
DE LA SUBROGACION REAL EN LOS BIENES EMBARGADOS

RAÚL ANIDO BONILLA

SUMARIO:

1. De los textos legales.
2. Del derecho subjetivo.
3. Del derecho subjetivo, la buena fe y la seguridad jurídica.
4. Del derecho subjetivo a una situación jurídica de pertenencia.
5. Del derecho a la prestación.
6. Del embargo.
7. Del embargo y la intransitividad de los derechos reales.
8. Del embargo y los derechos de garantía.
9. De la publicidad registral.
10. De la fecha de la oponibilidad del crédito.
11. De la prescripción y la caducidad.
12. Del modelo de los principios del Derecho.
13. De la compensación.
14. De la subrogación real.
15. De las conclusiones.

Se estudia la naturaleza jurídica del embargo, la publicidad registral, y la situación del crédito embargante prioritario del que caduca su inscripción registral luego de la providencia de ejecución y del remate.

Palabras claves: embargo/publicidad registral/ compensación/ subrogación real/

1. DE LOS TEXTOS LEGALES

En el artículo 380.7 del Código General del Proceso, bajo el epígrafe “Prelación” dispone que “La eficacia de los embargos frente a terceros, así como las prioridades entre los embargantes para el cobro de sus créditos, intereses, costas y costos, se determinará por la fecha de realización de los respectivos actos que hacen efectivos los embargos (ordinal 1 de este artículo).” Mientras que el artículo 380.6, bajo el epígrafe “Eficacia”, leemos “Todo acto de disposición o de gravamen sobre el bien embargado, posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto al embargante y no produce alteración alguna en el orden del proceso ni en sus resultados.”

En materia de vía de apremio, hallamos que en el artículo 388, bajo el epígrafe “Liquidación del crédito y entrega del bien”, se establece en el 388.1 que “Depositado el precio o imputada la seña...el ejecutante presentará la liquidación de la que se dará vista

al ejecutado y previo informe de la oficina se someterá a la aprobación del tribunal...” “La liquidación se formulará en el siguiente orden: ...c) El crédito del ejecutante y sus accesorios, pero si hubiere embargos por créditos no satisfechos o créditos prioritarios se pagarán en el orden que legalmente corresponda.....” Por fin, en el artículo 389, titulado “Levantamiento de embargos”, leemos que “En todos los casos de venta judicial el tribunal dispondrá de oficio el levantamiento de todos los embargo e interdicciones que afectaren el bien vendido,...”, y, que “389.2 El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación,...”.

Así, en vía de apremio, se admite expresamente la subrogación real del bien ejecutado por el respectivo dinero de su precio; manteniéndose las respectivas afectaciones aún ante la mutación del bien afectado. Por tal vía estamos ante lo que SIECKMANN¹ ha llamado “el mandato de reconocimiento de una norma”, al que se sumarán “el mandato de ponderación”, que describe como “reglas procesales que exigen la ponderación de normas colisionantes”, y “el mandato de optimización”, que ordena que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas”. Para así llegar a lo que llama² “el criterio de optimalidad de PARETO”, por el que “está mandado realizar un estado óptimo relativo a los fines dados”.

Dicha norma de validez está acompañada en nuestro sistema jurídico por otras como el artículo 8° de la ley 13899 que, en materia de expropiación, dispone que “Las hipotecas, aún inscritas con anterioridad al decreto de designación del bien a expropiar, no afectarán al bien expropiado, que una vez otorgada la escritura de expropiación o acta notarial, en su caso, queda libre de gravamen, recayendo el derecho del acreedor hipotecario sobre la indemnización, que quedará a la orden del acreedor”. Disposición que complementa la contenida en el artículo 21 de la ley de expropiación, que establece que “Ninguna reclamación o acción de tercero que alegue estarle afecta la cosa..., puede impedir la expropiación ni sus efectos. El tercero hará valer sus derechos sobre el precio o indemnización de la cosa..., quedando aquélla libre de todo gravamen”. Todo ello complementa la norma que surge del artículo 2335 del Código Civil que dispone que “La hipoteca de una cosa... También se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada.”

De ahí que en este trabajo abordemos la determinación de las respectivas afectaciones, su eficacia y prioridad, ante la operatividad de la subrogación real.

2. DEL DERECHO SUBJETIVO

En el artículo 14 del Código General del Proceso leemos que “Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”. En materia de ejecución forzada estamos ante créditos aún insatisfechos, por lo que en la satisfacción del interés del respectivo acreedor se halla el fin de la misma. Así estamos en presencia de un crédito, especie del género bienes y concreción de un derecho subjetivo.

1 “El modelo de los principios del derecho”, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 24

2 Ob.cit. pág. 53.

CESARINI SFORZA³, al analizar el derecho subjetivo, estudiando su objeto y pretensión, nos dice que facultad es libertad, aunque cerrada en sí misma; mientras que el poder es facultad más potestad, *facultas ac potestas*. Ello es lo que apreciaba y concretaba en el clásico *ius*, que se describiera no ya como el poder de un individuo sobre otro, sino como aquel que es justo (*id quod justum est*): el que se corresponde a una “porción” de utilidades y deberes.⁴ Y dicha *potestas*, en los derechos de crédito, tiene por objeto el comportamiento debido por el deudor. Y, agregamos nosotros, la respectiva utilidad. La que afecta la general utilidad del respectivo bien.

En similar sentido, LENER⁵ escribía cómo el derecho subjetivo y el poder jurídico se interrelacionan; tanto que la enseñanza tradicional predica como elementos estructurales del derecho subjetivo el interés y el poder, en cuanto que a cada derecho le es reconocido un poder para la realización de su interés. A lo que agrega que no todo poder se concreta en función de la realización del interés que constituye el núcleo de un derecho subjetivo, en cuanto éste comprende y califica situaciones estáticas que se corresponden al interés realizado: el orden *secundum ius*. Así LENER observa un momento estático y un momento dinámico en la figura del derecho subjetivo, para luego aludir a aquellos derechos subjetivos cuyo núcleo lo constituye una pretensión, desde cuya perspectiva predomina la situación jurídica en la que el derecho se encuadra. Es por ello que, para LENER, el poder del acreedor de promover la satisfacción coactiva de su interés sobre el patrimonio del deudor se incluye en la relación jurídica obligacional, en la que se halla junto a los poderes que corresponden a cada una de las partes ligadas por el vínculo obligatorio.

Así en el caso de un acreedor embargante, vemos que quien es titular del respectivo crédito ha ejercido el su derecho subjetivo, exigiendo, en su momento, la respectiva prestación y posteriormente promoviendo la satisfacción coactiva de su interés; ejecutando la *potestas* de que nos hablaba CESARINI SFORZA. Así estamos ante una situación jurídica que, como todo derecho subjetivo, merece ser protegida. Tanto que se ha aceptado la figura de la lesión extracontractual del crédito⁶, aún ante la relatividad de los contratos. Y, precisamente, dicha lesión se verifica cuando un tercero a través de un comportamiento positivo o negativo daña un concreto crédito, generando la respectiva antijuridicidad.

3. DEL DERECHO SUBJETIVO, LA BUENA FE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Es por ello que estamos ante el respeto de los derechos adquiridos a través de las diversas concreciones del principio de buena fe, que, sin duda, manifiesta un principio de ética jurídica ya acuñado en el adagio romano de no dañar el derecho ajeno (*alterum non laedere*). En tal sentido LARENZ⁷ nos decía que “La salvaguardia de la buena fe y el

3 Voz “Diritto soggettivo” en Enciclopedia del Diritto, t. pág. 691

4 Julien LAURENT: “La propriété des droits”, LGDJ, Paris-2012, pág. 31

5 Voz “potere” en Enciclopedia del Diritto pág. 636

6 FERNÁNDEZ ARÉVALO: “La lesión extracontractual del crédito”, Tirant monografías, 1996, pág. 34

7 Citado por DE LOS MOZOS: “El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”, Bosch, Barcelona-1965, pág. 144

mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda la vinculación jurídica individual. Por ello, el principio *no puede limitarse a las relaciones obligatorias*, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y en el Derecho público". Y una especial vinculación jurídica se da entre un acreedor y los demás que tienen conocimiento de su crédito. Ahí se halla la *ratio legis* de la norma que surge del artículo 380.5 del Código General del Proceso, cuyo texto nos dice que "todo acto de disposición o gravamen sobre el bien embargado posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto embargante...", quien ya había ejercido su *potestas* a través de una de sus concreciones: lograr la traba de embargo.

