

El embargo como derecho real procesal*

Por **María Eugenia Alterini**

Sumario

I. Aproximaciones preliminares. II. Cuestión de la alienabilidad del objeto embargado. a) Criterio de la inalienabilidad. b) Criterio de la alienabilidad condicionada por la previa asunción del embargo por el adquirente del objeto respectivo. c) Criterio de la alienabilidad. d) Mi opinión. III. Quid de si el embargo configura un derecho real. Estado de la cuestión. IV. Mi opinión: el embargo es un derecho real procesal. a) Poder jurídico sobre el objeto. b) Relación directa con el objeto. c) Deber de no afectar la garantía. d) Inherencia. *Ius perseguendi*. e) Inherencia. *Ius preferendi*. V. Réplica a algunas argumentaciones que niegan la condición de derecho real del embargo. VI. Polémica acerca del significado y alcances de la especialidad en el embargo. a) Fallos plenarios. b) Especialidad en cuanto al objeto. c) Especialidad en cuanto al crédito. Verdaderos alcances.

I. Aproximaciones preliminares

El embargo es la más característica de las medidas cautelares y, como todas ellas, pretende, como señala Podetti: "... prevenir posibles perjuicios a los sujetos de un litigio o de un posible litigio o, más precisamente, a los titulares o presuntos titulares de un derecho subjetivo material, que eventualmente puede ser actuado ante la jurisdicción (interés privado). Y por el otro, procurar que la función jurisdiccional pueda cumplirse esclareciendo la verdad del ca-

*Publicado en *El Derecho* del 4/2/2005.

so planteado, para decidirlo conforme a derecho y ejecutar lo decidido, restableciendo el orden jurídico con el menor daño y menoscabo en los bienes y en las personas (...) en las medidas cautelares, donde existe un interés privado o particular de los litigantes, hay un interés de la colectividad en que no se dañen bienes de consumo o se entorpezca la producción, el comercio o los servicios públicos y el genérico del Estado en mantener y restablecer el orden jurídico”¹.

Para Couture: “Más que al interés privado, el embargo mira el interés público y al prestigio mismo de la justicia”².

Concretamente, el embargo tiende: “... a la afectación por orden del órgano judicial, de uno o de varios bienes del deudor, o presunto deudor, al pago del crédito sobre el cual versa un proceso de ejecución, o de un crédito que se reclama o ha de ser reclamado en un proceso de conocimiento”³.

Aunque para los fines de esta investigación son poco significativas las diferencias entre las distintas categorías de embargos, para una correcta precisión conceptual, debe recordarse que pueden agruparse en preventivos, ejecutivos y ejecutorios⁴.

El embargo preventivo, que es el más frecuente, responde a los requisitos de las medidas cautelares, que han menester de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela⁵. Tiene en mira asegurar la eficacia de un proceso de conocimiento o de ejecución en tanto el acreedor carezca de un título ejecutivo completo, por ejemplo, si el instrumento privado no fue reconocido.

El embargo ejecutivo se decreta en el inicio del juicio ejecutivo promovido en virtud de un título judicial, tal como lo prevé el art. 502 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), o ante un título extrajudicial fehaciente que sustente la verosimilitud del derecho (art. 531, CPCCN); en ambos casos no es necesaria la contracautela.

El embargo ejecutorio sobreviene ante la inexistencia de excepciones a la ejecución, o si ellas son desestimadas por sentencia firme. Como advierte Palacio, el embargo ejecutivo se transforma en ejecutorio frente a cualquiera de

(1) Podetti, J. Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, “Tratado de las Medidas Cautelares”, 2ª ed., actualizada por Víctor A. Guerrero Leconte, Buenos Aires, 1969, t. IV, págs. 16 y 17.

(2) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1942, pág. 290, n° 245.

(3) Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, “Procesos de Conocimiento (Sumarios) y de Ejecución”, Buenos Aires, 1982, t. VII, pág. 230, n° 1009.

(4) Ver Palacio, ob. cit., pág. 231 y sigs., n° 1010; Fassi, Santiago C.; Yáñez, César D., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 3ª ed., Buenos Aires, 1989, t. 2, § 3, pág. 83; Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed., Buenos Aires, 2001, t. 1, págs. 750/751.

(5) Ver Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, 1996, t. V, pág. 129 y sigs.

las circunstancias indicadas y “... no es necesario el pronunciamiento de resolución alguna que le confiera expresamente tal carácter”⁶.

En cuanto al objeto del embargo, entiendo que puede recaer sobre las cosas y los derechos con contenido patrimonial. Sin duda el objeto más común del embargo es la cosa mueble o inmueble; la condición patrimonial es rasgo ineludible para la conceptualización de las cosas, pues según el art. 2311 del Cód. Civil son “... los objetos materiales susceptibles de tener un valor”, sin perjuicio de que a tenor de esa misma norma: “Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.

Pero también son embargables los derechos patrimoniales, es decir, “Los objetos inmateriales susceptibles de valor”, o bienes en sentido estricto (art. 2312, Cód. Civil).

Tal amplitud del objeto del embargo sustenta la idea de que son embargables los derechos creditorios, los derechos intelectuales y los derechos familiares patrimoniales. Incluso, el Código Civil deja en claro que los créditos son embargables; así, en el art. 736 que alude a la deuda “embargada judicialmente”.

La variabilidad del objeto del embargo explica que su traba asuma modalidades diversas. Alsina refiere: “La individualización se obtiene mediante el secuestro de la cosa mueble por el oficial de justicia y su entrega en custodia al depositario; por la anotación en el Registro (...) cuando se trata de inmuebles; por la notificación al deudor del ejecutado cuando recayere en un crédito; por la designación de un interventor si se trata de recibir prestaciones sucesivas (alquileres, consultorios de profesionales, entradas a un teatro, etc.)”⁷.

En otro ámbito de análisis, tampoco se crea que el embargo resguarda sólo a derechos patrimoniales como los personales o creditorios, intelectuales y familiares patrimoniales, pues también los derechos reales quedan comprendidos en su amplio espectro tutelar; piénsese que el embargo puede ser dictado en el área de las acciones reales, que defienden a los derechos reales (ver para la acción reivindicatoria los arts. 2417, 2483, 2786 y 2788, Cód. Civil y 209, inc. 4°, CPCCN).

II. Cuestión de la alienabilidad del objeto embargado

Sobre el tema en cuestión se han expuesto distintos criterios, uno que niega la posibilidad de la enajenación del objeto embargado, otro que la condiciona con la previa asunción del embargo por el adquirente del objeto respectivo y, finalmente, la tesis que acepta su enajenación.

(6) Palacio, ob. cit., pág. 233.

(7) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*, 2ª ed., actualizado por Jesús Cuadrao. “Ejecución forzada y medidas precautorias”, Buenos Aires, 1962, t. V, pág. 62, nº 9.

a) Criterio de la inalienabilidad

La voz “embargo”, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa en el Derecho: “retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento del juez o autoridad competente”.

La etimología del vocablo “embargar” apunta a impedir, detener, paralizar, imponer por un juez la retención de bienes, prohibir el comercio de ciertos productos y deriva del latín vulgar *imbarricare*, o sea “colocar detrás de barras”, pues *barricare* proviene de “barra”⁸.

Ubicado en la visión clásica de los efectos del embargo, que pone énfasis en la afectación del poder dispositivo, afirma Couture: “... que no se refiere tanto al dominio, como a la facultad de disposición (...) El Estado se incauta en forma provisoria sin perjuicio de los procedimientos de oposición de parte del deudor o de terceros, en los casos permitidos por la ley, a fin de asegurar más tarde el cumplimiento de la sentencia definitiva de ejecución...”⁹.

Alsina resalta que el objeto del embargo es “... la individualización y la indisponibilidad del bien afectado...” y que su efecto es: “... poner la cosa a disposición del juez que ordenó el embargo, sin cuyo conocimiento no puede dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente”. No obstante, reconoce luego que: “... la indisponibilidad del bien embargado no es absoluta. El Código Civil permite su enajenación a condición de que se declare la existencia del embargo (arts. 1174 y 1179), en cuyo caso el embargo recae sobre el precio de venta, que ocupa jurídicamente su lugar: *pretium succedit loco rei* y, en su defecto, la transferencia queda supeditada a los resultados del juicio en que se trabó el embargo”¹⁰.

Podetti, por su parte, apunta que el embargo afecta los objetos embargados, “... individualizándolos y limitando las facultades de disposición y de goce”¹¹.

