

PUBLICIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES INHERENTES A LA PROPIEDAD, POSESIÓN O TENENCIA DE LAS COSAS

JOSÉ IGNACIO BERROTARÁN¹

SUMARIO: I.- LOS DERECHOS PATRIMONIALES, SU ACEPTACIÓN SOCIAL DE LEGITIMIDAD, Y SU TUTELA POR EL PODER DEL ESTADO - II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO RESGUARDO DEL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA FUTURA - III.- LA EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES - IV.- OTROS AVANCES DE LA RECEPCIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES EN EL NUEVO CCCN - V.- LAS MEDIDAS JUDICIALES COMO OBLIGACIONES INHERENTES A LA PROPIEDAD, POSESIÓN O TENENCIA DE COSAS DETERMINADAS - VI.- LAS MEDIDAS JUDICIALES COMO OBLIGACIONES INHERENTES A LA COSA, AFECTAN TANTO A SUS POSEEDORES COMO A SUS TENEDORES - VII. LAS MEDIDAS JUDICIALES ¿SON DEBERES U OBLIGACIONES INHERENTES A LA COSA? - VIII.- LA NATURALEZA ESENCIALMENTE PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES - IX.- LA OPONIBILIDAD DE LAS MEDIDAS JUDICIALES A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DEPENDERÁ DE QUE LAS MISMAS TENGAN UNA PUBLICIDAD ADECUADA - X.- EN EL CONFLICTO ENTRE EL TERCERO ADQUIRENTE QUE RECIBE LA POSESIÓN DE LA COSA INMUEBLE, LA INSCRIPCIÓN DE SU DERECHO SOBRE LA MISMA, Y LA ANOTACIÓN DE UN EMBARGO, PREVALECE LO QUE PRIMERO HAYA SUCEDIDO - XI.- EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES - XII.- LA PUBLICIDAD REGISTRAL EN EL CCCN VIGENTE Y SUS LEYES COMPLEMENTARIAS - XIV.- PUBLICIDAD REGISTRAL Y BUENA FE - XV. EL CONFLICTO ENTRE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD - XVI.- EL CASO DE LA CAUTELAR JUDICIAL INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES - XVII.- OTRAS PARTICULARIDADES DE LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES.

¹ Berrotaran Jose, Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad Nacional de Córdoba

I. LOS DERECHOS PATRIMONIALES, SU ACEPTACIÓN SOCIAL DE LEGITIMIDAD, Y SU TUTELA POR EL PODER DEL ESTADO

1.1.- Las relaciones jurídicas -derechos reales, personales, de familia, etc.- son vínculos de derecho que resultan de normas cuya legitimidad acepta la sociedad, y en consecuencia, respeta pacíficamente, pero que, en el caso de alzamiento de algún individuo contra las mismas, son restablecidas por el poder del Estado.

1.2.- En el Estado moderno, cuya estructura se basa en la división de poderes, es el Poder Judicial el encargado del resguardo de las relaciones jurídicas de los ciudadanos.

1.3.- Cuando el titular de un derecho que ha sido vulnerado ocurre ante los jueces para pedir su restablecimiento, este reclamo debe seguir un procedimiento que está predeterminado por la Ley.

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO RESGUARDO DEL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA FUTURA

2.1.- Mientras dura ese proceso, pueden darse innumerables avatares que hagan ilusorio el restablecimiento del derecho, por ejemplo, que el deudor se insolvente, o que la cosa objeto del reclamo sea escondida, destruida o transferida.

2.2.- Para evitar que estos avatares frustren el restablecimiento del derecho que pudiera ser ordenado por el juez en una futura sentencia definitiva, mientras dura el proceso se han previsto una serie de medidas cautelares, originariamente indefinidas e indiferenciadas, que se construyen sobre la teoría del embargo, y que con la evolución del derecho, se van diferenciando y tomando nuevas formas para anticipar la viabilidad del cumplimiento de lo que en definitiva se resuelva en el proceso.

2.3.- Lo que se refiere a las relaciones jurídicas patrimoniales, como los derechos reales y personales, y también los de familia, ya sean patrimoniales o extra patrimoniales, están legislados en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) -antes en el viejo Código Civil y en el Código de Comercio- y sus leyes complementarias, que son de competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.²

2.4.- En el otro costado, los procedimientos judiciales ordinarios -con excepción del procedimiento federal, que se aplica en los casos de jurisdicción federal- son de competencia reservada de las legislaturas provinciales.³

2.5.- Sin embargo, en muchos casos, por ejemplo, la ley de Quiebras y Concursos, el Congreso de la Nación ha legislado sobre temas procesales ordinarios, que en principio serían de competencia reservada de las legislaturas provinciales, ya sea para unificar algunos procedimientos en todo el territorio de la Nación, ya sea para asegurar la correcta aplicación de las normas de fondo esenciales, en el ejemplo dado, de la ley de Quiebras, mantener la igualdad de los acreedores.

III. LA EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES

3.1.- En este devenir en el cual, por una parte, el derecho procesal evoluciona, la tendencia en el campo de las medidas cautelares es hacia la diversificación y especialización de las mismas, y a la admisión de nuevas medidas que son llamadas "innova-

² Art. 75 inc. 12 Constitución de la Nación Argentina.