CANARIS⁸ ha definido el sistema jurídico como un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna. Así en el caso del respeto al derecho de crédito nos hallamos ante concreciones del principio de seguridad jurídica y, como dijéramos, del principio de buena fe.

En relación a la seguridad jurídica VALLET DE GOYTISOLO⁹ nos decía que la seguridad jurídica, en el sentido de *seguridad de lo ajustado a derecho*, requiere que nadie sea privado de su propiedad por un acto traslativo que él mismo no haya otorgado, lo que denomina seguridad jurídica estática; y que alguien sea protegido en la adquisición de su derecho, lo que denomina seguridad jurídica dinámica. En el caso estamos ante una determinación de la seguridad jurídica estática, que manda que nadie sea privado de la *facultas* que se corresponde a la situación jurídica de acreedor embargante.

Pero también coexiste en la *ratio legis* de dicha norma, como viéramos, el principio de buena fe; del que ALAS, DE BUEN Y RAMOS, seguidos por DE LOS MOZOS¹⁰, nos han dicho que cada una de las instituciones no requieren una buena fe absoluta, sino, por el contrario, una buena fe relativa a los requisitos y circunstancias concurrentes en la institución de que se trate. Así, para apreciar si existe buena o mala fe en estos casos habrá que examinar cuales son las relaciones que constituyen el instituto mismo y establecer después la medida de la rectitud que a aquellas relaciones corresponda. Y, en el caso, la buena fe se concreta en el respeto a la situación jurídica derivada del acreedor embargante. Por lo que, en el caso de la prioridad del acreedor embargante, confluyen la seguridad jurídica estática y la buena fe, sus valores y fines. En tal sentido recordamos cómo SAN AGUSTÍN¹¹ enseñaba que el "...bien, si existe, debe ser de tal naturaleza, que no se pueda perder contra nuestra voluntad; pues nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatar, aunque tenga la firme voluntad de retenerlo y conservarlo." Y, precisamente, allí está la real *ratio legis* de la protección del acreedor embargante hecha texto en el citado artículo 380.6 del Código General del Proceso.

8 "El sistema en la Jurisprudencia", Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 55

9 "Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica", Revista Jurídica del Notario N° 33 (enero-marzo 2000), pág. 211

10 "El principio de buena fe y sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español", Bosch, Barcelona-1965, pág. 62

11 "Obras apologeticas", Biblioteca de autores cristianos, Madrid-1975, pág. 233

4. DEL DERECHO SUBJETIVO A UNA SITUACION JURÍDICA DE PERTENENCIA

Ahora, aquel derecho subjetivo de crédito, que devino insatisfecho y genera el respectivo proceso ejecutivo o de ejecución, había transcurrido, en la doctrina, entre la concepción subjetivista de WINDSHEID (que lo describiera como poder de la voluntad) a la concepción objetivista de IHERING (que lo concibiera como derecho-interés, y lo explicara como interés jurídicamente tutelado), como fin del proceso, en cuanto efectividad del respectivo derecho sustancial, en el mismo se concreta el crédito como derecho-interés. Para luego, frente a dichas concepciones, en el siglo XX se propongan otras nuevas, tanto de inspiración subjetivista como objetivista. Dentro de las primeras destaca la de DABIN¹², quien propuso su definición de derecho subjetivo como “pertenencia-dominio” (“*appartenance-maîtrise*”), afirmando que todo derecho subjetivo supone un bien o un valor ligado a un sujeto-persona por un vínculo de pertenencia, lo que determina que esa persona pueda decir que ese bien o ese valor es suyo. En su concepción el derecho subjetivo se presenta como ensamble, como una relación de pertenencia, entre el sujeto y una cosa. Pero, sabedor de la limitación de su definición, añade que la pertenencia puede ser indirecta. Y es lo que verifica en el caso de los derechos de crédito. Por tal vía nos aproximamos a aquella superada concepción de los derechos reales limitada propuesta por ELVERS, citada por BARASSI¹³, que sostenía que los mismos no recaían sobre la cosa sino sobre una determinada utilidad de la cosa, que BARASSI corrigiera, afirmando que la utilidad es una cualidad de la cosa y no tiene entidad jurídica propia. En relación a ellos nos remitimos, en nuestro Código civil, al artículo 550 que describe la servidumbre a través de la noción de utilidad-gravamen.

Frente a ello ROUBIER¹⁴ nos plantea que las prerrogativas y obligaciones conforman lo que él llama “situación jurídica”, para luego distinguir entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas. En éstas el elemento de la prerrogativa y de la utilidad para su titular aparece en primer plano en la situación; mientras que en las objetivas presenta un predominio de los deberes frente a los derechos. Y, precisamente, en las situaciones jurídicas subjetivas halla una prerrogativa apropiada “a la manera de un bien”. De ahí que Julien LAURENT¹⁵ nos diga que la concepción de ROUBIER del derecho subjetivo implica una ventaja a favor de su beneficiario, y que¹⁶ conciba el derecho de crédito como derecho-prestación a una prerrogativa apropiada. Para luego afirmar que el derecho-prestación permite una repartición de la suma de utilidades de la cosa apropiada por una persona. Por lo cual nuevamente nos encontramos ante una concreta utilidad a favor del acreedor sobre el bien del deudor ahora embargado, que si bien se corresponde a una situación jurídica objetiva, bien se puede explicar aún como una “pertenencia indirecta” sobre la respectiva cosa.

Dicho respeto a los derechos de crédito, los poderes y facultades que ellos contienen,

12 “*Le droit subjetif*”, Dalloz, 1952, pág. 80 y ss. citado por Julien LAURENT: “*La propriété des droits*”, L.G.D.J, 2012, pág. 54-55

13 “*I diritti reali limitati*”, Giuffrè, Milano-1942, pág. 12

14 “*Droits subjectifs et situations juridiques*”, págs. 53-54, citado por Julien LAURENT, ob. cit. pág. 56

15 Ob. cit. pág. 56

16 Ob. cit. pág. 64

conformando la situación jurídica de que nos habla ROUBIER, lo encontramos, precisamente, en disposiciones como el artículo 1792 de nuestro Código Civil que determina que un tercero (el adquirente de una finca arrendada) deba respetar el derecho de crédito del arrendatario “siempre que el contrato conste por escritura pública o privada debidamente registrada”. Y el momento decisivo que determina la oponibilidad de dicho crédito es el del otorgamiento de la enajenación.

Ello se ha explicado a través de que se está ante una obligación real o *propter rem*, que DE CASTRO¹⁷ explicara a través de la existencia de derechos subjetivos dependientes que determinan una relación jurídica compleja que supone una relación estable de reparto de utilidades de un bien. En el caso del artículo 1792 C.Civil hallamos que dicha relación de reparto se liga a la previa concesión del uso y goce de la finca a través del respectivo crédito de que es titular el arrendatario. Así en tal caso estamos ante una afectación de la utilidad de la finca previa a la enajenación, mientras que en la hipoteca estamos ante una afectación a una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Lo que podemos contraponer como utilidad material frente a utilidad jurídica. Tanto que DE LOS MOZOS¹⁸ ha escrito que en dichos casos se presenta el derecho de propiedad como incrustado a una prerrogativa material sobre la cosa y a una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa. Del mismo modo creemos que, tratándose de embargo, toda relación jurídica entre el propietario y terceros posteriores a la inscripción de aquél se hallará afectada por la prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa que determina el mismo embargo; que, en cuanto tal, ya determinó una relación de reparto de utilidades de la misma.

5. DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN

BETTI¹⁹, al analizar la defensa de la obligación como consecuencia de su incumplimiento, nos indica que la misma, bajo un aspecto que llama instrumental o neutral, se regula en los códigos de procedimiento, y, bajo otro aspecto, en cuanto con ella se ejerce la sanción que la ley determina en caso de incumplimiento de una obligación, tiene una disciplina que entra de lleno en la competencia del Código Civil, es decir en la ley sustancial. Es la conocida tutela jurisdiccional del derecho. A la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Código General del Proceso, debemos estar.

