

La Crisis de los Privilegios Especiales sobre inmuebles. Publicidad Registral y oponibilidad

Lidia M Rosa Garrido Cordobera

1. Palabras preliminares

Es para mi particularmente doloroso escribir en este homenaje postumummo mas que merecido al Dr Luis Orlando Andorno, lo es por sus cualidades humanas, su presencia y la de su familia acompaño mi niñez en el Chaco, la amistad, la estima y el respeto con mi padre continuo hasta su muerte en 1985 y brindo muchos frutos desde ese 1er comentario a la 17711 que Zavalia les publicara en 1968, fueron infatigables luchadores del derecho y la enseñanza , y esa amistad se conservo con mi madre y también conmigo, pese a la diferencia generacional que teniamos yo sabia que podíamos hablar lisa y llanamente, el vacío que su ausencia física deja es enorme y si yo tuviese que además que referente a sus aportes diria que toda una generación lo tuvo como referente sobre todo en su Rosario pero también mas alla. Se te extraña Lusito.

2. Introducción al Tema

Hace ya muchos años abordamos esta problematica de la publicidad registral de los privilegios decidiendo adoptar en ese momento el método de comparar nuestro sistema, que carece como regla de publicidad registral para los privilegios (excepto la situación de privilegio hipotecario), con el sistema del derecho francés que si lo preceptúa a fin de sostener lo que denominamos “nuestra posición”, por supuesto sin pretender agotar el tratamiento de un tema tan amplio y discutido como es el de los privilegios. En ese trabajo publicado en 1986 sosteníamos en síntesis 3 ideas base: 1) una ley única de privilegios; 2) la registración de los privilegios especiales sobre inmuebles en un registro; y 3) lograr que sean oponibles al concurso o quiebra una vez que estén registrados (Garrido Cordobera. Lidia M R, *Privilegios especiales sobre inmuebles - publicidad registral*)

Adherimos en ese momento y seguimos haciendolo a la posición que reclama una ley única de privilegios, la cual, deberia ser una ley en la que confluyan todos los tipos de privilegios a fin intentar poner punto final a muchos problemas que se suscitan, pues al cotejar los otorgados por distintas leyes con la Ley de Concursos se descubre que alli mueren por ejemplo la mayoría de los privilegios otorgados por elCodigo Civil, lo que desbarata los derechos al cobro con preferencia reconocidos por la

legislación civil y además consideramos que un registro de privilegios nos permitiría conocer la situación exacta patrimonial de un bien o de una persona y además nos daría para los privilegios la oponibilidad a terceros.

Si bien la doctrina tiende a minimizar la importancia de los privilegios sobre inmuebles ya que interesarían cuando se da la insolvencia del deudor, no puede afirmarse que siempre esta situación patrimonial desemboque en la aplicación de la quiebra o del concurso, por ello, según nuestra opinión, conserva interés estudiar los privilegios sobre inmuebles, porque realizada la subasta sin que exista declaración de quiebra o concurso, siempre es posible la concurrencia de dos o más acreedores que pretendan la percepción de sus créditos sobre el valor obtenido y no es posible en el juicio la omisión del juez de indicar a quién corresponde la percepción del crédito en primer término.

Creemos que tiene relevancia la inscripción registral de privilegios para su oponibilidad a terceros (art. 2505 y 16 del Código Civil y que se podría armonizar la sanción de una ley que establezca la publicidad y registración de los privilegios para ser de aplicación el sistema de la ley 17.801 en sus arts 2inc c) y 30, inc. b, última parte con ello aparte de favorecer a la seguridad jurídica fortaleceríamos el derecho de persecución del cual deben estar provistos, y no lo están en el actual sistema del Código, si a la registrabilidad además le establecemos un plazo de caducidad, tendremos un sistema similar al francés, pero podríamos ir aún más lejos y establecer la oponibilidad al concurso.

3. Régimen de los privilegios especiales sobre inmuebles en el derecho argentino.

El Código Civil al tratar la concurrencia de los derechos personales y reales contra los bienes del deudor común define a los privilegios en el art. 3875, como el derecho dado por la ley a un acreedor a ser pagado con preferencia a otro, de su lectura se desprende que la situación se plantea en definitiva entre un derecho de un acreedor con respecto a otro, cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente. Ese derecho a ser pagado con preferencia nace de la ley y los fundamentos de los distintos privilegios varían; hay distintas justificaciones que marcan su nacimiento y cabe puntualizar que no recaen directamente sobre los bienes afectados sino sobre el producto dinerario que se logra de su enajenación.

Encontraremos privilegios generales o especiales según que su asiento sea todo el patrimonio del deudor o algún bien determinado, y privilegios sobre muebles e inmuebles, sobre muebles o solamente

sobre inmuebles. Para limitarnos a la temática a tratar, pasaremos por alto ciertos puntos muy interesantes sobre los privilegios como teoría general y nos ceñimos a los privilegios especiales sobre inmuebles.

