

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**Tema: LA INDISPONIBILIDAD VOLUNTARIA**

Relatores: PROFESOR DOCTORA ANA RAQUEL NUTA, PROFESORA DOCTORA MARINA MARIANI DE VIDAL, PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI

Coordinador:  
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI

Fecha: 27 DE SEPTIEMBRE DE 1994

DOCTOR ALTERINI. - Hoy realizamos una nueva mesa redonda sobre el tema indisponibilidad voluntaria. No era mi intención conducir la mesa ni exponer, pero lo voy a hacer debido a que el señor subdirector del Departamento de Derecho Civil, doctor López Cabana, tiene un compromiso académico en este mismo momento. De todas maneras, es un gozo adjetivo compartir este evento con las doctoras Marina Mariani de Vidal y Ana Nuta.

Quiero aclarar que el tema de la indisponibilidad voluntaria que suena tan esotérico - no es una idea nuestra, a pesar de que está contemplado en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial que cuenta con sanción de la Cámara de Diputados, sino que ha sido propuesto por universidades del interior en una reunión a la que no asistí. Probablemente yo no lo hubiera propuesto como tema de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Expondrá seguidamente la doctora Ana Nuta.

DOCTORA NUTA.

El tema que hoy nos convoca es el de la indisponibilidad voluntaria. En realidad, nosotros ya conocíamos este instituto bajo el nombre de inhibición voluntaria, que rigió durante un cierto tiempo y se consagró por la costumbre y la práctica notarial argentina.

La costumbre era que una persona comprara un bien y se inhibiera voluntariamente por el saldo del precio. Por lo tanto, una vez pagado el saldo de precio quedaría en libertad patrimonial. Funcionaba como una cláusula de garantía. Esto sucedía en materia de mutuos, con las cláusulas de no enajenar de las hipotecas, y con las fianzas en los contratos de locación.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de este instituto?. Se trata, sin lugar a dudas, de un acto jurídico obligacional; estamos en el ámbito del derecho personal. El inhibido consagra este acto en beneficio de un inhibiente; luego vamos a ver con qué efectos y limitaciones.

Este instituto de la no enajenación o indisponibilidad existió en el derecho romano, que sirvió de puente a nuestro Código Civil. El pacto de non alienando, del que habla el Digesto, en el Libro I, 218, era un pacto por el cual una persona se comprometía a no vender o no gravar sus bienes. Si violaba esta obligación, el tema se dirimía en un juicio de daños y perjuicios;

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

es decir era válida la cláusula de no enajenación, pero en forma relativa ya que no se podía oponer al tercer adquirente.

La doctrina francesa ve con enorme disfavor esta figura jurídica. Lo mismo sucede con el moderno Código Civil italiano. Los abusos a que dio lugar el derecho español en materia de mayorazgos, vinculaciones, fideicomisos y amortizaciones, es quizás lo que llevó a nuestro Codificador a no permitir la enajenación en nuestro derecho positivo. En España hubo un gran abuso de vinculaciones de derechos personales a derechos reales.

En la doctrina francesa, Doreau dice que este instituto de la no enajenación viola un principio elemental de la economía política, cual es la libre circulación de la riqueza.

¿Qué dice nuestro Código Civil?. En este tema juegan los artículos 1364, 2612, 2613. El primero de ellos determina la prohibición de establecer cláusulas de no enajenación cuando se trata de persona indeterminada, permitiéndolo cuando es a persona determinada. El artículo 2612 dice que en caso de violación a este tipo de obligaciones - cláusulas de no enajenar - a persona indeterminada, será válida la venta, y el diferendo se resuelve en un juicio de daños y perjuicios. Desde luego, ello será así siempre y cuando haya perjuicio para el acreedor. Por último, el artículo 2613 establece una suerte de limitación a esta cláusula de no enajenar cuando por testamento o donación se obligue al donatario o a los herederos a no vender, ya que dispone un término de diez años, y no es permitido prohibir la enajenación más allá de ese plazo.

Nos sorprendió mucho cuando vimos este tema como parte del temario de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Sin lugar a dudas nos importó saber cómo queremos regular este instituto. En primer lugar, para regularlo necesitamos la modificación del Código Civil, de lo contrario este instituto no puede funcionar. No se puede utilizar la vía registral para hacerlo aplicable como se hizo años atrás. Para ello tenemos que resolver - modificado que sea el Código Civil y si alguien pretende realmente volver a implantarlo - qué efectos le vamos a dar a la enajenación, es decir, al caso de violación a la obligación asumida por el inhibido. En este supuesto tenemos que ver si le vamos a dar prioridad, en cuyo caso cómo juega, por ejemplo, respecto de los embargos y la inhibición general de bienes. Esta última no tiene nada que ver con la inhibición voluntaria ya que cuando la inhibición proviene de juicios, procesos de insania o quiebras afecta la capacidad de las personas; en cambio cuando procede de otro tipo de juicios vale como embargo general - según los códigos procesales de las distintas provincias - , y debe tener un monto. En este caso no sería equivalente al embargo general porque si no la indisponibilidad voluntaria debería tener un monto.

