

Escritura de transmisión de dominio de un inmueble embargado en la que el comprador asume dicho embargo y cuyo acreedor es el hermano del escribano autorizante *

Doctrina

No queda comprendida en la prohibición del artículo 985 la escritura de transmisión de dominio de un inmueble embargado en la que el comprador asume y toma a su cargo dicho embargo, cuyo acreedor es el hermano del escribano autorizante, en tanto y en cuanto no exista delegación perfecta de la deuda objeto del embargo (art. 814 Cód. Civ.).

El interés prescripto en el art. 985 del Código Civil debe ser directo, basado en los principios de responsabilidad no delictual en la reparación del daño, conforme a la doctrina de los arts. 520, 901 y 903 del Código Civil y con entidad suficiente para afectar la imparcialidad del oficial autorizante.

En tal sentido, los principios que rigen la valoración de este interés son:

- a) Ser consecuencia inmediata y necesaria (art. 520)*
- b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901)*
- c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.*

Antecedentes

El escribano J. E. S. D. formula consulta en virtud de recibir una observa-

* Dictamen elaborado por el escribano Agustín M. Ceriani Cernadas y aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas el 31/3/2006.

ción de un profesional referencista sobre una escritura pública autorizada por el consultante, en relación con los alcances de la prohibición establecida en el artículo 985 del Código Civil.

La escritura pública autorizada por el consultante objeto de observación en el estudio de títulos realizado por el profesional referencista es la siguiente:

Escritura número 160 de fecha 4 de mayo de 2005, mediante la cual la señora M. C. vendió a R. R. K. una finca sita en la zona norte de la Ciudad de Buenos Aires. En dicha escritura se relacionaron, además de dos hipotecas que fueron canceladas simultáneamente, los siguientes embargos: embargo preventivo en autos “S. D. J. C. c. C. M. y otro s/ Ejecución Hipotecaria”. Juzgado Comercial 25, Secretaría 50; embargo preventivo autos; “D. A. M. c. C. M. s/ Ejecución Hipotecaria” y embargo autos: “G. L. c. C. M. s/ Ejecución Hipotecaria”, *los que conoce y toma a su cargo el comprador*.

El embargo preventivo detallado en el primer término describe como acreedor, según manifiesta el consultante, a un hermano suyo, ya fallecido para ese entonces.

Posteriormente, el escribano J. E. S. D. informa que existe un error en la descripción del embargo que dio motivo a la consulta, el que no reconoce como causa una ejecución hipotecaria, sino un juicio ejecutivo, no estando vinculado a las hipotecas canceladas a que se hace referencia en el texto de la escritura. Asimismo, agrega copia de la matrícula, donde surge lo siguiente:

(i) Asiento 23: autos “S. D., J., C. c/ C. M. s/ ejecutivo” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 28, Secretaría única.

(ii) Asiento 24: rectifica el asiento 23 por haberse observado con posterioridad. Inscripción provisional.

(iii) Asiento 25: autos “S. D. J., C. c/ C. M. s/ ejecución hipotecaria” Juzgado Comercial 25, Secretaría 50.

(iv) Asiento 29: autos “S. D. J., C. c/ C. M. s/ ejecutivo” Juzgado Comercial 25, Secretaría 50.

(v) Copia del oficio que ordena el levantamiento de embargo donde surge que la carátula y juzgado correctos son los asentados en el Asiento 29 citado.

El consultante manifiesta que “habiendo el adquirente encargado el estudio de antecedentes de su título, el profesional referencista efectuó una observación acerca de la validez de la escritura según lo dispuesto por el artículo 985 del Código Civil”.

El consultante considera que “de ninguna manera es aplicable lo dispuesto por dicho artículo, ya que mi hermano no fue parte de la escritura, ni el que suscribe tuvo interés directo al respecto”. Asimismo, sostiene que “dentro del negocio jurídico instrumentado, la referencia a los acreedores de los embargos es absolutamente anecdótica, ya que como es habitual, pudo haberse consignado únicamente la identificación registral (número de entrada, fecha y Juzgado)”.

