

El control de legalidad de la hipoteca

La ejecución hipotecaria y la emergencia económica en la República Argentina*

Adriana N. Abella

1. INTRODUCCIÓN

Es principio legal que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, rigiendo entre ellos el principio de prioridad temporal, siempre que no prevalezca el régimen de concurso y quiebra. En consecuencia, todo acreedor puede realizar la ejecución forzosa de los bienes de su deudor a fin de obtener la satisfacción de su crédito ante el incumplimiento de determinada prestación, con la condición de que formen parte de su patrimonio y no se encuentren afectados por ley a determinado beneficio que determine su inembargabilidad.

El acreedor puede apartarse del principio de igualdad común por medio de las garantías y procurar seguridades vinculadas con la preservación del patrimonio de su deudor, o prioridades de cobro por afectaciones específicas, que hará valer ante situaciones de incumplimiento o de contingencia en la ejecución. El

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Derecho real de hipoteca.*
3. *Ejecución hipotecaria.*
4. *Emergencia económica. Reestructuración de créditos hipotecarios.*
5. *Reflexión final.*

* Trabajo presentado por la autora en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Registral, desarrollado en Ámsterdam, Holanda, entre el 17 y el 19 de septiembre de 2012.

principio de responsabilidad patrimonial, entonces, puede sufrir distintas alteraciones de origen legal o convencional.

Las garantías del crédito son un instrumento idóneo para disminuir o trasladar el riesgo inherente a la eventual insuficiencia de los bienes del deudor agravado por la concurrencia con otros acreedores¹. Las garantías reales permiten la afectación al pago de la obligación principal de uno o más bienes presentes (cosas o derechos especialmente determinados) en caso de garantías fijas (prenda fija o hipoteca) o bienes presentes y futuros del deudor con vocación mutable y considerados como una unidad, en el caso de garantías flotantes (prenda flotante, debentures con garantía flotante).

Las garantías reales son tratadas como derechos reales de garantía². En Argentina, la doctrina entiende que no debe identificarse garantía real con derecho real de garantía³ ya que los conceptos no son estrictamente equiparables. Los clásicos derechos reales de garantía sobre cosa ajena se distinguen de otras figuras jurídicas que cumplen una función de garantía porque existe afectación de bienes, cosas o universalidades, empero el objeto se amplía sensiblemente frente al desarrollo de garantías reales como el *lease back*, modalidades resolutorias, dominio fiduciario en función de garantía⁴, etc., y la recepción legal de los patrimonios afectados a ciertos fines⁵.

Los derechos reales de garantía tienen los siguientes elementos: 1) normas estatutarias de orden público que rigen los derechos reales; 2) la relación directa e inmediata que se establece entre el sujeto y la cosa, o derecho cuando la ley lo determina, que constituye su objeto; 3) la publicidad; 4) las ventajas de persecución y preferencia de cobro en caso de ejecución individual o procedimiento colectivo. Por tratarse de garantías accesorias, dependen, en cuanto a su duración y eficacia, de la validez y duración del derecho principal,

¹ Una garantía personal, por la que el deudor o terceros ajenos a la relación crediticia principal contraen obligaciones accesorias o independientes, de naturaleza adicional, mediante la asunción de responsabilidad solidaria, subsidiaria o independiente, según el caso, con todos sus bienes, es frágil por la falta de publicidad que impide la prevalencia de la garantía personal frente a terceros interesados, además de la imposible persecución de los bienes por el acreedor beneficiario, por actos de disposición patrimonial del garante, ello sin perjuicio de las acciones de inoponibilidad en la medida de la configuración de fraude de éste, ya sea en el ámbito de la acción de fraude ordinaria o en el concurso.

² Ver Códigos germánicos: austriaco, alemán y suizo.

³ Ver "Conclusiones" en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁴ Ver arts. 803 y 3122, y concs., CC.

⁵ El fideicomiso es un instrumento que favorece la elección de la transferencia de la propiedad fiduciaria en garantía y los bienes fideicomitados, un patrimonio separado, insusceptible de agresión individual o colectiva por los acreedores del fiduciante, fiduciario o beneficiario del fideicomiso.

al que acceden sin perjuicio de las excepciones que se consagran legalmente para supuestos específicos.

El derecho del acreedor hipotecario es oponible *erga omnes* y él puede hacerlo valer contra todo tercer adquirente del inmueble, como también contra otros acreedores quirografarios (v.g. embargantes) o hipotecarios, o en general titulares de derechos reales o personales posteriores a la constitución de la hipoteca (*ius preferendi*).

El acreedor titular de un derecho real de garantía, ante el incumplimiento del obligado, obtendrá el cobro de su deuda por medio de la ejecución del bien y del producido de la venta con los beneficios de una garantía real y, además, podrá atacar como acreedor común el resto de patrimonio del deudor.

La acción hipotecaria como acción real⁶ tiene un trámite especial regulado en los Códigos de Procedimientos⁷. En consecuencia, previa publicidad suficiente, frente al incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por el deudor del crédito garantizado, el acreedor hipotecario está facultado para solicitar la venta del inmueble o los inmuebles gravados, en manos de quien se encuentren.

Es tema en este congreso, la hipoteca, los mecanismos de ejecución hipotecaria y los caracteres que exhiben las seguridades. Abordaremos entonces algunas de las cuestiones jurídicas que se plantean en la actualidad en Argentina, tratando de describir los aspectos salientes del proceso de evolución, íntimamente conectado con el devenir de la economía de cada país, con la intención de aportar posibles soluciones desde la plataforma registral.

2. DERECHO REAL DE HIPOTECA

La economía del país repercute y se proyecta en las instituciones jurídicas. La hipoteca es uno de los derechos reales de garantía de mayor gravitación en la vida comercial y ha sufrido una fuerte evolución especialmente en lo atinente a la especialidad crediticia, en respuesta a los avatares económicos.

El mayor vigor del derecho real de hipoteca en Argentina como importantísimo instrumento de movilización del crédito, responde al beneficio de la afectación de todo y cada parte de uno o varios inmuebles determinados -que quedan en poder del constituyente- al pago de todo y cada parte de un crédito también determinado en dinero; cuenta por su naturaleza con la posibilidad de

⁶ GATTI, E. *Teoría General de los derechos reales*, Buenos Aires, 2006, pág. 80.

⁷ ALLENDE, G. *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, págs. 207 y 294 a 296.

ser opuesto *erga omnes* -previa publicidad- hallándose dotado además de un privilegio especial⁸.

La hipoteca es un derecho real accesorio constituido por convención formal⁹, en seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero, sobre cosas inmuebles individualizadas¹⁰, que continúan en poder del constituyente, naturalmente indivisible, que, previa publicidad, puede oponerse incluso a terceros interesados, y otorga al acreedor los derechos de persecución y de preferencia, y extinguida puede cancelarse mediante la presentación de instrumentos públicos de cancelación voluntaria o judicial. La convención que hace las veces de fuente del derecho real de hipoteca es formal, dada la imposición de la escritura pública o de "documentos que sirviendo de título al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca y la del contrato a que acceda".

La garantía hipotecaria alcanza a determinado crédito que debe estimarse en una suma de dinero, carácter esencial de este derecho real. La dependencia o subordinación a las virtualidades del crédito principal permite calificar a las garantías reales como causales, en la medida en que no hay hipoteca -así como prenda o anticresis- sin deuda válida¹¹. Por consecuencia de ello, la extinción o ineficacia de la obligación principal por cualquier causa¹², determina la extinción o ineficacia del derecho real accesorio¹³; y la transmisión del derecho principal, sea por actos entre vivos o por causa de muerte, produce la transmisión del gravamen real¹⁴.

⁸ El privilegio es una cualidad que la ley estima conveniente atribuir a determinado crédito, por ello se lo define como "la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro".

⁹ En el derecho positivo argentino la hipoteca es siempre de fuente convencional (art. 3115, CC), quedando en consecuencia excluidas las hipotecas judiciales, legales o tácitas (nota al art. 3115 y art. 4048, CC).

¹⁰ La ley 25.509 admite gravar con hipoteca el derecho de superficie forestal. La hipoteca de buques y aeronaves, garantía real sobre muebles registrables, tiene su régimen especial en la ley de buques 20.094 y el código aeronáutico. El Código de Comercio regula la hipoteca en seguridad de emisión de debentures.

¹¹ Ver NUTA, A. y Abella, A. "Las llamadas hipotecas abiertas", en *Derecho Hipotecario 2*, Ed. A. Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 69 y sgts.

¹² Arts. 524 in fine, 525 y 803, parte 1ª, CC.

¹³ Las defensas pueden ser alegadas por el constituyente deudor de la garantía (arts. 3108 y 3204 y concs., CC), por el constituyente no deudor (arts. 3121, CC y 580, CCom.) o por los terceros en poder de los bienes gravados, contra quienes es posible perseguir la ejecución de la garantía por razón de serles oponible el gravamen real (arts. 3162, 3164 y 3166, CC).

¹⁴ Ver MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos reales*, T.3, Buenos Aires, 1999, pág. 143. Lafaille y Alterini, J. *Tratado Derecho Civil*. "Derechos Reales, La ley, Buenos Aires, 2011.

Las facultades del acreedor conservatorias, restitutorias y ejecutorias otorgadas por la garantía pueden ser ejercidas desde el momento de la constitución de la hipoteca. Por ello decimos que los poderes del acreedor sobre la cosa aparecen aun antes de la fase ejecutiva. La hipoteca es una carga real del inmueble. El *ius preferendi* se manifiesta por la exclusión de todo otro derecho real o personal posterior incompatible con él, o la postergación de uno compatible.

La ley argentina otorga al acreedor hipotecario un privilegio que hará valer tanto en ejecución individual o colectiva, sujeto al orden de preferencias que para cada caso establece la legislación específica; privilegio especial que goza de un rango de preferencia muy elevado frente a otros créditos también privilegiados, y que subsiste en caso de concurso del constituyente¹⁵.