Cuando nos encontramos con la ejecución forzosa, la misma se corresponde a la obtención de aquella utilidad que el acreedor debía obtener de la cooperación del deudor —cooperación fallida—, para lo cual debe acudir, ahora, a la enajenación de los bienes del deudor según las reglas que establece el Código de procedimiento civil. Pero siempre se trata del mismo derecho subjetivo, aquél que se explicaba a través de su conformación de poderes y facultades, ahora en su momento dinámico del derecho a la prestación.

17 Citado por DE CASTRO VITORES: “La obligación real en el derecho de bienes”, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 419

18 “El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica”, EDERSA, 1993, pág. 239

19 “Teoría general de las obligaciones”, EDERSA, Madrid-1970, tomo II, pág. 477 y ss.

Es así que la postura de BETTI se enfrentaba a la que sostuviera CARNELUTTI²⁰, quien afirmara que era preciso defenderse contra el peligro de confundirse el derecho privado del acreedor, que se agotaría al hacer prevalecer su derecho a la prestación, y el poder de actuar las sanciones predispuestas en la ley para el caso de incumplimiento, que identificaba con la acción: dos posiciones, según su opinión, por las que una representaría un medio, y la otra sería el fin; una sería el interés tutelado por la iniciativa del acreedor, interés a la prestación del deudor; la otra –el medio– sería la acción como poder para poner en ejercicio los medios y las vías para conseguir aquella tutela. CARNELUTTI, diciendo esto, manifestaba una exigencia que tiene una indudable razón de ser: la exigencia de distinguir claramente lo que corresponde al Derecho sustancial, de lo que pertenece al Derecho procesal, incluso cuando a este último se concedía una prevaiente importancia. Frente a ello BETTI sostenía que la sanción, al contrario de lo que sucede con la acción, pertenecía al Derecho sustancial. Así sostiene que conviene distinguir netamente lo que es poder procesal, como tal, instrumental y neutral, puesto a disposición de los particulares por la ley –poder que tiene por contenido únicamente el interés para actuar y por fin (*petitum*) el obtener una medida jurisdiccional– de aquella situación de Derecho sustancial, a la que el poder mismo se refiere y se coordina como a una “pretensión” que hace valer. Sin embargo, desde un punto de vista teleológico –y lo admite el mismo CARNELUTTI, sin usar esta expresión– se precisa reconocer que el poder de provocar la actuación de la sanción se concede a quien tiene derecho a la sanción; pero si tiene o ha perdido este derecho es lo que trata de decidir y de declarar el proceso.

En un proceso en quien lo promueve, llegando a la vía de apremio, es el acreedor embargante prioritario, es obvio tiene derecho “a la sanción”. Por lo que, usando palabras de BETTI, hemos de estar a su derecho a la prestación, o sea a su mismo derecho subjetivo. Lo que se ha de decidir, como señalaba dicho autor, conforme las reglas del Derecho sustancial. Desde tal base creemos que debemos analizar la situación de dicho acreedor cuando la inscripción de su embargo caduque por el transcurso de los treinta años, u otra similar, en la que, al decir de SAN AGUSTÍN, se manifieste “la firme voluntad” de conservar” el respectivo derecho.

6. DEL EMBARGO

TARIGO²¹ definía el embargo como “el conjunto de actividades cuya finalidad es la de afectar bienes concretos del patrimonio del deudor para someterlos como objeto de la ejecución ya dispuesta”. BARRIOS DE ANGELIS²² lo describía como “Acción y efecto de afectar formalmente por acto del Tribunal bienes genéricos o específicos para su aplicación eventual a una ejecución.” Mientras que BIURRUN BERNERON²³ define el embargo como una medida cautelar que consiste en la ejecución de un bien (o “fictamente” de ciertos bienes comprendidos en el embargo genérico) cuya titularidad es la del ejecutado, con la finalidad de asegurar, mediante su venta judicial, el pago al acreedor...;

20 “Dir. e proc. n. teoría d. obblig., n. 21, en *Studi Chioventi*, P. 273

21 “Lecciones de Derecho Procesal Civil...” t. III, 3ª edic., Montevideo-2003, pág. 95

22 “El proceso civil” tomo II pág. 140

23 “Vía de apremio. Embargo, tasación y preparación del remate” en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, pág. 123

vínculo que se logra por un complejo de actos que culminan otorgando eficacia, la cual determina la inoponibilidad de actos de disposición posteriores...y concede al acreedor ejecutante el derecho de persecución y de prioridad –fuera de las preferencias y el concurso- al cobro del bien.

En la doctrina española hallamos que ESPEJO LERDO DE TEJADA²⁴ ha definido al embargo como un acto de naturaleza jurisdiccional o judicial que causa la afección de un bien a las resultas de un procedimiento de ejecución de una obligación.

Todas las citadas definiciones transitan por la afectación, en relación a la cual en nuestro sistema jurídico no hallamos ni una definición ni una regulación. Aunque sí por referencias a la misma, como la expresión “patrimonio de afectación” contenida en la ley 17.703 en relación a la propiedad fiduciaria. Por lo que entendemos admisible la explicación propuesta por ROY²⁵ quien describe la afectación a través de la prerrogativa del *jus utendi* en su aspecto jurídico, quien la complementa²⁶ afirmando que “la afectación imprime al bien una destinación, una dirección, un fin”. Tanto como se aprecia, en nuestro sistema jurídico, en el fideicomiso. Así luego del embargo nace en relación al respectivo acreedor una prerrogativa jurídica sobre el valor de la cosa a fin de la satisfacción de su crédito, aún ante terceros como lo reconoce y regula el artículo 380.7 del Código General del Proceso. Así vemos cómo se aproxima a la hipoteca, tanto que MIRZIA BIANCA²⁷, siguiendo a RASCIO, clasifica el acto de destinación como “acto real”. Tanto como se aprecia en la hipoteca un caso de afectación de destino; afirmando CANALS BRAGE²⁸ que en relación con la hipoteca la palabra destino presenta el significado de “separación de un bien del ámbito patrimonial universal para quedar afecto a una responsabilidad especial”.

Así, la misma idea de afectación, es la que explica que los bienes comprendidos en el respectivo embargo genérico queden afectados al destino de satisfacer el crédito del respectivo acreedor. Por lo que desde que un acreedor embargante halla, en su caso, la protección del embargo y la respectiva publicidad registral, los bienes comprendidos en el respectivo embargo genérico quedan afectados al crédito de aquél.

De ahí que se afirme que la definición de embargo apunta a una institución de naturaleza jurídico-real, la que pone el acento únicamente en el que se denomina su aspecto “pasivo”: se le describe desde los efectos que el embargo produce en el ámbito patrimonial del deudor. Así ESPEJO LERDO DE TEJADA nos habla de definiciones en las que se presenta el embargo como “medida judicial por la que determinados bienes concretos del deudor quedan afectados a la ejecución judicial de un crédito”, o como “afección del bien embargado al proceso en que se decreta a fin de garantizar su adecuada ejecución”. Por esta razón, nos dice, resulta frecuente en la doctrina completar la anterior definición con la descripción de los efectos que el embargo produce en la posición jurídica del acreedor.

24 “Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la ley de enjuiciamiento civil”, Thomson-Civitas, 2005, pág. 16

25 “L’affectation des biens en droit civil québécois”, “La Revue du Notariat, Montreal” vol. 103 diciembre 2001, pág. 386

26 Ob. cit.1 pág. 388

27 “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del Notariato año 2006, volumen LX, pág. 1178

28 La hipoteca como patrimonio de destino”, Fundación Registral, Madrid-2013, pág. 106

Entre las definiciones que traen a primer plano la posición del acreedor luego del embargo hallamos la de CARRERAS²⁹ que lo describe como la actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes.”, y la de DÍEZ-PICAZO³⁰, quien escribiera que el embargo “crea un derecho real a favor del acreedor embargante sobre las cosas embargadas, muy similar a los derechos reales de garantía. En virtud del embargo nace una afección real, una sujeción de los bienes que el acreedor persigue.”

