EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES

Comentario a los art. 240 al 243

NEGRONI, María Laura

ART. 240 DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. I.- EXCEPCIONES ESPECIALES

ADMISIBLES. - Además de las excepciones previstas en el Art. 235 podrá invocarse también la caducidad de la inscripción hipotecaria y la nulidad por violación de los principios de especialidad y accesoriedad, con los efectos que determina la ley de fondo. II.- Al dictarse la sentencia monitoria se ordenará la anotación del embargo y que los registros informen: a) sobre los gravámenes que afecten al inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios; b) sobre las transferencias que se hubieran efectuado desde la fecha de constitución de la garantía hipotecaria; a favor de quiénes, y domicilio de los adquirentes. III.- En la sentencia monitoria se conminará al deudor para que en el plazo de cinco (5) días denuncie nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y terceros poseedores del inmueble hipotecado. IV.- Si por el informe del registro inmobiliario o denuncia del ejecutado, se tuviere conocimiento de la existencia de otros acreedores hipotecarios, se citará a éstos para que concurren a ejercer sus derechos. Si hubiera otra u otras ejecuciones hipotecarias sobre el mismo inmueble, podrán acumularse. V.- Si la hipoteca hubiere sido constituida por un tercero, o del informe del registro inmobiliario o por denuncia del ejecutado, surgiere que el deudor hubiere transferido el inmueble hipotecado, se ampliará la sentencia monitoria respecto del tercero poseedor quien dentro del plazo del Art. 235 inc. I de este Código, podrá pagar la deuda, abandonar el inmueble o plantear oposición en los términos del Art. 235 inc. II. La sustanciación y resolución de las excepciones tramitarán en la forma y con los efectos previstos en el Art. 236, aunque el deudor no haya deducido oposición. VI. - Para la ejecución especial de la hipoteca deberá observarse el trámite previsto por la legislación de fondo.

FUENTES: art. 259, 262 a 266 del C.P.C, 598 y 599 del CPCCN

CONCORDANCIAS art. 232, 235 y 236 del CPCCyT; 2187, 2189, 2190, 2200, 2210, 2567 del CCyC; arts. 52 a 67 de la ley 24.441

Excepciones admisibles. Además de las excepciones admitidas por el art. 235, esta norma dispone la admisibilidad de las excepciones de caducidad de la inscripción hipotecaria y la nulidad por violación de los principios de especialidad y accesoriedad.

Caducidad de la inscripción. En materia hipotecaria, esta excepción es una novedad. El art. 23 de la ley 12.962 de prenda con registro dispone que el privilegio del acreedor prendario se conserva hasta la extinción de la obligación a la que accede la prenda, pero no más allá de cinco años desde la inscripción de la prenda, salvo oportuna reinscripción. En cambio, el régimen sustancial de la hipoteca no contiene una norma de limitación temporal del privilegio para el capital, aunque sí para los intereses (art. 2583 del CCyC).

En el régimen anterior la caducidad de la inscripción de la hipoteca importaba, de pleno derecho, la pérdida del *ius preferendi* y del *ius persecuendi* con relación a terceros, subsistiendo entre las partes los efectos derivados de los derechos creditorios; la caducidad de la inscripción supone la pérdida del privilegio ante la concurrencia de acreedores, sin que altere la relación subyacente entre las partes derivada de la obligación garantizada por el derecho real que subsiste hasta su extinción ni afecte la vía procesal. Así la garantía hipotecaria con inscripción vigente o caduca resultaba pasible de ser ejecutada bajo las reglas y procedimiento propios del derecho común.

A partir de la vigencia de esta norma procesal, la vía monitoria es improcedente si ha caducado la inscripción. Como se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, la iniciación de la ejecución hipotecaria no interrumpe el plazo (art. 2567 del CCyC). Así también, a los efectos de mantener la procedencia de la ejecución, parece necesaria la oportuna reinscripción de la garantía si durante el procedimiento venciere dicho plazo¹. De

¹ La doctrina no es uniforme sobre la necesidad de la reinscripción de la garantía, aunque sí coinciden algunos en su conveniencia, en pos de evitar planteos como el suscitado en autos (ver Colombo-Kiper, "Ejecución Hipotecaria", Ed. La Ley, 2da. edición, pág.145; Abrevaya, Alejandra D., "Ejecución Hipotecaria", Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, 2da. edición, pág.258; Highton, Elena I., "Juicio Hipotecario", Ed.Hammurabi, t.1, pág.654 y 655). Mientras algunos autores sostienen la necesidad de renovar la inscripción hasta el remate, o inclusive hasta que el comprador haya depositado el precio de la subasta (Fernández, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios", edición del autos, Bs. As., 1941, t.I, p.268; Salvat, "Tratado de derecho civil argentino. Derecho Reales", t.IV, pags.181 a 183; Lafaille, Héctor, "Derecho Civil. Tratado de los derechos reales", Ed. Ediar, Bs. As., 1945, t.III, p.331), otros indican que la sola iniciación de la ejecución releva al acreedor de esta carga para conservar sus derechos (Borda, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Derecho Reales", t.II, n°1291, pág.322 y ss.; Cammarota, Antonio, "Tratado de derecho hipotecario", 2da. ed., p.415).

lo contrario le quedará al acreedor reclamar su crédito por el procedimiento de conocimiento.

El fundamento de este cambio normativo, además de la unificación de criterios con el régimen de la ejecución prendaria, puede deberse a la necesidad de certeza y seguridad que impone la vía especial monitoria. Los derechos de los terceros se ven suficientemente resguardados en el caso de encontrarse vigente la inscripción. Es así que el juez meritara la habilidad del título no solo en las constancias del mismo sino también en la vigencia de la inscripción.