¿Qué efecto tendría violarla?. ¿Le daremos efectos reipersecutorios o lo dirimirémos en un juicio de daños y perjuicios?. Si armamos toda una estructura jurídica con el solo fin de no enajenar o no gravar los bienes presentes y futuros, tendríamos un derecho real sobre cosa indeterminada, lo cual borra la estructura de los derechos reales del Código Civil. Si se trata de un instituto con efectos reipersecutorios pero sobre una cosa

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

determinada, la inscripción iría en el folio real como una anotación personal. Pero tenemos que pensar que si pretendemos darle privilegio, prioridad y además efectos reipersecutorios, estaríamos en presencia de una especie de nuevo derecho real. Entonces hay que tener cuidado con este tema.

En lo personal creo que esta figura no sirve. Contamos con derechos de garantía como derecho real de hipoteca, que en realidad se da como garantía de un bien. Si además del derecho hipotecario pretendemos una inhibición de bienes o indisponibilidad voluntaria, como se la llama ahora, creo que tenemos que pensar muy bien sus efectos (aplausos).

DOCTOR ALTERINI. - Expondrá a continuación la doctora Marina Mariani de Vidal.

DOCTORA MARIANI DE VIDAL.

Voy a enfocar este tema desde un punto de vista de menor vuelo, sin tener en cuenta lo que sucedía antes, ni lo que sucederá después de la reforma - sobre lo que expondrá el doctor Alterini - , sino más bien centrándome sobre el derecho positivo.

Sabemos que el derecho de dominio es el que mayores facultades otorga a una persona sobre una cosa, por eso se dice que el dominio es absoluto, pues el titular tiene todas las facultades. Como decía nuestro maestro, el doctor Allende, se trata de los tres clásicos ius del derecho romano: ius utendi, fruendi y abutendi, donde utendi es uso, fruendi es goce y abutendi no es abuso sino derecho de disposición, como nos enseñaba el maestro mencionado.

El derecho de disponer es el más importante de los que goza el propietario, porque puede desgajar de SU derecho de dominio las otras facultades: el ius utendi, por ejemplo, instituyendo el derecho de uso o habitación; el ius fruendi; mediante el usufructo; pero si no conserva el ius abutendi, deja de ser propietario.

El titular del derecho real de dominio puede desgajar facultades que van a constituir un derecho real de usufructo sobre cosa ajena, de uso o de habitación. Y también puede abdicar en parte de su derecho de disponer constituyendo sobre sus bienes derechos reales de garantía. Obviamente se constituyen sobre cosas determinadas, porque la especialidad es una de las características no sólo de los derechos de garantía sino de todos los derechos reales, ya que el objeto de éstos tiene que ser una cosa cierta, determinada y presente.

El tema de la indisponibilidad voluntaria entra por el lado del carácter absoluto del dominio, que al propietario le puede ser limitado por una orden judicial. Se le inicia un juicio al deudor, y el acreedor no le conoce bienes para poder solicitar se trabe sobre ellos un embargo, entonces puede decretarse una inhibición judicial; si tiene bienes inmuebles, se anotará en el Registro en el folio real, haciéndose una referencia, y esa persona estará inhibida de disponer de esos bienes. Sin duda alguna estas inhibiciones judiciales se inscriben en el Registro de la Propiedad del bien que se trate,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

porque se puede inhibir y relacionarlo con un automóvil, con un buque, con una aeronave o con un inmueble, bienes éstos llamados registrables. Esta inscripción es oponible a terceros. Los abogados traban esas inhibiciones esperando que aparezca un bien del deudor para poder ejecutar la sentencia sobre éste. La inhibición no es un derecho de garantía. Lo único que impide es la disponibilidad del bien, pero no da al inhibiente preferencia de cobro frente a otras inhibiciones y menos frente a embargos u otros derechos reales de garantía que se pueda haber constituido.

Al lado de estas inhibiciones judiciales, la práctica notarial consagró las inhibiciones voluntarias, que consistían en una declaración a través de la cual el titular de un bien se inhibía de disponer. Ahora vamos a ver de qué y cómo.

Esa inhibición se inscribía en el Registro de la Propiedad, si era relativa a inmuebles, y constituía una especie de garantía. Esta inhibición voluntaria era igual a una cláusula de indisponibilidad, como dijo la doctora Nuta. Nuestro Código contiene en el título relativo a las restricciones y límites al dominio que ya sabemos que son las que acotan lo absoluto del dominio pero constituyen su estatuto normal, a diferencia de los derechos reales sobre cosa ajena, de las desmembraciones, que desgajan facultades - donde encontramos el artículo 2612 que establece que "el propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo y si lo hiciera la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él".

El artículo 1364, ubicado en el capítulo de los pactos que pueden convenirse en el contrato de compraventa, dice que "es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; mas no a una persona determinada".

La práctica notarial comenzó con este instituto de las inhibiciones voluntarias aduciendo que la constitución de ellas - que teóricamente impedían la transmisión del bien por parte del que se inhibía voluntariamente - era más económica y más fácil de instrumentar que los derechos reales de garantía. Durante muchos años existieron estas inhibiciones voluntarias y se inscribieron en el Registro de la Propiedad.