Nuestro codificador los sitúa en el Libro IV, Sección II, Preferencia de los créditos, Capítulos IV, Del privilegio sobre los inmuebles y siempre es conveniente recordar que no debemos confundirlos con los derechos reales de garantía. Los privilegios especiales sobre inmuebles que se hallan en el Código Civil son: 1) el del vendedor de inmueble por el precio que le es debido; 2) el del prestamista de dinero para la adquisición del inmueble por la devolución del préstamo; 3) el de los copartícipes sobre los bienes antes indivisos; 4) el del donante sobre el inmueble donado; 5) el de arquitectos, empresarios y obreros de la construcción sobre el inmueble edificado; 6) el del prestamista de dinero para el pago de los anteriores; 7) el del suministrador de materiales para la construcción o reparación de un edificio; 8) el del acreedor hipotecario.

a) Situaciones regladas. Enunciación de los privilegios.

1) Privilegios del vendedor de inmuebles: Se justifica su existencia pues si alguien introdujera un bien en el patrimonio del comprador y otro se cobrara sobre el mismo, se estaría enriqueciendo a su costa, ya que es el titular de este privilegio quien aportó un bien al patrimonio del deudor sobre el cual podrán también cobrarse otros acreedores, si hay remanente.

El art. 3924 del Código Civil establece claramente quién es el titular del privilegio: es el vendedor de un inmueble no pagado, pero éste abarca también, por interpretación, al condominio, al permutante, al tercero beneficiario de un cargo en dinero impuesto al adquirente ,etc. . En la doctrina nacional se discute la posibilidad de funcionar en el caso de la constitución de una servidumbre real por su precio impago, tanto Cazeaux y Trigo Represas como Llambías están por negativa, argumentando Llambías que “no hay posibilidad de hacer funcionar un privilegio sólo sobre la servidumbre enajenada por falta de asiento, puesto que la servidumbre no tiene vida independiente del inmueble afectado por ella. Tampoco hay posibilidad lógica de hacer recaer el privilegio sobre el mismo inmueble, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio” (Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, t. I, pág. 784, nota 336).

Cazeaux y Trigo Represas expresan que para que exista un privilegio la cosa a que se refiere debe poder ser vendida en una suma de dinero y que la servidumbre no puede ser vendida o subastada independiente; sin embargo, transcribe los argumentos que se dan, en

la doctrina francesa, para aceptar la procedencia del privilegio también sobre servidumbres reales (Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, t. II, vol. 2, pág. 707).

Veamos que crédito ampara, el mismo artículo aclara que es el precio debido al vendedor, o sea, una suma de dinero, abarcando tanto una cantidad única como la dividida en cuotas, también si el precio se estableció a favor del vendedor o de un tercero y no hay dudas, según nuestra opinión, en el caso de pago por pagarés.

El precio protegido es el que figura en la escritura pública de venta, no el convenido en un mero boleto de compraventa ni el acordado en un documento desconocido para los terceros (contra-documento), abarca, además, los intereses vencidos de un año y las cargas y prestaciones impuestas al adquirente. Sobre esto último tanto Cazeaux y Trigo Represas como Llambias opinan que deben tener por objeto sumas de dinero. No abarca, por disposición expresa, la indemnización de daños y perjuicios aunque haya sido pactada en una cláusula del contrato.

Recae sobre el inmueble vendido. El artículo, empero dispone una limitación, esto es, que debe hallarse en poder del deudor, pues si pasara a poder de un tercero no podría perseguirlo; sin embargo podría hacerlo si el precio le fuera debido al comprador originario por el segundo comprador.

El privilegio recae sobre todo el inmueble y en cuanto a las construcciones y mejoras, Cordeiro Álvarez rechaza que el privilegio también las comprenda, pero esto no es unánime en la doctrina y si se vendieron varios inmuebles, cada uno está afectado por la totalidad. el vendedor se cobra sobre lo que produzca la venta del inmueble. Ya dijimos que el privilegio decae si sale del patrimonio del deudor.

Hay otros dos artículos del Código Civil también relacionado con este tema. Consideramos que el art. 3923 nada tiene que hacer en realidad en este capítulo (autoriza una reivindicación a favor del vendedor que no se ha desprendido del dominio), Cazeaux y Trigo Represas consideran que se trata de una acción asimilable a la reivindicatoria, con iguales efectos pero que no se confunde con ella y en el art. 3924 no hay cese de privilegios, pues el pago hecho por los administradores de los bienes concursados implica subrogación en los derechos de los acreedores.

2) Privilegio del prestamista de dinero para la adquisición de un inmueble: Este privilegio está contemplado en el art. 3927 del Código Civil, y sería un caso de subrogación, más propiamente legal, su titular

es aquel que ha facilitado el dinero, en la escritura debe constar que el precio fue pagado con dinero prestado.

Garantiza el crédito del prestamista con los accesorios e intereses, pero si es préstamo fuese mayor a la deuda del precio, el excedente no goza de privilegio. Cabe señalar que los intereses se pagan por el plazo de un año.

Se discute si quien facilitó fondos con posterioridad a la adquisición del inmueble, aunque sea para pagar la deuda, goza de este privilegio, pero la mayoría de la doctrina niega que le corresponda se expresan en contra de esta postura Salvat, Borda y Molinario, si el mutuo consta en escritura pública.

Recae sobre el inmueble comprado con el dinero prestado o bien el precio de venta adeudado en el caso de reventa (subrogación real) pero sí se enajena a un tercero no podría perseguirlo y cobrarse la deuda sobre el bien.