En relación al plazo de vigencia de la inscripción de la hipoteca, cabe mencionar que el art. 24 de la ley 27.271 ha introducido una reforma al art. 2210 del CCyC. Se amplía el plazo de duración de la inscripción de veinte años a treinta y cinco años. Ello ha suscitado criterios diferentes respecto a la aplicación del nuevo plazo a las hipotecas otorgadas con anterioridad al 15 de setiembre de 2016 –fecha de vigencia de la reforma - cuya inscripción se encuentra vigente a esa fecha. La Disposición Técnico Registral Conjunta N°3 de Mendoza dispone que el plazo de duración de la inscripción registral de treinta y cinco (35) años dispuesto por el artículo 2210 de la ley 27.271 solo se aplica a las hipotecas inscriptas a partir de la entrada en vigencia de la citada ley (15/09/2016). Las hipotecas registradas con anterioridad a esa fecha caducan a los veinte años (art. 2210 CCyC en su texto original).² El fundamento es que no se trata del supuesto de aplicación de la nueva ley a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes (art. 7 del CCyC), sino que la solución contraria importa la aplicación retroactiva de la ley que afecta los derechos adquiridos por el constituyente y en especial por los terceros con interés legítimo de buena fe (adquirentes, acreedores hipotecarios de grado posterior, embargantes, etc.-).

Nulidad por violación de los principios de especialidad y accesoriedad. Para determinar la procedencia de la ejecución hipotecaria no hay que perder de vista que entre el crédito y la garantía existe una dependencia funcional pero no estructural ni simbiótica; la

² Igual criterio han adoptado los registros de Rosario, Santa Fe y Neuquén. En cambio, las disposiciones técnico registrales de los Registros de la Propiedad Inmueble de CABA, Bs.As. y Córdoba establecen que las inscripciones hipotecarias vigentes al día 15 de Septiembre de 2016 caducarán a los 35 años a contar de su toma de razón, de conformidad con lo previsto en el art. 2210 del CCyC, modificado por la ley 27271. Las inscripciones cuyo plazo de caducidad hubiere operado antes del 15 de Septiembre de 2016, se considerarán como tales y sin efecto alguno. El fundamento es que el plazo de caducidad de la inscripción debe entenderse como una situación no agotada en el tiempo (art. 7 CCCN) afectando a todas aquellas relaciones jurídicas que se encuentran vigentes en su registración al 15 de setiembre 2016, con excepción de los gravámenes hipotecarios a favor de los organismos que cuenten con regímenes de caducidad diferentes

vinculación no es absoluta porque son derechos de distinta naturaleza cada uno con sus propios elementos y gobernados por régimen jurídico distinto. En este sentido, no es necesaria la existencia previa de la obligación para otorgar una hipoteca (art. 2187 CCyC) así como es factible que ambos contratos –crédito e hipoteca- estén contenidos en el mismo o en distintos instrumentos.

Por ello, la procedencia de esta vía especial impone el cumplimiento de los recaudos de proponibilidad de la misma en ambos elementos, título de crédito y título hipotecario, circunstancias que deberán ser cuidadosamente examinadas por el juez antes de dictar la sentencia monitoria (art. 234). Esta cuestión tiene especial relevancia en el caso de hipotecas de créditos determinados pero futuros, eventuales o condicionales y en los casos de hipotecas de créditos indeterminados, ya que la fe pública de la que goza el título hipotecario no se extiende al correspondiente crédito garantizado, por quedar la existencia o la cuantía de este crédito supeditados a la realidad jurídica extra-hipotecaria. En estos casos hay dualidad instrumental.

La especialidad y la accesoriedad son algunas de las características esenciales de los derechos de garantía y la estructura legal de los derechos reales impone la nulidad de los mismos si estas características no se configuran (art. 1184 del CCyC).

La especialidad de la hipoteca se manifiesta en tres aspectos: la especialidad objetiva con relación a la debida individualización del inmueble (arts. 2188 y 2209 del CCyC); la especialidad subjetiva o crediticia que alude a la adecuada individualización del crédito garantizado en sus elementos esenciales (arts. 2187 y 2189 1er párrafo del CCyC) y la especialidad de la garantía que concierne al monto o cobertura de la responsabilidad hipotecaria (art. 2189 2do párrafo del CCyC).

En el caso que el título hipotecario omita alguna de las especificaciones del objeto o el crédito, el juez puede integrarlas con las constancias existentes en el acto constitutivo (art. 2190 del CCyC) pero, en principio, no puede acudir a documentación extra-hipotecaria. Ello siempre que se trate de garantías hipotecarias de créditos inicialmente determinados y los créditos garantizados no sean futuros, eventuales, alternativos o condicionales.

En el caso de garantía de créditos indeterminados, el magistrado necesariamente deberá valerse de documentos extra-hipotecarios para determinar la habilidad de la vía

elegida y el cumplimiento de los caracteres de especialidad de la garantía y accesoriedad. La hipoteca de créditos indeterminados –admitida por el art. 2189 del CCyC- guarda una diferencia estructural con la hipoteca de crédito determinado porque al momento de la constitución no se conocen los créditos que se garantizan. Se trata de una garantía anticipada a posibles créditos entre un acreedor y un deudor determinados. La individualización del o de los créditos que cubrirá la garantía se cumplirá en la fase dinámica, cuando se reclame el cobro del crédito, el que necesariamente surgirá de documentación extraña al instrumento de constitución de la garantía. Es así que, en estos casos, la procedencia de la vía monitoria dependerá de la naturaleza e instrumentación del crédito, no de la garantía. Si se tratare de créditos instrumentados en títulos que tuvieran fuerza ejecutiva por disposición de la ley o voluntad de las partes, la vía de la ejecución hipotecaria podrá admitirse, y por ende, dictarse la sentencia monitoria. De lo contrario, quedará al acreedor el proceso de conocimiento sin perder por ello la garantía hipotecaria.

