si la pérdida afecta solo a una parte del bien, continúa sobre la parte subsistente”.

<sup>126</sup> Una situación muy particular se presenta cuando el objeto del usufructo se encuentra asegurado, pues el segundo apartado del art. 561-18 regla: “Los nudos propietarios y los usufructuarios, en caso de siniestro de los bienes, hacen suya la indemnización en proporción a la prima del seguro que han pagado, salvo que los usufructuarios opten por invertirla en la reconstrucción o sustitución del bien”.

<sup>127</sup> Artículo 561-19 del Código Civil de Cataluña “Expropiación forzosa de los bienes usufructuados. Se aplican al justiprecio, en caso de expropiación forzosa de los bienes objeto del usufructo, las reglas del

Dentro de las reglas de la singularísima situación jurídica del usufructo “con facultad de disposición” se establece en el art. 561-24:

*“Régimen de la contraprestación.* 1. La contraprestación, una vez ejercida la facultad de disposición a título oneroso, es de libre disposición de los usufructuarios. 2. En el supuesto de facultad de disposición por caso de necesidad, la parte de la contraprestación que no ha tenido que aplicarse a satisfacerla se subroga en el usufructo”.

### **k) En el derecho real de vuelo**

También se hace uso de la subrogación real respecto del derecho real de vuelo; así, en el último apartado del art. 567-6:

“Los titulares del derecho de vuelo, si como consecuencia del planeamiento urbanístico el edificio sobre el que recae es subrogado por un solar edificable, deben tener en el nuevo solar una parte del volumen edificable proporcional a la que les correspondía en la finca reemplazada”.

### **l) En los derechos reales de adquisición**

El derecho real de opción, subespecie de derecho de adquisición, faculta a su titular a “adquirir” para sí el objeto. Según el art. 568-12 el optante debe pagar el “precio o contraprestación” que corresponda al momento del ejercicio de su derecho o con anterioridad, y los concedentes deben entregar la posesión de la cosa, luego de lo cual:

---

usufructo de dinero del artículo 561-33, salvo que las personas interesadas pacten otra cosa”. Por su parte, se lee en el artículo 561-33: “El usufructo de dinero. 1. Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital. 2. Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad”.

“2. El precio o contraprestación, si sobre el bien sujeto al derecho de opción inscrito existen derechos reales o gravámenes posteriores al del optante o la optante, se debe depositar o consignar a disposición de sus titulares, a los que debe notificarse el ejercicio del derecho de opción y el depósito o la consignación constituidos a su favor”.

Algo similar ocurre en el derecho de real de redimir, que también es una clase de derecho de adquisición que otorga a su titular la facultad de “readquirir” un objeto en particular. El art. 568-32 regla la subrogación real de ciertos gravámenes, cuyo nuevo asiento será el precio de la redención:

“Una vez redimida la cosa vendida a carta de gracia, queda libre de las cargas o los gravámenes que el comprador o los sucesivos titulares de la propiedad gravada le hayan impuesto desde la fecha de la venta, pero el precio de la redención queda afecto, hasta donde alcance, al pago de tales cargas o gravámenes. Con este fin, el propietario del bien redimido debe depositar o consignar el precio recibido a favor de los titulares de las cargas o los gravámenes, a quienes debe notificar el ejercicio de la redención y el depósito o la consignación constituidos a su favor. Sin embargo, el redimente puede resolver los arrendamientos notoriamente onerosos que haya realizado el propietario”.

### **m) En los derechos reales de garantía**

Ya en el ámbito de los derechos reales de garantía se encuentran dos disposiciones que aluden expresamente a la subrogación real. En primer lugar, en el art. 569-18 se legisla respecto de la prenda de créditos:

*“Principio de subrogación real.* La garantía, si el objeto de la prenda es un derecho de crédito y este se paga antes de que venza el crédito garantizado por la prenda, recae sobre el objeto recibido como consecuencia del pago”.

También en el singular supuesto de la “hipoteca sobre los derechos resultantes de la venta a carta de gracia” se norma en los últimos apartados del art. 569-33:

“3. Si los deudores ejercen previamente el derecho de redención, antes del vencimiento del plazo de la hipoteca, se produce la subrogación real del objeto hipotecado, que recae desde ese momento sobre la finca recuperada. 4. Los compradores pueden hipotecar la finca gravada con el derecho de redención. En este caso, el ejercicio del derecho de redención (...) comporta la recuperación de la finca vendida libre de la hipoteca, aunque el precio de la redención queda sujeto al pago del crédito hipotecario...”.

## 2.5.2. América

### 2.5.2.1. Código Civil de Chile

La aplicación explícita de la subrogación real en el Código Civil chileno aparece en dos artículos: el 1727 y el 1733. El resto de los supuestos que mencionaremos en este apartado califican como aplicaciones implícitas.

#### a) En la ausencia

El art. 94 del Código Civil de Chile dispone:

“En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: 1ª. El desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente, o que haga constar su existencia (...) 4ª. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos...”.

Para Altamirano Sánchez en este caso “no cabe hablar de subrogación”, ya que las personas a cuyo favor se rescinde el decreto respectivo carecen de acción para exigir de los poseedores los objetos sustitutos, y por tanto ello excluiría toda posibilidad de hablar de una pretendida subrogación real<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> ALTAMIRANO SÁNCHEZ, p. 69.



El autor considera que tal aserción se encontraría corroborada por la “historia fidedigna” de la norma, puesto que en el proyecto del año 1853 se había propuesto una solución diferente:

“En virtud de este beneficio, se cobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, o el precio de los que se hayan enajenado a cualquier título, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos”.

La frase habría sido intencionalmente suprimida por Andrés Bello.

#### **b) En el régimen de cosas perdidas**

Si alguien encuentra una cosa mueble perdida, deberá restituirla a su titular y de no identificárselo deberá entregárselo a la autoridad competente (art. 629). En el supuesto en que la especie fuere corruptible o de custodia y conservación dispendiosas “...podrá anticiparse la subasta, y el dueño, presentándose antes de expirar el mes subsiguiente al último aviso, tendrá derecho al precio, deducidas, como queda dicho, las expensas y el premio de salvamento” (art. 634).

La posibilidad de que el dueño de la cosa mueble se dirija al precio es un claro guiño hacia la subrogación real.

#### **c) En la acción reivindicatoria**

Como es posible que el objeto que se pretende reivindicar sea enajenado, el Código quiere salvaguardar los derechos del titular y ello lo hace a través de la subrogación real. Según el art. 898:

“La acción de dominio tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador que recibe del

enajenador lo que se ha dado a este por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación”<sup>129</sup>.

El art. 903, por su parte, tutela al reivindicante cuando el precio no ha sido pagado al enajenante:

“La acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por este se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa”.

#### **d) En las obligaciones**

La subrogación real puede producirse en el seno de una obligación. El art. 1672 dispone:

“Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”<sup>130</sup>.

Paralelamente, establece el art. 1678:

“Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios”.

---

<sup>129</sup> Véase también el art. 900: “Contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese. De cualquier modo que haya dejado de poseer y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder tendrá las obligaciones y derechos que según este título corresponden a los poseedores de mala fe en razón de frutos, deterioros y expensas. Si paga el valor de la cosa y el reivindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reivindicador sobre ella. Lo mismo se aplica aun al poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa. El reivindicador en los casos de los dos incisos precedentes no será obligado al saneamiento”.

<sup>130</sup> Compárese con lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1486: “Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios.”.

Respecto de las obligaciones “alternativas”<sup>131</sup>, los arts. 1502 y 1504 dejan subsistente la relación jurídica frente a la destrucción de sus objetos a través del “precio” de ellos<sup>132</sup>. Algo similar ocurre en las obligaciones solidarias<sup>133</sup>.

En el apartado correspondiente al arquetípico modo extintivo de las obligaciones –el pago– el art. 1590 *in fine* regula un supuesto claro de subrogación real al explicar cómo debe pagarse la deuda de “un cuerpo cierto”:

“Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño”.

Es concordante con ello el art. 1677:

---

<sup>131</sup> Art. 1499 del Código Civil de Chile: “Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras”.

<sup>132</sup> Art. 1502 del Código Civil de Chile: “Si la elección es del deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas. Pero si la elección es del acreedor, y alguna de las cosas que alternativamente se le deben perece por culpa del deudor, podrá el acreedor, a su arbitrio, pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes”. Art. 1504 del Código Civil de Chile: “Si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, sin culpa del deudor, se extingue la obligación. Si con culpa del deudor, estará obligado al precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección es suya; o al precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando es del acreedor la elección”.

<sup>133</sup> Art. 1521 del Código Civil de Chile: “Si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso”.

“Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa”.

Cuando acaece la situación fáctica del “pago de lo no debido”, la subrogación real aparece como tutelando a la buena fe (art. 2302):

“El que de buena fe ha vendido la especie que se le dio como debida, sin serlo, es solo obligado a restituir el precio de la venta, y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no le haya pagado íntegramente. Si estaba de mala fe cuando hizo la venta, es obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer”.

#### **e) En los contratos de comodato y depósito**

Según el art. 2187:

“Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo esta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, según viere convenirle. Si tuvieron conocimiento del préstamo, resarcirán todo perjuicio, y aun podrán ser perseguidos criminalmente según las circunstancias del hecho”.

Compárese lo dispuesto en este artículo y en el esencialmente semejante art. 2231, con lo reglado en el art. 898 para la acción reivindicatoria.

Encontramos dos normas que son aplicaciones de la subrogación real en el contrato de depósito:

El art. 2230 prevé:

“El depositario que no se ha constituido en mora de restituir, no responde naturalmente de fuerza mayor o caso fortuito; pero si a consecuencia del accidente recibe el precio de la cosa depositada, u

otra en lugar de ella, es obligado a restituir al depositante lo que se le haya dado”.

Por su parte, el art. 2231 preceptúa:

“Si los herederos, no teniendo noticias del depósito, han vendido la cosa depositada, el depositante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria o siendo esta ineficaz) podrá exigirles que le restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

Nótese que mientras el art. 2231, en consonancia con el art. 2230, permite la restitución de lo “recibido por dicha cosa”, el art. 2187 refiere desde la literalidad al “justo precio de la cosa”.

#### **f) En el régimen patrimonial del matrimonio**

El art. 166 emplea la expresión “todo lo que con ellos adquiera” en una clara alusión a la subrogación real:

“Si a la mujer casada se hiciere una donación, o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido (...) se observarán las reglas siguientes (...) 3°. Pertenerán a la mujer los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera...”.

Más adelante se prevé expresamente a la subrogación real para calificar como “propios” a ciertos objetos (art. 1727):

“No obstante lo dispuesto en el artículo 1725 no entrarán a componer el haber social: 1°. El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges; 2°. Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio;”

El art. 1733 incluye una regulación minuciosa de la sustitución referida en el art. 1727. El primer párrafo prevé una

subrogación de un inmueble a otro inmueble, por permuta o a través de la reinversión del precio:

“Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar”.

El segundo párrafo se ocupa de valores propios que son sustituidos por un inmueble que viene en reemplazo de ellos:

“Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al número 2º del artículo 1727, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar”.

Debe destacarse que los párrafos transcriptos exigen que se “expresen” o que “aparezca” el “ánimo de subrogar” en el título de adquisición. Hemos analizado esta cuestión en otra oportunidad<sup>134</sup>.

Los párrafos subsiguientes resuelven la cuestión de los excedentes dinerarios a través del sistema de recompensas, y descartan la subrogación cuando el saldo excediere la mitad del precio<sup>135</sup>, sin perjuicio de la recompensa debida y de que el cónyuge

---

<sup>134</sup> Véase §8.1, Capítulo I.

<sup>135</sup> “Si se subroga una finca a otra y el precio de venta de la antigua finca excediere al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá recompensa por este exceso al cónyuge subrogante; y si por el contrario el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá recompensa por este exceso a la sociedad. Si permutándose dos fincas, se recibe un saldo en dinero, la sociedad deberá recompensa por este saldo al cónyuge subrogante, y si por el contrario se pagare un saldo, la recompensa la deberá dicho cónyuge a la sociedad. La misma regla se aplicará al caso de subrogarse un inmueble a valores. Pero no se entenderá haber subrogación, cuando

conserve “el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca”.

### **g) En el derecho de censo**

El art. 2037 prevé la posibilidad de “trasladar” a otro inmueble el derecho de censo; ello es típicamente una subrogación real, de corte voluntario, aunque sujeta a un proceder formal:

“El capital impuesto sobre una finca podrá en todo caso reducirse a una parte determinada de ella, o trasladarse a otra finca, con las formalidades y bajo las condiciones prescritas en el artículo precedente. Será justo motivo para no aceptar esta traslación o reducción la insuficiencia de la nueva finca o hijuela para soportar el gravamen, y se tendrá por insuficiente la finca o hijuela, cuando el total de los gravámenes que haya de soportar exceda de la mitad de su valor. Se contarán en el gravamen los censos e hipotecas especiales con que estuviere ya gravada la finca. La traslación o reducción se hará con las formalidades indicadas arriba, y a falta de ellas quedará subsistente el primitivo censo”.

### **h) En el derecho real de hipoteca**

El art. 2422 del Código chileno alude a que la hipoteca se “extiende” a ciertos objetos y entre ellos encontramos auténticos objetos de sustitución:

“También se extiende la hipoteca (...) a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes”.

### **i) En la expropiación**

---

el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada a recompensar al cónyuge por el precio de la finca enajenada, o por los valores invertidos, y conservando este el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca”.

Si bien extralimita al Código Civil, merece una mención especial la subrogación real que se produce por la expropiación de un objeto en el ordenamiento jurídico chileno. Lo que se procura evitar es la paralización de la expropiación. Según el art. 1101 del Código de Procedimiento de Chile:

“Los juicios pendientes sobre la cosa expropiada no impedirán el procedimiento que este Título establece. En este caso, el valor de la expropiación se consignará a la orden del tribunal, para que sobre él se hagan valer los derechos de los litigantes...”.

Insiste el art. 1101:

“Tampoco será obstáculo para la expropiación la existencia de hipoteca u otros gravámenes que afecten a la cosa expropiada; sin perjuicio de los derechos que sobre el precio puedan hacer valer los interesados”.

La normativa especial sobre expropiaciones (Decreto Ley 2186 de 1978) en su art. 41 dispone:

“Desde la fecha de vigencia de la presente ley, quedarán derogadas todas las leyes preexistentes sobre las materias que en ella se tratan, aun en la parte que no le sean contrarias”.

El segundo párrafo del art. 20 de esa normativa regla que en la oportunidad del pago o de la consignación del “total o la cuota de contado de la indemnización convenida o de la provisional”:

“...se extinguirá, por el ministerio de la ley, el dominio del expropiado sobre el bien objeto de la expropiación o sobre la parte de este comprendida en ella, así como los derechos reales, con excepción de las servidumbres legales, que lo afecten o limiten. Se extinguirán, también, los arrendamientos, comodatos y demás contratos que constituyan títulos de mera tenencia, ocupación o posesión en favor de terceros, y todas las prohibiciones, embargos, retenciones y medidas precautorias que afectaren al bien expropiado”.

Y en los párrafos quinto y sexto refiere:



“La indemnización subrogará al bien expropiado para todos los efectos legales. Los titulares de los derechos extinguidos podrán hacerlos valer sobre la indemnización, con las mismas preferencias y privilegios que tenían, de acuerdo a las normas que se establecen en el Título VI”.

### **2.5.2.2. Código Civil de Uruguay**

#### **a) En la ausencia**

El ausente que reaparece tiene derecho a la restitución de sus bienes y sus sustitutos:

“Si el ausente vuelve o si se acredita su existencia, aun después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de los que se hubiesen enajenado o las cosas adquiridas con el precio en unidades reajustables de las que se hubiesen vendido; pero no podrá reclamar frutos ni rentas”.

#### **b) En las obligaciones**

Si adviene la imposibilidad de cumplir imputable al deudor, la obligación no se extingue, sino que se modifica objetivamente en virtud de una sustitución de la prestación. El art. 1551 dispone:

“Si la cosa cierta y determinada perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios...”<sup>136</sup>.

Y el art 1554 prevé:

---

<sup>136</sup> Continúa: “Con todo, si estando en mora el deudor, la cosa cierta y determinada perece por caso fortuito que prueba el deudor que habría sobrevenido igualmente a dicha cosa en poder del acreedor, solo deberá los daños y perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sobrevenido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los daños y perjuicios de la mora”.

“Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin más indemnización”.

Cuando no pueda imputarse la imposibilidad al deudor, al acreedor le competerán los derechos del deudor que se deriven del hecho que la causó (art. 1556):

“Cuando la cosa ha perecido sin hecho ni culpa del deudor, pasan al acreedor los derechos y acciones que por razón de ese suceso puedan competir al deudor”.

En consonancia con esas reglas, el art. 1317 preceptúa la subrogación en el objeto de la obligación, pues la prestación debida se inclinará a la “restitución” del precio o a la cesión de las acciones:

“El que de buena fe ha vendido la cosa cierta y determinada que se le dio como debida, es solo obligado a restituir el precio de venta y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no la haya pagado íntegramente...”.

### **c) En el régimen patrimonial del matrimonio**

Según el art. 1955, en su primer inciso, son bienes gananciales:

“Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de ellos”.

La regulación subsiguiente es muy similar a la prevista por el Código chileno. Se afirma que no será ganancial (art. 1957):

“...el inmueble subrogado debidamente a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges. Tampoco lo serán las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuge, destinado a este objeto en las capitulaciones matrimoniales o en la donación hecha a uno de ellos”.

El art. 1958 explica cómo se produce la subrogación antedicha:

“Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero; o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra, se exprese el ánimo de subrogar. Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges y que no consistan en bienes raíces; mas para que valga la subrogación será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al inciso 2º del artículo anterior y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar”.

Repárese en que se exige que “aparezca” el “ánimo de subrogar” en los títulos respectivos. Hemos analizado esta cuestión en otra oportunidad<sup>137</sup>.

El art. 1959<sup>138</sup> resuelve la cuestión de los excedentes dinerarios a través de la utilización de derechos creditorios, y descarta la subrogación cuando el saldo excediere la mitad del precio, sin perjuicio del crédito que corresponda y de que el cónyuge conserve “el derecho de llevar a efectos la subrogación, comprando otra finca”.

---

<sup>137</sup> Véase §8.1, Capítulo I.

<sup>138</sup> “Si se subroga una finca a otra y el precio de venta de la antigua finca excediere el precio de compra de la nueva, la sociedad deberá este exceso al cónyuge subrogante y si por el contrario el precio de compra de la nueva finca excediere el precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad. Si permutándose dos fincas, resulta un saldo en dinero, la sociedad deberá este saldo al cónyuge subrogante; y si por el contrario se pagara un saldo, lo deberá dicho cónyuge a la sociedad. La misma regla se aplicará en caso de subrogarse un inmueble a valores. Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social; quedando la sociedad obligada al cónyuge por el precio de la finca enajenada o por los valores invertidos y conservando este el derecho de llevar a efectos la subrogación, comprando otra finca”.

#### **d) En el contrato de comodato**

La parte final del art. 2229 es sin duda una subrogación real en el objeto de restitución:

“Si los herederos del comodatario, con conocimiento del préstamo, hubiesen enajenado la cosa prestada, deberán pagar todo el valor de ella y resarcir los daños y perjuicios; y aun podrán ser perseguidos criminalmente por abuso de confianza. Si los herederos no tuvieron conocimiento del préstamo, el comodante podrá, a su arbitrio, ejercer la acción reivindicatoria de la cosa o exigir de los herederos el precio recibido o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

#### **e) En el contrato de depósito**

También para el depósito se prevé la subrogación real en distintos niveles. Expresa el art. 2259:

“Cuando el depositario no sea responsable del caso fortuito o fuerza mayor, si a consecuencia de accidente, recibe el precio de la cosa depositada u otra en lugar de ella, es obligado a restituir al depositante lo que se le haya dado”.

Si la cosa fue enajenada de buena fe por el heredero del depositario (art. 2260):

“...cumple con entregar el precio, que hubiese recibido o ceder su acción contra el comprador, si aún no la hubiere pagado. Lo cual se entenderá sin perjuicio de la acción reivindicatoria que corresponda al depositante”.

#### **f) En el derecho de hipoteca**

El art. 2335 “extiende” la hipoteca a la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro; ese crédito es un claro objeto sustituto del originariamente hipotecado:

“La hipoteca de una cosa se extiende a todos los accesorios y mejoras que le sobrevengan. También se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada. Afecta, asimismo, los frutos de cualquiera especie pendientes al tiempo de ejercer el acreedor sus derechos hipotecarios”.

### **g) El embargo**

Desde el plano doctrinario, aunque con apoyatura en textos legales como el art. 389 del Código General del Proceso<sup>139</sup>, en Uruguay se sostuvo la virtualidad de la subrogación real en el ámbito del embargo. Afirma Bonilla:

“...solo se puede explicar por la subrogación real que los embargos que afectaran la finca, luego de la venta judicial, afecten al respectivo precio (...). El crédito de que es titular un acreedor embargante mantiene la afectación sobre el precio de la enajenación y su prioridad. Desde que en la respectiva subasta deviene mejor postor el acreedor embargante prioritario se extingue *ipso iure* por compensación ambos créditos (el de dicho acreedor y el del cobro del precio a favor del ejecutado). La subasta determina que el crédito a la prestación de dar (...) subroga al crédito garantizado por el embargo que fuera prioritario (...). La subrogación real, en cuanto técnica que se dirige a la conservación de los derechos y su valor, determina que el crédito a la dación referido, y luego de otorgada la venta judicial la misma finca, ocupe la situación jurídica originaria determinada por el crédito prioritario”<sup>140</sup>.

### **h) La expropiación**

---

<sup>139</sup> Art. 389 del Código General del Proceso de Uruguay: “Levantamiento de embargos. 389.1 En todos los casos de venta judicial el tribunal dispondrá de oficio el levantamiento de todos los embargos e interdicciones que afectaren el bien vendido, sean de la fecha que fueren, lo que comunicará posteriormente a quien corresponda. 389.2 El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación, deducidos todos los gastos del proceso, incluidos los del remate, costas y costos...”.

<sup>140</sup> ANIDO BONILLA, “De la subrogación real...”, pp. 34-35.

El Código Civil no contiene una norma acerca de la subrogación real en materia de expropiación, pero la ley N° 3958 del 28 de marzo de 1912, sobre expropiación de bienes raíces, exhibe dos artículos con pretensiones subrogatorias:

“Ninguna reclamación o acción de tercero que alegue estarle afecta la cosa (reivindicación y cualesquiera otras acciones reales) puede impedirle la expropiación ni sus efectos. El tercero hará valer sus derechos sobre el precio o indemnización de la cosa, por separado y ante la autoridad correspondiente, quedando aquella libre de todo gravamen. Si resultare en definitiva que el verdadero propietario no hubiese sido oído por haberse seguido con un tercero el expediente o juicio de expropiación, el expropiado tendrá derecho a exigir que se fije nuevamente la indemnización y a que se le entregue la que en realidad corresponda” (art. 21).

“...Al disponer la escrituración, el Juez mandará igualmente dar noticia a los terceros interesados que consten de los respectivos títulos, a fin de que hagan valer sus derechos sobre el precio o la indemnización, pidiendo las retenciones o entregas correspondientes. En la misma forma procederá la Administración en caso de advenimiento durante los procedimientos administrativos. Si los interesados no se presentasen dentro del tercer día o antes de practicarse la escrituración, o hubiera diferencias, dudas y litigios sobre el derecho y cualidad de los reclamantes, la suma respectiva será consignada para ser ulteriormente percibida por quien corresponda, de acuerdo con las reglas de derecho común...” (art. 41).

### **2.5.2.3. Código Civil de Nicaragua**

#### **a) En la ausencia**

El art. 74 refiere:

“Si después del lapso de dieciséis años de ausencia o de haber cumplido el ausente setenta años de edad, reapareciere este o se presentaren ascendientes o descendientes suyos, percibirán los bienes existentes en el estado en que se hallaren, o aquellos porque se hubieren permutado, o el precio que los herederos y demás interesados hubieren recibido por las enajenaciones hechas después de dicho

tiempo. El derecho concedido en este artículo a los ascendientes y descendientes, prescribe pasados diez años desde la terminación de la guarda definitiva”.

### **b) En los derechos reales**

El art. 687, emplazado en la reglamentación de la “ocupación de los animales domésticos abandonados”, dispone:

“Si la persona en cuyo poder fuere depositado el animal no tuviere medios para sustentarlo, o hubiere riesgo de perecimiento, podrá pedir que aquel se remate, depositándose el precio obtenido de la venta a favor del dueño primitivo; en caso de que este no apareciere el precio de la venta se entregará al que encontró el animal”.

El art. 1455 le confiere al titular de la acción reivindicatoria la facultad de optar por el precio del objeto que aún se encuentre en estado de débito:

“Sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si este hubo el bien del enajenante responsable de él y no hubiere aún pagado el precio, o lo hubiere solo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio o lo que quede a deber”<sup>141</sup>.

Mientras que para el derecho de usufructo el art. 1534<sup>142</sup> parecería negar la posibilidad de aplicar la subrogación real respecto de los materiales de un edificio destruido, el art. 1538 sí la permite:

---

<sup>141</sup> El art. 1470 legisla una situación particular: “La acción reivindicatoria se extiende al embargo en manos de tercero, de lo que por este se deba como precio de la venta o permuta al poseedor que enajenó el bien”.

<sup>142</sup> Art. 1534 del Código Civil de Nicaragua: “Si el usufructo fuere constituido sobre un edificio, y este se destruye por cualquier causa, no tendrá el usufructuario derecho a disfrutar, ni el solar, ni los materiales que quedaren”.

“Si el usufructo estuviere constituido sobre una finca rústica de la que forma parte un edificio y este llegare a perecer de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales”.

Si el edificio destruido hubiese estado asegurado, el usufructo continuará sobre la indemnización o sobre lo reedificado con ella<sup>143</sup>. También se advierte una subrogación real, aunque con sus propios matices, frente a la expropiación del objeto usufructuado. Leemos en el art. 1539:

“Si el bien usufructuado fuere expropiado en todo o en parte por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos”.

### **c) En las obligaciones**

El art. 2166 legisla la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor y establece:

“Si el bien cierto y determinado perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios. Con todo, si estando en mora el deudor, el bien cierto y determinado perece por caso fortuito que prueba el deudor que habría sobrevenido igualmente

---

<sup>143</sup> Art. 1535 del Código Civil de Nicaragua: “Si el usufructuario hubiere contribuido con el propietario al seguro del predio, el usufructo continuará, en caso de siniestro, en el predio reedificado, si lo fuere, o en el valor del seguro, si la reedificación no conviniere al dueño”; art. 1536: “Si el propietario, instado por el usufructuario, hubiere rehusado contribuir al seguro, y el usufructuario, lo verificare, le quedará a este el derecho de percibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro”; art. 1537: “Si el usufructuario, instado por el dueño, hubiere rehusado contribuir al seguro, y el propietario lo verificare, le quedará a este el derecho de percibir por entero, en caso de siniestro, el precio del seguro”.



a dicho bien en poder del acreedor, solo deberá los daños y perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sobrevenido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio del bien y los daños y perjuicios de la mora”<sup>144</sup>.

Esencialmente paralelas son las disposiciones de los arts. 1912 para las obligaciones alternativas<sup>145</sup> y 1917 para las facultativas<sup>146</sup>.

El art. 2173, por su parte, traslada la situación jurídica del acreedor hacia la indemnización que se le deba al deudor:

“Cuando el bien ha perecido sin hecho ni culpa del deudor, pasan al acreedor los derechos y acciones que por razón de ese suceso puedan competir al deudor”.

#### **d) En el concurso**

El derecho del reivindicante sobre un objeto que ha sido enajenado por el concursado con anterioridad a la declaración de su falencia, se endereza hacia el precio que le sea debido en virtud de aquel acto dispositivo (art. 2340):

“Si antes de declararse la insolvencia, el concursado ha vendido un bien ajeno sobre la (SIC) que quepa reivindicación, puede el dueño

---

<sup>144</sup> Véase, también, el art. 2171: “Si el bien debido se destruye por un hecho voluntario del deudor que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá el precio sin otras indemnizaciones”.

<sup>145</sup> Art. 1912 del Código Civil de Nicaragua: “...la responsabilidad del deudor se regirá por las siguientes reglas: (...) 2º. Si la pérdida de los bienes hubiere sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de los que subsistan, o el precio del que, por culpa de aquel, hubiere desaparecido. 3º. Si todos los bienes se hubieren perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles”.

<sup>146</sup> Art. 1917 del Código Civil de Nicaragua: “Si el objeto de la obligación principal hubiere perecido o se hubiere hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o el bien que era objeto de la prestación accesoria”.

reivindicar el precio o parte del precio que el comprador no hubiere pagado, arreglado o compensado legalmente al declararse la insolvencia”.

#### **e) En el contrato de comodato**

El art 3433 regla:

“Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado el bien mueble prestado, podrá el comodante, no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo esta ineficaz, exigir de los herederos el precio recibido, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

#### **f) En el contrato de depósito**

Según el art. 3494:

“El heredero del depositario que de buena fe haya vendido el bien que ignoraba ser depositado, solo está obligado a restituir el precio que hubiere recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”.

#### **g) En la hipoteca**

La normativa de la extensión de la hipoteca explicita que ella se extiende “...al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble” (art. 3774). El art. 3778 aclara: “Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, no solo subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, sino que el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido podrá el acreedor pedir la restitución del seguro; y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo”. El art. 3779 asevera que ello también “se observará con el precio que se obtuviere en caso de expropiación por causa de utilidad pública”, aunque el art. 3788 preceptúa que “En los casos

de expropiación forzosa los acreedores hipotecarios tienen derecho a exigir del deudor una nueva hipoteca, o que se les pague su crédito con el valor bien expropiado”.

#### **2.5.2.4. Código Civil de Bolivia**

##### **a) En la ausencia**

El art. 45, en su primer inciso, prevé la subrogación real en los objetos de titularidad del declarado como ausente:

“Si se prueba la existencia de la persona respecto a quien se declaró el fallecimiento presunto, ella recupera sus bienes en el estado en que se encuentren y tiene derecho al precio todavía sin cobrar de los ya enajenados, así como a los bienes adquiridos con el precio ya cobrado”.

##### **b) En el derecho real de usufructo**

Cuando el usufructo recae sobre un “capital”, este solamente “puede ser cobrado concurriendo el titular del crédito y el usufructuario” (art. 232, inc. 1); una vez cobrado, “debe ser invertido de modo fructífero y a él se transfiere el usufructo”, y si se presentara un “desacuerdo sobre la forma de inversión, el juez decide” (art. 232, inc. 2). O sea que el usufructo que originariamente fue establecido sobre un “derecho” personal, finalmente recaerá sobre el objeto resultante del cobro.

La sección nominada como “extinción y modificación del usufructo” contiene varias normas que impiden el fenecimiento de ese derecho real y proclaman su subsistencia a través de la sustitución de su objeto.

Así, “si la destrucción de la cosa ocurre por culpa o dolo de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño” (art. 245). Si el objeto estaba asegurado “por el constituyente o el usufructuario, el usufructo se transfiere a la indemnización pagada por el asegurador” (art. 246). Todo ello sin

perjuicio de que “si la cosa sujeta al usufructo se destruye o pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto (art. 247).

Respecto al usufructo cuyo objeto está integrado por edificaciones, se norma (art. 248):

“I. Si el usufructo se establece sobre un fundo del cual forma parte un edificio que llega a destruirse por vetustez o accidente, el usufructuario tiene derecho a gozar del suelo y de los materiales. II. Pero si el usufructo se encuentra establecido solamente sobre un edificio que llega a destruirse, el usufructuario no tiene derecho al suelo ni a los materiales, ni al edificio que el propietario reconstruya a su costa”.

Si el egreso patrimonial no derivara de una destrucción material sino de una expropiación por causa de utilidad pública, igualmente el usufructo que recaía sobre el objeto expropiado subsistirá con relación a la indemnización (art. 249)<sup>147</sup>.

### **c) En las obligaciones**

El art. 383, ubicado en el capítulo que trata “de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor”, puede generar dudas desde lo expresivo acerca de si se está frente a una subrogación personal o una de carácter real:

*“Sustitución de derechos y acciones. El acreedor se sustituye en los derechos del deudor emergentes de la imposibilidad de la prestación”.*

El acaecimiento de un “pago indebido” realizado en favor de una persona de buena fe, se obliga a “restituir” lo que ella haya “percibido” como “contraprestación” en el caso de que haya

---

<sup>147</sup> Art. 249 del Código Civil de Bolivia: “*Expropiación*. Si la cosa sujeta a usufructo es expropiada por causa de utilidad pública, el usufructo se transfiere a la indemnización”.

enajenado lo originariamente recibido (art. 969, inc. 1)<sup>148</sup>. O sea, que deberá entregar el precio cobrado.

#### **d) En el contrato de depósito**

El segundo inciso del art. 849 se ocupa de la imposibilidad de restituir la cosa objeto del depósito por un hecho no imputable al depositario:

“Si el depositario por causa que no le es imputable se ve privado de la cosa, queda liberado de restituirla; más si hubiera recibido un precio o compensación u otra cosa en su lugar, debe entregar lo recibido al depositante, quien se sustituye en los derechos del depositario”.

El art. 855 refiere a la enajenación realizada por los herederos del depositario:

“El heredero del depositario que haya vendido de buena fe la cosa depositada, solo está obligado a restituir el precio recibido o a ceder su acción contra el comprador si no ha recibido el precio”.

#### **e) En las sucesiones**

Al hacer tema con el llamado “beneficio de separación de patrimonios”, en la segunda oración del segundo inciso del art. 1056 se dispone:

“El juez ordenará se levante inventario, si no ha sido levantado ya, y dispondrá las medidas de seguridad y conservación respecto a los muebles. Si algunos o todos fueron enajenados por el heredero, la separación comprenderá los bienes que quedan y el precio no pagado todavía”.

---

<sup>148</sup> Art. 969 del Código Civil de Bolivia: “Quien habiendo recibido la cosa de buena fe la enajena queda obligado a restituir lo percibido por ella como contraprestación”.

Más adelante se prevé que el poseedor de buena fe de la herencia “que ha enajenado también de buena fe un bien hereditario debe solamente restituir al heredero el precio que haya recibido” (art. 1458, último inciso).

#### **f) En las garantías reales**

En las disposiciones generales del título designado como “de la garantía patrimonial de los derechos”, se diagramó una norma específicamente aplicable a las garantías reales de los “privilegios, las hipotecas y la pignoración” que las hace perdurar a través de la subrogación real. El art. 1338 se titula “subrogación de las indemnizaciones por pérdida o deterioro de las cosas aseguradas” y regla:

“I. Si las cosas sujetas a privilegios, hipoteca o pignoración perecen o se deterioran, las sumas que deben los aseguradores como indemnizaciones por pérdida o deterioro, quedan vinculadas al pago de los créditos privilegiados, hipotecarios o pignoratícios, según su grado, excepto si ellas deban emplearse para reparar tal pérdida o deterioro. La autoridad judicial puede, a instancia de los interesados, disponer las medidas oportunas para asegurar el empleo de las sumas en la reintegración o reparación de la cosa...”.

El art. 1352, rubricado como “subrogación”, establece una sustitución objetiva específicamente aplicable al “privilegio del vendedor de efectos muebles no pagados”:

“Si los efectos muebles no pagados se han vendido por el comprador a un tercero, el privilegio que tenía el primer vendedor se traslada al crédito del precio no pagado por el subadquiriente”.

Para la “hipoteca sobre bienes indivisos”, en particular sobre la alícuota de alguno de los copropietarios, el art. 1374 dispone que esa garantía subsiste con relación a los objetos que le resulten adjudicados al condómino luego de la partición:

“II. La hipoteca constituida sobre la cuota propia de uno de los copropietarios produce efectos respecto a los bienes o la porción de bienes que a él se le asignen en la división. III. Si en la división se asignan al copropietario bienes distintos de los por él hipotecados en la masa dividida, la hipoteca se traslada sobre estos otros bienes con la fecha de la inscripción original y en los límites de valor anteriormente fijado en esa hipoteca, lo cual se hará a gestión del acreedor hipotecario”<sup>149</sup>.

#### **2.5.2.5. Código Civil de Perú**

##### **a) En la ausencia**

El primer párrafo art. 60 del Código Civil peruano trata de la restitución del patrimonio del ausente:

“En los casos de los incisos 1 y 2 del Artículo 59° se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia”.

Podría admitirse que el legislador acudió tácitamente a la subrogación real, pues manda a la restitución de un “patrimonio, en el estado en que se encuentre” y no tan solo a la de los “bienes” en ese mismo estado.

##### **b) En el régimen patrimonial del matrimonio**

---

<sup>149</sup> El último inciso aclara: “IV. Los acreedores hipotecarios y los cesionarios de un copropietario a quien se hayan asignado bienes diversos de los hipotecarios o cedidos, pueden hacer valer sus derechos también sobre las sumas debidas al copropietario por compensaciones, o cuando le haya sido atribuida una suma de dinero en lugar de bienes en especie, y en estos casos su crédito gozará de preferencia para el pago desde la fecha de inscripción de la hipoteca, pero solo en el límite del valor que tengan los bienes anteriormente hipotecados o cedidos”.

El art. 311 del Código establece ciertas reglas para la calificación de los bienes. Como norma general, su inciso segundo dispone:

“Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron”.

Repárese en que el tercer inciso establece una suerte de presunción de subrogación real:

“Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior”.

#### **c) En el “patrimonio familiar”**

El último inciso del art. 499 asevera que el patrimonio familiar se extingue “cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado”, pero a renglón seguido admite una subrogación real sobre la indemnización y por extensión al “nuevo patrimonio familiar”:

“En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados”.

La oración final de esa norma expande la aplicación del artículo: “Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización”.

#### **d) En la petición de herencia**



No obstante que el art. 665 reconoce una “acción reivindicatoria” contra el tercero de mala fe, o poseedor “a título gratuito o sin título”, el art. 666 aplica la subrogación real para tutelar a quien entabla la petición de herencia:

“El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado”.

#### **e) En el derecho real de usufructo**

Varias normas previstas para el derecho real de usufructo prevén la subsistencia de este a través de una aplicación implícita de la subrogación real.

El art. 1003 asevera que si fuera expropiado el objeto sobre el cual recayera un usufructo, el derecho real “recaerá sobre el valor de la expropiación”.

Al hacer tema con el “cuasiusufructo” de créditos, el art. 1019 le atribuye al titular del usufructo “las acciones para el cobro de la renta”, pero el art. 1020 indica que “si el usufructuario cobra el capital, debe hacerlo conjuntamente con el propietario y en este caso el usufructo recaerá sobre el dinero cobrado”.

Dentro del capítulo concerniente a la “extinción y modificación del usufructo” dos normas son claras alusiones a la modificación objetiva de la subrogación real.

La primera se activa frente a la destrucción del “bien usufructuado” (art. 1023):

“Si la destrucción del bien ocurre por dolo o culpa de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño. Si se destruye el bien dado en usufructo, estando asegurado por el constituyente o el usufructuario, el usufructo se transfiere a la indemnización pagada por el asegurador”.

Naturalmente, si la destrucción o pérdida es parcial, el usufructo “se conserva sobre el resto” (art. 1024).

Finalmente, el art. 1025 distingue la situación de si el usufructo fue constituido sobre un “fundo” o sobre un “edificio”:

“Si el usufructo se establece sobre un fundo del cual forma parte un edificio que llega a destruirse por vetustez o accidente, el usufructuario tiene derecho a gozar del suelo y de los materiales. Pero si el usufructo se encuentra establecido solamente sobre un edificio que llega a destruirse, el usufructuario no tiene derecho al suelo ni a los materiales, ni al edificio que el propietario reconstruya a su costa”.

#### **f) En los derechos reales de garantía**

Bajo el disfraz de “extensión de la hipoteca”, se indica que ella abraza, entre otros objetos, “...al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto” (art. 1101)<sup>150</sup>.

Las normas del Código Civil peruano que se ocupaban del derecho real de prenda fueron derogadas, en lo sustancial. Pero fueron sustituidas por la ley de garantía mobiliaria N° 28.677 (2006) y posteriormente por el “decreto legislativo” N° 1400 (2018).

La ley N° 28.677, en su art. 6°, dispuso:

*“Extensión de la garantía mobiliaria.* La garantía mobiliaria tendrá la extensión, en cuanto al bien mueble afectado, que las partes convengan. A falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución y, eventualmente, el precio de la enajenación, el nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, la indemnización del seguro que se hubiese contratado y la justipreciada en el caso de la expropiación”.

---

<sup>150</sup> Art. 1101 del Código Civil de Perú: “La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto”.

En cambio, el decreto N° 1400 en su art. 7.1 previó:

*“Extensión de la garantía mobiliaria.* La garantía mobiliaria constituida por acuerdo entre deudor garante y acreedor garantizado, afecta al bien mueble que las partes convengan. A falta de pacto en contrario, la garantía mobiliaria afecta el bien mueble, sus partes integrantes y accesorios existentes al tiempo de la ejecución, sus bienes muebles atribuibles y derivados”.

Previamente, el art. 2° había definido a los bienes muebles “atribuibles y derivados” de la siguiente manera:

“...6. Bienes muebles atribuibles: Son aquellos que resultan de la conversión económica de los bienes originalmente gravados, incluyen entre otros los valores, dinero en efectivo o en forma de depósito en cuentas, que resulten de la enajenación, transmisión, permuta, o sustitución de los bienes muebles dados en garantía, independientemente del número de enajenaciones, transformaciones o sustituciones. Asimismo, incluye la indemnización derivada de la póliza de seguro y cualquier otro derecho de indemnización por pérdida o daño de los bienes en garantía mobiliaria” (...). 8. Bienes muebles derivados: Son los bienes muebles que resultan de la conversión o transformación física de los bienes garantizados, como frutos, productos y nuevos bienes que resulten de procesos de producción”.

Como puede observarse, los bienes “atribuibles” son el resultado de la “conversión económica”; en cambio, los “derivados”, el de la “conversión o transformación física”. Podrá advertirse que todos los objetos enumerados como “atribuibles” son verdaderos objetos sustitutos; en cambio no necesariamente lo son todos los denominados como “derivados”, sin perjuicio de que también la “conversión o transformación física” puede ser un ámbito prolífero para hallar objetos de reemplazo.

### **g) En las obligaciones**

Si la obligación es de “dar bienes ciertos”, en caso de pérdida o deterioro por culpa del deudor (véase art. 1138, incisos 1 y 2):

“Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero...”.

Una norma similar es replicada más adelante en el art. 1157 para las obligaciones de hacer y no hacer<sup>151</sup>:

“Si como consecuencia de la inejecución por culpa del deudor este obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes”<sup>152</sup>.

En función de la tutela de la buena fe, el art 1272 impone la subrogación real en el caso de enajenaciones de lo recibido como “pago indebido”, pues la contraprestación será el nuevo objeto de la situación jurídica:

“Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Art. 1160 del Código Civil de Perú: “Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los Artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157”.

<sup>152</sup> Las soluciones difieren si la pérdida, deterioro, o imposibilidad es atribuible al acreedor, o no lo es a ninguna de las partes (véase art. 1138, incisos 3, 4, 5 y 6; también los arts. 1155 y 1156).

<sup>153</sup> Nótese, sin embargo, que si el tercero fuera adquirente a título gratuito o fuse de mala fe, quien efectúa el pago indebido “puede” exigir la restitución del objeto; y el de mala fe habrá de indemnizar los daños. Continúa el artículo citado: “Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos solo el tercero, adquirente a título gratuito u

### **h) En el contrato de depósito**

Según el art. 1842 si el depositario pierde el objeto depositado “sin culpa”, y recibe “otro en su lugar”, deberá entregarlo al depositante<sup>154</sup>. Destacamos especialmente el título que precede al art. 1842: “obligación de devolver el bien sustituto”. Ello sin perjuicio de que el art. 1841 había aclarado que frente a la pérdida por un hecho no “imputable”, el depositante “puede exigir lo que haya recuperado el depositario y se sustituye en sus derechos”.

El art. 1843 regula lo referente a la disposición jurídica efectuada por los herederos del depositario:

“El heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, solo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso que el valor no le hubiese sido entregado. En caso que el heredero conozca que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios”.

#### **2.5.2.6. Código Civil de Québec**

##### **a) En el régimen patrimonial del matrimonio**

Para la calificación de los bienes de la “*partnership of acquests*”, se prevé en el art. 450 que la propiedad adquirida por uno de los cónyuges para remplazar propiedad privada, adquiere ese mismo carácter, como también lo hace cualquier indemnización derivada de un seguro sobre esos bienes<sup>155</sup>.

---

oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados”.

<sup>154</sup> Art. 1842 del Código Civil de Perú: “El depositario que pierde sin culpa el bien y recibe otro en su lugar, está obligado a entregarlo al depositante”.

<sup>155</sup> Art. 450 del Código Civil de Québec: “*The private property of each spouse consists of: (...) (3) property acquired by that spouse to replace private property and any insurance indemnity relating thereto...*”. Véase también el art. 451: “*Property acquired with private property and*

### b) En las sucesiones

El art. 695 emplea a la llamada “subrogación de valor” para el cálculo del valor de los bienes en la reducción de las liberalidades:

“La propiedad es valuada de acuerdo con su condición al tiempo de la liberalidad y su valor a la apertura de la sucesión; si la propiedad fue enajenada, su valor al tiempo de la enajenación, o, en el caso de reemplazo, el valor de la propiedad de reemplazo en el día de la apertura de la sucesión es el valor considerado”<sup>156</sup>.

Al hacer tema con la “caducidad y nulidad de los legados”, el art. 751 dispone que el legado caduca si los objetos legados perecen totalmente durante la vida del testador o antes del cumplimiento de la condición suspensiva; pero si lo hicieran posteriormente a esos eventos, la indemnización del seguro sustituye a la propiedad pericada<sup>157</sup>.

En la colación debida por los coherederos se toma en consideración lo recibido por donaciones y legados a los efectos de su “devolución”, que no se realiza en especie sino “tomando menos”

---

*acquests is also private property, subject to compensation, if the value of the private property used is greater than one-half of the total cost of acquisition of the property. Otherwise, it is an acquest subject to compensation. The same rule applies to life insurance, retirement pensions and other annuities. The total cost is the aggregate of the premiums or sums paid, except in term insurance where it is the amount of the latest premium”.*

<sup>156</sup> Art. 695 del Código Civil de Québec: “Property is valued according to its condition at the time of the liberality and its value at the opening of the succession; if property has been alienated, its value at the time of alienation or, in the case of reinvestment, the value of the replacement property on the day the succession opened is the value considered”.

<sup>157</sup> Art. 751 del Código Civil de Québec: “A legacy also lapses if the bequeathed property perished totally during the lifetime of the testator or before the opening of a legacy made under a suspensive condition. If the loss of the property occurs at the death of the testator, at the opening of the legacy or subsequently, the insurance indemnity is substituted for the property that perished”.

de la herencia (art. 870). Ello es así salvo que el objeto se pierda por fuerza mayor; igualmente, en este caso, deberá colacionarse la indemnización recibida por la pérdida<sup>158</sup>.

### c) En la “propiedad”

El capítulo referente a la “propiedad en relación con lo que produce”, clasifica a esta en “capital” y en “frutos y ganancias” (art. 908). Y en el art. 909 se aclara que el precio por la enajenación del capital o la indemnización derivada de una expropiación o de un contrato de seguro que viene a reemplazar al capital, adquieren esa misma consideración<sup>159</sup>.

El art. 939, al tratar el régimen de las cosas perdidas u olvidadas refiere que la titularidad de ellas no puede adquirirse por la ocupación, pero puede ser adquirida por prescripción, como también el “precio” que subroga<sup>160</sup>. Es que el segundo párrafo del

---

<sup>158</sup> Art. 876 del Código Civil de Québec: “*An heir is bound to make a return in regard to property whose loss results from his acts or omissions; he is not bound to do so if the loss results from superior force. In either case, he shall return any indemnity paid to him for the loss of the property*”.

<sup>159</sup> Art. 909 del Código Civil de Québec: “*Property that produces fruits and revenues, property appropriated for the service or operation of an enterprise, shares of a legal person or partnership, the reinvestment of the fruits and revenues, the price for any disposal of capital or its reinvestment, and expropriation or insurance indemnities in replacement of capital, are capital. Capital also includes rights of intellectual or industrial property except sums derived therefrom without alienation of the rights, bonds and other loan certificates payable in cash and rights the exercise of which tends to increase the capital, such as the right to subscribe to securities of a legal person, limited partnership or trust*”.

<sup>160</sup> Art. 939 del Código Civil de Québec: “*A movable that is lost or that is forgotten in the hands of a third person or in a public place continues to belong to its owner. The movable may not be acquired by occupation, but may be prescribed by the person who detains it, as may the price subrogated thereto*”. El art. 941 profundiza: “*The finder of a lost thing, in order to acquire, by prescription, ownership of it or of the price subrogated to it, shall declare the fact that he has found it to a peace officer, to the*

art. 946 aclara que si la cosa fue enajenada, la facultad de persecución del titular del derecho solamente puede ser ejercido con relación a lo que queda del precio de venta<sup>161</sup>.

#### d) En el derecho real de usufructo

En el caso de que acaezca la pérdida del objeto del usufructo, la indemnización debida deberá pagarse al usufructuario; este deberá utilizar el objeto sustituto para la reparación de la cosa, salvo que se trate de una pérdida total. En este último supuesto, podrá “disfrutar” de la indemnización (art. 1149)<sup>162</sup>.

El art. 1163<sup>163</sup> deja en claro que el usufructo se extingue por la pérdida total del objeto, salvo que se encuentre asegurado. Y el art. 1164<sup>164</sup> indica abiertamente que el usufructo no se extingue

---

*municipality in whose territory it was found or to the person in charge of the place where it was found. He may then, at his option, keep the thing, dispose of it in the manner of a person having detention or hand it over for detention to the person to whom he made the declaration”.*

<sup>161</sup> Art. 946 del Código Civil de Québec: “*The owner of a lost or forgotten thing may revendicate it, so long as his right of ownership has not been prescribed, by offering to pay the cost of its administration and, where applicable, the value of the work done. The holder of the thing may retain it until payment. If the thing has been alienated, the owner’s right is exercised, notwithstanding article 1714, only against what is left of the price of sale, after deducting the cost of its administration and alienation and the value of the work done”.*

<sup>162</sup> Art. 1149 del Código Civil de Québec: “*In the case of a loss, the indemnity is paid to the usufructuary, who gives an acquittance therefor to the insurer. The usufructuary is bound to use the indemnity for the repair of the property, except in the case of total loss, where he may have enjoyment of the indemnity”.*

<sup>163</sup> Art. 1163 del Código Civil de Québec: “*Usufruct is also extinguished by the total loss of the property on which it is established, unless the property is insured by the usufructuary. In case of partial loss of the property, the usufruct subsists upon the remainder”.*

<sup>164</sup> Art. 1164 del Código Civil de Québec: “*Usufruct is not extinguished by appropriation of the property on which it is established. The indemnity is remitted to the usufructuary under the condition of his rendering account of it at the end of the usufruct”.*



por la expropiación de su objeto; aquí la indemnización deberá remitirse al usufructuario, con la “condición” de que rinda cuentas al final del usufructo.

### e) En el régimen de la “substitución”

Dentro del título referente a las “restricciones a la libre disposición de cierta propiedad”, se regula a la denominada como “substitución”, la cual existe cuando una persona recibe “propiedad” como una liberalidad, con la obligación de entregarla a un tercero al cabo de un período<sup>165</sup>.

Según el art. 1227, antes de la apertura de la substitución, el “instituto”<sup>166</sup> debe asegurar la propiedad frente a los riesgos ordinarios; en el caso de que se cobre la indemnización respectiva, ella también ingresará a la situación jurídica<sup>167</sup>. Se lo autoriza a disponer de los objetos a título oneroso y como consecuencia de ello los derechos del adquirente estarán desafectados (art. 1229)<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Art. 1218 del Código Civil de Québec: “*Substitution exists where a person receives property by a liberality with the obligation of handing it over to a third person after a certain period. Substitution is established by gift or by will; it shall be evidenced in writing and published at the registry office*”.

<sup>166</sup> O sea, quien recibe el objeto con la obligación de entregarlo posteriormente. Art. 1219 del Código Civil de Québec: “*The person who has the obligation to hand over is called the institute and the person who is entitled to take after him is called the substitute. A substitute who takes with the obligation to hand over becomes in turn the institute with respect to the subsequent substitute*”.

<sup>167</sup> Art. 1227 del Código Civil de Québec: “*The institute shall insure the property against ordinary risks such as fire and theft. He is, however, dispensed from that obligation if the insurance premium is too high in relation to the risks. The insurance indemnity becomes substituted property*”.

<sup>168</sup> Art. 1229 del Código Civil de Québec: “*An institute may alienate the substituted property by onerous title or lease it. He may also charge it with a hypothec if that is required for its maintenance and preservation or to make an investment in the name of the substitution. The rights of the*

Paralelamente, deberá reinvertirse todo lo que proceda (objetos de reemplazo) de la enajenación (art. 1230)<sup>169</sup>, de lo que deberá dar cuenta oportunamente (art. 1231)<sup>170</sup>.

El art. 1244 explicita que, en la apertura de la substitución, la situación jurídica del “instituto” –si la propiedad ya no estuviera en “especie”– recaerá sobre lo que sea que se haya adquirido a través del reemplazo, o sobre el valor de la enajenación<sup>171</sup>.

Más adelante, se imponen cargas publicitarias para la propiedad “adquirida en reemplazo”<sup>172</sup>.

#### f) En las fundaciones

Como la fundación conforma un “patrimonio autónomo” (art. 1257), es lógico que el art. 1259 disponga que los objetos que constituyen el patrimonio inicial o con cualquier “propiedad

*acquirer, creditor or lessee are unaffected by the rights of the substitute at the opening of the substitution”.*

<sup>169</sup> Art. 1230 del Código Civil de Québec: “*The institute is bound to reinvest, in the name of the substitution, the proceeds of any alienation of substituted property and the capital paid to him before the opening or received by him from the grantor, in accordance with the provisions relating to investments presumed sound*”.

<sup>170</sup> Art. 1231 del Código Civil de Québec: “*On each anniversary of the date of inventory of the property, the institute shall inform the substitute of any change in the general mass of the property; he shall also inform him of the reinvestment he has made of the proceeds of alienation of property*”.

<sup>171</sup> Art. 1244 del Código Civil de Québec: “*The institute shall, at the opening, render account to the substitute and hand over the substituted property to him. Where the substituted property is no longer in kind, the institute hands over whatever has been acquired through reinvestment or, failing that, the value of the property at the time of the alienation*”.

<sup>172</sup> Art. 2961 del Código Civil de Québec: “*Substitution has no effect with respect to property acquired in replacement of substituted property unless the substitution is mentioned in the act of acquisition and is published. Publication of the substitution does not affect the rights of third persons who have already published the rights they derive from the institute under an act by onerous title*”.

subrogada” deban preservarse para permitir cumplir con ellos el propósito fundacional<sup>173</sup>.

### **g) En el *trust***

Lionel Smith relata que luego de la incorporación del renovado *trust* en el Código Civil de Québec la doctrina se cuestionó si esta figura jurídica admitiría alguna forma de *tracing*, con el objeto de robustecer la protección de los beneficiarios.

“John Brierley sostuvo que sí podía, mediante la técnica civilista de la subrogación real. Pero se ha escrito muy poco desde entonces, y no hay jurisprudencia significativa”<sup>174</sup>.

Hemos hecho tema con el ostensible paralelismo que tiene el instituto anglosajón del *tracing* con la subrogación real en el Capítulo I.

Se pregunta si un bien que se ha adquirido indebidamente utilizando bienes fiduciarios puede ser tratado como propiedad fiduciaria. Si el fiduciario actuara correctamente, en los títulos figuraría que los objetos adquiridos con bienes fiduciarios pertenecen al patrimonio fiduciario y que han sido adquiridos por el fiduciario cumpliendo su manda. El autor se plantea: ¿se deduce de ello que si los documentos no mencionan esta circunstancia, los objetos sustitutos ingresan a su patrimonio personal?

Invocando la autoridad de Capitant, concluyó que la subrogación real debe aplicarse al *trust* en Québec. Entendió que

---

<sup>173</sup> Ello sin perjuicio de que se admite que el acto constitutivo disponga otra solución. Véase el art. 1259 del Código Civil de Québec: “*Unless otherwise provided in the act constituting the foundation, the property forming the initial patrimony of the trust foundation or any property subrogated or added thereto shall be preserved and allow for the fulfilment of the purpose, either by the distribution only of those revenues that derive therefrom or by a use that does not appreciably alter the substance of the patrimony*”.

<sup>174</sup> SMITH, pp. 795-809.

el segundo ámbito de aplicación de la subrogación real para Capitant era predicable respecto del *trust*, puesto que el fiduciario allí sería una suerte de administrador de los bienes de un tercero. Sostiene que sin la subrogación la persona controlante del patrimonio podría vaciarlo y reducir al titular a la condición de mero acreedor, situación jurídica poco útil si el fiduciario deviene insolvente; sin la subrogación los demás acreedores del fiduciario se llevarían un beneficio injustificado, ya que si el precio recibido ingresara a su patrimonio personal podrían agredirlo.

Concluye que los “principios de la subrogación real” deberían aplicarse al caso, independientemente de las intenciones del fiduciario o de los terceros contratantes, con el objetivo de evitar injustificadas ganancias a expensas del *trust* y sus beneficiarios.