Pero había que ver - como decía la doctora Nuta - qué es lo que pasaba si el inhibido, voluntariamente, transmitía el bien sobre el que versaba la inhibición. Estas inhibiciones, lo mismo que las cláusulas de inalienabilidad - de las que forma parte la inhibición voluntaria - , pueden presentarse sobre todos los bienes o sobre un bien determinado y, por otro lado, ser perpetuas o temporarias.

En 1969 o 1970, con las primeras resoluciones técnico - registrales en la Capital Federal y luego en la provincia de Buenos Aires, se comenzaron a estudiar los efectos de la inhibición voluntaria y surgieron opiniones en contra de este sistema.

¿Puede un escribano escriturar una venta de un bien sobre el cual hay una inhibición voluntaria anotada?. ¿La inhibición voluntaria impide la ejecución forzada por otros acreedores de ese inmueble?. ¿Puede evitar la ejecución judicial forzada de ese bien?. Si no la puede evitar, entonces ¿qué mayores

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

beneficios da la inhibición voluntaria a su beneficiario?. Si no le da ninguna preferencia, su existencia no tiene razón de ser. No impide la ejecución forzada y no da privilegio, porque los privilegios o la preferencia de cobro sólo pueden resultar de una disposición legal expresa y son de interpretación restrictiva, y no existe ninguna preferencia en esta materia.

Entonces se empezó a jugar con los artículos 1364 y 2612 y se llegó a la conclusión de que las inhibiciones voluntarias no eran nada. Me detengo en estos artículos porque en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial - del que es coautor el doctor Alterini - , que tiene sanción de la Cámara de Diputados, el artículo 2612 sobrevive, de modo que vamos a explicar de qué se trata.

El artículo 1364 permite que en un contrato de compraventa se pacte la cláusula de no enajenar a persona determinada. Babiloni lanzaba diatribas tremendas en contra de estas cláusulas, inclusive las que vedaban la transmisión a persona determinada. Sin embargo, los proyectos de 1936 y 1954, permitieron estas últimas cláusulas, porque se decía que podían responder a motivos económicos o afectivos; por ejemplo, si una persona no quiere que su casa vaya a manos de tal persona o que un competidor adquiera determinado inmueble.

Dice ese artículo que en un contrato de compraventa no se puede establecer la cláusula de no enajenar a persona alguna. No enajenar, ¿comprende también no gravar?. Los notarios sostenían que no. En realidad, es lo mismo, porque en una hipoteca casi hay enajenación del valor económico de la cosa.

El artículo 1364 rige únicamente en materia de compraventa porque está ubicado entre los pactos prohibidos en ese contrato. Sin embargo ese artículo no trae ninguna sanción en forma implícita. Entonces, los notarios dijeron que era susceptible de pactarse porque su incumplimiento no generaba sanción. Los que atacaban su validez traían a colación el artículo 18 del Código Civil, por el cual los actos prohibidos por la ley son nulos si el legislador no ha establecido otra sanción. Entonces, armonizando los artículos 1364 y 18, resulta que el pacto de no enajenar en la compraventa, cuando se refiere a personas indeterminadas, es nulo y, por lo tanto, no produce ningún efecto.

Pero el artículo 2612 es un poco discordante con el 1364. Los escribanos defensores de la inhibición voluntaria aducían que la prohibición de ese pacto estaba limitada a las compraventas, pero no cubría por ejemplo los mutuos; entonces se podía garantizar un mutuo con una inhibición voluntaria. El artículo 2612 establece que un propietario no se puede obligar a no enajenar a persona alguna, y si lo hace la enajenación es válida, salvo los daños y perjuicios que pudieren corresponder, si es que se prueban, como dijo la doctora Nuta.

Fíjense la diferencia entre el 2612 y el 1364: por este último, si se vende la cosa violando la inhibición, como ésta es nula, no produce ninguna consecuencia; en cambio, por el artículo 2612 la venta es válida pero se aplica una sanción de daños y perjuicios al inhibido, de modo que le da cierto valor a la cláusula de no enajenar. Si se vende, los terceros

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

adquirentes no tienen nada que temer, aunque la inhibición voluntaria está inscrita, porque si bien está violando una norma de la ley, el que pactó la inhibición voluntaria tiene la obligación de indemnizar los perjuicios que derivan de su incumplimiento.

Parecería entonces que, o bien estas normas se complementan una a otra, o no son armónicas entre sí; o se pueden entender en la forma que enseñaba el doctor Edmundo Gatti: la cláusula del 1364 se referiría a un contrato de compraventa, donde para garantizar el saldo de precio, en lugar de constituir una hipoteca se podría pactar una inhibición voluntaria - según la práctica notarial - sobre ese bien, con los efectos que ya conocemos: la venta sería válida porque esa cláusula era nula y no generaría ningún derecho a daños y perjuicios. En cambio, en el artículo 2612 se contempla la situación de una persona que ya es propietaria, que no está celebrando un contrato de compraventa, y que al necesitar dinero constituye una inhibición voluntaria sobre ese inmueble. En ese caso el Código - a diferencia del otro caso donde sanciona la cláusula con la nulidad - , le da cierto efecto a la venta, diciendo que será válida y generará en todo caso derecho a daños y perjuicios.