En cuanto a la accesoriedad, es indudable que la función o vocación de la garantía es asegurar el cumplimiento de la obligación. Pero mientras el crédito no nazca el carácter accesorio es difícil de vislumbrar. Así durante ese plazo de vigencia de una hipoteca abierta ingresan y egresan distintos créditos que nacen y se extinguen por su normal cumplimiento, y sin embargo la garantía se mantiene inalterable. Algo similar ocurre en el caso de hipotecas de créditos futuros.

La viabilidad de este tipo de garantías se debe a un nuevo concepto de obligaciones y derechos accesorios (art. 856 CCyC) que pone énfasis en la dependencia “funcional” de la garantía y en el “desarrollo funcional” del crédito, nociones que permiten comprender la accesoriedad no como un elemento inicial e identificado al momento del otorgamiento del título hipotecario y sin el cual la garantía no podría existir, sino como la vinculación que necesariamente debe verificarse al momento de la ejecución.

Por ello no debe confundirse la escritura hipotecaria con el título ejecutivo, que debe contener una obligación líquida y exigible al cual el derecho real de hipoteca garantiza. El hecho que se admitan las hipotecas abiertas no implica necesariamente que las mismas puedan ejecutarse por esta vía. Para esto último es necesario que exista un título ejecutivo en los términos del artículo 232 del CPCCyT.

Acumulación. Dispone la norma que se comenta que “Si hubiera otra u otras ejecuciones hipotecarias sobre el mismo inmueble, podrán acumularse”. Esta facultad del magistrado parece prudente admitirla una vez que se encuentre firme la sentencia que resuelve y rechaza las oposiciones, o vencido el plazo que tiene el ejecutado para oponerse sin haber articulado defensa. De lo contrario, la tramitación podría entorpecerse innecesariamente.

Ampliación de la sentencia monitoria. Ejecución contra el propietario no deudor. Si el constituyente o el posterior adquirente de un inmueble hipotecado asumen la deuda, la sentencia monitoria deberá ser despachada inicialmente en contra de todos los deudores. En cambio, cuando la hipoteca no la constituye el deudor, o cuando el deudor constituyente transmita el inmueble hipotecado sin que el adquirente asuma la deuda, la sentencia monitoria deberá ampliarse respecto de estos terceros (terceros en relación al crédito) pero sin quedar propiamente incluidos en la sentencia de condena porque su responsabilidad se limita al valor del inmueble asiento de la garantía. No deben existir contra el propietario no deudor condenaciones personales. Se conforma un litisconsorcio impropiaamente necesario o anómalo pasivo³. La naturaleza mixta de la acción hipotecaria que intenta el acreedor impone este criterio encontrándonos entonces frente a un proceso con sujetos pasivos múltiples.

Ante la hipótesis que el juez, al momento de la ejecución de la sentencia monitoria, advierta que se demandó al constituyente pero no se dictó sentencia en su contra, debe declarar la nulidad de lo actuado, retro trayendo el procedimiento y dictar ampliación de la sentencia en contra del propietario no deudor.

Si no se demandó al constituyente no deudor ni se amplió la sentencia monitoria en su contra, se impone el rechazo de la vía por defecto en la proponibilidad subjetiva de la pretensión (ausencia de legitimación sustancial pasiva).

Si se dictó sentencia sin haberse otorgado la intervención de ley al constituyente de la hipoteca debe declararse la nulidad de la sentencia y del procedimiento. Esta nulidad cabe ser declarada aún de oficio porque no es posible hacer recaer los efectos de la sentencia -en el caso la ejecución forzada de un inmueble- si el propietario de ese inmueble y constituyente del gravamen no ha sido parte en el proceso.

³ MARTÍNEZ, Hernán J., "Procesos con sujetos múltiples", tomo 1, Ediciones La Roca, 1994 p. 106.

Pero si se demanda únicamente al propietario no deudor el juez debe rechazar la vía monitoria, o dictada ya la sentencia, el ejecutado puede solicitar la nulidad del trámite monitorio u oponer la inhabilidad del título. Ello por cuanto no se ha cumplido con la carga, especie de condición suspensiva legalmente impuesta, vinculada al emplazamiento previo al deudor principal para que pueda procederse ejecutivamente (art. 2200 del CCyC). Tal omisión, torna inhábil el título y consecuentemente admisible la oposición.

Si la inhabilidad de título no es propuesta por el constituyente no deudor demandado, el juzgador debe igualmente declararla, por cuanto el defecto de proponibilidad obsta al progreso de la ejecución. La ausencia de autonomía de la hipoteca por la necesaria vinculación con el crédito -accesoriedad- y la naturaleza mixta de la acción hipotecaria así lo imponen ⁴.

Ejecución especial. El procedimiento especial de ejecución de la hipoteca se encuentra regulado en los arts. 52 a 67 de la ley 24.441; el régimen legal de las letras hipotecarias y el procedimiento de ejecución especial de la hipoteca mantienen su vigencia aún luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

ART. 241 SUPUESTOS ESPECIALES. En aquellos casos en que el gravamen hipotecario afecte a un inmueble destinado a vivienda única y familiar, o a una actividad productiva sea agropecuaria, comercial o industrial y siempre que la misma se caracterice como micro, pequeña o mediana empresa en los términos de la legislación vigente, previo a la subasta, el deudor podrá solicitar al Tribunal que: 1) Previa vista al Ministerio Fiscal, dicte resolución reduciendo los intereses adeudados por exceso de la tasa o del sistema pactado, debiendo en tal caso practicar liquidación indicando con claridad las pautas empleadas. Esta liquidación no podrá afectar el capital de sentencia, salvo que se constatare capitalización de intereses. 2) Firme la liquidación, el deudor podrá optar por pagar la suma resultante en el plazo de diez (10) días, o pedir el procedimiento de mediación, a fin de convenir con el acreedor alguna modalidad de pago del total liquidado. 3) El plazo máximo para sustanciar el procedimiento de mediación será de treinta (30) días. 4) Si cumplido este