#### **h) En las obligaciones**

Cuando el acreedor es moroso por la falta de recepción del pago, el deudor puede tomar las medidas necesarias o útiles para la preservación de lo debido, como darlo en almacenamiento o custodia; si la propiedad es perecedera, puede depreciarse rápidamente o es de muy costosa conservación, el deudor puede provocar la venta y el depósito del producido de ella. Es decir, la prestación a la que tiene derecho el acreedor habrá mutado de objeto (art. 1581)<sup>175</sup>.

Cuando estemos frente a una obligación cuya prestación está orientada a una restitución, si esta deviene imposible con motivo de la pérdida total o la enajenación la regla general indica que habrá de restituirse el valor de ella; pero si el pericimimiento se da

---

<sup>175</sup> Art. 1581 del Código Civil de Québec: “*Where the creditor is in default for not receiving payment, the debtor may take any measures necessary or useful for the preservation of the property which he owes and, in particular, entrust it to a third person for storage or custody. In the same case, if the property is perishable, likely to depreciate rapidly or expensive to preserve, the debtor may cause it to be sold and deposit the proceeds*”.

por fuerza mayor (“*superior force*”), el deudor en principio estará exento de la restitución, pero deberá transferir al acreedor la indemnización recibida o aún debida (art. 1701)<sup>176</sup>. Varias disposiciones remiten a la regulación de la “restitución de las prestaciones”, que es precisamente el capítulo en el cual está ubicado el art. 1701. Así, los arts. 96<sup>177</sup>, 99<sup>178</sup>, 627<sup>179</sup>, 1492<sup>180</sup>, 1838<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> Art. 1701 del Código Civil de Québec: “*In the case of total loss or alienation of property subject to restitution, the person obligated to make the restitution is bound to return the value of the property, considered when it was received, as at the time of its loss or alienation, or as at the time of the restitution, whichever value is the lowest; but if the person is in bad faith or the cause of the restitution is due to his fault, the restitution is made according to whichever value is the highest. If the property has perished by superior force, however, the debtor is exempt from making restitution, but he shall then transfer to the creditor, where applicable, the indemnity he has received for the loss of the property or, if he has not already received it, the right to the indemnity. If the debtor is in bad faith or the cause of the restitution is due to his fault, he is not exempt from making restitution unless the property would also have perished if it had been in the hands of the creditor.*”

<sup>177</sup> Art. 96 *in fine* del Código Civil de Québec: “*...Relations between the apparent heirs and the true heirs are governed by those rules contained in the Book on Obligations which concern the restitution of prestations.*”

<sup>178</sup> El art. 99 del Código Civil de Québec regula la clásica hipótesis del ausente que reaparece: “*A person who has returned recovers his property in accordance with the rules contained in the Book on Obligations which concern the restitution of prestations. He reimburses the persons who, in good faith, were in possession of his property and who discharged his obligations otherwise than with his property.*”

<sup>179</sup> Art. 627 del Código Civil de Québec: “*An apparent heir is obliged, by the recognition of the heirship of the successor, to restore everything he has received from the succession without right, in accordance with the rules in the Book on Obligations relating to restitution of prestations.*”

<sup>180</sup> Art. 1492 del Código Civil de Québec: “*Restitution of payments not due is made according to the rules for the restitution of prestations.*”

<sup>181</sup> Art. 1838 del Código Civil de Québec: “*The revocation of a gift obliges the donee to restore to the donor what he has received under the contract, in accordance with the rules of this Book pertaining to the*

### **i) En el contrato de depósito**

Es posible que el objeto del depósito perezca por fuerza mayor (“*superior force*”) en manos del depositario; si este hubiera recibido algo como reemplazo de ese objeto, deberá entregárselo al depositante (art. 2286)<sup>182</sup>.

El art. 2288 regula una situación común a varios sistemas jurídicos, pero que en realidad veremos que tiene miras más amplias:

“Un heredero u otro representante legal del depositario que, en buena fe y sin conocimiento del depósito, vende la propiedad depositada, solamente está obligado a devolver el precio que recibió o a ceder su acción (*assign his claim*) contra el comprador si el precio no ha sido pagado”<sup>183</sup>.

Destacamos que lo que la mayoría de las legislaciones reconoce desde la literalidad de las palabras únicamente respecto del “heredero”, el Código de Québec lo extiende a cualquier “representante legal del depositario”.

### **j) En el derecho real de hipoteca**

---

*restitution of prestations. The revocation extinguishes, for the future, the charges stipulated in the contract”.*

<sup>182</sup> Art. 2286 del Código Civil de Québec: “*The depositary shall return the same property he received on deposit. Where the depositary has received something to replace property that had perished by superior force, he shall return what he has so received to the depositor*”.

<sup>183</sup> Art. 2288 del Código Civil de Québec: “*An heir or other legal representative of the depositary who, in good faith and unaware of the deposit, sells the property deposited, is bound only to return the price he has received or to assign his claim against the buyer if the price has not been paid*”.

La norma central de la subrogación real en la hipoteca está contenida en el art. 2674<sup>184</sup>. Veamos.

Si una hipoteca grava una universalidad de objetos, ella subsiste con relación a los objetos de reemplazo de la misma naturaleza que sustituyan a los que hayan sido enajenados “en el curso ordinario de los negocios de una empresa”<sup>185</sup>. Cuando el gravamen recae sobre objetos “ciertos y determinados”, subsistirá con relación a los sustitutos por enajenación, “mediante el registro de un aviso que identifica la nueva propiedad”. Llamativamente, el último párrafo refiere que si “ningún” objeto reemplaza al enajenado, la hipoteca subsistirá con relación a las “sumas de dinero” provenientes de la enajenación, siempre que ellas puedan ser “identificadas”. Es que, en rigor, esa suma dineraria es precisamente el objeto que viene a cubrir el vacío; es el reemplazo<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Art. 2674 del Código Civil de Québec: “*A hypothec that charges a universality of property subsists but attaches to property of the same nature which replaces property that has been alienated in the ordinary course of business of an enterprise. A hypothec that charges certain and determinate property so alienated attaches to the property that replaces it, by the registration of a notice identifying the new property. If no property replaces the alienated property, the hypothec subsists but attaches only to the sums of money which are proceeds of the alienation, provided they can be identified*”.

<sup>185</sup> Compárese con lo dispuesto en el art. 2675: “*A hypothec that charges a universality of property subsists notwithstanding the loss of the hypothecated property where the debtor or the grantor replaces it within a reasonable time, having regard to the quantity and nature of the property*”.

<sup>186</sup> Respecto de las indemnizaciones provenientes de un seguro, véase lo dispuesto en el art. 2497 del Código Civil de Québec: “*Notwithstanding any contrary provision, the indemnities due to the insured are apportioned among the prior creditors or creditors holding hypothecs on the damaged property, according to their rank and without express delegation, upon mere notice and proof by them. However, payments made in good faith before the notice discharge the insurer*”.

El art. 2673<sup>187</sup> prevé el mantenimiento de la hipoteca, también, cuando el objeto de reemplazo derive de circunstancias distintas a la mera enajenación, pues señala que ella subsiste en la nueva cosa mueble resultante de una “transformación”, “mezcla” o “combinación”; o sea que el dueño del objeto resultante seguirá viendo gravados sus derechos con la hipoteca.

Lo dispuesto en el art. 2677 merece una mención especial, pues sus consecuencias son significativas:

“Una hipoteca sobre acciones ciertas y determinadas del capital social de una persona jurídica subsiste sobre las acciones u otros valores recibidos o emitidos en la compra, redención, conversión o cancelación o cualquier otra transformación de las acciones hipotecadas...”<sup>188</sup>.

También debe resaltarse lo regulado en el 2679<sup>189</sup> para las hipotecas sobre alícuotas de una copropiedad, pues según aquel

---

<sup>187</sup> Art. 2673 del Código Civil de Québec: “*A hypothec subsists on the new movable resulting from the transformation of property charged with a hypothec and extends to property resulting from the mixture or combination of several movables of which some are so charged. A person acquiring ownership of the new property, particularly through application of the rules on movable accession, is bound by such hypothec*”.

<sup>188</sup> El texto completo del art. 2677 es el siguiente: “*A hypothec on certain and determinate shares of the capital stock of a legal person subsists upon the shares or other securities received or issued on the purchase, redemption, conversion or cancellation or any other transformation of the hypothecated shares. Publication of the hypothec by registration subsists only if the registration is renewed against the shares or other securities received or issued. The creditor may not object to the transformation by reason of his hypothec*”.

<sup>189</sup> Art. 2679 del Código Civil de Québec: “*A hypothec on an undivided share of property subsists if, by reason of partition or another act declaratory or attributive of ownership, the grantor or his successor retains rights in some part of the property, subject to the Book on Successions. If the grantor does not retain any rights in the property, the hypothec nevertheless subsists and attaches, according to its rank, to the transfer price payable to the grantor, to the payment resulting from the*



ellas subsisten frente a la “partición u otro acto declarativo o atributivo de la propiedad” cuando como consecuencia de estos se conservan derechos en parte del objeto, como también con relación a las contraprestaciones sustitutorias en su beneficio.

### 2.5.2.7. Código Civil de Brasil

#### a) En la ausencia

El art. 39<sup>190</sup> se hace cargo del supuesto en el que el declarado ausente reaparece y dispone que tendrá derecho a los bienes existentes en el estado en que se encuentren, o a los que se hubiesen “subrogado” a aquellos, incluso al precio cobrado.

#### b) En el contrato de depósito

Si el depositario hubiera perdido la cosa depositada en virtud de una “fuerza mayor”, el derecho del depositante se enderezará hacia aquello que el depositario hubiera recibido en su lugar y a lo debido por un tercero en virtud de aquel hecho (art. 636)<sup>191</sup>.

---

*exercise of a right of withdrawal or a first refusal agreement, or to the equalizing sum payable to the grantor”.*

Ello debe correlacionarse con lo dispuesto en el art. 1021: “*Partition which takes place before the time fixed by the indivision agreement may not be set up against a creditor holding a hypothec on an undivided share of the property unless he has consented to the partition or unless his debtor retains a right of ownership over some portion of the property*”.

<sup>190</sup> Art. 39 del Código Civil de Brasil: “*Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo*”.

<sup>191</sup> Art. 636 del Código Civil de Brasil: “*O depositário, que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante, e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira*”.

En cambio, el Código dispone una solución algo diferente a la que es habitual en el derecho comparado con relación a la enajenación de buena fe por parte del heredero del depositario<sup>192</sup>, pues se obliga al depositario a “asistir” al depositante en la reivindicación, pero también a “restituir” el precio al comprador.

### **c) En la expropiación del “condominio edilicio” y del derecho real de superficie**

Previendo la posibilidad de una expropiación de un “condominio edilicio”, el art. 1358 establece que la eventual indemnización va a ser repartida entre los condóminos en proporción al valor de sus respectivas unidades inmobiliarias<sup>193</sup>.

El art. 1376, por su parte, regula qué es lo que sucede frente a la expropiación de un inmueble gravado con un derecho de superficie. En tal caso, la indemnización le pertenece al propietario del suelo y al superficiario según el valor que corresponda al derecho real de cada uno<sup>194</sup>.

### **d) En el derecho real de usufructo**

---

<sup>192</sup> Art. 637 del Código Civil de Brasil: “O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido”.

<sup>193</sup> Art. 1358 del Código Civil de Brasil: “Se ocorrer desapropriação, a indenização será repartida na proporção a que se refere o §2º do artigo antecedente”.

El referido “artículo antecedente” dispone: “será repartido o apurado entre os condôminos, proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias”.

<sup>194</sup> Art. 1376 del Código Civil de Brasil: “No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um”.

El art. 1407<sup>195</sup> dispone que “en cualquier caso”, la subrogación real funciona en el usufructo cuando el objeto sustituto es la indemnización del seguro.

Si se destruyera un edificio sobre el cual recaía un derecho real de usufructo, sin culpa del nudo propietario, él no estará obligado a la reconstrucción. Pero si lo reconstruyera, el usufructo “no se restablecerá” si el nudo propietario lo solventó a expensas suyas, pero sí si para ello utilizó la indemnización proveniente del seguro (art. 1408)<sup>196</sup>.

El art. 1409 se encarga de aclarar que también funcionará la subrogación real respecto a la indemnización pagada por un tercero en virtud del daño causado, o por una expropiación<sup>197</sup>.

De manera consistente con esas ideas, el art. 1410<sup>198</sup> regula a las causales de extinción del derecho real de usufructo y exceptúa al fenecimiento de ese poder jurídico en virtud de la destrucción de la cosa, pues deja a salvo las disposiciones de los arts. 1407, 1408, 2da parte, y 1409.

---

<sup>195</sup> Art. 1407 del Código Civil Brasil: “*Se a coisa estiver segurada, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro. §1. Se o usufrutuário fizer o seguro, ao proprietário caberá o direito dele resultante contra o segurador. §2. Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro*”.

<sup>196</sup> Art. 1408 del Código Civil de Brasil: “*Se um edifício sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio; mas se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto*”.

<sup>197</sup> Art. 1409 del Código Civil de Brasil: “*Também fica sub-rogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio, a indenização paga, se ele for desapropriado, ou a importância do dano, ressarcido pelo terceiro responsável no caso de danificação ou perda*”.

<sup>198</sup> Art. 1410 del Código Civil de Brasil: “*O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis: (...) V - pela destruição da coisa, guardadas as disposições dos arts. 1.407, 1.408, 2a parte, e 1.409...*”.

### e) En las garantías reales

El art. 959<sup>199</sup> dispone que las hipotecas y los privilegios se conservan “sobre el precio del seguro” de la cosa gravada, o sobre la “indemnización debida” por un responsable por la pérdida u otro daño respecto de la cosa. Lo mismo ocurrirá sobre el valor de la indemnización debida en virtud de una expropiación.

Como disposición general para todo derecho real de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), el art. 1425<sup>200</sup> señala distintas hipótesis de subrogaciones objetivas. Así: 1) si la cosa dada en garantía resulta expropiada, habrá de depositarse la parte del precio necesaria para la satisfacción del acreedor titular de la garantía; 2) si la cosa dada en garantía pereciera, esta se “subrogará” en la “indemnización del seguro o en el resarcimiento del daño”.

El art. 1433<sup>201</sup> implícitamente recurre a la subrogación real cuando permite al acreedor prendario, previa autorización judicial, enajenar las cosas susceptibles de pérdida o deterioro, “debiendo el

---

<sup>199</sup> Art. 959 del Código Civil de Brasil: “*Conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados: I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa; II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada*”.

<sup>200</sup> Art. 1425 del Código Civil de Brasil: “*A dívida considera-se vencida: (...)V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor. §1. Nos casos de perecimento da coisa dada em garantia, esta se sub-rogará na indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso...*”.

<sup>201</sup> Art. 1433 del Código Civil de Brasil: “*...VI - a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea*”.

precio ser depositado”. Naturalmente, el derecho del acreedor prendario subsistirá con relación al provecho de esa venta.

También respecto de la prenda, pero cuando esta recae sobre animales, “los animales de la misma especie, comprados para substituir a los muertos, quedan subrogados en la prenda”; esta substitución objetiva “se presume”, pero no tendrá eficacia contra terceros si no se menciona especialmente en el contrato (art. 1446)<sup>202</sup>.

Por su parte, en materia de “prenda industrial y mercantil”, o sea aquella que recae, verbigracia, sobre máquinas, materiales, instrumentos, instalados y en funcionamiento, animales utilizados en la industria, bienes destinados a la explotación de salinas, animales destinados a la industrialización de carne y sus derivados, materias primas y productos industrializados (art. 1447). Únicamente con el consentimiento del acreedor prendario el deudor podría alterar las cosas empeñadas, cambiar su situación, o disponer de ellas. Si se obtuviere esa aquiescencia, el deudor deberá reemplazar los bienes por otros de la misma naturaleza, los cuales se considerarán “subrogados” en la prenda (art. 1449)<sup>203</sup>.

Respecto de la prenda de créditos, se impone el deber al acreedor prendario de cobrar el crédito que es objeto de su derecho real; la prenda recaerá a partir sobre el objeto que sustituya al crédito, o sea, la cosa entregada en virtud de este (art. 1455)<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Art. 1446 del Código Civil de Brasil: “*Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor. Parágrafo único. Presume-se a substituição prevista neste artigo, mas não terá eficácia contra terceiros, se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada*”.

<sup>203</sup> Art. 1449 del Código Civil de Brasil: “*O devedor não pode, sem o consentimento por escrito do credor, alterar as coisas empenhadas ou mudar-lhes a situação, nem delas dispor. O devedor que, anuindo o credor, alienar as coisas empenhadas, deverá repor outros bens da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor*”.

<sup>204</sup> Art. 1455 del Código Civil de Brasil: “*Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir*

### f) En el régimen patrimonial del matrimonio

En el denominado “*regime de comunhão parcial*” se excluyen de la comunidad a los bienes que cada uno de los cónyuges poseía al momento del matrimonio, y aquellos que adquiriera posteriormente por donación o sucesión, como también los “subrogados” en su lugar. En el mismo sentido, igualmente son excluidos los bienes adquiridos con valores pertenecientes exclusivamente a uno de los cónyuges, en “subrogación de bienes particulares”<sup>205</sup>.

Dentro del llamado “*regime de comunhão universal*”, se exceptúan a “los bienes donados o heredados con cláusula de incommunicabilidad y los subrogados en su lugar” (art. 1668)<sup>206</sup>.

Inmerso en la regulación del “*regime de participação final nos aqüestos*” también se hace uso de la subrogación real respecto de los “bienes anteriores al casamiento” (art. 1674)<sup>207</sup>.

### g) El régimen del “bien de familia”

---

*numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor. Parágrafo único. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante ao devedor; ou a executar a coisa a ele entregue”.*

<sup>205</sup> Art. 1659 del Código Civil de Brasil: “*Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares...*”.

<sup>206</sup> Art. 1668 del Código Civil de Brasil: “*São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incommunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar*”.

<sup>207</sup> Art. 1674 del Código Civil de Brasil: “*Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram...*”.

Frente a la comprobación de la imposibilidad de mantener el “bien de familia” en las condiciones en las que fue instituido, el juez puede autorizar la subrogación del asiento del bien de familia por otro (art. 1719)<sup>208</sup>.

#### **h) En las cláusulas de indisponibilidad**

El art. 1911 hace tema con los objetos sujetos a las cláusulas de indisponibilidad y establece que esa situación jurídica subsistirá respecto de los objetos sustitutos (sean originados por una expropiación, enajenación autorizada, etcétera), sobre los cuales también incidirá la cortapisa a la disposición jurídica<sup>209</sup>.

### **2.5.2.8. Código Civil de Puerto Rico**

#### **a) En la ausencia**

El art. 205 autoriza al ausente que regresa a instar la subrogación real:

---

<sup>208</sup> Art. 1719 del Código Civil de Brasil: “*Comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extinguir-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público*”.

<sup>209</sup> Art. 1911 del Código Civil de Brasil: “*A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros*”. Véase también el art. 1848: “*Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. §1. Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. §2. Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros*”.

“El regreso del ausente (...) lo autoriza a recobrar la posesión y el dominio de sus bienes (...). El ausente o representante recibe los bienes en el estado en que se encuentran, el precio de la parte de ellos que se ha enajenado, o los bienes que se han adquirido con el producto de su venta o enajenación...”.

### **b) En el régimen patrimonial del matrimonio**

El art. 509 establece que son bienes privativos “de cada uno de los cónyuges”, los que “adquiere a costa o en sustitución de otros bienes privativos” (inc. c)], como también “el resarcimiento por los daños inferidos a su persona o a sus bienes privativos” (inc. e)] y “...los créditos adquiridos antes de la vigencia de la sociedad y pagaderos en cierto número de años, aunque las sumas vencidas se reciban durante la vigencia de esta” (inc. f)]. El art. 510 regla que igualmente son privativos “las ropas y los objetos de uso personal, a menos que sean de extraordinario valor y se adquieran a costa de los fondos comunes o de los fondos pertenecientes al otro cónyuge” (inc. a)].

No obstante, el art. 511 prevé: “Los bienes mencionados en los dos artículos que anteceden no pierden su carácter privativo por el hecho de que su adquisición se realice con fondos comunes”. Por su parte, el art. 513 regla que son gananciales los bienes “adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común...” (inc. a)].

Bajo la rúbrica de “cotitularidad de bienes”, el art. 516 dispone que los bienes:

“...adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponden pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Los bienes adquiridos por un cónyuge para sí, antes de la vigencia de la sociedad, siguen siendo privativos, aunque pague el precio remanente con fondos comunes. En este caso la sociedad tiene un crédito por lo aportado al momento de su liquidación”.



El art. 517 otorga a la autonomía de la voluntad un rol preponderante, incluso para descartar la subrogación real, pues habilita a los cónyuges a atribuir la condición de “común o ganancial a cualquier bien que adquieran a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, cualquiera que sea la procedencia del dinero o de la contraprestación...”.

Ya dentro del capítulo VI, correspondiente a la “comunidad de bienes post ganancial”, el art. 551 establece:

“Si uno de los cónyuges o excónyuges comunero adquiere para sí otros bienes, a costa de los bienes, frutos o productos comunes, la nueva adquisición le pertenecerá a título exclusivo, pero el otro comunero podrá exigir un crédito a favor de la comunidad por el importe actualizado de los fondos comunes utilizados. Tal crédito será efectivo al momento de la liquidación del régimen que origina la comunidad”.

### **c) En la división de la comunidad de bienes**

El art. 849 define a la división como el “acto jurídico mediante el cual los derechos de los comuneros en la comunidad se *sustituyen* por un derecho exclusivo de cada uno sobre una parte determinada del bien que era común, correspondiente al valor de sus respectivas cuotas”.

### **d) En el derecho real de usufructo**

Luego de que el art. 910 establezca que el usufructo se extingue por la pérdida total de su objeto (inc. e]) y por la expropiación de la cosa usufructuada (inc. i]), los arts. 914 a 916 establecen soluciones no siempre del todo contestes con la subrogación real en el objeto del usufructo. Así, el art. 916 dispone:

*“Expropiación de la cosa usufructuada.* Si se expropia la cosa usufructuada por causa de utilidad pública, el usufructo se extingue y la indemnización se reparte en proporción a los intereses del usufructuario y del propietario”.

### **e) En el derecho real de superficie**

El art. 988 se ocupa de los “efectos de la extinción” y establece que si ella ocurre el propietario del suelo “adquiere el dominio de la edificación” y que además aquel “debe satisfacer una indemnización equivalente al valor de la construcción”. La norma regla que también se extinguen los “derechos reales impuestos por el superficiario”, pero que “los titulares de dichos derechos se subrogan en lugar del superficiario”.

### **f) En los derechos reales de garantía**

El art. 996 del Código Civil de Puerto Rico se titula “subrogación real”. La norma es casi idéntica al primer párrafo del art. 2194 del Código Civil y Comercial de Argentina, el cual se remonta al art. 2097 del Proyecto de 1998. Se lee:

“La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyan a los gravados, ya sea por indemnización, precio o por cualquier otro concepto que permita la subrogación real”.

### **g) En las obligaciones**

El art. 1070 regula la temática de la pérdida y el deterioro en las obligaciones de dar cosa cierta. Su último párrafo determina los alcances del vocablo “pérdida” y establece que apunta al perecimiento o la desaparición de la cosa, o su puesta fuera del tráfico jurídico; el deterioro implicaría una disminución de su valor aunque la cosa siga siendo apta para su destino. El tercer párrafo norma:

“Si, como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o subrogarse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes”.

Ya dentro de la regulación de la “imposibilidad sobrevenida de la prestación”, el art. 1181 dispone que “extinguida la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, corresponden al acreedor todas las acciones que el deudor tiene contra terceros por razón de esta”.

#### **h) En la restitución de lo pagado indebidamente**

El art. 1523 se encarga del “pago indebido recibido de buena fe” y dispone:

“La persona que de buena fe ha aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada solo responde de las desmejoras o pérdidas de esta y de sus accesiones, en cuanto se haya enriquecido por ellas. Si ha enajenado la cosa, solo está obligado a restituir el precio o ceder la acción para hacerlo efectivo”.

#### **i) En la petición de herencia**

El art. 1598 habilita al heredero petionario a “reivindicar los bienes de la herencia enajenados por el heredero aparente, salvo cuando los adquirentes gozan de los efectos protectores de la fe pública registral”. El art. 1597 previamente había establecido:

“El heredero aparente de buena fe que haya enajenado bienes de la herencia, solo tiene que restituir al heredero el precio o el bien que ha obtenido como contraprestación con la enajenación onerosa o con lo que haya adquirido con ellos, subrogándose en las acciones para reclamar el precio o el bien que aún se debe”.

### **2.6. Ordenamientos integrantes del sistema compuesto de alcance general relativo**

#### **2.6.1. Códigos Civiles mexicanos**

Los Códigos Civiles de algunos Estados de México son perfectos ejemplos de sistemas con reglas que admiten a la

subrogación real con una vocación expansiva de carácter relativo. Veamos.

El Código Civil de Puebla, dentro de un capítulo nominado como “transmisión de derechos de crédito y de derechos reales”, contiene una sección que atañe a la “subrogación personal” y otra, la sexta, que se ocupa de la “subrogación real”.

Art. 1738.- Hay subrogación real: I.- Cuando un bien afectado a un derecho real, sea sustituido por su valor, en caso de enajenación voluntaria, remate, expropiación, seguro u otro acto equivalente; II.- Cuando el propietario de un bien gravado por el derecho real lo destruya para sustituirlo por otro; III.- Cuando un bien propio de uno de los cónyuges, o el bien que constituya el patrimonio de familia se enajene, y con el precio de aquel o de este se adquiera otro bien.

Art. 1739.- En el caso de la fracción I del artículo anterior, se aplicarán las siguientes disposiciones: I.- La regulación de los derechos correspondientes al dueño o poseedor y al titular del derecho real, cuando exista un valor que sustituya al bien, se hará tomando en cuenta los valores que asignen los peritos; II.- Tratándose de hipoteca y prenda, el valor que sustituya al bien, se aplicará preferentemente al pago del crédito garantizado aun cuando no esté vencido.

Art. 1740.- En el caso de la fracción II del artículo 1738 el titular del derecho real tendrá acción para que se declare que su derecho real afecta al nuevo bien.

Art. 1741.- En los casos de la fracción III del artículo 1738, el titular o titulares del bien enajenado tienen derecho, a que el nuevo bien ocupe el lugar que tenía en el patrimonio de ellos; y se destine a realizar el mismo fin del anterior.

El contenido preceptivo y la metodología adoptada es idéntica en lo esencial en el Código Civil del Estado de Tlaxcala<sup>210</sup>. El

---

<sup>210</sup> Art. 1578.- Habrá subrogación real siempre que un bien afectado a un derecho real, sea sustituido por su valor, en los casos de enajenación voluntaria, remate, expropiación, seguro u otro acto equivalente. Art. 1579.- También habrá subrogación real cuando el propietario o poseedor del bien gravado lo destruya para sustituirlo por otro. Art. 1580.- Asimismo habrá subrogación real cuando un bien propio de uno de los cónyuges o el bien que constituya el patrimonio de familia se enajene y

Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza de 1999 tiene unas normas sustancialmente idénticas<sup>211</sup>, aunque con diferente numeración (arts. 2442 y ss.) y ubicación metodológica, pues dentro del título denominado como “de la transmisión de las obligaciones”, el capítulo II trata “de la subrogación” y su sección primera hace tema con la “subrogación personal”, mientras que su sección segunda con la “subrogación real”.

El Código Civil del Estado de Zacatecas, dentro del título “de la transmisión de las obligaciones” y al hacer tema con el capítulo “de la subrogación”, prevé:

Art. 1367.- Habrá subrogación real siempre que un bien afectado a un derecho real, sea sustituido por su valor en los casos de enajenación voluntaria, remate, expropiación, seguro u otro equivalente.

Art. 1368.- También habrá subrogación real cuando el propietario o poseedor del bien gravado lo destruya para sustituirlo por otro.

Art. 1369.- Asimismo habrá subrogación real cuando un bien propio de uno de los cónyuges o que constituya el patrimonio de familia, se enajene y con su precio se adquiera otro.

Art. 1370.- En el caso del artículo 1368, el titular del derecho real tendrá acción para que se declare que su derecho real afecta al nuevo bien.

Art. 1371.- En el caso del artículo 1369, el titular o titulares del bien enajenado tienen derecho a que el nuevo ocupe el lugar que tenía

---

con su precio se adquiera otro. Art. 1581.- En el caso del artículo 1579 el titular del derecho real tendrá acción para que se declare que su derecho real afecta al nuevo bien. Art. 1582.- En el caso del artículo 1580 el titular o titulares del bien enajenado tienen derecho a que el nuevo bien ocupe el lugar que tenía en el patrimonio del titular y desempeñe el mismo fin a que estaba destinado el anterior. Art. 1583.- La regulación de los derechos correspondientes al dueño o poseedor y al titular del derecho real, cuando exista un valor que sustituya al bien, se hará tomando en cuenta los valores que asignen los peritos respectivos a ambas partes. Tratándose de hipoteca y prenda, el valor que sustituya al bien se aplicará preferentemente al pago del crédito garantizado.

<sup>211</sup> La diferencia se advierte aquí: “Cuando un bien propio de uno de los cónyuges, o la casa en que se establezca el hogar conyugal se enajene, y con el precio de aquel o de esta se adquiera otro bien”.

en el patrimonio del titular y desempeñe el mismo fin a que estaba destinado el anterior.

Art. 1372.- La regulación de los derechos correspondientes al dueño o poseedor y al titular del derecho real, cuando exista un valor que sustituya al bien, se hará tomando en cuenta los valores que asignen los peritos respectivos de ambas partes.

Art. 1373.- Tratándose de hipoteca y prenda, el valor que sustituya al bien se aplicará preferentemente al pago del crédito garantizado.

El Código Civil del Estado de Tamaulipas de 1986, dentro del título “de la transmisión de las obligaciones”, sigue muy de cerca esa normativa, aunque no contiene las últimas dos normas transcriptas<sup>212</sup>.

El Código Civil del Estado de Quintana Roo de 1980, también dentro del título “de la transmisión de las obligaciones”, en el capítulo I denominado como “de la subrogación”, prevé:

Art. 2372.- Además de la subrogación personal a que se refieren los cuatro artículos anteriores, existe la subrogación real, que también se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados, cuando un bien gravado con un derecho real de garantía es substituido por su valor en los casos de expropiación, seguro, remate u otro similar, o a la inversa, cuando el dinero, civil o penalmente adeudado, ha sido gastado por el deudor adquiriendo con él uno o más muebles o inmuebles. El aludido valor y los referidos

---

<sup>212</sup> Art. 1455.- Habrá subrogación real siempre que un bien afectado a un derecho real, sea substituido por su valor, en los casos de enajenación voluntaria, remate, expropiación, seguro u otro acto equivalente. Art. 1456.- También habrá subrogación real cuando el propietario o poseedor del bien gravado lo destruya para substituirlo por otro. Art. 1457.- Asimismo habrá subrogación real cuando un bien propio de uno de los cónyuges o el bien que constituya el patrimonio de familia se enajene y con su precio se adquiera otro. Art. 1458.- En el caso del artículo 1456 el titular del derecho real tendrá acción para que se declare que su derecho real afecta al nuevo bien. Art. 1459.- En el caso del artículo 1457 el titular o titulares del bien enajenado tienen derecho a que el nuevo bien ocupe el lugar que tenía en el patrimonio del titular y desempeñe el mismo fin a que estaba destinado el anterior.

bienes en sus respectivos casos, quedarán automáticamente afectos al pago del adeudo, privilegiadamente con respecto a cualquier acreedor quirografario, y en el orden de preferencia que corresponda con respecto a los demás acreedores de derechos reales constituidos sobre el bien.

Art. 2373.- Habrá también subrogación real, que operará por simple ministerio de la ley, cuando el propietario o poseedor de un bien gravado, lo destruya para sustituirlo por otro, en cuyo caso el titular del derecho real constituido sobre el bien destruido, tendrá acción, no para que tal derecho se constituya sobre el nuevo bien, sino simplemente para que se declare que por virtud de la aludida subrogación ese derecho subsiste afectando al nuevo bien.

Art. 2374.- La regla establecida en el Artículo anterior se observará también si el bien se destruye por un acontecimiento extraordinario e inevitable o por la simple acción del tiempo, y el dueño la substituye por otro que construya en su lugar.

El Código Civil del Estado de Morelos de 1993 dedica un artículo a esta cuestión:

Art 1473.- *Hipótesis de subrogación real.* Habrá subrogación real siempre que una cosa afectada a un derecho real sea substituida por su valor, en los casos de expropiación, seguro, remate u otro equivalente. También habrá subrogación real cuando el propietario o poseedor del bien gravado lo destruya para sustituirlo por otro. En todos estos casos el titular del derecho real tendrá pretensión sobre el precio, para ser pagado o indemnizado, o sobre el nuevo bien. La regulación de los derechos correspondientes al dueño o poseedor y al titular del derecho real, cuando exista un valor que sustituya al bien, se hará tomando en cuenta los valores que asignen los peritos respectivamente a los intereses de ambas partes. Tratándose de hipoteca y prenda el valor que sustituya al bien se aplicará preferentemente al pago del crédito garantizado”.

Del análisis de tales normativas podemos extraer las siguientes ideas centrales que inspiran la subrogación en esos ordenamientos.

- 1) El ámbito de aplicación preferente es en los derechos reales, aunque a veces limitado a los de garantía; también se lo extiende al llamado “patrimonio de familia”.
- 2) Suelen tener un concepto extenso acerca de cuándo hay una sustitución, puesto que se dice que la subrogación procede en las enajenaciones voluntarias, en los remates, en las expropiaciones, en virtud de seguros y otros “actos equivalentes” o “similares”. También procedería cuando el titular del objeto gravado lo destruya para sustituirlo por otro, a lo que el Código de Quintana Roo agrega el caso de la destrucción y sucesiva sustitución causada por acontecimientos extraordinarios e inevitables, o por la simple acción del tiempo.
- 3) En el Código de Quintana Roo se deja en claro el funcionamiento *ipso iure* de la subrogación real (“por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados”).
- 4) En general se dispone que la acción tendiente a demostrar la existencia de una subrogación real concluirá con una sentencia de meros efectos declarativos y no constitutivos. Ello quiere decir que la acción no provocará el nacimiento de un nuevo derecho sobre el pretendido objeto sustituto, pero tampoco tendrá por efecto modificarlo, ya que esta modificación sería cronológicamente preexistente. Nuevamente es el Código de Quintana Roo el más claro en este aspecto.
- 5) El efecto principal estaría dado por que el nuevo objeto ocuparía el lugar del anterior en el patrimonio y habría de ser destinado a las mismas finalidades que el sustituido.

### 2.6.2. Código Civil de Bélgica

Las recientes modificaciones de la legislación belga suponen un nuevo impulso a la reglamentación de la subrogación real con cierto alcance generalizado. En los “comentarios” a los artículos de



la proposición de ley ingresada a la Cámara de Representantes de Bélgica el 27 de febrero de 2019, cuyo objeto era la inserción de un libro sobre “los bienes” en el “nuevo código civil”, se explicó que en la legislación anterior solamente se encontraban disposiciones específicas relacionadas con la subrogación real, en especial en el ámbito de las garantías reales.

Allí se propuso una norma que “se inspira en las disposiciones legales existentes en materia de subrogación real y aumenta su alcance”. Se afirma que se opta por un “acercamiento integrado” y no “fragmentario”.

La propuesta fue finalmente aprobada y entró en vigor en septiembre del 2021. Se lee en el art. 3.10:

“Un derecho real se extiende de pleno derecho a todos los bienes que vienen en reemplazo del objeto inicial del derecho real, entre ellos los créditos que se substituyen a un bien, como la indemnización debida por terceros, en razón de la pérdida, del deterioro o pérdida de valor del objeto, siempre que el derecho real pueda ser ejercido de manera útil sobre el nuevo objeto y que no exista otro modo de salvaguardar el derecho”<sup>213</sup>.

Consistentemente con ello, el art. 3.15 hace tema con los “modos generales de extinción de los derechos reales”, y exceptúa de la extinción por “desaparición del objeto del derecho real” cuando ocurra la subrogación real<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Leemos en la versión original: “*Un droit réel s’étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l’objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l’indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l’objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu’il n’y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit*”.

<sup>214</sup> Art. 3.15: “*Modes généraux d’extinction des droits réels. Sous réserve d’autres dispositions du présent Livre, les droits réels s’éteignent par: (...) 2° la disparition de l’objet du droit réel, sauf subrogation réelle telle que prévue à l’article 3.10...*”.

El proyecto también contenía un art. 3.42, como aplicación confesada del art. 3.10, que refería que “salvo pacto en contrario”, el fideicomiso comprende a los bienes sustitutos<sup>215</sup>. Se fundamentó esta norma en que el “patrimonio fiduciario tiene un carácter dinámico” y en que se precisan de “remedios suficientes” en materia de derechos reales que permitan “garantizar el valor del patrimonio fiduciario”.

El Código belga enarbola a la subrogación real mediante las siguientes ideas centrales:

- 1) Se precisaría la titularidad de un derecho real y no de un mero derecho personal, pues estos últimos no serían protegidos por la subrogación real.
- 2) El derecho no debería ser *intuitu rei*, ya que debería poder ser ejercido útilmente sobre un objeto distinto<sup>216</sup>.
- 3) El objeto inicial habría de desaparecer de la esfera patrimonial de su titular, sea jurídicamente (venta, donación, permuta) o bien materialmente (pérdida o deterioro).
- 4) Ese objeto inicial debería ser reemplazado por otro bien que corresponda al valor del inicial. Este objeto sustituto puede ser cualquier “bien”; o sea, cosas o incluso derechos.
- 5) El titular del derecho no debería contar con otras herramientas para salvaguardar sus intereses, como la persecución o la acción de nulidad, puesto que la acción derivada de la subrogación sería subsidiaria, acaso por

---

<sup>215</sup> Art. 3.42: “*Subrogation réelle. Sauf clause contraire, la fiducie comprend les biens remplaçant l'un des biens mis en fiducie, les fruits et les produits générés par le bien en fiducie*”.

<sup>216</sup> En ese sentido, se afirma que los derechos reales que recaen sobre un objeto por naturaleza pero que pueden conservar su valor independientemente del objeto inicial son igualmente protegidos, como la “propiedad”, la “copropiedad”, el “usufructo”, etcétera, pero no las “servidumbres” que por sus características no puedan tener uso fuera del fundo sirviente.

estar inspirada en la evitación del enriquecimiento injustificado.

6) El funcionamiento de la subrogación es de pleno derecho.

### 3. EVENTUAL REGLA GENERALIZADORA

#### 3.1.1. **Aclaración**

Los casos de subrogación real en el derecho comparado son fecundos y muy variados, aunque son muy pocos los sistemas que la prevén con generalización suficiente. Tanto su ámbito operativo, como su alcance y la enumeración de los posibles objetos sustitutos fueron el resultado de distintas decisiones de política legislativa, a veces teñidas por realidades históricas distantes. La diversidad de soluciones que se adoptan respecto de casos específicos dependió de una suerte de elección en virtud de la cual el legislador quiso brindar protección a determinadas situaciones jurídicas, con mayor o menor intensidad.

Luego de analizar las “bases de la subrogación real” (Capítulo I), de intentar demostrar que su funcionamiento no requiere una expresa positivización (Capítulo II) y de considerar sus efectos jurídicos (Capítulo III), queremos concluir este capítulo sobre “sistemas de subrogación real reglada” con la propuesta de ciertas normas generalizadoras de la subrogación real que estén inspiradas en el principio de conservación de las situaciones jurídicas.

Reglas de esta naturaleza deben ser lo suficientemente elásticas para que el silencio legislativo no las condicione y para que los tribunales puedan determinar su aplicación en los más variados casos concretos que pueden presentarse en la realidad jurídica. De esta manera se protegerá más y mejor a las distintas situaciones jurídicas y a sus titulares, sin discriminaciones injustas.

Pero esa elasticidad no debe derivar en arbitrariedad, como tampoco en oscurantismos interpretativos, puesto que las

decisiones justas también precisan de la seguridad jurídica y la previsibilidad que la caracteriza.

### **3.1.2. Sistema compuesto de alcance general absoluto**

Nuestra propuesta se enderezará a conformar un sistema compuesto de alcance general absoluto sin que sea menester derogación alguna de supuestos especiales ya previstos en el Código Civil y Comercial.

### **3.1.3. Ubicación metodológica**

La positivización de la subrogación real puede realizarse en diversos sectores de un Código. Ello dependerá, en buena medida, de la tesitura que se adopte acerca del ámbito operativo de la figura.

Así, si se creyera que ella solamente funciona en los derechos reales, el lugar adecuado sería al tratar las mutaciones jurídico-reales, o sea, a la adquisición, modificación o extinción de esos derechos; si se considerara que ella tiene su perímetro demarcado por la idea del patrimonio, la regulación de este será el lugar apropiado; etcétera.

Como nosotros participamos de una postura amplificadora de la noción de subrogación real, creemos que la ubicación metodológica adecuada es, en nuestro Derecho, el Libro Primero correspondiente a la denominada “parte general”<sup>217</sup>, ya que es sabido que ella debe tender a establecer las pautas que influyan sobre un número vasto de las situaciones jurídicas.

---

<sup>217</sup> Colmo sostiene que la subrogación, sea objetiva o subjetiva, es de “toda amplitud” y por lo tanto corresponde a la parte general de un código civil (COLMO, §646, p. 457). En similar sentido, GALLI, §1473, p. 473, en nota 585b, quien piensa que la ubicación adecuada de la subrogación real es la de la parte general al tiempo de ocuparse del “patrimonio”.

Allí podrá optarse por enmarcarla dentro del Título III, que trata de los “bienes” o mejor “objetos”; aunque quizás el lugar más provechoso sería luego del “Título V” denominado como “transmisión de los derechos”, típica modificación “subjctiva”.

En concreto: un nuevo “Título VI” rubricado como “modificación objetiva” puede ser un potable emplazamiento metodológico en la estructura actual del Código Civil y Comercial argentino, máxime que ello mantendría inalterado su diseño general.

Como no es aconsejable alterar la numeración de un sistema normativo, las mentadas reglas habrían de incorporarse como el art. 400 *bis*, *ter*, *quater*, etcétera.

#### 3.1.4. Propuesta normativa

##### LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL

##### TITULO VI

Modificación objetiva

##### SECCIÓN PRIMERA

Disposición general

ARTICULO 400 *bis*.- *Definición. Reglas aplicables.* Se entiende por modificación objetiva al cambio producido por el acrecentamiento, disminución o sustitución del objeto de una situación jurídica. El acrecentamiento y la disminución quedan regidos por las reglas correspondientes a la categoría del derecho involucrado, y la sustitución, por las disposiciones siguientes.

##### SECCIÓN SEGUNDA

Subrogación real

ARTICULO 400 *ter*.- *Conservación.* Toda situación jurídica se conserva a pesar de la sustitución material o jurídica de su objeto, salvo que sea contrario a derecho, a la voluntad particular, o que ello no interese o signifique utilidad alguna.

ARTICULO 400 *quater*.- *Objetos*. Se considera sustitución al reemplazo que se produce, según los casos, respecto de cosas, derechos y prestaciones, sean ellos sustitutos o sustituidos. La sustitución comprende al objeto inmediato o mediato de la situación jurídica. El objeto sustituto puede ingresar en concepto de precio, indemnización, o de cualquier otro que permita la subrogación real.

ARTICULO 400 *quinquies*.- *Efectos*. La situación jurídica se entiende modificada de pleno derecho, salvo que su titular mantenga la facultad de persecución o la ley requiera una manifestación de voluntad al efecto.

Si la sustitución es parcial, la situación jurídica subsiste, además, sobre la porción del objeto restante. La modificación no puede superar la medida del objeto reemplazado.

Si fuera necesaria alguna expresión publicitaria, la modificación es inoponible a terceros interesados de buena fe que no la conocieron ni la hubieron de haber conocido obrando con la debida diligencia, pero cuentan con la facultad de invocarla.

Los efectos se extinguen por la renuncia del legitimado al efecto y por la insubsistencia de los hechos que los provocaron o les dieron ocasión, pero no por el mero paso del tiempo.

ARTICULO 400 *sexies*.- *Declaración de la sustitución operada*. Todo interesado cuenta con la facultad de demostrar la sustitución para obtener, por acción o excepción, una declaración judicial de la modificación objetiva producida que satisfaga su interés con relación al objeto sustituto.

El ejercicio de esta pretensión no impide el reclamo de los complementos que correspondan.

ARTICULO 400 *septies*.- *Declaración de la sustitución proyectada*. El legitimado para entablar una sustitución puede solicitar judicialmente una declaración de la subrogación que se habrá de producir en el futuro.

ARTICULO 400 *octies*.- *Situaciones comprendidas*. A todo efecto, se consideran pasibles de subrogación real:

1) la situación jurídica de propietario de derechos patrimoniales. En especial, la propiedad del ausente o de otros propietarios cuyos derechos fueran sacrificados en favor de terceros; la propiedad fiduciaria, la que se encuentre bajo administración de un tercero, la de goce común con fines operativos, la del menor, la de origen hereditario, la pública o privada del Estado y la propia de los regímenes patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales;

2) la relación jurídica obligatoria que subsiste frente al cumplimiento imposible imputable al deudor; o bien por su imposibilidad de cumplimiento inimputable, si su prestación se dirige hacia objetos determinados y estos son sustituidos;

3) el poder jurídico real, principal o accesorio, sea que recaiga sobre cosas o derechos;

4) la situación jurídica del acreedor privilegiado, retentor, o de cualquier manera garantizado especialmente;

5) la situación jurídica de los sujetos cuyas facultades estén delimitadas por una afectación a vivienda, por cláusulas de indisponibilidad o por otros límites a la disposición jurídica;

6) cualquier otra situación jurídica que se asiente sobre uno de los objetos previstos en el artículo 400 *quater*.





## **CAPÍTULO V**

### **PROYECCIONES EN LA CASUÍSTICA**

#### **1. PLANTEAMIENTO**

Toda pretensión casuística genera un aprieto difícilmente evitable, pues quien se aboca a ella correrá el peligro de no abordar la totalidad de los casos posibles. Sin embargo, ese riesgo queda parcialmente neutralizado cuando se arriba a estas instancias luego de haber estudiado las pautas generales del ámbito de aplicación de la figura en análisis.

Ese ámbito es para nosotros el más amplio que el principio de conservación de las situaciones jurídicas puede albergar, razón por la cual toda la recopilación que haremos a continuación ostentará un carácter “meramente enunciativo”. Máxime que nuestro análisis se centrará fundamentalmente en el del Derecho privado, sin perjuicio de que no obviaremos ciertos casos paradigmáticos provenientes del Derecho público o que impliquen una clara conexión entre ambas disciplinas.

#### **2. CLASIFICACIONES**

##### **2.1. Posibles criterios**

Las clasificaciones razonables para incursionarnos en esta tarea son variadas y pueden responder a criterios diversos.

Según su regulación, los casos de subrogación real pueden clasificarse en supuestos “típicos” y “atípicos”, según que cuenten o no con una regulación legal al efecto. Mientras los supuestos típicos cuentan con una “regla” al efecto, los atípicos vienen determinados exclusivamente por el “principio” de conservación de las situaciones jurídicas. Por su parte, los supuestos “típicos” pueden ser “nominados” o “innominados”, según que la ley que los regula haga mención directa o indirecta de la subrogación real, o simplemente la utilice sin acudir a esa nomenclatura.

Respecto de la autonomía didáctica de las disciplinas en las que juega la subrogación real, una división primaria se da en los casos pertenecientes al “derecho privado” y los pertenecientes al “derecho público”, como secundariamente en cada una de las ramas de esas disciplinas.

En cuanto a la autonomía legislativa, los casos de subrogación real podrían clasificarse de acuerdo a la pertenencia a los distintos cuerpos normativos (así, como pertenecientes al Código Civil y Comercial, o a otros Códigos o leyes especiales).

## **2.2. Un problema común: la fragmentación**

Los criterios que señalamos, aislados en sí mismos, están expuestos a un mismo conflicto: la “fragmentación”. Así, el criterio de la “regulación” fragmenta las hipótesis de subrogación real, pues a pesar de que se presenten situaciones similares a las legalmente previstas su abordaje deberá ser indefectiblemente separado.

Partir de la “autonomía didáctica” corre una similar suerte, pues –verbigracia– no hay duda de que la subrogación real en los “privilegios” ocurre tanto en el Derecho “civil” como en el “concursal”. Un tratamiento separado de ello sería injustificado.

El criterio de la “autonomía legislativa” desembocaría en el mismo derrotero, pues idéntica situación jurídica –incluso perteneciente a la misma disciplina– podría quedar esparcida en

distintos apartados. Por ejemplo, ello nos llevaría al tratamiento separado de la subrogación real en los derechos reales de garantía de “prenda” del de “prenda con registro”, ya que el primero se rige por el Código Civil y Comercial y el segundo por la legislación especial.

No nos parece admisible incurrir en esos aislamientos de figuras similares o estrictamente conexas, pues podría llevar tanto a repeticiones innecesarias como al riesgo de que el lector interprete que hay diferencias sustanciales que justifican esa separación.

### 2.3. Nuestra propuesta

En los apartados siguientes seguiremos un criterio que decidimos denominar como del “ámbito de la situación jurídica involucrada”. Dividiremos el análisis según que la subrogación real ocurra con relación: 1) al derecho de propiedad, abstraído de su consideración específica; 2) a los derechos personales; 3) a los derechos reales; 4) a otras situaciones jurídicas.

Para Ginossard todos los derechos que componen el patrimonio de una persona son derechos de propiedad<sup>1</sup>; nótese que esa idea reposa sobre una generalización: el derecho de propiedad recae incluso sobre “bienes incorpóreos”. Ese concepto amplio de propiedad que se aplica a todos los bienes que conforman el activo del patrimonio, no es novedoso; tiene una gran aceptación en nuestro Derecho y tiene consagración legislativa en múltiples normas del Código Civil y Comercial<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> GINOSSARD, S., *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960, pp. 185-109.

<sup>2</sup> Verbigracia, el art. 965 es diáfano al respecto: “*Derecho de propiedad*. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”. De los contratos pueden resultar diversos derechos patrimoniales, y esos derechos “integran” el derecho de propiedad del adquirente. Esa también es la idea que inspira a la

Tanto un derecho real como un crédito importan para su titular una “propiedad”. Ambos derechos subjetivos son “bienes” y como tales “objetos” de propiedad, integrantes de un patrimonio determinado como de otras universalidades.

Esta idea ya estaba desarrollada con meridiana claridad en la obra de Freitas, quien con vocación amplísima afirma que “todo derecho adquirido es una propiedad de quien lo adquirió”<sup>3</sup> y ello es así al menos cuando sean susceptibles de tener valor pecuniario<sup>4</sup>.

Según el jurista brasileño la propiedad no es una idea exclusiva de los derechos reales, sino que corresponde por lo pronto también a los derechos personales, que son “bienes” e integran nuestro patrimonio. ¿Cuándo?:

“Cuando ellos son considerados, no como derechos personales contra el respectivo deudor, sino como propiedad. Como propiedad, como objetos de propiedad, los créditos son bienes (...) del mismo modo que las cosas...”<sup>5</sup>.

Según su tesis, el sujeto activo de la obligación es al mismo tiempo “acreedor” y “propietario”; la primera calidad con relación al deudor y la segunda con relación a los terceros, o mejor, respecto del objeto en sí.

La concepción al respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es clara en el sentido de que el vocablo propiedad tiene una extensión amplia<sup>6</sup>. En esa línea de ideas, el vocablo propiedad comprende todos los derechos subjetivos de contenido patrimonial.

---

regulación del contrato de fideicomiso, pues según el art. 1682: “*Propiedad fiduciaria*. Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes”. También es lo que surge de los arts. 242 y 743.

<sup>3</sup> FREITAS, A. Teixeira, *Código Civil. Esboço*, Ministério da justiça e negócios interiores. Serviço de documentação, 1952, p. 190-191.

<sup>4</sup> Véanse los arts. 321 y siguientes del *Esboço* de Freitas.

<sup>5</sup> FREITAS, p. 190.

<sup>6</sup> Véase §7.2, Capítulo II.

El lector advertirá sin dificultad que el término “propiedad” no se identifica exclusivamente con “derecho real de dominio”<sup>7</sup>.

Por todas esas razones hablar de un “propietario” (sujeto de la situación jurídica) de derechos patrimoniales (objeto de la situación jurídica) es adecuado, aunque adolezca de la imprecisión inicial de no indicar a qué derecho nos estamos refiriendo. Concretamente, será propietario de un “crédito”, de un “derecho real”, etcétera.

Entonces, ¿cómo funciona la subrogación real aquí? La subrogación real provocará la perduración de la situación jurídica de “propiedad”, pues esta sobrevivirá a pesar del cambio de sus objetos: sean éstos derechos “reales” u “obligacionales”. Así, si se sustituye un derecho real de dominio por un derecho creditorio, verbigracia, en virtud de la expropiación de una cosa que deberá ser indemnizada por el Estado–deudor. La subrogación real producirá que la “propiedad”, ahora enderezada con relación a un crédito, permanezca incólume y por esa razón es que ese crédito – por ejemplo– formará parte de la universalidad a la que pertenecía el derecho real antecedente.

Ese pensamiento puede observarse claramente en el fideicomiso. Según el art. 1682 del Código Civil y Comercial, sobre los “bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria” que integra un patrimonio especial (art. 1685); el art. 1684 aclara que “el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria (...) por subrogación real respecto de todos esos bienes”. Siguiendo con el ejemplo, la indemnización que viene a sustituir un objeto de la

---

<sup>7</sup> Véase, entre muchos otros, SEGOVIA, *Código Civil...*, tomo II, en nota 1 al art. 2508 (2506), p. 76; GATTI, Edmundo, “Propiedad y dominio (Terminología. Concepto doctrinario. Definición legal)”, *Lecciones y Ensayos*, N° 24, p. 23; MOLINARIO, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, La Ley, Buenos Aires, 1965, §24, pp. 121 a 125; ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 99.

propiedad fiduciaria también seguirá esa suerte, y por tanto, pertenecerá al patrimonio especial.

Se advertirá que nuestro análisis posterior de las situaciones jurídicas particulares es esencialmente “dualista” (supuestos 2 y 3), pues nos apoyamos en la clásica división de los derechos subjetivos en “obligaciones” y “derechos reales”. Allí haremos mérito de subrogaciones reales que se producen en los objetos de esos derechos subjetivos, como también en el asiento de otras situaciones jurídicas que funcionen en el ámbito de uno u otro.

Las figuras de naturaleza dudosa o rebeldes al encasillamiento en las clases referidas merecen el apartado residual que denominamos como “otras situaciones jurídicas” (supuesto 4).

El lector podrá fácilmente determinar dentro de cada categoría conceptual si el caso en análisis es “típico” o “atípico”, a qué disciplina pertenece y a qué normativa se haya anclado. Por ello, si bien rechazamos utilizar esos parámetros como divisiones principales, sí podrán emplearse como coadyuvantes en la explicación de la situación jurídica involucrada.

### 3. RESPECTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD, ABSTRAÍDO DE SU CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA

#### 3.1. Planteamiento

Ya hemos visto que la doctrina elaborada en torno a la subrogación real discurrió acerca del ámbito de aplicación; unos sostenían que ella funcionaba en la órbita de los patrimonios, típica universalidad jurídica (subrogación real general), otros lo extendían también a las universalidades de hecho; otros autores prescindían de la subrogación real general por entender que ella “es siempre especial” y busca la supervivencia de situaciones jurídicas específicas.

En buena medida esa discusión deviene abstracta si consideramos que lo que sobrevive en una subrogación es el “derecho de propiedad, abstraído de su consideración específica”. Se sustituyen entre sí objetos de diversa especie: derechos creditorios, derechos reales, etcétera, como integrantes todos ellos de la noción de propiedad.

La supervivencia de tal o cual derecho de propiedad puede estar “atada” a una universalidad determinada. Pero no es porque la subrogación real funcione ni siquiera primordialmente en la universalidad. Sino que ello es así debido a que la conservación del derecho de propiedad supone hacerlo de la manera más similar a la que se encontraba. Así entonces, tal o cual propiedad se conservará como integrante de una o varias universalidades específicas. La cuestión, en definitiva, se relaciona con los “efectos” de la subrogación y no con el ámbito de aplicación ni con las situaciones jurídicas tuteladas.

Con ello prescindimos también de las inconsistentes alusiones a subrogaciones “perfectas” e “imperfectas”, puesto que siempre es conservada la “propiedad” independientemente del derecho real o personal subyacente.

Este es el criterio que inspira las líneas siguientes.

### 3.2. La propiedad del ausente

Si una persona humana desaparece de su domicilio y no se tiene noticias de ella, puede designarse un curador a sus bienes si fuera menester (arts. 79 y ss., Código Civil y Comercial).

El art. 83 indica que el curador tiene a su cargo los actos de “conservación” y los de “administración ordinaria” de los bienes. Creemos que estos últimos actos no descartan una eventual enajenación de determinados objetos siempre y cuando ello esté atado al giro ordinario de los negocios. Piénsese en el declarado ausente que era titular de un fondo de comercio: en ocasiones será menester continuar con los negocios para que al menos no se disminuya la fortuna, con mayor razón si se tratara de objetos de conservación dispendiosa o perecederos.

La curatela finaliza, entre otras razones, por la “presentación del ausente” (art. 84, Código Civil y Comercial).

A la ausencia de una persona puede sumársele su presunción de fallecimiento, cuando el tiempo de la falta de noticias alcanza los tres años, en su faz ordinaria (art. 85, Código Civil y Comercial), o en el plazo menor determinado por ciertos casos extraordinarios (art. 86, Código Civil y Comercial).

