

Necesidad o conveniencia del embargo como medida previa a la subasta en juicio ejecutivo, del inmueble hipotecado en garantía del crédito que se ejecuta

Por los Dres. JOSÉ OSVALDO D ALESSIO ()*

y CÉSAR D. YAÑEZ ALVAREZ ()*

I. — **PRELIMINAR:** *Efectos de la Hipoteca con Relación a las Facultades de Enajenación del Deudor; Medidas Cautelares que el Acreedor puede Solicitar.*

DE conformidad con lo que establece el art. 3157 del Código Civil y salvo la limitación que resulta de la imposibilidad de llevar a cabo actos que disminuyan el valor de la garantía, “el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes del derecho de propiedad”; es decir que, en principio, y con exclusión de las limitaciones que surgieran de cláusulas contractuales y de la ya mencionada, el deudor puede ejercer todos los actos de administración y disposición inherentes a su derecho de propiedad.

En consecuencia, continúa en el uso y goce normal de la propiedad; puede constituir sobre ella cualquier servidumbre personal o real, como así también nuevas o segundas hipotecas; realizar los actos jurídicos que desee y aún los materiales que no afecten (con-

(*) Profesor de Derecho Procesal II y del 2º Ciclo de Práctica Forense.

(*) Profesor de Práctica Forense.

dición indispensable) los derechos del acreedor hipotecario, los cuales sólo deben conceptuarse lesionados cuando exista una alteración de la garantía prevista o sea del inmueble hipotecado; y puede además —lo que interesa sobremanera a los fines de esta monografía— *enajenarlo o donarlo* ⁽¹⁾, derecho que, a su vez, *pueden ejercer en forma ilimitada los sucesivos adquirentes*.

Consecuente con este sistema, el art. 1174 establece que las cosas hipotecadas pueden ser objeto de los contratos; los artículos 3162 y siguientes reglamentan los derechos y obligaciones del tercer poseedor propietario del inmueble que, por no haberse producido a su respecto una delegación perfecta, no asume el carácter de “deudor” a título personal de la obligación principal a que accede la hipoteca, sino el del sujeto pasivo, por la naturaleza real de aquélla, de la realización de la cosa de que es propietario; y el art. 1433 consigna, paralelamente, que el comprador no puede negarse a pagar el precio del inmueble comprado por aparecer hipotecado, siempre que la hipoteca pueda ser redimida por él o por el vendedor.

Cuando el deudor, saliendo del marco de las limitaciones apuntadas, realice actos que impliquen una disminución de la garantía, puede el acreedor solicitar las medidas precautorias que contemplan los artículos 3158 y siguientes del Código Civil, medidas que pueden llegar inclusive al embargo del bien. En la faz ejecutiva, cuando se persigue el cumplimiento forzado de la obligación principal, el embargo puede ser de carácter preventivo (arts. 443 y siguientes del Código de Procs.) o ejecutivo (id. art. 471 y concordantes), los que, en caso de existir otros bienes y salvo estipulación en contrario, deberán hacerse efectivos en primer lugar sobre el inmueble hipotecado (id. art. 479).

II. — PLANTEO DE LA CUESTIÓN.

Si bien nadie niega el derecho del acreedor hipotecario de obtener, en caso de ejecución, el embargo preventivo o ejecutivo del inmueble gravado, no existe uniformidad en cuanto a si esa facultad permanece siendo tal en todas las etapas del juicio ejecutivo o si, por el contrario, aquélla medida se hace indispensable en determinado momento de su desarrollo.

Prescindimos de analizar en este breve comentario la cuestión relativa a si, en general y cualquiera sean las características del proceso ejecutivo, el embargo es trámite ineludiblemente previo a la citación de remate o al pronunciamiento de la sentencia

(1) Cammarota, “Tratado de derecho hipotecario”, 2ª ed., Bs. As., 1942, Nº 206, p. 212.

por tradición llamada de "trance y remate", limitándonos solamente a examinarla —tanto en su aspecto, práctico como teórico— con relación a su necesidad, conveniencia o superfluidad respecto del *cumplimiento* de dicha sentencia, o sea a la realización de la subasta del bien sobre cuyo producido se hará efectivo el pago al acreedor, refiriéndonos, en particular, al caso en que media derecho real de hipoteca.

III. — ORIENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE LA CAPITAL FEDERAL. *Fundamentos.*

Es práctica invariable y virtualmente uniforme de los tribunales ordinarios de la capital federal —consagrada en distintos pronunciamientos de la Cámara Civil (2)— *no exigir* el embargo del inmueble hipotecado para ordenar su subasta, bastando para ella que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente las condiciones de su dominio.

Los fundamentos de esta orientación consisten en que: a) la naturaleza del derecho real de hipoteca y la consiguiente facultad reipersecutoria de que goza el acreedor, legitiman su acción directa e inmediata sobre el inmueble gravado; b) que el embargo previo a la venta del bien, no está impuesto por ninguna norma legal, sin que quepa inducirla de preceptos generales sobre el desenvolvimiento de la ejecución, con posterioridad a cualquier sentencia de remate; c) que la individualización de la cosa objeto de la ejecución, como finalidad del embargo, ya existe en la hipoteca, cuya constitución, exige, como presupuesto, la plena determinación del inmueble (art. 3109 Cód. Civil); y d) que la imposibilidad de que el bien salga del dominio del deudor, es cuestión que afecta al derecho del acreedor y a su modo de ejercerlo —que por lo mismo, puede o no solicitar la traba del embargo, tomando a su cargo los riesgos consecuentes— pero que no hace al planteo de la cuestión examinada.

IV. — LA TESIS CONTRARIA.

La crítica de esta tendencia —contra la que ya se manifestara en desacuerdo Salvat (3), y con la que parecen disentir Podetti (4) y Fernández (5)— ha sido afrontada, a nuestro juicio con éxito, por Acdeel E. Salas y Alberto D. Molinario en sendas notas

(2) CN Civil, Sala C, 4/11/1954, J. A., 1955-II-268 y L. L., 77-589; id., Sala A, 8/8-1956, J. A., 1957-II-277 y L. L. 85-23; id., Sala C, 25/2/1957, L. L. 87-71.

(3) "Tratado de Derechos Reales", 4ª ed., Nº 2396, T. IV, pág. 213.

(4) "Tratado de las ejecuciones", Nº 172, pág. 320.

(5) "Tratado de la Hipoteca..." Bs. As., 1941, Nº 549, T. I., pág. 369.

a los fallos citados ⁽⁶⁾, sosteniendo que, por el contrario, “el embargo es trámite esencial en el cumplimiento de la sentencia de trance y remate, aun cuando se trate de un juicio ejecutivo en el que se persigue la realización de un crédito garantizado con hipoteca”.

Coincidimos sustancialmente con la orientación del último de los nombrados, a cuyos bien fundados argumentos poco queda por agregar ⁽⁷⁾.

a) En primer lugar, nos parece fundamentalmente erróneo hablar de “acción directa e inmediata del acreedor sobre el inmueble afectado para hacer efectivo su crédito” —como hacen los fallos citados— puesto que el ejercicio de la acción no se concibe fuera de la tutela jurisdiccional de los derechos —presupuesto básico del proceso y que obedece al sistema de prohibición de la justicia por mano propia— la que necesariamente debe de llevarse a cabo de conformidad con las normas que, para su actuación, prevé el ordenamiento procesal que puede, válidamente, exigir el cumplimiento de un requisito de la naturaleza del que nos ocupa.

b) El proceso ejecutivo, aún en aquellos casos en que media un gravamen hipotecario, no importa sino el ejercicio de una acción personal (pretensión de cobro de la deuda principal) según el criterio predominante en la doctrina y la jurisprudencia actuales ⁽⁸⁾, adquiriendo los caracteres de una acción real únicamente en los casos en que el bien afectado por la garantía, ha pasado al patrimonio de terceros, y ello tan sólo en cuanto éstos deben tolerar la realización del inmueble de su propiedad.