3) Privilegio de los copartícipes : Este privilegio está reglado en el art. 3928 del Código Civil y ampara al copartícipe en el caso de que sea despojado en todo en parte del lote que se le adjudicó, creándole un crédito contra los demás copartícipes con privilegio sobre los bienes divididos, también menciona el precio de la licitación, pero como la ley 17.711 eliminó este medio como modo de dividir bienes, sólo puede funcionar por el acuerdo de los copartícipes.

Tiene su fundamento en el principio de igualdad que debe reinar ente las cuotas de los copartícipes de una comunidad de bienes, por lo tanto serían los cónyuges, los socios, los condóminos, los coherederos, los coposeedores y garantiza los créditos que nacen de una partición, no interesa si se hace judicial o extrajudicialmente, o si es parcial o total y también abarca el supuesto de la partición por testamento.

Dentro de la garantía de la participación está comprendido el crédito del copartícipe que ha recibido menos contra el que ha recibido más; hasta igualar los lotes, el privilegio existe también en el caso de venta o cesión de derechos de un copartícipe a otro.

La ley habla de “ los bienes ante indivisos”, siempre y cuando continúen dentro del patrimonio de los respectivos adjudicatarios y sobre ellos recae este privilegio.

Frente a una turbación de derecho esta debe ser anterior o contemporánea a la división en cuanto a la causa que la motiva y el privilegio recae sobre los bienes adjudicados a los demás copartícipes.

Si nos hallamos frente a una licitación convencional y se adeuda un precio por esa adjudicación el privilegio recae sobre el bien adjudicado al licitante y si se trata de deudas para igualar el valor de los lotes, al igual que en el primer caso, el privilegio alcanza a todos los bienes antes indivisos que estén en poder de los copartícipes.

Expresan Cazeaux y Trigo represas que en el caso de que el crédito se haya originado en una venta, cesión o igualación de lotes, el privilegio recaerá sobre el lote adjudicado al copartícipe deudor, ya que éstos son los únicos bienes que se han dado motivo a la relación crédito ría (Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho...* cit., págs. 726 y 727).

Tenemos también resuelto el problema de la insolvencia de uno de los copartícipes cuando se pretende hacer efectivo el privilegio, en ese caso su parte se prorratea entre los restantes (art. 3929, Cód. Civil).

4) Privilegio del donante: Este privilegio está receptado en el art. 3930 del Código Civil y el inmueble donado responde por las cargas pecuniarias u otras prestaciones líquidas que se le hayan impuesto al donatario en el acto que comprueba la donación.

Vélez Sarsfield explica en la nota al citado artículo, el orden de sus ideas para conceder este privilegio y conviene recordarla. La donación no conservaría su carácter propio en este caso y sería un contrato a título oneroso similar a una venta, se le concedería el privilegio hasta la concurrencia de las cargas. Reproduce la opinión de Troplong y Grenier, quienes manifiestan que si el donante tiene un derecho más enérgico, que es la acción de revocación, no hay porque negarle un privilegio por las cargas.

El titular del privilegio es el donante de un inmueble, acreedor del cargo impuesto al donatario. Lo anterior es claro, pero surge la duda en cuanto a si el tercero beneficiario de los cargos es también titular del privilegio; al respecto la doctrina no es uniforme en reconocérselo, lo hacen Cordeiro Álvarez, Lafaille, Salvat y Borda entre otros, pero se lo niegan, por ej., Llerena, Cazeaux y Trigo Represas, y Llambías.

Llambías sostiene su posición en que la ley sólo acuerda el privilegio al donante y sólo él goza de preferencia, la interpretación debe ser estricta, no encuentra razón o fundamento que autorice un privilegio a favor del tercero y descarta rotundamente que pueda tratar de asimilarse esta situación a la prescripta por el art. 3925 del Código Civil (Llambías, *Tratado...* cit., pág. 809, nota 386). De manera similar a la anterior se expresan Cazeaux y Trigo Represas (*Derecho ...* cit., págs. 728 a 730).

Sampara las cargas pecuniarias o las prestaciones líquidas que permiten determinar por su accesibilidad en una suma de dinero, de una manera rápida el monto a que asciende el crédito privilegiado. Esas cargas deben haber sido impuestas en la misma escritura pública que sirve de título a la donación. Cordeiro Álvarez no concuerda con esto y considera suficiente que la carga conste en instrumento público separado si se anota en la escritura matriz de la donación como lo establece el art. 996 del código Civil.

El asiento del privilegio es el inmueble donado mientras esté en el patrimonio del donatario. Para Cazeaux y Trigo Represas también puede hacerse efectivo el privilegio sobre otro bien que entre en reemplazo del inmueble donado, por subrogación real, siempre que la identificación del bien sustituto resulte posible.

5) Privilegio de arquitectos, constructores, empresarios y obreros de la construcción : Este privilegio está contemplado en el art. 3931 del Código Civil y se funda en la idea del enriquecimiento sin causa, pues sería injusto que otros acreedores concurrieran sobre el valor de un inmueble edificado o reparado con los titulares de este privilegio, pero también se da como fundamento el deseo de alentar la construcción con miras al mejoramiento de las poblaciones, habría un interés social y una protección al trabajo.