Aquí también se le designa un “curador”, de acuerdo con el procedimiento legal previsto al efecto. Este cumplirá sus funciones hasta que corresponda materializar la “entrega” de los bienes a los sucesores del declarado presuntamente fallecido (art. 91, Código Civil y Comercial).

Ellos pueden realizar “la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial”, límites que desaparecerán una vez “transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona” (art. 92, Código Civil y Comercial).

Ahora bien en los supuestos antedichos, ¿qué ocurre si el ausente reaparece? El art. 92 establece que el mismo “puede



reclamar: a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados; d) los frutos no consumidos”<sup>8</sup>.

Llambías, al comentar la norma paralela hoy derogada, sostuvo que hay allí un “supuesto de subrogación real” en virtud del cual lo que se haya incorporado en el patrimonio sigue la suerte del objeto sustituido, de modo que ha menester la restitución del “producido” y de aquello adquirido por la “vía de reinversión de los fondos provenientes de la enajenación de los bienes originarios”, como también los “créditos” por el saldo de precio o por la “colocación de fondos integrantes del capital del reaparecido”<sup>9</sup>.

Quinteros explica:

“Por medio de la subrogación la Ley reemplaza un valor extraído del patrimonio del ausente por un valor nuevo afectado al mismo fin que aquel; buscando así proteger al verdadero titular de aquel patrimonio, contra la posible insolvencia del poseedor, ya que en vez de concederle tan solo una acción personal contra este último, le otorga (...) un verdadero derecho de propiedad sobre el nuevo bien”.

---

<sup>8</sup> Se señala que la reaparición puede suscitar complejas cuestiones no resueltas, como cuando se disponga de un objeto y con su precio se adquiera otro de mayor valor, aportando al efecto dinero que no pertenecía al ausente. En tal supuesto se entiende como preferible entender por alumbrada una situación de comunidad de derechos entre el sucesor y el reaparecido, en proporción al valor de los aportes (TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo I, p. 1019. Se trata, pues, de un nítido caso de subrogación parcial.

<sup>9</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, §1038, p. 718. El mismo autor refiere que esa subrogación “debe ser probada por el ausente reaparecido que funda en ella un título a la obtención de bienes que materialmente no existían en su patrimonio...”.

La conclusión del Quinteros es compartible siempre que se interprete el vocablo propiedad en el sentido amplio al que aludimos en este trabajo.

La regla del art. 92 del Código hubiese ganado en claridad y en consistencia con el principio de conservación si no se hubiese limitado en su literalidad a los casos que allí expresamente dispone, o sea, a la restitución de los objetos “adquiridos con el valor de los que faltan” o “el precio adeudado de los enajenados”.

La búsqueda de mayor precisión hubiese exigido transpolar una norma semejante a los arts. 2194 y 2584, que admiten la subrogación por “indemnización, precio, o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”. ¿Dónde están las indemnizaciones en el art. 92? ¿Y el precio ya cobrado —incluso no dinerario— pero no reinvertido ni consumido?

Son compartibles las conclusiones de Roca Sastre en el derecho español:

“Aunque el Código no lo diga, indudablemente también tendrá derecho a los bienes obtenidos por permuta o por retracto, así como a los créditos resultantes de indemnizaciones por seguro, por responsabilidad de tercero o por expropiación forzosa y a los créditos derivados de préstamo de dinero perteneciente a la herencia del ausente. También en caso de haberse hipotecado bienes de éste podrá reclamar las cantidades obtenidas con la hipoteca”<sup>10</sup>.

Para finalizar, aclaramos que a pesar de que la subrogación esté prevista de manera expresa únicamente para la presunción de fallecimiento y una vez vencido el “período de prenotación”, lo cierto es que ella debe operar también respecto de toda enajenación, como la realizada antes de la finalización de ese período con autorización judicial<sup>11</sup>, o la realizada prescindiendo de

---

<sup>10</sup> ROCA SASTRE, p. 297.

<sup>11</sup> ROCA SASTRE, p. 297; SAUX, p. 239; TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo I, pp. 1009 y 1018.

esa venia judicial<sup>12</sup> o de ciertos actos de enajenación que ingresen dentro de la categoría de “administración ordinaria”<sup>13</sup>, etcétera.

### **3.3. La propiedad frente a un legitimado aparente**

#### **3.3.1. Disposición por un “heredero aparente”**

El art. 2315 les otorga cierta eficacia a algunos actos de administración y de disposición otorgados por el denominado “heredero aparente”.

Centrémonos en esta última categoría de actos: serían eficaces “...los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este están judicialmente controvertidos”.

Nótese que no importa la calidad de buena o mala fe del heredero aparente a los efectos del “saneamiento” (impropio, por nueva fuente de adquisición) del acto de disposición originariamente ineficaz (art. 399, Código Civil y Comercial), pues basta para ello que exista buena fe en cabeza del tercero, sumado a su título oneroso.

La distinción entre buena fe o mala fe del heredero aparente se tiene en cuenta para determinar la magnitud del deber de restitución: “el heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado”. Quinteros explica:

“...aparece el caso de subrogación real consagrado por el artículo; el precio en el primer caso, y éste y la indemnización del perjuicio en el segundo, quedan subrogados al bien enajenado viniendo así a ocupar el lugar de éste”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> SAUX, p. 239.

<sup>13</sup> SAUX, p. 239.

<sup>14</sup> QUINTEROS, p. 157.

Saux, con buen criterio y siguiendo el esquema presentado por Guastavino, refiere que el caso de la mala fe del heredero aparente implica la obligación de “reparar todos los perjuicios sufridos por el heredero vencedor en la petición de herencia, conforme a las pautas que regulan el resarcimiento de daños en materia extracontractual”<sup>15</sup>. Por ello no necesariamente se implican subrogaciones reales.

La mala fe del heredero aparente habilita por un lado a la reparación de todos los perjuicios; se trataría de una indemnización que repara los daños causados. Ahora bien, no sería desafortunado instar la restitución del objeto sustituto específico, con una indemnización complementaria del daño causado. Si el objeto sustituto puede requerírsele al sujeto de buena fe, con mayor razón podrá hacérselo respecto del de mala fe<sup>16</sup>.

Para Quinteros la interpretación del artículo no debe ser restrictiva, por no constituir un principio de excepción; por el contrario, debe ser amplia y abarcar incluso a casos tales como los de la permuta y la indemnización debida por “expropiación o siniestro”<sup>17</sup>.

Es que para el autor deben conjugarse, al menos, tanto los intereses individuales del legítimo propietario como los sociales consistentes en la necesidad de que exista seguridad en las transacciones para no obstaculizar la libre circulación de los bienes<sup>18</sup>. Ello habilitaría, en su criterio, la aplicación analógica a casos no previstos expresamente.

La literalidad del art. 2315 apunta al “precio recibido”, pero ello no debe mover a pensar, por ejemplo, que el heredero verdaderamente legitimado no tiene derecho al precio pendiente

---

<sup>15</sup> SAUX, p. 301.

<sup>16</sup> Véase ULPiano, D.5.3.20.21, que transcribimos en el Capítulo I.

<sup>17</sup> QUINTEROS, pp. 157-158.

<sup>18</sup> QUINTEROS, p. 158.

de pago. Tampoco debe olvidarse que el “precio” no es necesariamente dinerario<sup>19</sup>.

La interpretación de los “conceptos” que permiten la subrogación real no puede estar limitada a la literalidad de esta norma, sino que deberían comprenderse implícitamente en ella los diferentes conceptos que analizamos en el Capítulo I.

Por otro lado, ¿qué ocurre con las sustituciones de ulteriores órdenes? Es decir, con los objetos adquiridos con ese precio. Aquí son patentes las controversias doctrinarias y jurisprudenciales. Ya dijimos que en nuestro criterio la subrogación real no admite, como regla, límites en cuanto a los órdenes de sustitución<sup>20</sup>. En última instancia, todo será un problema probatorio.

Ferrer se pregunta cómo resolver los supuestos en que se compren cosas con dinero de la herencia o con el precio recibido por las enajenaciones de los bienes hereditarios, e incluso qué es lo que ocurre respecto de los animales pertenecientes a un establecimiento ganadero. Se inclina por aceptar las consecuencias jurídicas de la subrogación real, conclusión a la que arriba luego de un profundo análisis de la doctrina y del pensamiento del codificador Vélez Sarsfield —a quien le adjudica una “genial sagacidad”— que deja traslucirse en las numerosas normas que aplican la subrogación. Estima que la interpretación debe ser amplia, basada en la analogía, y que ello se ajusta a los principios de justicia; entiende que la subrogación es admisible de probarse la individualización de los objetos hereditarios y el reemplazo efectivo que se hubiese efectuado en su provecho<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase §7.2.3.5, Capítulo I.

<sup>20</sup> Véase §9.2.4, Capítulo I.

<sup>21</sup> FERRER, Francisco M., “Petición de herencia y subrogación real” en *Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Rubinzal y Culzoni, Santa fe, 1979, pp. 370-384 y 387; también en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa fe, 1978.

### 3.3.2. Disposición por quien aparenta legitimación

Quinteros asevera que el “principio” consagrado por la norma que regula la situación descripta en el acápite anterior es “parte integrante de una doctrina general sobre el derecho aparente”.

Dice:

“En todos los Códigos pertenecientes a los pueblos que han alcanzado un cierto grado de civilización, aun en aquellos que vieron luz en la época del predominio individualista, se contemplan esos derechos de terceros, y en homenaje a estos derechos es que cualquier texto está necesariamente condicionado por el respeto a ellos, cuando son de buena fe y realizan un acto a título oneroso (...). [S]upone lo que constituye la situación ordinaria en la vida, esto es, que las cosas son lo que aparentan ser (...). [S]e consagra así el principio impuesto por la propia naturaleza humana (...), el derecho debe ser lo que aparece, pues él es ‘disciplina y norma humana’”<sup>22</sup>.

En el Código Civil y Comercial, al menos, los arts. 392, 1894, 1895 y 2260 protegen a ciertos subadquirentes de buena fe y título oneroso de derechos reales y personales, siempre y cuando el verdadero titular del derecho haya “intervenido” en la cadena de transmisiones.

El sacrificio del titular del derecho no puede ser absoluto. De allí que la subrogación real deba protegerlo, a pesar de que no esté prevista expresamente o lo esté en un alcance muy limitado.

El art. 2260 del Código Civil y Comercial dispone que el reivindicante “puede reclamarle todo o parte del precio insoluto”<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> QUINTEROS, pp. 146-147.

<sup>23</sup> Sin duda circunscribir la posibilidad del reclamo del precio impago al subadquirente solo en la reivindicación de cosas muebles no registrables importa un desconcierto normativo. Para no incurrir en otro desconcierto ahora interpretativo nos conviene afirmar que la misma solución debe propagarse a las cosas muebles registrables y a los inmuebles (Conforme con la conclusión KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tomo II, p. 497), pues también en ellas se presentaría esa suerte de subrogación real a favor del

al subadquirente; lo que se trata es de que se ejecute a su favor la prestación todavía adeudada<sup>24</sup>.

Hay quienes ven en el art. 2260 del Código Civil y Comercial un supuesto de acción directa<sup>25</sup>. Pensamos que ello no es así<sup>26</sup>, por cuanto el derecho del reivindicante a reclamar el precio insoluto es una consecuencia de una suerte de subrogación real operada con relación al precio<sup>27</sup>.

Más allá de eso, las razones que inspiran la norma deben habilitar a reclamarle la entrega del objeto sustituto (sea precio, indemnización, etcétera) a quien recibió la prestación total o parcialmente. La conservación de la situación jurídica del titular del derecho lo impone.

---

reivindicante para procurar paliar los daños experimentados por la conducta del adquirente a través del reclamo al subadquirente del pago de la totalidad del precio insoluto o de la parte insatisfecha de él. La sorprendente regulación limitativa del art. 2260 resultó más inesperada porque el Código Civil derogado correctamente la extendía a todas las cosas (art. 2780), como también lo hizo el antecedente inmediato del Código Civil y Comercial, o sea el art. 2216 del Proyecto de 1998. Véase un análisis del art. 2260 en ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. ALTERINI, tomo I, §714, pp. 727-728.

<sup>24</sup> El art. 2780 del Código Civil derogado disponía: “Sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si este hubo la cosa del enajenante responsable de ella, y no hubiese aún pagado el precio, o lo hubiese solo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio, o lo que quede a deber”.

<sup>25</sup> Así, TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo IV, p. 120; OSSOLA, §344, p. 651; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Derecho de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2018, §123, p. 268.

<sup>26</sup> Véase §8.1.1, Capítulo III.

<sup>27</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., *Acciones reales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 78.

### 3.4. La propiedad fiduciaria<sup>28</sup>

#### 3.4.1. En general

Según el art. 1684 del Código Civil y Comercial: “Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes”.

La subrogación real en el fideicomiso viene a evitar:

“...situaciones absurdas en las que el fiduciario podría fácilmente eludir la intención del legislador, pues le bastaría enajenar las cosas fideicomitidas y manejar el dinero como si fuera propio –es decir, ajeno al patrimonio especial–, sin perjuicio de su responsabilidad personal, que puede ser ilusoria si resulta insolvente”<sup>29</sup>.

Notamos una cierta reiteración expresiva en el texto de la norma. Nos explicamos. El propietario fiduciario es el titular de los llamados “bienes fideicomitidos”, como de sus productos y frutos. La norma indica que también será titular de los objetos que adquiera “con esos frutos y productos”, con clara alusión a que esos objetos son empleados para adquirir otros distintos. Con posterioridad, acaso para aventar toda duda, reitera que la subrogación real opera “respecto de todos esos bienes”, o sea: 1) de los fideicomitidos; 2) de los frutos; 3) de los productos; 4) de los adquiridos con esos frutos o productos. Es decir que se presenta a

---

<sup>28</sup> Las resoluciones 112/2002 del Ministerio de la Producción y 185/2003 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios hicieron aplicación de la subrogación real en la propiedad fiduciaria.

<sup>29</sup> KIPER, Claudio M. en LISOPRAWSKI, Silvio V. y KIPER, Claudio M. *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 264.



la “adquisición con esos frutos y productos” como una escena posible de la subrogación real, a la cual no se limita el funcionamiento de la figura.

Seguramente el legislador haya querido disipar toda duda sobre los alcances de la subrogación, tanto en sus órdenes de sustitución como en los conceptos que la habilitan (precio, indemnización, etcétera). La regla del art. 1684 es lo suficientemente amplia como para satisfacer al principio de conservación.

Sobre las implicancias de la alusión a que la subrogación opera “excepto estipulación en contrario en el contrato”, véase lo que decimos en el Capítulo III al hacer tema con la renuncia de los efectos del hecho sustitutivo. Remitimos al mismo Capítulo respecto de las cuestiones publicitarias abordadas por la norma (“debiéndose dejar constancia...”).

#### **3.4.2. Disposición con excedencia del objeto y de los fines**

Es sabido que el titular de la propiedad fiduciaria puede disponer de los objetos fideicomitidos (arts. 1688 y 1704, Código Civil y Comercial), siempre que se ajuste al objeto y fines del contrato. Kiper y Lisoprawski se plantean:

“Podría suceder que el fiduciario realizara algún acto de disposición sin que lo requieran los fines del fideicomiso. Tal acto, si bien en principio sería inválido, lo cierto es que deberá ser mantenido si el adquirente es de buena fe y a título oneroso. Por aplicación de los principios generales, si no es factible reclamarle al tercero, el dinero que se hubiere obtenido entra al patrimonio fideicomitado por subrogación real...”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (Noviembre), 125.

Con anterioridad hemos tratado la cuestión de las disposiciones sin legitimación suficiente con mayor detenimiento<sup>31</sup>.

### **3.5. La propiedad bajo la administración de un tercero**

Algunos autores propician que la subrogación real también se aplique en contextos tales como el de un mandatario u otro administrador que hace un uso indebido de los bienes del mandante o administrado<sup>32</sup>. No obstante que la preceptiva es muy generosa, nos ocuparemos únicamente de la que creemos con mayor vocación de generalidad.

A tal efecto, recuérdese que el art. 1324 del Código Civil y Comercial establece que el mandatario está obligado a: “e) dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquel” y “g) entregar al mandante las ganancias derivadas del negocio, con los intereses moratorios, de las sumas de dinero que haya utilizado en provecho propio”; ello sin perjuicio de que “la obtención, en el desempeño del cargo, de un beneficio no autorizado por el mandante, hace perder al mandatario su derecho a la retribución” (art. 1325).

De las normas de la representación voluntaria puede extraerse la misma idea, puesto que el representante está constreñido a restituir los “bienes que le correspondan al representado” (art. 372, inc. f); el representado no puede “aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación” a fines distintos a los autorizados (art. 368, *in fine*).

### **3.6. La propiedad de goce común con fines operativos (“fondo común operativo”)**

Aunque las manifestaciones negociales de las que haremos mérito en este apartado podrían quedar encuadradas dentro de los

---

<sup>31</sup> Véase §3.3.2, Capítulo V.

<sup>32</sup> SMITH, p. 798.

supuestos de “propiedad bajo la administración de un tercero”, es aconsejable su tratamiento diferenciado en atención a las particularidades de ciertos contratos asociativos típicos regulados por el Código Civil y Comercial.

Tanto las denominadas “agrupaciones de colaboración”, como las “uniones transitorias” o los “consorcios de cooperación” tienen, aunque bajo perfiles jurídicos distintos, un “fondo común operativo” (Véase arts. 1455, incs. f] y h]; 1458; 1459; 1464, inc. f]; 1474, incs. f] y p], Código Civil y Comercial).

Según los casos, el fondo es considerado una comunidad de derechos que integran una universalidad de hecho o incluso una universalidad jurídica consistente en un patrimonio especial. A todos esos contratos, “no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho”.

El art. 1458, referido a las “agrupaciones de colaboración” es claro en que respecto de los objetos que integran estos “fondos” opera la subrogación real para hacer participar a los objetos sustitutos de la misma situación jurídica: “*Fondo común operativo*. Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación”. Aquí el fondo común es un patrimonio especial, puesto que “durante el plazo establecido para su duración, los bienes se deben mantener indivisos, y los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer su derecho sobre ellos”; es decir, los bienes egresaron de los patrimonios de los contribuyentes para conformar un nuevo patrimonio, razón por la cual esos objetos no son atacables por los acreedores particulares de cada uno de ellos<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Es precisamente por esta razón que no puede aceptarse que aquí haya sin más un condominio, puesto que en ese derecho real los acreedores tienen amplias facultades: “pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es inoponible” (art. 1989, Código Civil y Comercial). Véase la opinión a la 1° edición de ALTERINI,

Le Pera, en el ámbito de las “uniones transitorias”, sostiene:

“El fondo es aquí un verdadero patrimonio en funcionamiento y en él ocurren todos los fenómenos de subrogación real propios de éstos. El producido por la venta de cualquiera de estos bienes también integrará el fondo, e igualmente lo integrará cualquier otro bien adquirido con tal producido. Si una cosa se dañara o destruyera la indemnización pagada por el asegurador o un tercero integrará el fondo, al igual que lo que se adquiera con esta indemnización”<sup>34</sup>.

Si bien creemos que en el Código Civil y Comercial el fondo operativo de las uniones transitorias no asume la calidad de un “patrimonio” —ya que para que las universalidades jurídicas sean tales el ordenamiento jurídico debió haberlo previsto de esa manera—, sino más bien de una universalidad de hecho, lo cierto es que ello no descarta por sí solo a la subrogación real. *Mutatis mutandis*, es lo que acontece con el fondo operativo de los consorcios de cooperación.

Si quisiéramos encontrar cuál es el factor común inherente a los distintos “fondos” que pueden presentarse en esos contratos asociativos, es que existe una “propiedad”, en sentido genérico, de “goce común con fines operativos”. Obviamente el aprovechamiento no es exclusivo, ya que para que así sea debió habérselo enmarcado en una persona jurídica. Si bien en ocasiones ese aprovechamiento común puede derivar de una verdadera “cotitularidad” de un patrimonio o de los objetos subyacentes, lo cierto es que ello no es lo necesariamente común a todas las figuras que pueden presentarse.

De allí que lo que se conserva a través de la subrogación real es esa “propiedad de goce común con fines operativos”.

---

Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, tomo VII, p. 388.

<sup>34</sup> LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresaria*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 164.

### 3.7. La propiedad del menor

El menor de edad no tiene la plena administración y disposición de sus derechos patrimoniales. Pero existen supuestos especiales previstos por el ordenamiento jurídico, como en los arts. 30 y 686 del Código Civil y Comercial:

Art. 30: “*Persona menor de edad con título profesional habilitante.* La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión (...). Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión...”.

Art. 685: “*Administración de los bienes.* La administración de los bienes del hijo es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental...”. Art. 686: “*Excepciones a la administración.* Se exceptúan los siguientes bienes de la administración: a) los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores; b) los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores; c) los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores”.

Así, los objetos que sustituyan a los previstos por el art. 30, seguirán la misma suerte que éstos y podrán ser administrados y dispuestos libremente<sup>35</sup>. De igual manera, si la administración de

---

<sup>35</sup> Kemelmajer de Carlucci entendió que dentro de los bienes adquiridos con el “producto” del trabajo o profesión debían incluirse “también aquellos que, por subrogación real, ingresan al peculio en sustitución de los adquiridos con el trabajo o profesión, pese a la carencia, en nuestro derecho, de un principio general similar al contenido en el (...) Código alemán” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *La capacidad civil del menor que trabaja. Trabajador subordinado y menor profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 90). Más adelante afirma: “...conforme a los principios de la subrogación real, entendemos que los derechos del menor no se reducen a vender y a comprar, sino que si vende y reinvierte el dinero en otro bien, éste también formará parte de su peculio profesional” (p. 118). En su criterio, una solución contraria no sería lógica en tanto no alentaría el “espíritu conservador y previsor”. Sin perjuicio de ello, entiende con Carrascosa, que tratándose de inmuebles, el escribano

los progenitores no comprende a ciertos objetos (arts. 685 y 686), tampoco alcanzará a los que los que ocupen su lugar. Las reglas no lo dicen, pero los principios lo imponen.

### **3.8. La propiedad en las comunidades familiares**

#### **3.8.1. Precisión previa**

Las distintas expresiones de relaciones familiares que prevé el ordenamiento jurídico pueden ser un ambiente propicio para la subrogación real. La analizaremos en el régimen patrimonial del matrimonio y luego en el de las uniones convivenciales.

#### **3.8.2. Régimen patrimonial del matrimonio**

##### **3.8.2.1. Respecto del régimen de comunidad**

Quienes contraen matrimonio “se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común” (art. 431, Código Civil y Comercial), circunstancia que se ve en cierto modo robustecida cuando optan, expresa o tácitamente, por el régimen de comunidad de bienes (arts. 463 y ss., Código Civil y Comercial).

El Código Civil y Comercial configura –para el régimen patrimonial del matrimonio– dos clases diferenciadas de derechos que se agrupan en las respectivas esferas patrimoniales de cada uno de los cónyuges: bienes “propios” (art. 464) y bienes “gananciales” (art. 465); como es lógico, los objetos se presumen gananciales (art. 466).

Durante la vida del matrimonio y aún después de finalizado este, la subrogación real tiende a mantener la integración de las

---

debería redactar el título con cuidado, para que resulte acreditada la circunstancia de que se trata de una reinversión (p. 119).

masas<sup>36</sup>; los objetos que sustituyan a uno propio o a uno ganancial seguirán la misma suerte de los sustituidos<sup>37</sup>. La subrogación protege tanto a los cónyuges como a los terceros<sup>38</sup>. Según Roca Sastre:

“...gracias a la subrogación real, queda asegurado el equilibrio económico entre las dichas masas patrimoniales y su ajuste a la realidad, con lo que se evitan combinaciones fraudulentas en perjuicio de acreedores y legitimarios...”<sup>39</sup>.

Las reglas previstas por el Código Civil y Comercial son diáfanas. El art. 464 dice que “son bienes propios”:

“...c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta. Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge propietario; d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio; (...) f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado; g) los adquiridos

---

<sup>36</sup> Se sostuvo que se trata de una “regla conservativa que coadyuva al principio de incolumidad de las masas” (BASSET, *La calificación...*, p. 276).

<sup>37</sup> Se ha dicho: “...cuando un valor patrimonial sea adquirido mediante un valor ganancial o pase a neutralizar la pérdida sufrida por un valor ganancial, entonces dicho valor nuevo se subroga en el lugar (...) se trata del mismo valor económico que simplemente ha cambiado en su expresión material o jurídica. Lo que se dice respecto del valor ganancial puede afirmarse igualmente en cuanto al valor privativo...” (ROCA SASTRE, p. 291). La opinión del autor acerca de que lo único que muta es la “expresión” del valor nos evoca las mismas ideas que vertimos en el §7.2.3.4 del Capítulo I.

<sup>38</sup> BASSET, *La calificación...*, p. 282.

<sup>39</sup> ROCA SASTRE, p. 291.

durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación...”.

El artículo tiende a evitar la existencia de subrogaciones parciales y atiende a la pauta del “mayor valor” del aporte para calificar el bien; la diferencia resultante de aportes parciales se resolverá obligacionalmente a través de un débito por “recompensa”.

Más allá de eso, la norma prevé diversos casos de subrogación real. Al referirse a los bienes “adquiridos por permuta” presupone un intercambio de una cosa por otra cosa distinta al dinero (art. 1172), o de intervenir parcialmente el dinero habrá permuta siempre y cuando la mayor parte del precio responda al valor de la cosa permutada (art. 1126). Nótese que el art. 1614 también aplica las “reglas” de la permuta cuando la contraprestación a una cesión de derechos sea la “transmisión de la propiedad de un bien”.

Los fenómenos de la “inversión” y de la “reinversión” implican una erogación dineraria; difieren por los órdenes de subrogación. Es que en la reinversión la subrogación será de segundo o ulteriores órdenes, pues presupone que un bien propio haya sido “convertido” en dinero.

Adviértase que la ley también prevé que habrá subrogación real cuando un bien propio sea sustituido por “créditos o indemnizaciones”. Más allá de la redacción normativa, no debe olvidarse que la indemnización pendiente de cumplimiento constituye un crédito, sin perjuicio de que cuando la ley dispone que los “créditos” pueden ser objetos sustitutos también se atienden situaciones como las del precio debido pero aún no cobrado.

Pensamos que la cuestión podría haberse simplificado disponiendo una regla que abarque a todos los supuestos antedichos, a la manera del art. 2194 del Código Civil y Comercial: la situación se mantiene respecto de los “bienes” (en sentido amplio) que los sustituyan, sea por indemnización, precio o



cualquier otro concepto. Si un cónyuge es propietario de un objeto (cosa o derecho) con carácter “propio”, los objetos que lo sustituyan seguirán la misma suerte.

De todos modos debe hacerse la salvedad respecto del inciso “m” del art. 464, puesto que siempre son bienes propios “las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges” y los “necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión. Ello es así a pesar de que hayan sido adquiridos con bienes gananciales, lo que quiere decir que una vez más el ordenamiento jurídico niega o exceptúa la subrogación real en el caso en concreto<sup>40</sup>. Se ejemplifica con un conjunto de libros que puede tener significación tan solo para uno de los cónyuges y no para el otro<sup>41</sup>.

Respecto de las crías de los ganados la cuestión impone un mayor número de matizaciones. Ante todo, por ganado debe entenderse a un “conjunto de animales” (arg. arts. 2130, 2141, 2153, Código Civil y Comercial)<sup>42</sup>.

Se presupone que ese conjunto de animales tendrá crías que cumplirán dos funciones diferenciadas<sup>43</sup>. Por un lado, ciertas crías vienen a reemplazar a los animales que faltan. Por el otro, las crías constituyen auténticos frutos en tanto son “objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya” la

---

<sup>40</sup> Véase §8.3, Capítulo I.

<sup>41</sup> BASSET, *La calificación...*, p. 560.

<sup>42</sup> Transcribimos la primera y segunda acepción de la voz “ganado” para la Real Academia Española: “1. m. Conjunto de bestias que se apacientan y andan juntas. Ganado ovino, cabrío, vacuno. 2. m. Conjunto de abejas que hay en una colmena”. Para Basset “analógicamente” podrían aplicarse las mismas soluciones “a los caballos de carrera, los animales de circo, el cultivo de peces (truchas, salmón, etc.), de aves o de animales de caza, etcétera” (BASSET, *La calificación...*, p. 605).

<sup>43</sup> La cuestión fue objeto de debates en el régimen derogado. Mientras algunos consideraban aplicable analógicamente el art. 2902 del Código Civil y traían a colación el art. 1923 del Código de Uruguay, otros entendían que la cuestión debía resolverse como si las crías fueran directamente frutos. Véase al respecto BASSET, *La calificación...*, pp. 601 y ss.

sustancia del conjunto (art. 233, Código Civil y Comercial). En otras palabras, cuando las crías “exceden el plantel original” ellas serán frutos gananciales (art. 465, inc. i], Código Civil y Comercial). Sin dudas que la disminución del plantel alteraría la sustancia de la universalidad; la sustitución objetiva la mantendría y la excedencia de las crías la aumentaría.

Finalmente, en caso de que se haya “mejorado la calidad del ganado originario”, no habrá subrogación. Acaso porque la subrogación real no admite “plusvalías” y en el régimen de comunidad no se toleran las subrogaciones parciales, como marcamos al inicio. Las diferencias se resolverán a través del sistema de recompensas.

Los objetos adquiridos en virtud de un derecho previo también seguirán la suerte de este<sup>44</sup>. Es lo que dispone el inciso g) del art. 464 del Código Civil y Comercial<sup>45</sup>. Ejemplificamos: si con

---

<sup>44</sup> Siguiendo el pensamiento de Belluscio, se sentenció: “...de lo que se trata es que, en el momento de la celebración del matrimonio, el cónyuge ya tenga un derecho -por lo menos eventual- de adquirir la cosa, derecho que constituya un bien propio. Por lo tanto no existe más que una variante de la subrogación real, caracterizada porque en lugar de sustituirse (...) una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa. Esta asume entonces el mismo carácter que aquél, es propia” (SCJBA, “R. de E., M. A. c. E., O. A.”, 07/03/1994, JA 1995-III-638).

<sup>45</sup> El art. 1267 del Código Civil derogado disponía: “La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”. La parte final de la norma había generado grandes discusiones en la doctrina acerca de sus alcances. La frase parecía ser una suerte de criterio novedoso de Vélez, puesto que no figuraba en sus fuentes. Para la exposición de las diferentes posturas que se esbozaron, véase BASSET, *La calificación...*, p. 513. Creemos que la eliminación de la exigencia de que sea pagado con bienes “de uno de los cónyuges” es encomiable. Parece haberse adherido a la tesis que entendía que el requisito era superfluo y que se correspondía con la tendencia de los diversos proyectos de reforma. Véase la explicación de BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reformas al código civil*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1931, tomo V, pp. 195-198: “...el agregado no corresponde al principio fundamental de toda la teoría (...).

anterioridad a la iniciación de la comunidad se ostentaba un derecho personal “a la cosa” (*ius ad rem*), la tradición efectuada luego de comenzada la comunidad hará que el derecho “sobre la cosa” (*ius in re*) también sea un “bien propio”.

La misma solución debe primar de estar frente a un “boleto de compraventa”<sup>46</sup>; ese contrato preliminar engendra una obligación de hacer, la de celebrar una compraventa en el futuro; esa obligación consiste en un derecho personal que ulteriormente será sustituido por un derecho “a la cosa” y finalmente por un derecho “sobre la cosa”; en la cadena de mutaciones los diferentes objetos mantienen la calidad que ostentaba el primer eslabón.

Todo lo dicho también es aplicable, con las adaptaciones pertinentes, a los bienes gananciales. Véase el art. 465 del Código Civil y Comercial, en particular sus incisos f), g), i) y j).

---

Si un derecho se ha creado anterior a ella, por el cual un bien se adquiere durante su existencia, ese derecho es un capital perteneciente al esposo que lo aporta, y que porque lo aporta, el bien se obtiene (...). Y esa doctrina inconcusa se aplica hasta cuando se cierra un contrato de adquisición o se opta por una adquisición, en virtud de un acto existente antes del matrimonio...”.

<sup>46</sup> Para Machado, la “promesa de una compra o la compra misma sin haber pagado el precio, en nada altera la adquisición del derecho, que una vez ejecutado y consumado hace retrotraer las cosas al momento del contrato (...). La causa principal de que la cosa sea de uno de los cónyuges, es que el título (...) ha sido anterior al matrimonio...” (MACHADO, tomo III, p. 628). Más cerca en el tiempo se dijo: “Bastaría aquí el (...) principio de la subrogación real para reafirmar que del boleto resulta un derecho de carácter propio, y subrogado ese derecho por el dominio, también éste debe tener el carácter de propio” (BELLUSCIO, Augusto C. [Director] y ZANNONI, Eduardo A. [Coordinador], *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1986, tomo VI, p. 131).

### 3.8.2.2. Indivisión postcomunitaria

Luego de disuelta la comunidad, surge una indivisión postcomunitaria (arts. 481 y ss., Código Civil y Comercial) que perdurará hasta la partición.

Independientemente de la naturaleza jurídica que se le asigne a la indivisión postcomunitaria<sup>47</sup>, en ella tiene lugar la subrogación real<sup>48</sup> y creemos que en plenitud<sup>49</sup>, independientemente de que se rija por las reglas de la indivisión hereditaria o no (art. 481). No vemos razones para limitar su aplicación.

A mayor abundamiento, el art. 465 del Código Civil y Comercial lo prevé expresamente, puesto que aplica la subrogación real respecto de “los bienes adquiridos *después de la extinción de la*

---

<sup>47</sup> Se han esbozado diversas teorías; unas la consideran una suerte de “sociedad conyugal” de hecho, otras una universalidad jurídica, otras un condominio o una copropiedad; finalmente existen teorías que niegan su existencia como tal y que afirman una cierta subsistencia de las masas de gananciales, y otras que entienden que debe diferenciarse la naturaleza de la indivisión según la comunidad se haya disuelto en vida o por causa de muerte. Véase al respecto BELLUSCIO, Augusto C. “El régimen de la sociedad conyugal en el período de su liquidación”, *Idearium*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1980, N° 6/7, pp. 39 y ss.

<sup>48</sup> Véase, entre otros, BELLUSCIO, Augusto C. “El régimen...”, pp. 39 y ss.; SAUX, p. 279.

<sup>49</sup> En el derecho español se discute si durante la vigencia de la indivisión postcomunitaria rige plenamente la subrogación real, o lo hace limitadamente. Dentro de la primera postura, Gutiérrez Jerez afirma que todo objeto sustituto de un bien ganancial sigue su suerte, “afectándose al futuro acto de liquidación, que tendrá lugar conservando los partícipes la misma cuota que tenían durante la vigencia de la comunidad”. De esa manera, se “protegería” la “integridad” de la comunidad ganancial, “independientemente de que la comunidad esté formada por los cónyuges o ex cónyuges, o por el viudo o viuda y los herederos del premuerto” (GUTIÉRREZ JEREZ, p. 127). Por su parte, Díez-Picazo y Gullón únicamente admiten la aplicación de la subrogación cuando la comunidad disuelta esté integrada solo por los ex cónyuges.

*comunidad* por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales” (inc. f).

La particularidad es que ya no puede aplicarse la presunción de ganancialidad<sup>50</sup>, pues esta queda sin sustento alguno que la fundamente. Se ha sostenido incluso que la presunción se invierte<sup>51</sup>.

Es que el art. 466 (como también lo hacía el art. 1271 del Código Civil derogado) presume como gananciales “todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad”. Nótese que la presunción es respecto de los objetos que obraban a ese momento, aunque no respecto de los que ingresen posteriormente. De allí que la subrogación adquiera una especial importancia para demostrar, sobre todo, que ciertos objetos subsisten como gananciales.

### **3.8.2.3. Indistintamente, respecto del régimen de comunidad o el de separación**

Si bien por regla el art. 505 del Código Civil y Comercial establece que en el régimen de separación “cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales”, el art. 506 presume la existencia de una suerte de comunidad de derechos “cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar”. Se asistirá, según los casos, a un auténtico “condominio” (art. 1983), o a una comunión de derechos que

---

<sup>50</sup> Véase, entre muchos otros: GUTIÉRREZ JERÉZ, p. 127; BASSET, *La calificación...*, p. 749; SAUX, p. 279.

<sup>51</sup> BELLUSCIO, Augusto C. “El régimen...”, pp. 39 y ss. El autor relata que la inversión de la presunción fue propuesta en una ponencia que él presentó junto a los Dres. Zannoni, Bossert, Bendersky, Szmulewicz, Yungano, Garbini, Imas y Gayoso Druille, aunque no llegó a ser considerada por las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil; SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2007, tomo II, p. 158.

quedará subsidiariamente regida por las normas de aquel derecho real (art. 1984).

Ideas similares están presentes en el régimen de comunidad (arts. 471 y 472). En particular dice el art. 472: “*Ausencia de prueba*. Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva”.

De todos modos, hay lugar para la subrogación real. De no poderse demostrar la “propiedad exclusiva” de un objeto, este será común; y también lo será, verbigracia, la indemnización que lo sustituya.

### 3.8.3. Régimen patrimonial de la unión convivencial

En la órbita de las uniones convivenciales también pueden engendrarse comunidades de derechos. El art. 514 del Código Civil y Comercial refiere que “los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: (...) c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común<sup>52</sup>, en caso de ruptura de la convivencia”. De concebirse esta comunidad, si esos objetos adquiridos por “esfuerzo común” fueran sustituidos por otros, estos naturalmente seguirán su misma suerte<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> La palabra “esfuerzo”, en la primera acepción provista por el Diccionario de la Real Academia Española, significa el “empleo enérgico de la fuerza física contra algún impulso o resistencia”, en la segunda el “empleo enérgico del vigor o actividad del ánimo para conseguir algo venciendo dificultades”; la cuarta acepción indica que el esfuerzo es el “empleo de elementos costosos en la consecución de algún fin”.

<sup>53</sup> Para el Derecho uruguayo, véase ANIDO BONILLA, Raúl, “De los bienes adquiridos por un concubino a costa del esfuerzo o caudal común”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n° 31, 2017, pp. 131 y ss. El autor indica que en su opinión la fórmula “esfuerzo o caudal común” implica una situación de comunidad funcional (p. 135), que en virtud de su afectación al pertinente destino (pp. 141-142), subsiste por subrogación real (pp. 142-146, 149) como integrativa de una universalidad jurídica (p. 150).

### 3.9. La propiedad hereditaria

#### 3.9.1. Composición de la herencia

Si bien en el Código argentino no tenemos una norma idéntica al art. 2069 del Código de Portugal<sup>54</sup> que delimita el contenido de la herencia, sí contamos con el art. 2376 que dispone: “*Composición de la masa*. La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros”.

La norma es lo suficientemente clara y amplia como para ser consistente con el principio de conservación, pues al aludir a los objetos que se “han subrogado” admite todas las vías de subrogación posibles.

Sobre todos esos objetos recaerá la propiedad o copropiedad de los sucesores (arts. 2277, 2280, 2323 y concordantes), la preferencia para el cobro de los acreedores del causante y por

---

<sup>54</sup> Como vimos en el Capítulo IV, el art. 2069 del Código de Portugal enumera los bienes que “forman parte de la herencia”. Allí se dispone que integran la herencia: los bienes subrogados en lugar de los de la herencia por “intercambio directo”; el precio de los enajenados; los adquiridos con dinero o valores de la herencia, siempre que ese origen sea mencionado en el documento de adquisición.

cargas de la sucesión (art. 2316)<sup>55</sup>, como también la limitación a la responsabilidad del heredero (art. 2317)<sup>56</sup>. Relata Borda:

“Se discutía antiguamente si el heredero estaba obligado con sus bienes propios hasta la concurrencia del valor del patrimonio heredado, o si solo respondía con los bienes heredados. En otras palabras: ¿pueden los acreedores dirigirse contra los bienes propios del heredero, en tanto no se exceda el valor de los heredados, o, por el contrario, solo pueden ejecutar estos? La controversia está hoy decidida por la última solución, que es la que mejor se ajusta con el espíritu de la institución”<sup>57</sup>.

El Código Civil y Comercial adoptó un régimen algo confuso; en algunas normas parece que se sigue uno u otro sistema<sup>58</sup>. Debe encontrarse en el art. 2280 *in fine* la regla general aplicable: “En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados”. Es una temática debatible, pero creemos que la norma debe armonizarse con el art. 2321 que establece que el heredero

---

<sup>55</sup> El art. 3440 del Código Civil derogado establecía: “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”. Sobre los errores de redacción de la norma y la interpretación en torno a su alcance, véase QUINTEROS, pp. 105–112. También, véase SAUX, pp. 290–293.

<sup>56</sup> Destaca Quinteros: “...al quedar subrogado, forma parte del haber hereditario y no del patrimonio del heredero, y debe, por tanto, responder a las deudas y cargas de la sucesión” (QUINTEROS, p. 103).

<sup>57</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo I, §326, p. 252.

<sup>58</sup> Compárese los arts. 2280, 2317 y 2297 del Código Civil y Comercial. Véase FERRER, Francisco; CÓRDOBA, Marcos M. y NATALE, Roberto Miguel, “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, DFyP 2012 (octubre), 127.



responde con “sus propios bienes” si “enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa” (inc. d)<sup>59</sup>.

La lectura conjunta de ambos artículos nos sugiere que en caso de enajenación habrá lugar para la subrogación real y los acreedores podrán agredir, por regla, el objeto sustituto; este objeto encarna el “valor” involucrado. Ahora bien, en el caso en que el acto no sea “conveniente” o el precio no “ingrese a la masa”, el heredero responderá por el valor abstracto del objeto enajenado y lo hará con sus propios bienes.

La conclusión se robustece si se tiene en cuenta que sobre los bienes de la herencia los acreedores del causante y por cargas de la sucesión cuentan con su preferencia (art. 2316, Código Civil y Comercial) y que respecto de ellos pueden oponerse a su entrega a los herederos si sus créditos no han sido satisfechos (art. 2359, Código Civil y Comercial). Desplazar a la subrogación real haría que los titulares de esos créditos pierdan tan preciadas facultades.

### 3.9.2. Deber de colación

Hemos analizado la cuestión del art. 2393 del Código Civil y Comercial en el §2.2.6.12 del Capítulo III, a donde remitimos.

---

<sup>59</sup> Téngase presente que “la disposición a título oneroso o gratuito de un bien” implica aceptación de la herencia (art. 2294, Código Civil y Comercial). Pero en el ámbito de una sucesión por causa de muerte, en ocasiones es necesario realizar disposiciones de objetos por tratarse de bienes “percederos” o de conservación “dispendiosa” o de rápida “desvalorización” (art. 2296, Código Civil y Comercial). Para esa norma esos actos, en las circunstancias que allí se explicitan, no implican aceptación de la herencia; pero “el que ha percibido (...) el precio de las ventas queda sujeto a las obligaciones y responsabilidad del administrador de bienes ajenos”. Ello quiere decir que el “precio” sigue la propiedad del objeto cuya sustitución era imperiosa.

Véase también los arts. 2353 y ss.

### 3.9.3. **Petición de herencia**

Sobre esta temática, remitimos al lector al §3.3.1 del presente Capítulo donde analizamos los actos del heredero aparente.

Añadimos que las reglas respectivas se aplican también frente a una declaración de vacancia, supuesto en el cual los bienes se entregan al Estado. Dice el art. 2443, Código Civil y Comercial: “Concluida la liquidación, el juez debe mandar entregar los bienes al Estado que corresponde. Quien reclama posteriormente derechos hereditarios debe promover la petición de herencia. En tal caso, debe tomar los bienes en la situación en que se encuentran, y se considera al Estado como poseedor de buena fe”.

### 3.9.4. **Partición**

Enviarnos al lector al §5.2.2.2 de este Capítulo, donde tratamos la partición de la comunidad de derechos madre: el derecho real de condominio.

## **3.10. La propiedad del Estado**

La persona jurídica Estado es propietaria de diversos objetos con regímenes jurídicos disímiles: objetos públicos y objetos privados. En principio, los públicos son indisponibles e inejecutables; lo contrario ocurre en los privados (art. 237, Código Civil y Comercial).

Salvo que se prevea lo contrario, se mantendrá la propiedad pública o privada respecto de los objetos que sustituyan a unos u a otros en virtud de un precio, indemnización o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. Verbigracia, si una dependencia pública resultara dañada y naciera en beneficio del Estado un crédito indemnizatorio, este derecho personal podría ser inejecutable por ser el objeto sustituto de una propiedad pública. En el mismo sentido, como la situación jurídica debe conservarse

de la manera más semejante a su diagramación original, la indemnización habrá de destinarse a los fines respectivos.

### 3.11. Límites a la ejecución de la propiedad

Los análisis de este apartado deben complementarse con lo que decimos más adelante acerca de las cláusulas de indisponibilidad y del régimen de la vivienda.

La regla es que todos los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores y que son “embargables” (arg. arts. 743, 744 y 745, Código Civil y Comercial). Excepcionalmente, no son ejecutables y tampoco embargables los bienes declarados como tales por la ley (art. 744, inc. h, Código Civil y Comercial).

La cuestión es la siguiente: si un objeto inembargable es sustituido por otro, ¿el objeto sustituto asumirá tal “calidad”? Y si el sustituido fuera embargable, ¿también lo será el sustituto?

Piénsese la siguiente hipótesis: quien padece un daño moral o material derivado de lesiones a su integridad psicofísica tiene derecho a ser indemnizado sin estorbos provenientes de sus propios acreedores insatisfechos (art. 744, inc. f], Código Civil y Comercial). Ese crédito indemnizatorio no es ejecutable ni embargable. Tampoco debería serlo la suma resultante una vez cobrado ese crédito, ni lo adquirido en consecuencia con ella<sup>60</sup>.

Pero como dijimos en el Capítulo I, la cuestión de si la situación jurídica puede subsistir con un asiento diverso debe

---

<sup>60</sup> Compárese con lo resuelto en Canadá en autos “Poulin v. Serge Morency et Associés Inc.” con fecha 17/09/1999. Allí la parte sostuvo que existen objetos inembargables en virtud de si tenían esa calidad los fondos utilizados para adquirirlos. Pero el tribunal rechazó el argumento y se preguntó cómo en tal supuesto podríamos trazar el límite, puesto que ello podría generar una cadena de objetos inembargables a perpetuidad, además de que iría en contra de que la declaración de objeto inembargable sería excepcional ([1999] 3 SCR 351). Esa doctrina fue ponderada en el año 2010 en un caso posterior: “Gauthier Estate v. Canada” (2010 FCA 228).

apreciarse en concreto. La inejecutabilidad y la inembargabilidad de algunos objetos no es arbitraria; siempre se encuentra en ella un fundamento, consistente en ciertos valores que el legislador decide tutelar especialmente. Por ello, consideramos que la subrogación real presupone que la finalidad pueda seguir siendo cumplida a pesar de la sustitución objetiva. De esa manera, la protección de los derechos del deudor que recaigan sobre “ropas y muebles de uso indispensable”, o los “instrumentos necesarios” para el trabajo, etcétera, podrá subsistir si los objetivos buscados por el legislador todavía pueden ser satisfechos; ello no nos parece discutible cuando se trate de objetos como el dinero, o bien de créditos que lo involucren.

Más problemática es la situación inversa: un objeto que principia como embargable, que es sustituido por uno inembargable. Así, si con el producido de la venta de un inmueble se adquirieran “instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor” (art. 744, inc. b), Código Civil y Comercial). Creemos que no puede brindarse una solución *a priori* y que la cuestión, en buena medida, dependerá de las circunstancias del caso (existencia de un embargo previo, privilegios, etcétera).

Una temática que puede despertar discrepancias es qué ocurre cuando la ejecución instada por el acreedor solamente puede enderezarse a objetos determinados. De sustituirse esos objetos, ¿la ejecución se limitará a los sustitutos?

#### 4. EN LOS DERECHOS PERSONALES (“RELACIONES JURÍDICAS”)

##### 4.1. En la prestación

###### 4.1.1. Aclaración previa

El objeto de la relación jurídica obligatoria es la prestación (arts. 725, 865 y concordantes, Código Civil y Comercial). La prestación consiste en la conducta jurídica debida por el deudor en

favor del acreedor y puede consistir en un dar, un hacer, o un no hacer; a su vez, puede identificarse un objeto de la prestación. En las obligaciones de dar, este objeto es precisamente, el bien, material o inmaterial, que debe ponerse a disposición del acreedor (arts. 746 y ss., 764, Código Civil y Comercial).

La subrogación real en materia obligacional puede desenvolverse en ambos niveles: puede consistir en una sustitución de la prestación misma, o bien tan solo en una sustitución del objeto de la prestación. Lo cierto es que, en uno u otro caso, siempre está comprometida una verdadera sustitución del objeto de la obligación, sea por cambiar la prestación íntegramente o por modificarse el sustrato al cual la conducta se dirige.

Para Longo el aditamento “real” de la subrogación serviría para distinguirla no solo de las subrogaciones personales, sino de otras subrogaciones objetivas, como las que denomina “subrogación objetiva en la obligación”, o subrogación “en el objeto de la prestación”. Asevera que estas pueden “causar” una subrogación real, en el sentido de que entra un objeto distinto en el patrimonio, pero no pueden “confundirse” la una con la otra, por funcionar a través de principios jurídicos diversos<sup>61</sup>. Según él sería evidente que un tratamiento de la subrogación real que abarque cualquier sustitución de “cosa a cosa” sería confundir el instituto con otros análogos, sin valor científico ni posibilidad de sistematizarla, por partir de principios diferentes y alcanzar efectos diversos. Una pretensión de esa especie significaría una “monstruosa confusión de ideas”<sup>62</sup>.

Nosotros ya hemos explicado que la subrogación real debe entenderse como sinónimo de subrogación objetiva. La subrogación real conserva toda situación jurídica; ya se refiera a una obligación o, verbigracia, a la vivienda familiar, el fundamento de la

---

<sup>61</sup> LONGO, p. 22.

<sup>62</sup> LONGO, p. 33.

subrogación es siempre el mismo: el principio de conservación. La naturaleza del instituto es idéntica. Lo único que varía es la situación a la que se refiere. Ello no desmiente que en cada situación conservada puedan vislumbrarse ciertas particularidades que ha menester tratar por separado. Pero ello ocurre siempre que se esboza una teoría general, puesto que en ella se rescata lo común a un catálogo indeterminado de situaciones y una vez que se la lleve al terreno de lo concreto la especialidad de cada situación merece nuevas precisiones.

#### 4.1.2. **Sustitución del objeto de la prestación frente a la imposibilidad de cumplimiento inimputable (“*commodum repraesentationis*”).**

##### 4.1.2.1. **Planteamiento. Terminología utilizada**

Son numerosos los ordenamientos jurídicos civiles que prevén un instituto denominado como “*commodum repraesentationis*” o también llamado “*commodum subrogationis*”. Así lo hacen, entre otros, el Código de Francia (art. 1351), el de Italia (art. 1259), el de España (art. 1186), el de Portugal (arts. 794, 803), el de Québec (art. 1701), el de Chile (art. 1677), el de Uruguay (art. 1556), el de Perú (art. 1138, 1157), el de Bolivia (art. 383), el de Paraguay (art. 631 *in fine*), el de Nicaragua (art. 2173), el de Louisiana para el contrato de depósito (art. 2934), el de Alemania (art. 285).

La situación reglada por esos ordenamientos puede resumirse de la siguiente manera: el derecho personal del acreedor de un objeto determinado subsiste frente a la imposibilidad de su cumplimiento, enderezada ahora al objeto que lo sustituya, cuando esa circunstancia no sea imputable al deudor. Algunos ordenamientos apuntan al derecho del acreedor respecto de los “derechos y acciones” que le correspondan al deudor en virtud del perecimiento de la cosa (Francia, Chile, Uruguay, Nicaragua), o simplemente las “acciones” contra terceros (España), o bien un derecho sobre cierta cosa o contra un tercero (Portugal, Perú);

otros aluden a que el acreedor puede exigir todo lo que el deudor haya conseguido a título de resarcimiento (Italia, Paraguay), indemnización cobrada o aun debida (Québec), incluso emergente de un seguro (Louisiana), o se alude directamente a los derechos emergentes de la imposibilidad (Bolivia). El Código de Perú aplica la misma idea para las obligaciones de hacer y de no hacer (art. 1157). Algunos de esos ordenamientos imponen que el derecho del acreedor sea automático y otros exigen una cesión por parte del deudor, la cual puede ser forzada a instancias del acreedor.

Sin duda ese panorama legislativo ha llevado a Diez Picazo a sostener que el *commodum* “es una regla bien asentada en la tradición de la codificación europea y americana”<sup>63</sup>. El instituto tampoco era extraño a la mentalidad romana, tal como puede extraerse de la simple lectura del Digesto, 18.1.35.4 y 18.4.21, como de las Institutas, 3.24.3; en esos pasajes se advierte que el vendedor imposibilitado de cumplir debe ceder al comprador las acciones y otros derechos que le hubiesen correspondido.

El *commodum repraesentationis* podría traducirse literalmente como el “cómodo representativo”. La palabra “cómodo”, según la cuarta acepción de la Real Academia Española significa “utilidad”, aunque se asevera que esta acepción es de “poco uso”. La utilidad, en su segunda acepción, implica “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”. Por su parte, “provecho” implica un “beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio”.

Si bien la denominación del instituto tiene su acogida por la doctrina, e incluso por el Código Civil de Portugal (*commodum de representação*), creemos que ella no es acertada. Es que estamos frente a un objeto sustituto<sup>64</sup>, más no a un “provecho” o “beneficio”; no hay un *plus* que viene a sumarse a la situación preexistente,

---

<sup>63</sup> DIEZ PICAZO, Luis, “Commodum ex negotiatione”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fascículo IV, p. 1601.

<sup>64</sup> El mismo Código de Portugal alude a un objeto adquirido en *substituição do objecto da prestação*.

sino que se trata de un objeto que llena el vacío que dejó el sustituido. El vocablo “representativo” merece los mismos reproches de los que nos ocupamos en otra parte, ya que no es ajustado a la técnica referirse a una representación de objetos<sup>65</sup>. En lo sucesivo aludiremos al *commodum* por una mera comodidad expresiva, aun cuando consideramos que no se trata más que de una subrogación real que modifica el objeto de una obligación.

#### **4.1.2.2. Implicancias de los sistemas de mutación jurídico real**

El Código Civil francés originario (art. 1303) parece haberse inspirado en Pothier:

“Cuando, sin culpa del deudor, la cosa que él debía ha perecido, o ha sido puesta fuera de comercio, o se ha perdido de manera que no se sepa a dónde ha ido a parar, si el deudor tiene algunos derechos y acciones por relación a este caso, su obligación subsiste al efecto de que venga obligado a subrogar a su acreedor en los dichos derechos y acciones. Por ejemplo, si vos fuerais deudor mío, por un caballo que, sin culpa vuestra, recibiera muerte por mano de un tercero, o bien os fuera arrebatado por la violencia, sin que se pudiera saber su paradero, vos estaríais, a la verdad, libre para conmigo respecto de ese caballo; mas vos estaríais obligado a subrogarme en las acciones que vos tenéis contra aquellos que lo han muerto, o arrebatado. De igual manera, si vos fuerais deudor mío por un terreno, que después ha sido expropiado para hacer una plaza pública, vos quedáis libre para conmigo respecto de dicho terreno; pero vos debéis subrogarme en la indemnización que tenéis derecho a pretender; quedando de mi cuenta los gastos que tuviera que hacer para que viniera en mi provecho”<sup>66</sup>.

La temática tiene una vinculación interesante con dos cuestiones esenciales que difieren según los sistemas de mutación jurídico real en los que nos encontremos: 1) ¿desde qué momento se entiende operada la transmisión de un derecho real?; 2) ¿sobre

---

<sup>65</sup> Véase §2.3.5, Capítulo I.

<sup>66</sup> POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, §670, p. 421.



quién recae el riesgo de la imposibilidad de cumplimiento derivada de la pérdida de la cosa debida?

Los sistemas jurídicos de transmisiones *solo consensu* suelen imponer el riesgo de la cosa en cabeza del acreedor de la obligación, incluso antes de que se le realice la tradición de la cosa, para de esta manera armonizar la temática con la regla *res perit domino*. En esos sistemas, desde el mismo momento en que nace la obligación de entregar la cosa, también se alumbra el derecho real en cabeza del acreedor; de allí que, si la cosa se pierde, tal pérdida debe ser soportada por su dueño—acreedor.

En cambio, en los sistemas jurídicos de transmisión como el nuestro, que requiere pluralidad de causas (título y modo) para la adquisición del derecho real, el riesgo de la cosa queda en cabeza del deudor, hasta que se produzca la entrega efectiva al acreedor (modo), puesto que hasta entonces únicamente existe el derecho personal a la cosa, pero no el derecho real sobre la cosa.

El art. 1303 del Código Civil francés originario fue muy criticado por la doctrina de la época, ya que introdujo el *commodum* en un “novedoso” sistema de transmisión *solo consensu*. Gran parte de los autores entendió que esa norma era innecesaria, sin sentido o inútil (Marcadé, Demolombe, Baudry-Lacantinerie) o incluso inaplicable; otros en cambio, sostuvieron que podría aplicarse en casos en que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, aplazaran la adquisición del derecho real a un momento posterior al del nacimiento de la obligación de entregar la cosa. Se sostuvo que implicaba una rémora al Derecho romano, que carecía de sentido en un sistema como ese (Planiol, Baudry-Lacantinerie)<sup>67</sup>.

Es que si el derecho real perteneciera al acreedor desde el mismo momento del nacimiento de la obligación, el *commodum*

---

<sup>67</sup> Véase un estado de la cuestión en LAGRANGE, Enrique, *El Principio del commodum repraesentationis*, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 18 y ss.

reduce en buena medida su aplicación práctica ya que no sería posible obligar al deudor, frente a la pérdida de la cosa, a ceder los derechos que la sustituyan, puesto que esos derechos habrían nacido en cabeza del acreedor, como propietario.