⁴ En este sentido, aunque considerando que la acción hipotecaria tiene naturaleza real, De Reina Tartière, Gabriel, Ejecución hipotecaria: procedimiento, acción y título, Revista JA 2010-I del 20/01/2010 Fascículo 3, pág 3

procedimiento el deudor no paga, o la mediación no llega a una solución del conflicto, inmediatamente, a pedido del acreedor, se proseguirá con los trámites tendientes a la subasta.

FUENTES: Art. 255 del CPC, según texto

CONCORDANCIAS: art. 771 del CCyC

Hipoteca sobre inmueble con destino especial. Cuando el inmueble asiento de la garantía hipotecaria esté destinado a vivienda única y familiar, o a una actividad productiva agropecuaria, comercial o industrial calificada como micro, pequeña o mediana empresa, el ejecutado podrá solicitar la reducción de la tasa de interés pactada o la modificación del sistema de amortización pactado o la modificación o supresión del pacto de capitalización de intereses. Ante esta petición el magistrado, previa vista al Ministerio Fiscal, deberá dictar una resolución. Si en su resolución decide modificar la tasa de interés pactada o el sistema de amortización o el pacto de capitalización practicará una liquidación indicando las pautas de la misma. El parámetro para admitir esta pretensión será el que indica el art. 771 del CCyC, esto es, cuando el resultado de lo pactado exceda, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. También puede prosperar esta petición del deudor si el crédito concertado ha perdido la proporcionalidad inicial con el valor del inmueble gravado o si el acreedor ejecutante ha permitido una inactividad procesal prolongada.⁵

En relación a la modificación del capital de sentencia, se ha dicho que si el capital de sentencia es superior a la diferencia entre el monto de origen del mutuo y la sumatoria de las amortizaciones del mismo según las cuotas pagadas, ello significa que existe capitalización de intereses y que la sentencia dictada en el principal debe ser modificada⁶

⁵ En este sentido se ha dicho En la ejecución prendaria que permaneció inactiva durante más de 4 años —de un total de 15 años de proceso— corresponde hacer cesar los réditos durante los períodos en los cuales estuvo paralizado el expediente, pues la actitud poco diligente del ejecutante debe ser asimilada a la mora del acreedor —art. 886 del Cód. Civil y Comercial—. CN Apel en lo comercial, sala B, 08/09/2016, Inger, Mirta Carmen c. Cuevas, Carlos Alberto y otros s/ ejecución prendaria. Cita Online: AR/JUR/71374/2016

⁶ SCMendoza, sala I, 25/04/2012, Rizzo Adolfo Antonio en J° 38.940/32.671 First Trust Of New York National Asociation C/ Rizzo Adolfo Antonio y Ots. P/ Ejec. Hipotecaria S/ Cas."

Firme la liquidación, el deudor podrá optar por pagar la suma liquidada en el plazo de diez días o pedir el procedimiento de mediación, a fin de convenir con el ejecutante alguna modalidad de pago del total liquidado.

Se considera que este proceso de mediación puede ser solicitado aún en la hipótesis que no se peticione la modificación de los parámetros de la liquidación o que el juez resuelva que no corresponde su modificación por no conllevar a un resultado desproporcionado. Ello por cuanto la mediación tiene por finalidad acordar con el acreedor alguna modalidad de pago y se otorga para evitar la subasta de un inmueble cuyo asiento es la vivienda única y familiar, o a una actividad productiva agropecuaria, comercial o industrial calificada como micro, pequeña o mediana empresa.

En cuanto a la legitimación para intentar esta petición de liquidación y/o de mediación, el precepto se la atribuye al deudor que intervienen en el proceso principal. Así cabe negar legitimación para invocar los beneficios de esta norma al tercero, adquirente por boleto del inmueble hipotecado y subastado, vencido en la tercería de mejor derecho.⁷

En un precedente, la Suprema Corte de Mendoza dijo que “el beneficio legal se concede al emprendimiento económico del ejecutado que se desarrolla en el inmueble hipotecado. En otros términos, se preserva el inmueble que pertenece a la microempresa demandada, beneficiaria del préstamo”. No se extiende al constituyente no deudor, por lo que si el inmueble a ejecutar “no es el emprendimiento que sustenta al deudor ejecutado, queda fuera del régimen de beneficio legal por no constituir el supuesto fáctico reglado”⁸. Aclara que no es actividad productiva, en los términos de la norma, entregar el inmueble en locación⁹.

Al interponer la petición, el ejecutado debe acreditar el supuesto fáctico contemplado en la norma, es decir, el destino del inmueble del deudor. En un fallo que se dictó durante la

⁷ SCMendoza, sala I, 09/12/2004, Jorge, Roberto Mario En J° 151.520 Jorge, Roberto Mario En J° 142.084 Atuel Fideicomiso S.A. - Psenda, Hernando Oscar Ejec. Hip. P/ Inc. Innominado S/ Inc.”, LS 345-57“El artículo 255 apartado V C.P.C. Ley 7065, determina los límites de la legitimación activa del incidente que regula. En consecuencia, quien es adquirente por boleto, de un inmueble hipotecado y subastado, que fue vencido en una tercería de mejor derecho, teniéndose que no hay duda de la preeminencia de la hipoteca, cualquiera sea la perspectiva desde la cual se analice; la hipoteca registrada es un derecho real oponible erga omnes, y también al adquirente por boleto. La claridad de la situación y el conocimiento de la ley es tal que el recurrente, al momento de suscribir el boleto, se comprometió a pagar el precio acordado con los vendedores mediante pagos realizados y a realizar al acreedor hipotecario; no hay arbitrariedad cuando el tercerista plantea exclusivamente, una tercería a través de la cual se pretende tener mejor derecho que el acreedor hipotecario”