Ya sea que se adopte una u otra posición, lo cierto es que en la inhibición voluntaria la posibilidad de demandar daños y perjuicios se mueve en el campo de los derechos creditorios, no en el de los derechos reales. Por un artículo u otro, la venta que se realice es válida, y el tercer adquirente puede estar tranquilo, por más que la inhibición voluntaria esté inscrita en el Registro.

Entonces, ¿para qué inscribir la inhibición voluntaria si no impide la venta, no da privilegio ni preferencia?. Tal vez sería como una especie de freno moral para quien se ha inhibido voluntariamente generando temor de ser condenado a pagar daños y perjuicios.

Los directores de los Registros de la Propiedad comenzaron a pensar que si estas inhibiciones no tenían consecuencias en el mundo de los derechos reales, ¿para qué inscribirlas?. En 1970 hubo disposiciones técnico - registrales que decidieron que no se recibieran inscripciones de estas inhibiciones voluntarias. Así se fueron dejando de utilizar, hasta que la resolución técnico - registral 18 / 76 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal les dio el golpe de gracia y dio lugar a discusiones terribles al resolver que a partir del 1° de enero de 1977 "serán rechazados sin más trámites los documentos que se pretendan registrar con carácter de inhibición voluntaria, cualquiera fuera la fórmula contractual o denominación aceptada y los sujetos intervinientes". Es decir que ya no iba a servir ni para venta, ni para mutuo, ni para reconocimiento de deuda, ni para nada. Así fue como las inhibiciones voluntarias desaparecieron de la práctica notarial y de los negocios jurídicos.

La jurisprudencia, sin embargo, les había dado valor, por ejemplo, al decidir en pedidos de inscripción de inhibiciones voluntarias. Así en un fallo, cuestionable, se decía que se trataba de un derecho real, que la inscripción no estaba prohibida, y que todo lo que no está prohibido está permitido. En 1974 se planteó el famoso caso "Torterola", donde una persona pedía la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reinscripción de una inhibición voluntaria denegada por el Registro, que sostenía que valía para siempre o por el término pactado, porque la inhibición voluntaria no es como la judicial que tiene un tiempo de validez y que se debe renovar pues de lo contrario caduca. Con los recursos registrales el caso llegó a la Sala A de la Cámara Civil y ésta resolvió hacer lugar a la reinscripción de la inhibición voluntaria. Pero como en el caso no era necesario juzgar la caducidad, no se pronunció respecto de cuál era el plazo de caducidad de la inhibición voluntaria.

De esta forma vemos que había desarmonía entre la doctrina y la jurisprudencia.

Los partidarios de la inhibición voluntaria creyeron encontrar la posibilidad de legalizar esta figura a través del artículo 30 de la ley 17801, de organización del Registro de la Propiedad Inmueble, que hace referencia a las anotaciones personales. En el artículo siguiente, dicha ley dispone que, en caso de corresponder, se van a relacionar con el folio real pertinente. Después trata de las inhibiciones judiciales. Entonces los defensores de esta figura decían que por ese artículo 30 podían entrar las inhibiciones voluntarias - porque las judiciales están en otro inciso - y esa imposición de relacionarla con el folio real indicaría que una persona se puede inhibir voluntariamente y que debe ser registrada tal inhibición.

La opinión que se impuso fue la contraria, hasta que en 1976 murieron definitivamente las inhibiciones voluntarias. La ley 17801 es una especie de esqueleto genérico de la publicidad registral, y en cada jurisdicción se puede - o debe - dictar la ley que organice el Registro local. El decreto 2080 / 80, que organiza el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en su artículo 3°, menciona a las inhibiciones voluntarias, o como se llamen, como documentos no inscribibles. De esta forma murió definitivamente esta figura.

A través de la exposición del doctor Alterini vamos a ver - si es cierto aquello de que "los muertos que vos matáis gozan de buena salud" (aplausos).

DOCTOR ALTERINI.

Mi disertación se simplifica ante el excelente panorama planteado por las doctoras Nuta y Mariani de Vidal, que han brindado una descripción objetiva e ilustrada sobre las alternativas de la inhibición voluntaria en la Argentina.

Con respecto a mi opinión sobre el estado de la cuestión en la actualidad, destaco que es exacto que la registración de las inhibiciones voluntarias no tiene sustento legal y en ese sentido es compartible la tradicional actitud de rechazo impulsada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

La llamada inhibición voluntaria procura impedir el ejercicio de la facultad de disposición jurídica. El art. 2612 del Cód. Civil resguarda con amplitud esa facultad para el dueño en los actos de título oneroso; en cambio, para los actos a título gratuito, el art. 2613 permite a donantes y testadores que prohíban la enajenación de cosas muebles o inmuebles por un plazo no

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

mayor a diez años.