En tanto la hipoteca se extingue por la extinción total del crédito que garantiza, o también por causas propias, es necesaria la cancelación a fin de aniquilar los efectos de la inscripción registral hipotecaria para su oponibilidad a terceros interesados. La cancelación puede ser voluntaria, mediante escritura pública, o judicial o por caducidad del asiento a los veinte años de la toma de razón, salvo excepciones legales.

2.1. La especialidad crediticia hipotecaria en el derecho argentino

La especialidad crediticia es un carácter estatutario del derecho real de hipoteca, y consiste en la determinación de la responsabilidad hipotecaria o gravamen. Es principio legal que el acto constitutivo debe contener mención de la fecha y la naturaleza del contrato al que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra (art. 3131 inc. 2 del CC). El art. 3131 impone la necesidad de determinar el crédito y la deuda, y exige la manifestación expresa en una suma cierta de dinero a que asciende aquella.

El crédito, cualquiera sea su naturaleza, entendiéndose por crédito la causa fuente -acto, contrato o ley- que origina la obligación articulada en un contrato, es la base para la constitución de la hipoteca; y para el caso de constitución de hipoteca en garantía de obligaciones eventuales, futuras, condicionales en su caso, o que consistan en prestaciones no dinerarias (art. 3109 del CC) debe

Highton, E. *Hipoteca, la especialidad en cuanto al crédito*, ed. Buenos Aires, 1981. Papaño, Kiper, Dillon y Causse, J. *Derechos Reales*, T.II, Buenos Aires, 1990, pág. 335.

¹⁵ Ver arts. 265, inc. 7º, 266 y 267, párrafo 1º de la ley 19.551.

estimarse un monto máximo expresado en una suma cierta en dinero, constitutivo de la responsabilidad hipotecaria¹⁶.

Con lo dicho es indispensable conocer exactamente el crédito garantizado por la hipoteca y su cuantía. Por consiguiente, si el crédito es indeterminado en su valor -caso de las obligaciones eventuales, a veces las condicionales, las prestaciones de hacer o no hacer o en especie- habrá que declarar un valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, en una suma cierta de dinero, que será el límite de responsabilidad a que está sometida la finca (gravamen hipotecario), y como tal formará parte del derecho real de hipoteca, independientemente de que esa estimación coincida o no con el crédito. Así en las típicas hipotecas de "máximo", existe un monto del gravamen que no puede ser superado sin perjudicar o lesionar el principio de especialidad. La garantía hipotecaria se limita al tope convenido, aún cuando la suma devengada en concepto de costas y gastos, así como los daños e intereses, superen tal límite.

No se satisface la condición de especialidad por la designación exclusivamente del monto según el régimen vigente¹⁷. La ley exige que se individualice la causa de la obligación garantizada con la hipoteca, cabiendo señalar que se vulneraría el principio de rango de avance que rige en el sistema hipotecario argentino, si, extinguido el crédito determinado en el título de la hipoteca, ésta se extendiera para cubrir otro crédito que se originó por acto jurídico posterior a la constitución del gravamen¹⁸. En Argentina no existen hipotecas generales ni legales que afecten indiscriminadamente los bienes del deudor por afectar la especialidad, que se vincula con determinación del bien gravado y de la obli-

¹⁶ Ver NUTA, A.; Rotondaro, D; Abella, A y Navas, R. *Derecho Hipotecario*, Buenos Aires, 1997, pág. 69.

¹⁷ CNCivil, sala J, 15/09/2005, "Verardo, Alberto Ángel y otro c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.". La Ley 2006-C, 588; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 22/11/2005, "Peugeot Citroën Argentina S.A. en: Delta Baires S.A. p/con p/rec. rev.", LL Gran Cuyo 2006 (julio), 840 - La Ley 08/06/2006; 1. SCJ Mendoza, sala I, "Brizzolara Marianetti y Cía. S.A.", 27/11/1995, La Ley 1997-E, 1000; CNCivil, sala K, 21/12/2006, "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c. Navalya S.A.", La Ley 17/09/2007, 6.

¹⁸ En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora (2007), se concluyó de *lege lata*, y tomando en cuenta la declaración de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979), que "Se reitera, en lo pertinente, la declaración de la VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979), en cuanto a que el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o, en su caso, manifestar el 'valor estimativo' en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente)". Estimando, de *lege ferenda*, que "En una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente: a) una suma máxima y un plazo máximo, o b) una suma máxima y una determinación suficiente de la causa".

gación a que accede la garantía real, que debe existir y estar determinada al momento de su constitución¹⁹. La ley admite la hipoteca que garantice una obligación eventual pero prohíbe la hipoteca que garantice un contrato eventual.

Reconocemos la dinámica de la realidad negocial y por ello su necesaria evolución, debilitándose el principio de especialidad en cuanto al crédito y la accesoriedad, pero no desapareciendo en su totalidad. En ese rumbo, la jurisprudencia de las últimas décadas ha sido flexible en la interpretación de la norma²⁰, y el proyecto de Código Único, en tratamiento en este momento por los legisladores argentinos, recoge en su art. 2198: "El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. El crédito debe estar individualizado en todos sus elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos. El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia".

2.2. Hipoteca con pagarés o letras hipotecarias

El art. 3202 del Código Civil autoriza la emisión de letras o pagarés que permiten movilizar el crédito en el sentido que el acreedor puede descontarlos, darlos en pago, en garantía, etc.

El pagaré o letra hipotecaria, para ser tal, requiere de la mención en el acto de hipoteca derivada y su anotación en el registro de hipotecas. Faltando la pertinente intervención del escribano y del anotador de hipotecas, los pagarés no son hipotecarios. Si se emitieron pagarés hipotecarios o letras según el art. 3202 del Código Civil, debe rogarse su inscripción al registrador con la presentación de los instrumentos por el deudor o un tercero. El acreedor trasmite el todo o parte del crédito sin necesidad de una escritura pública de cesión de

¹⁹ En contra, VIDELA ROJO, Luis. "A propósito de la especialidad de la hipoteca. Su aplicación a las operaciones del trato bancario financiero", ED 87-869.

²⁰ CNCom., sala B, 27/07/2005 "Petrolera del Cono Sur S.A. c. Dechert, Fernando J." DJ 04/01/2005, 35. CNCiv, sala K, "Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. c. Matuk S.A. y otros", 14/04/2005, La Ley 2005-C, 107. Sala J, "Esso Petrolera Argentina S.R.L. c. Spadea Hermanos S.R.L. y otros", 01/03/2005, DJ 08/06/2005, 433. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 11/10/2005, "Nuevo Banco Suquía c. Pizzi, Leonardo J. y otros", LL Gran Cuyo 2006 (febrero), 114.

crédito hipotecario, procedimiento más oneroso y lento, pues requiere de la escritura pública, certificado de certificados de inhibición y dominio, etc.

La inscripción originaria del pagaré que lo convierte en hipotecario hace a su individualización y caracterización como tal y no impide su transmisión por endoso; cuestión que se vincula a la naturaleza del pagaré, o sea, a su condición de título de crédito sometido a la ley comercial o a su tipificación. La transmisión del pagaré según los principios correspondientes lleva aparejada la del derecho real de garantía, siendo innecesaria la inscripción en el registro para que sea oponible a terceros o al deudor²¹.

2.2.1. Hipoteca con emisión de letras hipotecarias de la Ley 24.441

Existen dos regímenes distintos, el de las letras o pagarés a que hicimos referencia en el apartado anterior y el de la ley 24.441. Las letras hipotecarias de esta ley son títulos valores que se refieren a obligaciones dinerarias con garantía hipotecaria. El título circulatorio tiene incorporado un derecho real de garantía, que es el derecho real de hipoteca. La hipoteca tiene como fuente, la convención y la convención es fuente de la emisión de la letra. Título valor es el instrumento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él expresado.

La emisión de las letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado, consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca, y puede ocurrir con el otorgamiento de la escritura en la que consta el contrato de mutuo y la convención hipotecaria o en forma diferida. Las letras emitidas por el deudor son registradas en el Registro de la Propiedad. Sólo puede admitirse, la emisión en hipotecas que garanticen obligaciones de dar sumas de dinero ya que debe contener la promesa pura y simple de pagar una suma de dinero cierta y determinada, razón por la cual no será admitida la emisión en hipotecas de máximo, o de obligaciones eventuales o condicionales; ello es coherente con la finalidad perseguida por el legislador de contar con un mecanismo de financiación de viviendas para la construcción²².

En esta panorámica, el protagonismo de los procesos de securitización permite la adquisición de la vivienda mediando hipotecas con la emisión de letras hipotecarias, mejora el financiamiento empresario facilitando el acceso de pequeñas y medianas empresas al mercado de capitales y, en el ámbito de un fideicomiso financiero, la circulación de agrupamientos de activos a efectos

²¹ Ver ALTERINI, J. "Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias", en *Tratado de Derecho. Notarial, Registral e Inmobiliario*, tomo VII, Bueno Aires, 2012, pág. 409.

²² ABELLA, A. *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, ed. Zavalía, 2008.

de respaldar la emisión de títulos de deuda o certificados de participación por un fiduciario autorizado²³.

La letra hipotecaria emitida por el deudor con las enunciaciones indicadas en el art. 39 de la ley, que le atribuyen el carácter de completa, tiene efecto novatorio legal y la transmisibilidad propia del derecho cambiario, lo que permite la rápida y ágil movilización del crédito hipotecario. La novación legal desaparece si, por cualquier causa, la letra fuese nula. En este régimen son características de la letra: la *Literalidad* (art. 39, ley 24.441); la *Autonomía* (art. 40): el título es autónomo respecto del negocio causal y de cualquier otro elemento; la *Formalidad*: la ausencia de algún requisito formal en cualquier título valor produce la nulidad del mismo; la *Complejidad*: la letra no necesita de ningún elemento extracartular para constituir título idóneo para exigir el cumplimiento del crédito que está incorporado en él, la excepción ocurre cuando se convino tasa de interés variable; y la *Abstracción*: circulan con prescindencia de toda relación de causalidad o negocio que ha servido de causa. Esta característica es propia de los títulos circulatorios, acentuada en las letras hipotecarias por el efecto novatorio de la emisión de la letra...