#### **4.1.2.3. Insuficiencia de las reglas en el Derecho argentino**

Nuestro Código Civil y Comercial no prevé normas de carácter general similares a las citadas. Acaso las tan difundidas críticas en el derecho francés expliquen el silencio que mantuvo el codificador histórico —Vélez Sarsfield— en esta temática y que tal omisión haya persistido en la legislación actual.

Según Busso aquello podría explicarse en que se habría seguido a Aubry y Rau, como declara Vélez en la nota a su art. 891. Los autores sostuvieron que el art. 1303 del Código francés originario era innecesario, por entender que los derechos sustitutos pertenecerían al acreedor de pleno derecho cuando la obligación de dar se vincula con un “título traslativo de derechos reales”.

Nuestra legislación habría dado por sobrentendida la vigencia del principio. Pero dadas las diferencias con el sistema francés, hubiese sido técnicamente acertado la inclusión expresa de la regla<sup>68</sup>.

En efecto, el codificador histórico en su nota al art. 891 cita la nota 4 del §331 de Aubry y Rau, cuando los autores en la nota 5 habían combatido el art. 1303 del Código napoleónico<sup>69</sup>.

Para los autores franceses la regla enunciada era de difícil aplicación bajo el imperio del Código, pues estas “acciones” pertenecerían de pleno derecho al acreedor cuando la obligación de entrega se encuentre atada a un título traslativo de derecho real.

---

<sup>68</sup> BUSSO, tomo IV, §184, p. 107.

<sup>69</sup> AUBRY ET RAU, tome quatrième, §331, p. 244.

Explican también que si la obligación de entregar surge de un contrato que constituya solo un derecho personal, la pérdida de la cosa, ocurrida por culpa de un tercero, daría al acreedor, en su propio nombre y en la medida de su derecho, una acción de indemnización basada en que todo aquel que provoca un daño debe resarcirlo si es culpable, como surgiría del art. 1382 del Código napoleónico.

Si bien pudo haber resultado sobreabundante, en virtud de su sistema *solo consensu*, hubiera sido clarificador que se regle específicamente en nuestro sistema de concausas.

Sin embargo, nótese que tanto en el Código Civil histórico (arts. 2212 y 2272), en el de Comercio (art. 578) como en el Civil y Comercial (art. 1366), se previeron aplicaciones concretas del *commodum* para los contratos de depósito y de comodato, como veremos oportunamente.

¿Puede fundarse la existencia de este instituto con vocación expansiva en el Derecho argentino? Creemos que sí, a través de la aplicación de la subrogación real al caso. Si coincidiéramos con quienes entienden que el *commodum* implica al menos primariamente una subrogación real, la falta de reglamentación del caso no sería óbice para su funcionamiento. Frente a la imposibilidad de cumplimiento de la prestación producida por caso fortuito (arts. 955, 1732, Código Civil y Comercial) la obligación podrá subsistir con relación al objeto sustituto (precio, indemnización, etcétera). De esa manera, el acreedor tendría derecho a exigir la cesión de los derechos que el deudor hubiere obtenido en sustitución de lo adeudado. Naturalmente, ello debe entenderse como optativo para el acreedor<sup>70</sup> (arg. arts. 868, 944, Código Civil y Comercial).

---

<sup>70</sup> Véase §5.3.2, Capítulo III. Busso entiende que el acreedor puede optar por exigir el sustituto o bien “acogerse a la norma de disolución”, lo que se fundamentaría en que la obligación ha de “satisfacer los derechos y expectativas del acreedor, y es éste quien está en condiciones de apreciar si ese requisito se cumple o no” (BUSSO, tomo IV, §183, p. 107;

Son muchas las tesis que se han esbozado respecto de la naturaleza jurídica y al fundamento del *commodum*<sup>71</sup>.

Algunos sostuvieron que se trata del ejercicio de una mera acción subrogatoria. No creemos que esa pueda ser la explicación, puesto que esta acción precisa la subsistencia de la situación del acreedor del crédito (art. 739, Código Civil y Comercial) y no es apta para provocarla. En efecto, como la imposibilidad extinguiría el crédito, no podría ejercitarse la acción subrogatoria. Sin un instituto que conserve ese derecho de crédito, la acción subrogatoria es improponible. Además, se trata de una acción de tutela del propio crédito que se ejerce conservando el patrimonio del deudor; el provecho de la misma ingresa en el patrimonio del deudor, lo que no parece conciliable con la figura en análisis.

La idea de la cesión automática o *ex-lege*, propiciada por parte de la doctrina extranjera, atiende más al efecto que imponen ciertos ordenamientos jurídicos cuando aseveran que los derechos se “traspasan” al acreedor, que a la razón por la cual eso ocurre o porqué el legislador señaló esa solución. La variación de esta tesis consistente en que la cesión *ex-lege* depende de que el acreedor opte por ella tropieza con el mismo inconveniente.

Betti sostuvo que se trata de un “poder de apropiación” en cabeza del acreedor originario. Así, explica, que existe una discrepancia entre el “poder” y el “interés”, puesto que “formalmente”, frente al tercero, el poder corresponde al deudor liberado por la imposibilidad, quien no tendría un interés legítimo, puesto que obtendría un “provecho patrimonial con el que no hubiera debido contar”. Entonces, para evitar esta situación

---

Galli entiende que la cuestión queda supeditada a que al acreedor le interese el objeto (GALLI, tomo III, §2040a, pp. 380-381). Betti entiende que el *commodum* funciona si el acreedor “lo cree oportuno” (BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, tomo II, pp. 467-471).

<sup>71</sup> Véase al respecto LAGRANGE, pp. 87-101.

disvaliosa, el ordenamiento jurídico haría coincidir el “interés” con el “poder”, brindándole al acreedor originario insatisfecho la posibilidad de apropiarse del crédito. Por parte del deudor liberado existiría un “deber dar”, puesto que en su patrimonio algo debía egresar; respecto del acreedor de la prestación imposibilitada existiría un “deber tener”, o sea un vacío patrimonial digno de llenarse. En el intervalo, Betti entiende que la obligación primitiva se encontraría en una “situación de atenuada energía”, pero subsistente, en la cual la expectativa de prestación imposibilitada viene sustituida por un poder de apropiación del crédito, que no funciona automáticamente y en contra de la voluntad del mismo, sino que la subrogación en el crédito operaría “si lo cree oportuno”. Si el acreedor originario no se hubiese movido en tiempo útil, tendrá, también, el “poder de recuperar” cuanto el deudor hubiera conseguido<sup>72</sup>.

Pero Betti, al diferenciar al *commodum* de la acción subrogatoria, entiende que aquel implica una especie de cesión legal “subordinada a una iniciativa del acreedor”<sup>73</sup>.

Longo, aludiendo al art. 1299 del Código Civil Italiano de 1865, el cual establecía que si la cosa debida perecía, o era puesta fuera del comercio o perdida sin culpa del deudor, “los derechos y las acciones que se le debían respecto a la misma, pasan a su acreedor”, sostuvo que no se trata en el caso de una subrogación real, pero sí de una subrogación objetiva en la obligación. Al respecto, califica de erróneas las posturas de Chironi, de Toullier, de Mourlon y de Colmet de Lanterre<sup>74</sup>. Es que entiende que el fundamento de la norma es el siguiente: *commodum ejus esse debet, cujus periculum est*. O sea que la ventaja corresponde a quien soporta el riesgo, o sea, en el sistema italiano: al acreedor.

---

<sup>72</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, tomo II, pp. 467-471.

<sup>73</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, p. 207.

<sup>74</sup> LONGO, p. 29.

El verdadero fundamento de una institución en ocasiones se advierte mejor frente a la ausencia de una regla al efecto, puesto que obliga al intérprete a encontrar la solución con el valladar del silencio del legislador.

La sustitución objetiva, producida en el patrimonio del deudor, alumbra la subrogación real para conservar las situaciones jurídicas que apuntaban al objeto sustituido y perpetrarlas respecto del objeto sustituto. El deudor imposibilitado de cumplir seguirá siendo propietario, en sentido amplio, del objeto sustituto. El acreedor seguirá teniendo su crédito, ahora direccionado al objeto sustituto. Esto es, por cierto, una auténtica subrogación real que, desde el punto que ahora nos interesa, modifica el objeto de la relación jurídica obligatoria. Los derechos que el deudor de la cosa obtenga en sustitución de ella deben estar constreñidos a la obligación preexistente. De modo que, si el deudor obtuviera, verbigracia, una indemnización (pendiente o cobrada) derivada de un seguro o una expropiación, habrá de transmitírsela al acreedor. La obligación no se extinguirá en virtud de la imposibilidad de cumplimiento, sino que más bien subsistirá con una prestación diferente.

En el Derecho francés, aludiendo al art. 1934 del Código Napoleónico –una suerte de derivación del art. 1303, aunque para la obligación restitutoria del depositario–, Troplong sostuvo que el objeto recibido por el depositario en sustitución “subroga a la cosa; ocupa su lugar como si hubiera habido un intercambio”<sup>75</sup>. En similar postura se encontraba Paul Pont<sup>76</sup>. Si el depositario no lo pusiera a disposición del depositante, se enriquecería a costa del

---

<sup>75</sup> TROPLONG, *Le droit civil expliqué. Du dépôt et du séquestre, et des contrats aléatoires*, Charles Hingray Libraire-Éditeur, Paris, 1845, tome XV, §122, p. 102.

<sup>76</sup> PAUL PONT, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, deuxième édition, Delamotte et Fils Éditeurs, Paris, 1877, tome huitième, §459, p. 222.

depositante y ello, en su pensar, constituiría una violación del derecho natural en general y de la fidelidad contractual<sup>77</sup>.

La cuestión había sido advertida en el Derecho argentino por Busso, para quien si por consecuencia del hecho que imposibilita la prestación el *debitor* obtiene una indemnización o un derecho a ella, este queda obligado a su entrega o cesión, si el acreedor así lo exigiera. Entiende que si bien no se cuenta con una consagración expresa a la manera del Código alemán, es posible llegar a esa solución a través del principio de buena fe y el “principio de subrogación”:

“...los valores patrimoniales que han ido a pasar a ciertas personas a las que no corresponden, según las relaciones económicas que median en el caso, deben transferirse a aquellas a quienes en verdad corresponden”<sup>78</sup>.

Más adelante aclara que la solución que propone “corresponde a la teoría de la subrogación real”<sup>79</sup>. Nos satisface el autor citado cuando indica que nuestro sistema jurídico responde a una “idea fundamental” consistente en que mientras sea posible y útil la ejecución de la obligación es menester tender a ello<sup>80</sup>. Ello se corresponde, en nuestra visión, con el principio de conservación.

También por Galli:

“La ley no contempla el supuesto de que, a raíz de la pérdida, destrucción o colocación de la cosa fuera del comercio, surjan acciones que correspondan al propietario. Parece lógico que el acreedor pueda prevalerse de ellas, si le interesan. Bastaría a justificarlo, la teoría de la subrogación real”<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> TROPLONG, §122, p. 102.

<sup>78</sup> BUSSO, tomo III, §§177-178, pp. 322-323.

<sup>79</sup> Ídem, tomo IV, §189, p. 108.

<sup>80</sup> Ídem, tomo IV, §185, p. 107.

<sup>81</sup> GALLI, tomo III, §2040a, pp. 380-381.

La subrogación real que inspira al *commodum repraesentationis* hace conservar los plazos de prescripción y las garantías<sup>82</sup>, como también las modalidades que yacen en la fuente de la obligación. Admitir lo contrario implicaría plusvalías o minusvalías en la relación jurídica subsistente. Debe procurarse que la situación se mantenga incólume, si ello es posible y útil.

Aunque a veces se lo olvide, la existencia de la imposibilidad que por ser “no imputable” al deudor extingue la obligación, “debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos” (art. 1732, Código Civil y Comercial).

#### **4.1.2.4. La subrogación real como antecedente de una personal forzada**

Troplong afirmó que la cesión tenía lugar de pleno derecho porque esos derechos estarían adscritos al derecho de propiedad. El autor sostuvo esto al conglobar los arts. 1934, 1935 y 1303 del Código francés<sup>83</sup>. Según Marcadé, el art. 1303 es un “sinsentido” en el Código, que derivaría de la “irreflexión” de los redactores al

---

<sup>82</sup> BUSSO, tomo III, §179, p. 323. En contra: LAGRANGE, pp. 90 y 100, quien precisamente descarta ello por entender que no hay subrogación real. El autor califica a la aplicación de la subrogación real al caso como “vaga e imprecisa”, pues según él se trataría de una ficción legal que únicamente funciona en el ámbito de los derechos reales y de las “cualidades jurídicas particulares”. En su criterio sería una aplicación “impropia”, “amplia y no técnica”, a través de la cual “nada se gana” y que propicia una “serie de equívocos” que según él hoy se encontrarían superados. En su criterio hay una extinción de la relación jurídica originaria y posteriormente el surgimiento de una relación obligatoria diferente y no sustitutiva de la extinguida, con sujetos y objeto diferentes, pero cuyo provecho debería asignarse al primitivo acreedor (pp. 88-89). Es decir, que en su criterio no habría modificación objetiva y por lo tanto subsistencia de la obligación originaria.

<sup>83</sup> TROPLONG, §123, p. 103.



copiar a Pothier<sup>84</sup>; puesto que no se condice con el sistema de transmisión de derechos reales que prescinde del modo suficiente “tradición”. Es que los objetos sustitutos (así, indemnizaciones debidas) le pertenecerían al titular del dominio, sin necesidad de cesión alguna, por su propia investidura, la cual se adquiriría por efecto de la mera convención<sup>85</sup>. También Paul Pont entendió que el art. 1934, como aplicación particular del 1303, permitiría al depositante reclamar la cesión de las acciones, pero que ello sería una fórmula inexacta y por lo tanto justamente criticada por los autores, puesto que el depositante no pierde su propiedad con el contrato de depósito. Lo correcto, en su criterio, sería aludir a que el depositante deviene directamente en acreedor de la indemnización o del precio y a él deberá abonarse si se pusiera en conocimiento al deudor de tal situación<sup>86</sup>.

Aunque parezca paradójico, la subrogación real que hace subsistir a la obligación es el antecedente de una subrogación de tipo personal. La obligación subsiste con un nuevo objeto, consistente en ceder los derechos sustitutos al acreedor, quien una vez efectivizada esa cesión ocupará la posición jurídica del cedente. No nos parece posible sostener en nuestro Derecho el traspaso automático de esos derechos sustitutos. Para ello se requeriría una regla que así lo indique. Aquí lo que se trata de conservar es la obligación con una prestación modificada. El traspaso automático dejaría de lado a la obligación que funciona como medio para alcanzar el objeto sustituto.

---

<sup>84</sup> MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, septième édition, Delamotte et Fils Éditeurs, Paris, 1873, tome quatrième, §867, pp. 683-684.

<sup>85</sup> Sin perjuicio de ello, en su criterio la solución podría haber tenido cierta aplicación en casos en donde la ley nada dice. Se refiere a obligaciones que nosotros llamaríamos de “género limitado” como especie de obligaciones “alternativas” (arts. 779 y 785, Código Civil y Comercial), puesto que el acreedor aun no sería propietario por falta de terminación del objeto *in ipso individuo* (MARCADÉ, tome quatrième, §868, pp. 684-685).

<sup>86</sup> PAUL PONT, §460, pp. 222-223.

#### **4.1.2.5. Implicancias en las obligaciones de fuente contractual**

No vemos impedimento en aplicar la subrogación real del *commodum* para perpetuar el contrato, como una suerte de saneamiento impropio del acto expuesto al estigma de la imposibilidad para evitar la ineficacia sobreviniente, inspirado en el principio de conservación (art. 1066, Código Civil y Comercial).

Como hemos marcado en numerosas oportunidades, la conservación está fuertemente delimitada por la finalidad que subyace en la fuente de la situación jurídica respectiva. Por eso consideramos que la situación jurídica debe conservarse de la manera más semejante a su diagramación original.

En el ámbito obligacional la finalidad de la fuente (así, el contrato) tiene una estricta correspondencia con lo que se ha denominado como “interés del acreedor”, como también con el respectivo “interés del deudor”.

Pensemos en el siguiente ejemplo: una obligación de dar cosa cierta para transmitir el derecho real de dominio, nacida de un contrato. Ese contrato tiene por finalidad objetiva transmitir el derecho real; la finalidad subjetiva, o motivos de las partes, dependerá en buena medida de lo que se haya exteriorizado al respecto (art. 281, Código Civil y Comercial). El interés primario del acreedor de esa obligación será satisfacerse con la recepción de la cosa; el del deudor será liberarse del vínculo engendrado.

Al acreedor puede no interesarle el objeto sustituto y, en ese caso, no se lo puede obligar a recibir la diferente prestación (art. 868). En definitiva, el acreedor no está constreñido a conformarse con la subrogación real, puesto que es posible que el objeto sustituto no satisfaga su interés y este quede ciertamente frustrado. Aquí no hay escapatoria y el contrato como las obligaciones que de él emergen estarán fatalmente alcanzados por la extinción. La liberación del deudor que hace a su interés se

alcanza con la satisfacción de la finalidad del acreedor, de una u otra manera.

Esa conclusión, nos parece evidente en contratos gratuitos como la donación, en donde ni siquiera el beneficio de competencia que se le concede al donante (arts. 892 y 893) puede desmentirla de plano.

¿Qué ocurre en contratos onerosos como la compraventa? Aquí el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio correspondiente. La imposibilidad de cumplimiento de entregar la cosa, como regla, también hace caer la del pago del precio por carecer de razón de ser. La vinculación funcional entre las obligaciones provoca que la imposibilidad de entrega de la cosa derive en la extinción del contrato y consecuentemente en la de todas las obligaciones que emerjan del mismo. En consecuencia, las partes deben restituirse mutuamente lo que hubieran recibido (arts. 1080, 1081, Código Civil y Comercial)<sup>87</sup>.

De existir un objeto sustituto de la cosa que le interese al comprador–acreedor, el vendedor–deudor tampoco podría lamentarse. Parafraseando a Betti, en una y otra posición jurídica existe un “deber tener” y un “deber dar”. El vendedor comprometió un objeto de su patrimonio a cambio del precio; *a priori* no existen razones suficientes para que luego pretenda quedarse con el objeto sustituto, ya que él aspiraba el precio. Su interés como acreedor del precio se satisfaría de igual manera; tampoco se trastoca su interés de liberación como deudor del objeto, ahora sustituto.

Dos imposibilidades arquetípicas, aunque parciales, son las derivadas de un acrecentamiento natural y del deterioro de la cosa. Cuando el objeto padece un acrecentamiento sin el hecho del deudor en virtud de una mejora natural el acreedor tiene derecho

---

<sup>87</sup> Esto era bien distinto en el Derecho romano. La obligación de pagar el precio subsistía; de allí que se diga que el *commodum*, evitaba de alguna manera un enriquecimiento sin causa en cabeza del deudor, puesto que sin tal remedio además del precio obtendría el objeto sustituto. Véase también el art. 1465 del Código Civil italiano.

a la cosa, pero pagando un mayor precio si lo hubiera (art. 752, Código Civil y Comercial); en contraste, el Código Civil derogado preveía que, en el caso de deterioro de un objeto, el derecho también podía subsistir con una correspondiente disminución proporcional en el precio (art. 580), circunstancia prevista para la compraventa en el art. 1130 del Código Civil y Comercial.

Es el acreedor de la cosa quien determina si opta por la extinción o por la subsistencia, con el respectivo reajuste prestacional. En el caso intermedio de la sustitución objetiva la solución debe ser similar: el acreedor de la cosa determinará si su interés puede satisfacerse a través de la puesta a disposición del objeto sustituto<sup>88</sup>.

Entonces, –si por ejemplo– la transferencia y entrega de un automóvil determinado fuera imposible en virtud de su destrucción total derivada de un desperfecto de fábrica, el acreedor podrá optar por dar por extinguido el contrato, con la devolución del precio si correspondiere, o exigir la cesión de los derechos que se tuviera contra el fabricante en razón del desperfecto.

#### **4.1.2.6. Subsistencia de la contraprestación**

Es de toda lógica que, si el acreedor exige la subrogación, tendrá que cumplir la contraprestación a su cargo<sup>89</sup>. Es que, como dijimos, la subrogación real evita la ineficacia sobreviniente de la fuente de las obligaciones correspondientes. Si el objeto sustituto solo colma parcialmente el hueco dejado por el sustituido es razonable que el precio se disminuya proporcionalmente<sup>90</sup>, a la manera de una imposibilidad parcial.

---

<sup>88</sup> BUSSO, tomo IV, §185-186, p. 107.

<sup>89</sup> Ídem, tomo III, §181, p. 323.

<sup>90</sup> Ídem, tomo III, §181, p. 323.

#### **4.1.2.7. Solo rige respecto de las obligaciones cuya prestación se dirija hacia un objeto determinado**

Dado que entendemos que el fundamento de la solución estriba en la subrogación real operada, no creemos posible que ella rija respecto de obligaciones cuyo cumplimiento no se satisfaga mediante la puesta a disposición de un objeto determinado. Por lo pronto, se descarta su aplicación respecto de las obligaciones de género en estricto sentido (art. 762), porque antes de la individualización de la cosa no puede asistirse a una imposibilidad de cumplimiento (art. 763). El género no perece.

Tampoco vemos que la idea sea aplicable a las obligaciones de hacer y de no hacer, pues la actividad o inactividad jamás dará lugar a un auténtico objeto sustituto. Por ejemplo, si el deudor obligado a ejecutar una obra artística frente a un grupo de personas resulta dañado físicamente y se ve imposibilitado de cumplir, la indemnización que le sea debida no conforma un objeto sustituto para la prestación, sino que tienden a subsanar una lesión a la integridad física del deudor. Aún más: esas indemnizaciones no son ejecutables por los acreedores (art. 744, inc. f], Código Civil y Comercial)<sup>91</sup>. Los servicios encarnados en la actividad que un sujeto puede brindar se vinculan con la libertad del individuo y su propia persona; no son objetos que se encuentren en su patrimonio. Los derechos personales u

---

<sup>91</sup> Compárese LAGRANGE, pp. 48-55; CRISTOBAL MONTES, Ángel, “El *commodum representationis* del artículo 1186 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 40, N° 2, 1987, p. 602: “Si, como dice Larenz, la finalidad del precepto consiste en dar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa debida, ¿quién se atreverá a encontrar una diferencia suficiente y justificante, a estos efectos, entre el curso que debe tomar la indemnización del tercero por destrucción ilícita de la cosa debida y la que proceda por impedir también ilícitamente dicho tercero que el deudor realice el concreto servicio a que venía obligado, reteniéndole, por ejemplo, el día en que indefectiblemente debía ejecutarse la prestación de *facere*?”.

obligacionales no recaen sobre la persona, ni sobre su libertad. Por ende, el titular del crédito no puede reclamar un objeto sustituto, puesto que no lo hay. De allí que no haya una sustitución que permita el juego de la subrogación real. Ello sin perjuicio de que en ciertos ordenamientos tal consecuencia se prevea expresamente, como en el Código de Perú (art. 1157); pero frente a la ausencia de tal regla la conclusión no puede ser la misma.

#### 4.1.2.8. Obligaciones de dar para restituir

Se ha dicho que esta regla no rige en materia de obligaciones restitutorias, puesto que en tal caso el acreedor (ordinariamente titular de la cosa) tendría sus propias acciones para defenderse de la imposibilidad de cumplimiento ocasionada por un tercero<sup>92</sup>.

Es sabido que en esta clase de obligaciones puede tener que restituirse lo que subsista del objeto debido (arg. arts. 1936, 2153, Código Civil y Comercial). Por eso, con mayor razón, nosotros no desechamos sin más la posibilidad del *commodum*. Cristobal Montes<sup>93</sup> explica que hay derechos que nacerán en cabeza del deudor y que deberían beneficiar al acreedor puesto que no podría despojárselo de “participar en tales recursos” para darle menos derechos cuando es propietario que cuando no lo es; no solo porque todo poseedor o tenedor de buena fe puede reclamar la indemnización (art. 1772, Código Civil y Comercial), la cual pudo haber sido incluso cobrada, sino que existen casos en los que la cuestión no debería ser dudosa. Pensamos en hipótesis tales como las del obligado a restituir que ha asegurado la cosa. La prestación debida o aun cobrada por el sujeto asegurado debería cederse al acreedor de la obligación restitutoria como un auténtico objeto sustituto. Así, el obligado a restituir objetos integrantes de un fondo de comercio asegurado en su globalidad deberá restituir la

---

<sup>92</sup> Véase al respecto LAGRANGE, pp. 43-44, quien descarta la aplicación del *commodum* a las obligaciones que tiendan a restituir al acreedor la cosa que le pertenece.

<sup>93</sup> CRISTOBAL MONTES, p. 604.

porción de la indemnización cobrada por un seguro de incendio que sustituya a aquellos.

Por otro lado, el sujeto activo de la obligación de restitución, es decir, el acreedor, no siempre está investido de la titularidad de algún derecho real sobre el objeto; ni sobre el sustituido ni sobre el sustituto.

Algunos supuestos interesantes en los que podría jugar la subrogación real en el objeto de la prestación de dar para restituir son los siguientes: a) frente a una ineficacia sustancial originaria consistente en la nulidad del acto por el cual la cosa se había transmitido (art. 390, Código Civil y Comercial); b) frente a una ineficacia sustancial sobreviniente, en virtud de la resolución, revocación o rescisión del acto en virtud del cual el objeto se había transmitido; c) en el marco de un hecho ilícito; d) de mediar un enriquecimiento injustificado.

El pronunciamiento judicial de la nulidad activa la obligación mutua consistente en la restitución de lo recibido por las partes.

El art. 1078 del Código Civil y Comercial, aplicable a rescisión unilateral, la revocación y la resolución, en su inc. d) aclara que “la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró”. Paralelamente, el art. 1080 previó que en virtud de esas ineficacias: “...las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir...”.

Los hechos ilícitos también pueden derivar en una obligación restitutoria, tal como lo sugiere el art. 1733 inc. f) del Código Civil y Comercial (“obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”). Esa norma aclara que ni siquiera el caso fortuito libera de esas obligaciones.

Respecto del enriquecimiento injustificado, es sugestivo el segundo párrafo del art. 1794 del Código Civil y Comercial: “Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de

un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”. También el art. 1798 enmarcado en la normativa del pago indebido —que constituye una especie del género “enriquecimiento injustificado”— dispone: “*Alcances de la repetición*. La repetición obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir”. Si el “bien determinado” no subsiste en “poder” de quien debe restituirlo, la pretensión se enderezará al “valor” del mismo, el cual puede considerarse como un valor abstracto, o concretizarse en un objeto sustituto específico.

Colmo, al ocuparse del “pago indebido”, sostuvo que la regulación supone la permanencia de lo pagado en el patrimonio del *accipiens*, pero que si no subsistiera en especie pero sí como subrogado —por ejemplo, por una venta— la repetición del pago se enderezaría a este último objeto. Todo ello con motivo de la “subrogación objetiva”<sup>94</sup>.

No debe perderse de vista que el art. 1936 del Código Civil y Comercial, que regula los “deberes de restitución” y le da contenido a la regulación de la “obligación de restitución” (arts. 759 y ss.), impone la responsabilidad al sujeto de buena fe hasta la “conurrencia del provecho subsistente”, responsabilidad que se agrava en los casos de mala fe simple o viciosa.

Pueden presentarse particularidades en los casos de restitución de donaciones, casos tales como los regulados por los arts. 1559, 1563, 1569 y 1570 del Código Civil y Comercial. El donatario debe alimentos al donante, pero la ley posibilita que se libere de su responsabilidad mediante la restitución de las cosas donadas o “su valor si las ha enajenado” (art. 1559). Algo similar ocurre en la responsabilidad del donatario por los cargos, pues si bien su deber de responder está limitado a la cosa donada o “hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo” y que “queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa”, puede

---

<sup>94</sup> COLMO, §703 y §705, pp. 487 y 489.



“sustraerse” a la responsabilidad mediante la restitución de la cosa o “su valor si ello es imposible” (art. 1563).

En estos supuestos no parece lógico que el donatario pueda imponer una subrogación real al donante para liberarse; la ley se contenta con posibilitar la liberación mediante el “valor” que se concretizará en dinero.

Pero la cuestión no es necesariamente idéntica de revocarse una donación, por ejemplo, por ingratitud o incumplimiento de un cargo, en donde el donante readquirirá el objeto transmitido. ¿Qué ocurre si ese objeto no está más en el patrimonio del donatario? Habrá que determinar si la revocación es o no oponible a los terceros adquirentes, en función de las pautas previstas por los arts. 1570, 1967 y concordantes. Pero imaginemos que no es posible recuperar los objetos específicamente donados, justamente porque el donatario los enajenó o imposibilitó la devolución por su culpa (art. 1570, *in fine*). En tal supuesto, debe resarcir al donante “el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses”.

Para Saux en principio nacerá una deuda de valor que no implica una subrogación objetiva, sino un crédito personal por el equivalente. No obstante, asevera:

“El único supuesto en el cual operaría la fluctuación sería el de que el donatario hubiera dispuesto del bien donado y que otro equivalente hubiera ingresado en su patrimonio a cambio...”<sup>95</sup>.

Más allá de esa sustitución emanada de la voluntad del donatario, no debe perderse de vista que también podría haber operado una expropiación del objeto o bien una pérdida material del mismo que haya dado lugar a una indemnización. Aquí también podrían vislumbrarse objetos sustitutos.

---

<sup>95</sup> SAUX, p. 172.

#### 4.1.2.9. Imposibilidad derivada de la disposición del objeto

La imposibilidad de la prestación puede derivar de que el objeto debido haya sido enajenado por vía voluntaria o forzada. Para los casos en que la imposibilidad sea imputable al deudor, véase el §4.1.3. No nos parece dudoso que deba jugar la subrogación real. El objeto debido pasará a ser el precio o la indemnización.

La codificación muestra clásicas normas en las que se hace aplicación de esta idea<sup>96</sup>. Vélez Sarsfield, en su artículo 2212 del Código Civil derogado, había dispuesto: “Los herederos del depositario, que hubiesen vendido de buena fe la cosa mueble, cuyo depósito ignoraban no están obligados sino a devolver el precio que hubiesen recibido”. Al anotar esa norma, remite a las opiniones de Troplong y de Pont.

Para Troplong el art. 1935 del Código Civil francés significaba una excepción a la regla que obliga al depositario a restituir idénticamente la cosa recibida. Explica que como la posesión de objeto mobiliario hace presumir su propiedad, el heredero del depositario podría creer de buena fe que la cosa le pertenecía al causante y por eso haberla vendido. Asevera que el heredero deberá restituir únicamente lo recibido, el “precio tal cual”. Dice

---

<sup>96</sup> Longo entiende que los arts. 1149 y 1851 del código italiano originario, que se corresponden con las situaciones en que se encuentra quien recibió un pago indebido y la de los herederos del depositario, todos sujetos que de buena fe enajenan la cosa debida y solo pueden ser obligados a restituir el precio recibido o a ceder las acciones si aún no hubiera sido cobrado. Si bien para él esos serían casos de *commodum*, no serían simples aplicaciones del art. 1299. Acaso su aseveración se justificaba en el sentido de que el art. 1299 desde la literalidad parecía operar automáticamente, mientras que en las otras normas la cuestión parecía precisar una cesión. En contraposición, el Código Civil italiano que rige en la actualidad parece haber acercado las soluciones del art. 2038 respecto del pago indebido al art. 1259 que regla en general al *commodum*.

que de haberla enajenado por debajo de su valor real, el depositante no podría quejarse; como contracara, se deberá restituir todo lo recibido, para evitar un enriquecimiento sin causa<sup>97</sup>.

Pont sostuvo que el “principio” de que debe restituirse idénticamente la misma cosa *in individuo*, sufre una “necesaria excepción” en el caso de que, en virtud de la muerte del depositario, sus herederos sin culpa ni dolo dispongan del objeto; los herederos no serían responsables a título alguno, sino en la medida de la ganancia que les hubiere procurado la disposición realizada, aun cuando sea inferior al valor real. En su opinión, el depositante se convierte directamente en acreedor del precio, sin necesidad de cesión alguna, una vez que le haga conocer la situación al comprador de la cosa; según él la fraseología utilizada por la normativa, que literalmente parecería requerir una cesión, sería inexacta<sup>98</sup>, pues el depositante se convertiría en acreedor en virtud de su calidad de propietario<sup>99</sup>.

El Código de Comercio derogado, en su art. 578, tenía una norma que complementaba los análisis: “El depositario a quien se ha arrebatado la cosa por fuerza, dándole en su lugar dinero o algo equivalente, está obligado a entregar al depositante lo que ha recibido en cambio”.

Una solución similar, aunque para el contrato de comodato, es la que Vélez había previsto en el art. 2272 del Código Civil derogado: “Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieran enajenado la cosa mueble prestada, podrá el comodante, no pudiendo, o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo esta ineficaz, exigir de los herederos el precio recibido, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

---

<sup>97</sup> TROPLONG, tome XV, §124 y ss., pp. 104-105.

<sup>98</sup> PAUL PONT, §462, p. 223.

<sup>99</sup> Ídem, §460, p. 222.

El Código Civil y Comercial, en su art. 1366, previó la situación en la que los herederos del depositario enajenan el objeto: “Los herederos del depositario que de buena fe hayan enajenado la cosa depositada solo están obligados a restituir al depositante el precio percibido. Si este no ha sido pagado, deben cederle el correspondiente crédito”.

Si bien en el comodato no se ha previsto una solución análoga, la conclusión no puede ser distinta. Allí solamente está vedada la subrogación real en virtud de la destrucción de la cosa (art. 1541, Código Civil y Comercial), aunque seguramente la norma esté pensando no tanto en la situación jurídica del que pide la restitución, sino antes bien en la de quien usaba el objeto.

#### **4.1.2.10. Derechos personales de uso o goce**

Una temática que ha despertado inquietudes es la de los derechos personales de uso o goce, como los derivados de locaciones o comodatos. Consideramos que en estas hipótesis debe acudir a la clásica distinción entre el “capital” y las “utilidades” derivadas del mismo. Si bien algunos autores han pretendido distinguir entre los objetos que sustituyen al “capital” de los que sustituyen al “goce”, los cuales podrían ser reclamados en virtud del *commodum*, pensamos que la solución debe encontrarse por otro andarivel.

Quien tiene un derecho de tales características puede “usar” del capital y “gozar” del mismo para de ese modo alcanzar sus utilidades. ¿Pueden mantenerse esas facultades sobre el objeto sustituto?

El art. 1541 del Código Civil y Comercial, respecto del comodato, opta por la negativa, al menos respecto del supuesto especial que allí regla: “*Extinción del comodato*. El comodato se extingue: a) por destrucción de la cosa. No hay subrogación real, ni el comodante tiene obligación de prestar una cosa semejante”.

Nuevamente la ley de expropiaciones puede convertirse en un argumento suficiente para la aplicación del *commodum*, puesto que los acreedores deberán reclamar su crédito respecto de la indemnización.

#### **4.1.2.11. Distinción del *commodum* con la indemnización *iure proprio***

No puede confundirse, por cierto, los derechos que le corresponden al acreedor *iure proprio*, de los que le corresponden en virtud del *commodum*. Se trata de facultades independientes entre sí.

#### **4.1.2.12. El caso especial del legado de cosa cierta<sup>100</sup>**

Existen ciertos supuestos que hacen al Derecho entender que un legado respecto de un objeto ha sido revocado por el testador. El art. 2516 del Código Civil y Comercial arriba a la idea de la revocación cuando la cosa no existe más en el patrimonio en virtud de su disposición jurídica efectivizada o en ocasiones tan solo prometida, o bien en virtud de su transformación voluntaria. Es que se trata de hipótesis en las que cabría presumir la voluntad del testador direccionada hacia la revocación. Sin perjuicio de ello, se asevera en la misma norma que la “subasta dispuesta judicialmente y la expropiación implican revocación del legado, excepto que la cosa vuelva a ser propiedad del testador”. El acaecimiento de la “revocación” impide que suceda una subrogación real, puesto que ni siquiera en el caso de una expropiación forzosa el legatario tendrá derecho a la indemnización pagada en consecuencia.

---

<sup>100</sup> Sobre la imposibilidad de invocar la subrogación real en los legados de cosa cierta puede verse a GUASTAVINO, Elías P., “El legado de cosa cierta y la enajenación concertada por apoderado. La subrogación de la cosa legada por su valor o precio”, JA 11-1971, pp. 358 y ss.

Algo similar sucede con la “caducidad” del legado prevista en el art. 2519 del Código Civil y Comercial, puesto que la subrogación real está obstaculizada por ella: “*Caducidad del legado por perecimiento y por transformación de la cosa.* El legado de cosa cierta y determinada caduca cuando esta perece totalmente, por cualquier causa, antes de la apertura de la sucesión o del cumplimiento de la condición suspensiva a que estaba sometido; también cuando perece por caso fortuito, después de la apertura de la sucesión o del cumplimiento de la condición. Si la cosa legada perece parcialmente, el legado subsiste por la parte que se conserva. El legado caduca por la transformación de la cosa por causa ajena a la voluntad del testador, anterior a la muerte de este o al cumplimiento de la condición suspensiva”.

Restaría determinar si se trata de normas imperativas o tan solo supletorias de la voluntad, puesto que de ser de estas últimas el testador podría prever la subrogación en su testamento<sup>101</sup>.

En el derecho comparado existen ciertos ordenamientos que admiten la subrogación real en los legados. Remitimos al lector al Capítulo IV, en donde destacamos los casos del Código de Louisiana, el Código alemán y el Código de Cataluña.

En el año 2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>102</sup> tuvo oportunidad de fallar en un caso en el que un inmueble había sido enajenado por el curador de la testadora, aun en vida, y con una autorización judicial al efecto. En primera instancia se entendió que los derechos en expectativa de los legatarios se habían subrogado al precio de venta. La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su parte, declaró que el

---

<sup>101</sup> Véase GUASTAVINO, Elías P., “El legado de cosa cierta...”, pp. 358 y ss., quien entiende que la ley diagrama una presunción *iuris tantum* de revocación (núm. 11) y en los núms. 23 *in fine* y 24 *in principium* sugiere que el testamento podría contener manifestaciones que previeran la subrogación.

<sup>102</sup> CSJN, “Muñiz Fonseca, Josefina s/ sucesión”, 28/12/2010, Fallos 333:2445.

legado había caducado en función del art. 3803 del Código Civil derogado; aseveró que la ley no habilitaba a suplir la voluntad del testador transformando un legado de cosa cierta en uno dinerario y que la subrogación real no era admitida por el derecho comparado, sin perjuicio de que en la doctrina nacional existían posturas encontradas. La Corte, por mayoría, rechazó los recursos extraordinarios con la sola invocación del art. 280 del Código Procesal. No obstante, interesa rescatar el pensamiento de Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, quienes votaron conjuntamente en disidencia. Sostuvieron que el principio de conservación del acto jurídico en ocasiones impone no sujetarse al sentido literal de las palabras empleadas en el testamento y rescatar el verdadero propósito encerrado en este (considerando 20); que el magistrado no debe realizar una aplicación mecánica de las normas desatendida de las circunstancias y de las consecuencias (considerando 21); que en concreto no existían motivos para limitar el alcance del testamento al objeto legado en sí mismo, máxime que de otra manera se beneficiaría a personas distintas a los legatarios (considerandos 22 y 23); que la voluntad del curador no puede suplantar lo personalísimo del testamento y que lo contrario violaría la equidad (considerando 24); que la individualización de la cosa solo obró, en el caso, como un medio para concretar un beneficio económico (considerando 26); que la subrogación real no choca con la intención del testador de beneficiar a los legatarios (considerando 27).

#### **4.1.3. Sucedáneo de la prestación por su imposibilidad imputable al deudor**

Si el deudor de una obligación provoca la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, en el sentido de que no puede ejecutarse la conducta debida, objetiva y absoluta, la obligación no se extingue, sino que tan solo ve modificada la prestación integrativa de su objeto. Ya no será la programada al tiempo de su

nacimiento, sino que consistirá en la de pagar una indemnización de los daños causados (art. 955, Código Civil y Comercial)<sup>103</sup>.

Prevenimos que sería inconveniente que se interprete la norma tal como lo hacía Machado con relación al art. 889 del Código Civil derogado:

“Cuando la obligación se hace imposible por culpa del deudor, se resuelve en daños y perjuicios, lo que en realidad no es una causa de extinción como el pago, sino de transformación de la obligación, como la novación”<sup>104</sup>.

La novación importa la extinción de la obligación primitiva. Ante aquella imposibilidad no hay fenecimiento, sino que como lo

---

<sup>103</sup> La ley 20.530 dispuso en su art. 1 que “todos los bienes de que haya sido privado el señor Teniente General don Juan Domingo Perón, por aplicación de los arts. 1º y 14 del dec-ley 5148/55 (...) le serán restituidos de inmediato, cuando se encuentren por cualquier título, en poder del Estado Nacional”. El art. 3º previó que el débito estatal subsistiría frente a la imposibilidad de restituir por encontrarse los objetos en poder de terceros, caso en el cual se “pagará en su reemplazo las indemnizaciones pertinentes”. Se sentenció que lo preceptuado: “...configura una “típica subrogación real (...) porque solamente se ha cambiado el objeto en una relación jurídica que no ha sido alterada por lo que resultan de aplicación extensiva al caso los arts. 579, 581 y 889 ‘in fine’ del Cód. Civil y por supuesto el mencionado art. 3º que obra a manera de subrogación impuesta por la ley” (CNCiv., Sala F, “Ibarguren de Duarte, Juana c. Perón, Juan D., s/ restitución de bienes, 22/06/1983, LA LEY 1983-D, 146). Con posterioridad, se sostuvo que a pesar de que no exista una coincidencia física entre los objetos sustituto y sustituido, los nuevos bienes –en el caso, dinerarios– asumirían las “calidades extrínsecas, los valores de afectación”, pues ello sería aplicable a “todo tipo de bienes” (CNCiv., Sala F, “Ibarguren de Duarte, Juana c. Perón, Juan D.”, 09/04/1986, LA LEY 1986-C, 47).

También se resolvió que cuando la reparación de un auto es antieconómica por haber sido totalmente destruido en virtud de un incendio imputable al tallerista-deudor, éste responde por su equivalente en dinero y los restos del vehículo pasan a ser propiedad suya, todo en virtud de la subrogación real (CNCiv. Sala F, “Vallejo, Luis c. Hoffman, Fernando A.”, 28/07/1978, LA LEY AR/JUR/4241/1978).

<sup>104</sup> MACHADO, tomo III, §271, p. 108.



afirmó Rezzónico: "...la obligación no se extingue: perdura, si bien cambiándose la naturaleza de la prestación"<sup>105</sup>. Desde el Derecho italiano y con singular expresión lingüística, Barbero explica:

"...si el no poder de hoy depende de una causa imputable al deudor (perecimiento del objeto debido a su negligencia, agotamiento del género en pendencia de la *mora debendi*, etc.), a la obligación originaria subentra la deuda subsidiaria del resarcimiento de los daños"<sup>106</sup>.

Respecto de la imposibilidad no liberatoria, o sea la imputable al deudor, Longo afirma que la obligación no se extingue, sino que perpetúa en la del resarcimiento<sup>107</sup>, sin que sea posible considerar que ha "intercedido un solo instante" entre ellas. Entiende que tal caso configura uno de "subrogación objetiva"<sup>108</sup>.

El art. 803 del Código Civil de Portugal extiende la solución dada para el *commodum* también a la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor. Así las cosas, el acreedor podría conseguir los derechos que hubiese obtenido el deudor que generó la imposibilidad, por ejemplo, si enajenó voluntariamente el objeto, aunque no ya de buena fe como los herederos del depositario o del comodatario, sino por causas atribuibles a su propio obrar.

Podría arribarse a esa conclusión si se interpretara ampliamente la opción que brinda a la víctima del daño el art. 1740 del Código Civil y Comercial, quien puede optar por el pago en dinero o en especie; dado que por hipótesis la especie originaria

---

<sup>105</sup> REZZÓNICO, p. 537.

<sup>106</sup> BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, traducción de la 6ª edición italiana (1962), EJEA, Buenos Aires, 1967, tomo III, §724, p. 323.

<sup>107</sup> LONGO, p. 28.

<sup>108</sup> LONGO, p. 29. No obstante, relata que en caso de que se haya asumido el caso fortuito, la obligación se extingue y nace una nueva, por lo que según él no habría subrogación objetiva, sino subrogación de una obligación por otra.

ya no es posible entregarla, sí podría dirigirse a la especie sustituta. Aún más: de aplicarse el Derecho de consumo, se alcanzaría esa solución con mayor energía, pues el art. 10 *bis* de la ley 24.240 prevé que ante el incumplimiento del deudor-proveedor, el acreedor-consumidor podrá optar entre distintas alternativas y entre ellas se destaca el inc. b] que lo habilita a “aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente”.

#### 4.1.4. Supuestos que no implican subrogaciones prestacionales

##### 4.1.4.1. Efectos con relación al acreedor

Algunos autores, como Moisset de Espanés, sugieren que la llamada ejecución indirecta de la obligación, consistente en el derecho del acreedor de obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes (art. 730, inc. c], Código Civil y Comercial), consistiría en un caso de subrogación objetiva obligacional<sup>109</sup>.

Betti relata que cuando se posibilita al acreedor obtener la satisfacción por equivalente dinerario de la cooperación debida, sería evidente que no puede hablarse de una “cooperación subrogada”, sino tan solo de la reparación de un injusto<sup>110</sup>. Sin perjuicio de ello más adelante afirma que el interés lesionado del acreedor por la cooperación deficiente del deudor reclama una “subrogación de la cooperación”, de modo que al interés en la prestación se le suma el “interés subrogatorio”, que consiste en obtener la “subrogación debida” como consecuencia del fallo de su expectativa, el cual puede consistir en un reintegro específico o en el resarcimiento del daño<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Notas sobre el pago con subrogación en el Código peruano”, *Gaceta Jurídica*, Lima, T. 81-B, agosto 2000, p. 55 y ss.; *Revista de Derecho Privado*, mayo 2001, pp. 409 y ss.

<sup>110</sup> BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, pp. 32-33.

<sup>111</sup> Ídem, tomo I, p. 121.

En otra oportunidad denominamos al supuesto referido como una ejecución del valor, con lo que denotamos la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar. El valor involucrado es la lesión al derecho creditorio, valor abstracto que ordinariamente se cuantificará en dinero (art. 772, Código Civil y Comercial)<sup>112</sup>. Allí también señalamos que el derecho a la indemnización que se le otorga al acreedor ante la falta de cumplimiento exacto puede tener alcances sustitutivos o complementarios del plan prestacional.

El caso de la imposibilidad atribuible al deudor generará una indemnización con alcances sustitutivos y ahí sí puede observarse una subrogación. En cambio, si tiene alcances complementarios, es decir, que se acumula a la ejecución específica o idéntica, no hay allí sustitución y por lo tanto no hay subrogación, por ejemplo, cuando se adicionan los daños moratorios.

#### **4.1.4.2. Medios de compulsión: astreintes y cláusula penal**

Para Colmo el funcionamiento de las astreintes o sanciones conminatorias comporta el acaecimiento de una subrogación real:

“...no implica pena alguna, desde que contiene un mero sucedáneo de la indemnización, y por cuanto propende a que se cumpla la obligación debida: si, pues, no es una pena dicha indemnización, mal puede serlo esa multa que viene a reemplazarla e importa toda una subrogación real, que es de derecho perfecto”<sup>113</sup>.

La doctrina moderna en general se muestra conforme en admitir que lo debido en concepto de astreintes no tiene una función sustitutiva, sino que puede acumularse con la indemnización debida. Es que tanto la fuente como las finalidades

---

<sup>112</sup> ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, tomo I, §370-371, pp. 334-335.

<sup>113</sup> COLMO, §367, p. 251.

son disímiles. Las astreintes nacen de una sentencia y no procuran reparar el daño, sino conminar al cumplimiento y eventualmente sancionar<sup>114</sup>. De allí que no pueda hablarse aquí de una subrogación real.

Tampoco debemos encontrar una subrogación real en el objeto de la obligación a partir del funcionamiento de la cláusula penal. La cláusula penal genera una obligación accesoria que confiere facultades adicionales al acreedor, consistentes en la sustitución o acumulación de ella a la obligación principal<sup>115</sup>.

## **4.2. En el “asiento” de las calidades de ciertos créditos**

### **4.2.1. Privilegios<sup>116</sup>**

#### **4.2.1.1. Polémica acerca del asiento de los privilegios**

La doctrina polemiza acerca de cuál es el asiento del privilegio, o sea sobre qué se ejerce la preferencia de cobro del crédito respectivo<sup>117</sup> a los efectos de que el acreedor vea satisfecho su interés.

Una tesitura sostiene que el privilegio tiene su sede en el producido de los objetos ejecutados. Esta postura fue defendida, entre otros, por Molinario, quien afirmó que el asiento del

---

<sup>114</sup> Véase nuestro análisis y las opiniones que allí se citan en ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, tomo I, §434, pp. 394-395.

<sup>115</sup> Véase al respecto ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., *Tratado de las obligaciones*, tomo I, §384 y ss., pp. 345 y ss.

<sup>116</sup> Véase ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., “Alcances...”, pp. 50 y ss.

<sup>117</sup> Según Allende y Mariani de Vidal el asiento del privilegio “es la materia sobre la que recae” (ALLENDE, Guillermo L. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, p. 23).

privilegio está constituido por “las sumas de dinero respecto de las cuales éstos se van a ejercer”<sup>118</sup>.

Trigo Represas precisa la idea al decir que el privilegio existe desde el nacimiento del crédito como un “accesorio consustanciado” que consiste en una “mera expectativa”; la realización de los bienes no implicaría una traslación del privilegio, sino tan solo de su ejercicio normal en la única oportunidad posible:

“...el privilegio existe desde el nacimiento del crédito como accesorio consustanciado con el mismo; pero primeramente como mera expectativa que recién adquirirá virtualidad jurídica al entrar en concurso con otros créditos. No se trata entonces de que una vez realizados los bienes se opere una traslación del privilegio de la cosa a su precio, sino, por el contrario, del ejercicio normal del privilegio en la única oportunidad en que el mismo puede realmente concretarse”<sup>119</sup>.

Otro criterio aprecia que la preferencia en el cobro de un crédito es con relación a determinado objeto. Llambías al procurar rebatir la idea que preconiza que el privilegio se asienta sobre el producido de los objetos, señala enfáticamente:

“...el privilegio, que es una calidad de un crédito, existe desde el origen mismo de dicho crédito. Pero como consiste en una prioridad de cobro, para hacerla efectiva se requiere la realización de los bienes del deudor, afectados a la preferencia. Esto no significa que antes de la realización de los bienes, el privilegio carezca de asiento, lo que sería un absurdo: el asiento siempre existe, puesto que sería inconcebible un privilegio sin asiento. Lo que ocurre es que en el momento de la

---

<sup>118</sup> MOLINARIO, *Los privilegios...*, §109, p. 184. Conf. HIGHTON, Elena I, *Derechos reales*, Ariel, Buenos Aires, 1981, vol. 8 “Privilegios y derecho de retención”, §29, p. 19.

<sup>119</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A., “Privilegios”, comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2014, en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año LIX, Núm. 52, 2014, p. 283.

realización del bien afectado, el asiento del privilegio se traslada al producido pecuniario del mismo bien”<sup>120</sup>.

Allende y Mariani de Vidal agregan otro argumento:

“...si se afirma que el asiento del privilegio es ‘el precio de la cosa integrante del patrimonio del deudor, obtenido mediante la ejecución forzada’, ello está indicando que antes de la ejecución existe una cosa en algún modo afectada por el privilegio, pues de lo contrario, ¿por qué sobre el precio de esa cosa y no de otra se cobrará con preferencia el acreedor privilegiado?”<sup>121</sup>.

En nuestra opinión, si bien el privilegio concede una prioridad para el cobro y para hacerla efectiva es menester la realización de los bienes deudor, esto no implica que con anterioridad el privilegio careciera de asiento.

No es aceptable que pudiera existir un privilegio sin asiento; siempre lo tuvo, simplemente lo que acaece es que al tiempo de la ejecución el asiento del privilegio muta su sede y migra hacia el producido del objeto<sup>122</sup> que fue su asiento originario<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo I, §488, p. 634; CORNA, Pablo M., *Teoría general de los privilegios*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, pp. 34-35; SANTARELLI, Fulvio G. en ALTERINI, Jorge H. (Director General) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo XI, p. 976; ALFERILLO, Pascual, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 83.

<sup>121</sup> ALLENDE y MARIANI DE VIDAL, p. 23-24.

<sup>122</sup> En dos oportunidades el art. 2573 del Código Civil y Comercial desvirtúa el objeto asiento del privilegio, pues se refiere a la “cosa afectada” o a las “cosas inembargables”, pese a que el privilegio puede tener como asiento, además de las cosas, a bienes que no lo son, o sea, derechos. En cambio, el art. 2584 alude directamente a los “bienes” sobre los que “recae” el privilegio.

<sup>123</sup> Véase ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, tomo XI, p. 976.

La postura que combatimos puede encontrar alguna apoyatura en la literalidad de la ley 24.522 cuando en el art. 241 preceptúa que los privilegios especiales que allí enuncia lo son “sobre el producido de los bienes”. Pero tal fortaleza hermenéutica queda neutralizada por la letra del art. 245 que, al abordar la subrogación real, apunta a “los bienes sobre los que recaía” el privilegio.

En cambio, el art. 2573 del Código Civil y Comercial está en línea con la idea de sustentamos, aunque con las prevenciones que ya formulamos, y armoniza con la norma que prevé la subrogación real del privilegio especial (art. 2584: “los bienes sobre los que recaer”) <sup>124</sup>, sobre la que volveremos.

#### 4.2.1.2. Clases de asientos

Existe una postura extendida que categoriza a los asientos de los privilegios en básicos y subsidiarios.

El primero de ellos estaría dado por el precio de un objeto o directamente por él, dependiendo de las distintas opiniones que vertimos en el punto inmediatamente anterior.

Explica Molinario que en ocasiones sería “equitativo y conveniente” extender el asiento del privilegio a “determinados créditos e indemnizaciones” constituyéndose lo que se denomina como asiento subsidiario. Así profundiza su parecer:

“Estas extensiones revisten, evidentemente, el carácter de subsidiarias, ya que entran a jugar cuando se trata de substituir, o por lo menos complementar, el asiento básico” <sup>125</sup>.

El asiento subsidiario, en consecuencia, es el que nace en virtud de la subrogación real operada.

---

<sup>124</sup> Véase también el art. 268 de la ley 20.744 “...gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias...”.

<sup>125</sup> MOLINARIO, *Los privilegios...*, §114, p. 188. Los casos de asientos subsidiarios que incluye el autor pueden verse en §115-§147, pp. 189-210.

Sin perjuicio de esa presentación de la dinámica que puede revelar el privilegio en la vida negocial, pensamos que se pueden distinguir tres clases de asientos de la preferencia de cobro del crédito.

Ante todo, advertimos la existencia de un “asiento primario originario” que está dado por el objeto sobre el cual la ley indica que deberá concretarse el mejor derecho de cobro. Así, en el crédito por “gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa” (art. 2582, inc. a), Código Civil y Comercial)<sup>126</sup>, el asiento primario originario será la cosa objeto de esas mutaciones materiales destinadas a aumentar su valor económico (arts. 751 y 1934, Código Civil y Comercial)<sup>127</sup>.

El objeto de ese asiento primario originario puede involucrar una subrogación real en virtud de la cual otro objeto pasará a ocupar su lugar en la vida jurídica, sin que sea menester llegar a su ejecución; en tal caso, se concebirá un “asiento primario de reemplazo”. Siguiendo con el caso de los créditos por mejoras, si la cosa asiento primario originario del privilegio fuese –por ejemplo– permutada, el asiento primitivo será reemplazado por la cosa entregada como contraprestación<sup>128</sup>.

Por último, puede visualizarse un asiento que calificamos como “secundario derivado de la ejecución del objeto del asiento

---

<sup>126</sup> Véase también el inc. 1) del art. 241 de la ley 24.522.

<sup>127</sup> La referencia legal a “construcción, mejora o conservación de una cosa” implica una reiteración innecesaria de conceptos coincidentes, por cuanto la “construcción” implicará –según los casos– mejoras necesarias, útiles o suntuarias, y la “conservación” se alcanzará a través de las mejoras de mero mantenimiento y necesarias. En síntesis, hubiera bastado aludir genéricamente a “mejoras”.

<sup>128</sup> Véase MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, tomo II, p. 525, señalan que la subrogación real “...se daría si se hubiera celebrado una permuta: la cuestión aquí se presentaría con relación a la nueva cosa que entra en el patrimonio del deudor en reemplazo de la que se transmitió por la permuta”.



primario”, ya originario, ya de reemplazo. Yace aquí otro supuesto de subrogación real. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de ejecución en el ámbito de una subasta; allí el precio obtenido constituirá el objeto del asiento secundario del privilegio.

Desde otra visión, se pueden clasificar a los asientos de los privilegios como “provisionales” o “definitivos”, según ellos puedan mudarse a otro objeto o queden definitivamente establecidos.

Los “asientos primarios” son por esencia provisionales, pues los “originarios” pueden sustituirse en otros de “reemplazo” y, a su vez, estos últimos en otros que también sean de “reemplazo”, o sea, en asientos primarios de reemplazo de segundo grado, tercer grado, etc.