Los titulares son aquellos que han contratado con el dueño del inmueble y la segunda parte del art. 3931 del Código Civil aclara que aquellos que han contratado con el empresario carecen del privilegio, pero por supuesto pueden ejercerlo por vía de acción subrogatoria.

La ley habla de arquitectos, empresarios, albañiles u otros obreros, se entiende por arquitectos a aquellas personas que desempeñen la función de proyectista o director de obra, estando legalmente habilitado para ello (un ingeniero, un maestro mayor de obra, etc.). En cuanto a los empresarios, debe entenderse que se refiere a los de obra o construcciones, y respecto a los albañiles y obreros, Salvat opina que se trata de gente del oficio de la construcción, mientras que Cazeaux y Trigo Represas manifiestan que ampara a todo obrero contratado que haya trabajado en la obra, ya que su labor contribuyó a aumentar el valor del inmueble.

Los créditos amparados son las sumas debidas por el propietario del inmueble a causa de la edificación, reconstrucción o reparación de edificios u otras obras ejecutadas en el inmueble. El crédito se refiere al costo por las obras pues que se basa en el aumento del valor del

inmueble, y no cualquier deuda por la que deba responder el propietario durante la ejecución de las obras.

En la doctrina se presentan tres tendencias para circunscribir la aplicación del privilegio establecido en el artículo citado. Machado exponente de la posición restrictiva considera que el privilegio está condicionado por el término “edificios” y por ello sólo se lo aplica a la edificación, reparación y reconstrucción de edificios y a otras obras semejantes excluyendo canales, diques, calzadas, desmontes, desagües, etc, en la interpretación intermedia hallamos a Llambías, quien nos habla de obras constructivas que innovan en la estructura del inmueble, favoreciendo también las obras de canalización , diques, calzadas, pero no los trabajos de alambrados, plantaciones, desagües, ya que sólo dan un transitorio aprovechamiento mejor del inmueble y están destinados a desaparecer después de un tiempo y finalmente, la interpretación amplia pretende extender el privilegio a toda clase de obras basándose en la expresión “u otras obras”, o sea que no interesa la naturaleza del trabajo realizado.

El asiento del privilegio es el inmueble en que los trabajos han sido ejecutados, no interesando el valor del fundo o de la obra, pro no tiene efecto persecutorio; por lo tanto si el bien raíz sale del patrimonio del deudor no podrá hacer efectivo su privilegio a menos que todavía quede un saldo del precio a pagar por el inmueble.

6) Privilegio del prestamista de dinero para pagar a arquitectos, empresarios y obreros: Este privilegio está receptado en el art. 3932 del Código Civil y es un supuesto de subrogación legal originado en el préstamo que se recibe para el pago de los trabajos, seria en realidad, similar al privilegio que vimos anteriormente, pero para que funcione la ley requiere que el préstamo cumpla ciertos requisitos.

En el caso de empréstito se debe dejar constancia de que el préstamo se contrae para pagar a los arquitectos, empresarios u obreros, y debe tener fecha cierta para poder ser opuesto a los terceros acreedores a quienes quiera oponerse el privilegio, debe ser de esta manera, ya que de lo contrario el prestamista tendría un crédito quirografario, por más documento posterior que dejase constancia del empleo del préstamo. Además, se requiere que el empleo del préstamo conste en los recibos de los primitivos acreedores, o sea, aquellos que otorgan al dueño del inmueble los arquitectos, empresarios u obreros.

En cuanto a los bienes sobre que recaen demás situaciones, se aplica lo que se expuso en el punto anterior (punto 5).

7) Privilegio del proveedor de los materiales para la construcción : Este privilegio ampara la deuda por provisión de materiales para la construcción o reparación contratada por el dueño del inmueble y está prevista en el art. 3933, no cubriendo la provisión de materiales hecha por cuenta del empresario.

Los titulares son aquellos que han suministrado los materiales necesarios y aquellos a quienes se les debe su precio y recae en este caso, no sobre el valor del inmueble sino “sobre el edificio o sobre la obra que ha sido construida o reparada”, lo que obliga a discriminar en el producto de la subasta la parte que corresponde a la mejora que origina el privilegio.

Manifiesta Llambías que la discriminación del asiento del privilegio “no se justifica porque el inmueble es una sola y única cosa”, además no encuentra razón para distinguir los casos de los arquitectos, etc.; del prestamista y éste del suministrador de materiales; debió haberse hecho extensivo a todo el inmueble (Llambías, *Tratado...* cit., págs. 821 y 822).

8) Privilegio del acreedor hipotecario : Este privilegio está contemplado en el art. 3934 del Código Civil; de esta manera Vélez Sarsfield parece separar este privilegio del derecho real de hipoteca; se trataría de reforzarlo dándole un *ius praeferendi* poderosísimo.

Los titulares de este privilegio son los acreedores hipotecarios, sin interesar, la relación que dio origen a la hipoteca y ampara cualquier crédito, pues no interesa la causa de la obligación, ya que es la garantía hipotecaria lo que determina la calidad privilegiada. Se extiende a los intereses o rentas debidas de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago (art. 3936, Cód. Civil) , los costos y gastos del juicio y los daños e intereses a que el deudor puede ser condenado por causa de la inejecución de una obligación .

