

Voces: MEDIDAS CAUTELARES ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ EMBARGO ~ PRIMER EMBARGANTE ~ REGIMEN DE AFECTACION DE LA VIVIENDA

Título: Las medidas cautelares y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Zalazar, Claudia E.

Publicado en: LLC2015 (septiembre), 827

Cita Online: AR/DOC/2979/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Medidas cautelares. — III. El tema del primer embargante. — IV. La protección de la vivienda. — V. Conclusión

I. Introducción.

La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv.yCom.) implica, sin lugar a dudas, un gran desafío para todos los operadores judiciales y en especial para la judicatura de nuestro país.

En el presente trabajo pretendemos solamente bosquejar algunas de las implicancias procesales que puede traer aparejadas esta novedosa legislación en el tema de las medidas cautelares desde una visión general, sin que ello implique el agotamiento del tema.

II. Medidas cautelares

a) Concepto

Una definición lo suficientemente genérica, atendiendo a su objeto y características, y a la que adherimos, es la que brinda Podetti (1), para quien "...las 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 (art. 18, CN) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces".

Ya hemos dicho en reiteradas oportunidades que la finalidad de estas medidas es asegurar la operatividad de la sentencia a dictarse en el sentido de que lo decidido en ella pueda ejecutarse y que, por el transcurso del tiempo, el objeto del litigio no haya desaparecido, de donde la cuestión se haría abstracta o insustancial (obligaciones de hacer o no hacer) o que no existan bienes sobre los cuales ejecutar la sentencia (obligaciones de dar o de simple contenido económico), por ello las llamamos medidas de seguridad.

Normalmente se encuentran prescriptas en las legislaciones procesales; sin embargo, las normativas de fondo suele invadir dichas esferas y regular sobre normas procesales y es lo que sucede con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y nos detendremos en el estudio de ellas.

1. Garantía común de los acreedores

El art. 242 del CCiv.yCom. establece en forma novedosa y expresa la función de garantía de los bienes del deudor, cuestión consagrada por la doctrina y jurisprudencia nacional en un juego armónico de los arts. 595, 3473, 3875 y 3922 del CCiv., precisando que cuando se trate de patrimonios especiales (v.gr., el patrimonio fiduciario), él responde sólo con los bienes que lo componen.

Por otra parte, el art. 243 del CCiv.yCom. prescribe que si esos bienes particulares son afectados a un servicio público, las medidas coactivas de los acreedores no pueden afectar ese servicio. Es similar a lo dispuesto por el artículo 230 de la ley provincial 8102, que dispone que "Los bienes del municipio y la comuna no pueden ser objeto de embargos preventivos. Una vez que se encuentra firme la sentencia, los bienes podrán ser susceptibles de embargo, salvo que estuvieran afectados directamente a la prestación de un servicio público..." (2). Asimismo, podemos mencionar que, en virtud de lo dispuesto por el art. 63 de la ley 22.285, se han considerado inembargables los bienes imprescindibles para la radiodifusión.

El artículo 743 del CCiv.yCom. vuelve a referirse al tema, incorporando el principio ya aceptado por la comunidad jurídica —pero sin recepción legislativa hasta ahora— de que los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. Agrega que esta garantía no es sólo para los bienes presentes sino también los futuros, o sea los que se adquieran después del nacimiento de la obligación o cuando ya medie ejecución.

Se sostiene que el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito, normativa similar a lo establecido en el art. 572 del CPCC en materia de subasta progresiva. En la práctica, no es más que una aplicación del art. 10 del CCiv.yCom. y pretende evitar el abuso en las medidas ejecutorias; sin perjuicio de dicha limitación, también debe tenerse en cuenta al momento de ordenar la traba de las cautelares y es a lo que hace referencia el art. 471 del CPCC o, en su caso, el art. 2014 del CPCN.

Por último, refiere que todos los acreedores pueden ejecutar esos bienes en la misma posición, salvo que exista causa legal de preferencia, contemplando no sólo los acreedores privilegiados que puedan ejercerla, como son la que detentan determinados entes bancarios (Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Nación Argentina, etc.). Cuestión distinta a la preferencia que puede hacerse valer al momento de distribuir el producido de

subasta, donde pueden concurrir no sólo los acreedores privilegiados sino también los preferentes, como el caso del primer embargante, regulado en esta normativa de fondo.

2. Bienes inembargables

Las leyes que eximen de ejecución y embargo a ciertos bienes, por considerarlos el legislador necesarios para la vida del deudor y de su familia o teniendo en cuenta la naturaleza del bien a proteger; son el resultado de una facultad propia del Congreso de la Nación y, en consecuencia, las leyes provinciales no pueden disponer esa restricción. Esta doctrina es la que ha sostenido invariablemente nuestro Máximo Tribunal Nacional, fundada en que "las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva legislación del Congreso Nacional" (Fallos 61:19; 113:158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 188:383; 198:458; 275:254; 284:458; 322:1050) y es el criterio sostenido en el fallo que declara la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución provincial (inembargabilidad de la vivienda única).

Si bien todos los Códigos Procesales traen normas similares al art. 542 del CPCC, que establece qué bienes deben considerarse inembargables, en definitiva dicha normativa no hace más que reproducir los contenidos en el Código Civil o en las demás leyes dictadas por el Congreso Nacional, lo que nos va a exigir armonizar dicha normativa procesal con las nuevas premisas del Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir del 1 de agosto de este año.

Veamos que uno de los ejemplos de armonización debe ser la eliminación del art. 542, inc. 4, del CPCC, que establece la inembargabilidad del usufructo de los bienes de los hijos, figura que ha sido eliminada al regularse la responsabilidad parental, en la cual se consagra que los padres tienen la administración de los bienes de sus hijos (ver arts. 685 y ss. del CCiv.yCom.).

El art. 744 del CCiv.yCom. enumera cuáles son los bienes excluidos de la garantía común (3), entre los que podemos citar:

- a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente y de sus hijos

Esta disposición es concordante con el art. 3878, párrafo 2, del Código Civil, y el art. 15 de la ley 13246 sobre arrendamientos rurales.

En estos casos, se trata de bienes de uso indispensable del deudor; es decir que no pueden ser sustituidos o reemplazados sin un notorio menoscabo al bienestar mínimo al cual tiene derecho, según pautas vigentes en la sociedad, el deudor y su familia, incluido el conviviente. Colombo manifiesta que lo indispensable no consiste solamente en lo imprescindible o estrictamente necesario, sino también en lo requerido para un normal desenvolvimiento de la vida del hogar, de conformidad con las pautas medias aceptadas genéricamente en la población. Sólo se excluyen, en consecuencia, aquellos bienes superfluos, de mero adorno, o puramente destinados a brindar comodidad o confort (4).

En nota: faltan autor y datos de edición.

Se debe evaluar la necesidad conforme a la naturaleza de los bienes, el valor económico, la existencia de más de un bien de la misma especie, la condición social del deudor sobre la base del nivel alcanzado por el estándar de vida de la población, el lugar geográfico donde habita (v.gr., las estufas en el sur del país son inembargables), etc. En este sentido, se ha dicho que "La ley al aludir a la calidad de 'indispensable' otorga a los jueces la facultad de disponer el carácter de inembargable de un bien, para lo cual deben tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, ya que si se exagera la protección, se beneficiaría al deudor remiso, lo cual no puede encontrar justificación en el valor de los bienes cautelados, ni en la suma a que asciende el crédito en ejecución" (5).

Sobre el tema, De Lázari concluye que "todos los bienes muebles que pueden ser adquiridos contando con un ingreso equivalente al salario mínimo, vital y móvil, son inembargables, a condición de que sean efectivamente usados por el deudor, su mujer o hijos..." (6).

- b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor

En este supuesto, la finalidad es no privar al deudor de lo indispensable o necesario para trabajar y lograr su sustento y el de su familia. En este caso, se diferencia el Código ritual provincial, ya que establece como único beneficiario de la excepción al deudor (similar art. 219, inc. 1, del CPCN), cuando el art. 542 del CPCC habla de la profesión del deudor o de su familia.