Consideraciones

El artículo 985 del Código Civil dispone, en su parte pertinente, que: “Son

de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados...”.

La doctrina ha discutido la naturaleza de la prohibición contenida en el artículo 985 del Código Civil. Por tal motivo, la terminología utilizada por la doctrina es muy variada. Así, Salvat ¹ y Segovia hablan de “incapacidad”; Arauz Castex, Llambías, Spota ² se refieren a la “incapacidad para instrumentar”; Borda y Neri sostienen que la naturaleza de la prohibición es la “incompatibilidad”; Fernando Legón aborda el punto como “inhabilitación”; Carlos A. Pelosi ³, como “competencia en razón de las personas”; y José C. Carminio Castagno ⁴ se refiere a la “ilegitimación del agente”. Benseñor ⁵ sostiene que se trata de una prohibición concreta, específica y limitada que impide al notario intervenir válida y eficazmente en los supuestos enunciados en la norma. Agrega que “si bien su fundamento es la imparcialidad, en el caso aplica una presunción *iuris et de iure* de parcialidad”.

El fundamento de la norma es velar por la imparcialidad del oficial público. La imparcialidad, según Benseñor, “consiste en una cualidad mediante la cual el agente mantiene una equidistancia entre todos los participantes del acto y, consecuentemente, puede aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de la misma [...] El valor de imparcialidad requiere, por supuesto, excluir situaciones donde la prestación del servicio no pueda desenvolverse en condiciones de ecuanimidad y libertad de conciencia” ⁶. La Primera Jornada Notarial del Cono Sur sostuvo en el plenario que la imparcialidad constituye un deber esencial para el ejercicio de la función notarial. Carminio Castagno ⁷ expresa que “*siendo la imparcialidad uno de los valores que deben presidir la actuación de todo oficial público, lógico es que la ley sustraiga de la capacidad del sujeto titular de un órgano competente todo asunto en que sea dable sospechar que aquel principio pueda no ser observado con estrictez. Tal presunción legal reviste, en el presente caso, el carácter de juris et de jure...*”.

La prohibición establecida comprende a todos los parientes, sean consanguíneos, afines o adoptivos.

El art. 985, al emplear la expresión “personalmente interesados”, trata de evitar lo que doctrinalmente se denomina “conflicto de intereses” ⁸. Con respecto al alcance del “interés personal” que prescribe la norma, la doctrina es

(1) Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino, Parte General*, 10ª edición, t. II, pág. 329.

(2) Citados por Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y Leyes Complementarias anotadas*, art. 985, pág. 510.

(3) Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Ed. Astrea, pág. 159.

(4) Carminio Castagno, José C., “Teoría General del Acto Notarial”, en *Revista del Notariado* 727, págs. 43 y 89.

(5) Benseñor, Norberto R., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, en *Revista Notarial* 938, págs. 171 y ss.

(6) Benseñor, Norberto R., obra citada.

(7) Carminio Castagno, José C., *Revista del Notariado* 720, pág. 1979.

(8) Orelle, José M., *Código Civil comentado*, t. 4; A. C. Belluscio, págs. 512 y 513.

unánime al sustentar que el mismo debe ser directo, económico y objetivo conforme a la doctrina de los arts. 520, 901 y 903 del Código Civil, basado en los principios de responsabilidad no delictual en la reparación del daño, y con virtualidad suficiente como para afectar la imparcialidad del oficial autorizante⁹. El interés debe ser directo como condición necesaria de causa efecto¹⁰. También podrá ser económico o de otra índole, pero que pueda desviar al funcionario de su obligación de imparcialidad.

En tal sentido, los principios que rigen la valoración del interés directo son:

a) Ser consecuencia inmediata y necesaria (art. 520)

b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901)

c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.