7. DEL EMBARGO Y LA INTRANSITIVIDAD DE LOS DERECHOS REALES

De dichas definiciones ESPEJO LERDO DE TEJADA extrae como elemento omnicomprendivo de todas ellas la idea de “afección”, lo que le basta para afirmar que nos encontramos ante una institución jurídico-real. A lo que agrega que lo que resulta enriquecido por este derecho real es la posición jurídico-procesal del ejecutante. El inmueble objeto del embargo queda sujeto al proceso de ejecución de forma directa, mientras que sólo a través de dicho proceso quedaría sujeto al concreto crédito que está siendo objeto de la ejecución. Así se subraya nuevamente los dos efectos del embargo: su efecto en la cosa y su efecto en el crédito, lo que determina que ni el embargo ni su inscripción conceden propiamente preferencia al crédito que lo obtiene. Tanto como afirma que el embargo sea una institución procesal no impide el acercamiento a la misma desde los conceptos jurídico-civiles.

Compartimos el enfoque de ESPERJO LERDO DE TEJADA, acompañándolo en la visión del embargo como configurar de un derecho de eficacia real, al igual que el que logra el crédito del promitente comprador luego de su inscripción registral y similar al del prestamista luego de la inscripción de la respectiva hipoteca. Como en todo derecho real de garantía en él nos falta la nota de la inmediatividad. Es así que recordamos que TILOCA³¹ escribía que la afirmación del carácter inmediato de los derechos reales resulta contradictoria con su pretendida coexistencia con el llamado deber de abstención de la colectividad, generalmente considerado como su reverso. Demás es sabido que existen derechos reales sin inmediatividad, como la hipoteca y la prenda sin desplazamiento.

Sin embargo, para TILOCCA, la oponibilidad a tercero de los derechos deriva de su inscripción o de su tradición efectiva, y ni una ni otra tienen influencia sobre la naturaleza de los derechos. Así nos dice que no son más que simples medios de publicidad; que son actividades posteriores al nacimiento del derecho real. De ahí que sostenga que el derecho debe ser oponible a tercero en cuanto real; no real por ser oponible.

29 “El embargo de bienes”, Barcelona 1957, pág. 138

30 “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” t. III, Madrid-1995, págs. 487-488

31 “La distinzione tra diritti reali e diritti di crédito”, Archivio Giuridico, vol. CXXXVIII, fasc. 1, enero 1950, pág. 3 y siguientes, citado por VALLET DE GOYTISOLO: “Estudios sobre derecho de cosas” volumen I, Ed. Montecorvo, Madrid-1985, pág. 230

Ante tal planteo, no podríamos ver en el embargo un derecho real de garantía a pesar de hallar en él una afectación. Aunque sí podríamos hallar lo que VALLET DE GOYTISOLO³², comentando a ROCA SASTRE, llama “un régimen o estatuto de trascendencia real, pues modaliza los derechos inscritos, con repercusión respecto de posteriores adquirentes”. Pero, el mismo VALLET DE GOYTISOLO³³ ya nos advertía que muchas veces es necesario prescindir de la clasificación entre derechos reales y personales para poder comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de determinadas instituciones. Por lo que, agregamos nosotros, siguiendo a ROUBIER, debemos atender más que a derechos a situaciones jurídicas y a la pertenencia que se presenta en las mismas. A ello VALLET DE GOYTISOLO³⁴ añade que “... mientras los demás derechos clásicamente catalogados como reales llevan la reipersecutoriedad ínsita en sí mismos, la prenda y la hipoteca, necesitan, respectivamente, de la posesión y de la inscripción para poder perjudicar a tercero. Pudiéndose decir que no es a su propia naturaleza, sino a la publicidad que reciben de aquellas formas, a lo que deben su eficacia “erga omnes”; es decir, la universalidad que se señala como característica esencial de todos los derechos reales. Y que, por tanto, esa universalidad de la hipoteca inscrita o la prenda poseída no es propia y sustantiva, sino meramente formal y eventual, puesto que no perdura más allá de la desaparición de la forma externa con la que nacieron”. Así vemos nuevamente la similitud entre la situación del crédito protegido mediante un embargo y la del crédito prendario o hipotecario. Más si atendemos a concebir los derechos reales como “conjunto de técnicas a disposición de las personas para el reparto de las cosas y de sus utilidades”, de modo que “la persona está en condiciones de obtener utilidad cuando le es reconocido el señorío –total o parcial...- de manera que su contacto físico o influencia de su voluntad en la configuración o destino de las cosas responde a su atribución jurídica” como nos dice de CASTRO VITORES³⁵. Y precisamente en la vía de apremio ya está reconocido dicho señorío, hallando entre las facultades de aquél acreedor la obtener la utilidad que le es debida mediante la afectación de un bien, y el correlativo reparto de utilidades del mismo. Por consiguiente, desde el punto de vista civil, si no estamos ante un derecho real de garantía estaremos ante una afectación real que solo se podrá explicar mediante la técnica de las obligaciones reales. En tal sentido sólo nos resta recordar la formulación de ATIAS³⁶, quien nos dice que “la particularidad del derecho real es su simplicidad: una cosa, una persona, y nada más. La cosa se pone al servicio de la persona, por simple eliminación de todo concurrente, de todo intermediario”. Y eso, precisamente, es lo que se verifica en la vía de apremio: un señorío de aquel acreedor embargante sobre el valor de una determinada cosa. Por lo cual no dudamos en calificar la situación del crédito protegido por un embargo como situación de derecho real.

8. DEL EMBARGO Y LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

En cuanto el embargo afecta al patrimonio del deudor presenta una finalidad de ga-

32 “Estudios ...”, ob. cit., pág. 281

33 “Estudios...”, ob. cit. pág. 224

34 “Estudios sobre garantías reales”, segunda edición, Editorial Montecorvo, Madrid-1973, pág. 36

35 “La obligación real en el derecho de bienes”, Centro de Estudios Registrales, 2000, pág. 31

36 “Droit civil. Les biens”, tomo I, Librairies Techniques, Paris, número 40, pág. 65 y ss.

rantía para aquel acreedor, la que llevara a VIERA³⁷ a definir el embargo como una medida de garantía y a sostener³⁸ que los efectos del embargo son semejantes a los de la hipoteca. De modo que la afectación de la utilidad jurídica del bien del deudor presenta como destino la garantía del acreedor embargante a fin de la satisfacción de su crédito dinerario que se corresponde a la respectiva obligación de dar de su deudor. Así el embargo cumple la finalidad de garantía a que el respectivo acreedor obtenga (teoría del resultado) aquella suma de dinero que al momento del pago represente el valor efectivo de su crédito. Lo que nos aproxima a la posición de CICU³⁹, cuando afirmaba que el objeto de la garantía real no es la cosa sino el valor de la cosa (“puesto que el fin de la garantía real es asegurar al acreedor una suma de dinero, su objeto es el valor de la cosa”). Por lo que, desde que la “tesis del derecho real de garantía”, que postula que “objeto de derecho real de garantía no es el valor ni la cosa, sino una particular relación del acreedor con la cosa vinculada: relación de seguridad”⁴⁰, en cuanto ésta determina la afectación de la cosa al crédito que tiene por objeto un prestación de dar una suma dineraria, terminamos igualmente hallando la afectación de aquella por el valor de dicha prestación al momento de recibirla el acreedor. Así encontramos de la afectación de la finca en su utilidad jurídica por su destinación a la satisfacción del valor del crédito del acreedor embargante; lo que concuerda con la figura del “acto de destinación” que MIRZIA BIANCA⁴¹ describe, en referencia a la destinación funcional del respectivo bien, a través de su oponibilidad a terceros y de la atribución al sujeto beneficiario de una situación jurídica subjetiva activa de hacer valer la destinación.

Pero más allá de si en el embargo estamos ante una institución de naturaleza real, no nos cabe duda que luego del mismo estamos ante la afectación de bienes del deudor a fin de la satisfacción del respectivo acreedor.

9. DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

En la doctrina italiana RUSSO⁴² nos indica que ante la función de la publicidad registral se presentan como tesis dominantes la que sostuviera PUGLIATTI⁴³ a través de la afirmación de la función primaria de la conoscibilidad, y la que sostuvieran NICOLÒ⁴⁴ y GAZZONI⁴⁵ a través de la afirmación que la función primaria de la publicidad registral es la de dirimir los conflictos entre varios adquirentes del mismo bien. Para luego afirmar RUSSO que la conoscibilidad legal se traduce en oponibilidad. Pero, cualquiera sea la posición que se siga, el fundamento de la publicidad registral se halla en la seguridad jurídica, que, conforme el mismo Diccionario de la Lengua Española, significa la seguri-

37 “Las medidas de garantía y el embargo”, 2ª edición, Editorial Universidad S.A., Montevideo 1988, pág. 39

38 Ob. cit. pág. 67

39 Cit. por VALLET DE GOYTISOLO, “Estudios sobre garantías reales” 2ª edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid-1984, pág. 16

40 Posición de MAIORCA citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit. pág. 25

41 “L’atto di destinazione: problema applicativi” en Rivista del notariato-2006, pág. 1179

42 “Le convenzioni matrimoniali”, en “Il Codice Civile Commentario, Giuffrè editore-2004, pág. 162

43 “La trascrizione. La pubblicità in generale” en “Trattato di diritto civile e commerciale” dirigido por CICU y MESSINEO, Milano-1957, pág. 307

44 “La trascrizione”, Milano, pág. 68 y ss.

45 “La trascrizione immobiliare”, en “Commentario al codice civile”

dad de algún derecho que se tiene o se adquiere -la segura titularidad o la seguridad de una adquisición- tanto como la seguridad de que algo es ajustado o conforme al derecho. Lo que hace que se ligue la seguridad jurídica con la confianza. Y ésta, precisamente, nos dice LARENZ⁴⁶ tiene elemento componente de Ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico.

En la doctrina española RAGEL SÁNCHEZ⁴⁷ afirma que la inoponibilidad se basa fundamentalmente en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad. Así se trata de una medida de protección del tercero que adquirió sus derechos con anterioridad a la realización de la actuación ajena, y, agregamos nosotros, desde que situación sea conosci-ble. De ahí que llegue a hallar el fundamento inmediato de la inoponibilidad en evitar que sean perjudicados los legítimos derechos de los terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena. De modo que se puede considerar que son derechos adquiridos aquellos que nacieron y entraron en el patrimonio individualizado de una persona al amparo de una situación jurídica anterior, y cuya vigencia no se ha agotado, ni consumado todos sus efectos, cuando surge a la vida jurídica una situación jurídica nueva, que le afecta jurídicamente. Y ello, precisamente, es lo que sucede cuanto ante un embargo, prioritario, le suceden otros embargos sobre el mismo bien. Lo que nuestra legislación procesal llama prelación.

En materia de derechos adquiridos el artículo 1512 de nuestro Código Civil dispone que "La compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos ya adquiridos por un tercero. Así el que siendo deudor ha venido a ser acreedor, después del embargo trabado en el crédito por un tercero, no puede en perjuicio del ejecutante oponer la compensación". De tal modo vemos cómo el acreedor embargante tiene un derecho adquirido, tanto que VAZ FERREIRA⁴⁸, refiriéndose a la norma derivada del artículo 1993 C.Civil, ha escrito que el acreedor que ha trabado un embargo tiene en nuestro Código un derecho adquirido. En tal sentido recordamos que dicho artículo dispone que "La separación de bienes no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores...". Por lo cual bien podemos sostener que la seguridad jurídica como principio general del derecho se concreta en la protección de los derechos adquiridos con anterioridad.

Así podemos afirmar que la razón de la publicidad registral es otorgar seguridad jurídica a titulares de derechos cognoscibles, o adquirentes de los mismos, como medio de protección de los derechos adquiridos. Es por ello que se dice que cuando el ordenamiento jurídico establece la protección de la inoponibilidad, se considera que las actuaciones ulteriores son potencialmente lesivas para el tercero que ostentaba un derecho a cierto comportamiento por parte del actuante, y le permite actuar como si la actuación posterior no se hubiera llevado a cabo.

El perjuicio que trata de evitar la inoponibilidad tiene un carácter abstracto y potencial. Así junto a la publicidad registral se halla en la irretroactividad de las leyes una forma de inoponibilidad, al no resultar afectados por la nueva normativa los derechos

46 "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", Civitas, 1ª reimpresión 1991, pág. 95

47 "Protección jurídica del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad", Tirant lo Blanch, Valencia-1994, pág. 107 y ss.

48 "Tratado de la sociedad conyugal" tomo II, ASTREA, 3ª edición actualizada, Buenos Aires-1979, pág. 182

adquiridos al amparo de la anterior ley. Y en ambas concreciones del principio de seguridad jurídica.

En materia de retroactividad de las leyes, VERDERA IZQUIERDO⁴⁹ nos indica como las teorías que determinan la razón de la prohibición a la retroactividad transitan desde la teoría de los derechos adquiridos o clásica (*iura quaesita*) a la teoría de los hechos consumados (*facta praeterita*). La teoría de los derechos adquiridos predica que la ley posterior puede modificar, sin ser retroactiva, hasta la simple expectativa, pero si modifica los denominados derechos adquiridos ya incurrirá en retroactividad; definiendo BAUTRY-LACANTINERIE⁵⁰ el derecho adquirido como una facultad legal puesta en ejercicio, mientras que DEMOLOMBE⁵¹ lo describía como el derecho de que estamos investidos y que un tercero no puede arrebatarnos. Así se nos dice que es la consecuencia de un hecho realizado bajo la antigua ley, el cual es el principio generador, causa eficiente y directa de aquella. Por ende, es el efecto con el que han debido contar los particulares. Mientras que la teoría de los hechos consumados predica que la irretroactividad de la ley implica el respeto a los efectos ya producidos y a los efectos por producirse, en cuanto la nueva ley no debe afectar a los hechos realizados con anterioridad, sino tampoco a las consecuencias de los hechos pasados que se realizan bajo la vigencia de la nueva ley. Así BARBERO⁵² afirmaba que, de acuerdo con esta teoría, “el principio de irretroactividad se viola cuando se pretende revalorar un hecho llevado a cabo bajo el imperio de la antigua ley para deducir de él consecuencias sobre la base de la nueva.” Mientras que ROUBIER⁵³, en cambio, sustituye el concepto de hecho jurídico por el de “situación jurídica”, la que pasa por tres momentos: el de su constitución o creación, el de sus efectos o modificación, y el de su extinción. Así entiende que sí hay retroactividad cuando las nuevas leyes se apliquen en relación a situaciones en curso, si afecta a los efectos ya realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley.

Si en materia de irretroactividad de la ley-inoponibilidad debemos distinguir entre la creación de la situación jurídica y sus efectos, siendo relevante aquel momento; también debemos distinguir en materia de protección de derechos adquiridos-inoponibilidad entre la creación de la situación jurídica de afectación, la correspondiente inoponibilidad, y el momento de sus efectos. Entre la creación de la afectación en el patrimonio de los ejecutados y el “procedimiento posterior al embargo” (artículo 383 del Código General del Proceso). Siendo relevante aquel momento y no éste.

En tal sentido recordamos que GORDILLO CAÑAS⁵⁴, al estudiar la ampliación del ámbito mínimo de la inoponibilidad registral, presenta la publicidad registral a través de la postulación de la inscripción como “instrumento de *afección de lo inscrito a terceros adquirentes*”. La llamada función de afección a terceros no es más que la función implí-

49 “La irretroactividad: Problemática general”, Dykinson, 2006, pág. 54

50 “Traité théorique et pratique de droit civil”, vol. I, Sirey, Paris, 1906, cit. por VERDERA IZQUIERDO, ob. cit. pág. 55

51 “Cours de Code Napoléon”, I, Auguste Durand & Pedone Lauriel, 1845, cit. por VERDERA IZQUIERDO, ob. cit. pág. 55

52 “Sistema de Derecho Privado”, I, EJEA, Buenos Aires-1967, pág. 134

53 “Les conflits des lois dans le temps. Théorie de la non-rétroactivité des lois” t. I,

54 “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral” en ADC español, pág. 486 y ss.

cita en los sistemas de prioridad. Así “esa extrañamente denominada función de afectación a terceros” no es más que la función asignada a la publicidad como condicionante de la oponibilidad a terceros de la materia inscribible. Y tal función, en los sistemas de prioridad, es mucho más que un efecto implícito de la eficacia de la inscripción y de las consecuencias de su omisión: es, justamente, el efecto sustancial y más explícitamente afirmado de la publicidad; el que, como tal y a modo de principio general, formulaba expresamente en Francia el artículo 3° de la Ley de Transcripción. En él leemos que “*Jusqu’à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne pouvant être opposés aux tiers qui ont des droits sur l’immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois (...)*” Lo que llevara a MARTY-RAYNAUD-JESTAZ a afirmar que la inoponibilidad es la pieza esencial de la publicidad registral.