Recae sobre el inmueble hipotecado que es asiento de privilegio junto con sus accesorios (el art. 3110 del Código Civil le da ese carácter también a los alquileres o rentas debidos por los arrendatarios) y sobre la indemnización debida o concebida por los aseguradores del inmueble.

El art. 3934 del Código Civil establece en su segunda parte que este privilegio se cuenta desde el día que se tomó razón de la hipoteca, pero si esto lo hacemos concordar con lo que prescribe el art. 3149, puede remontarse a una fecha anterior de seis días (contados desde el otorgamiento de la escritura, es el plazo que se tiene para la hipoteca inscripta tenga su efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria).

Si hay dos inscripciones en el mismo día, ambos titulares concurrirán a prorrata. La inscripción del privilegio dura veinte años y es renovable sucesivamente por un lapso igual, si no se lo reinscribiera, el privilegio moriría y nos encontraríamos frente a una hipoteca sin privilegio, lo que podría dar origen mediante una nueva inscripción a un nuevo privilegio hipotecario. Sin inscripción, subsiste el derecho real pero no lo preferencia.

El art. 3937 del Código Civil faculta la apertura de un concurso especial para poder ejecutar su crédito y ejercer el privilegio; a cada finca gravada con hipoteca puede abrírsele este concurso y con este procedimiento son pagados inmediatamente con lo producido, previa deducción de las cosas judiciales.

Además, el art. 3938 deja bien en claro que para ejercer sus acciones contra los inmuebles no están obligados a esperar el resultado del concurso general a que esté sujeto el acreedor; lo único que se les requiere es afianzar una cantidad suficiente para el pago de créditos que sean privilegiados a los que ellos detentan. Finalmente, luego de cobrados sus créditos, deben devolver el remanente a la masa concursada.

4. Sistema de la Ley de Concursos: Las subsiguientes leyes de Concurso han establecido el sistema al cual están sometidos los privilegios frente al supuesto de insolvencia del deudor

La ley 24522 establece en su Título IV Capítulo I, el régimen al cual van a estar sometidos los privilegios diciendo en su art 239 que existiendo concurso solo gozaran de privilegios los créditos enumerados en este capítulo y conforme a sus disposiciones y además establece cuales son esos privilegios aunque no de manera taxativa. Habla de los gastos de conservación y justicia(art 240), los créditos con privilegio especial (art 241), los créditos con privilegio general (art 246) y de los créditos comunes o quirografarios (art.248).

Veamos qué incidencia presenta para los privilegios especiales sobre inmuebles receptados en el código Civil ya que si no se encuentran, habrá que deducir que están excluidos. Es por ello que muchos son los autores niegan que funcione estos privilegios de origen civil en la situación de excepción patrimonial que es el concurso o la quiebra.

Con los privilegios especiales vemos que hay una duplicidad legislativa, el régimen del Código Civil permanece vigente en los casos en que se ejerciten acciones individuales por vía de la tercería de mejor

derecho y cuando el privilegio se opone mediando concurso la legislación comercial desplaza a la civil, o sea que si durante el trámite de la ejecución individual el deudor abre su concurso, el crédito tutelado por una preferencia o sea un privilegio, ve desaparecer dicha preferencia en la mayoría de los casos.

Subsisten dentro de la Ley de Concursos, pues están reconocidos, el privilegio por gastos hechos para la construcción mejora o conservación de una cosa, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron dichos gastos (art 241, Inc. 1) al que prestó dinero para pagar a los arquitectos, empresarios y obreros podemos considerarlos asimilados a tal situación y si bien la ley concursal no le reconoce expresamente un privilegio especial En cuanto al privilegio del acreedor hipotecario, esta receptado en el inc. 4°

Es interesante recalcar la diferencia que existe con la ley 15551 que en el art 265 parte final de inc. 8°, que expresaba : “la enumeración precedente no excluye los privilegios creados por leyes especiales”, recalcamos esto por la posibilidad de creación de nuevos privilegios y de revitalización de algunos que estaban omitidos hoy cabe preguntarnos si el sistema pretende todavía ser mas estricto que el anterior. Todos los privilegios especiales reconocidos por esa Ley de Concursos eran: 1°) el privilegio del retenedor por lo adeudado en razón de la cosa retenida; 2°) los gastos hechos para la construcción, mejoras se encuentre en poder del concursado; 3°) el precio de las semillas y gastos de cosecha; 4°) los sueldos, salarios, remuneraciones o accidentes de trabajo; 5°) los impuestos o tasas; 6°) los arrendamientos vencidos, danos causados en el inmueble, reparaciones por cuenta del locatario y todo lo que se refiere al cumplimiento del contrato; 7°) los casos de hipoteca, prenda, anticresis o warrant; 8°) los privilegios de la navegación y aeronáuticos

Hoy son : 1°) los gastos hechos para la construcción, mejora, conservación de la cosa, sobre esta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos ; 2°) los créditos por las remuneraciones debidas al trabajador por 6 meses y los provenientes por las indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinas que siendo de propiedad del concursado se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación, 3°) los impuestos y tasa que se aplican particularmente a determinados bienes sobre estos, 4°) los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante, 5°) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el art 3943 del CC, 6°) los créditos indicados en el titulo