c) La orientación criticada carece de todo otro sustento. La doctrina sentada por el fallo plenario del 11/4/918 “in re” “Banco El Hogar Argentino c/Delacroix, Pedro M. y Julio P.” ⁽⁹⁾, según el cual el embargo dentro del juicio ejecutivo es un trámite establecido en favor del acreedor, que éste puede renunciar en cualquier momento, aún después de haber solicitado su traba y ser ordenado por el juez, como así también la de los autores y jurisprudencia que lo siguen, no contempla el aspecto parcial que nos ocupa, sino el embargo como previo a la citación de remate o a la sentencia (ver supra, II).

d) En cuanto a que el embargo no está impuesto por ninguna norma legal (supra, III, b]), de los artículos 471, 473, 476 a 482, 508, 509, 510, 518, 529 y concordantes del Código de Procedimientos, resulta por el contrario que él es ineludible en todos los casos, si no como previo a las oportunidades señaladas precedentemente

(6) J. A., 1955-II-269 y J. A., 1957-II-277, respectivamente.

(7) De acuerdo también Morello, “Juicios Sumarios”, La Plata, 1958, págs. 81|82, Nº 131.

(8) Fernández op. cit. t. 1, Nº 675-IV; CNCiv., Sala F, 24-12-1959; L. L. 99-804, re-seña 5117-S.

(9) J. A. 1/472.

—tesis por demás discutida y discutible— al menos como previo a la subasta del bien.

Así, siendo el instrumento presentado, de los que tienen fuerza ejecutiva, el juez librará “mandamiento de embargo” (art. 471), salvo que éste deba hacerse efectivo sobre inmuebles, caso en que bastará su anotación en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (art. 473); en los demás casos se procederá conforme señalan los artículos 476 a 481. Consentida la sentencia, se procede al pago si lo embargado fuere dinero (art. 508), a su venta si fuesen muebles (art. 509) o a su tasación o verificación del avalúo fiscal y posterior subasta, si fuesen inmuebles (art. 510, modificado por la ley 14.237, art. 61, ap. 2). El 518 contempla expresamente el caso de que ellos hubieran sido embargados siguiendo las previsiones del art. 479 (bienes dados en prenda o hipoteca). Finalmente, según el 529, las tercerías de dominio o mejor derecho, sólo pueden referirse a los “bienes embargados”.

e) Y aun cuando, indiscriminadamente, se entendiera que en todos estos supuestos sólo se preveen facultades de ejercicio optativo por el acreedor (supra III, d]) a la solución contraria se llega por la aplicación de los principios generales que no pueden ser desestimados (id. III, b]), cuando es la propia ley la que ordena recurrir a ellos cuando media negocio que no pueda resolverse ni por sus palabras ni por su espíritu (art. 62 Cód. de Procs. y 16 Cód. Civil).

En efecto, dijimos ya que la hipoteca no afecta las facultades de disposición del deudor hipotecario, y menos aún la de sus sucesores a título singular; reconocérselas simultáneamente al juez que ordena el remate, contraviene el espíritu de los artículos 2508 y 2401 del Cód. Civil, según los cuales, dos personas no pueden cada una en el todo, tener el dominio de una cosa, ni sobre ésta pueden concurrir dos posesiones iguales y de la misma naturaleza. Por ello, el remate no puede llevarse a cabo, mientras, por un acto formal, el bien no haya salido de la potestad jurídica del deudor para incorporarse a la del juez que haya de ordenarlo⁽¹⁰⁾. Y la única forma como puede él tenerlo a su disposición, es mediante el embargo, ya que, una vez trabado éste, se produce la indisponibilidad relativa que, entre otras consecuencias, origina la imposibilidad de que su titular pueda hacer válidamente tradición de la cosa⁽¹¹⁾.