En cambio, los “asientos secundarios” son sustancialmente definitivos, ya que provocada la ejecución del objeto del asiento primario la sede del privilegio pasa irreversiblemente al producido de ella.

#### **4.2.1.3. Ámbito de aplicación de la subrogación real en los privilegios**

De acuerdo al art. 2573 del Código Civil y Comercial el privilegio “puede ejercitarse mientras la cosa afectada (...) permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite”<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Kiper señala que la exigencia de que el objeto que compone el asiento del privilegio deba permanecer en el patrimonio del deudor “...no es exacta, ya que en el caso de la hipoteca, el acreedor puede perseguir la cosa enajenada por el deudor contra un tercero que no revista esa calidad. Este derecho de persecución no es un atributo del privilegio, sino que deriva del derecho real al que va unido un privilegio especial” (KIPER, *Tratado de derechos reales*, tomo II, p. 779). Dicho cuestionamiento no debería acotarse a la hipoteca, sino que tendría que ser extendido a los demás derechos reales de garantía que aseguran créditos privilegiados (véase el inc. e) del art. 2582 del Código Civil y Comercial).

La primera aserción transcrita encuentra explicación en que el privilegio no es inherente al objeto asiento de él. De allí que no cuente con una de las ventajas que derivan de los derechos que tienen ese carácter, como lo son los derechos reales (arts. 1882 y 1886, Código Civil y Comercial)<sup>130</sup>, es decir, la facultad de persecución<sup>131</sup>.

Sin embargo, la norma admite privilegios que sí tengan efectos reipersecutorios al señalar que el objeto debe mantenerse bajo la titularidad del deudor “excepto disposición legal en contrario”. Una hipótesis en la que la ley posibilita tal consecuencia es la descrita por el art. 269 de la ley 20.744<sup>132</sup> con relación a los objetos que refiere el art. 268: “Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe (...) queda limitado a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación”.

El art. 2573 también presenta como excepción a la directiva de que los objetos asiento del privilegio deban permanecer en el patrimonio del deudor al “supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite”.

En rigor de verdad, la subrogación real del asiento del privilegio no constituye una salvedad al mandato general, pues el objeto sustituto ingresará al patrimonio del deudor y con relación a él se conservará la situación jurídica del crédito privilegiado.

La referencia a que la subrogación real del asiento del privilegio operaría solamente “en los casos que la ley admite” puede despertar algunas inquietudes atento a la genérica permisión del art. 2584: “*Subrogación real*. El privilegio especial

---

<sup>130</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Ma Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. ALTERINI, tomo I, §141, p. 136 y §155, p. 150.

<sup>131</sup> Véase MARIANI DE VIDAL y ABELLA, tomo II, p. 506.

<sup>132</sup> CORNA, p. 47.

se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real”<sup>133</sup>.

Sin embargo, si se pone el acento en el diseño metodológico de este sector del Código se advierte que el art. 2573 se encuentra inmerso en las “Disposiciones generales” referidas a los privilegios, en tanto que el elástico art. 2584 se ubica en las normas referidas a los “Privilegios especiales”. Incluso, esta última disposición se inicia con la fraseología “el privilegio especial se traslada...”.

La indicación acerca de que la subrogación real opera de “pleno derecho” descarta toda necesidad de que el interesado manifieste su voluntad encaminada a que la sustitución de objetos tenga trascendencia en el plano del privilegio, pues tal virtualidad se genera por el mero efecto de la ley.

#### **4.2.1.4. Naturaleza del objeto de reemplazo**

El art. 2584 del Código Civil y Comercial indica que los objetos de reemplazo producto de la subrogación real son “los importes que sustituyen los bienes” de los asientos de los privilegios.

Según el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo “importe” apunta a la “cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo”, lo que nos conecta con obligaciones típicamente dinerarias.

La pregunta que subyace es si el objeto de reemplazo debe constituir inexorablemente en un importe en el sentido gramatical de suma de dinero, tal como interpreta un destacado sector de la

---

<sup>133</sup> Los giros idiomáticos empleados por el Código Civil y Comercial se advierten en otras legislaciones. Así, en el art. 472 de la ley 20.094, en el art. 272 de la ley 20.744, en el art. 245 de la ley 24.522.

doctrina<sup>134</sup>. Incluso se ha dicho que la sustitución se produce con relación al “valor de venta o realización”<sup>135</sup>.

Nuestra opinión es distinta por los motivos que expusimos en el Capítulo I<sup>136</sup>.

#### **4.2.1.5. Supuesto de extinción parcial del objeto asiento del privilegio**

Si se extinguiera totalmente el objeto asiento del privilegio este se trasladaría al crédito por la indemnización debida, de concurrir los recaudos establecidos por la ley.

Ahora bien, el Código no se ha ocupado de resolver expresamente en materia de privilegios qué es lo que ocurre cuando la extinción del objeto no es total, o sea que es parcial, por cuanto subsisten expresiones de su vida jurídica.

Creemos que no es posible prescindir de una elemental aplicación sistémica de lo dispuesto por el art. 2194 *in fine* en materia de derechos reales de garantía: “en caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

De allí que el privilegio en estos supuestos deberá ejercerse sobre los restos del objeto parcialmente extinto, como sobre la indemnización que representare la extinción parcial sufrida.

---

<sup>134</sup> Así HIGHTON, *Derechos reales*, §51, pp. 39 y ss.; MARIANI DE VIDAL, y ABELLA, tomo II, p. 526; KIPER, *Tratado de derechos reales*, tomo II, p. 786; ALFERILLO en SÁNCHEZ HERRERO, tomo II, p. 112.

<sup>135</sup> SAUX, p. 259.

<sup>136</sup> Véase §7.2.3.5, Capítulo I. Villanueva tampoco acota la subrogación real a lo estrictamente dinerario. Afirma distintas alternativas para el objeto de reemplazo: “...el precio de la venta, el bien recibido en cambio, o la indemnización...” (VILLANUEVA, Julia, *Privilegios*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 127).

#### **4.2.1.6. Suerte del privilegio que principia sobre un objeto embargable que es sustituido por uno inembargable**

Una imposición legal para el ejercicio del privilegio es que su asiento no esté integrado por “cosas inembargables declaradas tales por la ley” (art. 2573, Código Civil y Comercial)<sup>137</sup>.

Se explica que ello es así por cuanto si las cosas “...no se pueden embargar, no podrán ser ejecutadas por el acreedor para cobrarse, siendo el embargo un trámite inexcusable de la ejecución forzada. Es, precisamente, sobre el precio obtenido en la ejecución forzada que los acreedores han de caer haciendo valer, al concurrir, las preferencias que eventualmente les pudieran asistir”<sup>138</sup>.

Corresponde preguntarse qué es lo que ocurriría en el supuesto en que el objeto afectado al privilegio fuera embargable, pero no lo sea su sustituto.

Ejemplifiquemos: si fuera vendido un inmueble afectado al privilegio especial del inc. a) del art. 2582 del Código Civil y Comercial, el privilegio pasaría a recaer sobre el precio de venta. Pero si con esa suma dineraria se adquiriera un taxímetro para el ejercicio de la profesión respectiva, el deudor habrá adquirido un objeto que no sería susceptible de ser ejercitado como asiento de un privilegio (art. 744, inc. b], Código Civil y Comercial).

Sin embargo, en un tema que puede despertar polémica, nos inclinamos por sostener la aplicación de la subrogación real al caso y concluimos que la situación jurídica del crédito privilegiado debe conservarse a pesar de la mutación objetiva acaecida.

---

<sup>137</sup> Ya dijimos que la alusión a “cosas” debe interpretarse con el sentido genérico de “objetos”.

<sup>138</sup> MARIANI DE VIDAL y ABELLA, tomo II, p. 507.

#### 4.2.1.7. *Quid* de la subrogación real en los privilegios generales

El art. 3879 del Código Civil derogado se iniciaba con la siguiente clarificadora aserción “tienen privilegio sobre la generalidad de los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles” y luego enunciaba los créditos que contaban con esa cualidad; en tanto que el art. 3880 hacía tema con los créditos que tenían privilegio “sobre la generalidad de los muebles”<sup>139</sup>.

Se suele decir que a diferencia de lo que ocurre con los privilegios especiales, los generales no tendrían una afectación definida a un objeto determinado del deudor, sino que por el contrario el asiento estaría dado por el o un conjunto de bienes del deudor<sup>140</sup>.

El art. 2580 del Código Civil y Comercial limita el ámbito de aplicación de los privilegios generales, pues dispone que “solo pueden ser invocados en los procesos universales”.

Santarelli señala que “por procesos universales debe entenderse todo aquel que involucre a una universalidad de bienes y, en consonancia, tenga la vocación de hacer participar a todos los que tengan un derecho de crédito contra aquel patrimonio; en este orden de ideas, corresponde incluir al concurso preventivo, la quiebra, el proceso sucesorio y, en los términos del art. 1687, el supuesto de liquidación del fideicomiso”<sup>141</sup>.

La doctrina en general ha mostrado cierta prevención en la operatividad de la subrogación real de concurrir créditos cualificados con privilegios generales.

---

<sup>139</sup> Comp. ALLENDE y MARIANI DE VIDAL, pp. 46 y ss.

<sup>140</sup> Para Molinario “no se trata de una diferenciación arbitraria o caprichosa (...). Cuando el crédito surge sin que tenga atinencia a una cosa mueble o inmueble perfectamente determinada de pertenencia del deudor, el privilegio debe incidir sobre la generalidad del patrimonio” (MOLINARIO, *Los privilegios...*, §80, p. 141).

<sup>141</sup> SANTARELLI, p. 940.

Desde una óptica restrictiva, Kemelmajer de Carlucci expresa que la subrogación real “solo rige para los privilegios especiales, pero es evidente que el problema solo puede plantearse en este tipo de privilegios, ya que en los generales, los nuevos bienes sustituyen a los antiguos, integrando la garantía de los acreedores privilegiados sobre todos los bienes del deudor”<sup>142</sup>.

Para Villanueva: “...la solución (...) solo se ha adoptado respecto de los privilegios especiales, pues en los generales, falta la individualización del bien consustancial con la figura de la subrogación real...”<sup>143</sup>.

Sin descartar la virtualidad de la subrogación real en el supuesto en estudio, Llambías aprecia que si “...la garantía es flotante o global, como ocurre tratándose de los privilegios generales, la subrogación real, aun cuando sigue actuando, pierde todo interés. Porque los nuevos bienes que sustituyen a los antiguos, integran la garantía flotante que tienen aquellos acreedores privilegiados sobre todos los bienes del deudor. No hay, pues, necesidad de hacer funcionar la teoría de la subrogación real, ni de probar la filiación de los bienes nuevos respecto de los antiguos”<sup>144</sup>.

También para Corna, sin negar la actuación de la subrogación real de mediar privilegios generales, el instituto “pierde interés”<sup>145</sup>.

En nuestra opinión, aunque en principio la subrogación real aparece como de reducida aplicación en el ámbito de los privilegios

---

<sup>142</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Los privilegios en el proceso concursal*, Astrea, Buenos Aires, 1975, §13, p. 95. Véase también ALLENDE y MARIANI DE VIDAL, p. 43; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, tomo I, §261, p. 260.

<sup>143</sup> VILLANUEVA, p. 128.

<sup>144</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, §489, p. 636, en nota 21.

<sup>145</sup> CORNA, p. 36.

generales, no debe vacilarse acerca de que –en el decir de Llambías– “sigue actuando”.

En la terminología que proponemos, el asiento primario originario del privilegio general estará conformado por el patrimonio del deudor y, eventualmente, se sustituirá en el objeto del asiento secundario derivado de la ejecución del objeto del asiento primario.

Quiere decir que sí juega la subrogación real en los privilegios generales. Lo que ocurre es que por regla no podrá vislumbrarse una sustitución objetiva que determine un asiento primario de reemplazo.

Creemos que no podría invocarse que “falta la individualización del bien” del asiento primario del privilegio, pues sí hay una determinación clara: el privilegio recae sobre la universalidad jurídica que conforma el patrimonio del deudor.

Si se pensara que la noción de patrimonio sería insuficiente para determinar el objeto asiento del privilegio, igual consideración debería trasladarse a otros campos conceptuales. Es sabido que en los derechos reales el objeto sobre el que recae el poder jurídico debe ser determinado (arg. arts. 1882, 1883, 2188, Código Civil y Comercial). Y si se admite que se constituya el derecho real de usufructo sobre “el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario” (art. 2130, inc. d), Código Civil y Comercial), no puede dudarse de que la universalidad del patrimonio goza de suficiente determinación como para tornar operativa la subrogación real.

#### 4.2.2. **Facultad de retención**

El derecho de retención por uno de los acreedores del deudor no obsta a que él o los restantes puedan procurar obtener la efectividad de sus créditos a través de la cosa retenida. Este es el sentido de la primera oración del inc. d) del art. 2592 del Código



Civil y Comercial: “no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor”.

De lograrse la ejecución del objeto retenido, según la segunda oración del inc. d) del art. 2592, “el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente”, operándose una suerte de subrogación real consistente con la prevista en materia de privilegios (art. 2584, Código Civil y Comercial).

En contraste, Leiva Fernández sostiene que si la cosa se destruye totalmente la retención se extingue sin que la indemnización que la sustituye pueda subrogarla, puesto que ella carecería de la debida conexidad con el crédito<sup>146</sup> al cual la retención accede.

## 5. EN LOS DERECHOS REALES (“PODERES JURÍDICOS”)

### 5.1. Facultad de persecución: acciones reales

El legitimado a entablar una acción real con el objetivo de restablecer el derecho real que le corresponde puede declinar la persecución y obtener una indemnización sustitutiva del daño causado. En tal supuesto, la acción no se enderezará a la cosa sino al pago del crédito indemnizatorio que viene a sustituirla (art. 2250, Código Civil y Comercial), el cual se solventará en dinero o en especie, según los casos (art. 1740, Código Civil y Comercial). Como dijimos, la facultad de persecución es en principio incompatible con la subrogación real. He aquí una válvula de escape<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Derecho de retención*, Astrea, Buenos Aires, 1991, §292, p. 369.

<sup>147</sup> Se resolvió que el hecho de instar la acción reivindicatoria para solicitar una indemnización y no el recupero de la cosa “no cambia la naturaleza real de la pretensión” y que juega allí la subrogación real en virtud de la cual el “dinero reclamado pasa a ocupar el lugar de la cosa”

La regla es, entonces, que la opción por la indemnización le corresponde a quien ejercita la acción. El art. 2458 del Código Civil y Comercial prevé una acción con efectos reipersecutorios que se aparta de aquella directiva, puesto que, si bien establece que el legitimario puede perseguir contra terceros los objetos registrables, el donatario y el subadquirente demandado pueden detener la acción desinteresando al legitimario a través de la satisfacción en dinero del perjuicio a su cuota legítima.

Remitimos al §3.3.2 en donde tratamos la temática del precio insoluto.

## **5.2. Principales**

### **5.2.1. Dominio**

#### **5.2.1.1. Dominios imperfectos: resoluble y fiduciario**

La regla es que el derecho de dominio no tiene límite en el tiempo; la excepción se da en materia de dominio fiduciario y resoluble. Respecto del primero, remitimos al lector a nuestro tratamiento de la propiedad fiduciaria; nos ocuparemos ahora del segundo.

El dominio resoluble es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento la cosa debe ser restituida por el dueño a quien se la transmitió (art. 1965, Código Civil y Comercial). Sin perjuicio de los supuestos de registraciones constitutivas, la regla es que el llamado “dueño revocante” adquiere inmediatamente la cosa una vez acaecido el término del plazo o el hecho condicionante (art. 1968, Código Civil y Comercial) sin necesidad de efectuar la tradición a esos efectos, pues opera una suerte de constituto posesorio de pleno derecho.

---

(Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, “Accomando, Jorge W., v. Meiriño, Raúl”, 24/04/2003, JA 2004-I-351).

De no ser posible física o jurídicamente la restitución de la cosa pero la misma ha sido sustituida por otro objeto en el patrimonio del denominado “dueño revocado”, el derecho del revocante se enderezará a ese objeto sustituto. Admitida la subrogación en las obligaciones restitutorias y en el dominio (o propiedad) fiduciaria, es lógico concluir que también deba regir en el resoluble.

#### 5.2.1.2. Cosas perdidas

Si una persona tomara una cosa perdida, asumiría las obligaciones de un depositario a título oneroso, y debería restituirla inmediatamente a quien corresponda; de no poder individualizar quién tiene derecho a la restitución, debería entregarla a la policía del lugar y esta debería dar intervención al juez (art. 1955, Código Civil y Comercial).

La cosa perdida debe venderse en subasta pública si no se presenta oportunamente el sujeto legitimado para la reclamación del objeto. Aquí se podría generar un ámbito propicio para la subrogación real.

La necesidad de la subasta pública se activa en dos supuestos: a) si transcurriera un plazo de seis meses sin la respectiva presentación; o b) si se tratara de una cosa “perecedera o de conservación costosa” (art. 1956, Código Civil y Comercial).

La cosa será sustituida por dinero. ¿A quién pertenece ese dinero? La respuesta legal nos la da el art. 1956 *in fine*: a la Ciudad o Municipio en donde se encontró<sup>148</sup>.

La ley por un lado niega la subrogación real, pero deja abierta su posibilidad en otro. Decimos que la niega porque la lógica de la subrogación real haría que el remanente le pertenezca al otrora propietario de la cosa y no al Estado.

---

<sup>148</sup> Ello, claro está, luego de deducidos los gastos y el monto de la recompensa; al Estado le pertenece el “remanente” que exista con posterioridad a aquella operatoria económica.

Pero, por otro lado, deja abierta la posibilidad de que ocurra una subrogación real: ¿qué ocurre si la persona con derecho se presenta con anterioridad al plazo de seis meses, pero con posterioridad a la concreción de la subasta anticipada? Ello estaba resuelto por el art. 2538 del Código Civil derogado.

Dado que la cosa perdida tendrá una nueva titularidad, la del adquirente en subasta, el titular originario podrá reclamar el precio líquido (objeto sustituto) obtenido en la subasta y que ha subrogado a la cosa perdida<sup>149</sup>, deducidos los gastos y el monto de la recompensa.

### **5.2.1.3. Dominio bajo reglas concursales**

#### **a) Precisión inicial**

Aunque en este apartado referiremos al derecho real de dominio en la órbita concursal por así hacerlo el legislador y el Alto Tribunal, las consideraciones que se apuntarán pueden ser extensibles a otros derechos reales.

#### **b) Del fallido**

El art. 107 de la Ley de Concursos y Quiebras prevé que el fallido está sujeto al desapoderamiento de pleno derecho de sus bienes, lo que implica por lo pronto que la administración y disposición de estos recaiga sobre el síndico (art. 109). Esas

---

<sup>149</sup> Para Wolff: “El producto de la venta se coloca, en virtud de subrogación real, en el lugar de la cosa; el anterior propietario de la cosa lo será de la cantidad obtenida, y sobre ella recaen también los derechos y los deberes del hallador (§966)” (WOLFF, Martín, “Derecho de cosas”, en *Tratado de derecho civil*, de ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín, traducción de la 32ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, octava revisión, Bosch, Barcelona, 1951, volumen I, §82, p. 481.

facultades del síndico serán ejercitadas sobre los objetos originales como respecto de los subrogados en su lugar<sup>150</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación remarcó lo que parece obvio: el fallido conserva su dominio sobre los objetos desapoderados e incluso conserva la titularidad respecto de los bienes que los sustituyan en virtud de su realización, hasta que se pongan a disposición de los acreedores para solventar los débitos<sup>151</sup>.

### c) De terceros

Los arts. 138 a 141 de la ley concursal dan un campo apto para el juego de la subrogación real, en algunos supuestos establecida explícitamente. Se regulan los derechos de terceros respecto de ciertos bienes en poder del fallido: 1) entregados por título no destinado a transferir el dominio (art. 138); 2) puestos a disposición por título suficiente para transmitir el dominio (arts. 139 a 141).

Comenzaremos por la segunda cuestión. Debe tenerse presente que los objetos remitidos al fallido por un título suficiente para transferir el dominio serán adquiridos con la investidura del derecho real en su cabeza, de haberse satisfecho los requisitos del título y el modo suficiente (arts. 1892, 1923, 1924, 1925 y concordantes, Código Civil y Comercial). A tal efecto debe ponderarse muy especialmente el art. 1925: “*Otras formas de tradición*. También se considera hecha la tradición de cosas muebles, por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y si son remitidas por cuenta y orden de otro,

---

<sup>150</sup> CNCom., Sala D, “Ciccione Calcográfica S.A. s/ Concurso preventivo s/ incidente transitorio” [Expte. 38295/2013], 05/09/2016.

<sup>151</sup> CSJN, “Carbometal S.A. s/ Quiebra s/ concurso preventivo”, 14/11/2006, Fallos: 329:5123.

cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío”.

La ley posibilita que el enajenante recobre la “posesión”<sup>152</sup> de ellos si el fallido o sus representantes no hubieran tomado posesión efectiva antes de la sentencia de quiebra y no se hubiese pagado íntegramente el precio al enajenante. La fraseología “posesión efectiva” parece estar enderezada a descartar lo que se ha llamado “tradición simbólica” o “ficta” (arg. art. 140, Ley N° 24.522), categoría conceptual que debe armonizarse con lo previsto por el art. 1922 del Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de que no todo lo regulado por el art. 1925 transcripto importa una tradición ficta, porque en ocasiones el adquirente ostenta la posibilidad física de establecer el contacto con la cosa (art. 1922, inc. b], Código Civil y Comercial), parecería que lo regulado por esa norma es a lo que apunta la legislación concursal, puesto que en buena medida se corresponde con lo que disponía el art. 463 del Código de Comercio derogado, en sus incisos 3° y 4°<sup>153</sup>.

De todos modos, el fallido-adquirente con título y modo podría haber transmitido sus derechos<sup>154</sup> y dado que los terceros están protegidos (art. 139, inc. C], Ley N° 24.522) en sus intereses

---

<sup>152</sup> La doctrina nacional y extranjera discurre sobre los alcances del derecho del reclamante: 1) una teoría sostiene que el enajenante mantuvo su derecho real y por eso la posibilidad de reivindicarlo; 2) otra tesitura entiende que se trata de un derecho tendiente a que el vendedor recupere la posesión para gozar del derecho de retención; 3) finalmente, otra teoría entiende que se trata de una resolución del contrato de compraventa, por cierto singular, que hace recuperar el dominio al enajenante y con ello la posibilidad de reivindicar el objeto (Véase YADAROLA, Mauricio L., “La reivindicación en la quiebra”, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año 14, N°9-10, noviembre-diciembre 1927, pp. 12-25. El distinguido autor adhiere a la última de las teorías).

<sup>153</sup> Véase HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, Ábaco, tomo IV, Buenos Aires, 2005, p. 1039.

<sup>154</sup> Véase HEREDIA, pp. 1058-1059.

legítimos, la subrogación real tiene importancia, ya que, si el tercero adquirente también adeudara su contraprestación, el primer enajenante podría requerir la cesión del crédito, si fuera de igual naturaleza que el suyo, o en caso contrario adquirirá un privilegio especial sobre el mismo (art. 141, Ley N° 24.522). Ello es indicativo de que la norma permite recuperar no ya la posesión del objeto originario, sino enderezarse al objeto sustituto, con las pertinentes matizaciones.

Esta expresión compleja de la subrogación real es ciertamente llamativa, pues se advierten en ella ciertos tintes característicos de otras figuras. 1) Guarda afinidad con la acción reivindicatoria, por cuanto permite reclamar el precio insoluto (art. 2260, Código Civil y Comercial), pero también con la acción directa, por la necesaria homogeneidad de los créditos (art. 737, inc. c)]; 2) se advierte algo del *commodum repraesentationis*, en tanto obliga al deudor a ceder su propio crédito a instancias del acreedor<sup>155</sup>; 3) asimismo, puede verse parcialmente la doctrina de *Capitant*, en cuanto habilita a ejercer una preferencia o privilegio sobre el sustituto<sup>156</sup>.

Idénticos derechos subrogatorios corresponden “sobre la indemnización debida por el asegurador o por cualquier otro tercero responsable, cuando los objetos hubieren desaparecido o perecido total o parcialmente...” (art. 141 *in fine*, Ley N° 24.522).

¿Qué ocurriría si el precio o indemnización hubiesen sido percibidos por el síndico? En tal supuesto, Yadarola entiende que los derechos del reclamante no “sucumben a la ley del dividendo”, puesto que el objeto no entra al patrimonio concursado, sino que se trata de un objeto ajeno que debe entregarse a quien corresponde;

---

<sup>155</sup> No creemos que la ley haya impuesto una subrogación personal “legal” (Compárese YADAROLA, pp. 80-81; HEREDIA, p. 1059), sino que nos parece que la ley es clara al requerir la “cesión”.

<sup>156</sup> Véase §6.2.7, Capítulo I.

según él, el síndico habría obrado a la manera de un gestor de negocios<sup>157</sup>.

Naturalmente, la subrogación real habrá de ser probada y procederá siempre que sea posible la determinación<sup>158</sup>.

Aquellas subrogaciones reales no están previstas cuando el fallido hubiese recibido las cosas por títulos no destinados a transferir el dominio (art. 138, Ley N° 24.522). La normativa solo habilita a los terceros a acreditar sus derechos y recuperar, si correspondiera, los objetos bajo su dominio cuando éstos estén bajo el poder del fallido; no obstante, expresamente admite que quedan incluidos en el precepto las cosas obtenidas por la transformación de “productos elaborados por los sistemas denominados a maquila, cuando la contratación conste en registros públicos”.

Pero la subrogación real fue reconocida por doctrina especializada<sup>159</sup>, puesto que de otra manera se incurriría en una grave injusticia al conferir la facultad a quien tiene exclusivamente un crédito –como en el caso de los privilegios– y no reconocérsela a quien tiene un derecho real; se admitiría la subrogación real en la figura menor y no en la mayor<sup>160</sup>. Además, debe ponderarse lo que decimos respecto del precio insoluto en la reivindicación (art. 2260, Código Civil y Comercial)<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> YADAROLA, pp. 83-84.

<sup>158</sup> ALFERILLO, Pascual E., *La reivindicación en concursos y quiebras*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, pp. 62-64, 131-132.

<sup>159</sup> Para Yadarola el hecho de que la ley de falencias no prevea el derecho al precio en los casos en que existan títulos no destinados a transmitir el dominio no es óbice para llegar a tal conclusión, por aplicación de las reglas y principios de las acciones reales del derecho civil (YADAROLA, p. 78). De allí que, verbigracia, el depositante no se encuentre en la situación de “cualquier acreedor común”.

<sup>160</sup> ALFERILLO, Pascual E., *Contrato de elaboración por el sistema de maquila*, Ediciones Jurídicas Cuyo, pp. 184 y ss; ALFERILLO, Pascual E., *La reivindicación...*, pp. 125-132.

<sup>161</sup> Véase §3.3.2, Capítulo V.



#### **5.2.1.4. Transformación. Caso especial del contrato de maquila**

Varias hipótesis que ocurren en materia de transformación de cosas muebles pueden explicarse a través de la idea de la subrogación real. Véase el art. 1957 y las referencias a la conservación de la situación jurídica del dueño: 1) “si no prefiere tener la cosa en su nueva forma”; 2) “el dueño de la materia es dueño de la nueva especie”; 3) “el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva”. No obstante, la especialidad del régimen es tal que la subrogación real pierde gran parte de su utilidad. Debe ponderarse lo que se dice respecto de la caducidad y revocación de los legados<sup>162</sup>.

En el contrato de maquila, regulado por la ley 25.113, el productor agropecuario se obliga a suministrar al procesador o industrial materia prima con el derecho de participar sobre los productos finales resultantes en la proporción que se disponga; el productor “mantiene en todo el proceso de transformación la propiedad sobre la materia prima y luego sobre la porción de producto final que le corresponde”, mientras que el industrial asume la “condición de depositario” respecto de esos objetos (art. 1).

Esa ley se aplica para todos los contratos que tengan por objeto la provisión de materia prima agropecuaria para su “procesamiento, industrialización y/o transformación”, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 18.600 para la vitivinicultura. La perdurabilidad del dominio del productor puede ser explicada sin esfuerzos a través de la subrogación real. Es que si para la ley el productor mantiene su dominio<sup>163</sup> sobre la materia prima y también lo hace sobre el objeto que lo sustituye nos parece claro que ello es explicable con la subrogación objetiva.

---

<sup>162</sup> Véase §4.1.2.12, Capítulo V.

<sup>163</sup> Compárese con la posición de MANGERI, Roberto E., “El contrato de maquila”, La Ley, 2009.

Por ello es lógico que la parte “industrial” sea “depositaria” de los “productos finales de propiedad del productor”, que además se los deba “identificar adecuadamente” y que estén a “disposición plena” del titular respectivo, con amplias libertades de comercialización (art. 3º) y facultades de control (art. 2º, inc. e] y art. 4º).

### 5.2.2. Condominio

#### 5.2.2.1. Reconstrucción del muro medianero

La exigencia legal del art. 2024 del Código Civil y Comercial acerca de que el condómino que realiza la demolición del muro medianero debe reconstruirlo con altura y estabilidad no menores que las del demolido es incuestionable. Es innegable que la sustitución no puede perjudicar al vecino a través de llevarla a cabo mediante un muro con altura menor a la del anterior o con inferior estabilidad. Un criterio razonable puede conducir a imponerle al vecino que el muro reconstruido responda a la exigencia de que la aislación de agentes exteriores tampoco sea menos efectiva de la que ostentaba el muro anterior. El nuevo muro no satisfará el espíritu de la ley si quien reconstruye se ajustara, simplemente, a los estándares del lugar con la invocación del art. 2015, pues si el muro no se conforma a la estabilidad del anterior y hasta a su aislación, quedaría huérfana de sustento suficiente la subrogación real que subyace en el reemplazo que genera el muro nuevo respecto del anterior. Por cierto, que la exigencia del requisito de la identidad del reemplazo constructivo, en ningún caso podrá importar un ejercicio irregular del derecho del vecino que no intervino en la reconstrucción<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo II, §1266, p. 263.

### 5.2.2.2. Partición

#### a) En general

Se ha dicho que en la partición hereditaria: “Hay modificación del derecho de copropiedad en derecho de propiedad exclusiva; de la propiedad de una cuota indivisa sobre una masa de bienes, en la propiedad de bienes determinados”<sup>165</sup>. El autor cita a Antonio Cicu, quien afirma que este efecto de la partición es una subrogación real:

“Según explica Cicu, hay subrogación real en el contenido del derecho del copartícipe: la cuota ideal de una universalidad jurídica se convierte en bienes singularmente determinados, que quedan subrogados en el lugar de la cuota. El derecho de propiedad del heredero se convierte de abstracto en concreto (...). La figura de la subrogación real permite no cancelar la situación existente antes de la partición, según la cual cada heredero había adquirido una cuota (...). Tal derecho se mantiene inmutable, y sólo se modifica el objeto de la relación jurídica hereditaria de la que es titular el heredero”<sup>166</sup>.

Si bien esas ideas fueron expuestas con relación a la comunidad hereditaria, podrían trasladarse sin esfuerzos a la comunidad madre que es el condominio, máxime que rigen para el condominio las reglas de la división de la herencia, en tanto sean compatibles (arts. 1984 y 1996, Código Civil y Comercial).

La partición, desde el punto de vista del copartícipe, no tiene por finalidad la modificación del objeto de la situación jurídica. Su finalidad es, ante todo, extintiva; tiende a la extinción de la comunidad. Por ello, no hay una subrogación en el objeto de la cotitularidad en virtud de la partición.

---

<sup>165</sup> FERRER, Francisco A. M., “Correcta interpretación como acto partitivo de un convenio privado presentado al juicio sucesorio”, LA LEY 2019-B, 392.

<sup>166</sup> FERRER, Francisco A. M., “Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo”, RCCyC 2017 (febrero), 181.

Naturalmente es distinta la cuestión desde la óptica de las situaciones jurídicas en las que están involucrados terceros, aunque el interés de esta subrogación real ha perdido buena importancia en virtud de lo dispuesto por los arts. 1989, 2207 y 2403 *in fine* del Código Civil y Comercial).

No obstante, la subrogación real sí puede explicar adecuadamente por qué en la partición por “venta” la distribución del producto que se obtiene (art. 2374, Código Civil y Comercial) es en función de las alícuotas que ostentaban los comuneros. Es que cada comunero tiene un derecho de propiedad que integra su patrimonio, el cual deja de ejercerse sobre tal o cual objeto para pasar a recaer a su producido, en la medida de las alícuotas respectivas.

También la sustitución objetiva es advertible en otro plano de análisis. Nos referimos a la partición por testamento. Es sabido que allí “la enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición no afecta su validez...” (art. 2421, Código Civil y Comercial). Pensamos que esa disposición legislativa debe ser interpretada de la manera que brinde la mayor eficacia posible al testamento, por lo que no solo impedirá la invalidez de este acto jurídico, sino que también puede entenderse que en ocasiones el objeto subrogante en virtud de la enajenación respectiva está comprendido en la partición.

### **b) Un interesante proyecto de ley**

Jorge H. Alterini y Edmundo Gatti diseñaron un proyecto de ley tendiente a solucionar los problemas que presenta la denominada prehorizontalidad. Su objetivo fue brindar a los adquirentes en forma inmediata un derecho real mediante un contrato de compraventa de alícuota del terreno donde ha de construirse el edificio que se someterá a propiedad horizontal; ello como presupuesto para la comercialización. De ese modo, el adquirente alcanzaría la calidad de condómino. El sistema funcionaría a través de una indivisión forzosa, en donde:

“...la única partición que se concretará, de pleno derecho y en especie, acaecerá con la terminación del edificio y el nacimiento del derecho de propiedad horizontal, y en tal oportunidad por vía de subrogación real la unidad ocupará la situación jurídica de la respectiva parte indivisa del desaparecido condominio”<sup>167</sup>.

El art. 17 del referido proyecto dice: “La aprobación final de la obra o la declaración de habitabilidad total del edificio por autoridad competente, produce de pleno derecho la extinción del condominio y su partición en especie con la adjudicación automática a cada uno de los condóminos, en propiedad horizontal, de las respectivas unidades a ellos asignadas (...) Dicha partición produce también de pleno derecho una subrogación real en virtud de la cual cada unidad de propiedad horizontal ocupa la situación jurídica de la parte indivisa a la que sustituye...”.

En tal sentido, por ejemplo, si se hubiera constituido una hipoteca de alícuota, ella gravaría en el futuro a la unidad funcional de la propiedad horizontal.

### 5.2.3. **Propiedad horizontal**

En el sistema diseñado para la propiedad horizontal conviven por lo pronto tres clases de objetos diferenciados: 1) cosas y partes comunes; 2) cosas y partes propias; 3) bienes del consorcio. Entonces, los objetos que sustituyen a unos u otros, conservarán por regla su calidad de común, de propio, etcétera.

Ejemplifiquemos. Es sabido que los conjuntos inmobiliarios como los barrios cerrados deben someterse a la normativa prevista para el derecho real de propiedad horizontal (art. 2075, Código Civil y Comercial). Si en ese emprendimiento se vendiera un bien del consorcio como una motosierra o un tractor su producido

---

<sup>167</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., “Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias”, *Revista del Notariado* 726, 151; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., “Prehorizontalidad. Antecedentes. Fundamentos”, *La Ley*, tomo 146, pp. 932 y ss.

integrará el patrimonio del consorcio y no el de los consorcistas. También la subrogación da cierto asidero jurídico a las prácticas habituales de repartir entre los copropietarios la leña derivada de la extracción de árboles asentados en partes comunes del inmueble.

#### 5.2.4. Propiedad indígena

El derecho real de propiedad indígena reconocido por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y por el Convenio 169 de la OIT admite como objeto a cuatro categorías jurídicas de tierras: 1) las tierras que tradicionalmente ocupan de manera exclusiva; 2) tierras de ocupación tradicional pero no exclusiva, o sea aquellas a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 3) tierras adicionales aptas y suficientes para el desarrollo humano; 4) tierras sustitutas por traslado<sup>168</sup>.

En los supuestos en que es ineludible el traslado de los pueblos de las tierras que ocupan<sup>169</sup>, el convenio 169 de la OIT prevé que la comunidad indígena tiene derecho a que se le otorguen tierras sustitutas, o en caso de así quererlo, una indemnización sucesoria apropiadamente garantizada (art. 16 inc. 4 *in fine*). Este mecanismo importa una hipótesis indiscutible de la subrogación real: la cosa o el derecho puesto a disposición de la comunidad continúa con un “régimen semejante al que regía la situación jurídica originaria”<sup>170</sup>. Pero la subrogación real no se aplica únicamente en ese supuesto, puesto que también podría servir en hipótesis tales como el daño sufrido al inmueble que haya generado un auténtico objeto sustituto-indemnización.

---

<sup>168</sup> Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, coedición de Librería Histórica y Educa, Buenos Aires, 2005, pp. 149 y ss.

<sup>169</sup> Sobre la procedencia excepcional del traslado, véase ídem, pp. 112-113.

<sup>170</sup> Ídem, p. 108.

La importancia de la cuestión está en el mismo art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, que explicita que ninguna de las tierras objeto de la propiedad indígena será “enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. Si la comunidad indígena puede tener otros bienes distintos a estas clases de tierras y ellos sí son, verbigracia, embargables<sup>171</sup>, no aplicar la subrogación real podría tener efectos disvaliosos para la comunidad.

Un ejemplo pondrá de manifiesto la relevancia de la subrogación real para la protección de la propiedad indígena. Si las tierras protegidas se anegaran en virtud de un obstáculo al curso natural de las aguas y surgiera como contrapartida un derecho indemnizatorio en beneficio de la comunidad (art. 1975, Código Civil y Comercial), ese derecho creditorio debe ostentar la protección constitucional, puesto que de otra manera se violentaría el espíritu del ordenamiento jurídico.

#### 5.2.5. Superficie

El derecho real de superficie tiene dos vertientes diferenciadas; en una recae sobre un objeto ajeno y en la otra sobre un objeto propio. Antes de realizar la construcción o plantación sobre el inmueble, el superficiario únicamente cuenta con un derecho sobre objeto ajeno consistente en la facultad de edificar o de plantar. En cambio, realizada la construcción o la plantación, el superficiario adquirirá un derecho real sobre objeto propio que recae en lo efectivamente construido o plantado. Se puede notar que el funcionamiento correcto de este derecho real presupone a la subrogación real, en el sentido de que por hipótesis un objeto inicialmente ajeno es posteriormente reemplazado por un objeto propio, pero siempre se mantiene la titularidad superficiaria con el consecuente ajuste en su contenido.

---

<sup>171</sup> Ídem, p. 178.

Esto explica, verbigracia, que el derecho real de garantía constituido sobre el derecho de edificar o de plantar se traslade automáticamente a lo edificado o plantado. Para Kiper<sup>172</sup> la cuestión quedaría englobada por la alusión del art. 2194 del Código Civil y Comercial a “cualquier otro concepto” y si bien no requeriría de ningún acto complementario coincide con Mariani de Vidal en que resultaría prudente que se explicitara todas esas circunstancias en el acto constitutivo del gravamen<sup>173</sup>.

También puede plantearse la subrogación en otro campo conceptual: ¿qué ocurre cuando, al finalizar el plazo respectivo, se extingue el derecho real de superficie? Automáticamente quien es propietario del suelo hará propio lo construido o plantado sobre el mismo, pues se restablece plenamente la “accesión”, que había sido temporalmente morigerada por la incidencia del derecho real de superficie. Desde entonces el titular del suelo debe indemnizar al superficiario, salvo que se hubiera convenido lo contrario, en consideración de la magnitud de las mejoras que hubiera incorporado y que benefician ahora a su nuevo titular (art. 2126, Código Civil y Comercial).

Para Szmuch, pensando en el régimen de vivienda, “la extinción del derecho real de superficie del constituyente producirá en su caso la subrogación por la indemnización”<sup>174</sup>, pues en su criterio se trataría de un verdadero objeto sustituto.

El propietario superficiario que afectó a vivienda es una suerte de dueño revocable (art. 2128, Código Civil y Comercial) sobre una construcción; si el superficiario fue quien efectuó esa construcción, tendrá derecho a ser indemnizado (art. 2126, Código Civil y Comercial). ¿Esa indemnización sustituye a la construcción? Creemos que sí, aun cuando pueda hacerlo tan solo

---

<sup>172</sup> KIPER, *Tratado de derechos reales*, tomo II, p. 40.

<sup>173</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie forestal”, *La Ley*, 2002-F, 1415.

<sup>174</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.



parcialmente. De modo que la afectación a vivienda debería conservarse con relación a la indemnización, debida o cobrada.

El art. 1539 del Código Civil de Portugal, en su inc. 2º, prevé la subrogación real de los derechos constituidos por el superficiario para que ellos recaigan ahora sobre la indemnización que se le deba.

En ese sentido, por ejemplo, una hipoteca que gravara al derecho de superficie o bien directamente a las construcciones o plantaciones podría subsistir con relación a la indemnización debida al superficiario<sup>175</sup>.

#### 5.2.6. De disfrute

##### 5.2.6.1. En el usufructo, el uso y la habitación

###### a) Planteamiento

Relata Santoro Passarelli que algunos autores excluyen la subrogación real de “cosa a cosa” —respecto de lo cual aclara que utiliza el vocablo en sentido genérico— en los derechos reales de disfrute, porque el derecho se transformaría en su contenido y por tanto se convertiría en otro.

“Por el contrario, es precisamente sobre esta base que es admisible la subrogación real. Si para el contenido del derecho fuese indiferente la naturaleza del objeto gravado, sería imposible hablar de subrogación, porque una cosa equivaldría a la otra ante el derecho y si un nuevo bien tomara el puesto del antiguo, habría una simple

---

<sup>175</sup> ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, tomo VI, §2536, p. 522. Compárese con la opinión de DE REINA TARTIERE, Gabriel, “La hipoteca y el derecho real de superficie forestal”, JA 2003-III, pp. 1186 y ss.

sustitución, una transformación económica, pero no una subrogación real<sup>176</sup>.

Consistente con la naturaleza ficticia que le asigna a la subrogación real, asevera que “la subrogación en el objeto del derecho real de goce puede ser dispuesta por la ley” en los casos de pérdida o deterioro, enajenaciones forzadas, etcétera. Asevera que la subrogación no tiene lugar en el caso de las enajenaciones voluntarias; pero sí en las forzadas, aunque aclara que no en todas<sup>177</sup>. Explica que en su criterio la admisibilidad de la subrogación deriva de la naturaleza del derecho real respectivo; no puede hablarse de subrogación real en todos aquellos derechos reales que no son susceptibles de gravar el precio, es decir, según él, respecto de todos salvo la “propiedad<sup>178</sup> y el usufructo<sup>179</sup>”. En todos esos casos, dice que no se “transfiere” el derecho real al nuevo objeto, sino que se genera un nuevo y diverso derecho sobre el precio de la cosa enajenada.

Nótese que en el criterio de Santoro Passarelli el usufructuario no tiene derecho a una porción de la indemnización en virtud de una expropiación; antes bien, esa indemnización será el nuevo objeto del derecho real de usufructo. En su pensamiento, como el precio es susceptible de ser el objeto del usufructo, no habría motivo para transformar ese derecho en uno nuevo y diverso como ocurriría si se hiciera participar al usufructuario de la indemnización. Según él, esta transformación sería contraria a la naturaleza misma del usufructo que apunta a la conservación de la cosa, ya que, al momento de la extinción de este derecho real,

---

<sup>176</sup> SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §42, p. 140.

<sup>177</sup> Ídem, §42, p. 142.

<sup>178</sup> Ejemplifica de la siguiente manera: si el precio de una expropiación es pagado a quien no era propietario o a quien tiene un dominio resoluble, la acción del propietario se dirigirá a la indemnización.

<sup>179</sup> El autor afirma que cuando el usufructo se transfiere al precio, “se reduce a un cuasi usufructo”, es decir, en sus palabras, a una realidad profundamente diversa.

ella debe ser integralmente restituida al propietario. Además, sostiene que razones prácticas concurren a determinar la preferencia de esta solución:

“...la transferencia del derecho de usufructo sobre la indemnización constituye el medio más simple y económico de establecer las proporciones en que debe repartirse la indemnización entre el propietario y el usufructuario. En caso de disputa, por tanto, entre el usufructuario y el propietario, la autoridad judicial no podrá operar una repartición de la indemnización con base en la valuación del usufructo, sino asignar toda la indemnización al usufructuario, para allí ejercer su derecho”<sup>180</sup>.

Respecto de derechos reales de menor contenido, como el uso o la habitación, Santoro Pasarelli adopta una postura reacia a reconocer que la subrogación pueda funcionar respecto de ellos, pues habría razones tanto “teóricas” como “prácticas” que “excluyen la admisibilidad de la subrogación”<sup>181</sup>. El usuario y el habitador tendrán, en su caso, derecho a una porción de la indemnización debida, pero en su criterio esta no subrogará al objeto de esos derechos.

Es que las razones de “simpleza” y “economía” de las que hizo mérito para fundar a la subrogación en el usufructo no se presentarían en el uso y en la habitación. Recuérdese que el contenido de esos derechos en el ordenamiento italiano está fijado de acuerdo con las “necesidades” del titular y su familia; como las necesidades cambian, la “cuota de interés” respecto de la indemnización —pactada o fijada judicialmente— puede devenir excesiva o insuficiente, lo que suma complicaciones indeseadas. Además, sostiene que el ordenamiento jurídico también excluiría esta posibilidad en razón de la naturaleza particular de estos derechos: habría una suerte de vínculo indisoluble entre el titular y la cosa, lo que no daría pie a ningún tipo de subrogación.

---

<sup>180</sup> SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §43, p. 147.

<sup>181</sup> Ídem, §43, p. 149.

Longo, por su parte, es partidario de la posición permisiva:

“...la misma decisión ha de adoptarse para los derechos de uso y de habitación, que en sustancia constituyen un derecho de usufructo más limitado; por lo tanto, expropiada la cosa en la que gravaban tales derechos, estos son transferidos sobre la indemnización, cuyos intereses se gozarán proporcionalmente por los titulares en lugar de la cosa o de los frutos de ella”<sup>182</sup>.

Si en el Derecho argentino se aceptara la posibilidad de la subrogación real respecto del objeto del derecho real de usufructo, no vemos razones suficientes para negar la posibilidad en los derechos reales de uso y de habitación. En efecto, el uso no es más que un usufructo reducido: tiene facultades similares, pero delimitadas por la extensión dispuesta en el título suficiente (art. 2154, Código Civil y Comercial); de allí que se le apliquen supletoriamente las normas del usufructo (art. 2155, Código Civil y Comercial). La habitación “consiste en morar en un inmueble ajeno construido” (art. 2158, Código Civil y Comercial) y supletoriamente es regido por las normas del uso (art. 2159, Código Civil y Comercial), aunque la cadena de remisiones nos lleva nuevamente hacia el usufructo (arg. arts. 2155 y 2159, Código Civil y Comercial).

La cuestión tiene grandes repercusiones en la práctica a poco que se advierta la incidencia de dos normas del Código Civil y Comercial. El art. 2157 establece que “los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia”. El art. 2160 dispone que la habitación “no es ejecutable por los acreedores”.

No vemos ningún obstáculo lógico apriorístico que impida que el “pequeño usufructo” subsista de la misma manera que el usufructo; tampoco que la habitación continúe sobre objetos diferentes a un inmueble construido, de la misma manera que

---

<sup>182</sup> LONGO, §104, p. 325.

ocurre en el régimen de vivienda (arg. art. 248, Código Civil y Comercial), pues es sabido que el precio o la indemnización regularmente pueden satisfacer las necesidades habitacionales<sup>183</sup>.

### **b) Garantía suficiente**

Santoro Passarelli sostiene que, en su caso, el usufructuario debería prestar caución por la restitución<sup>184</sup>. La garantía por la restitución es optativa en el Código Civil y Comercial (art. 2139), pero deviene obligatoria frente al cambio de su titular voluntario o forzado (art. 2142 y 2144).

### **c) El denominado usufructo de disposición**

En el derecho español se plantea el funcionamiento de la subrogación real en el llamado usufructo de disposición, o sea, un usufructo con facultades para enajenar el objeto respectivo. Gutiérrez Jeréz estima que el funcionamiento de la subrogación dependerá de la intención del constituyente estratificada en el título<sup>185</sup>.

De todos modos, en el derecho argentino no es posible estructurar al derecho real de usufructo bajo esa modalidad de “disposición”. En efecto, el usufructuario solamente tiene la facultad de enajenar su propio derecho y de constituir ciertos derechos reales sobre el objeto. Pero no está habilitado para enajenar el dominio de la cosa para sustituirla por otra que ocupe su lugar en el mundo jurídico (arg. arts. 2129, 2142, 2151, Código Civil y Comercial).

### **d) Destrucción**

---

<sup>183</sup> Véase 5.4.1.2.c) y 5.4.1.2.l), Capítulo V.

<sup>184</sup> SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, p. 148.

<sup>185</sup> GUTIÉRREZ JERÉZ, pp. 69-71.

Respecto de la pérdida material del objeto del usufructo a causa del accionar de un tercero, se dice que no es posible entender subrogada a la indemnización como nuevo asiento del usufructo, en razón de la naturaleza imperativa de las normas que prevén la extinción y de la trascendencia de la determinación del objeto:

“...el usufructo se extingue (...) y procede abonar una indemnización proporcional al usufructuario y al nudo propietario por el daño respectivamente sufrido”<sup>186</sup>.

En el Derecho argentino, téngase presente que el art. 1907 del Código Civil y Comercial dispone que la “destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción” provoca la extinción de los derechos reales.

Recuérdese también que “la reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por: a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien; b) el tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien” (art. 1772, Código Civil y Comercial).

Si la cosa estuviera asegurada, sin perjuicio de ciertas matizaciones según que el seguro haya sido contratado conjunta o individualmente por el nudo propietario o por el usufructuario, y en cuanto a si se decide la reconstrucción o no:

“...el usufructo no se extinguirá en los supuestos de referencia, sino que continuará sobre el valor del seguro que se abonare al usufructuario o al nudo propietario según el caso concreto...”<sup>187</sup>.

No creemos que existan diferencias sustantivas entre el supuesto de que la cosa no esté asegurada y cuando sí lo esté. El autor citado aplica en el primer caso una norma especial del Código español que prevé que el usufructo subsiste (art. 518); en el segundo, una norma general que prevé la extinción de este ante la pérdida de la cosa (art. 513).

---

<sup>186</sup> GUTIÉRREZ JERÉZ, p. 71.

<sup>187</sup> GUTIÉRREZ JEREZ, p. 86.

### e) Expropiación

Alejados de las cuestiones derivadas de pérdidas materiales de la cosa y adentrándonos en extinciones más bien “jurídicas”, se plantea qué ocurre frente a la expropiación de la cosa usufructuada. El Código español en su art. 519 resuelve la continuidad del usufructo, con la modificación de su objeto que pasará a estar integrado por la indemnización. En tal supuesto, el Código español da derecho al usufructuario a que su derecho recaiga sobre otro objeto de “igual valor<sup>188</sup> y análogas condiciones”, o a que se le abone el “interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo”. Aunque llamativamente la elección de la alternativa adecuada es una opción del nudo propietario. Igual de llamativo es que la indemnización quede en manos del nudo propietario, quien en su caso deberá abonar los intereses.

Ello no se condice plenamente con la subrogación real, pues debería haber sido el usufructuario quien mantuviese el poder pleno sobre el objeto y quien dé al capital el destino adecuado, de acuerdo con las reglas del art. 507 del Código español para el usufructo de créditos.

En el Derecho argentino se sostuvo que en virtud la expropiación de un inmueble gravado con un derecho real de habitación:

“...por el principio de subrogación real, cabría sostener que las sumas recibidas en concepto de indemnización debieran ser destinadas a la adquisición de un inmueble a habitar por parte del supérstite. Sin embargo, a raíz del tiempo que dicho proceso podría insumir, es

---

<sup>188</sup> Ciertos autores entienden que se refiere a un valor-rentabilidad, o sea con proyección de futuro, y no al valor-objetivo del bien, que podría ser inferior. Véase GUTIÉRREZ JEREZ, p. 86.

probable que la necesidad habitacional sea cubierta por vías alternativas, que luego tornen inaplicable el instituto”<sup>189</sup>.

#### **5.2.6.2. En la servidumbre**

El mantenimiento de un derecho real de servidumbre a través de la subrogación real es de muy difícil concreción, ya que ese derecho se “establece sobre dos inmuebles” y concede a su titular “determinada utilidad” sobre la totalidad o una parte material del sirviente (arts. 2162, 2163, Código Civil y Comercial)<sup>190</sup>.

### **5.3. Accesorios en función de garantía**<sup>191</sup>

#### **5.3.1. El funcionamiento normal de un derecho real de garantía precisa a la subrogación real**

##### **5.3.1.1. La facultad de “realización” mira al objeto originario, mientras que la de “percepción” dirige la atención al objeto sustituto**<sup>192</sup>

El derecho real de garantía, además de las facultades propias de los derechos reales, otorga las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido. Este era el contenido que surgía del art. 2088 del Proyecto de 1998 y que inspira toda la regulación de estos derechos en el Código Civil y Comercial.

---

<sup>189</sup> FILLIA, Laura E., “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite y otras formas de protección de su vivienda”, LA LEY 2017-F, 119; RCCyC 2017 (diciembre), 93; DFyP 2017 (diciembre), 127.

<sup>190</sup> Véase LONGO, §104, p. 325.

<sup>191</sup> Los análisis deben complementarse con las normativas especiales, tales como la ley 9643 sobre warrants (arts. 16 y 22), la ley 20.094 de navegación (art. 507) y el Código Aeronáutico (arts. 54 y 55 *in fine*).

<sup>192</sup> Acerca del juego de la subrogación real en el derecho real de garantía y el privilegio que lo suele acompañar, véase CSJN, “Banco Nacional de Desarrollo v. Provincia de Buenos Aires”, 07/07/1987, Fallos: 310:1414).



Es decir, todo derecho real de garantía confiere las facultades de persecución, de preferencia, de realización de bienes y de percepción del crédito garantizado sobre el producido de los bienes. Estas facultades comunes son complementadas con facultades adicionales en cada una de sus especies, como las de “uso y goce” en la prenda o en la anticresis.

De modo que una vez “realizados” los bienes, es decir, una vez que se los “transformó” en dinero, el derecho real de garantía subsiste, aunque sobre un nuevo objeto<sup>193</sup>. Por efecto de la subasta, el derecho real de garantía “se traslada” *ipso iure* al “precio” que se obtenga en ella.

Sobre este nuevo objeto, consistente en el dinero, el titular del derecho real de garantía podrá ejercer las demás facultades que le competen<sup>194</sup>. Así, podrá hacer valer su preferencia frente a derechos de constitución posterior, como por ejemplo una hipoteca de ulterior grado (art. 1886, Código Civil y Comercial). Sobre el mismo objeto, habrá de “percibir” su crédito.

Y es en el momento de la “percepción” cuando se extingue el derecho real de garantía por haberse extinguido el crédito que era el derecho principal del que aquel era un mero accesorio<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Compárese con la opinión de Chironi, quien manifiesta que la “carga real” sobre la cosa que existe antes de la realización del valor es diferente del derecho real que existe después de la realización del mismo que consiste en una relación directa sobre el valor realizado (CHIRONI, cit. por SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, §35, p. 116).

<sup>194</sup> Al hacer tema con la indemnización como objeto sustituto, se expresó: “Se dice a menudo, en este caso, que hay una supervivencia del derecho de preferencia con respecto al derecho de persecución. Esta no es una expresión feliz. No se trata de una disociación de los efectos de la hipoteca, sino del ejercicio mismo del derecho hipotecario” (RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo VII, §558, p. 350).

<sup>195</sup> Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La subrogación real...”, pp. 1951-1952, “la subrogación real no juega, al menos, en estos supuestos”: 1) pago del crédito garantizado, pues la extinción derivada de la accesoriedad es la antítesis de la conservación; 2) ejecución de la

Un supuesto especial es el de la prenda de créditos. Se trata de un derecho real que tiene por objeto a un derecho personal (arg. arts. 1883, 2188, 2232, Código Civil y Comercial). En ella, el titular de la prenda “debe conservar y cobrar” el crédito prendado, o sea, el objeto del derecho real (art. 2234, Código Civil y Comercial). Una vez cobrado, habrá un objeto sustituto. Si ese objeto sustituto fuera dinerario, el titular de la prenda utilizará su facultad de “percepción” sobre la misma para satisfacer el crédito garantizado. En cambio, si el objeto sustituto recibido no fuera dinero, deberá proceder “a la venta de la cosa” y se aplicará el procedimiento previsto por el art. 2229 del Código Civil y Comercial. De allí que la facultad de “percepción” únicamente se ejercerá, en este caso, sobre el objeto sustituto de “segundo o ulteriores “grados”.

Wolff explica esta situación como si se tratara del “nacimiento” de una prenda por subrogación:

“...si el crédito relativo a la prestación de una cosa mueble está gravado con un derecho de prenda, y se cumple la prestación, el titular del crédito pignorado adquiere la propiedad de la cosa, y el titular de la prenda sobre el crédito, el derecho de prenda sobre la cosa...”<sup>196</sup>.

---

conducta prestacional por el propietario no deudor; 3) ejecución de la deuda por el titular de algún derecho real constituido con posterioridad a la garantía, situación en la cual el derecho real de garantía subsistiría por subrogación personal a favor de quien efectuó el “pago”; 4) dación en pago; 5) la percepción del crédito hipotecario con el precio del remate, que extingue la hipoteca y el crédito, etcétera.

Es que en los supuestos antedichos no se produce una sustitución objetiva que tenga como correlato una necesidad de conservar una determinada situación jurídica.