III del Cáp. IV de la Ley 20094, en el título IV, Cáp. VII del Cod Aeronáutico, lo de los art 53 de la ley 21526, los de los arts 118 y 160 de la ley 17418

Cabe mencionar que la ley citada establece reglas en cuanto a la extensión del privilegio (art 242) , el orden de los privilegios (art 243) una reserva de gastos (art 244) y se reconoce la subrogación real de pleno derecho (art 245)

Si bien consideramos acertado que se establezca un sistema único no encontramos un autor que explique satisfactoriamente el motivo por el cual no se admiten los privilegios civiles en la Ley de Concursos *por qué unos privilegios sí y otros no?* Se nos contesta que el concurso es una situación patrimonial especial; a lo cual respondemos que sí, pero esto sigue sin responder a nuestra pregunta y en el caso especial de los privilegios especiales sobre inmuebles , no es cualquier cosa lo que se ha conservado o introducido en el patrimonio del deudor, sino un bien inmueble, y todos sabemos el valor que tienen los inmuebles.

¿Dónde esta la justicia en que los otros se enriquezcan sin una real causa? Se nos dirá que el concurso es la causa, y realmente, hay algo en nosotros que se rebela contra la situación de nuestra legislación sobre todo la actual, y aunque se reconozca alguno de los privilegios especiales, esto no es suficiente ya que creemos que si se dan todos los requisitos que pide el Código civil en cada caso, sería rarísimo el caso de una connivencia fraudulenta.

5.Nuestra propuesta para enfrentar la crisis de los privilegios sobre inmuebles

En los puntos anteriores hemos pasado revista a nuestro sistema que no establece en cuanto a los privilegios especiales sobre inmuebles su registrabilidad (excepto el privilegio hipotecario), pero en el derecho comparado podemos mencionar al sistema francés que sí lo hace donde la publicidad se obtiene mediante la registración (Garrido Cordobera, *Privilegios especiales... Pág. 35 y SS*); veamos por qué es favorable adoptarlo en este tema a fin de proponer una salida a la crisis .

Cabe aclarar que tomamos el termino inscripción en sentido amplio y técnico comprendiendo los términos anotación e inscripción, si los privilegios están inscriptos dentro de un plazo a determinar van a poder ser oponibles a terceros, ya que nadie que adquiera un derecho sobre el inmueble gravado va a poder desconocer la existencia del privilegio, estamos fortaleciendo de esta manera el ius perseguendi, que los privilegios deben tener.

No consideramos que de esta manera se trabe el giro comercial, ni pongamos a la deudores en una situación desventajosa, ya que por un lado los inmuebles no presentan tanta movilidad como los muebles, y por otro la situación que se reflejaría es la verdadera del deudor, es él quien la configura y evitamos que pueda realizar engaños fraudulentos. Además cabe recordar la Carta de Buenos Aires que se dio en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Registral en la que se declaró que la legislación debe procurar tanto la protección tanto del interés del titular como la seguridad del tráfico jurídico (pío VI)

La vida de hoy, de ciudades populosas, hace necesaria una publicidad adecuada; antes, en los villordos, todos sabían los negocios que se realizaban, ahora esto es imposible y quién mejor que el Estado para encargarse de dar publicidad a una serie de actos que repercuten en la sociedad, se requiere entonces adaptar nuestra legislación, pues también es inconcebible, ya que se generaría un caos, que los acreedores inscriban sus privilegios en cualquier momento, he aquí en nuestras ideas una aplicación directa del sistema francés en el establecimiento de plazos para otorgar a las inscripciones un efecto retroactivo.

Nos inclinamos, entre los dos sistemas registrales, por el sistema declarativo, no por el constitutivo, o sea que sirve para “declarar” un derecho ya existente entre las partes, dado que es un medio de publicidad, mientras que el constitutivo es una condición para el nacimiento, en el caso de los privilegios especiales sobre inmuebles, el privilegio existirá siempre, y lo único que se le daría por la registración es la oponibilidad a terceros interesados por medio de la publicidad, además esta posición es coherente con la adoptada para el sistema creado por el art 2505 reformado por la 17711 y la ley 17801 (Garrido, Roque F y Andorno, Luis O *Código Civil anotado Derechos reales*, ver también *Comentario a la Reforma de la ley 17711*) .

La registración, ya lo hemos adelantado, trata de lograr la concordancia entre la realidad y lo registrado, tiene sus fundamentos y su razón de ser, a la vez que principios directrices, uno de ellos es el principio de legalidad que se funda en la necesidad de examinar si se reúnen los recaudos previstos en la legislación para la validez y los efectos que resultan según la finalidad perseguida (Edgardo Scotti, *Derecho registral inmobiliario*, págs. 20 y 21), se tiende a evitar que ingresen en un registro documento nulos o insuficientes. Otros principios registrales son: el de la rogación, de la autenticidad, de la especialidad, de la prioridad y del tracto sucesivos.

Los registros realizan una actividad calificadora antes de proceder a la inscripción o anotación , pero se pueden cometer errores y en

cuanto a la consecuencia que trae aparejado consideramos que si por error se permitió una registración de un privilegio que no configuraba tal, no por ello se consolidaría tal situación, no significará que no podamos dejarlo sin efecto, estimamos que la inscripción no puede subsanar los vicios de fondo; por lo tanto, por más que se halle inscripto, cuando se demuestre su no procedencia no tendrá efectos contra terceros.