Según la ley 24.441, la letra puede ser cartular o escritural. La letra cartular debe instrumentarse en papel que asegure su inalterabilidad bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro. De la emisión se dejará constancia en el asiento de la hipoteca. La letra cartular podrá tener cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de interés.

Las letras escriturales son títulos que funcionan en masa y participan del carácter de desmaterealizados. Están reglamentadas en el Decreto 780/95 y 1389/98. La emisión de la letra escritural debe resultar de la escritura hipotecaria. De la escritura resultarán las condiciones bajo las cuales se emiten, la designación de la persona a cargo del registro de letras hipotecarias escriturales, será efectuada por el primer acreedor a cuyo favor se emita la letra²⁴. La letra hipotecaria escritural se considerará emitida cuando la persona a cargo del

²³ La titulación de activos, como método de conversión de recursos inmovilizados en activos líquidos, facilita la ágil circulación de los valores garantizados, genera un atractivo inseparable de la faz dinámica de toda garantía.

²⁴ El agente de registro designado será individualizado consignándose nombre y domicilio, pudiendo ser la Caja de Valores, Bancos, sociedad constituida por éstos, a los fines de llevar el registro de los títulos escriturales. El Banco Central de la República Argentina será la autoridad de aplicación del presente régimen en las operatorias en que intervengan intermediarios financieros, sin perjuicio de las facultades de la Comisión nacional de valores, respecto de los títulos con oferta pública emitidos con respaldo en letras hipotecarias que integren los respectivos fideicomisos. El Banco Central de la República Argentina establecerá los requisitos que deberán cumplir los bancos o las sociedades que éstos

registro tome razón de ella (art. 2º D 1389/98). La transferencia y la constitución de derechos reales sobre las letras hipotecarias escriturales será oponible al emisor de la letra y a los terceros con la inscripción del cambio de titularidad y de los mencionados derechos ante el agente de registro, sin que deba cursarse notificación alguna de tales actos, ni de su inscripción ante el registro de la propiedad inmueble.

Las disposiciones registrales determinan los requisitos a los fines de la registración de la emisión de letras hipotecarias escriturales y cartulares. Si se trata de letras hipotecarias escriturales, su creación, emisión y condiciones deberán resultar del contrato hipotecario, requiriéndose para la anotación de la letra, la petición expresa en tal sentido mediante la solicitud respectiva. Deberá dejarse constancia en la rogatoria y en el asiento, el agente de registro designado para la custodia de la escritura hipotecaria y la característica de la letra.

2.3. Registro de la hipoteca

La importancia de la especialidad crediticia hipotecaria se presenta como complemento ineludible de la publicidad, y sustento necesario del principio cardinal de la prioridad²⁵.

El derecho real nace extraregistralmente, con el título suficiente y con el modo suficiente y, tratándose de la hipoteca, el título subsume el modo.

Nuestro sistema registral inmobiliario es declarativo y no convalidante²⁶ y la inscripción en el registro inmobiliario del título, perfecciona la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe; sin perjuicio de la oponibilidad de este derecho real, desde su instrumentación a los intervinientes en el acto constitutivo, terceros desinteresados, y los que tomaron conocimiento de la existencia del título²⁷.

Con la inscripción se genera la prioridad registral o rango²⁸ y nace el privilegio hipotecario²⁹. La prioridad concurrente o rango opera en supuesto de

constituyan para llevar el registro de letras hipotecarias escriturales y podrá autorizar a los primeros para el registro de letras de su propia titularidad con sujeción a las reglamentaciones que dicte a tales fines.

²⁵ ALTERINI, Jorge H. "Las Cláusulas de estabilización y el Principio de especialidad de la hipoteca", ED, T 84, pág. 800.

²⁶ ALLENDE, Guillermo. "Panorama de Derechos Reales". La Ley, Buenos Aires, 1966. Si hay derecho real hay oponibilidad a terceros. La publicidad hace a la esencia del derecho real.

²⁷ PLANIOL nos enseña que la publicidad inmobiliaria es exterior al acto traslativo o constitutivo. No es una condición de validez del acto, sino únicamente de oponibilidad. *Tratado de Derecho Civil*. Ripert y Boulanger. T. 7, pág. 123.

²⁸ Arts. 3136, 3137, CC y art. 17, 19, 40, ley 17.801.

²⁹ En virtud de los artículos 3134, 3135, 3149 y 3934 del CC.

derechos compatibles, estableciéndose el orden de prioridad, conforme su acceso al registro, en punto a la prioridad en su aspecto formal. Mas debemos tener en cuenta el juego normativo de la ley 17.801, el régimen de la prioridad directa (arts. 19 y 40), prioridad indirecta y la reserva de prioridad indirecta de la ley registral³⁰.

El registro inmobiliario argentino es un registro de títulos³¹. El asiento registral contiene los datos del acreedor hipotecario, el monto del gravamen y los datos del documento portante del derecho. Cuando se reduce el monto del gravamen hipotecario, el asiento resultante se denomina reducción del monto y así se consignará en la nota de inscripción que debe colocarse en el documento respectivo, no admitiéndose la expresión liberación o cancelación parcial para este supuesto. Si se aumenta el monto del gravamen hipotecario, deberá realizarse un nuevo asiento, entendiéndose que se trata de una nueva constitución hipotecaria, por lo que deberá exigirse, en consecuencia, el cumplimiento de los recaudos establecidos para el registro de la hipoteca.

Son excepción al principio de prioridad señalado, los posibles negocios sobre el rango y especialmente la reserva de rango³². El registro de los documentos que contengan permuta o posposición del rango hipotecario, se practicará en asiento independiente de las respectivas inscripciones hipotecarias, indicándose con precisión y claridad el o los asientos de hipoteca afectados. No obstante, se practicará en el mismo asiento cuando la posposición o permuta resulte del documento constitutivo de hipoteca.

En el caso de documento que contenga reserva de rango, su registro podrá ser simultáneo con el de la hipoteca o posterior a ella, deberá resultar del documento el consentimiento expreso del acreedor. Los asientos que se practiquen en su consecuencia, serán autónomos y se consignará en ellos, con precisión, el monto de la reserva.

La cancelación del asiento de hipoteca puede ser voluntaria, judicial, o caduca de pleno derecho a los 20 años (arts. 3151 del Código Civil y 37 inc.1 ley 17.801). La primera ocurre con la manifestación del acreedor por escritura pública y la segunda por medio de sentencia judicial, si el acreedor no presta su colaboración, pese a estar extinguida la hipoteca (art. 3201 del Código Civil). La cancelación de los asientos hipotecarios sólo podrá hacerse en forma

³⁰ Arts. 23, 24 y 25, ley 17801.

³¹ Arts. 3137 y 3149, CC y arts. 2º, 20 y 22 de la ley 17.801.

³² Arts. 3135, CC y 19 2da. parte de la ley 17.801. Todo ello en el marco legislativo que tiene por fuente principal al derecho romano con el sistema de rango de avance y la extensión del derecho de hipoteca a todo el valor del inmueble, desechando las parcelas de valor y puestos fijos propios del derecho alemán.

total, salvo que se trate del supuesto prescripto en los arts. 3112 y 3188 del Código Civil, o que, comprendiendo la hipoteca varios inmuebles, el acreedor consienta su división, manifestándose en el documento respectivo, el monto que se adjudica a cada inmueble o al inmueble que se pretende liberar, en cuyo caso podrá registrarse también la reducción del monto del gravamen que la liberación parcial implica. Si el inmueble hipotecado se afecta al régimen de la propiedad horizontal, se estará igualmente a lo dispuesto precedentemente, entendiéndose que la constitución hipotecaria se extiende a todas las unidades funcionales resultantes, con las excepciones expresadas.

La cancelación de la inscripción de la emisión de la letra cartular y, por ende, de la hipoteca, se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de la letra y cupones en su caso. El certificado expedido por el juez tendrá el mismo valor que ellos a los efectos de su presentación para la cancelación. La cancelación de la inscripción de la emisión de la letra escritural y, por ende, de la hipoteca, ocurre mediante comunicación del agente de registro de la que resulte su extinción, acompañada de la respectiva solicitud. El certificado expedido por el juez tendrá el mismo valor a los efectos de su presentación para la cancelación. De no haberse emitido la letra, el acreedor, por escritura pública, dejará constancia de ello y el autorizante deberá dejar constancia de que ha consignado en la copia de título de hipoteca, nota de la cancelación instrumentada.

Concluimos que el registro inmobiliario es un registro de títulos y los datos que contiene el asiento de hipoteca son los necesarios para que el tercero conozca su existencia.

No se registran cláusulas sino títulos y la adopción de distintas técnicas o procedimientos inscriptorios no modifica el sistema. La técnica de inscripción de títulos es vía de información que se complementa por el acceso a la respectiva escritura de hipoteca³³.

2.4. Control de legalidad del título hipotecario

Como dijimos, la hipoteca debe constituirse por escritura pública o por documentos que, sirviendo de título al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos³⁴. En consecuencia, el control de legalidad es dual: el notario al autorizar el acto ha realizado una tarea de subsunción de los hechos en el derecho³⁵. El registrador inmobiliario en Argentina es un

³³ Ver NUTA, Abella, Rotondaro y Navas. *Derecho hipotecario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 62. Tema de Hipoteca con Cláusula de estabilización.

³⁴ Arts. 1184 inc. 1 y 3128, CC.

funcionario público con una misión principalísima, que lo obliga a desempeñar su tarea en la forma y condiciones que establece el ordenamiento a fin de prestar el servicio público registral³⁶.

El principio de especialidad y determinación de las funciones se conecta necesariamente con la especialización del agente. Justamente, la naturaleza restrictiva de las competencias impide atribuciones generales, imprecisas o indefinidas y cualquier intento de atribuirla en forma genérica sería inconstitucional por agravar el principio de división de poderes, ya que la competencia no puede surgir de interpretaciones, sino de preceptos legales³⁷.