Como la legislación no ha efectuado una enumeración taxativa, es el juez quien debe decidir si el bien engasta en este supuesto, luego de ponderar las actividades del demandado y apreciar con criterio restrictivo las pruebas arrimadas en tal sentido, dado que la inembargabilidad es la excepción.

Sólo es aplicable a las personas físicas, ya que si los elementos embargados constituyen instalaciones de un comercio o negocio, no se encuentran alcanzados por el principio de la inembargabilidad. La excepción de embargo recae sobre aquellos enseres necesarios para el desempeño individual de una profesión, arte u oficio y no se extiende a las maquinarias, instrumentos mecánicos o instalaciones propias de un comercio, en tanto ellos indiquen la existencia de un capital mercantil. Sin embargo, se ha resuelto que se encuentran comprendidas en

la protección legal las empresas individuales; por ejemplo, la que realiza un comerciante minorista que atiende su negocio por sí o con el concurso familiar (7). En el mismo sentido, se ha rechazado el pedido de levantamiento de una balanza electrónica que el demandado utiliza en su comercio, puesto que no se trata de un instrumento necesario para la profesión arte u oficio, sino de un bien incorporado a una empresa mercantil (8).

c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación

A diferencia de los casos anteriores, no hay disposición alguna en los Códigos de fondo que sean correlato de esta norma. Conforme a la redacción del propio inciso, no se trata de bienes fuera del comercio, sino de un caso en que la ley preserva el bien de la acción de los acreedores, estableciendo las excepciones cuando se trate del reclamo del precio de venta, construcción o reparación del sepulcro.

En este mismo sentido, el art. 2110 del CCiv.yCom. establece la inembargabilidad de las parcelas exclusivas destinadas a sepultura, excepto por el saldo de precio de compra o construcción de sepulcros o las expensas, tasas, impuestos y contribuciones.

d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado

Esta excepción tiene su fiel reflejo en la normativa constitucional y el respeto que se brinda en nuestro país a la Iglesia Católica y a los demás cultos en general.

e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales

Si bien se establece dicha inembargabilidad, pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178; de todas formas, consideramos que la ejecución judicial puede complicarse en la práctica. Ello es así, ya que las últimas normas citadas establecen condiciones a los fines de la venta, que en realidad no nos preocupan ante una venta privada, pero sí ante una venta judicial.

Con relación al usufructo, si bien el art. 2142 del CCiv.yCom. dispone que puede transmitirse, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y sustitución del bien y, a más de ello, es la vida del usufructuario y no la del adquirente la que determina la vida del usufructo y su finalización. Ergo, si se pretendiera subastar el usufructo deberían establecerse dichas condiciones en la venta: la duración de él y la condición de que el oferente ofrezca la garantía suficiente, la que además debería ser aceptada por el nudo propietario, que puede ser un tercero en el pleito.

En el caso de uso, el art. 2157 del CCiv.yCom. dispone que los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limitan a las necesidades del usuario y su familia; por lo tanto, sólo podrían embargarse y ejecutarse cuando excedan dichas necesidades; lo que deberá ser determinado en las actuaciones anteriores al embargo o frente a la peticiones de levantamiento del usuario.

El art. 2178 del CCiv.yCom., en el supuesto de la ejecución por los acreedores de la servidumbre, establece que en ningún caso pueden hacerse con independencia del inmueble dominante (similar a lo dispuesto por los arts. 2019, 2421, 3006 y 3024 del CCiv.), por lo tanto, el que adquiera la servidumbre adquirirá el fundo, siempre que no se trate de una servidumbre personal.

f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica

Esta es una norma novedosa del CCiv.yCom., aunque desde hace tiempo existen precedentes jurisprudenciales y de doctrina que declaran inembargables las indemnizaciones por accidentes de tránsito, principalmente en lo que respecta al daño moral, cuestión ya legislada con relación a los infortunios laborales. Así, a modo ejemplificativo, podemos señalar que se ha dicho que "...la indemnización patrimonial debida por muerte o incapacidad de un padre sustituye, en algunos rubros, la prestación de alimentos nacida del vínculo filial. Pese a que la obligación primitiva —alimentos familiares— se convierte en la de pagar daños e intereses y esta última no posee el mismo carácter (nacen de distinta fuente legal: arts. 372, 1084 y 1085, todos del Código Civil, respectivamente, poseen diverso obligado al pago), ambas tienen como finalidad cubrir las necesidades de alimentos, habitación, vestuario y asistencia del menor" (9). Del mismo modo, se sostuvo: "...las sumas fijadas en concepto de valor vida por la muerte del progenitor reviste el carácter de crédito alimentario" (10). En igual sentido, encontramos la doctrina cordobesa que predicaba la inembargabilidad de la indemnización por daño moral aun en ejecuciones individuales y con criterio amplio, pese a no tener fundamento normativo más que el art. 108, inc. 6, de la ley de quiebras 24522 (11).

Conforme lo dicho entonces, si bien no existía una limitación normativa concreta para el embargo de las indemnizaciones por daños y perjuicios, lo cierto es que jurisprudencialmente se habían establecido ciertas limitaciones, ahora aceptadas por el CCiv.yCom.

g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio

En este punto habla de la indemnización que pudiere corresponder en caso de homicidio, ya que los alimentos y su derecho a cobrarlos se encuentran excluidos del embargo, conforme a lo prescripto por el art. 539 del CCiv.yCom. (art. 374 del CCiv.).

Así las cosas, no sólo están incluidos los del deudor, sino también los que les pudiere corresponder en el supuesto del homicidio al cónyuge, conviviente y a los hijos. En la doctrina siempre fue un tema debatido si los alimentos inembargables son solamente los "futuros" o también los "devengados no percibidos". Creemos que ante el silencio de la ley, y el sentido altamente proteccionista de este nuevo Código, debe ser entendido en sentido amplio, comprendiéndose todo tipo de alimentos [\(12\)](#).

h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes

En primer lugar, debemos subrayar que el propio Código Civil y Comercial de la Nación establece algunas normas de inembargabilidad. Así, vemos que el art. 2034 establece que la propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales y que es inembargable e inejecutable por deudas; y el art. 237, CCiv.yCom., establece la inembargabilidad de los bienes públicos del Estado, sin perjuicio de todas las otras normas provinciales y nacionales que establecen dicha inembargabilidad.

En este punto podemos señalar otros supuestos establecidos por otras normas nacionales y provinciales. En materia de sueldos, salarios e indemnizaciones laborales, a nivel provincial, el art. 23 de la Constitución provincial expresa que el trabajador tiene derecho: "5) A la inembargabilidad de la indemnización laboral y la parte sustancial del salario y haber provincial...". Por otra parte, la ley provincial 7849, que establece en su art. 1: "Las indemnizaciones cuyo pago corresponda en concepto de accidentes de trabajo, enfermedad accidente o enfermedad profesional, cualquiera sea la normativa legal que funde la demanda y las indemnizaciones de los casos previstos por la Ley de Contrato de Trabajo y los estatutos de los empleados públicos son inembargables...". Exceptúa en el art. 2 los embargos cuyos créditos sean de naturaleza alimentaria.

Por su parte, la legislación laboral nacional contiene normas que regulan la inembargabilidad de los salarios. El art. 120 de la Ley de Contrato de Trabajo (20744, t.o. dec. 390/1976) reza: "El salario mínimo vital es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias". La reglamentación de la ley, a través del decreto nacional 484/1987, dispone: "Art. 1.— Las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo vital fijado de conformidad con lo dispuesto en los artículo 116 y siguientes del régimen de contrato de trabajo. Las remuneraciones superiores a ese importe serán embargables en la siguiente proporción: 1. Remuneraciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el 10% del importe que excediere de este último. 2. Retribuciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el 20% del importe que excediere de este último".

A su vez, el art. 3 de este decreto 484/1987 establece iguales proporciones de embargabilidad para el caso de las indemnizaciones laborales. En el art. 4 se dispone que los límites de embargabilidad no son de aplicación para las cuotas por alimentos o litis expensas". Esta última disposición es concordante con el penúltimo párrafo del art. 542 del CPCC, que ordena que en estos supuestos la proporción será fijada prudencialmente por el tribunal en cada caso.