El Código Civil sienta principios sobre causalidad a los efectos de poder determinar la existencia, grado o extensión de la intensidad de la responsabilidad de las personas por sus acciones y omisiones. La teoría de la causalidad adecuada es la que fue consagrada por Vélez Sarsfield, según la mayor parte de la doctrina. Así, el Código de Prusia, fuente del Código Civil, establecía que “Art. 4: los efectos que resulten ordinariamente, según el curso natural y habitual de las cosas, de un hecho considerado en sí mismo, se llaman inmediatos. Art. 5: se llaman mediatos los efectos que sólo provienen de la conexión del acto, ya con otro acto cuyos resultados son diferentes, ya con una circunstancia que no es ordinaria...”¹¹.

El artículo 901 del Código Civil define a las consecuencias inmediatas como las “consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”. En cambio, las consecuencias que resulten solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto son llamadas “consecuencias mediatas”. Las consecuencias inmediatas son tales porque no tienen intermediario, sin mediar intervención de una persona nacen de sí mismas. En cambio, si el efecto proviniera de la conexión en sí misma de dos acontecimientos que se interfieren, el hecho no sería directo y la consecuencia sería mediata.

Para establecer si existió interés personal directo del pariente del consultante en el acto escriturario detallado es importante analizar la naturaleza jurídica del contrato celebrado.

En tal sentido, como primera aproximación analizaremos el efecto del embargo en relación con la disponibilidad del bien.

El artículo 1174 del Código Civil dispone que “Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros”. Por su parte, el artículo 1179 prescribe que: “Incorre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses

(9) Armella, Cristina, *Código Civil comentado*. Comentario art. 985, Bueres-Highton, págs. 30 y ss.

(10) Legón, Fernando, citado en el *Código Civil comentado*. A. Belluscio (director) pág. 512.

(11) *Código Civil comentado*. Belluscio, A. Comentario art. 901. págs. 51 y ss.

quien contratare de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, embargadas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe”.

María E. Alterini¹² recopila los distintos criterios en cuanto a la alienabilidad del objeto embargado. La primera postura es la que sostiene la inalienabilidad del inmueble embargado, en virtud de trabar la facultad de disposición de la cosa embargada. Pero sin perjuicio de ello, los autores que sustentan esta postura reconocen que “la indisponibilidad del bien embargado no es absoluta. El Código Civil permite su enajenación a condición 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 [...] y en su defecto, la transferencia queda supeditada a los resultados del juicio en que se trabó el embargo”¹³. Otra parte de la doctrina considera que la alienabilidad del bien embargado está condicionada por la previa asunción del embargo por el adquirente del objeto respectivo. Y, finalmente, hay quienes sustentan la validez total de la enajenación de los bienes embargados, pero tal enajenación es inoponible al embargante en tanto lo perjudique. Se ha expresado que: “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”¹⁴. Agrega María E. Alterini que “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 [...] 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 *ius et de iure* conocidos por los terceros interesados”¹⁵.

Las cosas embargadas no quedan fuera del comercio a tenor de lo prescripto en el art. 2336 del Código Civil. María E. Alterini manifiesta que debe descartarse de plano una supuesta absoluta inenajenabilidad, pues la enajenación de la cosa embargada no está expresamente prohibida ni por la ley (art. 2337), ni por hipótesis, por actos entre vivos o de última voluntad. Tampoco, en virtud de lo previsto en el artículo 2338 del Código Civil, las cosas embargadas están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa.

(12) Alterini, María Eugenia, “El embargo como derecho real procesal”, en *Revista del Notariado* 879, págs. 89 y subsiguientes.

(13) Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Citado por Alterini, María Eugenia. Nota citada.

(14) Belluscio, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A., *Código Civil comentado*, t. 5, pág. 801.

(15) 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. Citado por M. E. Alterini, obra citada.