En las condiciones expresadas, los documentos notariales, judiciales, administrativos, y los instrumentos privados -sólo en expresos y legales supuestos de excepción- serán inscriptos previo cumplimiento de los denominados principios registrales de rogación, autenticidad, legalidad, especialidad, tracto sucesivo y prioridad³⁸. La combinación de documento auténtico y registro público es la piedra angular de un sistema con seguridad jurídica³⁹.

La combinación de las funciones notariales y registrales configura un sistema de seguridad jurídica que ha demostrado ser eficaz en la prevención de litigios, dotando de gran certeza y seguridad al tráfico inmobiliario, al mercantil, a las relaciones familiares y al régimen sucesorio, convirtiéndose en referen-

³⁵ CHICO Y ORTIZ, José. "La función calificadora, sus analogías y diferencias con otras", Ponencia al IV Congreso Internacional de derecho Registral, pág. 245.

³⁶ Ver MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, T I. cit. por Abella, Adriana en estudio al III Foro Internacional de Derecho Registral, UNA, 2012. Las particularidades de la competencia asignada al registrador son: a) debe surgir de norma expresa; b) la competencia es la excepción y la incompetencia, la regla; c) su observancia es esencial para la validez del acto, y su defecto origina su invalidez, d) es improrrogable e indelegable; e) es irrenunciable; f) se encuentra afectada al principio de especialidad ya que los órganos sólo pueden actuar para cumplir los fines que motivaron su creación.

³⁷ ABELLA, Adriana. *Control de legalidad. Estudios de Derecho Inmobiliario*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 2012, Dir. Abella Adriana, pág. 443.

³⁸ El art. 2º de la ley 17.801 menciona los documentos que se inscriben para su oponibilidad a terceros. Por su parte, cuando el art. 2505 menciona la palabra "títulos" se refiere a documento (instrumento o título en sentido formal) que contiene un negocio jurídico causal (título en sentido sustancial). Véase López de Zavalía. *Introducción al Derecho Registral*, Buenos Aires, ed. Zavalía; Moisset de Espanés, Luis y Vacarelli, Horacio. *Sistema registral inmobiliario argentino*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1994; Coghlan, Antonio. *Teoría general del Derecho Inmobiliario Registral*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 96; Andorno, Luis y Marcolin de Andorno. *Ley Nacional Registral inmobiliaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 41. Sostienen que la expresión "documentos" empleada por el art. 2º de la ley 17.801 puede ser interpretada en un sentido amplio, equivalente a título en su doble faz: material y formal, de acuerdo a la apuntada elaboración de la doctrina española, en la que se inspiraron los autores de nuestra doctrina nacional registral inmobiliaria.

³⁹ TENA ARREGUI, Rodrigo. "Responsabilidad civil del notario", Ponencias presentadas por el Notariado español a las XI Jornadas Iberoamericanas, Buenos Aires, Argentina, 2004.

te internacional. Para que un registro esté verdaderamente al servicio de la persona y de la sociedad, debe limitar el acceso a los documentos públicos, a títulos auténticos, que incorporen negocios jurídicos legalmente configurados. El ejercicio de la función calificadora del registrador, circunscripta a límites razonables, exige una sincronización o integración con la calificación que formula el notario, el juez y el funcionario administrativo.

El registrador se concentra en los documentos presentados y, dentro del ámbito de su competencia, el autor del documento y el registrador efectúan el control de legalidad a fin de brindar un servicio que garantice eficiencia y seguridad, para el funcionamiento de la economía y el crecimiento sustentable, ya que la publicidad sobre pilares confiables se proyecta en la seguridad jurídica. Los registradores ejercen una función pública que ha de servir con objetividad a los intereses generales, actuando con sometimiento al ordenamiento jurídico, con independencia e imparcialidad⁴⁰.

3. EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Como señalamos, la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio de un crédito y es relevante, en consecuencia, diferenciar el crédito garantizado del derecho real que se constituye en garantía de su cumplimiento⁴¹. Si bien el crédito sólo puede cobrarse contra el deudor, y sólo a él es oponible, la hipoteca es oponible *erga omnes*⁴², y por ello se hace efectiva directamente contra la cosa, independientemente de quien sea el titular⁴³.

Los sistemas de ejecución hipotecaria se clasifican en judicial, especial o mixto, y extrajudicial. La ejecución judicial se desarrolla íntegramente en el ámbito tribunalicio y en orden al código de procedimiento de cada provincia. Las ejecuciones extrajudiciales están previstas en las cartas orgánicas de los bancos oficiales y suceden fuera del ámbito jurisdiccional. La ejecución espe-

⁴⁰ Ver Conclusiones del III Foro Internacional de Derecho Registral, Universidad Notarial Argentina, 2012.

⁴¹ HIGHTON, Elena I. *Juicio Hipotecario*, 2a. Edición actualizada y ampliada, tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 43.

⁴² El derecho del acreedor hipotecario es oponible *erga omnes* y puede hacerlo valer contra todo tercer adquirente del inmueble, así como contra otros acreedores quirografarios u otros hipotecarios, o, en general, los titulares de derechos reales o personales posteriores a la constitución de la hipoteca.

⁴³ El *ius perseguendi* de la hipoteca es más fuerte que el de otros derechos reales. La reivindicación inmobiliaria tiene límites que surgen de los arts. 2777, 2778 y 1051 del CC, lo que no ocurre con la hipoteca.

cial, regulada por la ley 24.441, contempla la privatización de algunas instancias del proceso, de tal modo que se concreta parte en el ámbito judicial y en parte fuera de él.

En las ejecuciones judiciales, con la demanda fundada en el título hipotecario, se solicita el embargo del inmueble que se registra en el Registro de la Propiedad a fin de dar a conocer la existencia del juicio ejecutivo. No puede ejercerse la acción real hipotecaria sin ejercer simultáneamente la acción personal emergente del crédito.

En la ejecución judicial y especial o mixta de la ley 24.441, se requiere una intimación de pago al deudor y la sentencia judicial que mande llevar adelante la ejecución y ordene hacer al acreedor íntegro, pago de un crédito. Sin crédito no hay juicio hipotecario. Sin intimación de pago al deudor, no hay juicio hipotecario. Si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede obtener el cumplimiento coactivo del acto u omisión del deudor, en este caso, mediante la acción que la ley autoriza a ejercer.

Tratándose de una obligación de dar sumas de dinero, en principio, la sola falta de pago de una cuota o de un período de intereses, da lugar al derecho de cobrar lo hasta ese momento adeudado. Es de práctica el pacto de caducidad automática de los plazos, de manera tal que la mora en el pago de una sola cuota autorice al acreedor a reclamar toda la deuda como si ésta fuera de plazo vencido. Tratándose de una obligación de hacer, o de no hacer, o de dar algo que no consista en una suma de dinero garantizada, se establece un monto estimativo del gravamen que es el máximo garantizado pero no es del crédito principal garantizado. Los daños y perjuicios que se reclamen convertirán al crédito en suma de dinero y entrarán en sustitución de la obligación principal⁴⁴, en consecuencia, será necesario un juicio de conocimiento en el que se determine el monto. Ello demuestra que a veces es necesario tramitar un previo juicio de conocimiento, por no existir título alguno del que surja un crédito ejecutable.

El crédito de la parte actora trae aparejada la ejecución, porque consta en un instrumento público presentado en forma: "podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda", pero las obligaciones pueden probarse por cualquier medio y también el monto de ellas. El crédito en sí, puede no haber nacido, o su monto puede no estar aún determinado, como es obvio cuando se piensa en los casos de obligaciones que no consisten en dar sumas de dinero.

⁴⁴ Según el caso, la suma puede ser pactada como cláusula penal, que no es más que una evaluación anticipada y convencional de los perjuicios (art. 652, CC) o como un máximo del crédito garantizado.

Concluimos que siempre está determinado el monto del gravamen para cumplir con el principio de la especialidad de la hipoteca⁴⁵, pero el crédito puede aun ser de existencia dudosa o cuantía indeterminada. La liquidación del crédito se puede hacer por medios extrahipotecarios⁴⁶; en muchos casos será necesario acudir al juicio ordinario para establecer la existencia y cuantía del derecho eventual. En estos últimos casos, la ejecución hipotecaria será una ejecución de sentencia.

3.1. Ejecución hipotecaria judicial. La subasta de inmuebles. Publicidad⁴⁷

En cumplimiento de las normas procesales, antes de ordenar la subasta de los inmuebles, el juez requerirá, al Registro de la Propiedad, informes: 1) sobre la deuda por impuestos, tasas y contribuciones⁴⁸; 2) sobre las condiciones de dominio, embargos e inhibiciones, según las constancias del Registro de la Propiedad Inmueble.

Se intimará al deudor a presentar el título de propiedad dentro del tercer día, bajo apercibimiento de obtenerse segundo testimonio a su costa⁴⁹. También deberá comprobarse judicialmente el estado de ocupación, que se hará constar en los edictos⁵⁰. Por lo tanto, esa comprobación es ineludible ya que se trata de un dato muy importante, pues incidirá no solamente en el precio, sino también en los derechos del adquirente respecto de la toma de posesión y desocupación. La diligencia debe realizarse mediante un mandamiento de

⁴⁵ Ver HIGHTON, E. Ob. cit., págs. 61 a 81.

⁴⁶ CNCiv., sala B, 21/04/2005, "YPF S.A. c. Mazzutti, Luis A.", DJ 2005-2, 1235. Debe tenerse por integrado en debida forma el título ejecutivo, con la certificación contable que demuestra el saldo deudor de la cuenta corriente garantizada con hipoteca; todo ello de acuerdo con lo acordado por las partes en oportunidad de contratar, ya que sus términos no resultan violatorios del principio de especialidad del crédito, pues el gravamen fue asumido a fin de garantizar una concreta operación comercial entre ambas y sólo se requiere que en el instrumento constitutivo se establezca el monto y extensión del crédito aunque su determinación concreta se haga por medios extra hipotecarios.