En cuanto a los sueldos de empleados de la administración pública, el decreto nacional 6754/1943, ratificado por ley 13894 dispone la inembargabilidad de sueldos, salarios, jubilaciones y pensiones de empleados y obreros de la Administración Pública provincial y municipal y de las entidades autárquicas. El art. 14, inc. c, de la ley nacional 24241 declara la inembargabilidad de las jubilaciones, lo que se repite en el ámbito provincial mediante el art. 49 de la ley 8024; etcétera [\(13\)](#).

El art. 4 de la ley 8258 considera inembargables los bienes de los clubes que presten determinados servicios a la comunidad y la ley 9494, de junio de 2008, suspende por ciento ochenta días la ejecución dispuestas en todo tipo de proceso que persigan la subasta de bienes inmuebles de propiedad de las asociaciones civiles, clubes o entidades sin fines de lucro cuyo objeto social sea la promoción, difusión o realización de prácticas deportivas, recreativas o comunitarias, cualquiera fuere la causa de la obligación y el fuero de radicación de la causa. Esta ley ha sido prorrogada por otros ciento ochenta días por ley 9584 del 5/1/2009 y por la ley 9632 por el mismo plazo, con fecha de publicación el 22/6/2009 (por lo que en la actualidad dichos bienes no se encontrarían con el beneficio de la inembargabilidad).

Con relación al embargo del contenido de las "cajas de seguridad" rentadas en una institución bancaria, se ha considerado que no existe óbice alguno para la traba de éste, ya que no se trata de un bien inembargable. "La armonización del derecho creditorio y persecutorio con el de intimidad, privacidad y reserva de documentos personales del titular de la caja de seguridad no puede conducir a dotar a este tipo de depósitos de una suerte de inembargabilidad que la ley no les confiere y que permitiría a los deudores sustraer ciertos bienes del alcance de sus acreedores con el solo recurso de colocarlos en dichos cofres...". En estos casos es el oficial de justicia el que deberá realizar un inventario del contenido de la caja de seguridad, "...preservando el derecho de privacidad del titular respecto de aquellos otros elementos que pudieran encontrarse y que resultaran inconducentes como medios para asegurar el cobro pretendido..." [\(14\)](#).

III. El tema del primer embargante

Se incluye en la normativa de fondo (art. 745 del CCiv.yCom.) la prioridad del primer embargante, ya

consagrada a nivel procesal en el art. 218 del CPCN y sin recepción legal alguna en nuestra provincia, sin perjuicio de la aceptación de la figura en la jurisprudencia mayoritaria provincial e incluso por nuestro Máximo Tribunal local.

La nueva normativa fonal establece que el acreedor que obtuvo primigeniamente el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Asimismo, se expide que si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida, respetando la prioridad en el tiempo ya consagrada jurisprudencialmente.

Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores, aceptando legislativamente los llamados embargos sobre remanente, los que normalmente se canalizan a través de los exhortos de otros juzgados.

Nuestro Tribunal Superior de Justicia se ha adherido a esta doctrina, diciendo que "Sustenta esta solución, la convicción de que la calidad de primer embargante preserva para él toda la aptitud solvente del bien embargado, sin que tal aptitud pueda ser cercenada por los embargos posteriores, que deben respetar los legítimos derechos constituidos hasta ese momento. Por ello, el primer embargo crea a favor del embargante una prioridad de cobro con respecto a los embargantes sucesivos" (15).

Por supuesto que la cuestión se refiere a una controversia entre acreedores quirografarios cuyos créditos convergen sobre el patrimonio de un mismo deudor, exigiéndose que el primer embargante articule en tiempo propio las prerrogativas que le concede la ley procesal para hacer valer y mantener viva su calidad de tal, esto es, interponga tercería de mejor derecho.

Esta preferencia se ha otorgado tradicionalmente en el caso de la confrontación de embargos inscriptos en registros, ya sea de inmuebles o de otros bienes registrables, de conformidad a la interpretación del art. 2, ley 17801 (principio de publicidad), en concordancia con los arts. 14 y 19 de la misma ley (principio de prioridad), en cuyo caso, claro está, la fecha de inscripción en el Registro determinará la prioridad.

Tratándose de embargo sobre un remanente de subasta, en el cual la traba del embargo se materializa mediante la toma de razón del tribunal que ha subastado el bien, el Máximo Tribunal, en el fallo precedentemente citado, ha dicho que también rige la prioridad del primer embargante, basado en que la anotación en un expediente por parte del tribunal le da el carácter de instrumento público, siendo consultable por quien tenga interés en hacerlo. En este supuesto, las fechas de anotación de los embargos establecen el orden de prioridad.

Respecto de la extensión de la preferencia del primer embargante, esto es, si tiene prioridad para cobrar y satisfacer la totalidad de su crédito, o si, existiendo otras cautelares posteriores, tal garantía se limita al valor nominal del embargo registrado, el CPCN, en su art. 218 ya transcripto, autoriza a "cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas" —similar al nuevo art. 745 del CCiv.yCom.—. Sin embargo, el Alto Cuerpo ha declarado aplicable la doctrina expuesta en el punto precedente en relación al valor por el que responde el tercero adquirente de la cosa embargada, por lo que la prioridad sólo alcanza al monto del embargo anotado. Esto es: "la preferencia en el cobro del primer embargante, respecto de otros acreedores también embargantes del bien, se limita sólo al monto del primer embargo que pesa sobre el inmueble al momento en que se traba la segunda cautelar. Situación esta que sólo es verificable consultando la inscripción registral" (16).

Sin duda alguna, esta nueva consagración legislativa en la normativa de fondo va a obligar al Trib. Sup. Just. a modificar la postura sostenida jurisprudencialmente sobre el tema e incluso a los fines de mantener una coherencia en sus resoluciones y a la interpretación sistémica que inspira el CCiv.yCom., deberá revisar su criterio con relación a la extensión del crédito que debe pagar el comprador del bien embargado con trámite de subasta iniciado, que hasta la actualidad lo reduce al monto del embargo inscripto registralmente. (17)

IV. La protección de la vivienda

El CCiv.yCom. modifica el término bien de familia, protegido hasta entonces por la ley 14394 y la ley provincial 6074, por vivienda (art. 244 del CCiv.yCom.), por lo tanto, ya no es una protección del asiento familiar mirado en su conjunto, sino la vivienda de la persona individualmente considerada. Algo similar a la protección establecida por las normas de emergencia que excluían la ejecución de la vivienda del deudor.

A los fines de marcar las diferencias entre ambos institutos, nos detendremos someramente en el llamado "bien de familia". Éste tiende a proteger al grupo familiar de los peligros que representan los vaivenes económicos, las consecuencias de los negocios perjudiciales, las cargas impositivas y también las desavenencias familiares en orden a la conservación de la casa donde habita la familia o de un inmueble que sirva con sus frutos a su sostenimiento, sin necesidad de que sea la vivienda única del deudor.

La ley 14394, en su articulado, establece las condiciones que deben reunirse para la constitución de este beneficio:

1) Que se trate de un inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, conforme a las normas que lo reglamenten (art. 34).

En la reglamentación dictada oportunamente para la Capital Federal (decreto 2080/1980, que sustituye la ley 17417 y que reglamenta la ley 17801), no se puso tope de valuación para afectar el inmueble al bien de familia, estableciendo que se admitirá la constitución, cualquiera sea su valuación fiscal, siempre que estuviera destinada a la vivienda del constituyente o su familia o cuando, además de ese destino, se llevara a cabo actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución. En nuestra provincia, si bien no existe reglamentación, esa carencia no autoriza a otorgar una solución distinta a la establecida por la normativa nacional. Por otra parte, se ha considerado que si bien las condiciones que venimos desarrollando deben subsistir a través del tiempo (art. 49, inc. d), el acreedor es el que debe demostrar el aumento del valor del inmueble determinado por mejoras o anexiones realizadas a posteriori, y que no resultan correlativas al aumento de las necesidades de vivienda y sustento que se tuvieron en cuenta al momento de constituir el beneficio (18). También se ha entendido que en el supuesto de que la propietaria del bien de familia lo alquile, encuadra en una de las obligaciones impuestas por el art. 41 de la ley 14394: la de explotar el inmueble por cuenta propia, más aún cuando la locación le brindaba a la accionada un ingreso que le permitía lograr el sustento de su familia (19).