Las medidas cautelares, según Isaac Molina ¹⁶, “son resoluciones procesales de un órgano jurisdiccional, adoptadas en el curso de un juicio o previamente a él, a pedido del interesado y en oportunidades de oficio, para asegurar bienes, o situaciones determinadas. Se mencionan, entre ellas, el secuestro, la intervención judicial, la prohibición de innovar y contratar, el depósito de cosas, la designación de administrador, de veedor, la anotación de litis, siendo las más importantes y comunes, la de inhibición de bienes y el embargo”. Agrega el citado autor que el embargo afecta a un bien para asegurar la eventual ejecución futura, lo individualiza limitando las facultades de disposición.

La circunstancia de que el escribano actuante en la venta de un inmueble embargado retenga, o no, el monto del embargo es indiferente a los efectos de determinar la validez de la transmisión instrumentada. La venta de la cosa embargada será válida pero, en todos los casos, el embargo subsistirá sobre la cosa enajenada, siéndole inoponible la transmisión al tercero embargante, a quien no podrá perjudicar. Tampoco es imprescindible la previa comunicación al Juzgado que dispuso la medida, simplemente por cuanto el embargo trabado gravará el inmueble hasta tanto sea ordenado su levantamiento (y anotado el mismo) por el Juzgado competente.

La jurisprudencia remarca en sede Comercial y Civil que “el adquirente que manifestó reconocer y tomar a su cargo el embargo existente sobre un inmueble, lo asume en la medida en que afectaba al transmitente, convirtiéndose en responsable del gravamen con ese bien, excluyendo el resto del patrimonio del adquirente” ¹⁷. “Si el comprador de la cosa embargada actúa de buena fe, no tiene más responsabilidad que resarcir el perjuicio con la cosa adquirida o con el precio que la sustituye. El sucesor singular del deudor embargado –al igual que éste– no puede sustraer el inmueble embargado de la acción de la justicia, porque ello importaría un ataque al interés público, a la seguridad jurídica y al propio prestigio de la justicia” ¹⁸.

Por último, y con relación al monto que será necesario depositar para que el Juzgado ordene el levantamiento de la medida, habrá que tener en cuenta la disímil doctrina plenaria existente en el ámbito de la Justicia nacional, conforme la competencia de que se trate.

En efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en plenario del 10 de octubre de 1983, expresó que “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” ¹⁹.

(16) Molina, Isaac, *Seminario teórico-práctico Laureano Moreira n° XXII*, mayo 1991. Tema: “Rango registral: publicidad contractual y medidas cautelares”.

(17) CNCom., Sala E, mayo 21/1993. Autos: “Eximia Industrias Clark Argentina S. A. c. Aguirre, Roberto” en *LL*, t. 1994-B, pág. 385.

(18) CNCiv., Sala C, junio 25/1992. Autos: “Sorrentino, Julio c. Demaría de Derrico”, en *LL*, t. 1993-A, pág. 5.

(19) Cám. Nac. Comercial en pleno. Autos: “Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira Rey, Teresa”, en *LL*, t. 1983-D, pág. 476.

Con un criterio sustancialmente distinto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en plenario del 23 de agosto de 2001, sentó la siguiente doctrina: “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”²⁰.

Analizada la naturaleza jurídica de la venta de los bienes embargados, debemos determinar el carácter de la participación del acreedor en el contrato celebrado.

La novación subjetiva por cambio del deudor puede darse a través de dos formas: la delegación (art. 814 Código Civil) y la expromisión (art. 815 Código Civil).

De acuerdo con lo establecido en el art. 814 del Código Civil, “la delegación por la que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo”.