Según Palacio: “El embargo produce, en primer lugar, el efecto consistente en individualizar e inmovilizar uno o más bienes del deudor, asegurando de tal manera que el importe resultante de su eventual realización se destine a la satisfacción del derecho del acreedor”. Sin embargo, más adelante, limita los alcances de su aserto, al observar que: “... el embargo no excluye en forma absoluta la facultad de disposición sobre los bienes afectados por la medida. Las cosas embargadas, en el derecho argentino, pueden ser objeto de los contratos siempre que se declare la existencia del embargo (arts. 1174 y 1179, Cód. Civil)”¹².

Es vacilante un fallo de la Corte Suprema de la Nación, que predica, en primer término: “... que el embargo, como la palabra lo indica, significa el secuestro de la propiedad, o la interdicción de disponer de la misma por parte

(8) Ver Gómez de Silva, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pág. 247.

(9) Couture, ob. cit., págs. 290/291.

(10) Alsina, ob. cit., págs. 62 y 64. También, Cuadrao, Jesús, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Comentado y Concordado*, 3ª ed., Buenos Aires, 1972, pág. 244.

(11) Podetti, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, “Tratado de las ejecuciones”, 2ª ed., actualizada por Víctor A. Guerrero Leconte, Buenos Aires, 1968, t. VII-A, pág. 205.

(12) Palacio, ob. cit., págs. 222 y 223, ptos. a) y c), nº 1011.

de deudor en beneficio del acreedor que lo ha obtenido”, agrega inmediatamente: “De tal manera que si a su pesar se transfiriera a un tercero el dominio, sería siempre, y en el mejor de los casos, con el gravamen constituido, que supedita los derechos del adquirente a las resultas del juicio, como si el bien no hubiera sido enajenado”¹³.

Quien fuera destacado profesor de la Universidad de Milán, Alberto Montel, expresa que el embargo tiene “... el efecto de inmovilizar el bien y destinarlo a un determinado fin, de impedir que sea sustraído de la ejecución... El embargo preventivo afecta la disponibilidad material de la cosa, con el fin de impedir que el deudor la sustraiga o la deteriore”¹⁴.

Alsina Atienza asevera que no es posible la venta extrajudicial del objeto embargado contra la voluntad del embargante y que éste tiene derecho a oponerse, por lo cual debe ser oído antes de la venta y concluye: “La venta debe ser judicial salvo consentimiento del embargante o suficiencia del precio para cubrir íntegramente su embargo (...) La falta de audiencia previa vicia de nulidad la venta (...) La acción de nulidad exige el perjuicio del embargante, como condición esencial”¹⁵.

En tesis semejante, Highton y Nabar sostienen: “Estando una cosa embargada, el que la adquiere sabe que el que la enajena no puede hacer tradición válida y por lo tanto no puede adquirir el dominio sin que previamente se levante el embargo (arts. 587, 2601, 2602, 3265 y concs., Cód. Civil) (...) no podrá enajenarla sin hacer presente la existencia del embargo y no podrá mientras subsista el embargo hacer tradición de la misma pues el embargo pone la cosa a disposición del magistrado que debe a su tiempo, entregarla al adquirente por intermedio del oficial de justicia (...) reiteramos que una vez embargado el bien sólo puede procederse a su venta, ya sea judicial o privada cuando se haya obtenido orden o autorización judicial para así hacerlo, previa audiencia del acreedor embargante (...) el embargo traba la facultad de disponer del titular de la cosa embargada”¹⁶.

b) Criterio de la alienabilidad condicionada por la previa asunción del embargo por el adquirente del objeto respectivo

Ferrari Ceretti, en postura por entonces novedosa, concluyó, con la mirada puesta en los arts. 1174 y 1179 del Cód. Civil: “El embargo no importa el desapropio sino que limita las facultades de disposición y goce. Mientras el CC

(13) Ver JA, 46-453.

(14) Montel, Alberto, *Apuntes en materia de garantía real*, LL, 14-70 y sigs.; las reflexiones transcriptas constan en pág. 71.

(15) Alsina Atienza, Dalmiro A., *Condiciones y efectos jurídicos de las disposiciones de bienes embargados*, JA, 1933-211 y sigs.; los párrafos citados obran en la pág. 215.

(16) Highton, Elena Inés y Nabar, María Josefina, *Venta del inmueble embargado*, LL, 1885-C-1193 y sigs.; los párrafos reproducidos se incluyen en las págs. 1200 y 1203. La Dra. Highton expuso los mismos lineamientos en su valioso voto ampliatorio del mayoritario, en oportunidad del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 23-8-01, en los autos: “Czertok, Oscar y otro c. Asistencia Médica Personalizada S. A. y otro” [ED, 194-385], LL, 2001-E-656.

admite la transmisión de los bienes embargados, los CPRs. parecen resolver lo contrario”. Y al hacerse cargo de la eventual oposición de los registros a la inscripción de ventas de bienes embargados, adoptó la siguiente singular posición, que volcó en las palabras finales de su aporte: “En el caso de que los adquirentes se hagan cargo de la medida precautoria deben anotarla a nombre de éstos”¹⁷.

Los jueces que llevaron la voz de la mayoría en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 10 de octubre de 1983, calificaron como hipótesis “bastante sutil” la de la transmisión dominial en la que el “adquirente haya asumido la deuda (no el embargo que es consecuencia de aquélla) que gravaba al anterior titular del dominio. Señalaron que “... la inventiva humana, o su apresuramiento, suele hacer pronunciar las más variadas y complejas expresiones, en ocasión de las compraventas. Así encontramos escrituras cuyos adquirentes declaran conocer la existencia de embargos, otras en que los ‘asumen con sola finalidad registral’, otras en que el monto del embargo es retenido para ser dado en pago o en sustitución del gravamen sobre la finca, y finalmente aquellas en que el comprador asume el pasivo que afecta el bien. La recta interpretación del alcance de tales manifestaciones no puede ser preanunciada; pues resulta imposible formular un catálogo de sus infinitas posibilidades”. Al comentar el fallo de la Sala A de esa Cámara, recogido en *ED*, 79-251, dijeron que sin abrir juicio sobre el fondo del asunto: “... allí medió consentimiento del adquirente, respecto de la tesis de que la asunción de un embargo ‘a los fines registrables’ (locución que padece la imprecisión propia del lenguaje no depurado técnicamente), implicó en sustancia asumir una delegación de deuda”¹⁸.

La Sala B de la Cámara Comercial, con invocación de las manifestaciones realizadas por los camaristas antes mencionados, analizó los alcances de las siguientes referencias contenidas en la escritura otorgada a favor del tercero adquirente de un inmueble embargado. En ese instrumento se expresaba: “... no registrándose hipoteca ni otro derecho real, existiendo solamente un embargo preventivo (...) que los compradores reconocen y forman a su cuenta y cargo”. La Sala interpretó que: “La locución transcripta excluye el caso del mero conocedor del gravamen y deviene así una delegación de deuda (...) Asumió la deuda y no el embargo que es una consecuencia de aquélla”¹⁹.

Al tiempo de anotar el fallo que antecede, que comparte, Sarubo vierte apreciaciones que pretenden desmitificar el sentido de la cláusula de la asun-

(17) Ferrari Ceretti, Francisco, *Venta de bienes embargados*, JA, 1973-60 y sigs. sec. doctrina, las reproducciones lucen en las págs. 63 y 65.

(18) Ese plenario fue dictado en la causa “Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira, Rey, Teresa” y los magistrados referidos son los Dres. Carlos Viale, Francisco M. Bosch, Helios A. Guerrero y Juan C. Bengolea, quienes hicieron suyo el proyecto de voto redactado por el Dr. Edgardo Alberti, que no pudo suscribirlo por hallarse en uso de licencia; las citas corresponden a los consids. II *in fine* y IX hacia el final.

(19) Fallo del 10 de marzo de 1986 *in re* “Ingeniería Sánchez S. A. c. Depetro, Salvador A.”, JA, 1986-2-140.

ción del embargo al solo efecto registral. Expresa: "... si Pedro que adquiere de Juan conoce la existencia del embargo y la toma a su cargo, no vale la circunstancia de que el adquirente conoce y acepta tomando a su exclusivo cargo el gravamen descripto al solo efecto registral. No es así la cosa, está equivocado el texto, no se toma el embargo al solo efecto registral, sino tal como está y con todas las consecuencias que surgen del juicio respectivo con las constancias obrantes en los autos correspondientes"²⁰.

La óptica interpretativa que habilita la enajenación del objeto embargado, siempre que el adquirente se haga cargo de la deuda, tiene parangón en lo previsto en el art. 9º de la Ley de Prenda con Registro 12.962, que reza en su primera parte: "El dueño de los bienes prendados no puede enajenarlos, pudiendo hacerlo solamente en el caso que el adquirente se haga cargo de la deuda garantizada..."