2) Que se encuentre habitado por la familia del constituyente, entendida como tal su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o en su caso los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieren con el constituyente (art. 36). También se extiende el privilegio cuando el bien inmueble o la industria en él existente se encuentren explotados por cuenta propia del constituyente (art. 41).

A tal fin, debemos tener en cuenta que la afectación subsiste mientras viva uno solo de los beneficiarios, y con mayor razón mientras permanezca con vida uno de los constituyentes, en el caso del condominio (art. 43 de la ley). Lo relevante es que la habitación del inmueble no es exigida al mismo tiempo a todos los beneficiarios y constituyentes como condiciones de validez o subsistencia del régimen. La ley exige que el inmueble sea habitado por el constituyente o por su familia (art. 41), lo que significa que, haciéndolo el primero, los hijos pueden no convivir con él y ser no obstante beneficiarios (como puede suceder también, inversamente, que no viva el constituyente en el inmueble pero sí lo haga su familia, v.gr., esposa e hijos del propietario separado de hecho). A los únicos que es exigida ineludiblemente la habitación juntamente con el propietario es a los colaterales (art. 36) (20).

Debemos señalar que no pueden constituirse más de un bien de familia (art. 45) y sus efectos se propagan a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente.

Uno de los privilegios de este beneficio es que no es susceptible de embargo y ejecución por las deudas contraídas con posterioridad a su inscripción, por lo que de manera alguna puede aceptarse dicho embargo, aun cuando se considere que, como el bien no va a poder ser ejecutado, el embargo no ocasione perjuicio alguno (21).

Es por ello que, a los fines de determinar su inembargabilidad, corresponde tener en cuenta la fecha de la causa de la obligación que se ejecuta y la fecha de constitución del bien de familia, ya que, de conformidad al art. 38 de la ley 14394, la inembargabilidad allí establecida sólo afecta a las deudas posteriores a la inscripción del bien de familia y no a las anteriores, sin distinción alguna, es decir, comprendiendo las deudas contraídas a plazo y las que tienen vencimiento posterior. Sobre el punto se ha dicho que "...la interpretación razonable de la norma citada nos conduce a juzgar que, contraída la deuda con anterioridad, aunque se haya instrumentado su vencimiento para una fecha posterior a la inscripción del bien de familia (v.gr., cheques de pago diferido o pagarés con vencimiento posterior) debe proceder el embargo y la ejecución ya que el hecho generador es anterior y los acreedores no pueden ser perjudicados por la afectación del bien realizada con posterioridad al origen de la deuda..." (22). Por ejemplo, si se trata de obligaciones de origen contractual, el hecho generador de la obligación está dado por la fecha del contrato, independientemente de que con posterioridad se produzca el incumplimiento y exigibilidad de la deuda que se pretende ejecutar (23).

Este elemento temporal la diferencia sustancialmente de la protección de la vivienda única consagrada por la ley 8998, la cual no tiene plazo de aplicación.

Quedan a salvo de la inembargabilidad las excepciones marcadas por el mismo artículo 38 de la ley 14394, a saber: las obligaciones de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, los gravámenes constituidos de conformidad al art. 37, o sea, por el mismo beneficiario con anuencia de la cónyuge, o cuando se den las causales de desafectación establecidas por el art. 49 de la misma ley.

La voluntad de cancelar el bien de familia debe manifestarse expresamente, no admitiéndose las cancelaciones tácitas. Esta manifestación de voluntad podrá estar contenida en instrumento privado con certificación notarial de firmas.

Cuando la cancelación provenga de autoridad judicial, deberá estar contenida en auto o sentencia (24).

La resolución dictada será apelable con efecto suspensivo, ya que, frente a una eventual resolución acerca de que un determinado inmueble no sea declarado como bien de familia en primera instancia, la ejecución y subasta de él podría acarrear consecuencias irreparables en caso de que el Superior disponga revocar la resolución arribada.

En cuanto a la protección de la vivienda establecida por el Código Civil y Comercial de la Nación, la puede

constituir el titular dominial cuando no tenga familia y todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges, siempre que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.

La protección es netamente de la vivienda, a diferencia del régimen de familia, que permitía la afectación con fines distintos a vivienda; pero, al igual que aquél régimen, sólo puede afectarse un inmueble, debiendo en su caso optar por la subsistencia de uno solo en el plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido primigeniamente.

La afectación puede ser total o parcial, y en nada incide el valor del inmueble como en el actual bien de familia, donde no debía exceder las necesidades de sustento y vivienda, como hemos analizado *ut supra*.

Es aplicable a la vivienda rural que no exceda de la unidad económica dispuesta por las reglamentaciones locales y debe ser inscripta en el registro de la propiedad inmueble conforme a las reglas locales, rigiendo la prioridad temporal prevista en la ley nacional del registro inmobiliario.

La puede realizar el juez de oficio en los juicios de divorcio o de cese de la convivencia, si hay menores, incapaces o personas con capacidad restringida; si se hubiera dispuesto por acto de última voluntad, el juez puede ordenar la inscripción —no la constitución— a pedido de cualquiera de los beneficiarios, del Ministerio Público o de oficio, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida

Conforme al artículo 249 del CCiv.yCom., la vivienda afectada no es susceptible de ejecución, estableciendo excepciones similares a las que dispone la ley 14394, agregando el tema de los alimentos y el de las expensas comunes.

Así, vemos que los casos que se eximen de la protección son:

- a) obligaciones del titular anteriores a la inscripción;
- b) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble, donde se amplía la posibilidad de ejecutar el pago de las expensas comunes;
- c) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente;
- d) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;
- e) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

Este supuesto novedoso se justifica plenamente porque el derecho alimentario tiene por lo menos la misma importancia que el derecho a la vivienda del titular, e incluso mayor, puesto que abarca otras necesidades primarias, y no sería justo que el deudor conservara su vivienda en desmedro de aquellos a quienes les debe alimentos y, por ende, también vivienda.

Una cuestión importante en este tema, que ya era ampliamente aceptada por la jurisprudencia, es que se permite la subrogación real que autoriza adquirir una nueva vivienda manteniendo la afectación originaria, lo que trae su consecuencia, si tenemos en cuenta que la fecha de constitución de la vivienda tiene virtualidad con relación al primer inciso, o sea, con las obligaciones anteriores a dicha constitución. Es a los fines de evitar un período ventana que podría dejar sin protección a la vivienda por las deudas anteriores.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo; cesa el derecho a la ejecución con el pago de sus créditos. Si el inmueble se subasta, el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores y si queda remanente, se entrega al propietario del inmueble, solución esta muy bien considerada por la doctrina, siempre privilegiando el derecho a una vivienda digna.

En forma similar a lo dispuesto por el art. 39 de la ley 14394, se establece que son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios (art. 241 del CCiv.yCom.); a diferencia de la vigente, que sólo deja embargar el cincuenta por ciento de esos frutos.

Se establecen las causas de desafectación y cancelación de la inscripción (art. 255, CCiv.yCom.) de manera similar a las establecidas por el art. 49 de la ley 14394, eliminado solamente la "existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente".

Así, también en el art. 254 del CCiv.yCom. se establece un límite en los honorarios de los abogados —1%, procesos individuales, y 3%, procesos concursales—; cuestión esta última que ha sido desde ya controvertida por la injerencia de una normativa de fondo en materia que corresponde a las legislaciones locales, como es la atinente a la regulación de los honorarios. Por otra parte, solamente fija como base el valor fiscal del inmueble, lo que se aparta de las normativas arancelarias que dan la posibilidad de probar el valor real del inmueble, que puede estar ampliamente disociado del primero.

Ahora bien, con distinta óptica normativa, el CCiv.yCom. también legisla protección de la vivienda familiar, la cual tiene una indiscutible protección constitucional, que surge tanto del texto de la Constitución Nacional

(arts. 14 y 14 bis), de las diferentes Constituciones provinciales, como de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Es por ello que, sin perjuicio de lo normado anteriormente en los arts. 456 del CCiv.yCom. (al regular el divorcio) y en el art. 522 del CCiv.yCom. (al regular la convivencia inscripta), se establece la protección de la vivienda familiar, sin regular inscripción alguna y precisando los supuestos de aplicación, donde en definitiva no se protege la vivienda como bien dominial sino como el seno del grupo familiar.