<sup>196</sup> WOLFF, volumen II, §163, pp. 432.

### **5.3.1.2. La subrogación real es incompatible con la persecución del objeto originario**

La afectación de un objeto a un derecho real de garantía no hace que este permanezca ajeno al comercio. El mismo puede ser dispuesto por su titular, aunque el adquirente se encontrará constreñido por la respectiva carga real.

Los derechos reales de garantía establecen una relación directa sobre determinado objeto en favor de su titular, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de determinada obligación. Ahora bien, ¿qué ocurre si el objeto sobre el que recae el derecho real egresa del patrimonio del constituyente deudor? Para responder a ese interrogante, es preciso distinguir escenarios.

Si el objeto gravado se vendiera, el derecho real de garantía lo acompañaría en virtud de la inherencia propia de los derechos reales. El derecho real se adhiere al objeto y, por ello, el titular del derecho gravado lo puede perseguir (art. 1886, Código Civil y Comercial). En cambio, si el objeto no migrara voluntariamente del patrimonio de su titular, sino que existiera —por ejemplo— una expropiación, según el mentado art. 2194 el derecho real se trasladaría sobre el objeto que sustituyera al gravado. Con relación a la expropiación, el art. 28 de la ley 21.499 recoge esa misma directiva, al establecer que “ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquella libre de todo gravamen”.

Esta inherencia del derecho a la cosa que otorga la facultad de persecución hace que no se pueda plantear, *prima facie*, un escenario propicio para la subrogación real. Es que para el titular del derecho real de garantía no ha habido sustitución objetiva relevante, puesto que su derecho sigue al objeto a cualquier mano que pase.

De allí que la subrogación real se produzca en supuestos en que no pueda ejercitarse la persecución. Claros ejemplos de ello se da en los casos de pérdida, deterioro, expropiación, e incluso cuando el ordenamiento protege determinadas transmisiones y las deja al amparo de la carga real<sup>197</sup>.

### **5.3.1.3. La denominada “extensión” del derecho real de garantía**

El sistema de la subrogación real en los derechos reales de garantía ha tenido su eje de desarrollo en torno a la indemnización debida al titular del objeto en virtud de su pérdida o deterioro.

En efecto, si el objeto del derecho real de garantía se deteriora o se destruye, el mismo disminuirá su magnitud hasta alcanzar su propio aniquilamiento si no existiera alguien que deba resarcir el daño causado, sea por haberse asegurado el riesgo o por ser civilmente responsable de su causación.

---

<sup>197</sup> El Dr. Jorge Horacio Alterini, como integrante de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sostuvo: “Como la hipoteca no es un derecho real que se ejercite por la posesión, no se exige como condición de fondo que el propietario constituyente sea poseedor, es decir, que puede haber sido desposeído o haberse desprendido de aquélla en virtud de un derecho real (usufructo, uso, habitación, anticresis), o de un derecho personal (v. gr. boleto de compraventa). Dado que la posesión no es requerida en el propietario, es factible la colisión entre un acreedor hipotecario y un poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca. Opinamos que ante dicha cuestión, el gravamen hipotecario tendría efectos minorados por la existencia de la posesión en sede de un tercero (poseedor por boleto) y en esa medida subordinado a las ulterioridades del negocio jurídico respectivo (cumplimiento de la promesa de compraventa que da lugar a una venta forzosa) (...). Al tiempo de la ejecución la garantía hipotecaria subordinada en sus alcances a las alternativas del negocio jurídico (...), podría *quedar reducida a la agresión, del saldo de precio de compra adeudado por el ‘adquirente’ por boleto y se produciría una suerte de subrogación real*” (el destacado es nuestro). Véase CNCiv., Sala C, “Todros, José R. y otros v. Todros Fraser Jorge”, 21/11/1978.

Explica Roca Sastre que la subrogación real “parece natural” y que permite conservar las facultades de persecución, preferencia y la prelación correspondiente sobre la indemnización, porque dado que estos derechos en última instancia otorgan la facultad de cobrarse sobre el producido económico del objeto, sería de “lógica institucional” que la indemnización se destine a esos fines:

“El hecho de la pérdida (...) no ha hecho otra cosa que suministrar un dinero que igualmente había de extraerse de la propia cosa cuando, por incumplirse la obligación (...) debiera acudir a la ejecución forzosa...”.

Para Cerban existen tanto razones estrictamente jurídicas —subrogación real— como otras ancladas en la “equidad” que justificarían que el derecho real de garantía subsista respecto de la indemnización debida<sup>198</sup>.

Es que, como dicen Ripert y Boulanger, sería una “verdadera injusticia” que el perjuicio ocasionado a la garantía real se transforme en una “ventaja” para el resto de los acreedores<sup>199</sup>.

#### **5.3.1.4. Pretendida conversión del derecho real de garantía**

La ley hipotecaria española de 1861 había previsto la “extensión” de la hipoteca a las indemnizaciones derivadas del seguro o de la expropiación forzosa; también lo hizo la de 1946 (arts. 109 y 110). En el Derecho argentino, ya el art. 3110 del Código Civil de Vélez Sarsfield había dispuesto: “La hipoteca de un inmueble se extiende (...) al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble”.

Roca Sastre se pregunta si es correcto hablar de una “extensión” de la hipoteca a la indemnización. Afirma que esa

---

<sup>198</sup> CERBÁN, p. 96

<sup>199</sup> RIPERT y BOULANGER, tomo VII, §564, p. 352.

fórmula “es muy poco ortodoxa”<sup>200</sup>. Refiere que existe “cierta resistencia a hablar de subrogación real en este caso”, y que ello se debe a que la hipoteca recae sobre inmuebles y no sobre sumas dinerarias.

Sostiene que la subrogación real, “entendida con cierta amplitud o generosidad”, explicaría el supuesto. Pero con la siguiente particularidad: no se estará ya frente a un derecho de hipoteca, sino que el derecho real de garantía se habría conservado en una “prenda”, sobre el crédito indemnizatorio<sup>201</sup> o sobre la suma depositada:

“...la relación o situación jurídica, que gracias a la subrogación real queda inmutada y actúa sobre la nueva cosa (la indemnización), subsiste sólo en su juego general o común a todo derecho real de garantía, pero no es un derecho de hipoteca, sino de prenda. Claro que es nota común (...) ser derechos de realización de valor, y en este sentido, el *ius distrahendi* es pieza esencial en uno y otro (...). Por tanto, subsiste o persiste intacta la sujeción a un derecho real de garantía”<sup>202</sup>.

En similar postura se encuentra otra parte de la doctrina española. Dice Gutiérrez Jerez que frente a una pérdida del objeto de la hipoteca, encontrándose asegurado, la naturaleza inmobiliaria del objeto que exige la hipoteca impediría entender que esta subsiste como tal; aún más, asevera que la hipoteca se extinguiría. Pero el autor admite la “transmutación de la hipoteca

---

<sup>200</sup> ROCA SASTRE, p. 303.

<sup>201</sup> También para Wolff el acreedor hipotecario: “...se halla como si tuviera sobre el crédito del seguro no una hipoteca, sino una prenda de créditos”. En la nota 43 refiere que luego de pagado el crédito por el asegurador, el acreedor hipotecario adquiriría una prenda sobre el dinero pagado (WOLFF, volumen II, §135, pp. 224).

Hedemann expresa: “...lo que sustituya al valor destruido se atribuye al propietario, pero el acreedor hipotecario queda respecto de ello en posición análoga a la que confiere un derecho de prenda” (HEDEMANN, p. 412).

<sup>202</sup> ROCA SASTRE, p. 303.

en una prenda”, tal como sostiene Roca Sastre. Entiende que hay allí una subrogación real, aunque la califica como una “subrogación impropia”, pues no podría aplicarse el mismo régimen jurídico porque la hipoteca únicamente puede tener por objeto al inmueble.

En definitiva, tanto Roca Sastre como Gutiérrez Jerez hacen subsistir el *ius distrahendi*, facultad común a los derechos reales de garantía. Pero además, en su tesitura se provocaría un auténtico cambio del derecho subjetivo involucrado.

En nuestro Derecho, en general, la doctrina que se expidió respecto del art. 3110 del Código Civil derogado sostuvo que allí se regulaba a la subrogación real del objeto de la hipoteca. Highton, en cambio, sostuvo que no era admisible esa hipoteca sobre créditos como tampoco sobre el dinero si hubiesen sido pagados; en su pensar no había subrogación real<sup>203</sup>.

Saux, por su parte, afirma que lo que se produce es una subrogación real “imperfecta”<sup>204</sup>. Sostiene, entonces, que se permite que el acreedor hipotecario perciba su acreencia del monto de la indemnización recibida por su deudor. En el Derecho español García-Bernardo Landeta también entiende que opera un supuesto de subrogación real imperfecta, en virtud del cual el derecho real de garantía (y no su objeto) es sustituido en sí mismo por el crédito indemnizatorio<sup>205</sup>. En definitiva, piensa que la

---

<sup>203</sup> HIGHTON, Elena I., en BUERES, Alberto J. (Director) y Highton, Elena I, (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1997, tomo V, pp. 1246-1247.

<sup>204</sup> SAUX, pp. 198, 202, 266 y ss.

<sup>205</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La subrogación real...”, pp. 1954, 1956 y ss. En su criterio, no es que, verbigracia, la hipoteca “se extienda” a las indemnizaciones debidas, sino antes bien, que la hipoteca se extingue y ese derecho real es en sí mismo sustituido por un derecho de crédito. Asevera que solo una “lectura literal, no jurídica” puede llevar a admitir una hipoteca sobre un crédito, ya que la “existencia y prerrogativa o contenido del derecho (...) son incompatibles con un objeto

mentada subrogación real imperfecta trae aparejada una “adquisición *ex lege*” del crédito indemnizatorio, en cabeza del titular de la garantía<sup>206</sup>. En este criterio, se pasará de un derecho real sobre un objeto ajeno a la titularidad de un objeto propio: el crédito cuyo sujeto activo será el otrora titular de la garantía.

Nosotros descartamos oportunamente esa categoría, con fundamento en que la extinción y la conservación son opuestos que no pueden convivir en una misma situación jurídica. Consideramos que, si realmente hay subrogación real, debe mantenerse el derecho real de hipoteca sobre el nuevo objeto que corresponda, en este caso, la indemnización.

El privilegio del acreedor ya está salvado por el art. 2584 del Código Civil y Comercial, pero la subrogación que ocurre en el derecho real de garantía es una cuestión bien distinta.

Nuestra lectura del art. 2194 del Código Civil y Comercial es la siguiente. Ante todo, creemos que el derecho real de garantía subsiste en la especie correspondiente. Así, la hipoteca perdura como tal, sin convertirse en una prenda de créditos como han sostenido algunos autores, independientemente del objeto sustituto sobre el cual pase a recaer.

Recuérdese que el art. 2188 del Código Civil y Comercial, disposición común a todo derecho real de garantía, regla que los derechos reales de garantía pueden recaer sobre “cosas y derechos”, naturalmente en la medida que el ordenamiento jurídico lo permita (art. 1883, Código Civil y Comercial). De allí que no exista una incompatibilidad sustancial, por ejemplo, en que exista una hipoteca sobre un crédito indemnizatorio.

Pero hay más: si en el ejemplo dado la hipoteca se convirtiera en una “prenda de créditos”, estaríamos violentando el principio de

---

pecuniario” (p. 1958). En su criterio, hacer sobrevivir una hipoteca sobre un objeto dinerario o un crédito implicaría una actuación contra la “naturaleza de las cosas” (p. 1959) y sin “consistencia jurídica (p. 1960).

<sup>206</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La subrogación real...”, p. 1960.



conservación. Es que el mentado principio nos convoca a mantener la situación jurídica de la manera más similar posible a su diagramación original, pero no nos permite generar “plusvalías”.

Si operara la mentada “conversión”, alejada de los cánones de la subrogación real, se permitiría al otrora “acreedor hipotecario”, por ejemplo, “conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado” conforme a las reglas del mandato (art. 2234, Código Civil y Comercial). Y si la “prestación percibida no es dineraria”, ¿tendría a su favor las alternativas de ejecución judicial y extrajudicial otorgadas por el art. 2229? Nótese que todas ellas son facultades extrañas al contenido del derecho real de hipoteca.

Entonces, ¿cómo realizará la ejecución de esta hipoteca sobre un objeto que no es inmueble? Habrá que entender que, una vez solventada la deuda indemnizatoria, el acreedor hipotecario vea en la suma resultante el medio para satisfacer su crédito, de la misma manera que si hubiese sido ejecutado a través del medio de la subasta. Antes del pago, su derecho se asemeja al de un “embargo” sobre un crédito, aunque sin identificarse con el mismo.

De igual modo, tampoco sería razonable “convertir” una prenda en otro derecho real de garantía. Piénsese en el caso en que se constituya una prenda que recaiga sobre los derechos creditorios (arts. 2232 y ss., Código Civil y Comercial) derivados de un boleto de compraventa; una vez cobrado el crédito (cumplimiento de la promesa de venta) emergente del mismo a través de la celebración del contrato de compraventa definitivo y nacido el derecho real respectivo mediante la integración del título con el modo, ¿la prenda, se convierte en anticresis o hipoteca sobre el inmueble? La respuesta negativa se impone<sup>207</sup>.

No obstante, desde el derecho alemán se ha dicho:

---

<sup>207</sup> En similar sentido, si la prenda tiene por objeto a un crédito cuya prestación consiste en la entrega de un buque de más de 10 toneladas, una vez satisfecha esa entrega no habrá de nacer una hipoteca naval, sino que subsistirá la prenda como tal. Véase los arts. 499 y concordantes de la ley 20.094.

“...el derecho de prenda que recae sobre un crédito a la transmisión de un inmueble, se transforma por sí solo, en virtud del cumplimiento del crédito, en una hipoteca de seguridad sobre el inmueble transmitido (§1.287 prop. 2)”<sup>208</sup>.

Agregamos un argumento más. Si imagináramos que la subrogación es solo parcial, como lo será la mayoría de las veces en virtud de un incendio de un edificio. ¿Existirá una hipoteca sobre la parte material restante, y una prenda de créditos sobre las indemnizaciones debidas? ¿Coexistirán entonces esos dos derechos reales para asegurar el mismo crédito? Eso no parece una conservación.

#### 5.3.1.5. *Quid del aseguramiento del objeto*

Si el objeto del derecho real de garantía se encontrara asegurado y ocurriera el evento dañoso previsto, la garantía se “trasladaría” a la indemnización debida por el asegurador<sup>209</sup>. Es preciso diferenciar si el tomador del seguro fue el titular del derecho gravado o el titular de la garantía.

En el primer caso, o sea si el aseguramiento lo concertó el titular del derecho gravado<sup>210</sup>, a tenor del art. 84 de la ley 17.418: “...el acreedor notificará al asegurador la existencia de la prenda o hipoteca y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia al acreedor para que

---

<sup>208</sup> WOLFF, volumen II, §130, pp. 181.

<sup>209</sup> “En la generalidad de los casos, en los contratos hipotecarios se establece la obligación de asegurar el inmueble y transferir la póliza al acreedor hipotecario, autorizándose además a éste a tomar el seguro directamente, por cuenta del deudor, cuando éste no lo realizare (PRAYONES, Eduardo R., DASSEN, Julio y LAQUIS, Manuel A., *Tratado de derecho hipotecario*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, §48, p. 149).

<sup>210</sup> Se ha dicho incluso que “...el propietario (o el poseedor en nombre propio) tiene que ser el ‘asegurado’; pero no es menester que sea también ‘contratante del seguro’...” (WOLFF, volumen II, §135, pp. 223, en nota 35).

formule oposición dentro de siete días. Formulada la oposición y en defecto de acuerdo de partes, el asegurador consignará judicialmente la suma debida. El juez resolverá el artículo por procedimiento sumarísimo”.

En el caso de que el tomador fuera el titular de la garantía, él percibirá directamente la indemnización convenida y, si hubiera un excedente, deberá entregarlo al titular del derecho gravado.

#### **5.3.1.6. Irrelevancia de los riesgos asegurados**

No es determinante para la subrogación que se asegure tal o cual riesgo. Recuérdesse que el art. 2º de la ley 17.418 dispone: “El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley”.

Mientras que exista un interés asegurable, podrá asegurarse cualquier riesgo. Si se considerara que la indemnización debida por la ocurrencia del siniestro sustituye total o parcialmente al objeto, no existe óbice para la subrogación. Esta es, en buena medida, la opinión de Wolff:

“El crédito de seguro está afecto, cualesquiera sean los objetos asegurados y cualesquiera sean los riesgos cubiertos. Tienen mayor importancia los seguros de incendio, pedrisco, ganado, rotura de cristales y pérdida de alquiler”<sup>211</sup>.

En nuestro sistema no puede considerarse al ganado como integrando el objeto de la hipoteca, puesto que no son inmuebles ni partes del mismo. Pero sí podrían haber sido prendados. A la enunciación brindada podría sumársele, por ejemplo, el riesgo de inundación —tratándose de inmuebles—, o de hurto o destrucción —de tratarse de muebles—.

---

<sup>211</sup> WOLFF, volumen II, §135, p. 223.

### 5.3.1.7. El pago por el asegurador

Recuérdese lo dispuesto por el art. 84 de la ley de seguros 17.418. El acreedor garantizado debe notificar al asegurador la existencia del derecho real de garantía. En su caso, el asegurador no podrá realizar el pago al beneficiario del seguro sin anotar previamente al acreedor garantizado, quien podrá formular su oposición dentro de los siete días, y, de hacerlo, el asegurador deberá consignar judicialmente la prestación debida.

¿Qué es lo que ocurre si el asegurador no fue anotado? Ripert y Boulanger relatan, desde el Derecho francés:

“La ley decide (...) que los pagos hechos por el asegurador de buena fe, antes de toda oposición son válidos. No se ha querido permitir que el asegurador se valiese del pretexto de la situación hipotecaria para retardar el pago de la indemnización. Como la mala fe de la compañía de seguros sería un hecho de difícil demostración, se requiere que el acreedor hipotecario haga la oposición al pago en un tiempo útil”<sup>212</sup>.

Por su parte, Wolff aclara:

“Verdad es que el asegurador se libera cuando, sin conocimiento de la hipoteca, paga al asegurado (§1.275); pero su ignorancia no se toma en cuenta si el registro evidenciaba la hipoteca (§1.128 ap. 2)”<sup>213</sup>.

El art. 877 del Código Civil y Comercial regla: “*Pago de créditos embargados o prendados*. El crédito debe encontrarse expedito. El pago de un crédito embargado o prendado es inoponible al acreedor prendario o embargante”. Es decir, según la norma si el crédito fuera objeto de un derecho real de garantía, el mentado cumplimiento por el deudor —en el caso, el asegurador— sería inoponible al titular de la garantía.

Ello es así siempre y cuando el derecho real sea oponible al deudor—asegurador. Es que las mutaciones jurídico reales “no son

---

<sup>212</sup> RIPERT y BOULANGER, tomo VII, §562, p. 352.

<sup>213</sup> WOLFF, volumen II, §135, pp. 225.

oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso” (art. 1893, Código Civil y Comercial). No existirá la mentada “buena fe” si quien pretendiera valerse de la falta de publicidad haya sido un “participante” del título suficiente del derecho real, o bien por cualquier razón conocía la existencia del título o la hubiera de haber conocido de haber desplegado la diligencia que le era exigible (art. 1893, *in fine*).

En definitiva, el deudor de la indemnización (asegurador) que realiza el pago de buena fe, en el sentido que no conocía la existencia del derecho real de garantía a pesar de haber desplegado la diligencia que era exigible según las circunstancias del caso, queda liberado de la obligación.

#### **5.3.1.8. El titular de la garantía puede reclamar judicialmente el “pago” de la indemnización en la medida del gravamen**

El titular de un derecho real de garantía que ha visto subrogado el objeto de su derecho por una indemnización, ¿se encuentra legitimado para reclamarla?

Ante todo, el art. 1772 del Código Civil y Comercial, que se ocupa del “Ejercicio de las acciones de responsabilidad”, dispone: “*Daños causados a cosas o bienes*. Sujetos legitimados. La reparación del menoscabo a un bien o a una cosa puede ser reclamado por: a) el titular de un derecho real sobre la cosa o bien”.

Respecto del derecho real de prenda, en su tipicidad “sobre créditos”, se regla en el art. 2234 del Código Civil y Comercial: “*Conservación y cobranza*. El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Se aplican las reglas del mandato”.

A mayor abundamiento, el art. 883 del Código Civil y Comercial –que regula la legitimación pasiva del “pago”–, establece que tiene efecto extintivo la ejecución de la conducta debida realizada “a la orden del juez que dispuso el embargo del crédito”.

En síntesis: el titular de un derecho real de garantía cuenta con una facultad de disposición jurídica potencial sobre el objeto de la garantía, que se activa al tiempo del incumplimiento del crédito garantizado. Si el objeto de la garantía fuera subrogado por un crédito indemnizatorio y a ello se le sumara el incumplimiento de la obligación garantizada, la facultad de disposición jurídica consistente en la realización del objeto de la garantía se actualizará y deberá desplegarse respecto del crédito indemnizatorio. Ergo, el titular del derecho real de garantía podría estar legitimado para instar el cobro del crédito. Claro está que si del “producido” quedara algún remanente, este corresponderá al titular del derecho gravado por la garantía.

### 5.3.2. **Objetos sustitutos diversos**

A pesar de que es común suponer que el objeto sustituto en los derechos reales de garantía es un precio o una indemnización, la normativa tiene miras más amplias, puesto que aplica la subrogación real respecto de los “bienes que sustituyen a los gravados” por cualquier “concepto” que permita la subrogación (art. 2194, Código Civil y Comercial).

Un mero ejemplo aclarará la cuestión: si un derecho real de prenda recae sobre un crédito cuya prestación consiste en la entrega de una determinada cantidad de barriles de petróleo, una vez efectivizado el cobro la prenda se trasladará a esos barriles individualizados y el titular de la garantía procederá a su venta (arts. 2234 *in fine* y 2229, Código Civil y Comercial).

### 5.3.3. Derecho al remanente

Una vez que el objeto de la garantía es “realizado” y el titular de la misma ve satisfecho su crédito con el producido del mismo, podría ocurrir que exista un “remanente”, es decir, un sobrante.

Ahora bien, ¿a quién corresponde ese sobrante? La subrogación real nos da la respuesta: el titular del objeto gravado tiene derecho al “excedente del precio de la subasta”, tal como referenciaba el art. 2111 del Proyecto de 1998.

Naturalmente, si sobre el objeto existían otros derechos reales desplazados y susceptibles de ser conservados a través de la subrogación real también subsistirán sobre el producido del bien. Es lo que, para los derechos reales de garantía, trata de explicar el art. 2203 del Código Civil y Comercial: “*Efectos de la subasta*. Los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado, si sus titulares fueron debidamente citados a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencias que les correspondan sobre el producido para la satisfacción de sus créditos”.

Esa “extinción” que prevé la norma debe entenderse en sus justos límites: el art. 2112 del Proyecto de 1998 aclaraba que aquella funcionaba “respecto del adquirente en subasta pública”. Es que los derechos reales de garantía, ese supuesto, deben subsistir para cumplimentar la frase final del art. 2203: el ejercicio del “derecho y preferencias” que le corresponde sobre el “producido”, para satisfacer sus créditos. Ello no es más que una subrogación real del derecho real sobre el objeto sustituto consistente en el “producido” del objeto originario.

De la misma manera, aunque legislado exclusivamente para la situación del llamado “propietario no deudor”, se prevé que luego de la realización del objeto aquel propietario “tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen...” (art. 2201, Código Civil y Comercial).

Para Machado ello es una “consecuencia”<sup>214</sup> de la propiedad del objeto originario, en virtud de la cual debe entregársele el sobrante a su titular.

#### 5.3.4. La subrogación frente a la indivisibilidad

##### 5.3.4.1. Nociones

La regla es la “indivisibilidad” del derecho real de garantía, en el sentido de que cada uno de los objetos y cada una de sus “partes” están “afectados” a solventar “toda la deuda” y “cada una de sus partes”. Si la garantía tiene más de un objeto, el titular puede ejercitar sus facultades de manera conjunta o tan solo respecto de alguno de ellos (art. 2191, Código Civil y Comercial).

La mentada indivisibilidad no atañe a la estructura de los derechos reales de garantía (art. 1884, Código Civil y Comercial); de allí que las partes puedan pactar la divisibilidad o el juez pueda atenuar las consecuencias de la indivisibilidad “siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés (art. 2191 *in fine*, Código Civil y Comercial), naturalmente siempre que no se le ocasione daños al propietario del objeto. Si se permite la divisibilidad judicial, debe inferirse que también el juez se encuentra facultado para fijar un orden de realización de los objetos gravados, ya que es su lógica consecuencia<sup>215</sup>.

##### 5.3.4.2. Subrogación parcial

¿Qué es lo que ocurre frente a deterioro o destrucción parcial del objeto de la garantía? El art. 2194, recordemos, expresa que: “En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste,

---

<sup>214</sup> MACHADO, tomo VIII, §877, p. 154.

<sup>215</sup> Es lo que disponía el art. 3113 del Código Civil derogado. Esta idea se replica en el art. 569 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al tratar la “subasta progresiva”.



además, sobre la parte material restante”. El vocablo “además” es el que resuelve la duda, puesto que indicaría que la garantía subsistiría respecto de todos los objetos en juego. Para García-Bernardo Landeta:

“...no hay una hipoteca sobre el derecho de crédito a la indemnización como prolongación de la hipoteca sobre el resto de la finca no destruida, sino dos derechos, el de hipoteca que continúa sobre la finca restante y el de crédito consistente en la indemnización, el cual disminuye, reduce la responsabilidad hipotecaria en la cuantía de esa prestación y que por subrogación real imperfecta y parcial queda sujeta a la misma afección (...). [L]a hipoteca cuyo objeto sea en parte un inmueble y en parte un crédito no tiene ninguna coherencia jurídica...”<sup>216</sup>.

Una conclusión semejante, al menos para el ordenamiento jurídico argentino, se encontraría reñida tanto con el art. 2194 como fundamentalmente por el art. 2191 del Código Civil y Comercial que dispone la indivisibilidad.

#### **5.3.4.3. Objeto sustituto de mayor valor al crédito garantizado**

Kiper<sup>217</sup> plantea el supuesto en que la indemnización debida como objeto sustituto sea de mayor valor al crédito del “acreedor hipotecario” y sostiene que toda ella estará afectada a la garantía, de igual manera que ocurre ordinariamente cuando el inmueble supera el valor del monto del crédito.

Las conclusiones son correctas. Si así no fuera, se atentaría injustificadamente la especialidad en cuanto al objeto (art. 2188, Código Civil y Comercial), pero sobre todo a la indivisibilidad del derecho (art. 2191, Código Civil y Comercial). Además, una

---

<sup>216</sup> GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La subrogación real...”, pp. 1963-1964.

<sup>217</sup> KIPER, Claudio M., “El objeto del derecho real de hipoteca”, Revista Jurídica UCES, Buenos Aires, 2007, p. 34.

solución contraria estaría en pugna con el principio de conservación.

### **5.3.5. La cuestión de la reconstrucción o reposición del objeto afectado**

Roca Sastre entiende que la normativa al efecto “peca algo de simplista”, por no apuntar a las “necesidades modernas de incrementar la reconstrucción de viviendas”, en atención a que si el crédito aún no ha vencido este quedaría depositado a disposición del acreedor, y si hubiese vencido, la indemnización sería cobrada directamente por este, “pero en ambos casos, el propietario se queda sin reconstruir, y para ello deberá acudir a un nuevo préstamo”<sup>218</sup>.

Cerbán criticó ciertas disposiciones de la ley francesa que harían que los acreedores hipotecarios se transformen en acreedores directos del asegurador, quien únicamente podría liberarse entregando la prestación a estos. En su pensar, ello traería dos inconvenientes: 1) la pérdida del beneficio del plazo; y 2) la imposibilidad del deudor de utilizar la indemnización para reconstruir o restaurar el objeto. Puntualiza que sería preferible la ley belga y la rumana, puesto que el derecho a la indemnización únicamente se concretaría si esta no fuera efectivamente empleada en el objeto<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> ROCA SASTRE, p. 304. El autor sugiere que en el título constitutivo de la hipoteca se faculte al deudor a invertir la indemnización en la reedificación y que se disponga que si así no lo hiciera, pueda considerarse que el crédito ha vencido. En el mismo sentido, véase GUTIÉRREZ JEREZ, p. 99.

Para Ripert y Boulanger la regla no es de “aplicación fácil” y el legislador no habría “previsto la dificultad”; en su criterio se tendría que haber acordado “al deudor el derecho a cobrarla, con la condición de reparar o reconstruir” (RIPERT y BOULANGER, tomo VII, §564, pp. 352-352).

<sup>219</sup> CERBÁN, p. 96.

Machado<sup>220</sup> concluye que sería equitativo permitir que el propietario pudiese reconstruir el inmueble con la suma indemnizatoria, pero que tal facultad no estaría reconocida, al menos expresamente, por el mentado cuerpo normativo. Como el titular de la garantía podría oponerse a cualquier acto que disminuya la garantía de la misma manera podría desafiar a quien pretendiese entregarle la suma dineraria al propietario del inmueble, pues el acreedor hipotecario tiene la incertidumbre de si será utilizado para la reconstrucción y carece de los medios para la fiscalización.

Para Segovia:

“Si aún no es tiempo de distribuir la suma, habrá de depositarse (...). Aunque esa indemnización no represente precisamente el precio del inmueble, sustituye a este en cierto modo. El acreedor hipotecario podrá, pues, requerir el embargo del importe de la indemnización; pero no sería justo negar al deudor el derecho de disponer de ella, especialmente en la reconstrucción de las obras y replantación requerida para reemplazar las cosechas destruidas por el caso fortuito (...), si ofrece una garantía suficiente por dicha suma, sobre todo cuando el término para el pago está distante. Si a pesar del daño (...) presenta el inmueble una seguridad más que suficiente (...) debe permitirse al deudor la libre disposición del importe de la indemnización”<sup>221</sup>.

También Quinteros se plantea el problema de la reconstrucción del inmueble afectado, verbigracia, por un incendio. Considera que lo expuesto por Machado no es “muy convincente”, puesto que, si bien podrían resultar de un “criterio jurídico estricto”, atentaría contra “principios de otro orden que el exégeta debe contemplar”. Quinteros entiende que la reconstrucción estaría habilitada en virtud de que no se trata de actos que afectan a la garantía, sino más bien que buscan “darle el valor que tenía al momento de constituirse”. Más allá de que al acreedor hipotecario

---

<sup>220</sup> MACHADO, tomo VIII, §856, pp. 17-18.

<sup>221</sup> SEGOVIA, *Código Civil...*, p. 328, en nota 18.

podría no interesarle, en el caso de que el inmueble siga respondiendo con soltura al crédito, el autor dice que la hipoteca se constituyó para que se cumplan sus cláusulas, lo que sería difícil si se disminuyera el valor locativo o quedara improductivo:

“...mientras tanto el acreedor, garantido no sólo por el valor actual de éste, sino que también por la indemnización del seguro afectado a su crédito, espera tranquilo el incumplimiento de los servicios que, por el contrato, lo autorizan a hacer efectiva la garantía, exigiendo, como Shylock, el tristemente célebre personaje creado por el gran poeta Shakespeare, en su obra ‘Merchant of Venice’, que se cumpla lo pactado”<sup>222</sup>.

Además, piensa que es posible arbitrar medios adecuados para que el acreedor hipotecario pueda asegurarse de que el dinero de la indemnización se invertirá efectivamente para tal cometido.

Pretende encontrar un “fundamento jurídico” en el hecho de que la hipoteca únicamente recae sobre inmuebles y en que la mentada “extensión” se aparta de “las consecuencias estrictas impuestas por la naturaleza de la institución”. La armonía normativa llevaría a sostener que, como la hipoteca únicamente puede recaer sobre inmuebles, la suma indemnizatoria debe ser incorporada al inmueble, a los efectos de que se confunda con este.

El Anteproyecto de Bibiloni propuso la siguiente preceptiva: “El asegurador no se libera si efectúa el pago sin intervención del acreedor hipotecario, a menos que se emplease por el propietario la indemnización en la reconstrucción o reposición de las cosas hipotecadas. El propietario tiene siempre ese derecho, aunque no se hubiera estipulado al constituir el seguro”.

La ley 17.418 tipifica el contrato de seguro y en su art. 89, al hacer tema con el “seguro de incendio”, se disciplina la denominada “garantía de reconstrucción”: “cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene

---

<sup>222</sup> QUINTEROS, p. 122.

derecho a exigir que la indemnización se destine realmente a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendario no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el pago de su crédito”<sup>223</sup>.

Previamente, en el art. 84 se dispuso: “Para ejercer los privilegios reconocidos (...) el acreedor notificará al asegurador la existencia de la prenda o hipoteca y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia al acreedor para que formule oposición dentro de siete días. Formulada la oposición y en defecto de acuerdo de partes, el asegurador consignará judicialmente la suma debida<sup>224</sup>. El juez resolverá el artículo por procedimiento sumarísimo”.

No se trata más que lo que hemos denominado como un deber de empleo efectivo, puesto que el beneficiario de la sustitución objetiva está constreñido a utilizar el objeto sustituto para un determinado fin: la reconstrucción o reposición. También hemos marcado que la denominación de “garantía de reconstrucción” no es suficiente para plasmar la materia regulada, ya que además de la “reconstrucción” se hace tema con la “reposición”. Para

---

<sup>223</sup> Se lee en la exposición de motivos de la ley: “El art. 89 completa la reglamentación del derecho del acreedor hipotecario o prendario a que se refiere el art. 84 para la hipótesis de la reconstrucción. Dado que ésta restablecerá el bien, desaparece el perjuicio del acreedor por disminución de la garantía. El asegurador debe recabar seguridad suficiente de la afectación de la indemnización a la reconstrucción efectiva, y en caso de ser esta garantía insuficiente y no realizarse la reconstrucción, quedará comprometida la responsabilidad del asegurado de acuerdo a los principios generales. La excepción para el supuesto de mora en el pago del crédito prendario o hipotecario no necesita mayor desarrollo, porque el siniestro no puede prorrogar el plazo del crédito garantizado”.

<sup>224</sup> La doctrina clásica fundaba la necesidad de depositar la suma debida en concepto de indemnización en la aplicación expansiva del art. 3159 del Código Civil derogado, norma que hoy tiene su correlato en el art. 2195 del Código Civil y Comercial. Véase SEGOVIA, *Código Civil...*, p. 328, en nota 18 y LLERENA, tomo VIII, p. 425.

ajustarnos a la terminología de la ley 17.418, podríamos denominar a este débito como una “garantía de empleo efectivo”.

La reconstrucción o reposición del objeto, o sea, la utilización de la indemnización para esos fines, es lo que mejor se condice con la conservación que inspira a la subrogación real. Máxime que el titular del objeto gravado “conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía” (art. 2195, Código Civil y Comercial).

### 5.3.6. Realización anticipada

#### 5.3.6.1. Por un tercero

La situación fáctica es la siguiente: antes del vencimiento del plazo o pendiente la condición suspensiva a la que se sujetó el crédito asegurado, el titular de la garantía no puede instar la realización del objeto para percibir su crédito con relación al producido de aquel. Sin embargo, si el objeto de la garantía “es subastado por un tercero” (art. 2197, Código Civil y Comercial) o mejor, “es realizado por un tercero” (art. 2102, Proyecto de 1998) de manera anticipada, el titular de la garantía tendrá la facultad de percibir inmediatamente su crédito respecto del producido<sup>225</sup>.

Al hacer tema con la norma paralela del Código derogado que disponía la caducidad del plazo, Colmo señaló:

“Y es evidente que así deba ser. Ese producido disponible se subroga objetivamente en el bien afectado, y debe responder como éste al crédito (...). [L]a inactividad de ese producido, que es dinero, sería

---

<sup>225</sup> La referencia del art. 2197 a que el acreedor tiene “derecho a dar por caduco el plazo” es inconsistente. Es que la caducidad es automática, y no requiere actividad alguna. Además, su literalidad no comprende a la hipótesis de la condición, cuestión regulada en la segunda oración. De allí que era preferible la redacción del Proyecto de 1998, que disponía que esa realización “no altera la prelación de la garantía constituida, y el acreedor garantizado puede solicitar el pago inmediato”.

perjudicial para todos, ya que el deudor no puede contar con él, y ya que el acreedor no podría darle aplicación”<sup>226</sup>.

### **5.3.6.2. Instada por el titular o por el constituyente de la prenda**

El art. 2228 del Código Civil y Comercial dispone: “*Venta del bien empeñado*. Si hay motivo para temer la destrucción de la prenda o una notable pérdida de su valor, tanto el acreedor como el constituyente pueden pedir la venta del bien. Asimismo, el constituyente puede recabar la devolución de la prenda sustituyéndola por otra garantía real equivalente y, si se presenta ocasión favorable para su venta, requerir la autorización judicial para proceder, previa audiencia del acreedor. La cosa empeñada puede también venderse a petición de otros acreedores. En tal caso, como en los anteriores, el privilegio del acreedor prendario se ejerce sobre el precio obtenido”.

El presupuesto general de la norma es el “temor” por la “destrucción” o “una notable pérdida” del valor de la cosa prendada. La norma regula un abanico de alternativas, algunas de las cuales tienen una íntima relación con la subrogación real.

El constituyente de la garantía, el titular del derecho gravado por ella y los terceros acreedores pueden solicitar la subasta pública de la cosa. Una de las alternativas para enervar la subasta pública es si se presenta una “ocasión favorable para la venta” privada (v.gr., por una atractiva oferta de un tercero), que podrá impetrarla el constituyente mediante el requerimiento de una “autorización judicial para proceder, previa audiencia del acreedor”.

En todos estos casos juega la subrogación real<sup>227</sup>. El derecho real de garantía subsistirá a pesar de la sustitución objetiva

---

<sup>226</sup> COLMO, §621, p. 441.

<sup>227</sup> Véase ALTERINI, Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel, ALTERINI María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, con la

padecida; el derecho mutará su objeto y migrará al “precio” obtenido (art. 2194, Código Civil y Comercial). También lo hará “...el privilegio del acreedor prendario”, que se ejercerá sobre “el precio obtenido” en concordancia con lo dispuesto por el art. 2584 del Código Civil y Comercial.

Para Wolff:

“...si subasta la cosa, el producto se coloca en lugar de aquélla (subrogación real): en adelante, el acreedor pignoraticio sólo es tal en cuanto al producto, el propietario obtiene la propiedad del mismo, y el pignorante tendrá con referencia a ese producto los derechos que antes tuviera respecto a la cosa subastada”<sup>228</sup>.

### 5.3.7. *Quid del embargo*

Debemos analizar tres cuestiones vinculadas con el embargo que son bien diferentes: 1) el embargo en sí mismo; 2) la calidad de “embargable” de un objeto; 3) la calidad de “inembargable” del mismo. Para el análisis de las últimas dos cuestiones, remitimos al lector al §3.11.

El embargo<sup>229</sup> es la más característica de las medidas cautelares y puede recaer sobre cosas (muebles o inmuebles) y derechos con contenido patrimonial. Tal amplitud del objeto del embargo abraza a los derechos creditorios, los derechos intelectuales y los derechos familiares patrimoniales. La variabilidad del objeto del embargo explica que su traba sea disímil: podrá implicar un secuestro de cosas muebles, una

---

colaboración especial de Francisco José ALTERINI, tomo II, §1955 y ss., pp. 913 y ss.

<sup>228</sup> WOLFF, volumen II, §164, p. 439.

<sup>229</sup> Seguimos en el análisis del embargo en sí mismo a ALTERINI, María Eugenia, “El embargo...”, pp. 85 y ss.



anotación registral, una notificación al deudor del crédito, etcétera<sup>230</sup>.

El art. 1009 del Código Civil y Comercial es claro en el sentido de que el embargo no cercena la facultad de disposición del objeto embargado: “*Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares*. Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si esta ha obrado de buena fe”.

El embargo no provoca la indisponibilidad del objeto, pero el embargo “sigue a la cosa”; la enajenación será válida con la particularidad de que el adquirente deberá respetar la existencia de la medida cautelar. O sea que la disposición del objeto no afecta al embargante.

En el embargo se advierten las características de los derechos reales: es un poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto y que atribuye a su titular las facultades de persecución y de preferencia (art. 1882, Código Civil y Comercial). Todo tercero, incluido el adquirente, deberá respetar la existencia de la garantía procesal, aunque respecto de los terceros “interesados y de buena fe” será menester contar con publicidad suficiente (art. 1893, Código Civil y Comercial).

El art. 1886 del Código Civil y Comercial clarifica: “*Persecución y preferencia*. El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”.

El art. 218 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el art. 745 del Código Civil y Comercial se encuentran en esa

---

<sup>230</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*, 2ª edición, actualizado por Jesús Cuadrao, Buenos Aires, 1962, tomo V, §9, p. 62.

línea de ideas al establecer la “prioridad del primer embargante”. De estas normas se indica con claridad que el embargo tiene prioridad con relación a los créditos quirografarios, en tanto no medie concurso preventivo o quiebra y que la prioridad determina la prelación entre los embargos sucesivos. El embargo genera prioridad, pero no privilegio. Ello es estrictamente el derecho de preferencia (*ius preferendi*): primero en el tiempo, mejor en el derecho (*prior in tempore potior in iure*).

El lector advertirá que es máxima la conexión del embargo con los derechos reales de garantía previstos por el Código Civil y Comercial; de allí que hayamos tratado al embargo en este sector de la obra. Se trata de un derecho real de garantía, pero de corte procesal.

Ahora bien, ¿cómo funciona la subrogación real aquí?<sup>231</sup> Como ya lo hicieron notar Jorge H. Alterini y Edmundo Gatti, las facultades derivadas del carácter real del derecho del embargante (persecución del objeto para hacer valer la preferencia) tienen sentido si no fuera “posible o suficiente” trasladar el gravamen sobre el precio<sup>232</sup>. Ese “traslado” no es más que la subrogación real.

En el ámbito de la subasta, el art. 588 *in fine* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sigue la lógica de la subrogación real de la situación jurídica del embargo luego de concretada la transmisión del objeto a favor del adquirente en subasta: “Los embargos quedarán transferidos al importe del precio”. El vocablo “transferencia”, nuevamente, alude a la subrogación real.

---

<sup>231</sup> Véase Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, “Méndez, Juan p. c. Servicios Telefónicos S. R. L. y otro”, 14/08/1990, DT 1991-A, 1003).

<sup>232</sup> GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 113.

La aplicación de la subrogación real en el embargo puede ser muy variada y difícilmente pueden agotarse todas sus posibles manifestaciones<sup>233</sup>.

#### **5.4. Límites a la facultad de disposición jurídica**

##### **5.4.1. Afectación a vivienda**

##### **5.4.1.1. Subrogación real de la vivienda: aspectos centrales**

###### **a) Precisiones iniciales**

Para algunos autores no debe identificarse el concepto de “subrogación real” con el de “subrogación de la vivienda” y ni siquiera con la “sustitución” de ella. Se ha dicho que a pesar del epígrafe del art. 248 la norma trata la “subrogación de vivienda”, ligada a ciertos derechos fundamentales, y que esa subrogación no sería el “equivalente exacto” de la subrogación real de inmuebles<sup>234</sup>.

Naturalmente la subrogación de la vivienda tiene las particularidades propias de la figura, pero ello no debe llevarnos a pensar que no responde a las pautas básicas de la subrogación real. En efecto, la subrogación real es la figura madre y la subrogación de la vivienda no es más que uno de los tantos supuestos en los que aquella funciona.

El autor asevera que la subrogación de vivienda difiere de la subrogación real inmobiliaria en cuanto al objeto: no se trataría de

---

<sup>233</sup> Se sentenció: “La venta en pública subasta del bien objeto de la acción no obsta a la traba del embargo solicitada en los términos del art. 210, inc. 4 del Cód. Procesal. La medida debe afectar el depósito dinerario resultante del remate en tanto, por subrogación real, el precio obtenido sustituye al bien enajenado” (CNCiv., Sala A, “De Marco de Poso, Ana M. c Bardi, Roxana I. y otros”, 13/10/1992, AR/JUR/1324/1992).

<sup>234</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

un inmueble, sino de la vivienda en cuanto “hogar familiar”. Es que para el autor estaríamos frente a:

“...un concepto y un alcance que supera por completo lo referente al concepto estático y patrimonial de inmueble o propiedad, para considerarse la función vital y dinámica del hogar familiar, asiento que comprende incluso los muebles indispensables para satisfacer las diversas necesidades”.

Invoca a su favor los arts. 456 y 522 del Código Civil y Comercial para sostener que la vivienda también comprende a los “muebles indispensables”. Aunque de esas normas tampoco surge con claridad que esos objetos integren el concepto de la “vivienda” ni que ellos escapen a la ejecución de los acreedores, podría ser cuestionable pretender aplicar esas normas “especiales” para el régimen “general” de la vivienda.

El asiento del régimen es un inmueble, lo que forme una totalidad con el mismo y sus accesorios (arts. 226, 230, 236, Código Civil y Comercial); pero ni siquiera esa extensión objetiva es plena, ya que los frutos “no indispensables” están exentos de la protección frente a terceros. Las cosas muebles que no “forman un todo con el objeto” ni son sus “accesorios” no están alcanzados. Repárese en que ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico la noción de “accesión moral” o por “destinación”, que regulaba Vélez Sarsfield en el art. 2316 del Código Civil derogado. Obviamente el asiento, en su caso, también estará constituido por los objetos que sustituyan al asiento originario.

No se piense que esas cosas no están tuteladas. En buena medida, la protección de esos “muebles indispensables”, frente a terceros, está dada por el art. 744 del Código Civil y Comercial que excluye de la llamada “garantía común” de los acreedores a “las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos” por lo que la cuestión disminuye su interés.

Es cierto que el concepto de vivienda no debe entenderse en el sentido restringido de “construcción para habitar”, sino que esa noción es más cercana a la idea de “sustento”. El régimen atiende a la defensa del patrimonio del constituyente para cumplimentar los fines alimentarios que requieren los beneficiarios. Pero ello lo hace inicialmente a través de un inmueble y sus accesorios; secundariamente a través de los objetos sustitutos.

El autor también destaca otra pretendida diferencia entre la mentada “subrogación de vivienda” con la “subrogación real”:

“El nexo está dado por cualquier causa que lleve de una vivienda a otra, de la originaria o primaria a la sustituyente. Y el titular, dentro del régimen protectorio de la familia y de la vivienda familiar, puede ser cualquiera de sus integrantes (beneficiarios)”.

En toda subrogación real existe ese “nexo” o “relación de causalidad subyacente” como requisito estructural de la figura y que consiste en que haya una conexión entre el egreso y el ingreso del objeto en la situación jurídica respectiva. Ese vínculo consiste, precisamente, en “cualquier causa”, siempre que esta sea “adecuada”<sup>235</sup>.

Por otro lado, no advertimos ninguna diferencia en cuanto a los sujetos involucrados. La subrogación real provoca la conservación de las situaciones jurídicas que correspondan, a pesar de la mutación de su objeto. Así, conservará la situación de la vivienda respecto del constituyente, de los beneficiarios, etcétera y no únicamente respecto del titular del objeto.

Pero afirma que el contraste más notorio radicaría en lo siguiente:

“...subrogación real patrimonial, donde un bien es reemplazado por otro del mismo titular, porque de su patrimonio se trata. En la sustitución de vivienda no se trata del patrimonio de uno de los integrantes de la familia, sino del hogar donde esa familia se

---

<sup>235</sup> Véase §8.2.3.1, Capítulo I.

desarrolla, bien protegido conforme al art. 14 bis y tratados internacionales que integran la Carta Magna”.

En rigor, no puede excluirse sin más a la “vivienda” de la patrimonialidad. Es que la afectación no lleva de por sí que los objetos respectivos muten su cualidad y pasen a estar “fuera del comercio”, sino que el titular de ellos ve limitado el contenido (facultades) de su derecho real.

En síntesis: la subrogación de la vivienda es una especie de subrogación real.

También se ha intentado acudir a la noción de “sustitución” de vivienda para apuntar a lo que nosotros entendemos que es una verdadera subrogación real, pero derivada de una “sustitución por opción”. Remitimos al lector al §5.4.1.1.f) en donde analizamos la temática.

En lo sucesivo utilizaremos todas esas expresiones como sinónimas, máxime que la subrogación real, cualquiera sea el ámbito en el que funcione, es una sustitución interesante para el Derecho<sup>236</sup>.

### **b) ¿Qué se conserva?**

Sabene afirma que en la redacción del art. 248 del Código Civil y Comercial “existe un error semántico”, ya que la afectación implica un acto jurídico cuyo objeto es un inmueble y lo que se “traslada” (o mejor, se conserva) no es ese “acto”, sino sus efectos: el régimen protectorio resultante:

“Ello nos permite afirmar que (...) cabe distinguir entre el objeto de la afectación y el objeto del régimen. Inicialmente, ambos coincidirán, pues el inmueble afectado será el objeto sobre el que se proyectarán sus efectos jurídicos. Mas, en caso de subrogación, el objeto del régimen habrá cambiado. Puede decirse, entonces, que mientras el

---

<sup>236</sup> Véase §8.2.2, Capítulo I.

objeto de la afectación (...) es estático, el objeto del régimen es dinámico...”<sup>237</sup>.

La conclusión del autor tiene cierto respaldo en la primera acepción que da el Diccionario de la Real Academia Española, pues allí se define a la afectación como la “acción de afectar”, aunque no se le asigna igual denominación al “efecto” respectivo. Nótese, sin embargo, que en el Diccionario panhispánico de dudas se refiere a la afectación, como la “acción y efecto de afectar o hecho de resultar afectado”.

Más allá de ello, es posible afirmar que la conservación es tanto del “acto” como del “efecto”, aun cuando al ordenamiento jurídico le interese más conservar los efectos que al acto en sí. Al preservar el régimen se preserva también la virtualidad de la fuente del mismo, que pasará a manar sus efectos sobre un objeto distinto, pues si la fuente dejara de vivir lo que de ella resulta seguiría la misma suerte.

Si bien no advertimos problemas lingüísticos en referir que con la subrogación real se mantiene la “afectación” en otro objeto, lo cierto es que se ganará en claridad si se admite que lo que se conserva es toda la situación jurídica que implica la vivienda. Debemos pues, determinar su naturaleza.

Guastavino aseveró que la cuestión de la naturaleza jurídica podía ser abordada desde aspectos diversos, que para él eran tres: 1) el inmueble en sí; 2) el derecho de los beneficiarios; 3) el derecho del constituyente<sup>238</sup>. Creemos que la problemática central es la de la naturaleza del derecho del constituyente de la afectación. Consideramos que la afectación a vivienda no implica más que un

---

<sup>237</sup> SABENE, p. 270.

<sup>238</sup> GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, 2a edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, tomo II, §298, p. 14.

límite al derecho real del constituyente<sup>239</sup>; o sea que el derecho real del constituyente está sujeto a límites mayores que los ordinarios<sup>240</sup>.

Habitualmente los límites reconocen como fuente a la ley; pero ello no debe conducir a que se desconozca la existencia de límites generados por la voluntad exteriorizada en un acto jurídico. Ejemplos indiscutibles son los límites de la cláusula de indisponibilidad (art. 1972, Código Civil y Comercial) y los impuestos en el reglamento de propiedad horizontal que el propietario está constreñido a cumplimentar (arts. 2046, 2047, etcétera, Código Civil y Comercial). Creemos que la afectación a vivienda es otro caso paradigmático de límite impuesto por la voluntad particular.

¿En qué consiste este límite? Con la finalidad de tutelar a los “beneficiarios” (art. 246, Código Civil y Comercial) del régimen, el titular del derecho real ve disminuido el contenido (facultades) de su derecho real sobre el inmueble. Nótese que se “defiende” el patrimonio del constituyente, para satisfacer los intereses alimentarios de los beneficiarios.

Los rasgos básicos de la vivienda explican este criterio: el de la inalienabilidad del inmueble afectado (art. 250, Código Civil y

---

<sup>239</sup> Esta tesis fue defendida por ALTERINI, Jorge H., “Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación”, Temas de Derecho Privado IV, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1993, pp. 69 y ss.

<sup>240</sup> Conformes con la conclusión: CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de familia*, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2001, tomo III, p. 517; PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 2a edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, tomo II, §353, pp. 546-547; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 351; KIPER, *Tratado de derechos reales*, tomo I, pp. 434-435.



Comercial) y su rasgo de inejecutable en virtud de obligaciones cuyo título sea posterior a la constitución del régimen (art. 249, Código Civil y Comercial). El contenido del derecho no queda cercenado sino más bien delimitado (véanse los arts. 249, 250, 255 inc. a), Código Civil y Comercial). Paralelamente, el inmueble no podrá ser despojado de su destino habitacional, sin perjuicio que ese destino pueda ser compartido con otro (verbigracia, comercial, industrial, agropecuario) para conformar uno “mixto” (arg. arts. 251 y 1194 *in fine*, Código Civil y Comercial).

El límite podrá afectar la “totalidad” o bien “una parte” del valor del inmueble (art. 244, Código Civil y Comercial). Estas “partes” de valor se expresan en “términos fraccionarios”<sup>241</sup>, o sea, en números quebrados (un medio, un tercio, un cuarto, etcétera). Naturalmente quedarán sin afectación las porciones de valor que no superen esa proporción inicial y permanecerán libres para servir, por ejemplo, como garantía para justificar la solvencia del deudor que procura la obtención de créditos.

La afectación a la vivienda nace como un límite al derecho real, pues le impone cortapisas a su contenido (facultades). Pero como consecuencia de la subrogación real puede subsistir incluso como un límite a la “propiedad”, abstraída de su consideración específica<sup>242</sup>. Es que, si el objeto sustituto puede estar constituido por el “precio” o la “indemnización”, incluso en estado de débito, no es dudoso que allí no habrá derecho real alguno, sino más bien uno personal, al menos hasta que se efectivice el cobro.

La situación jurídica habrá de perdurarse de la manera más similar a su diagramación original<sup>243</sup>. Es por eso que los efectos propios de esta afectación, deberían subsistir con relación al nuevo objeto a pesar de que puedan no estar delimitando a un derecho real.

---

<sup>241</sup> Véase el art. 3 de la Disposición Técnico Registral Número 4 del 2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

<sup>242</sup> Véase §3.1, Capítulo V.

<sup>243</sup> Véase §4.3.1 y §4.3.5.3, Capítulo II.

De allí que se vea ampliamente delimitada su disposición jurídica, tanto voluntaria como forzosa (arts. 249, 250, 251, Código Civil y Comercial), y que deba propenderse a que se cumpla con el destino habitacional (art. 247, Código Civil y Comercial).

### **c) La técnica del art. 248 puede ser mejorada**

La idea de la subrogación real de la vivienda fue captada por el art. 248 del Código Civil y Comercial: “*Subrogación real*. 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”.

Por las mismas razones que invocamos en el Capítulo I, no es consistente que la subrogación se limite a los “importes” en concepto de indemnización o precio, pues es sabido que los créditos indemnizatorios en ocasiones pueden ser satisfechos en especie y el precio puede no consistir en dinero, como ocurre en el contrato de permuta<sup>244</sup>.

La técnica de la norma hubiera mejorado no solamente si se hubiera prescindido de la noción de importe, sino que se hubiera hecho extensiva la operatividad a “cualquier concepto” (arg. arts. 2194 y 2584 del Código Civil y Comercial) que posibilite la subrogación real. Piénsese en la perduración de los derechos que permite el art. 1907 cuando la ley habilita la reconstrucción de sus objetos, como en materia de propiedad horizontal (art. 2055, Código Civil y Comercial) o en el derecho real de superficie (art. 2122, Código Civil y Comercial).

En igual sentido, la norma no debió limitarse en su literalidad a la idea de “adquisición” de una nueva vivienda, lo que puede dar lugar a dudas en su interpretación. Lo que debe predominar, entonces, es la idea de “sustitución” de un inmueble por otro objeto que, inmediata o mediatamente, pueda satisfacer las necesidades

---

<sup>244</sup> Véase el §7.2.3.5 del Capítulo I.

de vivienda. Como veremos, esa sustitución no necesariamente debe implicar un “egreso” e “ingreso” en el patrimonio, sino que lo importante es que esa mutación se produzca en la “situación jurídica”.

Tampoco podemos dejar de lado a las sustituciones en sucesivos grados<sup>245</sup>, desde la literalidad descartadas. ¿Alguien podría negar tutela a quien la mantuvo en el precio cobrado en dólares, luego “transformados” a pesos argentinos por su venta en el mercado? O piénsese también en quien sustituye su inmueble por dinero y en acto separado, y con cierta posterioridad, adquiere un inmueble con la moneda. Es lógico entender que esas sustituciones están comprendidas en la norma, máxime que no pueden predominar las interpretaciones restrictivas.

Se ha criticado que el Código aluda a que la afectación es transmitida hacia un nuevo objeto y se sostuvo que hubiese sido más apropiado usar la frase “se traslada”<sup>246</sup>.

Coincidimos con el autor en que es desacertado mentar a una “transmisión” en este ámbito. Es que la idea de transmisión se corresponde con el cambio de titularidad de una situación jurídica, o sea, con la mutación del elemento subjetivo de ella. En cambio, la subrogación real, apunta a una modificación de su asiento u objeto.

Si bien hubiese sido más ajustado a la técnica apuntar a que la afectación “se traslada”, por ser el vocablo utilizado en diversos sectores del Código (arts. 2194, 2584, 2592 inc. d]), esa fraseología nos merece los mismos reproches de los que ya nos hemos ocupado<sup>247</sup>.

Es que en rigor la cuestión debe ser explicada desde sus contornos propios: la subsistencia de las situaciones jurídicas, pero con relación a un objeto distinto.