De la Ley Registral de la provincia de Santa Fe 6435 se desprende, a través de su art. 20, que la enajenación del inmueble embargado es factible si el adquirente toma expresamente a su cargo el embargo²¹. A su vez, el art. 14 de la ley de la provincia de Córdoba 5771, permite al adquirente asumir la obligación o hacerse cargo solamente del embargo hasta el límite de su monto²².

Más allá de las matizaciones singulares, las distintas ideas expuestas coinciden en cuestionar la enajenación del objeto embargado de no mediar asunción del embargo por el adquirente.

c) Criterio de la alienabilidad

En esta orientación encuadran quienes sostienen que en realidad el objeto embargado puede ser enajenado, pero que tal enajenación es inoponible al embargante en tanto lo perjudique.

Puntualiza Spota: "... que el tercer adquirente de la cosa embargada sea o no de buena fe, sufre los efectos del embargo en cuanto el negocio que celebró con el embargado no le es oponible al embargante que no prestó su consentimiento para el otorgamiento de dicho negocio jurídico (...) la inoponibilidad del negocio jurídico frente al embargante conlleva a la consecuencia de que éste, mientras no sea desinteresado en la totalidad del derecho cuya protección decidió la medida precautoria, tiene una pretensión legítima, que puede hacer valer ante el tercer adquirente..."²³.

Para Llambías, el acto de enajenación es válido entre las partes, pero ino-

(20) Sarubo, Oscar Eduardo, *Embargo preventivo. Levantamiento. Reconocimiento de la deuda*, Revista Notarial, Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 889, págs. 1163 y sigs.; la cita corresponde a la pág. 1166.

(21) Ver Rodríguez Sager, Alfredo, *Monto de la deuda que asume el comprador de un inmueble embargado (art. 20 de la Ley 6435)*, Zeus, t. 27, sec. doctrina, págs. 27 y sigs.

(22) Ver Bossi, Marcelo A., *Algunas consideraciones sobre el levantamiento de embargo por adquirentes*, La Ley Córdoba, págs. 1301 y sigs., en págs. 1309/1310.

(23) Spota, Alberto G., *Efectos del embargo frente al tercer adquirente de la cosa embargada*, JA, 1956-II-110 y sigs.; las citas corresponden a la pág. 114.

ponible a los terceros –y entre ellos el embargante–, quienes “... pueden actuar como si el contrato no se hubiera llevado a cabo...”²⁴.

En sentido análogo se ha dicho: “Las cosas embargadas pueden ser objeto de un contrato, pero éste (...) será inoponible al embargante, quien puede actuar respecto de la cosa como si no hubiera salido del patrimonio del deudor, se trata de un caso de indisponibilidad relativa, en el cual se establecen límites al poder de disposición del propietario, pero únicamente en la medida que sea necesaria para proteger el derecho del embargante”²⁵.

Con mirada paralela, se manifestó: “La indisponibilidad que entraña al embargo es sólo relativa, pues la cosa embargada puede ser objeto de los contratos (art. 1174, Cód. Civil), con tal que se declare la existencia del embargo (art. 1179, Cód. cit.) y con la expresa salvedad que se debe ‘satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros’ (...) la enajenación pese a ser válida entre los celebrantes del acto es inoponible al embargante quien puede desconocer la transmisión realizada, en tanto ella le ocasione perjuicio”²⁶.

En opinión de Fassi y Yáñez: “El Código Civil permite la venta del bien embargado como tal, esto es, siempre que no se oculte la existencia del embargo al adquirente (arts. 1174 y 1179) (...) Por el efecto propio del embargo trabado, la transmisión dominial del bien afectado no es elemento que pueda resultar oponible al embargante quien, válidamente, puede hacer caso omiso de la nueva situación, encaminando su accionar contra el bien objeto de la traba, sin que sea obstáculo la aparición del tercer adquirente”²⁷. Igualmente, Eisner concluye: “En definitiva, la enajenación no será oponible al acreedor embargante en cuanto no podrá ocasionarle perjuicio”²⁸.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sentó directivas concordantes y aceptó que la enajenación posterior de la cosa embargada es inoponible al embargante y que: “La medida procesal de referencia afecta a la cosa en sí, de modo que se transmite siempre con el gravamen constituido en beneficio del acreedor embargante...”²⁹.

d) Mi opinión

No parece razonable poner en tela de juicio en el derecho argentino la alienabilidad de los objetos embargados, frente a la clara postura del Código Civil.

Según la parte pertinente del art. 1174: “Pueden ser objeto de los contratos

(24) Ver Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Atilio A., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1985, t. III-A, pág. 83, en anotación al art. 1174.

(25) Ver Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, 1994, t. 5, pág. 801, en comentario al art. 1174.

(26) Ver voto de Bindo B. Caviglione Fraga, en fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, antes citado, consid. V.

(27) Fassi y Yáñez, ob. cit., § 4, pág. 83.

(28) Eisner, Isidoro, *Sobre la posibilidad y efectos de la venta privada de bienes embargados judicialmente*, LL, 155-958 y sigs. sec. doctrina, la cita es de pág. 964.

(29) Ver LL, 106-295.

las cosas (...) embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros”.

A su vez, el art. 1179 norma: “Incurrir también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare de mala fe sobre cosas (...) embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe”.

Las cosas embargadas no quedan sustraídas del comercio, pues a tenor del art. 2336 del Cód. Civil: “Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública”.

Efectivamente, de conformidad con el art. 2337 del Cód. Civil: “Las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Son absolutamente inenajenables:

1º Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley.

2º Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposición de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones”.

Sin duda, debe descartarse de plano una supuesta absoluta inenajenabilidad, pues la enajenación de la cosa embargada no está expresamente prohibida ni por la ley, ni por hipótesis, por actos entre vivos o de última voluntad.

Tampoco, las cosas embargadas están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa, dado que el art. 2338 preceptúa: “Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación”. Adviértase que la cosa excluida del comercio, por relativamente inenajenable, es la cosa cuya enajenación fuera “dependiente de una autorización pública” (art. 2336 *in fine*) y no de cualquier autorización previa, como parecería indicarlo la literalidad del art. 2338.

El art. 1174 descarta toda “autorización pública” para la contratación respecto de cosas embargadas, y por extensión, de otros objetos embargados.

No es exacto que se diga, como se lo hace tan habitualmente, que la cosa sólo podría ser vendida si no se oculta su condición de embargada. Es cierto que si media ocultamiento de la existencia del embargo se incurrirá en el delito de estelionato (art. 1179), y se tipificará en el ámbito penal el delito de defraudación, pues según al art. 173, inc. 9º, lo comete: “El que vendiere o gravare como bienes libres los que (...) estuvieren embargados...”.

Lo significativo en cuanto a la disponibilidad es que, se incurra o no en una conducta delictiva, la enajenación será válida, bien que el embargo deberá ser respetado por el primer adquirente y los sucesivos.

Justamente, la circunstancia de que el embargo pase con la cosa, permite compaginar la calificación de la venta del objeto embargado como válida y resguardar el interés del embargante, pues para él se tratará de un acto inoponible, ya que los contratos no pueden perjudicar a terceros. El principio de la inmunidad de los terceros tiene otras múltiples manifestaciones en el Código Civil; en ese sentido se han mencionado los arts.: 226, 473, 549 a 551, 563, 597,

804, 851, 875, 953, 958 a 960, 968, 970, 996, 1018, 1034, 1051, 1065, 1161, 1174, 1194, 1306, 1459, 1660, 1664, 1669, 1742, inc. 5°; 1768, 1866, 1934, 1936, 1967, 1968, 1990, 2130, 2412, 2505, 2671, 2767, 2777, 2778, 2864, 3129, 3149, 3217, 3221, 3429, 3430, 3945 y 4013³⁰. La obligación del deudor del objeto embargado de resarcir los daños al adquirente de buena fe, o sea que desconocía la existencia del embargo, que por cierto, en nada gravita sobre la validez de los actos de disposición sobre el objeto embargado, ha menester de distintas precisiones.

Ante todo, mal podrá reprocharle el ocultamiento al embargante, el adquirente que conocía la existencia del embargo, pues la previsión del art. 1179 rige siempre que el adquirente "... hubiere aceptado la promesa de buena fe".