³ Arts. 121, 122 y 75 inc. 12 de la Constitución de la Nación Argentina.

tivas", el nuevo CCCN ha producido un acercamiento del derecho de fondo al derecho procesal común.

3.2.- Se ha admitido, en el nuevo CCCN., con rigor normativo, que el patrimonio de los deudores es garantía común de sus acreedores: "Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables"⁴.

3.3.- Esto no estaba legislado expresamente en el viejo código, donde la doctrina y jurisprudencia debía realizar una ardua tarea de interpretación sistemática, recurriendo a varias normas dispersas, para llegar a la conclusión inevitable de que "el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores."

3.4.- Se argumentaba que este principio de garantía patrimonial estaba disperso en: a.) normas relativas a los efectos de las obligaciones respecto del patrimonio del deudor; b.) separación de los patrimonios del heredero y del causante en el derecho sucesorio; c.) responsabilidad amplia del tercero adquirente de un inmueble hipotecado -que se hizo cargo de la deuda garantizada- y que responde con todo su patrimonio, y responsabilidad limitada del tercero meramente poseedor -que no tomó a su cargo la deuda y que solamente adquirió el inmueble hipotecado- y que sólo responde con dicho inmueble⁵; d.) fundamento de las acciones subrogatorias, revocatorias y de simulación; y e.) en el caso legal de la venta forzosa de los bienes del deudor, en una ejecución judicial: "Nadie puede ser obligado a vender, sino.. cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial."⁶.

3.5.- La importancia práctica de este principio de garantía es que sostiene la coercibilidad del derecho, ya que frente al incumplimiento de las obligaciones o la violación de los deberes jurídicos, el acreedor o el damnificado pueden ir judicialmente contra el patrimonio del deudor, reclamando la intervención de la fuerza pública del Estado.

3.6.- Es cierto que el sistema funcionaba perfectamente sin estas nuevas normas⁷, pero académicamente la incorporación de estas llena un vacío conceptual y da estabilidad a la construcción del sistema de derechos patrimoniales argentino y agrega un fundamento normativo a la coercibilidad de las relaciones jurídicas.

IV. OTROS AVANCES DE LA RECEPCIÓN DE LAS MEDIDAS JUDICIALES EN EL NUEVO CCCN

4.1.- Completando la idea de la reforma, de dar cabida en el Código Civil y Comercial a las medidas cautelares, se establece también la prioridad del primer embargante, que anteriormente resultaba solamente de construcciones doctrinarias o de algunos códigos procesales del país: "El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores."⁸

4.2.- También reglamenta expresamente el CCCN que esta preferencia no se aplica en los procesos concursales, donde solamente subsisten las preferencias que se originan en privilegios legales: "Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales."⁹

4 Art. 242 CCCN, primera parte. Concordante con art. 743 CCCN. Estas normas tienen su fuente en el proyecto de Código Civil Argentino de 1981, art. 231.

5 Arts. 3162 y ss. CC.

6 Art. 1342 inc. 4º CC.

7 Arts. 242 y 743 del CCCN.

8 Art. 745 CCCN, primera parte.

9 Art. 745 CCCN, segunda parte.

4.3.- Con la incorporación al CCCN de los arts. 242 y 743 resulta innecesario reproducir la disposición del mencionado art. 1342 inc. 41 del viejo código civil, antes mencionado, ya que si todos los bienes del deudor -salvo los que sean exceptuados legalmente- están afectados a la garantía del cumplimiento de las obligaciones del propietario, resulta innecesario anticipar la consecuencia de que, en caso de incumplimiento, se ejecutará estos bienes.

4.4.- Sin embargo, en la parte en la que el nuevo CCCN legisla sobre la compraventa, como contrato en particular, se pone límites a la coecibilidad judicial: "Nadie está obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo"¹⁰.

V. LAS MEDIDAS JUDICIALES COMO OBLIGACIONES INHERENTES A LA PROPIEDAD, POSESIÓN O TENENCIA DE COSAS DETERMINADAS

5.1.- El nuevo CCCN (Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994) ha incorporado, en el art. 1933, entre los casos de deberes inherentes a la posesión o tenencia de las cosas, "las medidas judiciales inherentes a la cosa".

5.2.- La primera cuestión que nos plantea la nueva legislación es si la enumeración que hacen los arts. 1932 y 1933 del CCCN -referido el primero a "derechos" del poseedor o tenedor y el segundo a "deberes"- son taxativos o solamente enunciativos.

5.3.- En el anterior CC (Código Civil Ley 340) esta duda no tenía lugar, dado que el texto normativo caracterizaba los derechos y obligaciones inherentes a la posesión en forma amplia, tanto para las obligaciones del poseedor: "Son obligaciones inherentes a la posesión, las concernientes a los bienes, y que no gravan a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada."¹¹, como para los derechos de éste: "Son derechos inherentes a la posesión, sean reales o personales, los que no competen a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada."¹²

5.4.- En el sistema anterior, todos los casos que pudieran ser encuadrados en las referidas normas genéricas, eran derechos u obligaciones inherentes a la posesión. Por lo tanto, en el sistema anterior, la enumeración de casos era abierta o enunciativa. No podemos hablar entonces de que haya habido un vacío legislativo, ni siquiera doctrinario.