La delegación “consiste en un acto plurilateral en que intervienen tres sujetos: el deudor y el acreedor de la obligación original, por supuesto, y un tercero que asume la obligación de pagar la deuda de aquél a éste”²¹. La delegación puede ser perfecta o imperfecta. La delegación perfecta se denomina también privativa y novativa; la delegación imperfecta es llamada también acumulativa. Para que la delegación sea perfecta y, por lo tanto, novativa, es necesario que el acreedor delegatario, a la vez de aceptar la obligación del delegado, libere expresamente al deudor original. Si se produce una sustitución de la relación obligacional preexistente, el deudor originario queda desobligado y se extingue la obligación original. La delegación es imperfecta cuando el acreedor no libera expresamente al deudor primitivo y, por lo tanto, existirán en lo sucesivo dos deudores: el delegante y el delegado. Salvat²² aclara que se requerirá que el acreedor acepte al delegado como nuevo deudor para que se cumpla con la delegación imperfecta, caso en el cual tendrá ante sí dos deudores concurrentes, aunque no solidarios, de la misma prestación; el deudor original, que sigue respondiendo con todo su patrimonio y el comprador del inmueble embargado, que responderá únicamente con el inmueble adquirido. Si el acreedor no acepta la delegación, ésta le es inoponible y la relación obligacional se mantiene inalterada. La aceptación del acreedor del delegado puede manifestarse expresa o tácitamente, ya que no existe una disposición legal que exija una expresión positiva de voluntad.

(20) Cám. Nac. Civil en pleno. Autos: “Czertok, Oscar y otro c. Asist. Médica Personalizada S. A. y otro”, en ED 194-385, LL, 2001-E-656.

(21) *Código Civil comentado*. Dir. Belluscio. Coordinador Zannoni, t. 4, pág. 672, comentario art. 814.

(22) Salvat-Galli, III, N° 1741, citado en *Código Civil comentado* (nota anterior).

Conclusiones

En el caso analizado, la compraventa con reconocimiento de embargo por el comprador, no existe delegación perfecta de deuda y, por lo tanto, no hay novación de la obligación original, en virtud de no liberar expresamente al deudor originario. El acreedor, hermano del autorizante, no obtiene ningún beneficio en virtud de la operación realizada, ya que su relación obligacional continúa vigente con el deudor original. Si se considerara que existió una delegación acumulativa o imperfecta –tomando como si la aceptación del acreedor por el nuevo deudor fuera tácita– ésta no genera ningún cambio en la situación patrimonial del acreedor embargante, ya que el deudor original seguirá respondiendo con todo su patrimonio por la obligación vigente y el adquirente del inmueble sólo responderá por el valor de ejecución del inmueble. Incluso, si se toma en cuenta que el embargo fue trabado en sede comercial y se aplica la postura sostenida por el plenario relacionado, el acreedor embargante podría verse perjudicado por la escritura autorizada por el consultante, ya que el comprador podría haber depositado el monto literal del embargo inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, para que el juez interviniente ordene el levantamiento de la medida cautelar.

En virtud de lo expuesto, concluyo que la escritura de compraventa de un inmueble autorizada por un escribano en la que el comprador asume y toma a su cargo un embargo, cuyo acreedor es el hermano del autorizante, no queda comprendida en la prohibición del artículo 985 del Código Civil, siempre que no exista delegación perfecta de deuda en los términos del artículo 814 del citado Código.

El fundamento de la norma, de acuerdo con lo mencionado, es velar por la imparcialidad del oficial público y, en este caso, no fue afectado, ya que el pariente del oficial público no modificó ni afectó en nada su relación contractual con el deudor original ni se benefició de ninguna manera con la operatoria instrumentada. En los términos de la definición de imparcialidad, precisada por Benseñor, el escribano actuante pudo mantener una equidistancia entre todos los participantes del acto y aplicar una relación de ecuanimidad o equidad respecto de la misma.

El interés prescripto en el art. 985 del Código Civil debe ser directo, basado en los principios de responsabilidad no delictual en la reparación del daño, conforme a la doctrina de los arts. 520, 901 y 903 del Código Civil y con virtualidad suficiente para afectar la imparcialidad del oficial autorizante.

En tal sentido, los principios que rigen la valoración de este interés son:

- a) Ser consecuencia inmediata y necesaria (art. 520)
- b) Derivar de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901)
- c) Que sea imputable al autor de tales consecuencias.