En materia de cosas registrables, en tanto el embargo habrá de ser asentado en el registro correspondiente, no es aceptable que ningún tercero pueda esgrimir su desconocimiento, pues los asientos registrales se presumen *iuris et de iure* conocidos por los terceros interesados³¹. Incluso para las cosas registrables, la publicidad propia de las inscripciones puede ser suplida por el conocimiento de otro origen por el adquirente que tenga suficiente efectividad, ya que la subsistencia del embargo frente a terceros supone la existencia de alguna forma de publicidad.

Debe aplicarse también aquí la doctrina de que el tercero interesado es de mala fe no sólo cuando conoce la situación jurídica que quiere oponérsele, sino, además, cuando con una razonable diligencia hubiera podido conocerla³². Como dice el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1843, no pueden invocar la falta de publicidad "quienes conocían o hubieran de haber conocido" la respectiva situación jurídica.

Podetti aplicó las directrices antes vertidas en cuanto a la buena fe del adquirente, al decir que el embargo "... sigue al bien siempre que el adquirente hubiera conocido o podido conocer aquella medida"³³.

Eisner, con acierto, hace la salvedad en cuanto a la alienabilidad de los bienes, del supuesto especial de las cosas muebles embargadas y en depósito judicial. Dice: "Claro que cuando se trata de bienes muebles embargados y en oportunidad de trabarse la medida se constituyere a su dueño o a un tercero en depositario judicial de los mismos (arts. 216 y 217, Cód. Procesal), entonces ya no podría el titular ejercitar sus facultades normales de disposición, salvo expresa autorización judicial; pero ello sería así, no en razón de la naturaleza jurídica del embargo —que no pone a los bienes fuera del comercio—, sino por causa de la particular situación creada por la intervención jurisdiccional que ha dado nacimiento a otra relación vinculatoria de efectos más severos,

(30) Ver Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M.; Angelani, Elsa B.; Vázquez, Gabriela A., *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, 2000, pág. 62.

(31) Ver Alterini, Jorge H., su voto en el fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 13 de septiembre de 1979, JA, 1979-4-513.

(32) Ver Alterini, Jorge H., en Llambías-Alterini J. H., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1981, t. IV-A-292 a 294, en glosa al art. 2505.

(33) Podetti, *Tratado de las ejecuciones*, cit., pág. 206.

como lo es la custodia o depósito de bienes a la orden judicial. Su violación está reprimida por el art. 263 del Cód. Penal por asimilación de su ilícito a la figura de malversación de caudales públicos y con iguales penas”³⁴.

III. Quid de si el embargo configura un derecho real. Estado de la cuestión

Ya a los diez años de vigencia del Código Civil argentino, Segovia vislumbró que el embargo podía ser concebido dentro de los derechos reales. Expresó: “El embargo es una prenda judicial...”, e insistió luego, en que era “... una especie de prenda o hipoteca judicial...”³⁵.

En las últimas décadas, Molinario se pronunció por la existencia de un derecho real aunque con argumentación discutible: “... el embargo impide al propietario la libre disposición del bien y cuando se convierte en secuestro aquél pierde asimismo la tenencia. Por ello importa un verdadero derecho real... tanto el embargo como el secuestro comportan verdaderos derechos reales en cuanto el embargado no podrá ceder los derechos y acciones al bien sino con el embargo que lo afecta y que se traduce así en carga real correlativa del derecho real que adquiere el embargante...”³⁶.

Encasilla en esta corriente la postura de Gatti y J. H. Alterini, que se hicieron cargo de la posibilidad de una evolución interpretativa –efectivamente alcanzada– que admitiera que el embargo siguiera a la cosa y así se completara su perfil de derecho real procesal. Dijeron que si se partía de la base de que el embargo no provoca la indisponibilidad del objeto respectivo, pero se aceptara que esa cautela implica: “... un gravamen que de no ser posible o suficiente trasladarlo sobre el precio, seguiría a la cosa (aun sin aceptación del adquirente), nos hallaríamos con la invocada configuración de un instituto del derecho procesal a la manera de los derechos reales del derecho civil”³⁷. La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil entendió que “con la decisión adoptada por la Sala, se configura la hipótesis conceptual concebida” por dichos autores, pues ese Tribunal admitió que el embargo trabado alcanzara al adquirente de la cosa también por los daños ocasionados por la falta de cobro de los nuevos períodos de alquileres vencidos por los que se amplió la

(34) Eisner, ob. cit., pág. 964.

(35) Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881, t. 1º, pág. 192, en nota 16 art. 736: “El embargo es una prenda judicial: argumento del inc. 1º. Vé nota 9 al art. 2679 –léase 2677–”. En el t. 2º, pág. 139, en la nota 9 al art. 2679 (2677), se lee: “El embargo no importa necesariamente el secuestro (depósito judicial: art. 2187 –2185– nº 2) aunque de ordinario este siga á aquel. El embargo viene a enjendrar en definitiva 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 á terceros (art. 736, incs. 1º y 2º, 1180 –1178–, y arg. de ellos), salvo los efectos del derecho de retención (vé arts. 3948 –3946–, 3944 –3942–) y de los privilegios preexistentes (art. 3236 –3234–, etc.), pues no causa privilegio (en contra arg. del art. 1467 –1465– inc. 1º)”.

(36) Molinario, Alberto D., *Derecho patrimonial y derecho real*, Buenos Aires, 1965, págs. 29/30, en nota 50.

(37) Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, 1974, pág. 113.

ejecución, abarcando, por tanto, sumas no incluidas en los montos que determinaron originariamente la medida precautoria ³⁸.

Es destacable en la doctrina comparada la adhesión a la postura realista, desde el derecho procesal de Guasp y desde el derecho civil de Rojina Villegas. El primero de ellos llega a afirmar: “Las dos características fundamentales de los derechos reales: recaer inmediatamente sobre una cosa y poderse hacer valer frente a todos, se dan indiscutiblemente en el embargo, el bien embargado responde de las resultas del proceso de modo directo, cualquiera que sea su poseedor. Esto explica cómo se conceden por el embargo las dos facultades esenciales del derecho real: el *ius persecuendi*, que autoriza a hacerse con el bien aunque su titularidad haya variado con posterioridad del embargo mismo, y el *ius prioritatis*, que garantiza al primer embargante en el tiempo, la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho” ³⁹.

Rojina Villegas asevera: “En nuestro concepto, el embargo o secuestro judicial, sí crea derechos reales con características semejantes a los derechos reales de garantía... El acreedor adquiere un derecho concreto sobre ellos. Su situación de simple titular a una prestación o a una abstención, como formas de conducta, se ha convertido en un poder jurídico directo sobre cosas determinadas, para exigir la venta judicial de las mismas y lograr el pago con el producto que se obtenga. Este nuevo supuesto jurídico que entra en juego, evidentemente que ha dado una garantía especial al derecho personal. Por esto decimos que nace un nuevo derecho en forma de facultad derivada o accesorio y que cumple las funciones de garantía inherentes a la hipoteca o a la prenda. No podemos considerar que en el caso ha habido una extinción del derecho de crédito, transformándolo en real. Creemos que en realidad existe un nuevo derecho complementario que viene a sumarse al derecho principal, con fines de garantía” ⁴⁰.

La mayoría de la doctrina argentina negó tradicionalmente que el embargo pudiera ser considerado como derecho real.

Alsina Atienza sostuvo enfáticamente que el embargo no “... entraña derecho real que traiga aparejado *jus persecuendi*...” ⁴¹; esa tesis fue recogida por Eisner ⁴².

En opinión de Alsina, el embargo no “... importa la constitución de un derecho real, ni engendra una hipoteca judicial, ni atribuye al acreedor ningún poder sobre la cosa embargada...” ⁴³; en términos semejantes se expide Cua-

(38) Sentencia interlocutoria del 17-6-93, en los autos: “Suárez, José M. c. Tsaichi Li y otro s/ejecución de alquileres”.

(39) Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 435.

(40) Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, 4ª ed., “Bienes, derechos reales y posesión”, México, Porrúa S. A., 1976, t. 3º, págs. 220 y sigs., nº 25; la transcripción es de las págs. 220 y 224.

(41) Alsina Atienza, ob. cit., pág. 212, nº 11.

(42) Eisner, ob. cit., pág. 961.

(43) Alsina, ob. cit., págs. 63 y 64, nº 10.

drao, para quien no "... importa la constitución de un derecho real, ni engendra una hipoteca judicial"⁴⁴.

Highton y Nabar predicán: "El embargo no es un derecho real, o más específicamente, no es una hipoteca", aclarando que no se trata ni de una hipoteca tácita o legal, ni de una hipoteca judicial. Expresan, también: "Ninguna norma del Código Civil, y ni siquiera del Procesal, indica que el embargo se rija por las normas de la hipoteca, ni que sea un derecho real. Es, a la vez, más fuerte y más débil que un derecho real, pues persigue fines distintos. Más fuerte por cuanto traba la facultad de disponer, y más débil porque cae en el momento donde más podría prevalerse de él el acreedor, es decir en caso de concurso"⁴⁵.