5.5.- En el sistema actual, suprimidos los enunciados genéricos, parecería que los casos particulares han quedado restringidos a los supuestos generales previstos por los arts. 1932 y 1933 del CCCN y otros casos previstos por otras normas, como por ejemplo el art. 1939 CCCN, última parte, que impone "al poseedor" -salvo disposición legal en contrario- a "... satisfacer el pago total de impuestos, tasas y contribuciones que gravan las cosa.." y también a "cumplir la obligación de cerramiento"¹³, lo que nos remite a las obligaciones que tienen los propietarios y poseedores de inmuebles urbanos¹⁴ y rurales¹⁵ de contribuir al cerramiento forzoso.

5.6.- Quizá sea por esto que el nuevo código ha incluido el deber del poseedor de respetar las medidas judiciales, lo que en el viejo código podía inferirse de las normas

¹⁰ Art. 1128 CCCN, Libro 3, "Derechos Personales"; Título IV, "Contratos en Particular"; Capítulo I "Compraventa"; Sección 1ª, "Disposiciones Generales".

¹¹ Art. 2416 C.C.

¹² Art. 2429 C.C.

¹³ Art. 1939 CCCN.

¹⁴ Art. 2007 CCCN.

¹⁵ Art. 2031 CCCN.

genéricas de los arts. 2416 y 2420¹⁶, y que ahora, resulta de una expresa previsión de la ley.

VI. LAS MEDIDAS JUDICIALES COMO OBLIGACIONES INHERENTES A LA COSA, AFECTAN TANTO A SUS POSEEDORES COMO A SUS TENEDORES

6.1.- También debemos destacar que en el código vigente estos deberes y derechos pueden ser imputados tanto a poseedores como a tenedores, lo que importa la consolidación de la tendencia a equiparar en sus deberes y derechos a tenedores y poseedores, lo que ya había sido receptado puntualmente por la reforma de 1968 del viejo código para los casos de acciones y defensas posesorias¹⁷.

6.2.- Esta tendencia a la equiparación viene a culminar en el art. 1939 del CCCN., donde, aunque solamente habla de poseedores, a los que obliga al pago de los impuestos, tasas y contribuciones y al cerramiento forzoso, sujeta esta última obligación a la no existencia de acuerdos en contrario, lo que parece referirse a los tenedores, cuyas obligaciones - empezando por la de devolver la cosa- resultan, generalmente, de contratos.

VII. LAS MEDIDAS JUDICIALES ¿SON DEBERES U OBLIGACIONES INHERENTES A LA COSA?

7.1.- En el viejo Código Civil¹⁸ se habla de "obligaciones" del poseedor, en tanto en el nuevo se habla de "deberes" ¹⁹.

7.2.- La diferencia no es menor: la obligación impone a un sujeto determinado una conducta que normalmente no le es exigible, en tanto que el deber impone, a todos los actores sociales indeterminadamente, conductas que deben valorarse como normalmente exigibles.

En un caso la regla es la excepcionalidad, en el otro la normalidad.

7.3.- Cuando hay una obligación, alguien debe hacer algo que ningún otro sujeto debe hacer; cuando hay un deber, todos los sujetos deben hacer lo que la ley manda.

7.4.- Si A le debe dinero a B., sólo A debe cumplir esa prestación y sólo B puede reclamar este cumplimiento; pero todos los conductores de vehículos que circulan por la vía pública deben detenerse ante un semáforo en rojo, porque la ley de tránsito impone el deber de hacerlo así.

7.5.- Musto, siguiendo las enseñanzas de Gatti, al analizar la teoría de la obligación pasiva universal de Planiol y Michas ²⁰ dice: "En segundo lugar esta teoría.. otorga una extensión a la palabra obligación que es ajena al concepto auténtico del término, como ya lo señalara Savigny, oscureciéndolo de este modo en su cabal y prístino significado y confundiéndolo con el deber de respetar los derechos ajenos.. Tal aspecto se patentiza en la observación de que la obligación pasiva universal no figura -como obligación- en el pasivo del patrimonio de los supuestos obligados.."

7.6.- Las medidas cautelares judiciales ¿son deberes inherentes a la cosa, o son obligaciones inherentes a la cosa?

7.7.- El procesalista Ramacciotti, recuerda las enseñanzas de Segovia, cuando

16 CC Ley 340.

17 Arts. 2469, 2470 y 2490 CC.

18 Ley 340.

19 Art. 1933 CCCN.

20 Musto, Néstor Jorge "Derechos Reales", Editorial Rubinzal - Culzoni, Imprenta Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1981 Tomo I, Pág. 30; que se remite a Gatti, Edmundo, Teoría General de los Derechos Reales, Ed. Abeledo - Perrot, Bs. As. 1975, pag. 9.

aquél sostenía que el embargo era una especie de "hipoteca Judicial", o sea una especie de derecho real impropio: "El embargo - escribía Segovia- viene a engendrar una especie de prenda o hipoteca judicial, que afecta la cosa embargada al pago del acreedor ejecutante, y que surte idénticos efectos sobre el dominio, y respecto de terceros (arts. 736, incs. 1 y 2, 1180 y arg. de ellos); salvo los efectos del derecho de retención (ver arts. 3948, 3944) y los privilegios preexistentes (art. 3236, etc.), pues no causa privilegio (en contra arg. del art. 1467 inc. 1)."²¹

Pero Ramacciotti no adhiere a la postura de Segovia.