⁸ SCMendoza, sala I, 11/05/2011, Trana S.A. en J 178.773/12.078 H.S.B.C. Bank Arg. S.A. C/Lujan Williams Automotores S.A. P/Ejec. Hip. S/Inc. Cas., LS426-149

⁹ SCMendoza, sala I, 11/05/2011, Trana S.A. en j 178.773/12.078 H.S.B.C. Bank Arg. S.A. C/Lujan Williams Automotores S.A. P/Ejec. Hip. S/Inc. Cas., LS426-149

vigencia de la ley 7065 se sostuvo que no se exige que el demandado habite el inmueble en forma permanente.¹⁰ Posteriormente, y bajo la vigencia de la ley 7642 la Corte resolvió que “los presupuestos fácticos que la ley exige para su aplicación, es la calidad de vivienda única del deudor y de su familia. En efecto, por vivienda debe entenderse, conforme al diccionario de la Real Academia Española, el lugar de morada o donde se habita, la voz "única" excluye la existencia de otros inmuebles, y la calidad de "familiar" aun aceptando una acepción amplia del término, siempre está referida a la familia o grupo familiar del deudor.”¹¹ Se terminó de aclarar la cuestión con otro precedente que indica que “el hecho que el demandado se haya divorciado y se encuentre viviendo solo, no puede desvirtuar la característica del inmueble de vivienda única y familiar del deudor”¹²

El momento para solicitar la liquidación y/o mediación es antes de ocurrida la subasta del inmueble, limitación temporal que corrige los perjuicios que producía el antiguo art. 255 al permitir la incidencia hasta el momento de otorgarse la posesión del inmueble subastado.¹³

ART. 242 DE LA EJECUCIÓN PRENDARIA. I.- PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO. En la ejecución de la prenda sin desplazamiento, sólo serán oponibles las excepciones que se mencionan en el Art. 235 y las sustanciales que derivan de la legislación de fondo. **II.- PRENDA CON REGISTRO.** En la ejecución de prenda con registro sólo procederán las excepciones previstas en el Art. 235, además de la caducidad de la inscripción y otras defensas derivadas de la legislación de fondo. **III.- EJECUCIÓN PRIVADA DE LA PRENDA CON REGISTRO.** Queda excluido el trámite monitorio para la ejecución privada de la prenda con registro en la que deberá observarse el trámite previsto por la legislación de fondo. **IV.-** En la ejecución de prenda con registro, si existieran acreedores con privilegio reconocido por la legislación de fondo, se citará a estos

¹⁰ SCMendoza, sala I, 02/10/2010, “Llanos, Pablo Serafín en J° 31.128/81.151 Banco Patagonia Sudameris S.A. C/ Llanos, Pablo P/ Ejec. Hip. S/ Inc. Cas”, L.S 370-122

¹¹ SCMendoza, sala I, 10/03/2011, “Vallee Carlos Diego en J 149.760/34640 Banco de Galicia y Buenos Aires C/Carlos Diego Vallee P/Ejecución Hipotecaria S/Inc.”, LS423-187

¹² SCMendoza, sala I, 08/04/2014, Gonzalez Luis Guillermo en J° 149.005/34.686 Banco Central de la Rep. Arg. C/ Gonzalez Luis Guillermo P/ Ejec. Hipotecaria S/ Inc. Cas.”

¹³ SCMendoza, sala I, 27/04/2007, Enrique, María Gladys en J° 123.203/9440 Bank Boston N.A. C/ Enrique, María Gladys P/ Ejecución Hipotecaria S/ Inc., LS376-181

para que dentro del tercer día comparezcan al proceso con los títulos de sus créditos. Si comparecieren, se fijará una audiencia dentro de los cinco (5) días de la presentación. Los citados comparecientes, el ejecutante y el ejecutado deberán concurrir con la prueba que haga a sus derechos. El Juez resolverá sobre los créditos y sus privilegios en el plazo de cinco (5) días. V.- Vendidos los bienes se procederá a proyectar la distribución, de acuerdo al orden de preferencia establecido. El proyecto se pondrá en la oficina a disposición de los interesados, por tres (3) días, resolviéndose sin más trámite, las observaciones que se formularen. Aprobada la distribución, se harán los pagos en la forma que corresponda.

FUENTES

CONCORDANCIAS art. 232, 235 y 236 del CPCCyT; arts. 23, 26, 30 y 39 del decreto-ley 15.348/46 ratificado ley 12.962;; 2187, 2189, 2190, 2229 del CCyC

Excepciones admisibles. Las disposiciones sustanciales relativas a la especialidad y accesoriedad de los derechos reales de garantía son comunes a todos ellos (hipoteca, prenda y anticresis) por lo que se remite al comentario del art. 240.

Ejecución de la prenda con desplazamiento. En el apartado I, la norma refiere a la prenda sin desplazamiento cuando parece que debió referir a la situación contraria; aquella en la que la cosa o bien pignorado se desplaza al ámbito de custodia del acreedor.

Más allá de las normas locales, no hay que olvidar que el Código Civil y Comercial ha realizado un tratamiento minucioso de las normas relativas a la ejecución de la prenda simple o con desplazamiento (arts. 2229 y 2230 del CCyC), previendo incluso la ejecución privada y mecanismos de valuación y realización del bien.