Adrogué y Amuy reflexionan: "Hemos de confesar que estuvimos tentados de admitir que configuraba un derecho real de derecho público, pero la atenta observación de que los efectos del embargo varían según fuera su asiento permitió que concluyéramos persuadiéndonos de que no se trata de un derecho subjetivo (situación jurídica compleja estática o final) sino de una situación jurídica simple dinámica o instrumental, ventajosa para la persona en cuyo favor se decretó, y cuya finalidad es dotar a la jurisdicción de una fuerza incontrastable, evitando su vulneración de hecho a través de la adquisición por terceros de derechos con perjuicio del que mereció el amparo del tribunal"⁴⁶.

Para Montel, el embargo: "... ni atribuye ningún poder al acreedor ejecutante, quien se halla en la misma situación en la que están todos los otros acreedores a quienes no puede excluir de la ejecución sobre ese bien (...) no implica ninguna preferencia y ningún poder en el acreedor embargante"⁴⁷.

Un viejo fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con una visión simplista, significó: "... que el embargo no constituye un derecho real sobre la cosa, desde que no hay otros derechos reales que los expresamente admitidos por el Cód. Civil (arts. 2502 y 2503)"⁴⁸.

IV. Mi opinión: el embargo es un derecho real procesal

Me detendré en el análisis de diversos rasgos de los derechos reales que, con mayor o menor intensidad, se presentan también en el caso del embargo.

a) Poder jurídico sobre el objeto

Es característico del embargo la sujeción del objeto a la medida precautoria, por ello se ha dicho que: "... produce una modificación o alteración jurídica del bien, materializado con la designación de un depositario sobre los

(44) Cuadrao, ob. y lug. cit.

(45) Highton y Nabar, ob. cit., págs. 1195/1196.

(46) Adrogué, Manuel I. y Amuy, Juan C., "La proyección del embargo en el tráfico jurídico inmobiliario", *Revista del Notariado*, Órgano del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 795 (mayo - junio 1984), págs. 649 y sigs., la cita es de pág. 647.

(47) Montel, ob. y lug. cit.

(48) Sentencia del 4-12-25, en la causa "Booth c. Angaut y Cía.", *JA*, 18-1274.

muebles o mediante la inscripción de la manda judicial en los respectivos registros de propiedad”⁴⁹.

En el Proyecto de Código Civil de 1998, al definirse los derechos reales de garantía, obviamente del derecho civil, se destacó que otorgan las facultades “de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido” (art. 2088).

Se ha objetado la importancia del *ius distrahendi* en los derechos reales de garantía, pues se dice: “... que el poder de hacer vender corresponde a cualquier acreedor independientemente de la existencia de un derecho real sobre la cosa misma...”⁵⁰.

La observación formulada pierde de vista que el derecho de ejecución de los bienes de los deudores es para los acreedores sin garantía real una simple facultad abstracta unida a la idea de que el patrimonio es la garantía común de los acreedores. En cambio, en los derechos reales de garantía se asiste a una evidente concreción de la garantía abstracta sobre bienes determinados, pues como lo establece en su art. 2092 el Proyecto de Código Civil de 1998: “Pueden ser objeto de los derechos reales de garantía, las cosas y los derechos, en los casos previstos en este libro, si son actuales, y están especialmente individualizados”. Esta norma es precedida por el epígrafe: “Objeto. Especialidad”, lo que denota que describe la especialidad de los derechos reales de garantía en cuanto al objeto.

La doctrina procesal antes expuesta coincide en que un efecto central del embargo es la individualización de los bienes sobre los cuales recae y a nadie escapa que individualizar un bien equivale a determinarlo, a satisfacer con respecto al mismo el principio de la especialidad objetiva.

Por lo dicho, infiero que es ajustado captar también en el embargo el *ius distrahendi* de los derechos reales de garantía, por lo cual el embargante se subroga en las facultades de disposición jurídica del titular del bien embargado.

Es sabido que cuando media ejecución judicial de los bienes, el titular de ellos está sometido a la “necesidad jurídica” de venderlos, de allí la mención de ese supuesto dentro de las ventas forzosas (art. 1324, inc. 4º, Cód. Civil). Con este esquema es congruente la captación en la ejecución judicial de un embargo de una venta forzada por el propio ejecutado, más que el ejercicio del derecho de ejecutar por el Estado, ya en representación del acreedor, ya del deudor, o en función de atribuciones propias⁵¹.

b) Relación directa con el objeto

El embargo genera con respecto a su objeto una relación directa, o sea que a la manera de los derechos reales, no necesita para su ejercicio de la colabo-

(49) Fenochietto, ob. cit., págs. 749/750.

(50) Ver Montel, ob. cit., pág. 76.

(51) Ver distintas concepciones sobre la naturaleza de la venta forzada en Alsina, ob. cit., págs. 71 a 73, nº 16.

ración del afectado; por el contrario, en los derechos personales es ineludible la intermediación del deudor.

La relación es directa, porque no se requiere que intermedie persona alguna. Como dice Vélez Sársfield, en su nota al tít. IV del Libro III del Código Civil: “El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno, y existe independientemente de toda obligación especial de una persona hacia otra. Por el contrario, el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene la necesidad de dirigirse contra una persona especialmente obligada a él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal”.

c) Deber de no afectar la garantía

Según al art. 214 *in fine* del CPCCN, el mandamiento de embargo preventivo debe contener la prevención: “... de que el embargado deberá abstenerse de cualquier acto respecto de los bienes objeto de la medida, que pudiere causar la disminución de la garantía del crédito, bajo apercibimiento de las sanciones penales que correspondan”.

La solución de la ley procesal es paralela de la del art. 3157 del Cód. Civil para el derecho real de hipoteca: “El deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de desposesión (léase de disposición) material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado”. El deber de no disminuir la garantía hipotecaria pesa no sólo sobre el deudor, sino también sobre el constituyente no deudor e incluso sobre el llamado tercer poseedor (art. 3179), o sea, el nuevo dueño de la cosa hipotecada, o mejor “el adquirente de ella”, asuma o no la deuda, según la terminología más apropiada que emplea el Proyecto de Código Civil de 1998 (arts. 2107 y 2108).

En verdad, el deber de no disminuir la garantía hipotecaria, o de la nacida del embargo, gravita hasta con relación a cualquier tercero.

Aunque entiendo que el deber de abstención, que recae sobre cada uno de los integrantes de la comunidad universal, como una suerte de sujetos pasivos genéricos, se advierte también para consagrar el respeto de los derechos personales, por lo menos indirectamente, tiene mayor entidad cuando se presenta como correlato de los derechos reales. Por ello se ha dicho: “... Que mientras en el derecho real no hay dudas respecto a que es imprescindible la existencia del sujeto pasivo universal como elemento integrante de la relación jurídica, en el derecho personal la relación jurídica correspondiente se construye esencialmente con el sujeto pasivo determinado”⁵².

(52) Gatti y Alterini, ob. cit., pág. 42.

d) Inherencia. *Ius persecuendi*

En los derechos reales es esencial la inherencia del derecho a la cosa, que se traduce en el *ius persecuendi* y en el *ius preferendi*. En ese sentido, el art. 1819 del Proyecto de Código Civil de 1998, con la rúbrica persecución y preferencia, dispone: “El derecho real atribuye a su titular las facultades de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que hubiera obtenido oponibilidad posteriormente”.

En la doctrina adoptada por los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, más allá de sus matices, se acepta pacíficamente que el embargo acompaña al objeto respectivo en sus sucesivas transmisiones. Se reconoce que el embargante puede perseguir el objeto de la medida precautoria ante su titular actual. Ese mecanismo refleja el reconocimiento al embargante del *ius persecuendi* y a través de él de la inherencia del derecho al objeto que importa un rasgo que ostentan necesariamente los derechos reales. No obstante que el derecho de persecución excepcionalmente acompaña a los derechos personales, verbigracia, a través de la acción de nulidad, de simulación, revocatoria (derechos personales *in rem scriptae*)⁵³, en tanto beneficia al embargante, quien ostenta un poder jurídico que ejerce en relación directa con el objeto, es más lógico pensar que aquí denota la existencia de un derecho real.