Para él, el embargo no es ni una hipoteca ni una prenda judicial.

7.8.- Hasta aquí, la doctrina no nos determina si estamos frente a deberes u obligaciones inherentes a la posesión o a la tenencia de cosas, pero por lo menos superamos la confusión de estas medidas judiciales con algún derecho real de garantía.

VIII.- LA NATURALEZA ESENCIALMENTE PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

8.1.- Ramacciotti cita a Podetti, definiendo al embargo como una "medida judicial": "Podetti define al embargo en términos que compartimos, como una medida judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizado y limitando las facultades de disposición y goce."²²

8.2.- Si el embargo viene a limitar facultades de disposición y de goce sobre una cosa, la cuestión tiene alguna similitud con el efecto de los derechos reales sobre cosa ajena, ya que estos, precisamente, limitan algunas de las facultades propias del dominio o de otros derechos reales sobre cosa propia cuando están gravados.

8.3.- Por otra parte, desde mucho antes de la vigencia del nuevo CCCN, la doctrina ya se planteaba la cuestión el derecho de preferencia del primer embargante, que ahora aparece prevista normativamente: "Lambías plantea el problema con una precisión tal, que justifica plenamente la siguiente transcripción: "Realizada la subasta del bien embargado, su producido se aplica a enjugar y saldar el crédito por cuya causa fue trabado el embargo y dispuesta la enajenación forzada. El remanente, una vez cubierto el interés del embargante, queda a favor del deudor que era dueño del bien subastado. Pero puede ocurrir que, al tiempo de la subasta, existan varios embargos sobre el mismo bien: se trata de saber si el producido de la venta se aplicará a satisfacer enteramente el crédito del primer embargante, y luego, del mismo modo, los créditos de los demás embargantes, escalonados según la fecha de la traba del respectivo embargo, o si el precio obtenido se prorrata entre todos los embargantes, sin atender a la fecha de los embargos"²³.

8.4.- La contestación a este interrogante era antes puramente doctrinaria, pues no resultaba ni de los códigos de procedimientos ni del código civil: "El problema reseñado ha sido resuelto, en definitiva en el sentido de que el embargo anterior tiene prelación frente a los otros embargantes de fecha posterior, con créditos quirografarios, conforme al brocardo latino "prior in tempore, potior jure" -el primero en el tiempo es mejor en derecho- tal como se ha consagrado en la jurisprudencia."²⁴

21 Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto; "Compendio de Derecho Procesal Civil", editorial Depalma Bs. As. 1981, Tomo III, pág. 77.

22 Op. Cit. Pág. 77 N° 1 cita a Ramiro Podetti, Tratado de las ejecuciones, p. 143, n° 85. Agrega que, para la Cámara Civil y Comercial 1ª. De Córdoba, el embargo constituía también una especie de "hipoteca judicial", remitiendo para esta doctrina judicial a "Comercio y Justicia" XII, p. 97.

23 Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto, op. Cit. Pág. 137 n° 23, primera parte.

24 Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto, op. Cit. Pág. 137 n° 23, segunda parte.

8.5.- Adviértase que se usaba -antes de la sanción del nuevo CCCN- para determinar los efectos de esta medida cautelar judicial, el embargo, un principio que también se aplica al "Jus Preferendi" de los derechos reales: "el primero en el tiempo tiene mejor derecho".

8.6.- Antes de la vigencia del CCCN la doctrina se preguntaba llanamente si quién adquiriría una cosa embargada debía hacerse cargo del gravamen. ¿Se aplicaba el principio de "primero en el tiempo mejor en el derecho", también al adquirente de una cosa embargada?

El nuevo art. 745 ha dado una esperada respuesta normativa a este interrogante, pero no todas las cuestiones están resuelta.

IX.- La oponibilidad de las medidas judiciales a los terceros adquirentes dependerá de que las mismas tengan una publicidad adecuada.

9.1.- Frente a los terceros adquirentes de una cosa embargada o gravada con otra medida cautelar judicial dependerá de la publicidad que haya tenido el embargo o cualquier otra medida; y esta publicidad será la que corresponda a la cosa embargada.

9.2.- Si se trata de un inmueble, el embargo deberá haberse inscripto en el registro de la propiedad inmobiliaria antes de que el tercero adquirente haya recibido la posesión o haya inscripto su derecho real sobre la cosa a su nombre.

9.3.- Lo mismo ocurrirá si se trata de cosas sujetas a otros registros declarativos, como buques, aeronaves o ganados de raza.