Caducidad de la inscripción. Prenda con registro. El art. 23 del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962 dispone que el privilegio del acreedor prendario se conserva hasta la extinción de la obligación a la que accede la prenda, pero no más allá de cinco años desde la inscripción de la prenda, salvo oportuna reinscripción.

Por su lado, la misma ley establece un proceso especial de ejecución cuyo título ejecutivo es el “certificado de prenda”, esto es, el contrato de prenda con la correspondiente inscripción (art. 26).

Cuando deviene la caducidad de la inscripción de la prenda, antes o durante la

ejecución prendaria, se afecta la vía procesal por la inexistencia del título hábil base de la ejecución y, por ende, la ejecución debe ser rechazada. El vencimiento del plazo del art. 23 del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962 opera de pleno derecho, y no se interrumpe por la promoción de la acción ni por los trámites cumplidos en ella.

La excepción de caducidad de la inscripción (art. 30 de la ley 12.962) puede ser opuesta tanto por los terceros como por el deudor originario. Ello aun cuando el crédito siga existiendo, porque, en el marco de la ejecución prendaria, si bien la caducidad de la inscripción provoca la inoponibilidad de la garantía y el privilegio frente a terceros, y ello no afecta al principal ni al derecho real en la relación entre acreedor y deudor-constituyente, la habilidad del título si se ha afectado.

La Suprema Corte local tuvo ocasión de pronunciarse al respecto¹⁴ en un caso en el que había operado la caducidad de la inscripción y se discutió si, habiendo iniciado una ejecución prendaria, el tribunal podía modificar la acción mandando seguir adelante la ejecución típica. Esa es la postura que había sostenido la Cámara de Apelaciones que intervino. La Corte claramente se pronuncia por la negativa. Funda su posición en la violación del derecho de defensa del demandado porque: - las excepciones admisibles en el marco de la ejecución prendaria son mucho más restringidas; - no corresponde la apertura de un período probatorio (art. 30); - en la sentencia que ordena llevar la ejecución prendaria adelante se decreta también la venta de los bienes gravados y la base es el importe del crédito; - los plazos para defensa y para apelar son más reducidos; - el cumplimiento de la sentencia está sometido a trámites mucho más expeditivos. Agrega la Corte que los términos del art. 30 del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962 no admiten otra solución: si la excepción se acoge, la ejecución se rechaza; si se la desestima, la ejecución debe seguir adelante.

Ejecución privada de la prenda con registro. Para este procedimiento deberá observarse el trámite previsto en el art. 39 del decreto-ley 15.348/46 ratificado por la ley 12.962. Por ello, la calidad del ejecutante –institución oficial o bancaria- deberá ser meritada por el juez interviniente antes de ordenar el secuestro del bien prendado. Ante la presentación del

¹⁴ SCMza. Sala I, 27/06/1989, “Milio Juan Vicente; Angela L. O. Milio y Salvador Milio En J: Banco de Previsión Social Juan Vicente Milio y otros Ejecución Prendaria – Casación”, LS210-056, LA LEY1989-E, 377 - DJ1990-1, 937

certificado prendario vigente, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El trámite de la venta extrajudicial no podrá suspenderse por embargo de los bienes, ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor.

La vía del art. 39 de la ley 12.962 de prenda con registro es cuestionada si el crédito principal garantizado puede calificarse como relación de consumo. En este sentido, se argumenta que la facultad del ejecutante para secuestrar y subastar extrajudicialmente el bien gravado sin que el deudor tenga la oportunidad de ser oído con anterioridad a la concreción de tal medida puede resultar lesiva del trato digno y equitativo al consumidor o usuario, colocándolo en una situación de desigualdad que torna ilusoria la tutela brindada por la ley 24.240¹⁵.

SECCIÓN TERCERA DEUDAS POR EXPENSAS

ART. 243 ACCIÓN POR DEUDAS DE EXPENSAS. El crédito por expensas o gastos comunes o de servicios constituirá título ejecutivo en los siguientes casos: a) Se trate de créditos provenientes de la administración de bienes sujetos a propiedad horizontal, propiedad horizontal especial o conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerio privado. b) Se acompañe certificado de deuda que reúna los requisitos exigidos por el reglamento correspondiente y la ley. c) Constancia de la deuda líquida y exigible expedida por el administrador o quien haga sus veces y de la intimación fehaciente a los propietarios y/o poseedores para abonarla. d) En el escrito en que se promueva la ejecución deberán acompañarse testimonio de la escritura del reglamento de copropiedad y administración.

FUENTES: art. 228bis ley 7513 modificatoria de la ley 2269

CONCORDANCIAS: arts. 232, 234 CPCCyT.; arts. 2048, 2075, 2081, 2098, 2108 inc b del CCyC.

Expensas. A los efectos del cobro por esta vía, se entiende por expensa a toda erogación común (corriente o extraordinaria) cuyo origen sea una imposición legal, reglamentaria o

¹⁵ CApelCivCom de Junín, 02/02/2017, Fiat Crédito Cía. Financiera SA c. De Natale, César L. s/ acción de secuestro (art. 39, ley 12.962). Cita Online: AR/JUR/30/2017

asamblaría de bienes afectados a propiedad horizontal, propiedad horizontal especial, tiempo compartido y cementerios privados. En principio, no cabe aplicar esta norma a los casos de erogaciones en otras situaciones similares y de comunidad de gastos como serían los condominios de cosas accesorias indispensables a dos o más inmuebles, aunque si es posible la aplicación de la vía monitoria genérica en el caso de haberse pactado la ejecutividad en el convenio constitutivo del derecho real (art. 232 inc. j)..

