

## INDISPONIBILIDAD VOLUNTARIA

*José Julián Ortega\**

*Ana María Palomanes\*\**

*Dante Valentín Rossi\*\*\**

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. Ubicación dentro de las medidas cautelares (dentro del género de no innovar). IV. La indisponibilidad voluntaria en los derechos reales. El art. 2612 del Código Civil.

### I. Introducción

A consecuencia de la realización de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en octubre de 1995, que en su temario incluía la indisponibilidad voluntaria, instituto éste proyectado como nuevo art. 3208 en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial que cuenta con sanción de la Cámara de Diputados; elaboramos una ponencia partiendo del análisis de la figura de la indisponibilidad voluntaria, que entendemos se trata de una medida cautelar.

Como tal —medida cautelar— tiene limitaciones propias, atinentes a éstas, y pierde toda relevancia en cuanto a fuerza de garantía, frente al derecho real de hipoteca.

Hasta nos atrevemos a decir que resulta una figura ociosa den-

\* Adscripto a la Cátedra Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba.

\*\* Profesor adjunto de Derecho Civil IV de la Universidad Católica de Córdoba.

\*\*\* Jefe de trabajos prácticos de Derecho Civil IV de la Universidad Católica de Córdoba.

tro del ordenamiento jurídico, pues, bajo la naturaleza de medida cautelar consensuada, en nada mejora la garantía ofrecida por la constitución de un derecho real de hipoteca.

En aquel evento conocimos la opinión al respecto de las Dras. Ana Raquel Nuta y Marina Mariani de Vidal, quienes comparten nuestra opinión final sobre la figura de la indisponibilidad voluntaria, con similares argumentos.

Así, la Dra. Ana Raquel Nuta se expresó: "En lo personal, creo que esta figura no sirve. Contamos con un derecho de garantía como es el 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 de indisponibilidad voluntaria, como se llama ahora, creo que tenemos que pensar muy bien sus efectos".

La Dra. Marina Mariani de Vidal se hizo estas preguntas: "¿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 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 privilegios, 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 arts. 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 de que es coautor el Dr. Alterini, que tiene sanción de la Cámara de Diputados, el artículo 2612 sobrevive".

## II. Concepto

Antes de expresar un concepto de la misma, analizaremos cuáles son los elementos que caracterizan el presente tema.

En primer lugar, estamos en presencia de una medida dirigida contra los bienes de una persona, que tiene como fin impedir la modificación de la situación jurídica de un inmueble mientras dure el pleito.

Una de las críticas más importantes que se le efectúan a este instituto está referida a la utilización práctica, atento no otorgar preferencias, es decir que frente a la existencia de un embargo a posteriori de inscrita esta medida en el Registro General, perdería vigencia.

Es una medida netamente cautelar, que tiene por objeto mantener el status respecto a la situación jurídica de un inmueble o mueble registrable. Es decir que no produce una modificación de derechos reales constituidos. Medidas cautelares son "Actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes, y para hacer eficaces las sentencias de los jueces<sup>1</sup>".

Respecto a la terminología, se utilizan los conceptos de indisponibilidad voluntaria o prohibición de controlar de forma indistinta.

Esta medida se aplica para los bienes inmuebles registrales. Respecto a los inmuebles, los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, ordenan que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: "[...] inc. b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares [...]".

El art. 231 del CPN menciona el presente tópico cuando reza: "Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante". El segun-

<sup>1</sup> Martínez Botos, *Medidas cautelares*.

do párrafo hace referencia concretamente a una medida cautelar coactiva, cuando obliga a iniciar la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta.

El instrumento por el cual se ordena es un oficio suscripto por el órgano jurisdiccional, debiendo acreditarse los mismos supuestos que para el diligenciamiento de un embargo preventivo. Entendemos que esta medida contraría el art. 2612 del Código Civil, que establece la prohibición de disponer la inenajenabilidad de un bien inmueble a persona determinada. Esta cláusula —sólo por un tiempo determinado y por actos gratuitos— también rige por tiempo determinado (art. 2613 C.C.).

Como corolario, decimos que la indisponibilidad voluntaria es la medida cautelar dirigida sobre bienes inmuebles o muebles registrados, que tiene por objeto impedir la modificación jurídica de los mismos, a fin de asegurar el resultado de un litigio

### **III. Ubicación dentro de las medidas cautelares (dentro del género de no innovar)**

Consideramos a la indisponibilidad voluntaria (en adelante I.V.) como una medida cautelar con ciertas características propias de su especie.