9.4.- Si se trata de un automotor - cosa mueble sujeta a un registro constitutivo- el embargo deberá inscribirse antes que el dominio - u otro derecho real - se hayan inscripto a nombre del adquirente.

Lo mismo ocurrirá en caso de otras cosas con registración constitutiva, como caballos pura sangre de carrera o palomas mensajeras.

9.5.- Si se trata de cosas muebles no registrables el embargo sobre tendrá efectos publicitarios si se realiza también el secuestro del bien.

9.6.- En todos los casos, el embargo será oponible al tercero adquirente si se prueba que conocía de la cautelar, a cuyos fines podrá usarse todo medio de prueba: "...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."²⁵

9.7.- Adviértase que, sobre la base de la disposición concreta del art. 745 del CCCN, estamos aplicando las normas de oponibilidad a terceros que resuelven los conflictos entre derechos reales, en el marco de la prueba en una acción reivindicatoria, ya sea de inmuebles, de muebles registrables o de muebles no registrables²⁶ entre un primer adquirente y un tercero adquirente, aplicando esas reglas al embargo por extensión analógica.

9.8.- Con mayor razón desde que el art. 1933 del CCCN, ha ingresado estas medidas judiciales al campo de las obligaciones o deberes inherentes a la posesión y a la tenencia, esta interpretación sistemática sería válida.

²⁵ Art. 1893 CCCN, última parte.

²⁶ Arts. 2256, 2257 y 2258 del CCCN.

X.- En el conflicto entre el tercero adquirente que recibe la posesión de la cosa inmueble, la inscripción de su derecho sobre la misma, y la anotación de un embargo, prevalece lo que primero haya sucedido.

10.1.- Si A embarga un inmueble de B, éste último puede vender la cosa embargada; y si C compra el inmueble ¿Está obligado C. a pagar la deuda de B por la que se trabó el embargo?

10.2.- Si la cosa objeto de la medida judicial es un inmueble, como los inmuebles son cosas registrables, para que el tercero adquirente sea alcanzado por el deber de respetar la cautelar, esta tiene que haber tenido publicidad antes de que el adquirente haya adquirido la posesión de la cosa o antes de que haya inscripto su título.

10.3.- En el conflicto entre publicidad de la cautelar, publicidad de la causa de la mutación de la titularidad del derecho real sobre la misma y la posesión de la cosa, prevalece lo que haya ocurrido primero.

10.4.- Si el tercero adquirente recibió la tradición de la cosa antes de anotarse el embargo, la cautelar no le será oponible.

10.5.- Si el tercero inscribió el contrato por el que adquiriría -compraventa por ejemplo- antes de anotarse el embargo, el embargo no le será oponible tampoco.

10.6.- Pero si el embargo se anotó antes de que el tercero adquirente recibiera la posesión o inscribiese su título, el embargo será una obligación inherente a la posesión del nuevo dueño.

10.7.- La registración de los inmuebles es declarativa, o sea que en principio, las mutaciones de su situación jurídica son oponibles a terceros -en este caso el embargante- cuando han sido registradas, o cuando el adquirente ha sido puesto en posesión de la cosa antes de anotarse el embargo²⁷.

La oponibilidad a terceros de la adquisición puede resultar tanto de la prioridad en la posesión²⁸ como de la prioridad en la inscripción registral del título.

XI. EVOLUCIÓN DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LOS DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES

11.1.- En el viejo C.C. -antes de la reforma de 1968- solamente se exigía la registración del derecho real de hipoteca: "La constitución de una hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto."²⁹

11.2.- Esta registración hipotecaria era perfectamente declarativa, ya que el derecho real existía y era oponible a los contratantes, a sus herederos y a todos los que hubieran conocido de su constitución: "... Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de la inscripción, y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada"³⁰.

11.3.- La ley 17711, al reformar el viejo CC. en 1968, extendió la exigencia de inscripción registral a todos los derechos reales sobre inmuebles: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada median-

²⁷ Art. 1893 CCCN.

²⁸ Art. 2256 CCCN.

²⁹ Art. 3135 Código Civil (ley 340) primera parte.

³⁰ Art. 3135 CC (ley 340) segunda parte.

te la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda.”³¹

11.4.- Al ampliarse la exigencia de registración a todos los demás derechos reales sobre inmuebles, se mantuvo el modelo de inscripción declarativa que Vélez Sarsfield proyectó para la hipoteca: “Esas adquisiciones o transmisiones (de derecho reales) no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.”³²

11.5.- Estas disposiciones del viejo código civil fueron complementadas en el mismo sentido ya señalado, por la Ley 17801 que aún continúa vigente con algunas modificaciones.

XII.- La publicidad registral en el CCCN vigente y sus leyes complementarias.