Puesto que, como bien enseñara Molinario, en las palabras antes transcritas, como el embargo pasa con la cosa, se constituye una “carga real correlativa del derecho real que adquiere el embargante”. Corresponde traer a colación aquí que el Proyecto de 1998 conceptúa las cargas reales como “... los derechos reales sobre cosa total o parcialmente ajena” (art. 1821 *in fine*). Recuérdese para una mayor clarificación, verbigracia, que la servidumbre captada desde la perspectiva del fundo dominante es el derecho real de servidumbre activa y desde el punto de vista del fundo sirviente, es una carga real o servidumbre pasiva (ver arts. 2973 y 2974, Cód. Civil).

e) Inherencia. *Ius preferendi*

Como lo adelantara, el *ius preferendi* es la segunda de las resonancias unidas al carácter de inherencia de los derechos reales.

Una fuerte corriente doctrinaria le adjudicó al embargo derecho de prioridad aun en tiempos en que la legislación procesal nacional no era explícita al respecto⁵⁴.

El Código Procesal Civil y Comercial vigente, en el art. 218, con el epígrafe

(53) Ver voto de Jorge Horacio Alterini, en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en *ED*, 73-276 y en *LL*, 1977-B-424.

(54) Ver Alsina, ob. cit., págs. 65 y sigs., nº 11; Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1975, t. I, § 3, págs. 290 y sigs; Cuadrao, ob. cit., págs. 251/252; Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1975, t. II, págs. 300/301.

“Prioridad del primer embargante”, reza: “El acreedor que ha obtenido el embargo de bienes de su deudor, no afectados a créditos privilegiados, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, salvo en el caso de concurso. Los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores”.

Al interpretar el texto del art. 218 del CPCCN, la doctrina tiende a coincidir en que la prioridad del embargante cesa frente a los privilegios especiales y al concurso o quiebra del deudor⁵⁵.

De todos modos, el embargo tiene prioridad con relación a los créditos meramente quirografarios, en tanto no medie concurso o quiebra y, además, la prioridad determina la prelación entre los embargos sucesivos.

En materia de cosas inmuebles, la ley registral 17801 [ED, 26-921], en su art. 19, reafirma la prioridad cronológica entre los distintos embargantes, cuando establece como regla general en su primer párrafo que: “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el art. 40”, es decir, conforme al “sistema de ordenamiento diario” que prevé esa norma.

La circunstancia de que la traba de un embargo genere prioridad, pero no privilegio para el embargante, no obsta a que éste cuente a su favor con el *ius preferendi*.

No debe confundirse el *ius preferendi* con los privilegios, pues en tanto el primero expresa el aforismo: *prior in tempore potior in jure* (primero en el tiempo más fuerte en el derecho), para los privilegios es indiferente la fecha del crédito, pues el orden de los privilegios resulta de la escala jerárquica entre los créditos que los ostentan, sin que el crédito más antiguo postergue necesariamente al más reciente.

Por ello, se postula la siguiente directriz: “El *ius preferendi* es independiente de los privilegios, y nada tiene que ver con ellos, ni con la circunstancia de que algunos derechos reales (hipoteca y prenda) los otorguen”⁵⁶.

Negar que el embargante tenga *ius preferendi*, porque carece de privilegio, implicaría desconocer también la condición de derecho real de la anticresis, porque no engendra privilegio (art. 3255, Cód. Civil), con olvido de que es incontrovertible que goza del *ius preferendi*, que se encarga de otorgarlo el art. 3254 del Cód. Civil: “El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos

(55) Ver Colombo, ob. cit., págs. 290 y sigs.; Palacio, ob. cit., págs. 235 y sigs., n° 1012; Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho a la satisfacción integral del crédito. Prioridad del primer embargante y el embargo indeterminado*, LL, 1984-B-693 y sigs., sec. doctrina, en págs. 694/695; Martínez Botos, Raúl, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, 1990, págs. 238/239; Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Buenos Aires, 1993, t. II-C, pág. 749; Fenochietto, Carlos E. y Arazzi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 1993, t. I, págs. 709 y sigs.; Arazzi, Roland (dir.), *Medidas Cautelares*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, § 49, págs. 93/95.

(56) Gatti y Alterini, ob. cit., pág. 56.

por la anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento de la anticresis.

V. Réplica a algunas argumentaciones que niegan la condición de derecho real del embargo

En primer lugar, me ocuparé de la postura negativa de la Corte Suprema bonaerense en su sentencia del 4 de diciembre de 1925, antes citada, pues no resiste el análisis la invocación de que no es posible considerar el embargo como derecho real en virtud de que no está incluido en la nómina del art. 2503 del Cód. Civil.

Lo que exige el art. 2502, al plasmar el *numerus clausus*, es que la creación o modificación de un derecho real provenga exclusivamente de la ley, ya el Código Civil u otra ley.

Los censos o rentas reales, pese a haber sido omitidos en el art. 2503 del Cód. Civil, un criterio muy dominante los reconoce como derechos reales con sustento en el art. 2614 del Cód. Civil.

Es más contundente, todavía, ponderar que el derecho real más difundido, la propiedad horizontal, tampoco luce en el art. 2503 y sería inimaginable que se negara que la ley 13512 [ED, 39-910] lo consagró como derecho real.

Pero lo que es más importante es que debe superarse la visión cerrada e inexacta que parece confinar a los derechos reales a la órbita del Código Civil o acaso del derecho civil, pues como se lo ha sostenido, con las pertinentes precisiones acerca de cada una de las situaciones, existen modalidades que exhiben a los derechos reales con caracteres especiales e institutos configurados a la manera de ellos⁵⁷.

No me convence la afirmación de Highton y de Nabar, ya reproducida, en cuanto a que el embargo no sería derecho real, tanto que en algún aspecto se presentaría como “más fuerte” que él y en otra perspectiva como “más débil”.

(57) Ver Gatti y Alterini, ob. cit., págs. 94/95 y 105 a 115, quienes enuncian los diversos supuestos y se detienen en mostrar los rasgos que connotan a cada uno de ellos.

“a) En el derecho civil: hipoteca bancaria, preanotación hipotecaria, anotación directa de hipotecas e hipoteca cambiaria.

b) En el derecho comercial: prenda con desplazamiento, prenda sin desplazamiento (con registro), *warrants* y garantía de *debentures*.

c) En el derecho marítimo: copropiedad naval, hipoteca naval y prenda naval.

d) En el derecho aeronáutico: hipoteca aeronáutica.

e) En el derecho minero: dominio minero, derecho del explorador minero, servidumbres mineras y usufructo minero.

f) En el derecho rural: servidumbres rurales.

g) En el derecho procesal: embargos e inhibiciones.

h) En el derecho administrativo: dominio del Estado, servidumbres administrativas, ocupación temporánea por el Estado, requisición de uso por el Estado, derecho del concesionario sobre cosas del dominio público y derecho del permisionario sobre cosas del dominio público”.

La enumeración realizada debe actualizarse, por lo menos, con las previsiones pertinentes de la ley 24.441 [EDLA, 1995-63] y con la introducción al derecho civil del derecho real de superficie forestal (ley 25509 [EDLA, 2002-A-12]).

Ya me detuve en el tema de la posibilidad de la enajenación del objeto embargado, por tanto, no creo consistente invocar la supuesta imposibilidad de enajenar para concluir en una mayor robustez del embargo que el derecho real.

A mayor abundamiento, debe hacerse memoria que, como lo dije en el ap. II-B, en principio la prenda sin desplazamiento o con registro impide la enajenación del objeto, y no se controvierte su nítido carácter de derecho real.

En lo que atañe a la pretendida mayor debilidad del embargo al contrastarlo con el derecho real, por carecer de privilegio, me remito a lo que expusiera al hacer tema con el *ius preferendi* de la anticresis, pese a su carencia de privilegio.

Tampoco me persuade la argumentación de Adrogué y Amuy, con relación a que la mutación de los efectos del embargo “según fuera su asiento”, desvanezca la posibilidad de esgrimir la existencia de un derecho subjetivo, para contentarse con aceptar que se trata “de una situación jurídica simple dinámica o instrumental”.

Ya abordé los distintos objetos sobre los cuales puede recaer el embargo (ver apartado I), pero la variación del objeto, que arrastra consecuencias específicas, no desdibuja la unidad substancial de la figura, cualquiera fuera su asiento.

La fundamentación indicada por los autores puede contestarse a través de la alusión a una problemática afín a la que ellos esbozan. También hay derechos reales clásicos que recaen sobre objetos muy disímiles y ello no obsta para su visión unitaria. Así, el usufructo puede gravar cosas, créditos y aun universalidades como patrimonios. La prenda del Código Civil puede afectar tanto a cosas muebles como a créditos.