Ahora bien, para ubicarla dentro de las medidas cautelares sostenemos que se encuentran emparentadas con la medida de no innovar, pero con algunas diferencias esenciales.

A tal conclusión se arriba luego del estudio de los requisitos que debe tener la medida cautelar de “no innovar” para ser tal.

Son condiciones esenciales de la medida de no innovar: 1) Derecho verosímil. 2) Pendentelitis. 3) Vinculación al objeto del proceso. 4) No debe ser obtenida por otra medida cautelar. 5) No debe interferir en otro juicio.

Luego de esta mera enunciación de requisitos —*sine qua non*— para tal medida, realizamos el análisis pormenorizado de cada uno de ellos:

1) Es de destacar que las medidas cautelares nacen ante la pregunta de ¿ganaré el juicio? ¿podré cobrar? Como respuesta al primer interrogante, el Estado de Derecho solamente garantiza el debido proceso; como contestación al segundo interrogante, aparecen las medidas cautelares. Adentrándonos en el segundo interrogante vemos que éstas, para su viabilidad, necesitan la existencia de una base ontológica, dicha base está dada por la urgencia o la necesidad de que no se modifiquen los presupuestos fácticos que dieron origen a la pretensión, pero dada la urgencia o necesidad propia de las medidas cautelares, es necesario que la medida se tome antes o con la mayor celeridad posible. Si el derecho o pretensión no tuviese esa característica de verosimilitud, no sería necesario que se tomaren las medidas cautelares, pues sería conveniente esperar a que salga la sentencia, y siendo ésta favorable ejecutarla<sup>2</sup>.

2) Se trata de resguardar los efectos de una sentencia, lo que presupone la existencia de un proceso. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo sostuvo en *LL*, 108-508; *JA*, 1992-III-547 “si la medida de no innovar aparece referida a un juicio futuro y puramente hipotético, ella debe ser denegada”.

3) Las cosas o bienes que se verán alteradas o alcanzadas por la medida de no innovar deben estar vinculadas al objeto del proceso. Por lo tanto, podrá hacerse extensiva a otros bienes o cosas.

4) Con la medida de no innovar se busca lograr la inalterabilidad material o jurídica de la cosa.

5) Es una condición basada en un principio del debido proceso que debe primar en toda etapa jurisdiccional, por lo tanto, no puede solicitarse se trabe una medida de no innovar cuyos efectos se verán cristalizados o aprovechados en otro juicio.

<sup>2</sup>No es la verosimilitud del derecho lo que hace presumir el peligro en la demora, sino que es éste el que exige una cognición más expeditiva y superficial que la ordinaria, es decir, si el peligro existe, no basta con la apariencia del derecho; de allí la improcedencia de alterar los términos: “a mayor verosimilitud mayor peligro”, porque la cosa es al revés, “existe peligro en la demora es que nos contentamos con un derecho aparente”. Ramírez, Jorge Orlando, *Medidas cautelares*, p. 6.

De lo expuesto podemos realizar la siguiente comparación:

a) Es necesaria la existencia de un derecho o pretensión que aparezca como verosímil.

b) La I.V. necesita —*sine qua non*— de una *litis* (en el sentido proceso judicial) que le dé la necesidad de su expedición.

c) También la I.V. está relacionada con el objeto del proceso, pues no se concibe que la misma pueda tener efectos en bienes o cosas ajenas al objeto del pleito.

d) El cuarto requisito la I.V. no puede cumplirlo, pues este requisito es una característica que hace a la esencia de la medida de no innovar, y por lo tanto, si compartiera esta calidad estaría violando un principio de lógica fundamental: “una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto”. Violentar esta norma traería aparejado caer en la conclusión que la I.V. y la medida de no innovar son la misma cosa.

e) La I.V. está limitada al proceso en el cual se la ha solicitado, quedando también limitada a las partes y a los terceros que sean debidamente notificados a solicitud del interesado (art. 231, CPN).

De lo expuesto, vemos que la I.V. cumple con algunos de los requisitos para ser considerada dentro del género de las medidas de no innovar, pero vemos también que tiene sus diferencias esenciales.