En el Derecho de Partidas se daba preferencia al primero en la posesión. De ahí el origen del origen del artículo 1337 de nuestro Código Civil en el que leemos que “Si uno se obliga sucesivamente a entregar a dos personas diversas una misma cosa, el que primero adquiere la posesión de buena fe, ignorando el primer contrato es preferido, aunque su título sea posterior en fecha, ...” Aquí hallamos el mismo fundamento: la seguridad jurídica que se concreta en la protección de los derechos adquiridos ligada a la protección de la confianza junto al componente de Ética jurídica que implica la buena fe.

10. DE LA FECHA DE LA OPONIBILIDAD DEL CRÉDITO

Sin perjuicio de lo antes establecido, en el artículo 109 de la ley concursal -ley número 18.387- leemos que “Los créditos con privilegio especial deberán estar inscritos a la fecha de la declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprada”. A dicha fecha se estará a fin de fijar el “privilegio especial” de los respectivos créditos, al momento de la declaración del concurso y no al momento de la liquidación y pago de la masa activa del concurso; disponiendo el artículo 181 de dicha ley que “Los créditos con privilegio especial se pagarán con el producido de la enajenación de los bienes gravados.”

Por lo que se atenderá a la inscripción de las hipotecas, prendas o fideicomiso de garantía en el primer acto jurisdiccional en el proceso concursal que sigue a la solicitud de concurso, que dista temporalmente del momento del respectivo pago. Así la verificación de los créditos se comprende en un plazo de 60 días contados desde la fecha de la declaración de concurso (arts. 55 y 94) y se concreta a través de la respectiva solicitud de verificación. Y, precisamente, la lista de acreedores que prevé el art. 101 de la ley 18.387 contendrá la respectiva nómina así como sus garantías personales o reales y calificación jurídica.

En la norma que surge del artículo 1337 de nuestro Código Civil se debe atender al momento de la adquisición de buena fe de la posesión, ese momento determinará preferencia de dicho adquirente frente al comprador que fue anterior en el tiempo pero logró la apariencia (publicidad) de su crédito, sin importar si aquél adquirente luego perdió

la posesión o fue turbado en la misma. Es a aquél momento al que hay que estar. Tanto como en la compensación, hay que esta si al momento de la coexistencia de los créditos recíprocos uno de ellos ya estaba embargado, no siendo relevante si luego dicho embargo caducare. En dicho momento la compensación no se verificó ya que existía un derecho adquirido con anterioridad. Lo mismo en la separación de bienes, en la que también estaremos al momento de la disolución de la conyugal y si al mismo existía un derecho adquirido, como el acreedor embargante cuyo embargo luego caducara por transcurrir los 30 años.

La misma solución creemos que se debe determinar en relación a los sucesivos embargos, en cuanto estamos ante la misma razón. En tal sentido recordamos que CANARIS⁵⁵ nos decía que “la exigencia del “orden” resulta sin más del reconocido postulado de justicia de que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia: se insta al legislador y al juez a retomar “consecuentemente” la valoración que una vez se ha sentado, a “pensarla hasta el final” en todas sus consecuencias particulares y a romperla solo con sentido...” Es lo que se conoce como coherencia en el sistema jurídico. Por lo que, estando ante la misma razón, nos resta determinar cuál es el momento a valorar fin de determinar la prelación de los embargos que se compadezca con la razón del momento de la enajenación en la finca afectada por un arrendamiento inscrito, del momento de la coexistencia de deudas en el caso de la compensación, de la disolución de la sociedad conyugal, o de la declaración de concurso. Hemos visto que tanto en la compensación o en el concurso no es el momento del pago, sino uno previo, el de la declaración de concurso o el de la coexistencia de deudas. Lo que, en una formulación abstracta, se corresponde atender, en dichos casos, no al momento “del hecho consumado” sino al momento en que el respectivo bien se pone al servicio del acreedor a través de la simple eliminación de todo concurrente y de todo intermediario (reconociendo la fórmula de ATIAS). Y dicho momento creemos que se produce o al momento de la providencia de ejecución (“vía de apremio”) de que nos habla el artículo 379 del Código General del Proceso o al momento del remate, pero nunca al momento de la “liquidación del crédito y entrega del bien” o al momento del “levantamiento de embargos”. Admitimos que la solución puede ser opinable, pero lo que no creemos opinable es que dicho momento se traslade al momento de la liquidación y pago.

Creemos que al igual que se estableciera en materia de irretroactividad de ley, debemos estar al momento de creación del derecho subjetivo y no al de sus efectos, al momento de la afectación real. En tal sentido recordamos que la razón de la publicidad registral se encuentra en la seguridad jurídica de los derechos adquiridos ya cognoscibles a un determinado momento: aquel en que el “despachará mandato de ejecución”. Dicho momento creemos que es el análogo al de la declaración de concurso, al de coexistencia de deudas, o al de la disolución de la sociedad conyugal. En apoyo acudimos a los principios generales del derecho de buena fe y confianza. En tal sentido recordamos las razones de SAN AGUSTÍN: “nadie pone confianza en un bien que ve se le pueden arrebatar, aunque tenga la firme voluntad de retenerlo y conservarlo”. Todo ello se vuelve relevante en el caso de que el acreedor embargante prioritario que promovió la ejecución ve caducar su inscripción por el transcurso de los treinta años.

55 Ob. cit. pág. 24-25

En apoyo de nuestra postura solo nos resta recordar las enseñanzas del querido VALLET DE GOYTISOLO sobre la analogía y la equidad⁵⁶. Así nos recuerda cómo TOMAS MIERES afirmaba que la equidad orienta la analogía, atendiendo a cuál es la *rerum convenientia*, tanto como nos mandaba buscar la razón de la ley en lo que ésta resultare dotada de buena razón y equidad, “*quia lex praesumitur iusta*”. Y, en similar sentido FIGA⁵⁷ decía que el razonamiento por analogía es “silenciado por la lógica moderna” pero “no es silenciado por la ciencia” que recurre a la teoría de los “modelos”. Y los “modelos” o “ejemplos” se hallan en los casos legalmente previstos.

11. DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD

En la relación de los derechos ante el devenir del tiempo encontramos que PUIG BRUTAU⁵⁸ ha escrito que la prescripción extintiva tiene su fundamento en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular. La inactividad, silencio o falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de la prescripción extintiva por ser contrario al interés social una prolonga situación de incertidumbre jurídica.

Obviamente que el acreedor embargante que promueve la ejecución no es titular de un crédito que haya prescrito, desde que lo ha ejercido.

La justificación de la caducidad, en cambio, está en la naturaleza del mismo derecho que caduca, que tiene una duración prefijada, por lo que el conocimiento de su momento inicial implica necesariamente el conocimiento del final. Por ello es que lo que caduca en el caso es la inscripción del respectivo embargo y no el derecho subjetivo mismo.

Así PUIG BRUTAU⁵⁹ afirma que en la prescripción el derecho se pierde porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado. Por lo que en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto que puede entenderse que es un plazo preclusivo; llamando así al plazo dentro del cual y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica. Pero, en el caso de un acreedor embargante que ve caducar la inscripción del mismo luego de la providencia de ejecución, su derecho no ha prescrito ni ha caducado en cuanto él se ha ejercido, tanto que ha sido su titular el que ha promovido todos los actos de impulso procesal a fin de la respectiva ejecución. Sólo ocurre que no es posible continuar la reinscripción del respectivo embargo por no poderse reinscribir “por un plazo mayor de treinta años, contados desde la fecha de la respectiva inscripción” (art. 42 de la ley 10.793).