De esta forma se impone la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la convivencia, a menos que ambos cónyuges se hayan constituido en deudores o que uno de ellos haya actuado con el asentimiento del otro. La finalidad es que las deudas personales de uno de los cónyuges no pueden poner en riesgo de ejecución la vivienda familiar; y esta restricción no puede ser dejada sin efecto por pacto entre los convivientes (25).

En nota: no fue citado.

En este caso se protege justamente la vivienda habitual de la familia, con independencia de quien sea el titular del bien (un cónyuge, los dos o un tercero), como así también los bienes muebles que sean esenciales para la satisfacción de las necesidades de dicha familia y sin importar el régimen de bienes establecido por los cónyuges o los convivientes. Tampoco se puede disponer del contrato de locación o del derecho de uso y habitación sin el asentimiento conyugal o del conviviente, ya que lo que se protege es el derecho sobre la vivienda y no la titularidad dominial de él.

Por ello la importancia social que la familia impone hace prevalecer el derecho a la vivienda por encima del derecho sobre la vivienda e impide que los cónyuges o convivientes dispongan los derechos sobre la vivienda donde reside el hogar conyugal o convivencial, siendo irrelevante para la protección que los cónyuges o convivientes tengan hijos.

En esta línea de pensamiento, la protección no alcanza a la segunda vivienda, o residencia alternativa o secundaria, como podría ser la casa de fin de semana o de vacaciones, casas quintas o viviendas de vacaciones.

El fundamento del precepto parece claro: se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: dueño o arrendatario, es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle, o en una casa sin amueblar, ni aunque sea el dueño de la habitación o el mobiliario (26).

La disposición posee diferencias marcadas con el art. 36 de la ley 14394. Por lo pronto, se incluye como beneficiario al propio constituyente, lo que significa un avance trascendental, ya que éste pasa a estar amparado aun cuando no tenga familia. Además, se declara posible beneficiario al conviviente no cónyuge, en otra diferencia importante con el sistema anterior que amplía el horizonte de protección.

Lo llamativo de esta protección es que operaría en forma automática, casi de manera idéntica a lo regulado por la ley 8898, pero sin establecer exclusión alguna a la inejecutabilidad. Así, podemos ver que uno de los problemas que puede plantearse son las deudas que derivan de tasas, contribuciones que gravan al inmueble, como así también de los servicios o de las deudas por expensas comunes y de obligaciones derivadas de las reformas o construcciones realizadas en la vivienda, en los casos en que las deudas no se hayan contraído por ambos cónyuges o convivientes.

Consideramos, siguiendo la escasa doctrina que hay sobre el tema, que en tales casos, el inmueble puede ser ejecutado cuando los cónyuges conjuntamente han contraído la deuda, ya que indiscutiblemente ambos han prestado su asentimiento a la prestación del servicio o a la realización de la mejora, o se han beneficiado con el objeto de la tasa o contribución; o se trata de deudas que hacen al sostenimiento del hogar conyugal a las que ambos cónyuges responden solidariamente con todo su patrimonio (27). No nos parece complicado con relación a las contribuciones o tasas, pero sí al cobro de los impuestos municipales, provinciales o nacionales, donde deberán comparecer ambos cónyuges a inscribirse como contribuyentes para que opere la ejecución del bien en caso de deuda impaga.

En nota: cita trunca.

Por último, como la normativa general de la vivienda deja a salvo las normas provinciales sobre el tema, en este contexto, en nuestra provincia van a coexistir la protección de la vivienda (arts. 244 y ss. del CCiv.yCom.), de la vivienda familiar en los casos previstos en la normativa de fondo (arts. 456 y 522 del CCiv.yCom.), la regulada en el art. 58 de nuestra Constitución provincial (ley 8998) y la ley de emergencia vigente hasta el 31/12/2015 (ley 9724), con las excepciones previstas en cada una de ellas.

Dentro de lo que puede considerarse un primer bloque normativo en nuestra provincia, tenemos el artículo 58, párrafo 1, in fine, de la Constitución provincial que dispone: "La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley". Esta disposición constitucional fue posteriormente reglamentada por la ley 8067 (ref. por ley 8998), la que declara: "Considérase automáticamente inscripta de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la ley nacional 14394 y en la ley provincial 6074".

La discusión ha versado sobre la constitucionalidad de ambas normativas, fundada en que la inembargabilidad de la vivienda es una cuestión de derecho común y que el constituyente provincial ha avanzado sobre materias propias del gobierno federal (art. 75, inc. 12, CN) y prohibidas a las provincias (art. 126, CN).

El tema ha resultado intrincando, y ha tenido soluciones disímiles tanto para la doctrina local como para la jurisprudencia. Pero fundamentalmente corresponde analizar el cambio de criterio del Tribunal Superior de Justicia, ya que, si bien sus resoluciones no son vinculantes, tienden a unificar la jurisprudencia y a eliminar incertidumbres resultantes de discrepancias en la interpretación de la ley entre los tribunales y en consecuencia termina siendo orientadora de las resoluciones de inferiores.

En un primer momento, el Alto Cuerpo sostuvo por mayoría la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución provincial y su ley reglamentaria, criterio que fue sustancialmente variado por el dicho tribunal pleno y también por mayoría en autos: "Banco Suquía S.A v. Juan Carlos Tomassini - PVE - Ejecutivo - Apelación - Recurso directo" (28), en el cual declara la constitucionalidad del art. 58 de la Constitución provincial y su ley reglamentaria 8067 y por lo tanto la operatividad, mediando las condiciones establecidas en la ley, de la inembargabilidad de la vivienda única.

La postura enunciada fue cambiada con posterioridad como consecuencia del fallo dictado por la Corte Sup. en los mismos autos ("Banco del Suquía S.A v. Juan Carlos Tomassini s/P.V.E. - ejecutivo - Apelación - Recurso directo") en marzo del 2002, en el que se expresa: "Determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor —y cuáles, en cambio, no lo están— es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito...", en mérito a lo cual revoca la sentencia dictada por nuestro Máximo Tribunal, declarando la inconstitucionalidad del art. 58, in fine, de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067.

Este criterio, por razones de economía procesal, y entendiendo que los fallos de la Corte Suprema revisten valor jurídico vinculante (excepto en los casos en los cuales aparezcan motivos que justifiquen apartarse de la directriz jurisprudencial), había sido adoptado con posterioridad por nuestro Tribunal Címero, habiéndose pronunciado durante cuatro años por la inconstitucionalidad de la normativa.

Ahora bien, en el año 2006, el Trib. Sup. Just. vuelve analizar el tema en la causa "Romero" y declara la constitucionalidad del art. 58 y las leyes reglamentarias cuando la vivienda reúna los requisitos del art. 34 de la ley 14394 (29). En dicha oportunidad se pretendió enfatizar que la vivienda única no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales. Argumentó que si bien el fallo de la Corte giró en torno a la competencia del Congreso de la Nación, ya que es el órgano al que se le han delegado las facultades de dictar normas de derecho común, la norma que surge de la Constitución provincial que estatuye que la vivienda única es inembargable en las condiciones que fija la ley, no resulta contraria con las normas federales, que también establecen la defensa del bien de familia (CN, art. 14 bis), ya que tal carácter (la inembargabilidad) es sin duda una medida de protección. "Que la Constitución local haya explicitado la medida de protección no implica contradecir las normas constitucionales que tengan un mayor espectro, en tanto ellas no detallan cuáles son los medios de protección y hayan dejado librada esa cuestión a las leyes comunes".

Sin embargo, la Corte Sup. en la misma causa, reitera la inconstitucionalidad de dicha normativa por carecer la resolución del Máximo Tribunal cordobés de fundamentos suficientes, en tanto no aporta nuevos elementos relevantes que permitan apartarse de los argumentos dados por la Corte Sup. en la causa "Banco del Suquía" (30). Es por ello que el Trib. Sup. Just., si bien por mayoría, sostiene la constitucionalidad de las normativas provinciales, y sin perjuicio de dejar a salvo la postura del Alto Cuerpo, por razones de economía procesal, aceptan los fundamentos y solución que se exponen en los casos "Banco del Suquía" y "Romero" citados precedentemente (31).