12.1.- El actual CCCN (ley 26994) conserva el sistema de inscripción declarativa para la oponibilidad a los terceros de los derechos reales sobre inmuebles: “La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe, mientras no tengan publicidad suficiente.”³³

12.2.- Distingue la ley vigente la publicidad posesoria de la publicidad registral: “Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión según el caso.”³⁴

XIII. ESTADO ACTUAL DE LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES: REGISTROS DECLARATIVOS Y REGISTROS CONSTITUTIVOS

13.1.- Si la inscripción es constitutiva -automotores por ejemplo- la inscripción será modo necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real a terceros: “Si el modo fuera inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.”³⁵

XIV. PUBLICIDAD REGISTRAL Y BUENA FE

14.1.- Sea constitutiva o meramente declarativa la registración, no pueden ampararse en su defecto los terceros de mala fe, o sea quienes conocieron o pudieron conocer la causa de la mutación del derecho real: “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.”³⁶

14.2.- Es muy importante destacar que la posibilidad de conocer las constancias registrales, o el deber jurídico de consultarlas, son equivalente pleno al conocimiento efectivo de las constancias registrales a efectos de determinar la buena o mala fe del tercero.

14.3.- Si bien los embargos, y todas las demás medidas cautelares judiciales, no son derechos reales ni personales, sino manifestación del “imperium” y de la “coertio” de los jueces, esto es, manifestaciones del poder del estado dirigido a asegurar la conviven-

31 Art. 2505 CC (ley 340) primera parte.

32 Art. 2505 CC (ley 340) segunda parte (el entre paréntesis me pertenece).

33 Art. 1893 CCN (ley 26994 primera parte).

34 Art. 1893 CCCN (ley 26994) segunda parte.

35 Art. 1893 CCCN (ley 27994) tercera parte.

36 Art. 1893 CCCN (ley 26994) última parte.

cia de los ciudadanos, para su validez frente al interesado se requiere, entre las partes, la notificación de la medida judicial, y frente a los terceros, su publicidad.

14.4.- Es válida la extensión analógica para estas medidas judiciales de la explicación que daba Vélez Sarsfield, citando a Texeira de Freitas, a la exigencia de publicidad para la constitución de los derechos reales: "Freitas, sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad, dice: "Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que estos signos deben ser tan visibles y públicos cuanto sea posible. No se concibe una sociedad que esté obligada a respetar un derecho que no conoce."³⁷

14.5.- Sin embargo, desde tiempos remotos, la constitucionalidad de las medidas cautelares judiciales -regladas por el derecho procesal, reservado a las provincias-, fue vista como en conflicto con el Código Civil, cuya sanción corresponde al Congreso de la Nación.

14.6.- Este conflicto se veía como doble: por un lado por la jurisdicción del legislador; por el otro, por la restricción de los derechos patrimoniales -reales, personales, y otros- que estas medidas pueden ocasionar.

XV. EL CONFLICTO ENTRE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD

15.1.- En cuanto a la restricción del derecho de propiedad que pueden causar las medidas cautelares judiciales, recordemos que la propiedad tiene sus límites en las leyes que reglamentan su ejercicio, y pendiente un juicio es tan merecedor de tutela el derecho de propiedad del demandado como el del actor.

15.2.- Para equilibrar los intereses contrapuestos el derecho procesal prevé una serie de exigencias, como las contracautelas, la pendencia del litigio, los plazos de perención de la instancia, etc.

15.3.- De la Colina continúa explicando: "El primer argumento deriva de una cláusula de la constitución nacional. Si por ella se consagra como uno de los derechos inalienables e imprescriptibles el de usar y disponer de la propiedad ¿cómo puede una ley reglamentaria suspender por tiempo indeterminado el ejercicio de este derecho? Basta para la réplica que no hay derechos absolutos, sino que, como lo declara el mismo texto invocado, su goce se asegura de conformidad a las leyes que lo reglamentan. Y ninguna reglamentación más justa y puesta en razón que la que impide que, a título de esa garantía, se defraude a terceros."³⁸

15.4.- Así las cosas, los arts. 242, 743, 745 y 1939 del CCCN da legitimación expresa en el derecho de fondo a las medidas cautelares judiciales, para cuya oponibilidad deberán aplicarse las normas procesales sobre notificación y eventuales impugnaciones de las mismas, y las normas del código civil sobre oponibilidad a terceros poseedores o tenedores de las cosas embargadas o cauteladas.

15.5.- Si el embargo (u otra cautelar) recae sobre un inmueble, será totalmente aplicable el principio de prioridad registral: registrada la medida el tercero adquirente no podrá alegar buena fe, desde que estaba obligado a consultar la situación jurídica del

³⁷ Nota al art. 577 del CC.

³⁸ De la Colina, Salvador; Op. Cit. Pág. 234 n° 886. Remite al art. 14 de la Constitución Nacional.

inmueble antes de contratar sobre el mismo: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, como así también certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales."³⁹

15.6.- La disposición está dirigida a los escribanos o funcionarios autorizantes del acto, pero también están alcanzados por este mandato los contratantes.

15.7.- Si el otorgante no hubiera solicitado al escribano la preparación del acto, ¿para que pediría éste la certificación?

Si todos conocen la ley, los interesados saben -de jure- que deben verificar las constancias registrales antes de contratar.

15.8.- El sentido de la norma es responsabilizar también al funcionario por defecto, pero los primeros alcanzados por el mandato son los propios contratantes.

El escribano no podrá alegar que el comitente no le indicó que debía pedir previamente la certificación, y ni siquiera que el propio comitente lo liberó de hacerlo.