56 “El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid-1997, pág.96

57 Citado por VALLET DE GOYTISOLO, ob. última citada, pág. 107

58 “Caducidad, prescripción extintiva y usucapión”, 3ª edición actualizada y ampliada, Bosch, Barcelona, pág. 32

59 Ob. cit. pág. 43

12. DEL MODELO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

El modelo procedimental del derecho propuesto por ALEX⁶⁰ se desarrolla mediante la idea de optimización, enlazando tres implicaciones con la validez de un principio: un mandato de reconocimiento de una norma, un mandato de ponderación y un mandato de optimización. El mandato de reconocimiento lo hallamos en el artículo 380.6 del Código General del Proceso que dispone que “Todo acto de...gravamen sobre el bien embargado, posterior a la efectividad del embargo, es ineficaz con respecto al embargante y no produce alteración alguna en el orden del proceso ni en sus resultados. Los mandatos de ponderación son normas procesales que exigen la ponderación de las normas colisionantes; y ponderar exige razones, valores y fines que se corresponden a principios generales del derecho. Si lo que se pretende es hallar una colisión entre el citado artículo del Código General del Proceso y el artículo 389.2 del mismo que dispone que “El embargo o interdicción subsistirá sobre el precio de la enajenación...”, debemos tener presente que ésta no se puede interpretar a contrario a fin de entender que el embargo cuya inscripción caducó a dicho momento no afecta el precio de la enajenación.

En tal sentido debemos recordar cómo LAURENT⁶¹ advertía que el argumento *a contrario* puede llevar a resultados absurdos; explicando que “El silencio del legislador, por sí solo, no prueba nada, pues el silencio no dice nada”; aunque sí que puede usarse dicho argumento cuando “lejos de contrariar los principios generales, los apoya”. Pues, continúa, “puede muy bien invocarse el silencio de la ley para confirmar un principio tradicional de derecho francés”, que “resulta de la esencia misma de la institución”. Por lo que si vamos al reconocimiento de las razones, principios y fines presentes en el caso de un acreedor que ve caducar la inscripción registral luego de él mismo promover la ejecución, éstos se hallan de lado de la permanencia de la afectación que originó el embargo de un crédito que se mantiene vigente actualmente, a ello conducen los principios de seguridad jurídica, de buena fe, de confianza. Mientras que del otro lado solo tendríamos como razón una inacción que no es relevante, pues los institutos creados a tal fin no la contemplan, desde que no ha existido inactividad del respectivo derecho.

Por lo que la ponderación de las razones nos conducen al mantenimiento de la afectación del crédito de que es titular aquel acreedor embargante sobre “el precio de la enajenación”. Y los mandatos de optimización ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas. Y, precisamente, lo que debe ser cumplido en la mayor medida posible es la citada afectación que protege el crédito de que es titular el acreedor embargante prioritario que promovió la ejecución.

13. DE LA COMPENSACIÓN

El artículo 1497 de nuestro Código C.Civil dispone que “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...”, mientras que en el artículo 1498 se establece que “la compensación se verifica

60 Citado por Jan-R. SIECKMANN: “El modelo de los principios del derecho”, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición-2006, pág.24

61 Citado por VALLET DE GOYTISOLO: “Metodología de la determinación del derecho. II (parte sistemática)”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. y Consejo General del Notariado, Madrid-1996, pág. 637

ipso iure por el solo ministerio de la ley, aun sin noticia de los deudores; las deudas se extinguen recíprocamente en el instante en que existen a la vez, hasta la suma concurrente de sus cantidades respectivas”.

La referencia a la compensación se vuelve relevante desde que aquel acreedor embargante que vio caducar su inscripción por el transcurso de los treinta años luego del remate, habiendo sido el mejor postor en el mismo. Desde ahora llamaremos a dicho acreedor “aquel acreedor embargante”. En tal caso vemos cómo el crédito de que era titular aquel acreedor se extinguió simultáneamente al crédito de que eran titulares los ejecutados (con las respectivas afectaciones y reparto de utilidades) contra él por la obligación de pago del precio derivado de la subasta, lo que determinara que en el patrimonio de aquél el crédito a la adquisición de la propiedad de la finca subrogara al crédito dinerario, al que accedía el embargo que lo hiciera prioritario, ya satisfecho y extinguido.

El precio de subasta, y antes el crédito al cobro del mismo, ocuparon la posición jurídica de la finca subastada en el patrimonio de los ejecutados, tanto como el precio “de los (bienes) que se hubieren enajenado” ocupa el lugar de los respectivos bienes en el patrimonio del ausente (artículo 71 del C.Civil). Y ello aún antes de la enajenación, en cuanto ya, desde ese momento, la afectación parcial a la utilidad jurídica de la finca determinada por el valor del crédito de que era titular aquel acreedor embargante -que vio caducar su inscripción aún luego del remate- se sustituye por la afectación de todas las utilidades de la finca (las que ATIAS⁶² resume en las facultades del propietario utilizador y las que consideran el bien como valor negociable) en favor de él como mejor postor en cuyo patrimonio aquel crédito dinerario es subrogado en el crédito a la adquisición de la propiedad y posesión de la misma; la que, desde dicho momento, se halla destinada a la satisfacción del mismo.

Así la citada “afectación de la finca al crédito que tiene por objeto una prestación dineraria” a través de la subrogación real se sustituye por la afectación de la finca al crédito a su adquisición a favor de quien fuera acreedor embargante propietario, ocupando esta destinación el lugar de aquella.

Se recuerda la máxima de DONELLO⁶³ “*compensatio pro solutione est*” a fin de evidenciar la identidad del efecto extintivo entre la paga y la compensación. Desde que la compensación produce un efecto extintivo similar al del pago, por aquella se verifica el “cumplimiento por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación” (art. 1448 del Código Civil); lo que, en términos de CRISTÓBAL MONTES⁶⁴, determina que el acreedor logre la satisfacción de su interés, alcanzando el vínculo obligatorio su “objetivo último” lo que determina la desaparición del mismo.

Desde que el crédito del acreedor embargante prioritario, cognoscible y oponible a los restantes acreedores embargantes, que determina una situación que MIRZIA BIANCA⁶⁵

62 Cit. por DE LOS MOZOS: El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica, EDERSA, 1993, pág. 235

63 *Commentarium XVI*, Napoles, 1764, c. XV citado por MORCAVALLO, *La compensazione en “I modi di estinzione”* a cargo de Alberto Burdese y Enrico Moscati, Cedam, 2008, pág. 192

64 “El pago o cumplimiento de las obligaciones”, Tecnos, Madrid-1996, pág. 16

65 Ob. cit. pág. 1176

califica de “vínculo real de destinación”, se subroga en el crédito a la adquisición de la finca, se mantiene dicho vínculo al mismo tiempo que se extingue aquel crédito y el embargo que le accede. Tanto como la hipoteca se extingue con la obligación principal (art. 2347 del Código Civil). Y, desde que se extinga el crédito del acreedor hipotecario preferente por compensación en caso de devenir mejor postor en la subasta, él no deviene en quirografario frente a los restantes acreedores hipotecarios posteriores en el tiempo y embargantes. De lo contrario se caería en la contradicción de que dicho acreedor preferente por devenir el mejor postor en el remante, y extinguirse la obligación de pago del precio simultáneamente con su crédito, devendría quirografario desde el mismo momento en que su crédito es satisfecho; estando en peor situación que antes de satisfacerse su interés. De tal modo el interés protegido de dicho acreedor preferente o prioritario, desde la subasta devendría desprotegido. Lo que creemos que no es admisible en razón de la contradicción de valoración y fines que determina la regulación.

La compensación solo halla como límite el no afectar derechos adquiridos por un tercero, disponiéndose en el artículo 1512 del Código Civil que “La compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos ya adquiridos por un tercero. Así, el que siendo deudor ha venido a ser acreedor, después del embargo trabado en el crédito por un tercero, no puede en perjuicio del ejecutante oponer la compensación.” Ante dicha disposición, que halla su fuente en el artículo 1298 del Código Civil francés, BAUDRY-LACANTINERIE – BARDE -STOLFI⁶⁶ nos dice que presenta como razón que, desde que la compensación no es más que un doble pago ficticio, no puede efectuarse cuando el pago mismo fuere imposible, y es imposible todas las veces que tenga por efecto la lesión del derecho adquirido por un tercero.