Estos cambios de criterio de nuestro Máximo Tribunal provincial ha dado lugar a diversos pronunciamientos en capital e interior sobre el tema (algunos mantienen el criterio de la Corte Sup. y otros se adhieren al del Trib. Sup. Just.).

No obstante las resoluciones encontradas sobre el tema y estando vigente en nuestra provincia la ley 8067, con las modificaciones introducidas por la ley 8998, ella puede resultar aplicable (indispensable para expedirse por la constitucionalidad), por lo que las analizaremos.

El art. 1 de la ley 8067 se remite a los requisitos establecidos por la ley nacional 14.394 y la ley provincial 6074, pero debemos recalcar la diferencia fundamental de esta protección con el del bien de familia y que radica que en este último caso resulta vital a los fines de la exención del embargo la fecha de la inscripción registral de la constitución.

Entre los requisitos debemos señalar:

- 1) que se trate de un inmueble urbano cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su

familia (art. 34, ley nacional), entendiéndose por tal cuando existe relación entre la capacidad habitacional de éste y el grupo familiar (art. 3, ley provincial), cuestión que se encontraría derogada con la nueva reglamentación del CCiv.yCom. en materia de vivienda;

2) que el mismo contenga una vivienda, esto es, "...alguna construcción, por precaria que sea, apta para cumplir una función de albergue" (32);

3) la vivienda debe ser única, o sea, la inembargabilidad es exclusiva para el único inmueble,

4) que el dueño o algunas de las personas indicadas como familia (art. 36, ley nacional) habiten el inmueble, ya que la protección no se brinda al inmueble sino a la vivienda única (art. 41, ley 14394); este tema también debería revisarse en función de la nueva normativa en el tema, donde ya no se exige la existencia de familia para proteger la vivienda;

5) respecto de los créditos afectados, son todos aquellos contraídos por el propietario con posterioridad a la vigencia de la ley 8067, no comprendidos en el art. 3 (impuestos, tasas, contribuciones de mejoras y tarifas por servicios públicos, construcciones o refacciones sobre el mismo inmueble, saldo del precio de compra y las expensas comunes —este artículo contenía las deudas hipotecarias eliminadas como excepción por la ley 8998—), en las que no mediara la renuncia del art. 4.

Estas excepciones son similares a las establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial, difiriendo en algunos supuestos que ya hemos analizado anteriormente.

Muchos tribunales, a los fines de poder establecer la aplicabilidad de esta normativa, y previo a la designación del martillero, solicitan una constatación del inmueble a los fines de corroborar el valor del inmueble, quiénes lo habitan, etc. Los mayores inconvenientes de interpretación se han suscitado con relación a quién habita el inmueble o en qué carácter lo hace; v.gr., si el inmueble es un terreno baldío o se encuentra desocupado, prestado a terceros u ocupado por personas ajenas al núcleo familiar que protege la ley, se puede embargar y ejecutar; lo mismo si se encuentra alquilado (sobre el punto, algunos jueces opinan que queda a salvo el deudor que pruebe que es su única vivienda y que alquila su inmueble y con el producido alquila otro inmueble de menor valor para vivir). En el mismo sentido (y si bien con relación a la aplicación de las normativas de emergencia - ley 9136) se ha entendido que no corresponde suspender la ejecución si el deudor vendió por boleto el inmueble aunque lo siga habitando, ya que la venta trunca la finalidad tenida por la ley (33).

Respecto de la oportunidad hasta la cual se puede plantear la inembargabilidad de la vivienda única, de conformidad a lo que disponía en el art. 5 de la ley 8067, el pedido de levantamiento de embargo podía formularse en cualquier estado del proceso. Vigente dicha norma, y según la doctrina e interpretación sustentada por el Alto Cuerpo en "Molina de Labra" (34), el límite infranqueable está dado por la consumación de los fines que son propios del embargo, esto es, la venta del bien embargado para atender con su producido al crédito tutelado.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, interpretando la norma receptada en el art. 220 del CPCN, en tanto dispone que el embargo indebidamente trabado sobre un bien inembargable "...podrá ser levantado... aunque la resolución que lo decretó se hallare consentida", ha sostenido que "Teniendo la inembargabilidad carácter de orden público puede ser invocada en cualquier estado del juicio, pero siempre antes de la subasta" (35). Asimismo, también se ha sostenido que "No debe confundirse el principio de humanización del proceso que inspira la institución del desembargo con un medio para evitar el cumplimiento puntual de las obligaciones del deudor, máxime cuando su patrimonio —de acuerdo con los artículos 505, 955, 961, 1196, 3474, 3797, 3922 y concs. del Código Civil— constituye la prenda común de los acreedores" (36).

En definitiva, consideramos que, dado que la inembargabilidad tiene carácter de orden público, ella puede ser invocada en cualquier estado del juicio, pero debería ser siempre antes de la subasta, con lo cual lo razonable sería hasta que el decreto de subasta quede firme. En este punto consideramos que no debe modificarse esta doctrina con el nuevo enfoque de la protección de la vivienda del CCiv.yCom.

En un segundo bloque de normas, tenemos aquellas leyes que suspenden temporariamente las ejecuciones que tengan por objeto la vivienda única del deudor, en el marco de la emergencia pública provincial. O sea que no la declaran inembargable a la vivienda, sino que suspenden las ejecuciones de dichos bienes por un tiempo determinado, es por ello que se plantean en la etapa de ejecución de sentencia.

Este tipo de suspensiones datan desde el año 2002, si tenemos en consideración la ley 9056, que agregaba transitoriamente el art. 567 bis y desde allí se han ido sucediendo la ley 9136, sancionada el 16/12/2003, que suspendía las ejecuciones hasta el día 31 de marzo de 2004, y siendo prorrogada por las leyes 9154, 9186, 9242, 9272, 9358 y 9455, 9502 y por último la ley 9724. En este contexto, desde diciembre de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2010 la suspensión de este tipo de ejecuciones se ha transformado prácticamente en una regla y no en una excepción temporaria (37).

Estas leyes, por regla general, han dejado a salvo de la suspensión (o sea que podían ejecutarse los inmuebles) en los casos de los créditos de naturaleza alimentaria (v.gr., honorarios), los créditos derivados de la responsabilidad civil por la comisión de ilícitos penales y los créditos laborales.

Sin embargo, la última ley en este sentido, que lleva el nro. 9724, sancionada el 14/1/2010, deroga la ley 9358 y modifica lo normado con respecto a las excepciones, señalando sólo dos: a) las que tengan por origen una obligación de naturaleza alimentaria y b) las que surjan de obligaciones de dar sumas de dinero otorgadas para adquirir la misma vivienda que se pretende subastar, introduciendo una importante modificación en tal sentido, ya que serían ejecutables todos los mutuos contraídos a los fines de adquirir la vivienda (con las excepciones marcadas por la ley 9322 y la ley 26167).

Otra cuestión que introduce esta última ley es que la suspensión rige mientras se encuentre vigente la emergencia nacional declarada por la ley 25563 —hoy ampliada hasta diciembre del año 2011— o, en su caso, por la provincia de Córdoba —que únicamente tiene declarada la emergencia previsional— Resta analizar la ley 9322 (27/10/2006), la que ha sido declarada inconstitucional (38), y que se refiere, en general, a la suspensión de las ejecuciones o desalojos en contra de inmuebles que constituyan vivienda única del deudor y su familia, pero, a diferencia de lo dispuesto en las leyes nacionales (sólo cuando el origen son mutuos elegibles en el marco de la ley 25798 y sus modificaciones), se aplica a todos los casos, sea cual fuere el origen de la obligación, siempre que se trate de deudas originariamente en dólares y posteriormente pesificadas por aplicación de la ley 25561, pero sin establecer un límite temporario (v.gr., la ley 25798 establece las fechas de los créditos a los cuales accede el beneficio), sino que queda supeditada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley referenciada.