Este es el verdadero efecto del embargo, desde que, como señala el mismo autor, la individualización del bien, no es una consecuencia (supra, III, c]) sino un *requisito* previo ineludible de su traba; no individualizada la cosa sobre que debe recaer, no

(10) Couture. “Fundamentos...”, 8ª ed., pág. 471.

(11) Molinario, nota citada

es el embargo el que procede, sino la inhibición general del deudor de vender o gravar sus bienes (Cód. Procs., arts. 461 y 474).

V. — ASPECTO PRÁCTICO DE LA CUESTIÓN.

De admitirse la posibilidad de la venta sin previo embargo, se siguen las siguientes consecuencias:

a — Pueden llevarse a cabo enajenaciones, con posterioridad a la fecha de la certificación del dominio, surgiendo así la presencia de nuevos terceros poseedores.

Si se los intima de pago o abandono, dando cumplimiento a las previsiones de los arts. 3162 y sgtes. del Código Civil, como las transferencias son ilimitadas, se prolonga indefinidamente la realización de la subasta, con el consiguiente perjuicio de los derechos del acreedor. Si no se los cita, podrían ellos en cualquier momento promover incidente de nulidad de la venta (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional), supuesto en el cual, los perjuicios no son solamente para el actor, sino también para quienes hubieran resultado compradores.

b — Si las ventas tienen lugar después de realizado el remate no podría éste llegar a perfeccionarse por la imposibilidad material o jurídica de cumplir la tradición de la cosa —otorgando la posesión— ni tampoco la escrituración y/o la inscripción directa del dominio a favor del adquirente en la subasta. La simple posibilidad de esta doble enajenación, una por el deudor y otra por el juez —que adquiere casi los contornos de un verdadero escándalo jurídico—, importa no sólo un notorio desprestigio para la función jurisdiccional, sino también para las operaciones que se realizan por su intermedio, que tradicionalmente han ofrecido amplio margen de seguridad y regularidad para los interesados, a lo que se suman los mismos perjuicios ya mencionados. Por el contrario, embargándose el inmueble hipotecado por el acreedor, se produce una inenajenabilidad relativa y el tercero no lo puede adquirir válidamente si no da satisfacción al embargante; desaparece así la posibilidad de que surjan terceros poseedores ⁽¹²⁾, como así también la de que se planteen cuestiones como las expuestas, obteniéndose de este modo la seriedad que requieren las ventas judiciales, el fortalecimiento del prestigio del magistrado y una celeridad considerable en las ejecuciones hipotecarias, lo que se traduce a su vez, en una mayor garantía de los créditos de esa naturaleza que cumplen una función nada despreciable en el estado actual de la economía de nuestro país.

(12) Molinario, op. cit.

VI. — CONCLUSIONES.

Afirmamos nuestra categórica opinión de que el remate judicial es jurídicamente imposible sin la previa traba de un embargo que desplace, respecto del bien a subastar, las facultades de disposición, del deudor hacia el juez.

Pero más que a una exposición doctrinaria de nuestro criterio, el presente trabajo tiende a llamar la atención del profesional, respecto de los graves inconvenientes que para la eficaz defensa de los intereses que le son confiados, pueden derivar de seguirse el criterio dominante en la jurisprudencia.

El tiene sobre sí la responsabilidad, no la de hacer reconocer los derechos de su cliente, sino la más grave de lograr que ese reconocimiento se obtenga en la forma más rápida, económica y segura que sea posible.

Doctrinariamente puede inclinar su criterio hacia una u otra de las opiniones expuestas. Pero consciente de esa gran responsabilidad a que aludimos, estamos seguros de que ella la hará elegir sin vacilaciones el camino más ventajoso para los intereses defendidos, evitando así los perjuicios —que no logramos poner de manifiesto con el suficiente énfasis— que resultan de seguir la práctica actual.

No pretendemos modificar la jurisprudencia imperante; solamente queremos aconsejar al profesional. Lo otro vendrá solo, cuando él generalice el tránsito por la buena senda.