Solamente la podemos considerar dentro del mismo género pero nunca bajo la misma especie. A tal conclusión arribamos luego de haber visto el concepto de medidas cautelares: “[...] para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes”.

#### IV. La indisponibilidad de los derecho reales

Hemos sostenido que la indisponibilidad es una medida cautelar<sup>3</sup>. Así también, que es una especie dentro del género de no innovar.

<sup>3</sup> Cautelar es aquel proceso que, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo), pudiendo ser éste contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución. Carnelutti, *Instituciones...*, p. 86.

Por aquel concepto de medida cautelar, que implica siempre intervención jurisdiccional<sup>4</sup>, resulta una incongruencia hablar de indisponibilidad y que ésta sea voluntaria.

La disposición de la traba debe emanar necesariamente de autoridad judicial, y en consecuencia la cancelación por igual vía.

Las partes acordarán, en miras de asegurarse el acreedor el cumplimiento de la obligación, solicitar al tribunal el libramiento de la orden correspondiente para la traba de la indisponibilidad voluntaria a la que se somete el deudor por así haberlo convenido.

Es mal llamada indisponibilidad voluntaria, por ser el titular dominial de la cosa quien peticiona a la autoridad judicial la traba de dicha medida cautelar<sup>5</sup>.

La sola circunstancia de quedar subsumida la existencia de la indisponibilidad a la disposición de la misma por parte de un tribunal, importa menoscabar en un todo el concepto de voluntario.

Aquello que es voluntario implica que se hace por propia voluntad, y no por obligación o deber; puede hacerse o no hacerse.

Por tratarse de una medida cautelar, cuyo objetivo es preservar el estado de hecho o de derecho de el/los bienes, para concre-

<sup>4</sup> La doctrina ha estudiado este instituto desde un triple punto de vista, a saber: 1) como acción; 2) como proceso; 3) como sentencia o providencia; todo lo cual da lugar a que se hable indistintamente de acción cautelar, proceso cautelar y sentencia o providencia cautelar. Las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan, antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquélla y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que en definitiva recaiga en el proceso. Novellino, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, p. 24.

<sup>5</sup> Es por ello, entre otros motivos, que nos inclinamos por una mayor influencia del principio público, que en el tema que nos ocupa adquiere relevancia por cuanto el juez debe procurar asegurar, por todos los medios que la ley le confiere, el éxito de su gestión. Dado que la tutela cautelar es una manera de prevenir el agravamiento de situaciones, el juez debe contar con amplia discrecionalidad, sólo limitada por la debida prudencia, rasgo característico de la magistratura desde los orígenes del derecho.

Este planteo permite inferir claramente los dos fines u objetos de la tutela cautelar: 1) en forma mediata, proteger la función jurisdiccional; 2) en forma inmediata, prevenir el perjuicio a los litigantes.

tar lo que la ley manda o bien lo que las partes convinieron, se encuentra legitimado para solicitarla sólo el titular dominial de la cosa.

En razón de lo limitado de su aplicación, y teniendo en cuenta que siempre debe recaer sobre bienes determinados, entendemos que está restringida a los procesos en que puede ser objeto de apreciación pecuniaria.

La indisponibilidad o prohibición de contratar, convencionalmente establecida, puede ser acumulada a otras medidas precautorias. Bien podría solicitarse sobre bienes previamente embargados, cuando se pretenda asegurar sobre ellos la ejecución.

### **El art. 2612 del Código Civil**

En materia de derecho reales, bajo el Título 6, Libro IV del Código Civil, están establecidas las restricciones y límites al dominio. Es precisamente dentro de este capítulo donde se encuentra el art. 2612 del Código Civil<sup>6</sup>.

Dentro de las restricciones y límites al dominio se ubican las llamadas restricciones y límites a la disposición jurídica de la propiedad.

La norma antes citada prohíbe la inenajenabilidad absoluta de la cosa, reconociendo en contrapartida la validez de la venta —nada puede alegarse contra el adquirente— sólo le queda al acreedor la acción de daños y perjuicios en contra del incumplidor. Éste sería el resultado en caso de existir una indisponibilidad voluntaria a la luz del art. 2612 del Código Civil.