⁴⁷ Ver ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, 2008, págs. 256 y sgts.

⁴⁸ Ver CNCiv., en pleno, 18.2.1999, La Ley 1999-B,384 en mayoría se resolvió en el plenario "Servicios Eficiente S.A. c/ Yabra, Roberto s/ Ejecución hipotecaria", que el adquirente en subasta responde por las deudas de expensas comunes anteriores a la posesión.

⁴⁹ Este es un requisito de la ley 17.801, en el art. 23, según el cual ningún escribano o funcionario podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el Registro.

⁵⁰ La base o postura mínima aceptable será: 1) Si hay acuerdo entre las partes, lo que se haya pactado. En las escrituras hipotecarias se suele convenir la base en el importe de la demanda o en el importe de la deuda. Por su imprecisión, esta última variante requiere una liquidación previa para determinarla. 2) Si no hay acuerdo, la base será los dos tercios de la valuación fiscal vigente a la fecha del remate. Si el remate fracasa por falta de postores,

constatación, si bien en ocasiones se ha permitido el informe del martillero⁵¹. Los informes registrales tendrán una vigencia de sesenta días, a cuyo vencimiento deberán ser actualizados⁵².

Decretada la subasta, se debe comunicar a los jueces embargantes e inhibientes y a los acreedores hipotecarios⁵³. El juez que interviene en la subasta judicial puede ordenar el levantamiento de toda inhibición o embargo, que se traslada al precio obtenido, comunicando la sustitución decretada a los jueces que hubieren ordenado aquellas medidas precautorias⁵⁴. Los inhibientes deberán solicitar el embargo del saldo que corresponda percibir al ejecutado, luego de haber cobrado los acreedores privilegiados y los embargantes. Mucho más dudosa es la cuestión respecto de otras medidas precautorias, como anotación de lítés o diferentes medidas genéricas; éstas no se transfieren al precio y, en principio, subsisten pese al remate judicial⁵⁵.

La citación de los acreedores hipotecarios es requisito indispensable para que la subasta pública produzca la extinción de la hipoteca, respecto al que hubiese adquirido la finca hipotecada, y desde que el comprador consignó el precio de venta a la orden del juez (art. 3196 y concs., art. 3394, del Código Civil)⁵⁶. La falta de notificación no acarrea la nulidad del remate. La consecuencia es que subsistirá el gravamen hipotecario⁵⁷. Otros derechos reales como usufructo, anticresis, etc., subsisten.

se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento, y si tampoco los hubiera se realizará el remate sin base (art. 585 CPN, art. 577 CPBA).

⁵¹ La ley 24.441 ha modificado el art. 598 CPN y encomienda al escribano que designe el autor la diligencia en las ejecuciones hipotecarias. Igual procedimiento ocurre en las ejecuciones especiales reguladas en el Capítulo V de la ley.

⁵² Art. 576, inc. 3, CPN.

⁵³ COLOMBO. *Código Procesal comentado*, T. IV, pág. 227. Éstos resultarán de los certificados de dominio e inhibiciones que deben preceder a la orden de subasta. Los embargantes o inhibientes no pueden pedir el aumento de la base, facultad reservada a los acreedores hipotecarios.

⁵⁴ CN Civ. en pleno, 6/11/25, JA, 18-1358.

⁵⁵ CSJN, 17-5-77, ED. 74-167 Así, en el caso de una medida precautoria dispuesta por la justicia penal en la querrela promovida contra el deudor, cuestionándose la legitimidad de la hipoteca, se entendió que es violatorio del derecho de defensa el fallo que dispuso el levantamiento de la prohibición de innovar recaída sobre un inmueble cuya hipoteca se ejecuta, habiéndose vendido éste en subasta judicial como ocupado, excluyendo así tal ocupación sin dar oportunidad para un sustancial tratamiento del derecho a ella por la vía que la antedicha circunstancia de la subasta hacía imprescindible, ya que ese objeto no puede ser alcanzado por medio del trámite incidental previsto para otras circunstancias.

⁵⁶ SCBA. ac. 39053, 22 de agosto 1989, DJBA, t. 137, pág. 7483.

⁵⁷ CNCiv., Sala F, nov. 18-1985, LL, 1986-B, pág. 120, SCBA, ac. 39053 del 22 de agosto de 1989, DJBA, 137-163.

Publicidad de la subasta

La propaganda se hace mediante una publicidad obligatoria; los edictos se publican en el Boletín Oficial y en otro diario durante dos días. El Código Procesal determina que los edictos correspondientes a subasta de inmuebles se publiquen por tres días (art. 574, CPN). También se publicita en el registro de la propiedad, el auto que ordena la subasta si así fuera rogado.

Consolidación del dominio del adquirente y su inscripción registral

La consolidación de dominio a favor del adquirente en la subasta pública ocurre en el expediente con la aprobación del remate, pago del precio y la entrega de la posesión del inmueble. La escritura de protocolización de las actuaciones, que autoriza el art. 587 del Código Procesal, constituye un acta de relación y transcripción de las actuaciones judiciales para reunir las piezas que constituyen el verdadero título. La copia de la escritura pública extendida es un instrumento que reúne las constancias fundamentales del proceso en el que se llevó a cabo la subasta pública⁵⁸, expedida para su inscripción en el registro.

Las medidas cautelares anotadas con fecha posterior a la de la resolución que ordena la subasta perderán su emplazamiento registral en forma automática, con la inscripción del instrumento que contiene las constancias de la adquisición del derecho. El levantamiento de las medidas cautelares anotadas con anterioridad a la fecha de la resolución que ordena la subasta, como así también la cancelación de las hipotecas que gravan el inmueble, operarán por resolución del juez de la subasta, cumplidos los recaudos procesales pertinentes y con indicación de las actuaciones judiciales y jueces que ordenaron su traba. El levantamiento de medidas cautelares, al solo efecto de escriturar únicamente, se concibe en caso de subasta pública del inmueble y con la citación de los jueces embargantes, pues entonces los embargos se trasladan al saldo de precio (art. 588, Código Procesal)⁵⁹. Esas rogatorias podrán ser instrumentadas en el testimonio judicial o en la escritura de protocolización de las actuaciones judiciales⁶⁰.

El régimen de perfeccionamiento del dominio en las subastas judiciales tiene un sistema de publicidad propio de la subasta por el proceso. Por tanto,

⁵⁸ CNCiv., Sala F, 2001/10/12, "Salgado, María R. y otros c/ Galeano Allende, Teresa M. y otro", 2002-1-464.

⁵⁹ CSJN, 16-12-86, ED 126-304. Mas no cuando se condena a escriturar una venta privada; en este caso, sólo será posible tal medida previa audiencia de los interesados, preservándose así la garantía del debido proceso al darles a ellos la posibilidad de ejercer su defensa y meritar el mejor derecho de los embargantes.

⁶⁰ DTR PBA 2/74, 9/75, 10/91 y 7/94, DRCABA 2080/80 ref. 466, arts. 94 y ss.

si bien la inscripción registral resulta necesaria para asegurar la continuidad del tracto y facilitarle al comprador la realización de los actos de disposición que derivan de su calidad de propietario, la eficacia del acto y su oponibilidad *erga omnes* es consecuencia natural del régimen de publicidad de las subastas y no de la inscripción en el Registro de la Propiedad⁶¹.

En las condiciones expresadas, la inscripción del título del adquirente en la subasta pública no es necesaria para la oponibilidad a terceros, sino para estar legitimado registralmente para transmitir. De cualquier manera, antes de la inscripción, el adquirente podrá enajenar válidamente⁶² y, en su caso, operará la inscripción por tracto abreviado.

3.2. Ejecución especial, ley 24.441. Subasta especial⁶³

La ley 24.441, de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, crea un procedimiento especial de ejecución hipotecaria, modifica el procedimiento de ejecución hipotecaria judicial en la Capital Federal⁶⁴. La ley 1) crea el procedimiento de ejecución hipotecaria, llamado especial⁶⁵, de aplicación en todo el país. En este Título como en otros reviste el carácter de "ley de fondo". 2) Reforma el art. 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁶⁶ para la ejecución de hipotecas en el ámbito de la justicia local. En este artículo tiene carácter de "ley local", de aplicación exclusiva en la CABA. 3) El Título VI -reforma al Código Civil-, con el agregado del segundo párrafo del art. 3936 del Código Civil, dispone: "Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria⁶⁷. 4) Modifica el Código Penal; agrega un inciso al art. 173: "El que encontrándose autorizado para ejecutar ex-

⁶¹ CNCiv., Sala A, julio 1-996, "Consortio de Propietarios edificio Juan B. Alberdi c. Trotta, Élide".

⁶² Cám. 1ª, CC Bahía Blanca, Sala II, marzo 10 de 1981, ED, 94-685.

⁶³ ABELLA, A. *Derecho Inmobiliario registral*, Zavalía, Buenos Aires, 2008, pág. 278.

⁶⁴ Con las modificaciones se privatizan distintas etapas del proceso. La función de juzgar no ha cambiado pero sí el servicio de justicia. El fundamento lo encontramos en que un derecho real de garantía fuerte sirve si está acompañado de una acción privilegiada y, como expresa Carnelutti, a la hora de ser ejecutada cuenta con un procedimiento acelerado.

⁶⁵ Título V, arts. 52 a 67.

⁶⁶ Título IX, art. 79.

⁶⁷ Según las siguientes pautas: a) el procedimiento será el de juicio ejecutivo; b) el trámite informativo sobre las condiciones de dominio y sobre impuestos, tasas, contribuciones y expensas podrá tramitarse de manera extrajudicial, y el estado de ocupación podrá constatarse por acta notarial; c) no procederá la compra en comisión; d) en ningún caso podrá declararse la indisponibilidad de los fondos; e) si fuere solicitado por el acreedor, el juez decretará el desalojo del inmueble antes del remate.

trajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora o maliciosamente omitiera cumplir los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial". El procedimiento de ejecución hipotecaria especial se aplica a las hipotecas con o sin emisión de letras hipotecarias, cuando se haya pactado expresamente, de lo que se dejará constancia en la letra y los cupones. Las partes deben convenir, en forma expresa, el sometimiento a este régimen especial en el acto de constitución de la hipoteca o por acto posterior, que podrá ser hasta la emisión de las letras hipotecarias o la constitución en mora⁶⁸.