---

<sup>245</sup> Véase §9.2.4, Capítulo I.

<sup>246</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>247</sup> Véase §2.3.5, Capítulo I.

#### **d) La finalidad involucrada**

Remitimos al lector al Capítulo II, en donde ponderamos que la subrogación real tutela la subsistencia de la persona humana.

#### **e) ¿Cuáles son las vías para alcanzar la subrogación?**

Nos encontraremos frente a supuestos en que opera la subrogación sin la voluntad del titular del derecho si el inmueble se destruye o se deteriora significativamente (incendios, desastres naturales, agresiones de terceros) o si es expropiado. Son los casos que nombramos como de “sustituciones forzosas”, sean por “causas materiales” o por “causas jurídicas”.

La subrogación real es irreprochable. Por ejemplo, si no se aceptara la subrogación real en la indemnización del seguro, hasta podría ocurrir que un acreedor inescrupuloso, para soslayar la inejecutabilidad del inmueble por deudas posteriores a la afectación a vivienda, incendiara el inmueble o lo destruyera de alguna forma concebida desde su perversión y de ese modo agredir la indemnización para cobrar sus créditos, en principio incobrables.

Hay quienes en el régimen de la ley 14.394 negaron la subrogación real del titular del bien de familia en la indemnización expropiatoria; se sostuvo, como si fuera un argumento decisivo, que según el art. 49 la expropiación era una causal de desafectación<sup>248</sup>. La previsión paralela del Código Civil y Comercial es el art. 255, inc. e).

Se ha dicho que:

“Si bien aquella causal continua siendo una de las enumeradas para el régimen bajo análisis como de desafectación, aquello no

---

<sup>248</sup> AREÁN, *Bien de familia*, §468, p. 404.

importa que no pueda extenderse la tutela del régimen a la indemnización obtenida en tal caso”<sup>249</sup>.

Es de una lógica irreprochable que, ante la utilidad pública consustancial a la expropiación (art. 1º de la ley 21.499), que no pueda ser que se la enerve al contraponerla con intereses particulares, que no dejan de ser tales por la intensa protección que se les confiere. Pero que no pueda detenerse la facultad expropiatoria no quiere decir que esta implique barrer con la tutela. Es imprescindible e inexorable que el intérprete se esfuerce por conciliar los intereses públicos con los intereses privados. La armonización puede lograrse sin compromiso para ninguno de los intereses involucrados, admitiendo el progreso de la expropiación, que conlleva la desafectación del inmueble, pero solo a esos efectos, dejando subsistente la virtualidad protectoria en todo lo que no obstaculice la expropiación. Por ello nos parece de evidente razonabilidad que, hasta donde lo permitan las vicisitudes derivadas de la expropiación forzosa, la tutela se traslade a la indemnización expropiatoria.

Si alguna duda cupiere, ella quedaría disipada ante la lectura del art. 28 de la ley 21.499, en virtud del cual los derechos del tercero se consideran trasladados a la indemnización, como consecuencia de una subrogación real. Si tal subrogación real beneficia a los terceros, con mayor razón todavía ella debe reconocerse a favor del expropiado.

La subrogación real también puede ser acompañada por un acto voluntario del titular del derecho. Asistiríamos en el caso a una sustitución potestativa por disposición jurídica y la subrogación real sería un mero acto lícito, pues no tendría por fin inmediato la modificación objetiva.

---

<sup>249</sup> DE GARAY LANÚS, p. 99.

El caso modelo es aquel en que el constituyente pretende adquirir otro inmueble y trasladar paralelamente sobre el nuevo la afectación que tenía el primitivo.

Sin embargo, la protección del régimen incluso operaría aunque no se adquiriera un nuevo inmueble y en ese caso se desplazaría sobre el precio que sustituyera a la vivienda (art. 248 *in fine*, Código Civil y Comercial).

Un supuesto que ha despertado inquietudes en doctrina y jurisprudencia es el de si es posible modificar el asiento de la vivienda por otro inmueble perteneciente al mismo patrimonio. Algunos autores entendieron que tal posibilidad estaba vedada, porque en el caso no habría una verdadera “adquisición” en “sustitución” ni un “precio” o una “indemnización”, como parecería exigirlo el art. 248 del Código Civil y Comercial.

Otros, en postura compartible, sostuvieron que es posible asistir a esa alternativa jurídica sin violentar el ordenamiento jurídico. Nos preguntamos: ¿en qué perjudicaría ello a los terceros? En nada. ¿Aprovecharía eso al constituyente y a los beneficiarios? Bastante. Recordemos que imposibilitarlo podría menoscabar la libertad de elección del domicilio<sup>250</sup>, lo que no parecería ajustado a las pautas de la razonabilidad. Denominamos a esta posibilidad como “sustitución potestativa por opción”<sup>251</sup> y la consideramos un verdadero acto jurídico, pues tiene por finalidad inmediata la modificación del objeto de una situación jurídica<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> Véase §7.8.3, Capítulo II.

<sup>251</sup> Evitamos llamar a esta problemática como “permuta”, como lo hace gran parte de nuestra doctrina, para no confundirlo con el contrato mediante el cual, “las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero” (art. 1172, Código Civil y Comercial). Además, no corresponde distinguirla de la subrogación real, como pretenden ciertos autores al acudir a la voz “sustitución”, pues la subrogación real es una sustitución interesante para el Derecho. Véase §8.2.2, Capítulo I.

<sup>252</sup> Véase §8.2.4, Capítulo I.

En el punto siguiente analizaremos los alcances del vocablo “adquisición” que utiliza el art. 248 y concluiremos en que esta posibilidad está permitida por el Derecho.

**f) ¿Es necesaria una “adquisición”?**

Zavala, acudiendo a la distinción —que nosotros descartamos— entre “subrogación de inmuebles” y “sustitución de vivienda”, considera que es “errado” el criterio que circunscribe la tutela a la vivienda “comprada” con el “producido” de la vivienda originaria. Afirma que el vocablo “adquisición” debe ser interpretado ampliamente, para abarcar también así a supuestos tales como “la vivienda que sea conseguida con el propio trabajo o industria” o “la que fuera obtenida por un precio” consistente en dinero ahorrado o derivado del producido de otro objeto diferente. Es que el vocablo “adquirir”, dice, no estaría circunscripto a la “compra”, sino que sería comprensivo de otras realidades, incluso por la prescripción o la construcción<sup>253</sup>.

Es decir que podrían presentarse supuestos en los que no exista un “ingreso” y “egreso” del patrimonio, sino que al momento de pretender la sustitución objetiva ambos objetos se encuentren ya en el patrimonio<sup>254</sup>. ¿Es posible una subrogación real aquí? A lo

---

<sup>253</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>254</sup> Las motivaciones subyacentes podrían ser muy diversas, ya que el aumento o disminución de los integrantes de la familia o la variación de sus actividades pueden implicar que la vivienda originaria no sea útil a sus intereses (véase ZAVALA, pp. 37 y ss.); hasta podría pensarse en casos de “fuerza mayor” como el derivado de desastres naturales que impusieran la necesidad de la mudanza (véase SAMBUCCETTI, Marcelo E., “Análisis de algunos aspectos de la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (junio), 51). Sin embargo, permitir la subrogación real sin límites en ese último caso podría hacer costear el infortunio sufrido a los acreedores. Recuérdese que la subrogación está no puede mejorar la situación, sino solo conservarla.

largo de este trabajo y particularmente en el punto anterior adelantamos nuestra respuesta positiva<sup>255</sup>.

Ahora analizaremos un renovado argumento que se ha dado en favor de la postura permisiva.

En este sentido, podría interpretarse que el vocablo “adquirida” que utiliza el art. 248 sería sinónimo de “conseguida”, “alcanzada”, “obtenida”, “conquistada”, etcétera.

Y ello no se alejaría de los cánones de la subrogación real propiamente dicha<sup>256</sup>, puesto que esta no debe ser explicada como derivada necesariamente de hechos jurídicos mediante los cuales un objeto afectado egresa patrimonialmente para que consecutivamente ingrese otro en su sustitución.

No deben confundirse los hechos que posibilitan o dan pie a la sustitución (así el acto jurídico “compraventa”), con el hecho sustitutivo en sí mismo<sup>257</sup> (subrogación real).

---

<sup>255</sup> Véase lo resuelto en CNCiv., Sala C, “Bollero, María Mercedes c. Solidaridad Obra Social Bancaria Argentina s/ Incidente Civil”, 26/10/2017. Allí, luego de recordar que la subrogación requiere un “lazo directo y seguro”, se sostuvo que –en consonancia con la Disposición Técnico Registral N° 4/2016– del documento de afectación por subrogación deben surgir los datos de la constitución originaria y que como la parte interesada no ha acompañado el instrumento respectivo, no es posible “relacionar ambas escrituras”.

<sup>256</sup> Compárese con la opinión de Nelson Cossari, quien entiende que la invocación de la subrogación clásica es “un tanto forzada”, porque no concurrirían claramente todos sus requisitos (COSSARI, “Sustitución...”, pp. 127 y ss.).

Como es lógico, su aseveración final depende esencialmente del concepto que se tenga de la subrogación real, de su naturaleza jurídica, su fundamento y sus requisitos de funcionamiento. De acuerdo con la tesitura que nosotros seguimos, no creemos que sea “forzado” considerar a esa situación como una auténtica subrogación real. Máxime que si como advierte el autor lo que aquí “muta” es el inmueble cobijado. Sin dudas la mutación o modificación es por “sustitución” y ello nos lleva casi inmediatamente a la subrogación real, pues ella no es más que una sustitución calificada. Véase §8.2.2, Capítulo I.

<sup>257</sup> Véase §1.2.3.2, Capítulo III.



Este hecho sustitutivo puede consistir en un verdadero acto jurídico emanado del legitimado al efecto, independiente de cualquier otro, y a ello lo denominamos subrogación real por opción. No se olvide que el art. 259 del Código Civil y Comercial define al acto jurídico como al acto voluntario lícito cuya finalidad inmediata consiste en adquirir, modificar, o extinguir situaciones jurídicas.

En el caso, el constituyente de la vivienda podría modificar el asiento de la tutela por otro, encuéntrese o no en su patrimonio al momento de la afectación originaria, implique o no un egreso y consecutivo egreso de la universalidad jurídica del patrimonio. No es necesaria una enajenación para cambiar el asiento de la afectación. Es posible migrar la afectación a otro inmueble que incluso pudo haber sido adquirido con otros bienes distintos.

Acudiendo a los elementos gramaticales del art. 248, que deben reforzarse con la supremacía del principio de conservación, debemos concluir en que la expresión “adquirida en sustitución” puede ser interpretada directamente como “sustitución”, sin más aditamentos; de allí que creemos que debe leerse en el sentido de que la tutela a la vivienda se conserva respecto de aquella que la sustituye<sup>258</sup>.

Una lectura de la norma, desprevenida y aislada del ordenamiento jurídico, podría acotar injustamente su ámbito operativo. Podría llegarse a un “rigor interpretativo incompatible con los fines que la norma persigue”, como también con “los principios jurídicos rectores”, los “valores jurídicos involucrados” y las normas con jerarquía constitucional; aún más, podría

---

<sup>258</sup> Szmuch sugiere una lectura o modificación similar para la norma. Considera que debe existir una solución rápida respecto de esta cuestión, sea legal o jurisprudencial, con el objetivo de “evitar graves perjuicios a quienes habitan en suelo argentino” (SZMUCH, pp. 74 y ss.). También Rodríguez Remis propone una modificación normativa para agregar un art. 248 *bis* que contemple la situación expresamente (RODRÍGUEZ REMIS, pp. 33 y ss.).

contradecir lo dispuesto por los arts. 77 y concordantes del Código Civil y Comercial, pues la subrogación de vivienda y la modificación del domicilio son “dos aspectos estrechamente ligados”<sup>259</sup>.

Diversas reuniones de especialistas en la temática concluyeron en que era necesario que se legisle para legitimar el traslado de la protección de un inmueble a otro que ya se ostenta. La XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble del año 2003 concluyó que “es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos”.

También las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005 recomendaron que “el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad”.

En aportes recientes los Cossari destacan que la controversia aún no ha finiquitado, pero que ellos no tienen dudas de que el supuesto está comprendido en la norma. Remarcan que los interesados siguen padeciendo resoluciones que los perjudican, basadas en concepciones que “pagan un tributo excesivo a la jurisprudencia de conceptos”; destacan que “las soluciones jurídicas no deben estar guiadas por preconceptos, sino dirigidas a servir los intereses justos y razonables”. Si bien afirman que en nada interesa si el inmueble fue adquirido en sustitución de otro, o si los inmuebles ya estaban en el patrimonio del interesado, consideran que es necesaria una reforma para alcanzar “seguridad jurídica y una deseable economía procesal”<sup>260</sup>.

Frente a un acto jurídico de subrogación instrumentado notarialmente, cuya registración fuera denegada, en el año 2016 se sentenció que una “elemental regla de hermenéutica” impondría que un texto legal “claro y expreso” no podría prescindirse en sus

---

<sup>259</sup> SABENE, p. 282. Véase §7.8.3, Capítulo II.

<sup>260</sup> COSSARI, Leandro y COSSARI, Nelson, “Algunas cuestiones pendientes...”, pp. 3 y ss.

términos y que debería aplicarse “estrictamente” aun cuando en apariencia derivara en una solución injusta. Se invocó el ya anacrónico argumento de que la subrogación real es una ficción para sustentar que no es posible trasladar la afectación a un inmueble que ya integraba el patrimonio<sup>261</sup>.

Puerta de Chacón explica que puede justificarse el proceder negativo del Registro, cuya función es administrativa y no jurisdiccional, con las siguientes palabras:

“Es probable que entendiera que sin norma expresa no podía alterar la situación jurídica registral del inmueble y confrontar con los principios de legalidad, especialidad y prioridad registral. El de legalidad, porque se trata de una inscripción no prevista (...); de especialidad, porque varía la situación jurídica registral de un inmueble (...) y de prioridad registral porque la afectación se retrotrae a una fecha anterior en que el inmueble (...) se encontraba libre de ella...”<sup>262</sup>

Puerta de Chacón concluye que la negativa registral tiene cierto asidero, no así la que ocurrió en sede judicial en oportunidad de revisar el acto dictado por la autoridad administrativa, puesto que no existirían diferencias significativas respecto del inmueble que “se adquiere” con el que “se tiene”. Argumenta: 1) el título preliminar del Código establece reglas sobre las fuentes, la interpretación y la aplicación del derecho, con justicia y razonabilidad; 2) lo decidido pasa por alto las bases constitucionales involucradas; 3) la interpretación debió ser

---

<sup>261</sup> Cámara 1<sup>a</sup> de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expte. N° 2307-0001222/2016 Iniciado por la notaria Hilda Vega de Torchia”, 29/12/2016, RDF 2017-IV, 69.

En igual sentido, Cámara 1<sup>a</sup> de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala I, “Dirección General del Registro de la Propiedad, expte. N° 23077-1003/2016 iniciado por el notario Emilio Coto”, 14/06/2016.

<sup>262</sup> PUERTA DE CHACÓN, p. 71.

sistémica y extensiva; 4) el fundamento, la finalidad y los valores en juego serían idénticos<sup>263</sup>.

Incluso afirma que —en esta especie de subrogación— el riesgo de perjuicio crediticio “se acota”, que es “más simple su instrumentación y emplazamiento registral” y que no se advierten las incertidumbres derivadas de la subrogación a un precio, máxime que en esta podría dilatarse la readquisición.

Zavala, luego de recordar la importancia de la finalidad tutelada por la norma y de rechazar que la interpretación deba guiarse por “tecnicismos jurídicos y formalidades administrativas”, redujo al absurdo la tesis restrictiva:

“En esencia literaria solo se admitiría la conservación de la afectación en casos de permuta y sobre el precio percibido o la indemnización recibida. Obsérvese que tampoco deberían admitir que la afectación se traslade luego del precio percibido (...) al inmueble adquirido en subrogación y sobre el que se asentará la nueva vivienda, porque el Código no dejó expresamente estipulado (...) el traspaso del precio al inmueble...”<sup>264</sup>.

Creemos encontrar un renovado argumento en las reglas sobre la calificación registral. Está asentado ya que el registro puede calificar no solo sobre las formas sino también sobre ciertos aspectos sustantivos que surjan del instrumento registrable. Nos permitimos reproducir el art. 2159 del Proyecto de 1998 que ilumina la cuestión:

“*Alcance de la calificación.* El registro debe calificar la legalidad de las formas del instrumento cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos. También puede calificar aspectos substanciales que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada”.

---

<sup>263</sup> PUERTA DE CHACÓN, p. 71.

<sup>264</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

El registro, pues, no cuenta con facultades de “recalificación”. No puede volver sobre lo que el escribano en ejercicio de una función pública ya calificó<sup>265</sup>. Si un escribano calificó los elementos y presupuestos de un acto y lo configuró técnicamente, como felizmente establece el art. 301 del Código Civil y Comercial, el registrador no puede contradecirlo sin más.

Por ello, concluimos que si el notario autorizara la modificación del asiento de la vivienda por otro inmueble ya existente en el patrimonio, el registro no debería rechazar la registración.

**g) ¿Todos los objetos son aptos como sustitutos?**

Remitimos al lector al Capítulo I, donde argumentamos que no todo objeto es apto para ser sustituto y que ello depende en buena medida de la situación jurídica involucrada.

**5.4.1.2. Subrogación real de la vivienda: dinámica**

**a) Funcionamiento *ipso iure* de la subrogación real de la vivienda**

La subrogación real conserva una situación jurídica. ¿Qué es lo que es conservado con relación a la vivienda? Su propia esencia: la de un límite a la disposición jurídica. Y esa conservación opera de pleno derecho, como es la regla para toda subrogación real (arg. arts. 2194 y 2584, Código Civil y Comercial). La literalidad del art. 248 indica la adhesión legislativa a este criterio, puesto que la norma asevera que la “afectación se transmite”; esa “transmisión”

---

<sup>265</sup> CNCiv, Sala I, “D’Alessio, Carlos Marcelo c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ Recurso Reg. Prop Inmueble”, 22/04/2010.

no puede ser sino automática<sup>266</sup>. Hacemos la salvedad de la sustitución objetiva por opción<sup>267</sup>.

### **b) Del pretendido efecto retroactivo**

Remitimos al lector a lo que dijimos en el §4.3 del Capítulo III.

### **c) Destino del objeto sustituto**

El mentado destino habitacional que emana del art. 247 del Código Civil y Comercial podrá generar cierta perplejidad cuando el objeto sustituto no sea un inmueble (así, por habérselo permutado), sino más bien dinero (producto de una venta o ejecución autorizada) o un crédito aun no cobrado. Según De Garay Lanús la habitabilidad, como no puede ser de otra manera, está exceptuada en estos supuestos. Ahora bien tal excepción, en su pensar, tiene en mira a una efectiva reinversión futura<sup>268</sup>.

Como ya dijimos, la conservación debe darse en la mayor medida posible, hasta donde los hechos y el Derecho lo permitan. En el caso, esto quiere indicar que para mantener la tutela el objeto debe ser aplicado a la efectiva adquisición de un inmueble que sea apto para satisfacer las necesidades habitacionales de los beneficiarios.

Si bien ese “deber” no surge explícitamente, no debe olvidarse que pretender la perdurabilidad de la tutela luego de pasado un tiempo razonable para la readquisición de un inmueble puede estar reñido con el principio de buena fe que veda los ejercicios abusivos de los derechos (art. 10, Código Civil y Comercial). De allí que los perjudicados puedan accionar para remover los efectos del acto abusivo y obtener la fijación judicial de un plazo prudencial para la readquisición, so pena de extinción.

---

<sup>266</sup> De acuerdo con la conclusión: SZMUCH, pp. 74 y ss. y ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>267</sup> Véase §5.1.1.2 y §5.1.2, Capítulo III.

<sup>268</sup> DE GARAY LANÚS, pp. 69-70.

Es que, insistimos, para que subsista el límite es menester que exista una “habitación efectiva” por alguno de los beneficiarios (art. 247, Código Civil y Comercial).

No sería desafortunado, sin embargo, sostener que la tutela aún persiste ante hipótesis tales como las de quien utiliza el objeto sustituto para satisfacer las necesidades de vivienda pero sin propender a la “adquisición” de un nuevo inmueble. Así, quien utiliza el dinero para obtener un derecho personal de uso y goce derivado de una locación, como lógicamente también para adquirir uno de carácter real como un usufructo.

En todos estos casos, la finalidad de la tutela se encontraría satisfecha, y por lo tanto esos actos serían inatacables y los objetos estarían protegidos. Es que es irreprochable la utilización del objeto sustituto para fines alimentarios aun cuando sean distintos de la habitación propiamente dicha, siempre que estén comprendidos en la idea de vivienda que adoptamos previamente<sup>269</sup>.

Paralelamente, “el empleo de una parte de los fondos a un destino que sea incompatible con el fin tutelado no debe aparejar la pérdida de la protección legal respecto del remanente”, en función de la interpretación restrictiva de la renuncia<sup>270</sup>.

#### **d) La pretendida exigencia de un plazo de caducidad**

Remitimos al lector al §5.4 del Capítulo III en donde nos ocupamos de la cuestión.

#### **e) Problemas probatorios derivados del paso del tiempo**

---

<sup>269</sup> Véase §7.8.1, Capítulo II y §5.4.1.1, Capítulo V.

<sup>270</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

El peligro fáctico del paso del tiempo fue resaltado por varios autores que coinciden en que cuanto más tiempo transcurra o se dilate la reinversión, menos “trazable” será el empleo o el destino de los fondos, y por lo tanto mayor será el riesgo de la continuidad del régimen, pues podrá ser cuestionada por los acreedores<sup>271</sup>.

La observación es un problema que trasunta lo probatorio, como ya hemos advertido, a donde remitimos al lector<sup>272</sup>.

#### **f) ¿Actualización del valor del objeto sustituto?**

Se ha planteado en este ámbito el problema de la desvalorización de la moneda:

“Otro de los interrogantes lo constituye lo atinente a la actualización del monto obtenido por la venta (...). Al respecto es de hacer notar que los inmuebles afectados por esta protección llevan ínsita una actualización debido al inevitable paso del tiempo y la valoración que éstos adquieren por aquel motivo. Por ello no se explica cómo podrían efectuarse distinción alguna si se trata de dinero, por lo que corresponde admitir su actualización en beneficio del constituyente”<sup>273</sup>.

Si bien no desconocemos los constantes problemas inflacionarios que atraviesa nuestro país, la mentada actualización no parece compatible con la subrogación real. En nuestro criterio, la energía de la tutela dependerá, en buena medida, de la fortaleza o debilidad del objeto sustituto. Partamos de un inmueble que sustituye a otro en virtud de una permuta; si posteriormente el inmueble sustituto disminuye su valor, naturalmente también la tutela de la vivienda tendrá menor energía patrimonial, pues lo protegido será una porción menor del patrimonio. De la misma manera en que aquí no podría

---

<sup>271</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.; ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>272</sup> Véase §8.2.3.1, Capítulo I y §2.2.4, Capítulo III.

<sup>273</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.



“actualizarse” la porción patrimonial protegida, tampoco podría hacérselo cuando el objeto sustituto sea dinero.

Inevitablemente esa pretendida actualización para “completar” el faltante tendría que traer a escena dinero no proveniente de la sustitución, o sea que haya ingresado al patrimonio por las más variadas circunstancias. Insistimos: sin sustitución no hay subrogación real.

**g) ¿Es viable multiplicar el objeto de la tutela a través de la subrogación real?**

Los análisis de este acápite deben complementarse con lo que dijimos en el Capítulo III acerca de que pueden existir pluralidad de objetos por sustitución<sup>274</sup>.

El art. 244 del Código Civil y Comercial contiene un valladar, pues impide afectar definitivamente más de un inmueble a la situación jurídica de la vivienda. La norma sin duda se aplica a la subrogación real<sup>275</sup>. Ahora bien, la imposibilidad de afectar más de un inmueble ¿implica que no pueda haber más de un “objeto” afectado?

Es claro que si, verbigracia, con la suma indemnizatoria derivada de una expropiación se adquirieran dos inmuebles de menor valor que el originario, solamente uno de ellos podría subsistir afectado a vivienda. Pero si los objetos no fueran inmuebles, ¿está vedada la multiplicidad de asiento? Creemos que la respuesta que se dé no puede, en principio, llevar a negar esa posibilidad<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Véase §2.2.3, Capítulo III.

<sup>275</sup> Según DE GARAY LANÚS, p. 97, la subrogación no puede permitir por vía oblicua lo que de manera directa se encuentra prohibido, pues ello desnaturalizaría la esencia del régimen y perjudicaría a los eventuales acreedores.

<sup>276</sup> Compárese con la opinión de AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.: “...la obligación de optar no reconoce diferencias en orden a la naturaleza del

Así, no sería reprochable que se utilice la suma subrogada para comprar un inmueble de menor valor y que el excedente mantenga su tutela a los efectos de cumplimentar las finalidades alimentarias<sup>277</sup> propias del régimen; por ejemplo, para costear las mejoras del inmueble<sup>278</sup>.

En similar sentido, en caso de extinción parcial del inmueble en virtud de un daño que genere un derecho a una indemnización, es posible afirmar que la afectación subsistirá tanto con relación al inmueble originario como respecto del crédito respecto del cual se produjo la subrogación real parcial (arg. art. 2194 *in fine*, Código Civil y Comercial).

Distinto es el caso planteado por Amieva Nefa:

“...conforme el común acontecer de las cosas, quien recibe dinero por la venta de un bien inmueble afectado con tal garantía volvería a aplicar esos fondos para la adquisición de uno nuevo (...). Sin embargo, puede resultar que ello no ocurra y que el constituyente por otra vía (v. gr., herencia, mejora de fortuna, premio, entre otras) adquiera un inmueble y pretenda lograr la protección en concomitancia con aquellos fondos que obtuvo de su primigenia venta”<sup>279</sup>.

En este supuesto sí se violaría el espíritu de la ley, puesto que en definitiva el subrogado de un inmueble afectado estaría intentando convivir con una nueva afectación de otro inmueble diferente.

En síntesis: creemos que no sería reprochable que exista una multiplicidad de objetos sustitutos, siempre y cuando a través de esa vía no se alcancen afectaciones de múltiples inmuebles (arg. arts. 244 *in fine*, 248, 2194 *in fine*, Código Civil y Comercial). Si así ocurriera, se asistiría a una pluralidad de objetos temporaria

---

bien sobre el que recae la protección (inmueble, dinero, indemnización)...”.

<sup>277</sup> Véase §5.4.1.2, Capítulo V.

<sup>278</sup> El ejemplo es dado por SZMUCH, p. 74.

<sup>279</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.

en la que deberá optarse por la subsistencia de uno de esos asientos so pena de que el paso del tiempo determine que se tenga por afectado exclusivamente el que alcanzó la tutela primero en el tiempo (art. 244, Código Civil y Comercial)<sup>280</sup>.

**h) ¿Es posible afectar dinero que será utilizado para adquirir una vivienda?**

Esta alternativa fue planteada por Szmuch<sup>281</sup> y fue calificada por Zavala como una “interesante tesis”<sup>282</sup>. Resumiremos la tesitura.

En primer lugar, el autor desecha una interpretación literal del art. 244 del Código Civil y Comercial y se enmarca en “la razonabilidad y la protección constitucional” del derecho de acceso a una vivienda digna que surge del art. 14 de la Constitución Nacional. Afirma que la tutela sería “magra” si no se protegiera el presupuesto de adquisición de la vivienda; y que proteger esa suma dineraria implicaría también una protección a la vivienda en sí.

En segundo lugar, el autor refiere: “no hay razón alguna para que en tan delicada cuestión el orden de los factores altere el producto”. En efecto, dice, si en virtud de la subrogación real el régimen podría recaer sobre una suma dineraria, ¿por qué no podría iniciarse con la misma? En su criterio ello “carece de sentido racional”, puesto que no se protegería a quien se “esfuerza por ganar y ahorrar”; esta persona merecería “la misma protección” o incluso “una mayor, por estar en situación de debilidad”. En definitiva, le asigna una energía suficiente a la normativa constitucional como para “superar ese menudo escollo”.

En tercer lugar, explica que no podría negarse esta posibilidad por sostener que podría llevar a actitudes fraudulentas, por

---

<sup>280</sup> Véase §2.2.3.2.b), Capítulo III.

<sup>281</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>282</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

sustraer el dinero de la ejecución instada por los acreedores. Afirma: “el fraude todo lo corrompe y no es justo que los santos paguen las cuentas que dejan pendientes los pecadores”.

En cuarto lugar, sostiene que no tutelar a quien no tiene vivienda implicaría una discriminación que “no es señal de madurez institucional”.

Finalmente, asevera que una postura rígida al respecto desconocería la “realidad argentina”, pues –dice– se trata de un “país donde el crédito hipotecario es un espécimen de extraña aparición”, y donde el “ahorro” es generalmente el “presupuesto ineludible” para acceder a la vivienda.

Sin perjuicio de que comprendemos la finalidad protectoria de esta interpretación, creemos que el ordenamiento jurídico no ampara esa situación, aunque bien podría hacerlo en una eventual reforma legislativa.

Fundamos nuestra opinión en dos razones. Ya nos hemos pronunciado acerca de que el régimen de vivienda diagramado por el Código Civil y Comercial no busca tutelar el derecho de acceder a la vivienda, sino que protege a quien ya adquirió una vivienda con anterioridad<sup>283</sup>. De allí que la protección del derecho a acceder a la vivienda no pueda extraerse del juego de estas normas.

Por otro lado, el hecho de que un objeto pueda ser sustituto no significa que ese mismo objeto pueda ser el asiento originario de la situación jurídica respectiva. Ejemplifiquemos. Nadie duda de que la hipoteca es un derecho real que, por regla, recae sobre inmuebles (art. 2205, Código Civil y Comercial). Ahora bien, el art. 2194 del Código Civil y Comercial “posibilita” que el derecho real de garantía subsista respecto de, verbigracia, créditos indemnizatorios. ¿Ello quiere decir que, desde el inicio, esos créditos pueden ser hipotecados? La respuesta negativa es de toda evidencia, aun cuando sí sería lícito constituir sobre ellos un

---

<sup>283</sup> Véase §7.8.1, Capítulo II.

derecho real de prenda, siempre que estuvieran instrumentados (art. 2232, Código Civil y Comercial).

En síntesis: esa suerte de “proyecto” de subrogación real, consistente en afectar un dinero que posteriormente se utilizará para adquirir una vivienda efectiva, no es viable en nuestro Derecho.

### i) Sustitución mediante fondos extraños

Existen determinados factores que pueden generar que los actos de enajenación y adquisición de viviendas no sean de la manera cronológicamente esperada, por ejemplo, si fuera necesario solicitar nuevos certificados, confeccionar un plano de mensura, etcétera<sup>284</sup>.

En esa situación podría ocurrir que se empleen fondos de origen diverso —así, preexistentes en el patrimonio— para adquirir la vivienda sustituta. ¿Habría lugar a la subrogación real? Zavala entiende que sí:

“Si se produjo la debida relación en el acto escriturario de la desafectación por subrogación de la vivienda anterior con la correspondiente afectación de la nueva vivienda, es un acto que responde a las previsiones impuestas por la legislación de fondo”<sup>285</sup>.

Desde que admitimos la posibilidad de una sustitución objetiva por opción, mediante la cual se puede migrar la afectación de un inmueble a otro que obra en el mismo patrimonio, debemos arribar a similares conclusiones aquí, puesto que la situación es esencialmente idéntica.

En virtud de ese encuadramiento no coincidimos con Zavala cuando asevera que los efectos “se trasladan de manera automática” o “*ipso facto*”, puesto que creemos que en la

---

<sup>284</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>285</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

sustitución por opción es menester alumbrar un verdadero acto jurídico.

**j) La conservación de la situación jurídica no requiere mantener los mismos derechos sobre el objeto**

Son numerosas las situaciones en las que debemos admitir que la subrogación real despliega sus efectos a pesar de que muten la esencia de los derechos tutelados. Un ejemplo aclarará la cuestión.

Piénsese en un derecho real de dominio sobre un inmueble rural afectado a vivienda. Luego de esa afectación inicial se decide vender ese objeto y adquirir uno nuevo en una gran ciudad, pero esta vez se trata de una unidad funcional afectada al régimen de la propiedad horizontal.

Este objeto sustituto estará cobijado por un derecho real diferente y de menor contenido que el de dominio (arg. arts. 1941 y 2037, Código Civil y Comercial). Pero la situación jurídica de la vivienda subsistirá en igual medida.

Lo mismo sucederá, por ejemplo, si los avatares de la vida llevan a que se tenga que vender un inmueble de titularidad exclusiva (dominio, propiedad horizontal, etcétera) y adquirir uno de titularidad común (condominio, copropiedad horizontal, etcétera). La afectación originaria subsistirá también con relación al nuevo objeto, sin perjuicio de que las circunstancias que rodeen al caso determinarán la medida de la tutela.

**k) ¿Subrogación real de los frutos de la vivienda?**

El art. 251 del Código Civil y Comercial deja exentos de la agresión de los acreedores a los frutos que produce un inmueble afectado cuando aquellos sean “indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios”.

Evidentemente la norma al referir a los frutos apunta a los ya “percibidos”, puesto que es sabido que ellos son los que una vez separados de la cosa son objeto de una nueva relación real. Es que los frutos pendientes o bien “forman un todo con la cosa”, como los frutos naturales y los industriales (art. 233, Código Civil y Comercial), o “son sus accesorios” como los frutos civiles (art. 230, Código Civil y Comercial).

La norma hubiera sido francamente innecesaria si el legislador hubiese querido ceñirse tan solo a los frutos “pendientes”, o sea los no percibidos por no haber sido separados (naturales, industriales) o que se han devengado pero aún no han sido cobrados (civiles), según la feliz terminología utilizada por el art. 1934 en seguimiento del art. 1876 del Proyecto de 1998. Es que la cosa inmueble de la cual los frutos son “parte” o son sus accesorios” contagiaría a éstos el régimen jurídico de aquella (arg. arts. 226, 230, 233, 1945).

Es preciso admitir que también los objetos que sustituyan a los frutos participan de aquellas cualidades, siempre y cuando ostenten la nota de la indispensabilidad para los beneficiarios, según lo requiere el art 251.

Piénsese en un titular de una vivienda afectada que ejercita una destinación mixta consistente en habitar allí y también cultivar la tierra con fines alimentarios. Si los frutos generados por el inmueble (indispensables para el beneficiario) están protegidos, también habrá de estarlo —por subrogación real— el dinero proveniente de su enajenación (también indispensable). Es lógico que así sea, puesto que de otra manera se condenaría a tener que acopiar la cosecha para el consumo directo por el agricultor, cuando la venta en el mercado podría ser más beneficiosa para su situación.

**1) ¿Está protegido el remanente de una ejecución permitida?**

Durante la vigencia de la ley 14.394 se discutió arduamente sobre cuál era la situación del inmueble afectado a vivienda cuando el deudor ingresaba en estado de falencia. Dos situaciones no eran dudosas:

Si todos los acreedores del concurso tenían títulos anteriores a la afectación no era discutible que el inmueble integraba la masa sobre la cual estos verían satisfechos sus créditos; por otro lado, si todos los acreedores tenían títulos posteriores a la afectación, era evidente que el inmueble quedaba exento del concurso. Pero la realidad manifestó casos más complejos, en donde había acreedores con títulos anteriores y otros con títulos posteriores a la afectación; e incluso ciertos acreedores a los cuales la afectación les es verdaderamente inoponible por distintos motivos.

De allí que se hayan esbozado diferentes teorías para solucionar el conflicto interpretativo. Las agruparemos en dos grandes grupos<sup>286</sup>: 1) las teorías de la igualdad entre los acreedores; y 2) las teorías de la discriminación crediticia.

Las teorías de la igualdad tuvieron dos vertientes muy marcadas. La primera sostuvo que en virtud de que en el ámbito concursal rige el principio del *pars conditio creditorum*, no era razonable que ciertos acreedores del concurso se vieran beneficiados por la liquidación de un inmueble para la satisfacción de sus créditos y que no lo hagan los restantes acreedores del concurso. De allí que sus seguidores propiciaran que instada la ejecución del valor subyacente en el inmueble por tan solo un acreedor al cual la afectación le resulte inoponible, ello beneficiaría a toda la masa del concurso<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Véase un análisis diferente de las diversas posturas en DI LELLA, Nicolás J., “Afectación de la vivienda y quiebra del constituyente ante la nueva regulación civil y comercial”, LA LEY 2016-D, 709.

<sup>287</sup> Ese fue el criterio seguido por autores tales como Bouzat, Cámara y Maffía, como también por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en Kloster, Luis L., s/ conc. prev., el 09/05/1995.



Llamativamente el mismo principio del *pars conditio creditorum* pudo ser invocado para sostener la tesitura adversa. La igualdad que debe primar en el concurso derivaría en que ninguno de los acreedores pueda instar la ejecución, conclusión a la que se llegaría a través de jerarquizar los valores alimentarios que son tutelados mediante la vivienda frente a los que buscaría proteger el concurso.

Las teorías que denominamos como de la discriminación crediticia propugnaron distinguir adecuadamente los distintos créditos involucrados para resolver la cuestión, aunque esa distinción llegó a resultados diferentes.

Una primera vertiente adujo una preferencia temporal en cabeza de los acreedores de “causa anterior” a la afectación. Ellos cobrarían sus créditos con el resultado de la liquidación del inmueble. Si existiera un remanente, este podría ser atacado por el resto de los acreedores *a prorrata*.

La otra variante sostuvo una suerte de “separación de masas”<sup>288</sup>. De allí que los acreedores de causa anterior a la afectación serían los únicos que se cobrarían con el inmueble; el remanente debía ser entregado a su “propietario” y los acreedores de causa posterior no podrían beneficiarse con él.

Asignar el remanente a quien fuera titular del inmueble es lo que mejor se corresponde con los principios en juego y es lo que más se adecua a la idea de la subrogación real: se conserva la situación antecedente de la mayor manera posible. Quien no tenía derecho a instar la ejecución del inmueble no podría verse beneficiado por la venta de ese objeto. La justicia y la seguridad imponen que se mantengan las situaciones antecedentes tal como estaban. Solo los legitimados para instar la ejecución podrían cobrarse sobre el producido; los restantes acreedores no. De allí que sea una natural derivación que la suma sobrante le sea

---

<sup>288</sup> Se encontraron en esta postura autores tales como Kemelmajer de Carlucci y Guastavino.

entregada a su titular, pues sobre ella continúa plenamente la afectación en virtud del juego armónico de la subrogación real.

En el art. 239 del Proyecto de 1998 se previó: “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”. Posteriormente, las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005 declararon:

“Es conveniente que en una futura reforma legislativa se establezca expresamente que, en caso de quiebra, realizada la venta forzosa del inmueble afectado a bien de familia, se disponga que el remanente, luego de satisfechos los créditos verificados respecto de los cuales el sistema es inoponible, sea entregado al fallido para satisfacer su necesidad de vivienda”.

Finalmente, el art. 249 del Código Civil y Comercial, última parte, quedó redactado de la siguiente manera: “Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”.

O sea que si procediera la ejecución y el inmueble se subastara, al constituyente de la afectación le corresponderá el eventual remanente. No hay duda que la propiedad del inmueble ha sido subrogada por la propiedad del remanente y por esa razón el producido restante también es propiedad del otrora titular del inmueble. Pero también continúa la tutela de la “vivienda” con

relación a ese remanente<sup>289</sup>; de allí que no se trate de una mera “separación de masas”,

Esa es la inspiración del art. 249 cuando afirma que el remanente “se entrega al propietario del inmueble”. Máxime que la misma norma aclara que quienes no tienen derecho a requerir la ejecución respecto del inmueble tampoco lo tienen sobre los objetos sustitutos y con mayor razón tampoco lo tendrán respecto del remanente de los objetos sustitutos<sup>290</sup>.

La norma merece ser analizada con precisión, pues el deber de entregar el remanente al “propietario del inmueble” puede ser entendido desviadamente. En rigor, el remanente debe entregarse al propietario que sufrió la ejecución de su inmueble<sup>291</sup>; es que luego de la subasta, satisfechos los requisitos legales, la titularidad del inmueble habrá migrado hacia un nuevo adquirente.

Tobías señala la ausencia de un deber específico de reemplazo:

“Es de señalar, no obstante, que el artículo no recoge la mencionada propuesta de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el

---

<sup>289</sup> Dice Tobías: “...el sobrante dinerario queda comprendido dentro de la tutela específica que otorga el régimen, y no puede ser agredido por la acción de los acreedores a los cuales les es oponible la inscripción” (TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo II, p. 135).

<sup>290</sup> Según DE GARAY LANÚS, p. 84: “...en caso de que exista un remanente cuando el bien fuere subastado (...) el mismo se entrega al propietario del bien y no puede ser atacado por aquellos acreedores. En caso de que se decreta el concurso o quiebra del constituyente, el ordenamiento brinda una respuesta categórica y sostiene que la imposibilidad de ejecución subsiste incluso en este caso...”.

<sup>291</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss., refiere que el remanente, por efecto de la subrogación real, “queda en cabeza del ejecutado”; SZMUCH, pp. 74 y ss., dice que el mismo se entrega “a quien era propietario del bien rematado” y “no al actual”. También ZAVALA, pp. 37 y ss., destacó el error de mentar al “propietario del inmueble, “ya que al subastárselo habrá perdido el carácter de propietario”.

sentido que el remanente deba ser entregado al fallido con el específico destino de ‘satisfacer su necesidad de vivienda’<sup>292</sup>.

Sin embargo, remitimos al lector al §7.8.2 del Capítulo II y al §5.4.1.2.c) del presente Capítulo, en donde analizamos las implicancias de la finalidad de la tutela respecto del objeto sustituto: el mismo ha de aplicarse a la satisfacción de las necesidades de los beneficiarios.

### **m) Beneficios tributarios**

Para Szmuch el art. 252 del Código Civil y Comercial debe ser aplicado analógicamente para brindar sus beneficios, también, cuando no estemos ya frente a una vivienda *stricto sensu*, sino a una suma dineraria afectada por subrogación. Leemos:

“...el depósito, la transferencia, la extracción, etc. de la suma afectada deberían estar exentos de impuestos cuando se acreditare que la operación se efectuó bajo el RV (p. ej., para pagarle al vendedor el precio de compra o parte)”<sup>293</sup>.

Póngase atención en el art. 252: “*Créditos fiscales*. La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246, y no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión. Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas”.

La primera parte de la norma no nos genera dudas. La subrogación real conserva toda la situación jurídica; de allí que debe admitirse que se mantenga la exención tributaria respecto de esas transmisiones gratuitas por causa de muerte, cualquiera sea el objeto sustituto.

---

<sup>292</sup> TOBIAS, José W. en ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo II, p. 139.

<sup>293</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

Los demás ejemplos dados por el autor (depósito, transferencia, extracción) con relación a la suma dineraria afectada por subrogación que se destinará a solventar la compra de una nueva vivienda deberían estar subsumidos, sin mayores esfuerzos, en la última frase de la norma, que exime de tributos a los “actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación”.

#### **5.4.1.3. Subrogación real de la vivienda: eficacia**

##### **a) *Quid* de los problemas probatorios y publicitarios**

En el curso de la cadena de subrogaciones pueden presentarse diversos inconvenientes en torno a la oponibilidad de la situación jurídica por defectos probatorios o publicitarios. Es que nuestro sistema registral de “folio real” individualiza a los inmuebles y no a otros posibles objetos sustitutos como el dinero.

Se han levantado diversas propuestas tendientes a evitar este problema: 1) dotar a la subrogación de publicidad registral; 2) procurar la intervención de agentes financieros; 3) realizar una individualización notarial.

La primera de las variables podría generar efectos disvaliosos frente a las muy posibles inexactitudes registrales. Además, sería factible pensar que se requeriría de una normativa federal al efecto, pues supondría un renovado requisito para la oponibilidad de la subrogación real que está ausente en la regulación del Código Civil y Comercial.

Para Szmuch la intervención del Registro de la Propiedad Inmueble podría cuestionarse cuando el objeto afectado no sea un inmueble, razón por la cual estima que cada territorio autónomo debería dictar un reglamento a los efectos de que la publicidad de la subrogación se lleve a través del Registro de Anotaciones Personales, ordenado por el nombre del propietario. Entiende que la implementación de este sistema responde a la necesidad

práctica de brindar seguridad jurídica<sup>294</sup>. Aprecia que el folio real es inepto para publicitar la subrogación cuando el régimen de vivienda llegue a recaer sobre sumas de dinero o créditos esto, dado que la “trazabilidad del bien afectado se pierde”; ello sin perjuicio de una eventual permuta inmobiliaria. En su criterio, en síntesis, la “única manera de seguirle la huella” a los diversos objetos y alcanzar “una cobertura permanente” es a través de la implementación de un folio especial de carácter personal en donde figure un encadenamiento perfecto con las respectivas causas-fuentes<sup>295</sup>.

En cambio, Amieva Nefa sostiene:

“...resultaría conveniente que la publicidad se efectúe mediante el Banco Central de la República Argentina, en aras a lograr unicidad en la información...”<sup>296</sup>.

Recordemos que la oponibilidad de la subrogación real depende en buena medida de la que denominamos “regla del paralelismo publicitario”<sup>297</sup>. Si para publicitar la constitución de la vivienda el ordenamiento jurídico impuso la carga de la registración, también debe acceder al registro la modificación de su asiento. Pero recordemos que ello es así siempre que la situación jurídica, en virtud de la naturaleza del objeto sustituto, pueda exteriorizarse a través del mismo mecanismo publicitario que se precisó en momentos de la adquisición.

Entonces: si el objeto sustituto es directamente un inmueble, la cuestión es sencilla. En contraste, si antes de llegar al inmueble, el objeto sustituto está integrado por dinero, en estado de débito o aun cobrado, las dificultades aparecen.

---

<sup>294</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>295</sup> Ídem.

<sup>296</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.

<sup>297</sup> Véase §4.4.3.3, Capítulo III.

Aquí debe tenerse presente que existen diversos medios de publicidad que podrán alcanzar la oponibilidad a los terceros interesados y de buena fe. Así, en el instrumento en el cual conste, verbigracia, la compraventa, podrá vislumbrarse la subrogación al precio. No se olvide que la subrogación en la mayoría de los casos es automática, de pleno derecho. En estos supuestos con tal de que resulte oponible el acto que provoca la sustitución, también lo será la sustitución misma.

Sabene explica la dinámica registral de la afectación a vivienda respecto al nuevo inmueble:

“La transmisión del régimen al nuevo objeto adquirido —con o sin simultaneidad— requiere publicitar adecuadamente el gravamen en su matrícula registral (...). En la escritura pública continente del acto jurídico en virtud del cual se ha adquirido el segundo inmueble, el adquirente manifestará su voluntad de transmitir el régimen proveniente del inmueble anterior o de la suma de dinero invertida (...). Del mismo modo, deberá rogarse expresamente la inscripción de la afectación por subrogación, que se practicará en el rubro de gravámenes en la matrícula del inmueble adquirido. El asiento registral de afectación por subrogación debe dejar constancia de esta última, con recomendable mención del art. 248, Cód. Civ. Y Com., referencia que en general los Registros de la Propiedad Inmueble consignan en estos asientos. Deberá dejarse constancia del número de presentación, fecha e inscripción de la afectación originaria, toda vez que es la que marca el alcance de la retroactividad...”<sup>298</sup>.

La segunda de las alternativas tiene alguna recepción en el Derecho uruguayo, pues ese ordenamiento —en los arts. 10 y 12 de la ley 15.597— prevé que el precio o la suma abonada por un siniestro o expropiación deberá depositarse en el Banco Hipotecario del Uruguay.

Algunos autores sugirieron que respecto a los fondos recibidos como objeto sustituto “podría resultar de utilidad” que se constituya un plazo fijo al efecto, cuyos costos serían análogos a las

---

<sup>298</sup> SABENE, pp. 276-277.

tributaciones que recaen sobre el inmueble<sup>299</sup>. Amieva Nefa entiende que en los casos de subrogación al precio:

“...más allá de lo que se precise en materia de publicidad, estimamos que la autoridad de aplicación debería ser el Banco Hipotecario Nacional (...) toda vez que el mismo tiene por objeto primordial contribuir a la satisfacción de las necesidades del país en materia de vivienda, edificación y desarrollo urbano (cfr. art. 3, Ley 22.232) (...). En tal entendimiento, ante dicha entidad deberá depositarse el monto recibido como contraprestación de la venta a los efectos de constituir un plazo fijo (...). Por su parte, será el Banco Hipotecario quien preservará, hasta el momento de su reinversión, la protección de ese monto y como tal será la encargada de dar curso al régimen de publicidad...”<sup>300</sup>.

Szmuch también cree conveniente el depósito en una entidad financiera:

“A efectos de evitar la confusión de la suma afectada (...) con otros fondos de titularidad del propietario, es conveniente depositarla en una cuenta especial abierta a tal efecto por el propietario...”<sup>301</sup>.

Para Sabene, si bien la norma “no exige la bancarización” para que opere la subrogación, ello sería el “camino genéricamente aconsejable”:

“Ello requiere consagrar una sólida reglamentación bancaria a fin de identificar cuentas cuyo dinero resulte proveniente de subrogaciones (...), pues de lo contrario, a requerimiento judicial, se remitirán los fondos y la protección se habrá desvanecido”<sup>302</sup>.

Ello podría, en su criterio, ser evitado si “la entidad bancaria categoriza a la cuenta identificando su dinero por este origen”; a

---

<sup>299</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.

<sup>300</sup> AMIEVA NEFA, pp. 95 y ss.

<sup>301</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>302</sup> SABENE, p. 272.



ese camino podría llegarse mediante la “presentación del testimonio o copia certificada de la escritura pública” respectiva.

La tercera posibilidad, o sea la de individualizar notarialmente a la subrogación, es en nuestra opinión la tesitura más consistente. De esta manera, podrían rastrearse fácilmente los fondos hasta arribar a la reinversión en un inmueble. Se ejemplifica en este sentido:

“Por ejemplo, dejar constancia en la escritura de venta —o en un acta notarial— que con el precio percibido se constituye un plazo fijo (detallando los elementos individualizantes) y que al momento de su reinversión se lo referencie con precisión...”<sup>303</sup>.

Nosotros consideramos que ello es viable y que cuenta con suficiente respaldo normativo. Creemos que ello puede realizarse “*a priori*” o “*a posteriori*” del evento sustitutivo, como una manifestación en la escritura pública de compraventa o bien mediante su constatación por acta notarial, dada la naturaleza fáctica de la subrogación real<sup>304</sup>.

#### **b) Reserva de subrogación**

Herrero de Pratesi explica que la generalidad de las opiniones se encuentran en un mismo sentido: no es necesario realizar ninguna manifestación en los actos jurídicos que anteceden a la sustitución. Ello porque la normativa no lo impone y excedería a la competencia registral hacerlo. La “reserva”, de existir, no sería registrable. Los conflictos entre acreedor y afectante, entiende, deberían ser dirimidos exclusivamente en el ámbito jurisdiccional,

---

<sup>303</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>304</sup> Véase §1.3.1, Capítulo III.

a los efectos de la prueba del “regular y legítimo derecho de la subrogación que la ley permite”<sup>305</sup>.

Zavala coincide en que el “marco normativo” no impone que en el “acto dispositivo” se deba efectuar alguna “reserva informativa”, pero entiende que en definitiva será una cuestión derivada al “resguardo y asesoramiento profesional”, el cual aconsejará dejar expresada la voluntad de subrogar con la finalidad de conservar la tutela, para luego “encadenarla” con el “acto adquisitivo”. Entiende que ciertos registros han excedido sus atribuciones al imponer estos requisitos formales que ponen en riesgo la protección<sup>306</sup>.

Por su parte, Szmuch piensa que sería necesario que, para que el registro tome razón de la subrogación al nuevo inmueble, la sustitución conste “expresamente en los documentos que se presenten a registro”, en razón de lo previsto por el art. 3° inc. c) de la Ley 17.801, aunque su ausencia no borraría la tutela, puesto que la voluntad de renunciar no es presumida y debe interpretarse restrictivamente (art. 948, Código Civil y Comercial). La falta de reserva únicamente obstaría a la registración<sup>307</sup>.

En similar sentido, Sabene sostiene que lo que se presume respecto del régimen es la “voluntad de mantenerlo y trasladarlo al nuevo objeto”, sin perjuicio de que sea menester un “reflejo escriturario”, pero a sus “efectos correspondientes”<sup>308</sup>.

Las Disposiciones Técnico Registrales de las distintas jurisdicciones tienen soluciones disímiles. Mientras en la Capital Federal no se exige, sí se lo hace, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires.

---

<sup>305</sup> HERRERO DE PRATESI, María Cecilia, “Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial”, Revista del Notariado N° 924 (abril-junio 2016).

<sup>306</sup> ZAVALA, pp. 37 y ss.

<sup>307</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

<sup>308</sup> SABENE, p. 273.

### **c) Armonización de la “desafectación” del inmueble con la subrogación real**

Se ha sostenido que debe distinguirse la “desafectación del régimen” de la “desafectación del inmueble”<sup>309</sup>. En el primer supuesto, el régimen se extinguiría; en el segundo, subsistiría aunque con relación a otro objeto y desvinculado del inmueble otrora afectado.

Notamos cierto paralelismo con lo que la doctrina teorizó como extinciones “absolutas” o “relativas”. Ellas generalmente fueron estudiadas desde el plano del sujeto: la extinción absoluta haría fenecer la situación jurídica respecto de toda persona (así, la destrucción total de la cosa sobre la que se tiene un derecho real de dominio); la relativa, solo respecto de determinadas personas (por ejemplo, en la venta el dominio se extingue para el vendedor, pero subsiste en cabeza del comprador).

Ello puede trasladarse sin esfuerzos al plano “objetivo”: la extinción absoluta (“desafectación del régimen”) fenece la situación jurídica de tutela; la extinción relativa (“desafectación del inmueble”) finaliza la tutela respecto de tal o cual objeto, aunque subsistirá con relación a otro.

Ambas clases de extinción de corte relativo, tanto la subjetiva como la objetiva, implican sustituciones. La primera es una sustitución personal; la segunda es una subrogación real.

#### **5.4.1.4. *Quid* de la ampliación objetiva**

Una temática no regulada específicamente, pero cuya solución puede extraerse sin dificultad a través del análisis, es la de la denominada “ampliación objetiva” y sus conexiones con la subrogación real.

---

<sup>309</sup> SABENE, p. 274.

La mentada ampliación implicaría una modificación no sustitutiva<sup>310</sup> y por lo tanto alejada de la idea de subrogación real. En efecto, piénsese en una vivienda cuyo valor es de \$110.000. Podría ocurrir que se vendiera ese inmueble para adquirir otro, pero cuyo valor es de \$200.000. Como ya sabemos, la subrogación tutelar la vivienda solo hasta el valor del inmueble primigenio, o sea hasta \$110.000. ¿Qué pasará con los \$90.000 restantes? Estarán exentos de protección a través de la subrogación, pero podrán ser objeto de una suerte de amplificación de la afectación: la ampliación objetiva.

La cuestión no es menor: podrían existir acreedores posteriores a la afectación originaria, pero anteriores a la subrogación, a los cuales la ampliación les será inoponible<sup>311</sup>. Para Szmuch la ampliación objetiva funciona como una nueva constitución por el valor respectivo, que será inoponible a los denominados acreedores intermedios<sup>312</sup>.

#### 5.4.1.5. Subrogación real de la vivienda: prospectiva

##### a) Pretendida reforma al art. 248

La Comisión designada por el decreto 182/2018 tendiente a proponer reformas del Código Civil y Comercial proyectó una modificación del art. 248 del Código Civil y Comercial:

“*Subrogación real.* La afectación de la vivienda puede transmitirse:  
a) a otra que ya pertenezca al constituyente. b) a otra que adquiera en sustitución de la afectada. c) a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización. d) a los importes que la sustituyen en concepto de precio, cuando se deje constancia en la escritura traslativa

---

<sup>310</sup> Véase §8.1.2, Capítulo III.

<sup>311</sup> Para ciertos autores, la solución se encuentra en la aplicación del instituto que veda el abuso del derecho. Los acreedores “intermedios” no podrían ver conculcados o obstaculizados en su derecho constitucional de propiedad (DE GARAY LANÚS, p. 100).

<sup>312</sup> SZMUCH, pp. 74 y ss.

del dominio que la enajenación se realiza con el fin de proceder a la subrogación real prevista en esta norma. En los casos previstos por los incisos c) y d), el titular debe reinvertir el importe en la adquisición y afectación al régimen de vivienda de un nuevo inmueble en el plazo de caducidad de un año”.

### **b) Nuestra propuesta**

“*Subrogación real.* La afectación subsiste de pleno derecho respecto del objeto que sustituye a la vivienda, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real”.

La norma que proponemos tiene la virtud de adecuarse a la redacción utilizada por el legislador en otros supuestos de subrogación real, como en los derechos reales de garantía y en los privilegios. Además, la alusión a “cualquier otro concepto” puede superar las discusiones que se han generado en torno a si es necesaria una nueva adquisición para la subrogación real de vivienda, o bien es posible que la afectación migre su sede a un objeto ya existente en el patrimonio del constituyente.

No aludimos a los “importes” por razones similares a las expresadas en el Capítulo I. Tampoco nos pareció necesario imponer un plazo de caducidad, por lo expuesto en el Capítulo III cuando hicimos tema con la característica de la “perdurabilidad” del efecto subrogatorio. En el mismo Capítulo nos ocupamos de la “inmediatez” del efecto subrogatorio y de allí que en nuestra propuesta aclaremos que la afectación subsiste por regla de “pleno derecho”, salvo –claro está– que sea imprescindible una manifestación de la voluntad al efecto.