Analizando dicha normativa, podemos subrayar que el art. 3 establece una serie de obligaciones a cargo del acreedor, entre las que se incluye la obligación de incorporar a los deudores al sistema de refinanciación hipotecaria establecida en las leyes nacionales, siempre que el deudor y el crédito en ejecución reúnan los requisitos establecidos por dichas normas; pero olvidándose de que el art. 6 de la ley 25798 lo establece sólo como una opción a favor del acreedor y no como una obligación de éste o una facultad del deudor. A su vez, el art. 4 de la misma ley establece como obligación del deudor la de depositar el valor de la cuota en pesos, mientras no supere el veinte por ciento de sus ingresos mensuales. El art. 6, por su parte, establece el procedimiento que debe aplicarse (el que se extiende para los supuestos de la ley 9724 de conformidad al art. 4 de dicha ley) y que parte de una mediación obligatoria y en caso de fracaso, a la designación de oficio por parte del juez de una audiencia del art. 58 del CPCC, estableciendo por último cuáles son las condiciones que deben existir para que el proceso de ejecución pueda ser reanudado (ver art. 10 en Anexo Legislativo), pudiendo citar entre sus causas que el deudor no haya formalizado el depósito de las cuotas o no haya concurrido a la mediación obligatoria, etc. Por último, dicha ley establece que, para el caso de que sea levantada la suspensión, se corra una vista al Ministerio Público Fiscal a los fines de que se expida de conformidad a lo dispuesto por el art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor sobre cuestiones atinentes al crédito y sus intereses, establecidos en el mutuo o ya reconocidos en sentencia, lo que resulta a todas luces improcedente, ya que no sólo se violaría la cosa juzgada —aunque sea formal—, sino que se permitiría entrar a discutir la causa de la obligación, lo que se encuentra totalmente vedado en el juicio ejecutivo y con mayor razón en la etapa de ejecución de sentencia (39).

Entre los argumentos dirimientes para tachar de inconstitucional esta normativa, se ha expresado que, de admitirse que las provincias legislaran sobre la inembargabilidad y/o ejecutabilidad de la vivienda única, avanzando sobre la competencia excluyente (aunque delegada) del Congreso de la Nación para regular las relaciones entre acreedores y deudores, se produciría un escándalo jurídico, violatorio del principio de igualdad ante la ley (40) "...por cuanto otorga a los propietarios de vivienda única que viven en el territorio de esta provincia un privilegio con respecto a los que viven fuera de él, ya que el bien resulta inejecutable por imperio de la ley y por el plazo que ella establece, y violenta asimismo la igualdad de los acreedores, encontrándose en mejores condiciones los que residiendo fuera de la provincia, en otro punto del país, pueden ejecutar un bien inmueble de su deudor, aunque se trate de vivienda única". En el mismo pronunciamiento, en refuerzo de la descalificación de todo la normativa provincial que suspende las ejecuciones de la vivienda única, incluida la ley 9322, destaca también la doctrina judicial que "...las suspensiones sucesivas de las ejecuciones exceden el marco de razonabilidad que debe impregnar toda normativa de excepción, ya que se torna excesivamente prolongada la medida suspensiva alternado el contenido esencial del derecho del acreedor (cuatro años desde el dictado de la ley 9136 y cinco si se tiene en consideración la ley 9056 que agregaba transitoriamente el art. 567 bis al CPC)...", poniendo así de resalto que con las sucesivas prórrogas se había instaurado un sistema que, lejos de ser transitorio, ha implicaría, en los hechos, sustraer del comercio el bien asiento de la garantía al eternizar el estado de emergencia, violando gravemente el derecho de propiedad de los acreedores (41).

La ley nacional 26167 se refiere a la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, de deudas en dólares pesificadas que tengan por objeto la vivienda única del deudor; la cual también pone en cabeza del juzgador diferentes instancias de conciliación a los fines de evitar la ejecución misma. Esta legislación, a diferencia de lo que ha ocurrido con la normativa provincial de emergencia, ha sido declarada constitucional por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (42).

Por último, debemos subrayar que en materia laboral, si el ejecutado es el trabajador, no puede afectarse su vivienda al pago de las costas (art. 20, LCT). Ahora bien, la pregunta que cabe formularse en este supuesto es si se extiende dicha exención al pago del juicio en que resulta condenado el trabajador (por ejemplo, en una acción

de daño moral iniciado por el empleador en contra del trabajador por injurias), en cuyo caso se ha considerado que la exención no sería procedente, en virtud de la normativa laboral, debiendo en todo caso, de darse las condiciones, invocar la ley de inembargabilidad de la vivienda única (43).

IV. Otras medidas cautelares previstas

Además de las normas generales en materia de cautelares regulando la garantía común de los acreedores, el Código establece otras medidas cautelares en forma particular. Entre ellas podemos mencionar:

a) Al entablarse la acción directa, la notificación de la demanda importa el embargo del crédito del accionante (art. 738, CCiv.yCom.).

b) Se faculta pedir el secuestro del bien dado en leasing en caso de mora y a demandar por vía ejecutiva (art. 1249, CCiv.yCom.).

c) Los árbitros pueden ordenarlas, exigiendo y calificando cauciones pero deben ser ejecutadas por el juez, sin perjuicio de la facultad de las partes de pedir las directamente al juez, sin que esto implique violar el compromiso (art. 1655, CCiv.yCom.).

d) Establece la forma de realizarse las medidas precautorias cuando se trata de títulos valores (art. 1822, CCiv.yCom.), de conformidad a si son al portador, a la orden, nominativos endosables o no, no cartulares, etcétera.

Asimismo, tenemos las medidas cautelares previstas en procesos particulares y que, dada la extensión de ellas, exceden el presente trabajo, sin perjuicio de que podamos tratarlos en otro artículo y entre los que podemos mencionar las dispuestas en los procesos de familia, en las declaraciones de restricción a la capacidad, en los procesos sucesorios y las previstas en el derecho internacional privado, entre otras.

V. Conclusión

Tras este breve repaso de algunas de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación con fuerte impacto procesal en materia de medidas cautelares, no podemos más que decir que la entrada en vigencia de él nos pone ante un gran desafío a todos los operadores judiciales, sin perder de vista que la "razonabilidad" y el "sentido común" deben ser nuestro gran norte para ofrecer a la sociedad soluciones justas, adecuadas, eficientes y prontas.

(1) Podetti, Ramiro, "Tratado de las medidas cautelares", 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, p. 33.

(2) C. Civ. Com. y Trab. Cruz del Eje, "Gómez, Miguel Ángel v. Municipalidad de Cosquín - Laboral", AI nro. 99, del 24/5/2000, inédito.

(3) Para ampliar el tema, ver Zalazar, Claudia E., "Derecho procesal civil y comercial, aspectos prácticos I, Medidas cautelares", Ed. Alveroni, Córdoba, 2010.

(4) "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado", p. 826.

(5) C. Civ. y Com. Córdoba, 7ª, "Meroli Hogar S.R.L v. Alamda, Lorena B.", 27/10/2008, Actualidad Jurídica de Córdoba, nro. 167, p. 968.

(6) De Lázzari, Eduardo N., "Medidas cautelares", t. 1, 2ª ed., p. 388.

(7) Zavala de Gonzáles, Matilde, "Solución de casos", t. 1, p. 302.

(8) C. Nac. Trab., sala 4ª, 25/10/2005, "Benítez, Juan v. El Triunfo Frutería S.R.L", LL Online.

(9) Sup. Corte Bs. As., Ac. 73622, citado por Sup. Trib. Just. Chubut, "D. G., D. R. y otro v. P., M. V. y otros", 26/8/2008, LL Patagonia 2008 (octubre), p. 449.

(10) C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, el Dial -AA49DE.

(11) Pizarro, Ramón D., "Daño moral", 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 317.

(12) Rivera, Julio César y Medina, Graciela, "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, comentario del art. 744.

(13) Para ampliar este tema, ver Zalazar, Claudia E., "Derecho procesal...", cit., ps. 125 y ss.

(14) C. Nac. Com., sala E, 12/11/2008, "Adamo, Adriana C. v. Fernández, Jorge E. s/ejecutivo", sentencia nro. 59273/04, Semanario Jurídico, nro. 1699, p. 392.