Nos pronunciamos a favor del régimen especial y, como fundamento de ello, consideramos los pronunciamientos de la Corte Suprema de la Nación por la constitucionalidad de normas especiales de ejecución privada del Banco Hipotecario Nacional que contenían un procedimiento totalmente extrajudicial, como también los regulados para el Banco Nación Argentina y el Banco de la Provincia de Buenos Aires⁶⁹.

Para iniciar el procedimiento es imprescindible que el deudor esté en mora por un plazo no menor a sesenta días. Operada la mora del deudor es necesario preparar la vía extrajudicial⁷⁰. Se observa que entre las personas a denunciar no figura el tercer poseedor, pues bien pudo garantizarse la deuda con un inmueble ajeno o haberse vendido el hipotecado por el deudor constituyente de la garantía. De todos modos, la existencia de un tercer poseedor habrá de surgir del informe que deberá acompañar el acreedor en la presentación judicial. Empero, de concurrir tal circunstancia, parece que la intimación habrá de cursarse contra él⁷¹. La intimación de pago prevista para la ejecución hipotecaria en el art. 53 de la ley 24.441 no supe el dictado de la resolución que mande llevar

⁶⁸ Alguna jurisprudencia ha interpretado que "la subasta judicial que establece la ley 24.441 requiere como acto esencial y previo, el dictado de la sentencia de remate", acotando que una interpretación diferente tornaría inconstitucional la norma. Cámara Nacional Civil, Sala D, "Saragusti c/Bonifacio", 10/5/2000, LL, 2001-B-703; "Rikower c/Morón", 30/11/2001, JA, 2002-I-645.

⁶⁹ CS, 14/7/67, ED 19-707; CS 7/7/67, ED 20-224.

⁷⁰ Esta fase, regulada en el art. 53, exige la intimación por medio fehaciente al domicilio constituido del deudor para que pague en un plazo no menor de quince días. El requerimiento de pago que realiza el acreedor por medio fehaciente, sin intervención judicial, debe contener: requerimiento de pago y expresa consignación de la suma reclamada; plazo otorgado para pagar; apercibimiento de que si no paga, el inmueble será rematado por el procedimiento especial. En ese acto se intima al deudor a denunciar domicilio de acreedores privilegiados y embargantes, como asimismo a los ocupantes del inmueble hipotecado.

⁷¹ MARIANI de VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*, ed. Zavalía Buenos Aires, 2001.

adelante, con los recaudos de la sentencia de trance y remate, ya que sólo es posible cuantificar la deuda ejecutada a partir de la mencionada resolución⁷².

Presentación judicial

El acreedor se presenta al juez competente con la letra hipotecaria, los cupones o la escritura de hipoteca en la que se haya pactado expresamente la vía extrajudicial para verificar, según expresión de la citada norma, su estado de ocupación. La ley menciona que se acompañará también certificado de dominio del bien gravado, siendo en realidad un informe de dominio⁷³. El requisito del informe de dominio permite conocer si existe el llamado "tercer poseedor"⁷⁴.

En el escrito de presentación, el acreedor solicitará que se ordene realizar la verificación y estado físico y de ocupación del inmueble hipotecado. El juez dará traslado al deudor por el término de cinco días y si el deudor no contesta el traslado, el juez decidirá seguir adelante con el trámite. El deudor podrá, en esta oportunidad, oponer las excepciones del art. 64, y será también la oportunidad para las defensas al poseedor con mejor derecho, pese a que la ley no prevé defensa alguna. El lanzamiento no se suspende salvo que el deudor oponga las excepciones previstas en el art. 64, a saber: a) que no esté en mora, b) que no haya sido intimado de pago, c) que no se hubiera pactado la vía elegida y d) que existieran vicios graves en la publicidad⁷⁵.

Superada la etapa de las excepciones, el juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación del inmueble y se intimará su desocupación. No verificada la desocupación se procederá al lanzamiento. Para las diligencias se acepta al escribano propuesto por el acreedor y continúa el proceso extrajudicialmente. Esta intervención judicial es imprescindible para continuar con el procedimiento especial y permite distinguir que la ejecución no es totalmente extrajudicial.

⁷² CNCiv., Sala D, 2002/2/06, "García L. A. Conductos y sistemas S.A.", DJLL, 2002-2-1005.

⁷³ Art. 54 de la ley 24.441.

⁷⁴ Es tercer poseedor, el adquirente del inmueble hipotecado con posterioridad a su constitución, según lo previsto en los arts. 3162, 3163 y 3164, CC. También es tercer poseedor el constituyente de la hipoteca en garantía de la deuda de un tercero, no-deudor de la obligación garantizada, previsto en el artículo 3121, CC.

⁷⁵ MARTINEZ, Oscar. "La privatización de ciertas actividades procesales. Límites y posibilidad", JA, 2001-III, pág. 112. También la inhabilidad de título, la inexistencia o falsedad, son oposiciones que podrán ser presentadas por el deudor. Claro que la decisión sobre la procedencia de estas excepciones será de resorte exclusivo del juez. El juez ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta. La oposición tramitará por el procedimiento más abreviado de la ley local. Martínez dice que la oposición se abre para evitar el lanzamiento y la ejecución que son los verdaderos actos de ejecución pura, pero se encuentra sumamente desdibujada al punto de aparecer como más cerca de un procedimiento unilateral con algunos amagos de bilateralidad.

Estimamos conveniente la publicidad registral de la iniciación de las actuaciones. Dicha publicidad podrá efectuarse dejando constancia en asiento de medida cautelar rogada⁷⁶. El lanzamiento del inmueble es una opción del acreedor, pues podrá optar por subastar el inmueble ocupado, en cuyo caso la desocupación operará con posterioridad a la subasta, por incidente a cargo del comprador.

De acuerdo a los arts. 55 y 56, para completar las diligencias previas y proceder al remate del inmueble, se faculta al acreedor para: a) Requerir del respectivo Registro de la Propiedad Inmueble la expedición de un informe de dominio e inhibiciones del inmueble a rematar. b) Solicitar la expedición de un segundo testimonio del título de dominio, a costa del ejecutado. Deberá, para ello, acreditar el carácter de acreedor y certificación de que la ejecución se encuentra en trámite. c) Pedir que se extiendan las certificaciones de deudas que pudieran existir con relación a impuestos, tasas, contribuciones y expensas de la propiedad horizontal, bajo apercibimiento de que si no se cuenta con esas liquidaciones en un lapso de diez días a partir de la recepción de la solicitud, el inmueble podrá ser rematado como si estuviera libre de deudas.

El acreedor ordena por sí y sin intervención judicial, la venta del mismo en "remate público", por intermedio del martillero que él designe y con las condiciones usuales en plaza⁷⁷. A fin de llevar adelante el remate se publicarán edictos por tres días en el Boletín Oficial y dos diarios de gran circulación, uno al menos del lugar de ubicación del inmueble. El último de los edictos deberá ser publicado con una anticipación no mayor a dos días a la fecha fijada para el remate. La ley no contempla la publicidad registral de la subasta⁷⁸.

⁷⁶ La ley 24.441 pone a cargo del notario incumbencias con la finalidad de acelerar el proceso, economizar gastos y descomprimir la tarea de los tribunales. Respondiendo a estos presupuestos el servicio de justicia cambia con el objetivo de privatizar etapas del proceso. Entre las tareas encomendadas en la ley al escribano, debemos distinguir las de constatación e intimación, que son propias de la actividad notarial, de las de ejecución y coerción que son actos que corresponden y proceden únicamente por orden judicial. A esos fines el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, violentar cerraduras, y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble a costa del deudor. Arts. 54 y 79.

⁷⁷ El protagonismo del acreedor y el escribano desplaza al martillero como auxiliar judicial, pero se siguen contemplando en el régimen legal que comentamos disposiciones análogas a las propias de las ejecuciones comunes, como las que giran en torno de las alternativas que suscita el remate fracasado y el supuesto de actitud de postor remiso.

⁷⁸ El art. 59 requiere que el deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada sean notificados de la fecha del remate por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día en que aquél se realizará. Nada dice el art. 59 de la notificación a los embargantes, como tampoco lo hace el 3196, CC, que prevé la citación de los acreedores hipotecarios. El art. 59 se refiere a titulares de derechos reales.

Subasta

En el remate estará presente el escribano, quien labrará acta. Es fundamental documentar las actuaciones que se realizaron por acta notarial para la posterior protocolización. Si el acreedor hipotecario resultara adquirente, procederá a compensar su crédito. Cuando el comprador no abona la totalidad del precio en tiempo, también se debe efectuar un nuevo remate. En este caso aquél deberá responder por los gastos ocasionados, los intereses acrecidos y el menor precio que se obtenga en el nuevo remate. El remate se refleja en un acta notarial, que debe ser lo más detallada posible⁷⁹.

Venta. Perfeccionamiento

Según el art. 63 de la ley en estudio: "... la venta quedará perfeccionada sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66 una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito"⁸⁰.

Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador, en caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada, deberá ser realizada con intervención del juez aplicándose en lo pertinente el art. 54.

Comprende no sólo a los acreedores de hipotecas constituidas con posterioridad a la que motiva la ejecución sino aun a las anteriores, en los casos de hipotecas en segundo grado. También a los titulares de servidumbres activas y a los usufructuarios, usuarios y habitantes del inmueble en cuestión. Si el inmueble se encuentra sujeto a una servidumbre predial pasiva, tal situación acompañará al inmueble aun en los casos de subasta extrajudicial. Lo mismo ocurrirá si existe un usufructo constituido sobre el inmueble cuya nuda propiedad puede ser objeto de hipoteca. Se subastará, en este caso, sólo la nuda propiedad sobre el inmueble.