La multiplicidad de objetos del embargo no debe enervar su configuración como derecho real procesal, porque tampoco la heterogeneidad del objeto de derechos reales tradicionales impide identificar su verdadera naturaleza real.

VI. Polémica acerca del significado y alcances de la especialidad en el embargo

a) Fallos plenarios

El aspecto en tratamiento estuvo subyacente en los tres fallos plenarios a los que hiciera mención con anterioridad.

Así, en el fallo plenario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba del 8 de julio de 1982, la mayoría de sus integrantes invocaron el principio de especialidad al fundamentar la siguiente doctrina: “El adquirente de un bien embargado que toma a su cargo el gravamen que conste en un registro público, sólo responde por el valor nominal del mismo que resulta del informe registral”⁵⁸. También adujo ese principio la Cámara Nacional de Ape-

(58) En autos “Zabala, Hugo C. c. Moretto, Erio, S. s/ordinario”, JA, 1983-III-301. Con criterio similar el Tribunal Superior de Córdoba, la Sala en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, se pronunció el 15-9-87 en los autos “Banco de la Provincia de Córdoba c. Allen-

laciones en lo Comercial, en pleno, el 10 de octubre de 1983, al fijar por mayoría esta doctrina: “El comprador de un inmueble embargado por una suma determinada, que deposita en pago el importe a que asciende el embargo, puede obtener el levantamiento de la medida precautoria”⁵⁹.

En cambio, la postura mayoritaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en su sentencia plenaria del 23 de agosto de 2001, no consideró que hubiera que hacer distinciones entre el embargo por monto determinado y el embargo de monto indeterminado, para concluir que: “El adquirente de una cosa registrable, embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la medida cautelar, no puede liberarse pagando sólo el monto inscripto; sino que responde también: por la desvalorización monetaria si correspondiere, por los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio”⁶⁰.

b) Especialidad en cuanto al objeto

Un primer acercamiento al análisis de la disputa conduce a dilucidar cuál de las especialidades es la que está involucrada en la controversia, ya la especialidad en cuanto al crédito, ya la especialidad en cuanto al objeto.

Se expresó en el consid. IV. del voto conjunto que determinó el criterio mayoritario en el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Comercial, que: “... el embargo produce sobre la cosa una afectación equivalente a (...) los que los civilistas llaman (...) ‘derechos reales de garantía’ (...) se dice que están sometidos a una regla de ‘especialidad’: para evitar los gravámenes privilegiados pero a la vez indefinidos (como las malsanas ‘hipotecas ocultas’ del derecho francés anterior al 1795, tan perniciosas que abolidas hace dos siglos son aún mencionadas con reparos en los cursos universitarios de derecho), se exige de tales derechos de garantía que determinen tanto la especie afectada, cuanto la especie garantizada; o en otras palabras, que resulta identificado tanto la cosa gravada cuanto el crédito cautelado”⁶¹.

de, Pedro. R”, allí la mayoría sostuvo: “... que la garantía que el bien presta al acreedor a través de ese gravamen no es limitada. Independientemente de que el deudor, en cuanto propietario, esté sometido con todo el bien gravado y con todos sus otros bienes al poder del acreedor, lo cierto es que la garantía del embargo sólo se extiende sobre un bien determinado y por una suma determinada. El acreedor, en consecuencia, puede hacer valer su derecho sobre todo el bien sometido a la ejecución y sobre todos los demás bienes del deudor, pero como embargante tiene una garantía esencialmente limitada, porque el derecho que le acuerda el embargo sólo se ejerce por una suma determinada” (LL, Córdoba, 1988-725). Persistió en esa postura incluso en el fallo del 26-9-01, en el “incidente de levantamiento de embargo” en autos “Banco de la Provincia de Córdoba c. Acerdicer S. A.”. Pese al fallo plenario y a la postura del Tribunal Superior, la Cámara Civil y Comercial I de Córdoba, en su resolución del 5-3-02, en los autos “Billar Castany c. Mascaro de López s/ordinario”, decidió de conformidad con la doctrina mayoritaria del plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y el voto ampliatorio de la Dra. Highton.

(59) Cit. en la nota 18. Novellino, Norberto J., mostró su adhesión al plenario, en *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, 1994, págs. 369 y sigs.

(60) Cit., en la nota 16.

(61) Novellino apoya la aplicación analógica del art. 3109 del Cód. Civil al embargo, en su nota *Desembargo. Un plenario civil para la polémica*, DJ, 2001-3-507 y sigs., en las págs. 508 y 509.

Las referidas hipotecas ocultas eran las hipotecas legales francesas, reprochables por clandestinas y generales, por todo lo cual Vélez las prohibió en el art. 3115 del Cód. Civil, al igual que las judiciales, pues ni siquiera eran ya justificables para proteger a los incapaces en virtud de la adopción del instituto de la representación (art. 54 y su nota). Y tan frontal fue el rechazo de Vélez de esas hipotecas, que dejó sin efecto hasta las existentes al tiempo de la sanción del Código (art. 4048) ⁶².

En realidad, de ningún modo puede asimilarse el embargo, que recae sobre bienes determinados, con las hipotecas tácitas o legales comprensivas de todos los bienes del deudor. No debe desdeñarse que los embargos, en cuanto deben recaer sobre bienes individualizados, satisfacen la noción de especialidad en cuanto al objeto. Tampoco el embargo por monto determinado, incluso si se extendiera más allá de la cobertura publicada registralmente, podría catalogarse como clandestino, pues con monto determinado o sin él la registración le comunica publicidad suficiente para su oponibilidad a terceros interesados, máxime que como se lo destacó en el plenario civil, la publicidad del embargo advierte a los terceros de la existencia de un juicio y los coloca en situación de someterse a su resultado.

c) Especialidad en cuanto al crédito. Verdaderos alcances

En lo que atañe a la especialidad de la hipoteca con relación al crédito, es importante destacar que implica tanto que garantice determinado crédito (arts. 3131, inc. 2º, y 3139), como también que se precise el monto de la garantía de ese crédito (arts. 3109, 3131, inc. 4º) ⁶³.

Lo que está en tela de juicio es si la especialidad de la hipoteca en cuanto al monto de la garantía del crédito tiene precisión y certeza absolutas, o es factible que el techo hipotecario se extienda a cantidades superiores que las indicadas en el monto literal reflejado en el registro.

El art. 3111 del Cód. Civil es demostrativo de que, contrariamente a lo que suele pensarse, en la hipoteca se flexibiliza el monto de la cobertura, pues: “Los costos y gastos, como los daños e intereses, a que el deudor pueda ser condenado por causa de la inexecución de una obligación, participan, como accesorio del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito”.

Una fuerte corriente doctrinaria, en postura ampliamente mayoritaria, coincide en hacer mérito de la norma mencionada en cuanto a que dentro del

(62) En su anotación al art. 4048 el codificador pone el acento en que: “... Este interés público nos ha hecho abolir todas las hipotecas tácitas, por el embarazo que ponen en la vida económica de los pueblos. Poco o nada se habría remediado, si hubieran quedado subsistentes las hipotecas legales, a favor de las mujeres que estuviesen casadas al tiempo de la publicación del nuevo Código, las de los tutores y curadores, las de los padres que administran bienes de sus hijos, etc., etc., presentando sólo los hechos discordantes de existir unos matrimonios, en los cuales las leyes gravasen con hipotecas los bienes de los maridos, y otros, de igual condición, que fuesen libres en su circulación...”.

(63) Sobre el doble enfoque de la especialidad en cuanto al crédito, ver Alterini, Jorge H., *Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*, ED, 84-799 y sigs.

monto de la garantía hipotecaria están comprendidos “los daños e intereses, a que el deudor pueda ser condenado por causa de su inejecución...”⁶⁴. Esta tesis triunfó en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 26 al 29 de septiembre de 1979, que se pronunció a favor de que la garantía hipotecaria se extienda a la actualización concedida judicialmente, “con fundamento en el CC, art. 3111”⁶⁵.

En esa línea de ideas, pierde significado la invocación de una pretendida aplicación analógica a los embargos del principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, para ceñir sus efectos tan sólo al monto registrado⁶⁶, pues ni siquiera en la hipoteca es compatible en el derecho vigente argentino una interpretación tan restrictiva.

Que el embargo no se circunscribe al monto registrado, lo comprueban el art. 213 del CPCCN, que dispone que el embargo: “Se limitará a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclame y las costas” y en particular, el art. 218 del CPCCN, que al ocuparse de la prioridad del primer embargante señala que: “... tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas...”.