Los autores, en su mayoría, admiten que la cláusula de inenajenabilidad impuesta en una transacción trae aparejada las consecuencias del art. 2612 del Código Civil.

Fuera de todo concepto de indisponibilidad, tendría efecto en el

---

<sup>6</sup> Art. 2612 del Cód. Civ.: El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él.

caso de ser acordada como condición resolutoria, en cuyo supuesto estaríamos frente a un dominio imperfecto.

Sin lugar a dudas, la mayor repercusión de la indisponibilidad voluntaria está dada en los bienes registrables.

Queda en consecuencia por analizar el comportamiento de la autoridad registral frente al incumplimiento del titular que acordó una indisponibilidad voluntaria.

Como antes lo hemos expresado, la disposición del art. 2612 del Cód. Civ. impone la validez de la contratación —venta—, por lo tanto dichas transmisiones de dominio deben ser inscriptas, quedando sólo al acreedor la posibilidad de solicitar daños y perjuicios al disponente.

Esta tesitura dio lugar a la Disposición Técnico Registral N° 1 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, dictada el 22 de abril de 1971<sup>7</sup>.

La Dra. Marina Mariani de Vidal propugna igual tesitura, afirmando que el supuesto del art. 2612 del Cód. Civ. normaría la hipótesis de quien ya es propietario y se obliga, por un acto cualquiera, a no enajenar, estando contemplados allí los supuestos de indisponibilidades voluntarias<sup>8</sup>.

Si el derecho de propiedad fuera limitado el propietario podría sujetar su enajenación o sucesión futura —universal o singular—

<sup>7</sup> Disposición Técnico Registral del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires del 22 de abril de 1971: "Toda vez que se intente la toma de razón de documentos modificatorios, transmisivos o de gravamen de titularidades de dominio, con relación a los cuales existe anotada una "restricción voluntaria", se procederá a inscribir sin más trámite siempre que no existan otras causas que obsten a la inscripción definitiva (art. 1).

<sup>8</sup> Estarían aquí expresamente contemplados los supuestos de las inhibiciones voluntarias que suelen inscribirse en los registros de la propiedad, con relación a inmuebles determinados, como un modo de garantizar el pago de un crédito, y que tienen precisamente por fin impedir la enajenación del bien sin desinteresar previamente a aquel a cuyo favor se anotó la inhibición voluntaria. A pesar de que tal sería el fin tenido en mira por el acreedor y deudor —impedir la enajenación— parecería que tales enajenaciones serían totalmente válidas, de conformidad al 2612, y que el Registro, en consecuencia, y a pesar de existir esa inhibición voluntaria, debería inscribir las transmisiones. Mariani de Vidal, Mariana, *Curso de derechos reales*.

regulando por largo tiempo, o en forma indefinida, el modo de transmitirse a las personas sobre las que recaerá el derecho. Ello implica una forma de dominio más restringida<sup>9</sup>.

Dejamos aclarado, por así entenderlo, que la norma del art. 2612 del Cód. Civ. no tiene restringida su vigencia a las transmisiones a título oneroso como una limitación a las facultades del disponente, sino que le está prohibido al propietario obligarse a no enajenarlo, aunque no haya transmisión y el bien quede en su poder.

Consecuentemente, acordar la indisponibilidad voluntaria —prohibición de contratar respecto de un bien determinado—, implica contrariar el principio contemplado en la ley, y como tal no puede tener consecuencias respecto del bien, en caso de incumplirse.

Aún en el supuesto muy forzado de admitirse la indisponibilidad voluntaria a la luz del art. 2612 del Cód. Civ. “debería tenerse a la cosa como fuera del comercio”, para tornarla inembargable o no suceptible de constitución de derechos reales sobre ella, que importen una disposición o para lo cual se exija una capacidad de disponer, como la prenda o hipoteca. De no ser así se burlaría fácilmente la medida de no contratar, obteniendo la enajenación por vía judicial.

## Bibliografía

- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, t. I, Bs. As., Librería “El Foro”, 1997.
- MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Curso de derechos reales*, t. 2, Bs. As., Zavalía, 1997.
- MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL, *Medidas cautelares*, Bs. As., Ed. Universitaria, 1990.
- MUSTOS, NÉSTOR JORGE, *Derechos reales*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989.

<sup>9</sup> Mustos, Néstor Jorge, *Derechos reales*.