Con respecto a que significa el término “publicidad”, para los alemanes la publicidad es “una declaración dirigida a la generalidad”, otros opinan que es una forma de constatar la realidad (Barassi) y dice Francisco Hernández Gil que en sentido amplio “es la actividad dirigida a difundir y a hacer notorio un acontecimiento”, en un sentido menos amplio, consiste en “la exteriorización o divulgación de una situación jurídica para producir la cognoscibilidad general”. Señala que dos elementos configuran estas nociones: difusión y conocimiento, y ambos ponen de relieve su tendencia expansiva, señala acertadamente que lo importante es que brinda la posibilidad de conocer y no conocimiento. “El mecanismo publicitario es también instrumento para que todo sujeto pueda adquirir conocimiento efectivo de las situaciones o hechos publicados”.

Señala el citado autor que “en sentido estricto y más técnico, por publicidad debemos entender el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscibles a todos determinadas situaciones jurídicas para tutela de los derechos y seguridad del tráfico”, es una exteriorización de situaciones jurídicas realizadas por un sujeto extraño a la verificación del evento publicado (Guillermo Allende, *Panorama de los derechos reales*, págs. 254 y 255).

Una de las maneras de lograr la publicidad son los registros, los cuales plantearon en su momento en nuestro país problemas constitucionales. Los registros realizan una facultad de calificación, es menester dar un concepto de este término: “Es el pronunciamiento que corresponde hacer al funcionario registral, idóneo para tal finalidad, en virtud del cual queda determinado, en cada caso, si el título presentado reúne las condiciones exigidas por los reglamentos para ser inscripto y surtir los efectos de inmediato o si, por el contrario, faltan en él alguno de los requisitos o elementos precisos para formalizar la inscripción; en este último caso, puede ser que la falla pueda ser suplida en plazo o que no pueda ser resuelta dentro del mismo título porque no sea susceptible éste de rectificación” (Manuel Cano Llopis, citado por Scotti, *Derecho . . . cit.*, págs. 27 y 28).

Respecto a la naturaleza de la calificación, encontramos tres corrientes según la consideran una función judicial, una jurisdicción

voluntaria o una actividad administrativa (Scotti, *Derecho ... cit.*, pág. 44). Afirma la primera posición que la decisión que emite el funcionario de calificación afecta derechos civiles sustraídos de la órbita administrativa y que si se otorga un recurso judicial, judicial ha de ser también el pronunciamiento (Gallardo Rueda). Sánchez Cañete dice que, como todo acto jurisdiccional, decide sobre la validez del acto o negocio jurídico analizado, en virtud de las normas jurídicas de derecho privado o aquellas otras del derecho público que tienen naturaleza privada, que les sean aplicables, y de las pruebas documentales presentadas al efecto, le asigna las características de obligatoriedad, ejercicio bajo responsabilidad del registrador, independencia, limitación a su propio contenido, efecto de cosa juzgada.

La corriente que considera que es un acto de jurisdicción voluntaria está defendida por autores españoles, podríamos incluir entre ellos a Roca Sastre, pero este autor toma esta denominación en realidad por no hallar otra mejor (Scotti, *Derechos...cit.*, pág. 38), señala como sus notas características: 1) estar encomendadas a un funcionario administrativo; 2) contar con un procedimiento especial; 3) no tener por objeto declarar la existencia de un derecho dudoso o controvertido entre partes contendientes, sino simplemente publicar un derecho real o situación jurídica inmobiliaria; 4) estar limitada a los solos efectos de practicar la inscripción o rechazarla; 5) recae en materias no típicamente administrativas, sino en general del documento ante la justicia para discutir la validez o nulidad.

Finalmente, la tesis que considera que es un funcionario administrativo con ciertas notas que lo diferencian de los actos ordinarios de administración, según Sing, por: 1) estar su contenido ordenado a un agente de la administración; 2) contar con un procedimiento administrativo; 3) no constituir una función de juzgamiento ni de decisión sobre la sustancia de las relaciones jurídicas, por el contrario, sí de dación de fijeza publicitaria a lo existente; 4) ser una función de comprobación y cotejo extrínsecos a los efectos de practicar un asiento; 5) no ser definitiva, pues puede eventualmente revisarse en sede judicial (Scotti, *Derecho ... cit.*, pág. 41).

En el derecho registral comparado podemos agrupar los distintos sistemas registrales según el tipo de calificación que realizan en: a) *sistema con calificación mínima*, donde el calificador nunca juzga en principio sobre la validez de los títulos y existencia de los derechos; b) *sistemas de calificación amplia*, según su amplitud: 1) el registrador tiene una facultad amplísima, minuciosa y exhaustiva; suizo(aspecto causal del acto), el inglés (capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos); 2) sistemas que limitan el acto dispositivo excluyendo el causal; por ejemplo, el sistema alemán (capacidad e

identidad, legitimación, naturaleza del derecho inscribible); 3) los que centran en descubrir la validez o nulidad del acto generador del derecho, así como los puntos referidos a forma, circunstancia, etc., 4) los que circunscriben al examen de las formalidades extrínsecas y a la capacidad de los otorgantes; 5) los que son limitativos, analizando solamente los elementos formales; por ejemplo, Argentina (Scotti, *Derecho . . . cit.*, pág. 31). Hemos estimado oportuno realizar estas comparaciones para optar por un sistema y su consiguiente solución.