No cabe duda que en el caso de encontrarnos ante una propiedad horizontal o propiedad horizontal especial regularmente constituida o un conjunto inmobiliario formalmente adecuado al régimen de la propiedad horizontal especial, la vía ejecutiva es idónea para exigir el cumplimiento de las expensas adeudadas. Ello surge por disposición del artículo 2048 del CCyC y la remisión al marco legal de la propiedad horizontal que establece el segundo párrafo del artículo 2075 del CCyC.

El art. 2048 del CCyC zanja las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales y habilita la vía ejecutiva para el cobro de las expensas en las provincias cuyos códigos procesales no admitían el certificado de deuda de expensas como título ejecutivo y también determina los requisitos de conformación del certificado de deuda para tramitar por la vía ejecutiva.

El interrogante en relación a la vía procesal surge respecto de todos aquellos conjuntos inmobiliarios preexistentes cuya configuración es distinta de la propiedad horizontal de la ley 13.512 y no han adecuado instrumentalmente su estructura; aquellos que no tienen un reglamento inscripto en el Registro de la Propiedad Raíz sino que los reglamentos forman parte de los títulos de adquisición de los distintos derechos reales o se encuentran insertos en los contratos sociales de las sociedades o asociaciones que conformaban el “consorcio”, o incluso, se han otorgado en instrumentos privados emanados de “asambleas de propietarios”.

En la mayoría de estos casos, la vía ejecutiva para el cobro de expensas se encuentra establecida en los reglamentos a los que el adquirente adhiere. Mucho se ha discutido en torno a la posibilidad de crear títulos ejecutivos por la convención de las partes. El criterio que prevalece en la actualidad y que ha adoptado este código (art. 232 inc. j) es reconocer a las partes la potestad de crear títulos que traigan aparejada ejecución mediante el pacto ejecutivo, a partir del concepto de autonomía de la voluntad como génesis de las relaciones

jurídicas. Ante la existencia de un pacto de ejecutividad, un acuerdo contenido en el título de dominio o en un instrumento al que el propietario o poseedor deudor hubiere adherido, la vía ejecutiva procede. El principio de autonomía de la voluntad en materia que es disponible y la buena fe de los contratantes priman.

En este sentido, en Mendoza se ha admitido la posibilidad que el cobro de las expensas en los barrios privados tramite por la ejecución típica; se ha argumentado “que la ley procesal local, a diferencia de la nacional, no enumera los títulos ejecutivos, sino que los describe poniendo de relieve sus características, de tal suerte, que siempre que uno o varios instrumentos que se complementan y que denotan la existencia de una obligación exigible y líquida, será título ejecutivo susceptible de encuadrar en el artículo 228 C.P.C. Tampoco es de relevancia que su origen sea legal o convencional, desde que por un lado, la ley no prohíbe, ni distingue fuente alguna, y por otro lado, la convención, también es ley, conforme el artículo 1.197 C. Civil.” .

Sin perjuicio de la admisión de la vía, se ha recalcado que de los instrumentos acompañados debe surgir una obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidable, como así también los legitimados activos y pasivos. Nada debe investigar el Juez, ya que de lo contrario, la vía ejecutiva es improcedente, aún cuando la prueba documental acompañada sirva de elemento para una demanda de conocimiento. También se ha ponderado que el título ejecutivo convencional puede ser complejo e integrarse con más de un instrumento o contener requisitos adicionales que perjudican la habilidad del título en el caso de no cumplimentarse . Para esta posición jurisprudencial, habrá que estar a lo que establece cada reglamento para su conformación.

Entonces, para los conjuntos inmobiliarios configurados con anterioridad a la vigencia del CCyC, es suficiente la convención ejecutiva para proceder por la vía acelerada al cobro de expensas. Pero, más allá de la existencia de un instrumento otorgado por las partes, o al que las partes han adherido, consideran quien suscribe este aporte que la adecuación impuesta por el art. 2075 tercer párrafo del CCyC habilita la vía ejecutiva. En efecto, el art. 2075 es un mandato también para el juez. Así, cuando se verifica la existencia de un conjunto inmobiliario, el magistrado debe aplicar la normativa que la legislación vigente le impone, y por ende, cumplidos los requisitos de habilidad del título, debe admitir la vía.

Sin embargo, no se desconoce la posición contraria, sostenida incluso por un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y refrendado por algún fallo posterior. En la ampliación de fundamentos del voto mayoritario realizada por el Dr. Kölliker Frers, se manifiesta “Incluso esta situación no se modifica, como algunos lo suponen, con el régimen legal introducido por el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación cuya entrada en vigencia resulta inminente. Así cabe interpretarlo porque ese nuevo régimen, si bien contempla expresamente la vía ejecutiva para el certificado de deuda por expensas comunes refrendado por el administrador y el consejo de propietarios en el caso de la propiedad horizontal (art. 2048, párrafo 5° in fine) como así también para los certificados de deuda por "gastos del sistema" elaborado por el administrador de inmuebles afectados al régimen de "tiempo compartido" (cfr. art. 2098), no ocurre lo propio en el caso de los "conjuntos inmobiliarios" (Título VI), categoría abarcativa de los clubes de campo, barrios cerrados o privados y demás emprendimientos urbanísticos, ya que, en este último caso, a diferencia de los anteriores, la ley nada dice, contemplando únicamente el deber de todos los propietarios de pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes (art. 2081) y que todos esos conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (cfr. art. 2075, 2° párrafo), con la aclaración -respecto de los preexistentes- que deben adecuar su funcionamiento a las previsiones que regulan ese derecho real (art. 2075 preced. citado, párrafo 3°). Queda de este modo indefinido qué es lo que ocurrirá con los barrios privados o cerrados ya existentes mientras no se ajusten a esa normativa o qué es lo que sucedería si en definitiva no lo hacen. Es más, incluso hay autores que sostienen que la aplicación retroactiva del nuevo régimen a los conjuntos inmobiliarios creados con anterioridad a la vigencia del nuevo Cód. -que este último prescribe-, resultaría inconstitucional por afectar derechos amparados por garantías constitucionales emergentes de una situación jurídica ya consolidada al momento de entrar en vigencia la nueva ley (CN:17 y 3 del actual Cód. Civil, 7 del nuevo (cfr. Mariani de Vidal – Abella, "Conjuntos inmobiliarios en el Cód. Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", La Ley, tomo 2015-B, boletín del 8 de abril pasado). De lo que se sigue que ni aún desde la perspectiva del nuevo Cód. Civil y Comercial cabría asignar fuerza ejecutiva a los certificados de deuda de barrios cerrados o privados no