⁷⁹ MARTINEZ, Oscar. *Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación*, 4^o Ed. Act. 1987, Desalma. La subasta", pág. 123, pág. 956 y sgts. quién dice. "Como si se tratara de un regreso a los orígenes, la intervención del notario levantando acta de subasta sobre el acto de remate, era de práctica en el derecho patrio y fue el antecedente que Vélez Sársfield tuvo en cuenta al disponer que la escritura pública no es necesaria a los fines de la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles si deriva de una subasta judicial".

⁸⁰ Si hay más acreedores el pago, éste se hace al martillero interviniente quien depositará el saldo a la orden del juez -descontada su comisión-. El juez debe citar a todos los acreedores y distribuir el importe obtenido. En el procedimiento especial no hay auto que ordena y que aprueba la subasta. Aconsejamos documentar por acta notarial la entrega de la cosa al comprador y acta de recibo de saldo de precio.

La venta, en cuanto contrato, queda perfeccionada en el instante en que el martillero acepta la última postura. La misma quedará perfeccionada con el único requisito del pago del precio en el plazo pactado. En cambio la transmisión dominial se opera con la tradición traslativa del dominio⁸¹. Si el acreedor hipotecario resulta adquirente en la subasta del inmueble hipotecado y ya se encontraba con la tenencia del bien, por virtud de lo dispuesto en el art. 598 CPC (texto ley 24.441), resulta innecesario un nuevo desplazamiento de la cosa para entregarle la posesión, pues la tradición tiende a investir el poder sobre la cosa y es innecesaria cuando la relación real puede establecerse sin desplazamientos⁸².

Protocolización de actuaciones

La protocolización de actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, no siendo necesario que sea el designado por el juez para las diligencias que menciona el art. 54. Asimismo, será extendida sin que se requiera la comparecencia del ejecutado, y deberá contener: a) la intimación al deudor en los términos del art. 53; b) la notificación del art. 59; c) la publicidad efectuada; d) el acta de subasta. Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo. El art. 598 CPCCN establece en su inciso 7 que “no procederá la compra en comisión ni la indisponibilidad de los fondos de la subasta. No obstante el juez podrá pedir caución suficiente al acreedor”.

Registro

La adquisición en subasta especial será oponible a terceros una vez realizada la inscripción registral del testimonio del acta protocolar de las actuaciones (art. 63, ley 24.441 y conf. art. 2505 CC.).

3.3. Ejecución extrajudicial

Las Cartas Orgánicas del Banco de la Nación Argentina y del Banco de la Provincia de Buenos Aires, regulan un procedimiento de ejecución extrajudicial similar al que regulaba la carta orgánica del ex Banco Hipotecario Nacional⁸³. Las instituciones tienen las siguientes facultades: 1) Sin juicio y al mejor postor se vende el inmueble con la base de la deuda. 2) El remate se ejecuta

⁸¹ ALTERINI, Jorge; Corna P.; Angelani, E. y Vázquez, G. *La hipoteca ante la inoponibilidad de la quiebra*, pág. 32.

⁸² CNCiv., Sala F, 7/7/98, “Banco Tornquist S. A. v. Chilelli, María N.”, LL, 1998D-245.

⁸³ Por el art. 15 de la ley 24.855, fue privatizado el Banco Hipotecario. El art. 28 inc. b derogó su carta orgánica.

por decisión del Banco. 3) El Banco podrá por sí solo requerir el auxilio de la fuerza pública para tomar posesión del inmueble hipotecado; colocar banderas y carteles de remate; hacer que los interesados y rematadores lo examinen y dar, en caso de venta, la posesión a los compradores, no obstante la oposición de los propietarios u ocupantes, cualquiera sean sus títulos. 4) Desalojar a los ocupantes. La desocupación se formaliza con intervención notarial a requerimiento del representante del Banco. 5) La venta queda sujeta a aprobación del Directorio. 6) Aun en caso *de embargo o concurso el banco puede rematar. 7) Bajo su responsabilidad puede solicitar el levantamiento de las inhibiciones, embargos y segundas hipotecas al solo efecto de escriturar.* Los jueces bajo ningún motivo podrán suspender o trabar el procedimiento del Banco para la venta en remate de los inmuebles hipotecados, a menos que se trate de tercerías de dominio, ni acordar término al deudor, ni detener por oposición de un tercero la percepción del crédito del Banco. En estos casos entendemos que *es necesaria la escritura pública de compraventa, otorgada por el acreedor como apoderado del vendedor*, quien también entrega la posesión libre de ocupantes, ya que en la escritura de hipoteca se otorga poder irrevocable para llevar adelante la venta de inmueble según el ordenamiento previsto en la carta orgánica. Si fracasa el remate, la adjudicación debe ser pedida judicialmente. En ese caso el juez debe otorgar la escritura y el precio de la compraventa será el del último remate fracasado⁸⁴.

Los Registros de Hipotecas, embargos e inhibiciones levantarán, sin más trámite, a pedido del Banco y bajo su responsabilidad, toda inhibición, embargo, segunda hipoteca o cualquier otro gravamen que pese sobre el inmueble vendido, al solo efecto de la escrituración, quedando dicho inmueble sin otro gravamen que el que reconozca a favor del Banco. La Corte Suprema resolvió: "...la facultad del banco de vender por sí y ante sí los bienes hipotecados comporta una seguridad insustituible para los intereses de la institución, que no deben ser perturbados ni perjudicados por las complicaciones ni dilaciones de los trámites judiciales"⁸⁵.

3.4. Ejecución hipotecaria en caso de emisión de pagarés o letras hipotecarias

La ejecución hipotecaria en caso de haberse librado pagarés hipotecarios puede intentarse con base al o a los pagarés, o con el título hipotecario acom-

⁸⁴ Ley 21.799, Banco de la Nación Argentina, 18 de mayo de 1978; art. 29 ley 25.299.

⁸⁵ CSJN, "Jaralambides", 30/10/86 JA 1989 I, pág. 790.

pañado con los pagarés para demostrar que no fueron negociados. La letra de la ley 24.441 confiere al tenedor una acción ejecutiva que puede intentar por la vía especial o la ejecución hipotecaria judicial. Los requisitos de presentación de la letra hipotecaria escritural para la ejecución especial serán cumplidos con la presentación del certificado de titularidad con las enunciaciones y con la copia del instrumento previsto en el art. 7º del Decreto, y asimismo, con la presentación del saldo de deuda extendido por la entidad que tenga a su cargo la administración del crédito; ello sin perjuicio de la presentación del certificado de dominio⁸⁶.

4. EMERGENCIA ECONÓMICA: REESTRUCTURACIÓN DE LOS CRÉDITOS

La ley 25.561, en vigor desde el 6 de enero de 2002, marca el comienzo de la etapa de emergencia pública, social, económica, financiera, cambiaria y administrativa. Se dictaron sucesivos decretos y leyes vinculados a regulaciones específicas, objeto de la política financiera, monetaria y crediticia, social y comercial⁸⁷, que determinaron premisas evidentes: 1) la autonomía de la voluntad y sus restricciones legales; 2) leyes de emergencia: su razonabilidad; proporcionalidad, temporalidad; 3) la incidencia de las medidas político-económicas en las relaciones jurídicas; 4) reajuste equitativo, equidad y solidaridad; 5) desgracia común, la distribución igualitaria; 6) la seguridad jurídica imprescindible en un estado de derecho.

El Poder Judicial y el operador jurídico trataron de solucionar los conflictos generados por la reprogramación y la pesificación asimétrica. Una vez más el efecto inmediato del acto del príncipe se inmiscuye en las relaciones jurídicas de los particulares fijando nuevas pautas⁸⁸. La ley 25.561 modificó el régimen cambiario⁸⁹.

⁸⁶ El saldo deudor extendido por la entidad que tenga a su cargo la administración del crédito deberá contar con las firmas conjuntas del gerente y del contador. Idénticos recaudos se adoptarán para los certificados de titularidad expedidos por los bancos que actúen como personas a cargo del registro.

⁸⁷ Dec. 30, 50, 71, 214, 260, 320, 410, 469, 704, 740, 762, 1242/2002, 1284/03; Comunicaciones A 3481, 3507, 3561, 3562, 3686/2002 y las leyes 25.563; arts. 9º y 16, 25.589, 25.640, 25.642, 25.798, 25.908, 26.084, 26.167, 26.313, 26.262. La ley 26.313 norma complementaria de la ley 25.798, en vigencia el 21 de noviembre de 2007, regula el procedimiento para la reestructuración de los mutuos hipotecarios, la suspensión de ejecuciones, las excepciones.

⁸⁸ Ver Análisis de la Ley de convertibilidad y su incidencia en los contratos en Nuta, Ana; Abella, Adriana y Navas, Raúl. *Obligaciones Dimerarias, Ley de convertibilidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994. Fallos CS. "Ercolano c. Lantieri", pasado por "Horta c. Harguindegui, Avico c. de La Pesa", y en un rápido vuelo "Camacho, Peralta, Smith, Rinaldi, Lama".

⁸⁹ El Título III trata de las modificaciones a la ley de convertibilidad. Se derogan los arts. 1º, 2º, 8º, 9º, 12 y 13 de la ley 23.928, con las modificaciones incorporadas por la ley 25.445. Se

Se mantiene en vigor la ley que dice que la obligación en moneda extranjera es una obligación dineraria y si se contrata en determinada especie o calidad de moneda, se cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento, así como la prohibición de toda cláusula de actualización, pero se establecen el CER y el CVS, coeficientes de actualización para los depósitos y los créditos pesificados. En ese marco prohíbe la indexación de deudas en pesos, antes y después de la ley de emergencia, y sólo se la admite para las deudas pesificadas⁹⁰. Con la advertencia de que la presente ley es de orden público, ninguna persona puede alegar derechos irrevocablemente adquiridos. Se deroga toda otra disposición que se oponga a lo dispuesto en ella⁹¹.