El art. 2612 obsta a la recepción por los registros de las inhibiciones voluntarias. El art. 1364 que permite la inclusión en el contrato de compraventa de la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona determinada, implica un apoyo normativo para la recepción registral de las inhibiciones voluntarias en ese supuesto especial, o sea con relación a persona determinada. Pero, la inhibición voluntaria de disponer a persona determinada, poco importa para los fines que tradicionalmente pretendió cumplir dicha figura.

No comparto la idea del Dr. Gatti, citada por la Dra. Mariani de Vidal, en cuanto a que los arts. 1364 y 2612 tendrían distintos ámbitos de aplicación, pues el primero se referiría a la cláusula de no enajenar impuesta en una compraventa, donde el comprador no sería todavía propietario, mientras el art. 2612 apuntaría a casos de quien siendo ya propietario se obliga a no enajenar. Como lo señalé en la glosa pertinente del Código Civil anotado, el primer comentarista, Segovia, imaginó la posibilidad de esas dos posibles órbitas, pero negó que tuvieran entidad para explicar las soluciones disímiles. Dijo: "Es verdad que en ese artículo - el art. 1364 - se trata de la cláusula o pacto adjunto de no enajenar, impuesto por el vendedor al comprador, mientras que en el presente la prohibición se hace al propietario de una manera absoluta; pero, en el fondo, ambas prohibiciones se aproximan y confunden como aplicaciones que son del principio que la facultad de enajenar es de orden público, y debe existir y mantenerse sin menoscabo en la persona del propietario; y que así ambas disposiciones deben ser completadas, la una por la otra".

No es convincente para justificar la inscripción de las inhibiciones voluntarias en el derecho vigente, invocar que de ese modo se estimula el cumplimiento con el deudor, porque experimentaría una mayor "presión psicológica" para satisfacer su débito. El argumento de la presión extrajurídica para instar el cumplimiento de las obligaciones, aparte de tener mínima eficacia, podría llevar, por ejemplo, a que en todos los juicios de daños y perjuicios por accidentes de tránsito se registrara la demanda en el registro. De esa manera se ejercería "presión psicológica" sobre el deudor para que abonara la indemnización por el accidente. Este argumento es muy efectista, pero nada electivo. No es un fundamento con consistencia para sustentar registraciones no previstas por el ordenamiento jurídico.

Escuché con atención las predicciones de la doctora Mariani de Vidal sobre el futuro de esta institución y algunas más escépticas de la doctora Nuta. La gran mayoría de los interrogantes sobre los efectos jurídicos que tendría la inhibición voluntaria - que con designación más técnica se denomina indisponibilidad voluntaria - podrían quedar superados a través del texto del art. 2802 del Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la "Comisión Federal" de asesores honorarios de la H. Cámara de Diputados de la Nación, que tuve el honor de integrar, que resuelve los problemas más preocupantes que podrían derivar de una imprudente configuración del instituto.

Toda institución, con mayor razón en el momento de incorporarla

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

legislativamente, genera ciertas dudas, pero si nos arredráramos por ello, sería imposible toda innovación, por más mínima que fuera.

Nuestro derecho común reclama modificaciones, pues permanecen incólumes sus grandes lineamientos tal como los concibió Vélez Sársfield. El Codificador fue un individualista coherente, con sentido pragmático y destacable vocación de bien común, pero muy influido por la resonancia de las ideas de la Revolución Francesa, que mantienen su vitalidad, pero que deben ser acotadas por las cambiantes realidades económicas y sociales, que han variado notablemente desde aquel entonces hasta el presente.

Uno de los objetivos centrales del mundo contemporáneo se encamina a movilizar los capitales en función crediticia, por lo cual quienes tenemos mayor especialización en esta materia, debemos procurar reorganizar el derecho de las garantías. El intento es muy prudente, porque cuando puntualice el contenido del texto proyectado, se advertirá que se diagrama una nueva garantía, pero se evita el estrépito.

El clásico derecho real de garantía, el de hipoteca, se aplica básicamente en las grandes y medianas operaciones; en cambio, existe orfandad en la legislación de garantías para la negociación de automotores o aptas para asegurar operaciones atinentes a cosas no registrables para nuestro derecho positivo, como heladeras, televisores, computadoras. Para estas operaciones en la actualidad únicamente es viable la prenda sin desplazamiento o con registro del derecho comercial, pero que no alcanza a las meras operaciones entre particulares ajenos a la actividad comercial o financiera (ver art. 5° de la ley 12962) y con todas las dificultades a que ha dado lugar ese régimen.

Si bien el Código Único proyectado también extiende el objeto de la hipoteca, y aun de la anticresis, a las cosas muebles registrables (arts. 3176 y 3203), para ese supuesto puede resultar más conveniente acudir a la indisponibilidad voluntaria, por resultar más simple y menos oneroso. La indisponibilidad voluntaria puede constituirse en una ágil garantía al alcance de los sectores de la comunidad con menores recursos, que con la afectación de alguna cosa registrable podrán otorgar garantía a negociaciones con relación a esas cosas y también con respecto a otras no registrables.

Aludiré a algunos de los reproches que tradicionalmente se le han formulado a este instituto, para mostrar luego cómo hemos intentado superar esas aristas negativas.