Esta disposición se complementa actualmente con el artículo 65 de la ley 18.387 (“del concurso y la reorganización empresarial”) en que leemos que “Declarado el concurso no procederá la compensación legal de los créditos con las deudas del deudor, salvo que estuvieren en situación de ser compensados antes de la declaración del concurso”. Desde que el crédito de “aquel acreedor embargante” era anterior a los demás créditos, teniendo prioridad por el respectivo embargo, jamás la compensación va a afectar a los demás acreedores embargantes. Por lo cual se desvanece la razón para no admitir la compensación en tal caso, razón que se corresponde con la *ratio legis* de la misma disposición contenida en el artículo 387.4 del Código General del Proceso.

La regulación de la compensación se complementa con la disposición contenida en el artículo 1513 del C.Civil, en el que leemos que “Verificada la compensación, se extinguen también las fianzas, prendas y demás garantías, ...” Disposición que PEIRANO FACIO⁶⁷ ha considerado innecesaria desde que compensación surte una eficacia extintiva similar a la del pago, la extinción de los recíprocos créditos determina necesariamente la extinción de las garantías que le acceden. En la doctrina italiana SCHLESINGER⁶⁸ halla como razón de la norma que se deriva de dicha disposición la operatividad *ipso iure* de la compensación, afirmando que desde que los recíprocos créditos se extinguen desde

66 “La compensazione” pág. 184 cit. por VOMERO o *La compensazione* en “*I modi di estinzione*” a cargo de Alberto Burdese y Enrico Moscati, Cedam, 2008, pág. 288

67 “Obligaciones” tomo VI FCU, pág. 175

68 Cit. por MORCAVALLO, ob. cit. pág. 293

el momento de su coexistencia, un sucesivo pago no puede determinar la reviviscencia de las garantías en perjuicio de terceros. Aún cuando MORCAVALLO⁶⁹, a través de una interpretación teleológica, halla como sentido de dicha disposición el de no perjudicar excesivamente al acreedor satisfecho por la compensación, en cuanto la pérdida de dichas garantías se dará en la medida en que cumplimiento provoque un efectivo perjuicio a los terceros garantes, de modo que si la extinción de un crédito es parcial las garantías se extinguirán en la misma proporción.

14. DE LA SUBROGACIÓN REAL

MARÍN PADILLA⁷⁰ define la subrogación real como un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto, constituyendo un remedio más, distinto de la acción *“in rem verso”* y de la *“condictio”*, para prevenir o remediar el equilibrio patrimonial injustamente perturbado. Mientras que LAURIOL⁷¹ define la subrogación real como *“...el cambio de objeto material de un derecho determinado por otro objeto material con el fin de mantener el valor individualizado por estos dos objetos a un mismo destino”*.

En materia de hipoteca hallamos que en el artículo 2335 del C.Civil se dispone que *“La hipoteca se extiende a todos los accesorios y mejoras que le sobrevengan. También se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de la cosa hipotecada.”* Ello ha llevado a MARIN PADILLA⁷² a afirmar que en el caso de la hipoteca, lo que interesa, a efectos de la subrogación real, es el valor pecuniario del objeto, más que su individualidad material. En tal sentido ROCA SASTRE⁷³ destaca que en dicho texto se usa la expresión *“se extiende”*, entendiéndose hipotecada conjuntamente o considerándose la misma hipoteca.

Desde que solo se puede explicar por la subrogación real que los embargos que afectaran la finca, luego de la *“venta judicial”*, afecten al respectivo precio; la misma subrogación real permite que la adquisición del crédito de dar la propiedad y posesión de la finca, y, luego su cumplimiento, la finca misma, ocupen la misma situación jurídica en el patrimonio de *“aquel acreedor embargante”* que el originario crédito satisfecho y extinguido por compensación al que la accediera el embargo por el que deviniera crédito prioritario.

Si la subrogación real encuentra su razón en la conservación de un derecho no se puede tolerar que ella solo conserve el derecho de los demás acreedores embargantes y no el del acreedor embargante prioritario, que, precisamente, ve satisfecho su crédito a

69 Ob. cit. pág. 293

70 *“La formación del concepto de subrogación real”* en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliaria, 1975, pág. 1192

71 Cit. por MARIN PADILLA, ob. cit. pág. 1189

72 *“El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce”*, en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, pág. 1166

73 *“Derecho Hipotecario”*, pág. 315 y ss. cit. por MARIN PADILLA Ob. últ. Citada pág. 1166

través del remate y la adquisición del crédito a la adquisición de la propiedad y posesión hipotecada libre de embargos (art. 389.2 del Código General del Proceso). De lo contrario, precisamente, habría un enriquecimiento injusto de los restantes acreedores embargantes, deviniendo la solución en contradicción con el mismo fin de la subrogación real (“conservación en valor individualizado por su origen y procedencia”). Cuando a través de la subrogación real se previene la perturbación del equilibrio patrimonial.

Si se rechazare la subrogación real desde el momento mismo del remate, en cuando de él nace un crédito al cobro del precio a favor de los ejecutados que luego se extingue por su pago, desde que se sostenga que la subrogación real solo se verifica luego de la “venta judicial”, se debería concluir que si dicho crédito fuera embargado por otro acreedor, este embargo sería oponible a los anteriores acreedores embargantes en cuanto dicho crédito aún no ocupaba el lugar de la finca sí afectada por los embargos de éstos. Lo que revela que la secuencia de la subrogación real en caso de ejecución se integra a través de la finca – el crédito al precio de la subasta que coexiste con la misma finca afectada en su íntegra utilidad jurídica por el crédito del mejor postor que determina que ella ya no cumpla una finalidad de garantía – el precio que coexiste con la misma finca en dicha situación (situación en la que se halla “aquel acreedor embargante”) – y el precio que coexiste con la finca en propiedad de quien fuera mejor postor y acreedor embargante prioritario o acreedor hipotecario preferente.

De modo que la prioridad del embargo que accedía al crédito de que fuera titular “aquel acreedor embargante” “se extiende” al crédito a la prestación de darle la propiedad y posesión de la respectiva finca en cuanto subroga a aquél, y, luego de otorgada la “venta judicial” a la finca misma.

15. DE LAS CONCLUSIONES

El derecho subjetivo se compone de poderes, entre los que se hallan el poder del acreedor de promover la satisfacción coactiva de su interés sobre el patrimonio del deudor.

La ejecución forzada se corresponde a aquella utilidad que el acreedor debía obtener con la cooperación, ahora fallida, del deudor.

El embargo determina la afectación de los bienes comprendidos en él en su utilidad jurídica a la satisfacción del valor derivado del respectivo crédito al que sirve de garantía.

La publicidad de basa en la seguridad jurídica y concretamente en la protección de los derechos adquiridos con anterioridad si éstos fueren cognoscibles por los terceros registrales

La oponibilidad del respectivo derecho del acreedor embargante se verifica al momento de la inscripción de los restantes embargos al momento de la vía de apremio, pues a tal momento ya era un derecho adquirido que afecta el respectivo bien.

En relación al crédito de que es titular un acreedor embargante que promueve la vía de apremio no se verifica ni la prescripción extintiva ni la caducidad, en cuanto el mismo

ha sido ejercido. Aún cuando caduque la correspondiente inscripción registral luego de la “providencia de ejecución”.

El crédito de que es titular un acreedor embargante mantiene la afectación sobre el precio de la enajenación y su prioridad.

Desde que en la respectiva subasta deviene mejor postor el acreedor embargante prioritario se extingue *ipso iure* por compensación ambos créditos (el de dicho acreedor y el del cobro del precio a favor del ejecutado).

La subasta determina que el crédito a la prestación de dar la propiedad y posesión de la finca a favor del acreedor embargante prioritario mejor postor subrogue al crédito garantizado por el embargo que fuera prioritario, satisfaciendo el mismo.

La subrogación real, en cuanto técnica que se dirige a la conservación de los derechos y su valor, determina que el crédito a la dación referido, y luego de otorgada la “venta judicial” la misma finca, ocupe la situación jurídica originaria determinada por el crédito prioritario.

La caducidad de la inscripción del embargo que fuera prioritario con posterioridad a la respectiva subasta, que determinó la extinción del originario crédito por compensación y su subrogación en el crédito a la prestación de dar la propiedad y posesión de la finca, no afecta en nada la situación jurídica del primer acreedor embargante desde que la misma se conserva en aplicación del principio de subrogación real.