El sistema de refinanciación hipotecaria introducido por la ley 25.798, sancionada el 5 de noviembre de 2003, promulgada el 6 de noviembre y con vigencia a partir del 8 de noviembre de ese mismo año, ha sido modificado por la ley 25.908 y "aclarado e interpretado" por la ley 26.167, con el objeto de la implementación de mecanismos de refinanciación de los mutuos hipotecarios que se ajusten a determinadas características que el cuerpo de normas sobre el tema especifica. Las leyes 26.167, 26.497, y 26.313, establecen cuáles son los mutuos a los que les resulta aplicable el régimen legal, con limitación a los que tuvieron por destino la adquisición, mejora, construcción y/o ampliación de vivienda, o la cancelación de mutuos constituidos originalmente para cual-

modifica el texto de los arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la ley 23.928. El Título I trata la declaración de emergencia pública, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional. Se delegan en el Poder Ejecutivo las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican, que son: "1. Proceder al reordenamiento financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º". El Título II trata del régimen cambiario y establece que "El Poder Ejecutivo queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias". El impacto producido por la modificación de la relación de cambio dispuesta en el art. 2º de la ley es tratado especialmente a partir del Título IV; fue dividido en capítulos que desarrollan cuestiones que nos permiten distinguir: a) De las obligaciones vinculadas con el sistema financiero; b) De las originadas en los contratos de la administración regidos por normas del derecho público; c) De las obligaciones por contratos entre particulares, no vinculados con el sistema financiero.

⁹⁰ La ley y el decreto 214 establecen la pesificación forzosa de las obligaciones en moneda extranjera de las relaciones jurídicas que describen en su articulado, anteriores a su entrada en vigor. Por el decreto 762 se pacta la actualización por el CVS de créditos pesificados personales de hasta \$12.000 y prendarios de hasta \$30.000.

quiera de los destinos mencionados y sus mecanismos propios según el caso. En concreto, los créditos garantizados sufrieron las modificaciones necesarias para que las deudas originariamente contraídas en dólares debieran ser abonadas en pesos. Esto significó la reestructuración o refinanciación de las deudas contraídas.

La realidad es que ante una norma de orden público que afecta a la obligación de fuente contractual, el acreedor trata de cuestionar su constitucionalidad para sostener su derecho a recibir la moneda pactada en el contrato o encaminarse a la reestructuración de la obligación conforme lo marca el legislador, compartiendo equitativamente los efectos de la alteración de la relación de cambio. Cuando la parte cumplidora, con invocación del esfuerzo compartido, solicita la morigeración del impacto perjudicial que su aplicación lisa y llana provoca en las relaciones privadas, la tarea de los jueces es examinar en qué forma se reconstruye el sinalagma contractual desquiciado y así procurar una distribución razonable de los costos, que no incline la balanza de pagos ni le imponga el mayor sacrificio a la parte inocente⁹². La Corte Nacional resolvió: "La aplicación de las pautas establecidas en el art. 6º de la ley 26.167 a efectos de determinar el monto de la deuda resultante de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares en divisa extranjera y por un monto inferior a los \$100.000 en el que el deudor tenga comprometida su vivienda única y familiar, revelan que el legislador optó por proteger en mayor medida a los deudores hipotecarios cuyos hogares estuviesen en riesgo de ser ejecutados como consecuencia de la crisis económica, y tal decisión resulta coherente con el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto contempla la protección de la familia y el acceso a una vivienda digna... Ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios puedan ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar, entre las cuales debe incluirse a las leyes 25.798, 25.908 y 26.167, obedecen a un propósito de justicia, y la razonabilidad de las mayores restricciones que aqué-

⁹¹ ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 203.

⁹² También se apreciará: a) la época en que se celebró el negocio, b) si el deudor incurrió en mora, y cuánto tiempo, c) si las partes tuvieron en miras la contingencia de la desaparición de las bases contractuales por causas sobrevinientes y externas a la voluntad común y, en su caso, d) si previeron concretamente la forma en que se adjudicarían los riesgos en el caso de desaparecer la base del negocio, e) el tipo de interés aplicable, f) el destino del inmueble afectado en garantía del pago y las restantes particularidades que surgen de la convención.

llas imponen al derecho de propiedad del acreedor, debe valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse⁹³.

Entonces la ley distingue las hipotecas en moneda extranjera anteriores al 6 de enero de 2002, que se pesifican y, según el destino del préstamo y los montos, se aplican índices de corrección (CER o CVS según los casos); de las posteriores a esa fecha, a las que es factible pactarlas en moneda extranjera, manteniendo la prohibición de toda cláusula de ajuste. También el régimen de emergencia diferencia entre las hipotecas que garantizan mutuos tomados en el sector financiero, las que garantizan obligaciones originadas en contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero.

Las distinciones que hace el sistema de refinanciación hipotecaria, creado por las leyes de emergencia, en lo que atañe al ingreso de los distintos tipos de acreedores, no vulneran la garantía de igualdad ante la ley, pues responden a una diferenciación entre situaciones jurídicas diversas según ha resuelto la jurisprudencia. Tratándose de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares en el que el deudor tiene comprometida su vivienda única y familiar, y el acreedor conoce el motivo de la contratación, debe aplicarse el instituto de la frustración del fin del contrato, en virtud del cual el juez se encuentra autorizado a revisarlo para lograr que el acreedor obtenga la natural satisfacción de su crédito con el límite del razonable cumplimiento de aquella finalidad. Resulta inoponible la cláusula convencional que prohíbe invocar la imprevisión en el marco de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares en el que el deudor tiene comprometida su vivienda única y familiar, toda vez que se trata de un contrato que puede ser calificado dentro de una relación de consumo fácilmente identificable, así como un supuesto de afectación de derechos fundamentales, lo cual permite su declaración de abusividad. Resulta aplicable el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente -art. 1198, Código Civil-, ya que *la declaración de emergencia económica y la devaluación de la moneda nacional constituyen un hecho que no sólo era imprevisible de acuerdo al nivel de información que una persona razonable habría tenido al momento de contratar, sino que era inevitable frente a una diligencia normal.*

Así también en ese marco ocurre la suspensión de las ejecuciones que afectaron tanto a las obligaciones pactadas en moneda extranjera como a las pactadas en moneda nacional, cuando tengan por objeto la subasta de la vivien-

⁹³ CSJN “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”, 15/03/2007, La Ley 20/03/2007, 7; “Souto de Adela M. c. Martorano”, La Ley 22.8.2007. “Bustos A. y otros” CSJN 26.10.2004, La Ley 2004 F, 713, “Massa J. c. Poder Ejecutivo Nac.”, 27.12.2006, La Ley 2007-A.

da del deudor o los bienes afectados a la producción, comercio y prestación de servicios, en especial, de micro, pequeña y mediana empresa.

En esa panorámica muchos casos se resuelven extrajudicialmente con la intervención oportuna del operador jurídico que asesora a las partes a fin de evitar el litigio y mayores costes, y el acuerdo arribado en el que se formaliza la reestructuración o refinanciación de la deuda principal es celebrado en escritura pública a fin de no afectar su validez formal. La solución, que finalmente es una cuestión de índole práctica, amerita su valoración en cada caso concreto.

5. REFLEXIÓN FINAL

El derecho real de hipoteca en Argentina impone la existencia de dos derechos, el crédito -derecho personal- y la hipoteca -el derecho real- e integra el grupo de derechos reales accesorios de garantía.

Las normas que rigen la hipoteca son estatutariamente de orden público. La convencionalidad, la accesoriedad y la especialidad en cuanto al objeto y al crédito son caracteres esenciales, exigibles y necesarios para que sea válida. La indivisibilidad de la hipoteca en cuanto al crédito y en cuanto al inmueble es un carácter que no es de su esencia.

El derecho real de hipoteca se constituye por convención formal y garantiza a *determinado crédito* que debe estimarse en una suma de dinero. La especialidad crediticia hipotecaria consiste en fijar la responsabilidad hipotecaria y marca el grado de la afectación patrimonial que consiente el dueño del inmueble.

La accesoriedad de la hipoteca *impone la necesaria existencia de una obligación lícita, y válida*, aun cuando no sea actualmente exigible, para la supervivencia del derecho real. La indeterminación de los créditos garantizados vulnera principios estatutarios de los derechos reales -el rango de avance y el *numerus clausus*-.

El registro inmobiliario es un registro de títulos. Los datos que contiene el asiento de hipoteca son los necesarios para que el tercero conozca su existencia.

El registro del título de hipoteca la hace oponible a terceros interesados de buena fe, con todas sus cláusulas, independientemente de técnica de inscripción. No se registran cláusulas sino títulos. La publicidad del asiento se complementa mediante el acceso a la respectiva escritura de hipoteca.

La oponibilidad de la hipoteca se produce sin necesidad de la inscripción registral respecto de las partes; sus herederos, el escribano, los testigos del acto, los terceros desinteresados y los interesados de mala fe.

Los sistemas de ejecución hipotecaria en la República Argentina se clasifican en judicial, especial o mixto, y extrajudicial. En las ejecuciones judiciales con la demanda fundada en el título hipotecario se solicita el embargo del inmueble, el que es registrado a fin de dar a conocer la existencia del juicio ejecutivo. Se publicita en el registro el auto que ordena la subasta. La publicidad registral se complementa por la vía edictual.

En la ejecución especial se privatizan algunas instancias del proceso.

Las ejecuciones extrajudiciales, consentidas por el deudor, se encuentran previstas en las cartas orgánicas de los bancos oficiales y suceden fuera del ámbito jurisdiccional.

En situación de emergencia económica la pesificación de los créditos garantizados con hipoteca sufrieron las modificaciones necesarias para que las deudas originariamente contraídas en dólares debieran ser abonadas en pesos. Esto significó la reestructuración o refinanciación de las deudas contraídas. El régimen tiene por objeto la implementación de mecanismos de refinanciación de los mutuos hipotecarios que se ajustan según las características legales.