#### **5.4.2. Afectación a vivienda familiar**

Las normas de los arts. 456 y 522 del Código Civil y Comercial juegan de una manera esencialmente similar al régimen de vivienda general del cual nos ocupamos. Estos artículos impiden “disponer de los derechos sobre la vivienda familiar” o de los

“muebles indispensables de esta” sin el debido asentimiento del cónyuge o conviviente, respectivamente; tal disposición sería nula. La vivienda familiar tampoco puede ser ejecutada a instancias de los acreedores, salvo si la deuda fue contraída por ambos integrantes de la relación familiar o bien hubo asentimiento.

No tenemos duda acerca de que las mismas razones que habilitan la subrogación real en el régimen general de la vivienda también lo hacen respecto de esos regímenes tutelares especiales. Es decir, que los límites a la disposición jurídica –voluntaria o forzada– previstos por los arts. 456 y 522 también subsisten con relación a los objetos sustitutos. El principio de conservación lo impone. Como también lo hace una elemental aplicación analógica de las reglas previstas para el régimen general de la vivienda.

Se ha dicho, al hacer tema con la vivienda de las uniones convivenciales, que la subrogación real no sería necesaria, dado que la protección opera de “pleno derecho” y “sigue al asiento del grupo familiar” sin quedar “enclavada” en un objeto particular<sup>313</sup>.

Advertimos que la subrogación real no pierde importancia ni dista de ser necesaria. Piénsese en un inmueble asegurado que se incendia. Sin la subrogación real la indemnización, debida o cobrada, sería atacable por los acreedores<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> GALLI FIANT, María Magdalena, “La protección de la vivienda frente al aislamiento social, preventivo y obligatorio”, LA LEY 2020-B, 568; GALLI FIANT, María Magdalena, “Protección de la vivienda familiar en el matrimonio y en la unión convivencial”, DFyP 2019 (mayo), 26.

<sup>314</sup> Conforme con la idea que propugnamos acerca de la aplicación analógica de las disposiciones del régimen de vivienda general: GÓMEZ, Julio L., “Vivienda Familiar y Dignidad. Una cuestión controvertible en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2018 [septiembre]. El autor asevera que también opera aquí la subrogación real al precio o a la indemnización para evitar injusticias.

### 5.4.3. Cláusulas de indisponibilidad

El art. 1972 del Código Civil y Comercial regula a las que califica como cláusulas de “inenajenabilidad”, vocablo inexistente en la lengua castellana y de dificultosa dicción. Preferimos entonces denominar a esas cláusulas como de “indisponibilidad” pues lo que está comprometido en ellas es la disposición jurídica característica de un derecho real sobre objeto propio.

Las cláusulas consisten en un verdadero límite del derecho real, consistente en impedir la transmisión del mismo o la constitución de nuevos derechos reales sobre el objeto. Solamente son válidas, de tratarse de actos a título oneroso, si se refieren a “personas determinadas”. De enfrentarnos a actos a título gratuito también son válidas las referidas a “personas indeterminadas”, siempre que su plazo de duración no exceda de los diez años.

¿Aplica la subrogación real aquí? Creemos que sí. Por ejemplo, si el Estado expropiara el objeto al que se refiere la cláusula, la indisponibilidad pasará a afectar al objeto sustituto: la indemnización debida.

Pero la cuestión dependerá, en buena medida, de las circunstancias del caso. Adviértase que en supuestos en que la cláusula sea *intuitu rei*, esto es, referida específicamente al objeto y en virtud de sus cualidades, no podrá jugar subrogación real alguna.

Si lo que se quiere impedir con la cláusula es la disposición del valor subyacente en el objeto, hay lugar para la subrogación. En cambio, si lo que se procura es impedir la enajenación de ese objeto como tal, por ejemplo por tener grandes aptitudes para determinada industria potencialmente competitiva, la subrogación real no tendría sentido. No habría una situación jurídica digna de ser conservada.

Nuestra postura acerca de que es viable la subrogación real respecto de las cláusulas de indisponibilidad tiene respaldo normativo en el Código Civil de Brasil (arts. 1848 y 1911) para las

indisponibilidades impuestas en los testamentos y en general para los actos a título gratuito.

## 6. EN OTRAS SITUACIONES JURÍDICAS

### 6.1. Capacidad de la persona

El art. 28 del Código Civil y Comercial, en su inc. b), prevé una norma en la que se discriminan los bienes que la persona emancipada adquirió a título gratuito para imponerle una suerte de restricción a su capacidad jurídica consistente en que no puede, ni con autorización judicial, hacer donación de esa clase de objetos.

Llambías, al comentar la norma equivalente del régimen abrogado, dijo:

“Una cuestión ardua habrá de plantearse cuando se trate de bienes obtenidos por el emancipado a título oneroso, mediante la entrega de fondos provenientes de la realización de bienes obtenidos gratuitamente, v. gr., si hereda de un pariente unas acciones a las que enajena para comprar un automóvil, ¿podrá donar el vehículo? Aunque la letra del inc. 2 del nuevo art. 134 autorice al acto, creemos que el principio de subrogación real lo impide y que es ésta la solución que corresponde interpretar”<sup>315</sup>.

Creemos que lo dicho puede generalizarse, en buena medida, a situaciones similares en las que una persona vea limitada su capacidad respecto de determinados objetos. El art. 2432 del Código Civil y Comercial en lo pertinente reza: “en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni esta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción (...). En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen”.

---

<sup>315</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, §668 bis, p. 469 en nota 81 bis.



Si el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de origen un automóvil clásico y decidiera venderlo en virtud de una gran oportunidad económica, para luego adquirir una unidad funcional en un inmueble, ¿los adoptantes podrán heredar ese objeto? La lógica es la misma: la subrogación real lo impediría.

## **6.2. Acciones de fraude y de simulación**

El acreedor perjudicado por los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos queda habilitado a solicitar la declaración de la inoponibilidad de esos actos (art. 338, Código Civil y Comercial). La acción –y su correspondiente declaración– tiene ciertos efectos frente a terceros, pero no afecta a los subadquirentes de buena fe y título oneroso (arg. art. 340, Código Civil y Comercial).

Es obvio que todo aquel que intervino de mala fe en la cadena deba responder por los daños causados por su inconducta al acreedor-accionante y entre ellos están los derivados de la imposibilidad de cumplimiento de la restitución.

Pero la casuística muestra realidades distintas y de posible concreción que deben merecer la atención. Relata Llambías, respecto del régimen abrogado:

“...supóngase que A, deudor insolvente, dona a B un inmueble siendo el donatario ignorante de la insolvencia del donante. Luego B vende el inmueble a un tercero de buena fe, C. La acción revocatoria que sería procedente contra B ya no lo es contra C. (...) siendo la donación inoponible al acreedor, frente a éste no puede B ostentar un título legítimo para conservar el precio del inmueble. Por otra parte, si B hubiese conservado el inmueble habría debido soportar la ejecución del mismo por parte del acreedor. Lógico es entonces, por una suerte de subrogación real, que el precio percibido sea destinado a satisfacer

el crédito del acreedor desde que la acción de éste es viable contra B”<sup>316</sup>.

Fundó esa solución, que califica de subrogación real, en el principio que veda el enriquecimiento sin causa. Es la tesis que finalmente hizo suya el art. 340 *in fine* del Código Civil y Comercial: “El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento”.

Ese mismo mensaje fue adoptado en materia de acción de simulación en el art. 337 *in fine*, con la particularidad de que esta acción no persigue la declaración de inoponibilidad sino directamente su nulidad (art. 336, Código Civil y Comercial).

### 6.3. Decomiso y la llamada extinción de dominio

Tanto el art. 23 del Código Penal como el art. 5° del Anexo I al decreto 62/2019 utilizan a la subrogación real para establecer el alcance objetivo de las acciones estatales.

El primero de esos cuerpos normativos dice que el decomiso recaerá sobre las “cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”.

Por su parte, el referido Anexo I al decreto que regla la erróneamente denominada extinción de dominio<sup>317</sup>, dispone que la acción estatal procederá respecto de los objetos susceptibles de valoración económica que presuntamente provengan de ciertos delitos (art. 6°), como también de la “transformación o conversión parcial o total, física o jurídica” de ellos (art. 5°, inc. b)), como de sus “ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de todos ellos” (art. 5°, inc. c)).

---

<sup>316</sup> LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo II, §1861, pp. 490 y 491.

<sup>317</sup> Por lo pronto, la mentada “extinción” se dirige a todo “derecho” subjetivo patrimonial, tal como lo aclaran los arts. 4 y 5 en su inc. a), y no solamente al derecho real de dominio.

Las alusiones al “producto”, “transformación” y “conversión” son claramente indicativas de que las acciones del Estado proceden no solo contra los objetos originarios, sino también contra los sustitutos.

Se explica:

“La pena se limita al decomiso de *los instrumentos del delito* y al *de los efectos provenientes del mismo*. Los primeros son los que el autor utilizó *dolosamente* para cometer el delito. *Efectos* del delito son cualquier mercancía (...) obtenida mediante el injusto, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (...), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor”<sup>318</sup>.

Nuevamente, el valor del objeto sustituido determina el alcance de la subrogación real. En virtud de esas consideraciones, por ejemplo, el decomiso de un inmueble se concretará únicamente respecto de la parte efectivamente pagada con dinero de origen espurio, o sea que la medida penal únicamente podrá proyectarse en la medida de una alícuota.

La falta de inherencia de la posible medida penal a un objeto determinado sumada a la subrogación real asegura todos los intereses en juego. Por un lado, se protege a terceros, puesto que esa medida no puede afectar a quienes no tuvieron ningún grado de participación en el ilícito sancionado. Con esa mirada, se dice:

“...no caen en el decomiso los instrumentos y efectos pertenecientes a un tercero no responsable penalmente por el delito, pues se trata de una pena para los condenados como intervinientes en el delito,

---

<sup>318</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2º edición, Ediar, 2012, §285, P. 738

cualquiera que sea la especie de esa participación, que recaer sobre los objetos que les pertenecen”<sup>319</sup>.

Efectivamente, de acuerdo con el art. 23 del Código Penal el decomiso no puede afectar “los derechos de restitución o indemnización (...) de terceros”, a menos que: a) que las cosas sean peligrosas para la seguridad común (2º párr. del art. 23); o b) que se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito (4º párr. del art. 23). A su vez, el último párrafo del art. 30 de la ley 23.737 establece que “se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acreditaran que no podía conocer tal empleo ilícito...”.

Por otro lado, se tutela el interés del Estado, ya que la mera modificación objetiva patrimonial no vuelve a la potestad estatal en una entelequia ineficaz.

#### **6.4. En la tipificación de conductas punibles. Delitos contra el orden económico y financiero**

El art. 303 del Código Penal utiliza a la noción de la subrogación real para tipificar a una conducta punible por actos contra el orden económico y financiero. Leemos, en lo que nos interesa: “Será reprimido (...) el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito...”.

La mención a los “bienes originarios o los subrogantes” apunta —en nuestro esquema— a los objetos sustituidos y a los sustitutos, respectivamente.

---

<sup>319</sup> Véase D’ALESSIO, Andrés J. (Director), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I, pp. 230-231.

## CONCLUSIONES

### CONCLUSIÓN FINAL

La subrogación real se funda en el principio de conservación de las situaciones jurídicas, y, por su intermedio, es posible estructurar una teoría general que explique de manera orgánica el instituto y expanda su operatividad a escenarios que no fueron abordados específicamente por el plexo legal.

### CAPÍTULO I - BASES DE LA SUBROGACIÓN REAL

**§1.-** La subrogación real está anclada en la realidad, tanto desde el plano económico, como desde el estrictamente jurídico, en atención a su fundamento.

**§2.-** La naturaleza jurídica de la subrogación real es siempre la de un hecho jurídico, que en ocasiones podrá ascender a las categorías de simple acto lícito y de acto jurídico, según los casos.

**§3.-** No debe restringirse la órbita de aplicación de la subrogación real, sino que ella debe extenderse a toda situación jurídica que califique como conservable, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

**§4.-** Para que opere la subrogación real es necesario que se satisfaga un presupuesto, y requisitos positivos y negativo.

**§5.-** Es presupuesto de la subrogación real la existencia de una “situación jurídica conservable”, que tiene tres exigencias ínsitas:

a) no debe violentar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico; b) debe responder a un interés digno de tutela; y c) debe admitir un objeto distinto.

**§6.-** Los requisitos se clasifican en positivos y negativo, según si el supuesto de hecho deba suceder o no hacerlo para configurarlos.

Es requisito positivo sustantivo la sustitución objetiva; son requisitos positivos adjetivos la relación de causalidad subyacente y la continuidad personal; es requisito negativo que no sea descartada por la ley.

**§7.-** Las sustituciones que cumplen con los requisitos positivos sustantivo y adjetivos son las que denominamos como “potestativa”, “forzada” y “mixta”. La sustitución es potestativa cuando resulta de la voluntad del titular de la situación jurídica que se conserva; es forzada cuando la voluntad del titular de la situación jurídica es irrelevante; y es mixta cuando toma elementos de una y otra sustitución.

**§8.-** Es objetable la clasificación de la subrogación real en “imperfecta o perfecta”, por cuanto la subrogación real nunca supone una extinción y correlativa adquisición (subrogación real imperfecta), sino que en todos los casos significa la modificación de una situación jurídica (subrogación real perfecta).

**§9.-** Tampoco es admisible categorizar a la subrogación real en “general o especial”, según si media atracción del objeto sustituto a la universalidad a la que pertenecía el sustituido (subrogación general) o consistiera en la conservación de cualidades particulares (subrogación especial), ya que en todas las hipótesis se produce la atracción a la universalidad involucrada.

**§10.-** Clasificamos a la subrogación en “total o parcial”, en función de si lo que egresa y lo que ingresa son de magnitudes equivalentes o disímiles; en “dispuesta o propuesta”, según si los efectos de la subrogación se alumbran automáticamente o es menester una manifestación de voluntad direccionada en ese sentido; en “actual o potencial”, de acuerdo a si el objeto de

reemplazo final ingresa de manera instantánea o progresiva; en “primero o ulteriores órdenes”, en razón de la ubicación cronológica ante la sucesión de diversas sustituciones objetivas.

**§11.-** La subrogación real es un hecho asentado en la realidad, que consiste en la sustitución causal de un objeto por otro y que deviene en jurídico por su efecto modificativo de una situación jurídica que perdura, con fundamento en el principio de conservación.

## **CAPÍTULO II - ATIPICIDAD DE LA SUBROGACIÓN REAL**

**§12.-** La subrogación real no es un principio en sí mismo. Ello debido a que no es Derecho, no cumple una función interpretativa, no fundamenta a otra realidad y es descartada en múltiples oportunidades por el legislador.

**§13.-** La subrogación real se fundamenta en el principio de conservación, que es aquel que frente a diversas vicisitudes que afecten a una determinada situación jurídica, prioriza alcanzar la mayor eficacia posible de ella para perdurarla de la manera más semejante a su diagramación original.

**§14.-** El principio de conservación de las situaciones jurídicas encuentra apoyatura en la Constitución Nacional, especialmente en el art. 17, y cuenta con numerosas manifestaciones normativas concretas en el Código Civil y Comercial.

**§15.-** Todo derecho adquirido supone la posibilidad de ser conservado y, aunque la intensidad debe ser la mayor que sea factible, no todas las situaciones jurídicas se conservan con igual energía.

**§16.-** La subrogación real no opera cuando existen otras vías para lograr la conservación de la situación jurídica. Esto es lo que acontece con los alcances de la persecución que deriva de la inherencia del derecho real al objeto respectivo.

**§17.-** Desde el plano de la ponderación axiológica, la subrogación real alcanza soluciones seguras y justas, y coadyuva al bien común.

**§18.-** La subrogación real es económicamente eficiente tanto en su faz estática, como en la dinámica.

**§19.-** La subrogación real, al conservar la situación jurídica, supone una solución de seguridad jurídica estática que no desatiende la concreción del dar a cada uno lo suyo, lo que impacta positivamente en el bienestar general y en la eficiencia económica. Ello determina notables repercusiones sociales: resguarda a la propiedad privada; descubre la verdadera intención del legislador; permite solventar un cardinal débito impuesto al juez; posibilita el cumplimiento de una elemental deuda de los particulares; protege actual o potencialmente a los integrantes de la sociedad; impide la burla de ciertas normas indisponibles; tutela la subsistencia de la persona humana; armoniza intereses públicos y privados; obsta al estancamiento de los bienes e impide el desmantelamiento de los complejos de objetos; permite la satisfacción del interés del acreedor; brinda una adecuada tutela del crédito; posibilita las restituciones; asegura el respeto debido a quien efectúa liberalidades; favorece el cumplimiento de los cargos impuestos en los actos jurídicos; inspira a contratos que suponen operaciones económicas consistentes con la disposición material o jurídica; tutela el esfuerzo común; favorece la estabilidad a través de la virtualidad de la prescripción.

### **CAPÍTULO III – LA SUBROGACIÓN REAL COMO HECHO GENERADOR DE EFECTOS JURÍDICOS**

**§20.-** La subrogación real es siempre un hecho que tiene por efecto la modificación de una situación jurídica, muy a pesar de que la sustitución pueda estar precedida por otros hechos que le den ocasión con los cuales no se confunde.



**§21.-** La subrogación real es de encasillamiento rebelde, pues la *potestativa por disposición jurídica* importa un simple acto lícito; la *potestativa por opción*, un acto jurídico; la *forzada por causas jurídicas* o *por menoscabo del objeto* un mero hecho jurídico.

**§22.-** En cuanto: a) a la duración, es un hecho jurídico instantáneo; b) al valor para la producción del efecto, es un hecho jurídico que fundamenta la modificación; c) a su composición, es un hecho jurídico complejo; d) a su contenido, es un hecho jurídico positivo; e) a sus efectos, es un hecho jurídico modificativo.

**§23.-** Los efectos principales de la subrogación real respecto de una situación jurídica consisten en su: a) perdurabilidad sustancial de una situación jurídica; y b) modificación accidental, cualitativa y objetiva.

**§24.-** Los efectos consecuentes de los principales son: a) atracción del objeto sustituto a la universalidad involucrada; b) conservación de los accesorios y cualidades de la situación jurídica; c) subsistencia —por regla— de la extensión de la situación jurídica en cuanto al objeto sustituto; d) mantenimiento de la prescripción en curso; e) invariabilidad de la competencia; f) permanencia de los límites de la situación jurídica; g) imposición de deberes de empleo efectivo.

**§25.-** La conservación no es absoluta, pues no necesariamente el objeto sustituto toma todo el posicionamiento jurídico del sustituido.

**§26.-** El alcance de la subrogación real está dado por la medida de la sustitución, para lo cual debe ponderarse la equivalencia de los valores de los objetos sustituto y sustituido.

**§27.-** Si bien la equivalencia de los valores de los objetos sustituto y sustituido no es un requisito para que opere la subrogación real, sí limita los alcances de sus efectos.

**§28.-** Por regla, si se utilizaran aportes de origen diverso que respondieran a situaciones jurídicas disímiles, estas últimas se conservarían proporcionalmente con relación al objeto sustituto.

**§29.-** La subrogación real puede funcionar, aunque el objeto sustituto sea de menor o mayor valor que el objeto sustituido, salvo que se trate de desproporciones ostensibles.

**§30.-** La subrogación real no tiene efectos retroactivos, sino que despliega sus consecuencias desde su concreción hacia el futuro.

**§31.-** La subrogación real puede ser beneficiosa o indiferente a los terceros, pero nunca perjudicial. Su falta de prueba o de publicidad, según los casos, obstará a su eficacia respecto de terceros.

**§32.-** Las características del efecto subrogatorio son la inmediatez, la invocabilidad, la renunciabilidad y la perdurabilidad.

**§33.-** En cuanto a las vicisitudes, el efecto subrogatorio puede extinguirse por vía principal o consecuente. La subrogación puede ser tan solo aparente, proyectada o sobreviniente.

**§34.-** La subrogación real puede ser complementada o suplantada por pretensiones indemnizatorias.

#### **CAPÍTULO IV – SISTEMAS DE SUBROGACIÓN REAL REGLADA**

**§35.-** Los sistemas de subrogación real pueden ser clasificados en cuanto a la manifestación de sus reglas en “simples” o “compuestos”, según si se acude a únicamente a la subrogación real de manera explícita o implícita, o a través de la sumatoria de las dos vías de exteriorización, respectivamente.

**§36.-** También puede categorizarse a la subrogación real de acuerdo con el alcance de sus reglas en “particular” y “general”, en función de si ellas prevén a la subrogación real de manera aislada o con vocación expansiva, respectivamente. A su vez, el sistema de alcance general puede ser “relativo” o “absoluto”, si la subrogación real juega en determinada categoría de situaciones o es aplicable indistintamente a todas ellas.

**§37.-** De la combinación de esos criterios a partir del estudio de la legislación extranjera con prescindencia de los principios, se extrae que en el Derecho comparado conviven: a) ordenamientos tributarios del sistema implícito de alcance particular; b) ordenamientos que participan del sistema compuesto de alcance particular; y c) ordenamientos integrantes del sistema compuesto de alcance general relativo.

**§38.-** El sistema argentino vigente de reglas de subrogación real participa del sistema compuesto de alcance particular, aunque desde la ponderación global de los principios del ordenamiento se pueda arribar a otra conclusión más generalista.

**§39.-** *De lege ferenda* propiciamos la conformación de un sistema de reglas de carácter “compuesto” y de “alcance general absoluto”, que podría ubicarse metodológicamente luego de los artículos referidos a la transmisión de derechos en el Libro I “Parte General” del Código Civil y Comercial.

**§40.-** La iniciativa podría canalizarse a través de la siguiente propuesta normativa:

–*Definición. Reglas aplicables.* Se entiende por modificación objetiva al cambio producido por el acrecentamiento, disminución o sustitución del objeto de una situación jurídica. El acrecentamiento y la disminución quedan regidos por las reglas correspondientes a la categoría del derecho involucrado, y la sustitución, por las disposiciones siguientes

–*Conservación.* Toda situación jurídica se conserva a pesar de la sustitución material o jurídica de su objeto, salvo que sea contrario a derecho, a la voluntad particular, o que ello no interese o signifique utilidad alguna.

–*Objetos.* Se considera sustitución al reemplazo que se produce, según los casos, respecto de cosas, derechos y prestaciones, sean ellos sustitutos o sustituidos. La sustitución comprende al objeto inmediato o mediato de la situación jurídica. El objeto sustituto puede ingresar en concepto de precio,

indemnización, o de cualquier otro que permita la subrogación real.

–*Efectos*. La situación jurídica se entiende modificada de pleno derecho, salvo que su titular mantenga la facultad de persecución o la ley requiera una manifestación de voluntad al efecto.

Si la sustitución es parcial, la situación jurídica subsiste, además, sobre la porción del objeto restante. La modificación no puede superar la medida del objeto reemplazado.

Si fuera necesaria alguna expresión publicitaria, la modificación es inoponible a terceros interesados de buena fe que no la conocieron ni la hubieron de haber conocido obrando con la debida diligencia, pero cuentan con la facultad de invocarla.

Los efectos se extinguen por la renuncia del legitimado al efecto y por la insubsistencia de los hechos que los provocaron o les dieron ocasión, pero no por el mero paso del tiempo.

–*Declaración de la sustitución operada*. Todo interesado cuenta con la facultad de demostrar la sustitución para obtener, por acción o excepción, una declaración judicial de la modificación objetiva producida que satisfaga su interés con relación al objeto sustituto.

El ejercicio de esta pretensión no impide el reclamo de los complementos que correspondan.

–*Declaración de la sustitución proyectada*. El legitimado para entablar una sustitución puede solicitar judicialmente una declaración de la subrogación que se habrá de producir en el futuro.

–*Situaciones comprendidas*. A todo efecto, se consideran susceptibles de subrogación real:

- 1) la situación jurídica de propietario de derechos patrimoniales. En especial, la propiedad del ausente o de otros propietarios cuyos derechos fueran sacrificados en favor de terceros; la propiedad fiduciaria, la que se encuentre bajo administración de un tercero, la de goce común con fines

operativos, la del menor, la de origen hereditario, la pública o privada del Estado y la propia de los regímenes patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales;

2) la relación jurídica obligatoria que subsiste frente al cumplimiento imposible imputable al deudor; o bien por su imposibilidad de cumplimiento inimputable, si su prestación se dirige hacia objetos determinados y estos son sustituidos;

3) el poder jurídico real, principal o accesorio, sea que recaiga sobre cosas o derechos;

4) la situación jurídica del acreedor privilegiado, retentor, o de cualquier manera garantizado especialmente;

5) la situación jurídica de los sujetos cuyas facultades estén delimitadas por una afectación a vivienda, por cláusulas de indisponibilidad o por otros límites a la disposición jurídica; y

6) cualquier otra situación jurídica que se asiente sobre cosas, derechos o prestaciones.

## CAPÍTULO V – PROYECCIONES EN LA CASUÍSTICA

**§41.-** Los riesgos inherentes a la pretensión casuística se neutralizan parcialmente con la estructuración de una teoría general de la subrogación real con alcance generalista, con fundamento en el principio de conservación.

**§42.-** Los casos de subrogación real pueden ser “típicos” o “atípicos”, según que cuenten con una regulación legal o bien que estén determinados exclusivamente por el principio de conservación, respectivamente. A su vez, los típicos pueden ser “nominados” o “innominados”, de acuerdo con si la ley hace mención directa o indirecta de la subrogación real, o simplemente la emplee.

**§43.-** La subrogación real juega tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, así como en cada una de las ramas de esas disciplinas, y está reglada por numerosos cuerpos normativos.

§44.- La subrogación real ocurre con relación: a) al derecho de propiedad, abstraído de su consideración específica; b) a los derechos personales; c) a los derechos reales; d) a otras situaciones jurídicas.

§45.- El vocablo “propiedad” comprende todos los derechos subjetivos de contenido patrimonial. Tanto un derecho real como un crédito importan para su titular una propiedad, pues ambos derechos subjetivos son “bienes” y como tales “objetos” de propiedad. La subrogación real provoca que la propiedad perdure a pesar del cambio de su objeto.

§46.- Existen numerosos supuestos donde opera la subrogación real con relación *al derecho de propiedad, abstraído de su consideración específica*. Así, en la ausencia; frente a un legitimado aparente; en la propiedad fiduciaria; en la administración de un tercero; en la propiedad de goce común con fines operativos; en la propiedad del menor; en las comunidades familiares; en la herencia; en la propiedad del Estado; en los límites a la ejecución.

§47.- Hay subrogaciones reales que se producen en los objetos de los derechos personales y reales, como también en el asiento de otras situaciones jurídicas que funcionan en el ámbito de uno u otro.

§48.- La subrogación real en *materia obligacional* puede desenvolverse en distintos niveles: puede consistir en una sustitución de la prestación misma, o bien tan solo en una sustitución del objeto de la prestación. La subrogación real en los derechos personales puede darse por la sustitución del objeto de la prestación frente a la imposibilidad de cumplimiento inimputable. También puede asistirse a un sucedáneo de la prestación por su imposibilidad imputable al deudor. Igualmente, puede acaecer en el asiento de las calidades de ciertos créditos, tales como los privilegios y la facultad de retención.

§49.- El ejercicio de la facultad de persecución, que importa una ventaja típica de los *derechos reales* en virtud del principio de inherencia del derecho al objeto, es incompatible con la

operatividad de la subrogación real, excepto que el titular lesionado opte por la indemnización sustitutiva del daño o que medie un precio insoluto con relación al objeto sustituido. Existen hipótesis de operatividad de la subrogación real tanto en derechos principales como en derechos accesorios en función de garantía.

**§50.-** El funcionamiento normal de un derecho real de garantía precisa a la subrogación real, pues mientras la facultad de realización del titular se endereza al objeto originario, la de percepción dirige la atención al sustituto.

**§51.-** El derecho real de garantía no se convierte en otro derecho real de diferente contenido por el hecho de la subrogación, incluso cuando el objeto sustituto sea en principio extraño a su estructura, sino que perdura en su calidad original.

**§52.-** En ciertos límites a la facultad de disposición jurídica de derechos reales se advierten supuestos de subrogación real, tal como acontece con la afectación a vivienda, la vivienda familiar y las cláusulas de indisponibilidad.

**§53.-** Las controversias generadas en torno al art. 248 del Código Civil y Comercial podrían ser superadas si esa norma se leyera de la siguiente manera: “La afectación subsiste de pleno derecho respecto del objeto que sustituye a la vivienda, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real”. La expresión “cualquier otro concepto” evita interpretaciones restrictivas en cuanto a los alcances de la fraseología legal de “vivienda adquirida en sustitución de la afectada”.

**§54.-** Interpretamos que la subrogación real también opera en las denominadas viviendas familiares, aunque el legislador no lo dijo expresamente. Elementales pautas teleológicas y de interpretación analógica abonan esa conclusión.

**§55.-** En las cláusulas de indisponibilidad, la subrogación real opera respecto de los objetos a los que ellas se refieren, excepto cuando éstos son especialmente tenidos en mira en el acuerdo de voluntad (cláusulas *intuitu rei*).

**§56.-** Existen figuras de naturaleza dudosa o rebeldes a un encasillamiento que merecen la categoría residual de “otras situaciones jurídicas”, en las que puede jugar la subrogación real.



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.VV., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889-1898.

AGUSTÍN, *De las costumbres de la Iglesia Católica y de las costumbres de los maniqueos*, traducido por P. Teófilo Prieto, Libro Primero, III, 5.

AICEGA, M<sup>a</sup> Valentina, “El fideicomiso de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones y algunos aspectos conflictivos de la figura”, *RCCyC* 2017 (octubre), 130.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El hecho jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 1955, pp. 346 y ss.

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Librería Histórica, Buenos Aires, 2002.

ALEGRIA, Héctor, "Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia", en *Reglas y principios del derecho comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2<sup>o</sup> edición, Gedisa, Barcelona, 2004.

ALFERILLO, Pascual E., *Contrato de elaboración por el sistema de maquila*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994.

- *La reivindicación en concursos y quiebras*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.
- en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II.

ALLENDE, Guillermo L. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Los privilegios en la ley de concursos y en el Código Civil*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974.

ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Condiciones y efectos jurídicos de las disposiciones de bienes embargados”, J.A., 1933, tomo 43, pp. 211-215.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*, 2ª edición, actualizado por Jesús Cuadrao, Buenos Aires, 1962, tomo V.

ALTAMIRANO SÁNCHEZ, Emilio, “De la subrogación real”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Tomo XXXIII, N° 3 y 4, Santiago de Chile, Mayo y Junio de 1936.

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

ALTERINI, Atilio A., *Contratos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

ALTERINI, Francisco J., “Estructura del usufructo sobre acciones”, *La Ley*, 2018-A, pp. 1058 y ss.

ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco J., “Alcances de la subrogación real del asiento del privilegio”, RCCyC 2019 (marzo), 50.

- *Tratado de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2020, tomos I y II.

ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

ALTERINI, Jorge H. [Director] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomos I, II, III, IV, V, VII y XI.

ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo VI, §2536, p. 522.

ALTERINI, Jorge H. en LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo IV-A, pp. 199-200.

- “Comparación de la situación jurídica del cónyuge supérstite ante el derecho real de habitación, el bien de familia y la indivisión de la casa habitación”, Temas de Derecho Privado IV, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1993, pp. 69 y ss.
- “Fuentes, interpretación y aplicación del derecho en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2018-C, 869.
- “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVI, Segunda Época, Número 39.
- “La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles”, La Ley 2008-D, 867.

- “La seguridad jurídica. Notariado y registros” edición de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 2005, p. 11 y en “Temas doctrinarios 2”, Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado, Buenos Aires, 2007, p. 53.
- “Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias”, Revista del Notariado 726, 151.
- “Protección constitucional de la vivienda familiar”, JA, 1992-IV.
- “Protección de la vivienda en el caso del último beneficiario sobreviviente del bien de familia, que además se convirtió en su único titular”, Temas de Derecho Privado IV, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1993.
- *Acciones reales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 78.

ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. ALTERINI, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomos I y II.

ALTERINI, Jorge H., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Ignacio E. ALTERINI, 2<sup>o</sup> edición, La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2010.

ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B., y VÁZQUEZ, Gabriela, A., *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, coedición de Librería Histórica y Educa, Buenos Aires, 2005.

ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI Francisco J., “Una nueva visión de las relaciones reales (mal llamadas ‘relaciones de poder’)”, La Ley 2017-F, 920.

ALTERINI, M<sup>a</sup> Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, *Revista del Notariado* 879, 85.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Jurisdicción y competencia”, *LA LEY* 1985-C, 1133.

AMIEVA NEFA, Sonia Victoria, “La subrogación en el precio en materia de vivienda. Algunas notas en torno a su instrumentación”, *RCCyC* 2017 (abril), 03/04/2017, 95.

ANDRÉS SANTOS, Francisco J., “Introducción Histórico-Dogmática a la idea de Subrogación Real”, en *Anuario de Derecho Civil Año 1998 – N° 2*, p. 736.

ANIDO BONILLA, Raúl, “De la subrogación real en los bienes embargados”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2015, N° 27, pp. 15 y ss.

- “De los bienes adquiridos por un concubino a costa del esfuerzo o caudal común”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 31, 2017, pp. 131 y ss.

AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

- “La posibilidad de desafectar parcialmente el bien de familia”, *JA* 2004-IV-106.

ARIANNA, Carlos A. “Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes”, *RDF* 85, 215.

AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zachariae*, quatrième édition revue et complétée, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billiard, et Cie Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1871-1873.

BARBERO, Domenico, *Le universalità patrimoniali. Universalità di fatto e di diritto*, Giuffrè, Milano, 1936.

- *Sistema del derecho privado*, traducción de la 6ª edición italiana (1962), EJEA, Buenos Aires, 1967, tomo III.

BARGALLÓ CIRIO, Juan M, “Bien Común y perfección personal”, en *Prudentia Iuris*, N°III, Buenos Aires, 1981.

BASSET, Ursula, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

- en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo III.

BELLUSCIO, Augusto C. “El régimen de la sociedad conyugal en el período de su liquidación”, *Idearium*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 1980, N° 6/7, pp. 39 y ss.

BELLUSCIO, Augusto C. [Director] y ZANNONI, Eduardo A. [Coordinador], *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1986, tomo VI.

BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969-1970, tomos I y II.

- *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reformas al código civil*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1931, tomo V.

BIDEGAIN, Carlos M., GALLO, Orlando, PALAZZO, Eugenio L., PUNTE, Roberto y SCHINELLI, Guillermo, *Curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, tomo V.

BIRKS, Peter, “Mixing and Tracing: Property and Restitution”, *Current Legal Problems*, Volume 45, 1992.

- “Property, Unjust Enrichment, and Tracing”, *Current Legal Problems*, Volume 54, Issue 1, 2001.

BONANNI, Mariano A., “Subrogación del bien de familia”, *LA LEY*2001-B, 1154.

BONNECASE, Julien, *Elementos de derecho civil*, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, tomo III.

BORDA, Alejandro, “La sustitución de un bien de familia (necesidad de una reforma legislativa)”, *La Ley* 1992-E, 387.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª edición actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I.

- *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo I.

BREBBIA, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1971, tomo I.

BRIZZOLARI, Valerio, *La surrogazione reale*, tesis doctoral, Università degli studi Roma Tre, 2019, p. 289.

BUERES, Alberto J., “Hechos y actos (o negocios) jurídicos. Aspectos metodológicos y conceptuales”, *Revista Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, 2012.

BULLARD, Alfredo, *Análisis económico del derecho*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.

BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, con la colaboración de José María López Olaciregui, Ernesto Krotoschin, Roberto Martínez Ruiz y Víctor Neppi, Ediar, Buenos Aires, tomos III y IV—obligaciones, 1949-1951.

CADOCHÉ DE AZVALINSKY, Sara, en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de familia*, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2001, tomo III.

CAMPUZANO Y HORMA, Fernando, *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Reus, Madrid, 1925, tomo I.

CAPITANT, Henri, “Essai sur la subrogation réelle”, *Revue trimestrelle de Droit Civil*, 1919.

CARIOTA FERRARA, Luis, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.

CASINOS MORA, F. Javier, “La repercusión del senadoconsulto juvenciano en materia de reclamación de herencia”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N° 23, Valparaíso, 2001.

CERBAN, Alejandro, “La subrogación real. Su naturaleza y ámbito”, *Jurisprudencia Argentina*, 1941 (julio-septiembre), tomo 75, pp. 92 y ss.

COBIAN Y MACCHIAVELLO, Alfonso, *Justicia y Seguridad jurídica. Supuestos del Derecho Positivo*, Facultad de Derecho PUCP, Lima, 1961.

COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ASDE Ediciones Previas, Buenos Aires, 1995.

COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

COMADIRA, Julio R., Escola, Héctor J. y COMADIRA, Julio P., *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, tomo II.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Derecho de las obligaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2018.



- en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo IV [Directores del tomo: Félix A. Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso].

CORNA, Pablo M., *Teoría general de los privilegios*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008.

COROMINAS, Joan y PASCUAL, José, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, Volumen V.

COSSARI, Leandro R. N. y COSSARI, Nelson G. A., “Algunas cuestiones pendientes referentes a la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 12/08/2020,3; JA 2020-III.

COSSARI, Nelson G. A., “Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia”, LLLitoral 2004 (marzo), 127; DJ 2004-2, 1110.

COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

CRISTOBAL MONTES, Ángel, “El commodum representationis del artículo 1186 del Código civil”, Anuario de Derecho Civil, Vol. 40, N° 2, 1987.

D’ALESSIO, Andrés J. (Director), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo I.

DABIN, Jean, *La technique de l’élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles, É. Bruylant; Paris, Recueil Sirey, 1935.

DE GARAY LANUS, Ignacio, *La afectación a la vivienda como expresión de la dignidad humana*, tesis presentada para optar por el título de Magíster en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La sociedad de gananciales y el registro de la propiedad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, N° 2, 1986, pp. 339 y ss.

DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, “Justicia y seguridad”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 9, número 3, 1956, pp. 771 y ss.

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, *Derecho civil. Derechos reales*, CEFUDIMA, Madrid, 2012.

- “La hipoteca y el derecho real de superficie forestal”, *JA* 2003-III, pp. 1186 y ss.

DEMOGUE, R., “Essai d'une Théorie Générale de la Subrogation Réelle”, *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1901.

DI LELLA, Nicolás J., “Afectación de la vivienda y quiebra del constituyente ante la nueva regulación civil y comercial”, *LA LEY* 2016-D, 709.

DI PIETRO, Alfredo, *Derecho privado romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.

DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *Estudios sobre la Banca Bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1987.

DIEZ PICAZO, Luis, “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 36, número 4, 1983.

- “Commodum ex negotiatione”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, 2007, fascículo IV, pp. 1601 y ss.

DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 5° edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

DUPEND, Aurélien, *L'argument jusnaturaliste en droit privé patrimonial* français, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de l'université de bordeaux, école doctorale de droit (e.d. 41), sous la direction de Jean-Marc Trigeaud, soutenue le 20 juin 2014.

EDELMAN, James, "Understanding Tracing Rules", QUT Law Review, Volume 16, Issue 2.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Cía., París, 1851.

ETCHEVERRY, Juan B., "An Approach to Legal Principles Based on Their Justifying Function", Canadian Journal of Law & Jurisprudence", XXXII No. 2, August–2019, p. 321.

FERRER, Francisco A. M., "Colación, valor colacionable y proyecto de código civil" DFyP 2014 (mayo), 115.

- "Correcta interpretación como acto partitivo de un convenio privado presentado al juicio sucesorio", LA LEY 2019-B, 392.
- "Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo", RCCyC 2017 (febrero), 181.
- en ALTERINI, Jorge H., y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo XI [Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto], p. 486.

FERRER, Francisco M., "Petición de herencia y subrogación real" en *Cuestiones de Derecho Civil. Familia y Sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Rubinzal y Culzoni, Santa fe, 1979; también en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa fe, 1978.

FERRER, Francisco; CÓRDOBA, Marcos M. y NATALE, Roberto Miguel, “Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, DFyP 2012 (octubre), 127.

FILLIA, Laura Evangelina, “El derecho real de habitación del cónyuge superviviente y otras formas de protección de su vivienda”, LA LEY 2017-F, 119; RCCyC 2017 (diciembre), 93; DFyP 2017 (diciembre), 127.

FLACH, J., “De la subrogation réelle”, *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), Editions Dalloz, Vol. 14 (1868).

FREITAS, A. Teixeira, *Código Civil. Esboço*, Ministério da justiça e negócios interiores. Serviço de documentação, 1952.

GAARDER, Jostein, *El mundo de Sofía*, Siruela, Madrid, 1999.

GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GALLI FIANT, María Magdalena, “Protección de la vivienda familiar en el matrimonio y en la unión convivencial”, DFyP 2019 (mayo), 26.

- “La protección de la vivienda frente al aislamiento social, preventivo y obligatorio”, LA LEY 2020-B, 568.

GALLI, Enrique V, en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953-1956, tomos II y III.

GAMBRA, Rafael, *Historia sencilla de la filosofía*, Ediciones Rialp S.A., Madrid.

GARCÍA GARCÍA, Juan M., “La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, 1994, p. 2261.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, “La subrogación real en las hipotecas y en el embargo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXIV, Noviembre-Diciembre, Núm. 649, pp. 1949-1980.

- “Deuda de valor y subrogación real imperfecta”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 52, N° 3, 1999, pp. 947-997.

GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge Horacio, “Prehorizontalidad. Antecedentes. Fundamentos”, *La Ley*, tomo 146, pp. 932 y ss.

- *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

GATTI, Edmundo, “Propiedad y dominio (Terminología. Concepto doctrinario. Definición legal)”, *Lecciones y Ensayos*, 1962, N° 24, p. 23.

GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Troisième partie – Élaboration technique du droit positif, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1921.

GINOSSARD, S., *Droit réel, propriété et créanse. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale française, Paris, 1960.

GIRALDI, Pedro M., *Fideicomiso (ley 24.441)*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

GÓMEZ, Julio L., “Vivienda Familiar y Dignidad. Una cuestión controvertible en el Código Civil y Comercial”, *DFyP* 2018 [septiembre].

GUASTAVINO, Elías P., “La seguridad jurídica y el principio de la subrogación real”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998, pp. 254 y ss.

- “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”, *Jurisprudencia Argentina* 1997-III-86.
- “El legado de cosa cierta y la enajenación concertada por apoderado. La subrogación de la cosa legada por su valor o precio”, *Jurisprudencia Argentina* 11-1971, pp. 358 y ss.
- *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, 2a edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, tomo II.

GUTIÉRREZ JERÉZ, Luis J., *La subrogación real: Derechos Reales, Régimen económico matrimonial y Derecho de Sucesiones*, Difusión jurídica, Madrid, 2009, p. 110.

HARIOU, Maurice, *La teoría de la institución y de la Fundación (ensayo de vitalismo social)*, Traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil. Derechos reales*, versión española de Diez Pastor y González Enríquez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

HENRY, A., *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913.

HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal. Ley 24.522 y modificatorias: comentada, anotada y concordada*, Ábaco, tomo IV, Buenos Aires, 2005.

HERRERO DE PRATESI, María Cecilia, “Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial”, *Revista del Notariado* N° 924 (abril-junio 2016).

HIGHTON, Elena I, *Derechos reales*, Ariel, Buenos Aires, 1981, vol. 8 “Privilegios y derecho de retención”.

- en BUERES, Alberto J. (Director) y Highton, Elena I, (Coordinadora), *Código Civil y normas complementarias*.

*Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1997, tomo V.

HUERTA DE SOTO, Jesús, “La teoría de la eficiencia dinámica”, *Procesos de mercado: revista europea de economía política*, N° 1, 2004.

IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, Traducción directa del alemán por Adolfo González Posada, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

IHERING, Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduit sur la 3° edition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, Deuxième édition, Paris, 1880, tome IV.

ITURBIDE, Gabriela A. y ARECHA, Miguel W., “La interversión del título en las relaciones de poder en el nuevo Código Civil y Comercial”, *JA* 2018-II, 1234.

JUNYENT BAS, Francisco y GIMÉNEZ, Sofía I., “La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial”, *RDF* 80, 129.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998”, en *Revista Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, N° 18, 2001.

- “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- *La capacidad civil del menor que trabaja. Trabajador subordinado y menor profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1976.
- *Los privilegios en el proceso concursal*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

KIPER, Claudio M. en LISOPRAWski, Silvio V. y KIPER, Claudio M. *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 264.

KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (Noviembre), 125.

KIPER, Claudio M., “El objeto del derecho real de hipoteca”, Revista Jurídica UCES, Buenos Aires, 2007.

– *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tomos I y II.

KITZBERGER, Philip, “Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto”, Boletín de La Sociedad Argentina de Análisis Político, 1999.

LAFAILLE, Héctor, “La teoría de la subrogación real”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Ciclo de conferencias, 1942-I, pp. 261 y ss.

LAGRANGE, Enrique, *El Principio del commodum repraesentationis*, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

LAHR, Charles, *Curso de filosofía*, traducido de la séptima edición francesa por Trinidad S. Osuna, cuarta edición, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires.

LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Libraires-Éditeurs, 1878, tome vingt et unième.

LAURIOL, Marc, *La subrogation réelle*, Alger, Paris, 1954.

LAUROBA LACASA, María E., “El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho”, Louisiana Law Review, volume 64, N° 4, 2003.

LAVARRIEGA VILLANUEVA, Pedro, A., “La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106”, Revista de Ciencias Jurídicas N° 112 (51-86) enero-abril 2007.



LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresarial*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 164.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. en ALTERINI, Jorge Horacio (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, Buenos Aires, 2019, tomo V.

- *Derecho de retención*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- *Tratado de los Contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2017, tomo II.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995-1997, tomos I-III.

- *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo I.
- *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1987, tomo III.

LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª edición, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1900-1903, tomos V, VIII y X.

LONGO, Fillippo, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, Salvatore Romano, Napoli, 1897.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “La definición del hecho jurídico”, trabajo inédito publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 25/09/2006.

MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Lajouane, Buenos Aires, 1898-1902, tomos II, III, VIII y X.

MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*, 4ª edición, Editor Leocadio López, Madrid, 1886.

MALAGARRIGA, Carlos C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, 3° edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, tomo II.

MANGERI, Roberto E., “El contrato de maquila”, *La Ley Online*, 2009.

MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, septième édition, Delamotte et Fils Éditeurs, Paris, 1873, tome quatrième.

MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Zavalia, Buenos Aires, 2016, tomo II.

MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, tomo II.

– “Derecho real de superficie forestal”, *La Ley*, 2002-F, 1415.

MARIENHOFF, Miguel S., “Dominio público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas – los principios ‘quieta non movere’, ‘buena fe’ e ‘inmutabilidad de las situaciones jurídicas plausibles’”, *LA LEY* 1990-E, 880.

– *Tratado de derecho administrativo*, 6° edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo IV.

MARÍN PADILLA, María Luisa, “La formación del concepto de subrogación real”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 510, 1975, p. 1112.

– *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*, Bosch, Barcelona, 1990.

MARÍN PÉREZ, Pascual, “La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil* (1962), fascículo 4, pp. 849-864

MARINO, Abel E., MAGLIO, M<sup>a</sup> Claudia, BURGOS, Débora y SILVESTRE, Norma O., en SILVESTRE, Norma O. (Directora), *Obligaciones*, 2<sup>a</sup> edición, La Ley, Buenos Aires, 2017.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, “Estudio de títulos de dominio”, Gaceta del Notariado, Santa Fe, año 9, mayo/diciembre de 1970, pp. 627 y ss.

MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, tomo II.

MEDINA SÁNCHEZ, Rosa M. en O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> Begoña, *Comunidad de Gananciales. Cuestiones prácticas y actuales*, Editorial Universitaria Ramón Areces.

MENGER, Antonio, *El derecho civil y los pobres*, traducción de Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.

MESQUIDA, Silvina M. y KOON, Lucila, “La protección de la vivienda en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año VI, núm. 10.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Indemnización de equidad o caridad”, *Comercio y Justicia*, N° 13.443, 20 de abril de 1978.

- “Notas sobre el pago con subrogación en el Código peruano”, *Gaceta Jurídica*, Lima, T. 81-B, agosto 2000, p. 55 y ss.; *Revista de Derecho Privado*, mayo 2001, pp. 409 y ss.

MOLINARIO, Alberto D., *De las relaciones reales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.

- *Derecho patrimonial y derecho real*, La Ley, Buenos Aires, 1965.

- *Los privilegios en el derecho civil argentino*, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1941.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento”, Universidad de Murcia, 2001.

- “Incidencia del análisis económico del derecho en la teoría jurídica: la reducción del derecho a regla técnica”, *Persona y Derecho*, Núm. 40, 1999.
- *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, tomo I.

MORO, Tomás, “Carta a Erasmo de Rotterdam del 14 de junio de 1532”, *Últimas cartas (1532-1535)*, edición y traducción de Álvaro Silva, Acantilado, Barcelona, 2010.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.

ORELLE, José María, “Actos e instrumentos notariales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008, p. 205.

- “El fideicomiso en la ley 24.441”, *LA LEY* 1995-B, 874.

ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavalía, Buenos Aires, 1963.

OSSOLA, Federico A., *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (Directores), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.

OTERO PARGA, Milagros, “Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997.

PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., y CAUSSE, Jorge R., *Derechos reales*, 2a edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, tomo II.

PAUL PONT, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, deuxième édition, Delamotte et Fils Éditeurs, Paris, 1877, tome huitième.

PAULMIER, Edgard, *De la subrogation réelle en droit romain et en droit français*, Imprimerie de Georges Jacob, Orléans, 1882.

PELOSI, Carlos A., “Las notas en el protocolo”, *Revista del Notariado* N° 622, pp. 287 y ss.

PENNISI, Eduardo R. *Iglesia y estado*, Christianitas, Buenos Aires, 2004.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, “La conservación de las unidades agrarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, volumen 12, número 3.

PEPE, Marcelo, “Usufructo de fondo de comercio”, *La Ley* 2007-C, 1103.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 15, 2000.

PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, tomos I y III.

PLATÓN, *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, Madrid, 1871, tomo IV.

PONSARD, André, en DALLOZ, *Encyclopédie Juridique. Répertoire de Droit Civil*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1955, tome V.

PONSSA, Roberto, *Doctrina general de los privilegios*, Depalma, Buenos Aires, 1951.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés*, a doble texto con “Estudio introductorio de Jorge Horacio Alterini, Facultad de Derecho UBA-La Ley, Buenos Aires, 2004.

POSNER, Richard A., “El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker”, *Themis*, núm. 44, 2002.

POTHIER, Robert J., *Traité de la communauté*, Paris: Chez Debure père; Orleans: Chez la Veuve Rouzeau-Montaut, 1770, tome I.

– *Tratado de las obligaciones*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

PRAYONES, Eduardo R., DASSEN, Julio y LAQUIS, Manuel A., *Tratado de derecho hipotecario*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?”, *RDF* 2017-IV, 71.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1983, tomo II, volumen III “Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad”.

QUINTEROS, Federico D., *Subrogación real. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1942.

RANOUIL, Véronique, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t. 187, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1985.

RECASÉNS SICHES, Luis, “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México*, tomo LIII, número 239, 2003.

REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 8ª edición, Librería Editorial Ciencias económicas, Buenos Aires, 1957.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, tomo VII.

RIVERA, Julio C., CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., DI TULLIO, José A., GRAZIABILE, Darío J. y Ribera, Carlos E., *Derecho concursal*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo III.

ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, 7º edición, Bosch, Barcelona, 1979, tomo I.

ROCA SASTRE, Ramón M., “La subrogación real”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949, tomo 33, pp. 281 y ss.

RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética*, 5º edición, Eunsa, Pamplona, 2004.

RODRÍGUEZ REMIS, Mariano, “Sustitución o permuta del inmueble afectado al régimen de vivienda. La necesidad de reformar el art. 248, Cód. Civ. y Com. de la Nación”, *SJA* 13/11/2019, 33; *JA* 2019-IV.

RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge, “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico” *Revista de la Facultad de Derecho* N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

- “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”, *InDret* 4/2013, pp. 45 y ss.

ROTHERHAM, Craig, “The Metaphysics of Tracing: Substituted Title and Property Rhetoric”, en *Proprietary Remedies in Context: A Study in the Judicial Redistribution of Property Rights*, Hart Publishing, London, 2002.

ROUBIER, Paul, *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Recueil Sirey, Paris, 1929, tome premier.

SABENE, Sebastián E., en SABENE, Sebastián E. (Director) y PANIZZA, Leopoldo M. (Coordinador), *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, La Ley, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 2017.

SABSAY, Daniel A., *Manual de derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2011.

SAGÜÉS, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, 2º edición, Astrea, Buenos Aires, 2014.

SAMBRIZZI, Eduardo A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2007, tomo II.

SAMBUCETTI, Marcelo E., “Análisis de algunos aspectos de la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (junio), 51.

SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Director) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (Coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial*, 2º edición, tomo IV.

SANTARELLI, Fulvio G. en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo XI.

SANTORO PASSARELLI, Francesco, *La surrogazione reale*, Attilio Sampaolesi editore, Roma, 1926.

– *Doctrinas generales del derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

SAUX, Edgardo I., *La subrogación real como principio general en el Derecho Privado Patrimonial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.

SAVAUX, Éric, “Subrogation réelle”, *Encyclopédie juridique Dalloz: Répertoire de droit civil*, 1998.



SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881, tomos I y II.

- *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892, tomo I.

SMITH, Lionel, “Unauthorized Dispositions of Trust Property: Tracing in Quebec Law”, *McGill Law Journal - Revue de droit de McGill*, Vol. 58, n° 4, 2013, p. 795.

STIGLITZ, Rubén S., en ALTERINI, Atilio A. y ALEGRÍA, Héctor (Directores), *Códigos Civil y de Comercio Comentados*, La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo XII.

SZMUCH, Mario G., “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo código civil y comercial de la nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación”, *Revista del Notariado* N° 917, pp. 74 y ss.

TOBIÁS, José W., “La teoría de la invalidez en la hora actual y las soluciones del Proyecto de Código”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales*, año LVIII, segunda época, número 51, julio 2013.

- *Tratado de derecho civil. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo III.
- en ALTERINI, Jorge H. [Director] y ALTERINI, Ignacio E. [Coordinador], 3ª edición, *La Ley*, Buenos Aires, 2019, tomos I y II.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los Gentiles*, versión directa del texto latino por María Mercedes Bregada, introducción y notas de Ismael Quiles, S.I., Club de Lectores, Buenos Aires, 1951.

TOMASSETTI, Claudio, “La surrogazione reale”, *Obbligazioni e Contratti*, UTET, N° 10, 2006.

TRANCHINI, Marcela H. (Directora) y HOTZ, Francisco (Coordinador), *Tratado de derecho notarial*, Astrea y FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2021, tomo I.

TRIGO REPRESAS, Félix A., “Privilegios”, comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2014, en *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año LIX, Núm. 52, 2014.

- En ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, tomo IV.

TROPLONG, *Le droit civil expliqué. Du dépôt et du séquestre, et des contrats aléatoires*, Charles Hingray Libraire-Éditeur, Paris, 1845, tome XV.

URBANEJA, Marcelo E., *Publicidad Cartular. Paradigma de la seguridad jurídica preventiva en los derechos reales inmobiliarios*, Astrea y FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2021.

VALDECASAS, Guillermo, “Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 28, número 2, 1975.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre garantías reales*, 2ª edición, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973.

- *Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones*, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, N° 1, 2002.
- “La función del Notariado y la Seguridad Jurídica”, *Revista de Derecho Notarial*, número 67, México, 1977, p. 76.
- “La seguridad jurídica en los negocios dispositivos”, Conferencia dictada en la Quinta Asamblea Anual del Instituto de Derecho Registral de Puerto Rico el 23 de

agosto de 1978, Revista Jurídica de la Universidad Interamericana.

- “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”, Revista Jurídica del Notariado, número 33, enero-marzo 2000.

VENTURA, Gabriel B., “Afectación de la vivienda, art. 244, Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF 80, 73.

VERDERA, Hugo A. “El bien común político: en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino” [en línea]. Semana Tomista. Vida virtuosa y política, XXXIX, 8-12 septiembre 2014. Sociedad Tomista Argentina; Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/bien-comun-politico-verdera.pdf>

VIGO, Rodolfo, “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, pp. 495-516.

VILLANUEVA, Julia, *Privilegios*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, tomo VI.

VIRGO, Graham, *The principles of the Law of Restitution*, Third Edition, Oxford University Press, 2015.

VITETTA, Mariano, “A Brief Introduction to the Louisiana Civil Code Spanish Translation Project”, 13 J. Civ. L. Stud. (2020).

VORLÄNDER, Karl, *Historia de la filosofía*, traducción de la sexta edición alemana por J. V. Viqueira, con prólogo de José Ortega y Gasset, Ed. Francisco Beltrán, Madrid, 1922, tomo I.

WEBER, Alfredo, *Historia de la filosofía europea*, traducido de la séptima edición por Manuel Núñez de Arenas, Daniel Jorro, Madrid, 1914.

WOLFF, Martín, “Derecho de cosas”, en *Tratado de derecho civil*, de ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín, traducción de la 32ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, octava revisión, Bosch, Barcelona, 1951, volúmenes I y II.

XIMENEZ, Stephano, *Dictionarium manuale latino-hispanum ad usum puerorum*, 2ª edición, Ex Typographia Regia, Matriti, 1802.

YADAROLA, Mauricio L., “La reivindicación en la quiebra”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 14, N°9-10, noviembre-diciembre 1927, pp. 12-25.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2º edición, Ediar, 2012.

ZAVALA, Gastón A., “Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico”, *DFyP* 2018 (diciembre), pp. 37 y ss.