sometidos expresamente al régimen de propiedad horizontal, que es justamente lo que acontece con el título que se ventila en el sub lite.”

Se disiente con esta posición porque el CCyC expresamente determina que la normativa que se aplica a los conjuntos inmobiliarios es, subsidiariamente, la del derecho real de propiedad horizontal y porque la naturaleza del crédito que se pretende ejecutar requiere una respuesta eficaz por parte del ordenamiento e interpretaciones que faciliten su percepción. La aplicación del art. 2075 es justamente uno de los casos en los que el legislador habilita la aplicación retroactiva de la ley y ello, en este caso, se encuentra plenamente justificado

Conformación del título. Luego de la vigencia del CCyC, la conformación del título ejecutivo es la que dispone la ley sustancial, esto es el certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si éste existe. Si la ley local o los reglamentos adicionan otros requisitos, no será necesario su cumplimiento, por simple jerarquía de las normas, la naturaleza del crédito, y también en función del interés de propender a una rápida y eficaz cobranza.

En este sentido se entiende que la conformación del título no requiere integrarse con otros instrumentos; no cabría el análisis del reglamento de sometimiento a propiedad horizontal que sirve de marco contractual general para la emisión de este tipo de certificados porque el reglamento ya no constituye el título.

Es así que, para habilitar la vía monitoria ya no es necesario que se acompañen los certificados de deuda “que reúnan los requisitos exigidos por el reglamento de copropiedad” como lo establece la legislación procesal, sino los que reúnan las condiciones establecidas en la norma sustancial, al menos en el caso de afectaciones anteriores a la vigencia del CCyC.

De otra manera no se entendería el ensanchamiento de la legitimación sustancial pasiva respecto al poseedor, cualquiera sea su título a la posesión (art. 2048 del CCyC). El poseedor puede tener tal calidad por la mera suscripción de un boleto de compraventa en el cual se le hubiera traditado esta relación de poder o por una adquisición unilateral. Al no contar con título formal, el reglamento no integra su adquisición (art. 2038 del CCyC), sin perjuicio de lo cual es deudor de las expensas.

La conformación del título con los recaudos del reglamento solo era viable en las hipótesis que se admitía la convención ejecutiva, o cuando las normas de rito disponían esta remisión porque no existía norma sustancial que determinara los requisitos. A partir de la sanción del Código Civil y Comercial, ello no ocurre.

Es así entonces que el certificado base del proceso monitorio para el cobro de expensas deberá contener la identificación del consorcio (legitimado activo), identificación del deudor (legitimado pasivo) identificación de la unidad (asiento) monto reclamado (liquidez) con discriminación de períodos, capital e intereses, fecha de mora (exigibilidad) y la suscripción del administrador (representación del consorcio)

El titular del crédito por gastos comunes es el consorcio de propietarios representado por el administrador (art. 2065 del CCyC) quien tiene entre sus facultades la representación judicial del consorcio (art. 2067 inc. m) y la percepción de los fondos necesarios para satisfacer las expensas (art. 2067 inc. d) por lo que se encuentra facultado para reclamar judicialmente el pago de las expensas comunes¹⁶.

El sujeto pasivo del crédito de expensas es la persona (humana o jurídica) titular del derecho real a cuyo nombre se encuentra la unidad funcional originante de las expensas. También está obligado al pago el poseedor “por cualquier título” (art. 2050 del CCyC). Esta referencia se realiza para legitimar pasivamente en el cobro de las expensas no solo al titular registral del derecho real de propiedad horizontal pleno, sino también al titular revocable, al fiduciario, al superficiario, al usufructuario, al usuario, al habitador- todos ellos en función de la calificación que realiza el art. 1891- y a los sucesores universales.

También puede accionarse contra el adquirente que aún no ha obtenido la escritura respectiva, siempre que se le haya otorgado la posesión - aunque no la ejerza-, ya que aún sin título suficiente, los gastos comunes deben ser solventados por sus beneficiarios. Ello no significa que se libere al titular registral; éste puede ser sujeto pasivo en la relación procesal creada por el juicio de expensas, aún en el supuesto que dicho propietario haya enajenado el inmueble por instrumento privado. El instrumento privado en principio es válido, y consecuentemente oponible, entre partes. Pero si el consorcio conoce la enajenación privada, aun cuando no se haya otorgado el título suficiente, puede demandar

¹⁶ CNEspecial Civil y Com., Sala II, 2/4/83, Consorcio de Propietarios Sucre 1855 c/ Latina S.A. y otra Ed. 104486.

también al poseedor, situación que deberá ser denunciada al ejercer la pretensión.

Defensas. Dada la naturaleza de la vía, en principio, no es posible discutir en este proceso la composición del certificado en cuanto a los rubros contenidos en el título o al sistema de distribución que se ha aplicado o la procedencia de eximiciones totales o parciales; la forma de designación del administrador-representante o la subsistencia de su mandato, etc.. Ello podrá discutirse en el ordinario posterior, o ante los órganos que forman la voluntad común.