El derecho argentino exige imperiosos ajustes, sobre todo por la significativa repercusión del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), lo que nos impondrá repensar con nuevas miras hasta los temas más trillados.

Si tenemos fe en el derecho, debemos asumir el compromiso de la renovación. Debemos desmentir a quienes razonan como el taxista que me trajo hoy a esta Casa, quien me preguntó por qué no se cerraba la Facultad ya que no servía para nada. Le contesté con argumentos académicos efectivos y hasta efectistas, pero de todos modos ambos quedamos con las convicciones iniciales: yo de la trascendencia de la función universitaria y él de su inutilidad. En la medida en que no concretemos realizaciones que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

atiendan al interés general, la visión nihilista tendrá cada vez más difusión dentro de nuestra comunidad.

Soy un entusiasta por todos los desvelos de los estudiosos que puedan acompañar el mejoramiento legislativo. Los aportes de la doctrina, si se encierran en su ámbito propio, importan construcciones intelectuales muchas veces encomiables, pero que no se reflejan necesariamente en la vida de la comunidad. Y la jurisprudencia está condicionada por el acto legislativo, porque el juez, por regla, debe aplicar la ley y de no hacerlo hasta incurrirá en el delito penal de prevaricato.

El tema de la indisponibilidad voluntaria tiene extensa trayectoria en la historia del derecho. De los textos del Digesto es resaltable el fragmento de Marciano determinado por un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla (D.30, 114, 14), en virtud del cual la disposición de "quienes en testamento vedan que se enajene alguna cosa sin expresar la causa por la que quieren esto ni hallarse persona en cuya consideración el testador lo establece, es de ningún valor, como si el testador hubiera dejado un nudo precepto, ya que no puede imponerse tal prevención en el testamento". Las Partidas recogen la misma orientación (5, 5, 44). En ambos textos aparecen como requisitos para que sean permitidas las cláusulas de los testamentos que impidan la enajenación de la cosa, que ellas expresen la causa a la que responden (las Partidas aluden a "razón guisada", o sea justa, conveniente, razonable) y se determine la persona en cuya consideración se realiza.

Es exacto que el derecho francés histórico negó toda posibilidad a las cláusulas de indisponibilidad, pero esa idea obedeció a que cristalizó la euforia por una ilimitada libertad para el dueño. Pero no debe olvidarse que la jurisprudencia francesa, pese a la carencia de texto legal que apoyase la orientación, les abrió paso a las cláusulas de indisponibilidad en determinadas condiciones. Se requirió para legitimarlas que existiera una causa fundada que justificara la restricción y que ella no fuera perpetua.

Las restricciones a la disponibilidad pueden sistematizarse en función de diversas pautas.

Por de pronto, las restricciones a la disponibilidad pueden ser forzadas o voluntarias. Las restricciones forzadas son impuestas por la ley o por resolución judicial y se prescinde de la aquiescencia del alcanzado por ellas; en cambio, en las voluntarias la restricción obedece a la limitación que asume el propio afectado.

Los arts. 2337 y 2338 del Cód. Civil se ocupan de supuestos que denominan de "inenajenabilidad absoluta" o de "inenajenabilidad relativa", según que la disposición esté prohibida o dependa de autorización judicial. Media inalienabilidad absoluta, o sea que está prohibida su disposición, para las cosas del dominio público del Estado, o cuando existe prohibición en un testamento de enajenar cosas muebles o inmuebles por un plazo que no exceda de 10 años (art. 2613 del Cód. Civil).

La inalienabilidad relativa se presenta claramente en las cosas del dominio privado del Estado y se invocan también las hipótesis de las cosas de los incapaces o adquiridas gratuitamente por los menores emancipados.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

También son restricciones forzadas, pero que tienen como fuente la resolución judicial, la inhibición general para "vender o gravar sus bienes" prevista por el art. 228 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; la prohibición de innovar "la situación de hecho o de derecho" (art. 230); la prohibición de contratar "sobre determinados bienes" (art. 231) e, incluso, las medidas cautelares genéricas dispuestas por los jueces con sustento en el art. 232 de ese ordenamiento, que limiten la disponibilidad.

Las indisponibilidades voluntarias, o sea cuando la limitación la asume el mismo afectado por ella, se configuran ante la inclusión en un contrato de compraventa de la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona determinada (art. 1364 del Cód. Civil) o la concertada en un contrato de donación por la cual el donatario no puede donar por un plazo no mayor a 10 años (art. 2613).

En cuanto a la alternativa sistemática mencionada, la indisponibilidad voluntaria proyectada encasilla naturalmente entre las limitaciones a la facultad de disponer que se acuñan con el concurso de la voluntad del constreñido por ellas.

Desde otros puntos de vista las indisponibilidades pueden responder a actos entre vivos o de última voluntad o ser a título oneroso o gratuito. Las que interesan al instituto de las indisponibilidades voluntarias en función de garantía, combinan las dos matizaciones señaladas, pues se trata de indisponibilidades por actos entre vivos y a título oneroso.