Aunque parezca ocioso referirlo, para justificar que el adquirente deba hacerse cargo en su totalidad de las consecuencias del crédito que motivó el embargo, deben tenerse en cuenta, tanto el art. 3266 del Cód. Civil, según el cual el sucesor particular está obligado por las obligaciones de su autor “con la cosa transmitida” y, muy especialmente, el art. 3270 del Cód. Civil, en cuya virtud: “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”⁶⁷.

Observó, con sensatez, el camarista comercial Caviglione Fraga, que la interpretación limitativa propuesta por la mayoría de sus colegas: “... conduciría a la paradójica y –a nuestro modo de ver– disvaliosa consecuencia de que si la cosa se vende judicialmente, los derechos del embargante quedarían indudablemente protegidos porque en virtud de la subrogación real, el embargo se traslada al precio (art. 588, Cód. Procesal) y el deudor no podría, por su propia autorización, retirar el remanente una vez cubierto el importe nominal del

(64) Ver Alterini, *Las cláusulas...*, cit., págs. 805 a 808, donde se explyra sobre el estado de la cuestión y argumenta a favor de la tesis predominante.

(65) Ver recomendación n° 5 en *JA*, 1979-IV-798 y sigs., especialmente pág. 799, ap. 3°. Esta corriente fue acogida por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en sus resoluciones n° 258.113 y 265.993, del 13-11-79 y del 30-10-80, respectivamente.

(66) Ver, por ejemplo, el voto de mayoría en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial cit. en nota 18 (consid. IV) y votos de Lisandro Novillo Saravia (consid. II), Guillermo F. Díaz Reina y Oscar J. Manavella (consid. VI), en el fallo plenario de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba cit. en nota 58.

(67) Aducen esta argumentación la mayoría en el plenario civil; los Dres. Jarazo Veiras y Caviglione Fraga (consid. X), en el plenario comercial, y los Dres. Jorge L. Rey Caro y Mariano J. de Goycochea, en el plenario civil y comercial cordobés.

embargo, pues el acreedor tendría incuestionable derecho a oponerse mientras no sea satisfecho íntegramente su crédito. Sin embargo, lo que no podría hacer el deudor mediante subasta judicial ordenada por el propio juez embargante, lo podrá obtener mediante venta privada clandestina, sin consentimiento ni audiencia del acreedor y del magistrado a cuya jurisdicción el bien se encuentra sujeto” (consid. VIII *in fine*).

Para explicar la estricta sujeción al monto del embargo exteriorizado en el registro, se ha expresado que: “El acreedor embargante que no inscribe modificación ampliatoria del embargo trabado produce la apariencia de una situación cautelar firme (...) no es justo sacrificar los intereses del tráfico y del comprador en aras de quien ha generado irresponsablemente una apariencia...”⁶⁸.

En sentido contrario y de manera más convincente, la mayoría en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aseveró: “La inscripción registral del embargo exterioriza la existencia de un juicio y sirve para que el tercero tome conocimiento de que contra el titular dominial del bien que pretende adquirir, se ha iniciado alguna acción judicial, con indicación del Juzgado y Secretaría en donde tramita la causa y que la indicación del monto por el que la medida se trabó sólo le permite ampliar su conocimiento sobre la cuantía a la que en determinada fecha ascendía la pretensión del demandante, pero tal indicación no es requisito indispensable para la anotación registral de la medida (...) Por lo tanto, no es necesario que quien obtuvo la inscripción tenga que estar actualizándola permanentemente, pues el comprador del bien tiene conocimiento del juicio y puede averiguar compulsando sus constancias cuál es la deuda real reclamada que garantiza la medida cautelar”.

En el voto ampliatorio de la Dra. Highton, se lee: “VIII. Pero lo más importante (o lo único importante) del embargo es que exterioriza la existencia de un juicio y que el inmueble embargado ha quedado a disposición de un juez. Lo mismo que la individualización de la hipoteca que consagra el folio real y que exteriorizan las certificaciones registrales importa una vía de información que puede complementarse por el tercero interesado mediante el acceso a la respectiva escritura originaria, la individualización del juzgado que decretó el embargo y la carátula del expediente permitirá al tercero informarse sobre el alcance de la medida precautoria. IX. ¿Puede decirse que un tercero que va a adquirir un inmueble embargado es de buena fe si ni siquiera se molestó en ir a ver el expediente del que surge un embargo? ¡Absolutamente no! La buena fe importa diligencia. Tanto como se requiere diligencia para el estudio de títulos considerándose por algunos que el tercero no puede pretextar buena fe si no efectuó ese examen, lo que puede hacerse extensivo también a la negligencia en cerciorarse si quien tiene un título inscripto tiene efectivamente posesión del inmueble antes de contratar con él, en el caso de una cautelar, la buena fe exige el examen del expediente”.

(68) En el consid. VII del voto mayoritario en el plenario comercial.

Que eventualmente se acepte que entre los distintos embargantes la prioridad se sujete al monto registrado, poco tiene que ver con la proyección del embargo con relación al adquirente del objeto, pues existe la diferencia esencial de que el adquirente es sucesor del embargante, con todas las derivaciones que ya referí.

Un prestigioso jurista, el Dr. Andorno, aprecia que de no limitarse los efectos del embargo al monto que consta en el registro, el adquirente vería afectado su derecho de defensa en juicio ⁶⁹. En tanto que la adquisición por el tercero es un acto voluntario, sería contradictorio con sus propios actos que aquél realizara una alegación semejante, máxime porque su supuesta buena fe no sería consistente.

Con una visión teñida de indudable realismo, el fiscal ante la Cámara Civil, Dr. Carlos Sanz, sostuvo en el dictamen que elaborara con motivo del plenario, que debería pensarse en la repercusión en: "... la labor de las secretarías de actuación y del propio registro, si el monto del embargo debiera actualizarse ante cada canon locativo que se vence mensualmente, ante cada período de expensas comunes que no se pagan y ante cada regulación de honorarios que se vayan devengando (...) Además los costos gravarían aún más el acceso a la justicia o deteriorarían aún más la labor de los profesionales, precisados de multiplicar exponencialmente sus trámites y costos internos. ¿Y qué decir de los eventuales juicios de responsabilidad de sus ex clientes por no haber actualizado el embargo?"

La negativa a la actualización del monto del embargo por la incidencia de la depreciación monetaria fue rechazada por gran parte de la doctrina ⁷⁰. Incluso, algún voto vertido en el plenario de la Cámara Comercial, el del Dr. Rivera, aunque advirtió que ese tema no podía ser tratado en esa ocasión, dada la forma en que se redactó el tema de la convocatoria, destacó: "... mi conclusión sería idéntica a la de la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en las causas que ya citara el voto mayoritario ("Banco de Londres", 30/10/80, ED, 92-166; Rep. LL, XLI-A-I-1222, sum. 734); la garantía que ofrece el embargo abarca no sólo el monto nominal de la medida sino también la depreciación monetaria correspondiente".

También puntualizó el Dr. Rivera, con reflexiones que deberían ser válidas, no sólo cuando el adquirente pretendiese eludir hacerse cargo de la incidencia de la inflación, sino en todos los casos en que procurase limitar su responsabilidad al monto registrado del embargo: "Indudablemente sería una forma de alentar las ventas simuladas; o de dar a los deudores recalcitrantes una forma de eludir la acción de la justicia, con lo que se contribuiría a la ineficacia del Poder Judicial y su consecuente descrédito en la población".

(69) Andorno, Luis O., *Quantum de la deuda que asume el adquirente de un inmueble embargado*, JA, 2001-IV-104 y sigs.

(70) De Lazzari, Eduardo N., *Embargo preventivo y venta del inmueble afectado*, JA, 1983-I-806; Gozáini, ob. cit., págs. 694 y sigs.; Martínez Botos, ob. cit., págs. 274 a 276. Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., pág. 748, en nota 54; Arazi, ob. cit., § 50, pág. 138, y Fenochietto, ob. cit., pág. 755.

Es evidente que si el adquirente pudiera levantar el embargo con el depósito de la suma correspondiente al monto registrado, en los numerosos casos en que ese monto no se ajustara a la integridad del crédito, los deudores desaprensivos tendrían un recurso simple para eludir a sus acreedores embargantes: transferir sus bienes a terceros antes de que sean subastados, ya por existir entre ellos un concierto fraudulento, o hasta sin ninguna aparente connivencia. No puede admitirse que el adquirente sea de buena fe, tanto si existe prueba directa de su mala fe, como también si adoptó la actitud cándida de tomar conocimiento de la existencia de un juicio a través del embargo y, pese a su condición de sucesor, en vez de asumir todas sus consecuencias, se escudó en la frágil y equívoca apariencia del asiento registral en cuanto al monto de esa medida precautoria.