(15) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., "Malvicino S.A v. José Antonio Alonso - Ejecutivo - Recurso de casación", auto nro. 234, 3/9/2003, Semanario Jurídico, nro. 1433, p. 602.

(16) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com. Córdoba, "Tercería de mejor derecho de Sandro de Juan Rosa Savina en autos: Alberione, Luis A. J. v. Sandra, E. - Ejecutivo particular - Ejecutivo - Recurso de casación", auto nro. 205, del 26/9/2005, Semanario Jurídico, nro. 1531, p. 599.

(17) En este sentido se ha expedido el Alto Cuerpo en "Incidente de levantamiento de embargo en cuerpo de copias en cuerpo de ejecución en autos: Banco de Córdoba v. Acersider S.A.", AI nro. 249 del 26/9/2001 y C. Civ. y Com. Córdoba, 1ª, "Banco Francés del Río de La Plata v. Ricardo Nicolás Sabbadin - Ejecutivo - Recurso directo", AI 16 del 21/2/2002, Actualidad Jurídica, nro. 3, p. 139. Criterio reiterado en "Yunes, René F. v. Barema, José H. y otro - Ejecutivo - Recurso de casación", AI nro. 25 del 22/2/2008, Actualidad Jurídica, nro. 148, p. 9718.

(18) C. Civ. y Com. Córdoba, 6ª, "Banco del Suquía S.A v. AJ y A. Daniele Construcciones S.A y otro - Embargo preventivo", AI nro. 567, del 7/11/2002, Semanario Jurídico 86-2002, p. 667.

(19) C. Civ. y Com. Córdoba, 6ª, "Banco Biseal S.A v. Layús, Edmundo M. y otros - PVE - Otros títulos", AI nro. 231, del 6/6/2005, Semanario Jurídico, 92-2005-B, p. 127.

(20) C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, "Ediciones Cosmos S.C v. Carlos Aquiles Olmosy ot. - Emb. prev", auto interlocutorio nro. 702, del 31/10/2003, Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Procesal, año IV, nro. 7, año 2004, p. 147, sum. 9.

(21) C. Civ. y Com. Córdoba, 6ª, "Barrera, José Luis v. Luis César Reyes - Ejecutivo", AI nro. 464, del 10/12/2003, Diario Jurídico de Córdoba, nro. 417, del 9/2/2004.

(22) Corte Sup., 11/6/2003, A 2192 XXXVIII, "Abujall, José O. y Feu, Mario G. v. García, Erika R. y otros - juicio ejecutivo, expte 5185/97 s/inc. desafectación bien de familia", Semanario Jurídico, nro. 1421, p. 209.

(23) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., "Banco Feigin S.A v. Héctor Manuel Cela - Ejecutivo", auto nro. 207, del 18/10/2006, Diario Jurídico de Córdoba, nro. 1094, del 5/12/2006.

(24) Reglamento del Registro de la Propiedad, título II, "Reglamento del bien de familia", art. 11.1.

(25) Bueres, Alberto, cit., t. I, p. 383.

(26) Rivera, Julio César y Medina, Graciela, "Nuevo Código...", cit., comentario del art. 456.

(27) Rivera ver

(28) Trib. Sup. Just. Córdoba, "Banco del Suquía S.A v. Juan Carlos Tomassini - PVE - Ejecutivo - Apelación - nro. 1267, p. 581, con nota a fallo de Medina, Graciela, "Perplejidad nacional por inejecutabilidad de la vivienda única en Córdoba".

(29) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Electoral, "Romero, Carlos E. v. Andrés F. Lema - Desalojo - Recurso de casación e inconstitucionalidad", auto nro. 108, del 4/7/2006, Semanario Jurídico, nro. 1573 p. 12; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., "Ahumada, Justo J. E. v. Miguel S. Hueste y otro - Ejecutivo - Recurso de casación", auto nro. 371, del 4/12/2007, Diario Jurídico de Córdoba, nro. 1340, del 4/2/2008.

(30) Corte Sup., "Ramos, Carlos v. Andrés F. Lema s/desalojo", R 756 LXLIII, del 23/6/2008, inédito.

(31) Trib. Sup. Just., en pleno, "Chincheró, Mario y otro v. Figueroa, José A.", AI nro. 368, del 26/10/2009, Actualidad de Jurídica General, nro. 178, p. 2094; Trib. Sup. Just., en pleno, AI nro. 489, del 15/12/2009, "Rodríguez, Ernesto F. v. Mansilla, Silvia A. y otros - desalojo - Falta de pago - Recurso de inconstitucionalidad (expte R-01/04)"; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., "Nieva, Irma G v. Puymalié, Raúl A. - Ordinario - Recurso de casación", auto N1 473, del 10/12/2009, Diario Jurídico, nro. 1806, del 23/2/2010.

(32) Vénica, Oscar H., "Inembargabilidad de la vivienda única", Ed. Lerner, Córdoba, 1992, p. 32.

(33) C. Civ. y Com. Córdoba, 6ª, "Vercellone, Atilio v. Palacios, Héctor H. y otro - Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés", auto nro. 441, del 11/11/2005, Diario Jurídico de Córdoba, nro. 840, del 2/11/2005.

(34) Trib. Sup. Just. Córdoba, "Molina de Labra, María G. y otra v. Ayde Julia Ludueña - Desalojo (falta de pago) - Recurso directo", auto interlocutorio nro. 95, del 28/5/2001, Semanario Jurídico, nro. 1348, p. 17.

(35) Novellino, "Embargo y desembargo y demás cautelares", 4ª ed., p. 228.

(36) Novellino, "Embargo...", cit., p. 226.

(37) Junyent Bas, Francisco y Flores, Fernando, "El mundo jurídico al revés: la suspensión de ejecuciones

de viviendas únicas como situación normal (leyes 9322 y 9358)", *Semanario Jurídico*, nro. 1598, p. 317; Junyent Bas, Francisco y del Cerro, Candelaria, "La llamada 'suspensión' de ejecuciones a propósito de las leyes 9136, 9154, 9186, 9242, 9272 y 9358", *Semanario Jurídico*, nro. 1624, p. 325.

(38) C. Civ. y Com. Córdoba, 3ª, "Banco Roela S.A v. Córdoba, Norma G. y otra - Ejecución hipotecaria", sent. nro. 56, del 31/5/2007, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, nro. 128, p. 8441.

(39) C. Civ. y Com. Córdoba, 5ª, "Banco Río de la Plata S.A v. Mairone, Carlos W. y otro - Ejecución hipotecaria", 15/6/2007, inédito.

(40) C. Civ. y Com. Córdoba, 1ª, "Banco del Suquía S.A v. Airut. Norberto R. y Airut, María E. Marocco de —Soc. de Hecho— y otros - Títulos ejecutivos", auto nro. 222, 20/5/2005, *Diario Jurídico*, nro. 733, del 2/6/2005; C. Civ. y Com. Córdoba, 5ª, "Messio, Héctor R. v. Cevallo, Irma A. - Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagaré", auto nro. 231, 27/6/2005, *Semanario Jurídico*, nro. 1520, p. 213.

(41) C. Civ. y Com. Córdoba, 2ª, en autos "Banco Hipotecario S.A v. Bustos, Jorge O. - Ejecución hipotecaria - Recurso de apelación", auto nro. 224, del 4/5/2007, *Diario Jurídico*, nro. 1187, del 22/5/2007.

(42) Corte Sup., "Rinaldi, Francisco A. y otro v. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra s/ejecución hipotecaria", fallo del 15/3/2006). De acuerdo con las ideas que inspiran a esta conclusión —desarrollada luego más ampliamente en autos "Longobardi" y "Fecred"—, la legalidad de la normativa de emergencia opugnada está asentada en la posibilidad que acuerda a los acreedores y deudores de buscar el reajuste equitativo de sus prestaciones, a cuyo fin las normas y sus reglamentaciones contemplan distintas pautas y recursos técnicos para los diversos grupo de relaciones para los cuales el legislador quiso arbitrar mecanismos de readecuación diferenciados, y a los que el Alto Tribunal ha considerado suficientes, razonables e idóneos a esos fines.

(43) Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Lab., "Meynet, Carlos R. y otro v. Maca S.R.L - Demanda - Recurso de casación", *Actualidad Jurídica*, nro. 81, p. 5983.