También pueden distinguirse las indisponibilidades en generales o parciales, según que se proyecten sobre una generalidad de objetos o recaigan sobre objetos determinados. Las inhibiciones generales de bienes pertenecen a la primera de las categorías referidas, mientras que las indisponibilidades voluntarias propuestas se proyectan sobre objetos individualizados.

En otro enfoque las indisponibilidades pueden ser absolutas o relativas, en tanto impidan todo tipo de actos o circunscriban la restricción a ciertos actos. Así puede limitarse la realización de todo acto de disposición jurídica sobre una cosa (constituir derechos reales o personales de todo tipo) o ceñirse la restricción a actos determinados como la disposición del dominio o la constitución de hipotecas, servidumbres, etc. Las indisponibilidades voluntarias reguladas en el texto proyectado, atañen a restricciones "de transmitir el dominio de una cosa registrable o de constituir sobre ella otros derechos reales" (art. 3208).

Igualmente las indisponibilidades, en atención a su duración, se dividen en perpetuas o temporarias. Sin duda las indisponibilidades voluntarias deben ser temporarias para no desnaturalizar las amplias facultades de disposición jurídica consagradas por el art. 2515 del Cód. Civil de las cuales el art. 2612 no es más que un corolario.

Presentada panorámicamente la cuestión, me detendré en el análisis de la norma proyectada para el nuevo art. 3208 del Cód. Civil, con el siguiente contenido: "Puede pactarse como garantía por un plazo que no exceda de un año, la indisponibilidad voluntaria de transmitir el dominio de una cosa registrable o de constituir sobre ella otros derechos reales, sin perjuicio de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

lo dispuesto en el artículo 2612.

"Debe ser instrumentada en escritura pública e inscribirse a sus efectos en el registro correspondiente.

"El incumplimiento de la indisponibilidad genera la nulidad del acto dispositivo."

Es nítida la intención de incorporar a la indisponibilidad voluntaria al catálogo de las garantías. Como dice Roca Sastre: "La prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso puede prestar una función de seguridad, o sea, de garantía en sentido amplio, principalmente tratándose de asegurar el pago del precio aplazado en la compraventa, bien dando a su impago un juego de tipo resolutorio, bien asignando a la prohibición de disponer un simple efecto impeditivo de la enajenación de la cosa comprada en tanto el precio de compra no haya sido satisfecho. Es absurdo que no se pueda hacer, por vía de prohibición dispositiva, lo que puede conseguirse por medio de una condición suspensiva o resolutoria, especialmente teniendo en cuenta que no es cosa tan extraña el que se obstaculice la venta de una cosa comprada con precio aún debido".

A diferencia de los derechos reales de garantía previstos en el Código Civil, también reformulados en el Proyecto, que no impiden la disposición jurídica del titular, pues aseguran al derecho real con el ius perseguendi o derecho de perseguir la cosa en poder de terceros, precisamente la indisponibilidad procura trabar la disposición de la cosa.

Por su explícita condición de garantía real, la regulación de la indisponibilidad voluntaria contenida en el art. 3208 debe integrarse, en tanto sean compatibles con las peculiaridades del instituto, con las directivas que bajo el acápite de "Disposiciones comunes" se vierten en los arts. 3161 y sigtes. y que hacen las veces de una suerte de teoría general de las garantías reales.

Así, no puede dudarse de que se trata de un derecho real accesorio, que debe satisfacer tanto la especialidad en cuanto al crédito como al objeto y que el acreedor garantizado puede articular las medidas conservatorias previstas en el art. 3173, cuando el propietario de la cosa realiza actos que disminuyan el valor de la garantía traducida en la indisponibilidad de la cosa registrable. En tanto varios de los principios plasmados como "Disposiciones comunes" se extienden a la indisponibilidad voluntaria, el plexo normativo se prolonga más allá del aparentemente solitario art. 3208. En consonancia con las aprensiones que despiertan los impedimentos para la enajenación prolongados, se ha optado por un plazo breve, "que no exceda de un año", que resulta irreprochable.

La garantía recae sobre 'una cosa registrable', noción que además de los inmuebles connota a los automotores, a los buques, a las aeronaves y a los equinos de pura sangre de carrera. No pareció prudente extender la figura a las cosas no registrables, porque el relativo interés de ampliar su aplicación no justifica las dificultades para plasmar la publicidad registral de la garantía en ese ámbito, pues la eficacia de la medida supone que gravite incluso contra los terceros interesados de buena fe.

En cuanto a los alcances de la indisponibilidad, apuntan a que se impida

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

"transmitir el dominio" de la cosa registrable o "constituir sobre ella otros derechos reales" (otras garantías, usufructos, usos, habitaciones, servidumbres). Probablemente esta garantía se proyecte en la praxis principalmente para impedir las transmisiones del dominio de inmuebles o muebles registrables o de la propiedad horizontal, pero la elasticidad de la norma atiende a la preocupación por dejarla abierta a las necesidades negociales de los contratantes, siempre que se respeten las improntas de orden público propias de los derechos reales.

La garantía se implanta "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2612", lo que indica con certeza que subsiste como regla la amplia disponibilidad. Sólo se la acota para casos especiales, en los cuales en función de garantía, o sea con razón fundada, y con un límite temporal reducido, se acepta la indisponibilidad voluntaria.