15.9.- En el caso de registro del automotor, el art. 16 del Decreto Ley 6582/58 establece la presunción jure de que todos los ciudadanos conocen las constancias del registro: "A los efectos de la buena fe previstos en los artículos 2º, 3º y 4º del presente, se presume que los que adquieren derechos sobre un automotor, conocen las constancias de su inscripción y de las demás anotaciones que respecto de aquél obran en el Registro de la Propiedad del Automotor, aún cuando no hayan exigido del titular o del disponente del bien, la exhibición del certificado de dominio que se establece en este artículo"⁴⁰

De esta manera nadie podrá alegar buena fe en contra de las constancias de este registro.

XVI. EL CASO DE LA CAUTELAR JUDICIAL INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES

16.1.- El punto más álgido del problema se señaló con la inhibición general de bienes, con la cual, desconociendo el acreedor bienes concretos para embargar, bloqueaba la totalidad del patrimonio del deudor.

16.2.- Decía de la Colina (año 1916): "Si decretado embargo y librado mandamiento, no puede hacerse efectivo porque no se ofrecen o conocen bienes al deudor, podrá solicitarse su inhibición, la que se levantará tan pronto como se presenten bienes bastantes a embargo. Se critica con frecuencia la inhibición, y pende actualmente en la legislatura un proyecto suprimiéndola. Su autor, el ex senador don Julio Costa, la tildaba de inconstitucional, como opuesta a los principios, declaraciones y garantías constitucionales; y porque, aunque así no fuese, su legislación sería de jurisdicción nacional."⁴¹

16.3.- La disposición del art. 1939 del CCCN vigente cierra el debate sobre el conflicto de competencia entre el Congreso de la Nación y las legislaturas provinciales compatibilizándolas legislativamente.

16.4.- Aunque la jurisprudencia y la doctrina ya habían solucionado este asunto, creo que es muy positivo que el código de fondo haya saldado normativamente la cuestión.

39 Art. 23 ley 17801.

40 Art. 16 Decreto Ley 6582/58 Ley N° 22.977, artículo 1º.

41 De la Colina, Salvador; "Derecho y Legislación Procesal - Materia Civil y Comercial- 2da. Edición, corregida y aumentada", Editorial Librería Nacional - I. Lajouane & Cia., Bs. As. 1916, Pág. 234, Sección II - Inhibición, n° 886.

XVII. OTRAS PARTICULARIDADES DE LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES

17.1.- La inhibición general de bienes, que se despacha solamente cuando el peticionante de la cautelar acredita que el presunto deudor no tiene bienes a su nombre, tienen problemas adicionales, como ser la posibilidad de inscribir una de estas medidas en el registro del automotor.

17.2.- Otro problema a resolver es si el juez puede o debe requerir el previo diligenciamiento de un mandamiento de embargo en el registro que corresponda, y que solamente si el registro informe que no existen bienes a nombre del deudor, se podrá despachar la inhibición.

Si no se encuentran inmuebles en el registro de la propiedad, se podrá librar una orden de inhibición que se anotará en el registro inmobiliario que corresponda.

17.3.- Pero si el embargante manifiesta desconocer la existencia de otros bienes y hay peligro en la demora de que se puedan ocultar o enajenar los que hubiera, el Juez debería ordenar la inhibición.

Si posteriormente el inhibido presenta bienes al embargo, podrá pedir la cancelación de la inhibición.

17.4.- Otra cuestión es que la inhibición no da preferencia contra otros embargos, pero sí otorga preferencia al solicitante de esta cautelar contra los terceros adquirentes de la cosa, con la particularidad que éstos no podrán hacerse cargo de la inhibición para adquirir la cosa, con lo que el bloqueo resulta mucho más gravoso que en caso de embargos: "Tal como anota Alsina, ante la ineficacia del embargo, porque el deudor no ha ofrecido bienes al embargo o porque el acreedor no los conoce, precisará éste buscar un arbitrio cautelar sustitutivo, que consistirá justamente, en imposibilitar al deudor la enajenación o el gravamen de bienes inmuebles que tenga inscriptos a su nombre, en el momento de la anotación de aquél, en el Registro de la Propiedad, y de los que adquiera posteriormente, por cualquier causa que sea; pues ningún escribano público puede autorizar una escritura de transferencia de dominio cuando del certificado que debe solicitar del registro, resulta que el deudor se halle inhibido de disponer de sus bienes"⁴².

17.5.- La inhibición impide a sujeto cautelado disponer de sus bienes, y solamente se sustituye cuando el deudor ofrece bienes al embargo o son embargados bienes de éste: "...la inhibición no es una medida contra la persona sino contra los bienes, no configurando una prohibición o una interdicción personal, sino la prohibición o interdicción de transferir, modificar o gravar bienes raíces o derechos reales sobre ellos, no extendiéndose a otra clase de bienes; en segundo lugar, es un sustituto del embargo pero no da preferencia alguna en el pago, y en tercer lugar, que solamente procede cuando el deudor no tiene bienes para embargar, o éstos son insuficientes."⁴³

17.6.- Las inhibiciones generales de bienes pueden inscribirse también en el Registro del Automotor.