No hay duda de que nuestro derecho positivo estructura el registro como un órgano administrativo, hay que continuar meditando la conveniencia o no de variar la situación y establecer un juez de registros, decimos esto porque sin duda un profesional del derecho se supone que es un sujeto idóneo para juzgar si un acto reúne o no los requisitos necesarios para su inscripción, refiriéndonos no ya a los requisitos extrínsecos sino a los de fondo (relación causal, capacidad, etc.).

El problema de la inscripción declarativa de los privilegios puede solucionarse con la sanción de una ley especial que disponga dicha inscripción en mérito a lo establecido por la ley 17.801, art. 2 inc c; dicha ley, por supuesto, debe ser de carácter nacional. Pero además encontramos que es plenamente viable la aceptación por el art 3 ultima parte de un instrumento privado con el requisito de que la firma de sus otorgantes este certificada por escribano, Juez de Paz o funcionario competente

El principio primordial que se persigue por el derecho registral es lograr una adecuada publicidad de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, pero no solamente en el campo de las relaciones jurídicas del derecho real , ya que desde muy antiguo se practica el registro de los actos vinculados con el estado civil y la capacidad de las personas (matrimonios, nacimientos, defunciones, inhabilitaciones). Recordemos la terminología al respecto que utilizan Garrido y Andorno (*Los documentos registrables en las IV jornadas Sanrafelinas de derecho civil*, Zeuz) y que recalcan Andorno y Marcolin de Andorno con mención expresa al II Congreso Internacional de Derecho Registral donde se acepto la designación genérica de “situación jurídica registrable” que seria la que importa al derecho por sus efectos de oponibilidad a terceros interesados (*Ley Nacional Registral inmobiliaria 17801*)

Nuestra ley 17.801, en su art. 21, consagra el principio de la publicidad permitiendo la consulta a quien tenga un interés legítimo, esto debe permitirse en el caso de los privilegios inscriptos, por supuesto que no mediante el sistema de acceso directo a los registros

(es primitivo y sólo justificable para casos excepcionales como las investigaciones históricas y estadísticas).

Se procedería a entregar los consultantes que reclamen datos los informes que son documentos expedidos por el registro para dar noticia sobre las constancias que existen en él (Luis Moisset de Espanés, *Dominio de los automotores y publicidad registral*, págs. 365 a 372), de ese modo el registro dará un cabal informe del estado patrimonial de la persona con la cual el interesado podría contratar. Al hablar de estado patrimonial nos referimos a informar las limitaciones que soporta ese patrimonio derechos reales de usufructo, privilegios, embargos, u otras medidas cautelares, cláusulas de contratos, que graven uno o varios inmuebles de un determinado sujeto.

Queremos señalar que la no inscripción de un privilegio sólo incidirá en su oponibilidad y en su rango, y que debe establecerse un plazo a determinar en la misma ley que establezca la inscripción de los privilegios, para que esta inscripción conserve su preferencia desde el día que nace el privilegio.

Volveremos a sostener que una vez que está un privilegio inscripto no hay razón para que la situación varíe y se lo deje sin efecto por promoverse un concurso, ya hemos expresado nuestra crítica a que por una decisión del legislador se dejen en letra muerta los privilegios otorgados por el Código Civil, que son ejecutables en una acción individual y no en una colectiva; esto ocurre a partir de lo establecido en la Ley de Concursos.

Si por la inscripción de un privilegio logramos su publicidad y por lo tanto su oponibilidad a terceros, también puede atribuírsele tal carácter y no veo por qué no otorgarlo contra el concurso a la quiebra. Hay que tener en cuenta que si bien todos los acreedores contribuyen a la formación del patrimonio del deudor y que por alguna razón, sea teniendo en cuenta el origen del crédito sea por razones humanitarias, se establece una graduación para el cobro, no es justo reducir un crédito que tiene, por ley, el asiento sobre un bien determinado al rango de acreedor quirografario.

Reconocemos que la quiebra o concurso es una situación patrimonial excepcional, pero no creemos que eso justifique por sí solo la situación de que unos acreedores se enriquezcan a costa de otros.

Ante esto se pueden dar dos soluciones: o se modifica la ley de quiebras existente, o se dicta una ley especial que a la vez de establecer la publicidad de los privilegios (registro) especiales sobre inmuebles

del Código Civil les otorgue el reconocimiento del art 241 Inc 4 o inc 6 de la Ley de Concursos

Acá confluyen dos ideas: una es la registracion de los privilegios especiales sobre inmuebles, y la otra es la oponibilidad de los privilegios del Código civil en la Ley de Concursos, estas ideas pueden darse por separado, ya que no se excluyen pues de aceptarse la registracion, la misma puede originar la oponibilidad a terceros pero no necesariamente a la masa concursal, preferimos que ambas ideas vayan de la mano y no compartimos la idea de que un privilegio sea un privilegio y luego deje de serlo por una situación que le es completamente extraña, originándole al acreedor un verdadero perjuicio y haciéndole creer que es un tocado por el destino.