Se impone que la instrumentación de la garantía se haga "en escritura pública", exigencia obvia cuando el objeto es un inmueble, pues las mutaciones jurídico - reales sobre inmuebles han menester de esa forma instrumental (art. 1184 inciso 1° del Cód. Civil). La extensión de la escritura a las operaciones sobre cosas muebles registrables, es coherente con la deseable difusión de esa forma como presupuesto de la registración y hasta con la conocida postura doctrinaria que propicia sustituir la dicotomía entre cosas inmuebles y muebles, por la de bienes o cosas registrables y no registrables. El Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Mar del Plata en 1979, se pronunció en favor de requerir la escritura pública en materia de automotores, despacho que corredacté e informé ante el Plenario. Por lo demás, es muy discutible que pueda negociarse sobre buques o aeronaves como hasta el presente, con simple documentación privada, pues muchas veces están involucrados valores millonarios.

La indisponibilidad voluntaria por escritura pública debe "inscribirse a sus efectos en el registro correspondiente". La genérica redacción se explica por la coexistencia en el derecho vigente de los recomendables registros declarativos en inmuebles, buques y aeronaves, con los registros constitutivos para automotores y equinos de pura sangre de carrera.

Los efectos derivados de la disposición son contemplados en el párrafo final del art. 3208: "El incumplimiento de la indisponibilidad genera la nulidad del acto dispositivo". La simple "presión psicológica", con los temores infundados que genera, es intrascendente, como también es ineficaz la perspectiva de indemnizar daños, con mayor razón ante la posibilidad de que el incumplidor sea insolvente.

El texto proyectado, en cambio, previene del contundente efecto de "la nulidad del acto dispositivo", pues el acto violatorio de la indisponibilidad es inválido, lo cual no puede agraviar a los terceros afectados, ya que ellos saben o deben saber de la existencia de la indisponibilidad a través de su constancia registral.

En lo que atañe a las implicancias de la ejecución de la cosa gravada por otros acreedores del constreñido por la indisponibilidad, la norma nada dice expresamente. Sin embargo, la respuesta a ese interrogante es clara: debe descartarse de plano la alternativa de la ejecución, porque, de admitírsela,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

bastaría para burlar la indisponibilidad el concierto con supuestos acreedores para perjudicar al acreedor asegurado por la indisponibilidad. Esa es la interpretación muy dominante en el análisis del art. 2613 del Cód. Civil en vigor, que regla la cláusula de inalienabilidad que afecta a donatarios o legatarios por un plazo no mayor de 10 años, como lo advertí en la glosa respectiva del Código Civil anotado.

La cosa gravada con la indisponibilidad es embargable, pero esa medida precautoria no puede provocar la ejecución

El propósito del Proyecto se enderezó a superar los obstáculos más importantes para la difusión del instituto, porque la tradicional actitud de resistencia, a la que me sumé, obedece esencialmente a la falta de regulación legislativa y a las desviaciones temidas. Con el perfil indicado la indisponibilidad voluntaria está en condiciones de caminar hacia el éxito o hacia la esterilidad, pero en ninguna de esas alternativas se generarán implicancias disvaliosas para el interés común, en virtud de la medida de las soluciones plasmadas.

Una vez más recuerdo que en los derechos reales el silencio del legislador equivale a prohibición, porque su régimen es muy predominantemente de orden público, todo lo contrario de lo que ocurre con los derechos personales, donde debe normarse nada más lo que no se puede hacer, pues, en principio, la omisión legislativa equivale a permisón.

Si la ventura acompañara al instituto, no disimularé mi alegría; ante un resultado infecundo, no me desalentaré; por el contrario, no ocultaría mi desazón, si retaceara mis modestos esfuerzos para la perfección de las instituciones jurídicas (aplausos).

## **PRAXIS NOTARIAL**

### ***OMISIÓN DE DOMINIO(\*) (382)***

Se hizo un lío bastante grande. Miraba el estudio de títulos y los títulos; no comprendía nada. En el tomo del Registro de la Propiedad había tres titulares, pero en folio real había más, aunque eran los herederos de uno solo de aquellos titulares. ¿Cómo habrían desaparecido las otras dos?. Seguía apuntando a las sucesiones de las dos desaparecidas y advertía que en una foja determinada el abogado tiraba la toalla.

Llegaba a decir que suspendía el trámite sucesorio porque del informe del Registro de la Propiedad, es decir, del folio real, se concluía que la causante no era titular del inmueble denunciado. Canuta se preguntaba: ¿Esto quiere decir que nunca presentó los títulos notariales?. De ese modo no pudo advertir que si en la escritura de compra había tres adquirentes y los tres estaban inscritos en el tomo y dos de las titulares no habían vendido, ¿desaparecieron por arte de magia?.

Le extrañaba la suspensión tan fulminante del trámite en cuanto estuvo a la vista el informe registral del folio real. El art. 4° de la ley 17801 dispone que la inscripción no subsana las nulidades de los actos que inscribe. A la inversa, debía pensar que las inscripciones tampoco podían suprimir