17.7.- Como norma general, el art. autoriza la inscripción de embargos y otras cautelares genéricamente, por lo que estas inhibiciones estarían comprendidas: "En los Registros Seccionales se inscribirá el dominio de los automotores, sus modificaciones, su extinción, sus transmisiones y gravámenes. También se anotarán en ellos los embargos y otras medidas cautelares, las denuncias de robo o hurto y demás actos que prevea este cuerpo legal o su reglamentación. El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer que

⁴² Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto, op. Cit. Pág. 175, que cita a Alsina, Hugo, Tratado teórico - práctico de derecho procesal civil y comercial, t. V n° 22 p. 503.

⁴³ Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto, op. Cit. Pág. 175, que citan a Pdetti, Tratado de las medidas cautelares n° 78 ps. 225, 226 y 227.

determinadas inscripciones o anotaciones se cumplan ante la Dirección Nacional, en forma exclusiva o concurrente con los Registros Seccionales, cuando fuere aconsejable para el mejor funcionamiento del sistema registral.⁴⁴

El art. 17 dispone distintos plazos de caducidad para la inscripción de los embargos (3 años) y de las inhibiciones (5 años).⁴⁵

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, Daniel Eduardo; "Ley Registral Inmobiliaria - Ley 5771 y Disposiciones Técnico Registrales", Editorial Alveroni, Córdoba 2002.
- Alchouron, Carlos E. - Bulygin, Eugenio; "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Editorial Astrea, Bs. As. 1987.
- Bortolatto, Ana María; "Derechos Reales - Manual", Editorial Conosur, Córdoba 1994.
- Bortolatto, Ana María; "Manual Guía de Derechos Reales", Editorial Francisco Ferreyra, Córdoba 2000.
- De la Colina, Salvador; "Derecho y Legislación Procesal - Materia Civil y Comercial- 2da. Edición, corregida y aumentada", Editorial Librería Nacional - J. Lajouane & Cia., Bs. As. 1916
- Escriche, Joaquín D.; "Novísima Edición del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia - Compilado, Concordado y Comentado por D. Francisco Pi y Arsuaga", Editorial Garnier Hermanos, París 1901.
- Highton, Elena; "Derechos Reales - Vol. 1: Posesión", Editorial Ariel, Bs. As. 1979.
- Kiper, Claudio; "Tratado de Derechos Reales - Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994", Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2016.
- Laquis, Manuel Antonio; "Derechos Reales", Editorial Depalma, Bs. As. 1975.
- Lafaille, Héctor; "Curso de Derechos Reales - Notas Taquigráficas de Isauro Arguello (h) y Pedro Frutos", Editorial Talleres Gráficos Ghio, Bs. As. 1925/1926.
- Lafaille, Héctor; "Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales", Editorial Ediar, Bs. As. 1943.
- López de Zavalía, Fernando J.; "Derechos Reales", Editorial Zavalía, Bs. As. 1989.
- Martínez, Zenón; "La Posesión", Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1939.
- Mariani de Vidal, Marina; "Curso de Derechos Reales", Editorial Zavalía, Bs. As. 1997.
- Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana; "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Editorial Zavalía, Ciudad Autónoma de Bs. As. 2016.
- Martínez, Víctor; "La posesión en la codificación civil hispanoamericana (Concepto y Elementos)", Editorial Banco Social de Córdoba, Córdoba 1990.
- Moisset de Espanés, Luis; "Clases de Derechos Reales", Editorial Advocatus, Córdoba, 1998.
- Moisset de Espanés, Luis; "Publicidad Registral", Editorial Advocatus, Córdoba, 1991.
- Molinario, Alberto; "De las Relaciones Reales", Editorial Universidad, Bs. As. 1981.
- Musto, Néstor Jorge; "Derechos Reales". Editorial Rubinzal - Culzoni, Imprenta

44 Art. 7 Decreto Ley 6582/58, Ley N° 22.977, artículo 1°.

45 Art. 17 Decreto Ley 6582/58 ratificado por Ley N° 14.467.

- de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1981.
- Papaño, Ricardo José; Kiper, Marcelo Claudio; Dillon, Grgorio Alberto y Causse, Jorge Raúl; "Derechos Reales", Editorial Depalma, Bs. As. 1989.
 - Ramacciotti, Hugo y López Carusillo, Alberto; "Compendio de Derecho Procesal Civil", editorial Depalma Bs. As. 1981.
 - Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)" Tomo I; Editorial F. Pereyra e hijos - Editores", Bs. As. 1927.
 - Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)" Tomo 2 - Segunda Parte Propiedad; Editorial Jesús Menendez, Bs. As. 1930.
 - Ventura, Gabriel B.; "El Régimen Registral del Automotor", trabajo publicado originalmente en el "Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales", Dirigido por la Dra. Palacio de Caeiro, Ed. La Ley, Bs. As., 2013.
 - Ventura, Gabriel B.; "Ley 17801 - Registro de la Propiedad Inmueble - Comentada - Anotada", Editorial Hammurabi, Bs. As. 2009.
-