

INEMBARGABILIDAD*

Por **Miguel Ángel Luverá**

Concepto

Podemos comenzar esbozando un concepto de lo que debe entenderse por bien inembargable y decir que, en un sentido amplio, “tienen ese carácter todos aquellos bienes que no pueden ser embargados”.

Ubicación

Si seguimos esa línea de pensamiento encontramos el tema de la inembargabilidad, aplicado con relación al denominado “bien de familia”, plasmado en el artículo 38 de la ley 14394: “El bien de familia no será susceptible de ejecución o *embargo* por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca”.

Encontramos similares disposiciones en la *ley 8067/91*, sancionada por el Congreso de la provincia de Córdoba el 01/08/91 y promulgada el 05/09/91, la que contiene una normativa de protección similar a la plasmada en la ley 14394, al decir en su *art. 1º*: “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley N° 14394 y en la Ley Provincial N° 6074”. Existen fallos judiciales que se han referido al tema en cuestión –inembargabilidad– pero con otro fundamento, tal es lo afirmado por la Cá-

(*) Especial para *Revista del Notariado*.

mara Comercial Sala E, Bs. As., 1989, que ratificó la inembargabilidad de tres iglesias y otros inmuebles pertenecientes al Obispado de Venado Tuerto, Santa Fe, y de las partidas asignadas por el Estado nacional a la diócesis, conforme con la norma constitucional que impone a la Nación la ayuda económica a la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Tan así es que, con relación a algunas parroquias en cuestión, la Cámara sostuvo que “se encuentran dedicadas al culto divino, adquiriendo así la calidad de lugares sagrados por lo que pertenecen al dominio público eclesiástico y resultan, por ende, insusceptibles de *embargo* y ejecución forzada”.

No obstante lo expuesto, debemos aclarar que el objeto que persigue este trabajo se relaciona con las llamadas “cláusulas de inembargabilidad” que encontramos plasmadas en las hipotecas constituidas a través de créditos provenientes de instituciones crediticias oficiales, tales como por ejemplo: Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Nación Argentina, a través de los cuales se ha fomentado durante muchos años el acceso a la vivienda única.

Tal como lo aclara la prestigiosa jurista Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en su obra *Protección jurídica de la vivienda familiar*, el Congreso Hispano Americano de profesores de Derecho de Familia, realizado en Salta en el año 1983, emitió una declaración referida a “la implantación de una política financiera coherente con las pautas de protección del hogar, no sólo para facilitar su adquisición, sino también su conservación en caso de ejecución de obligaciones por terceros”.

Normas que las rigen

Las mencionadas “cláusulas de inembargabilidad” han sido plasmadas primeramente en el *art. 20 del decreto ley 13128/57 –Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional–*, que se refiere a los préstamos otorgados por esa institución bancaria a aquellos que, habiendo acreditado determinadas condiciones exigidas por la misma ley, gozan de una protección especial con características similares a la que concede la ley 14394, cumpliéndose de esta forma con su verdadero fin de protección social de la vivienda propia, todo en aras de la utilidad pública y del interés general.

Posteriormente se sanciona la *ley 22232*, que en su *art. 35* prescribe que: “No podrá trabarse embargo sobre los inmuebles gravados a favor del Banco por préstamos otorgados para única vivienda propia, hasta los montos que determine la reglamentación que dicte el Banco, mientras éstas mantengan la categoría originaria y aquéllos conserven tal destino, y no podrán ser ejecutados ni constituirse sobre ellos otros derechos reales a excepción de los que se constituyan con motivo de créditos provenientes de su construcción, adquisición, ampliación, reforma, refacción o conservación”. Aclara que: “Los Registros de la Propiedad tomarán nota de dichas circunstancias al margen de la anotación de dominio”.

Similar normativa ha plasmado la *Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina* a través de la *ley 21799/78*, cuyo *art. 29*, al referirse a las hipotecas que constituya esta institución crediticia, reza: “Las hipotecas de cualquier gra-

do o naturaleza que se constituyan a favor del Banco de la Nación Argentina tendrán las mismas prerrogativas, privilegios y el régimen de ejecución especial atribuido por la ley a favor del Banco Hipotecario Nacional”.

Similares prerrogativas, con características de protección como las descritas *ut supra*, encontramos en las llamadas “preanotaciones hipotecarias” previstas en la ley 18307/69, que en su *art. 1º* establece: “Autorízase al Banco Hipotecario Nacional para que, en su operatoria para la construcción de viviendas mediante el financiamiento de las obras a entidades intermedias, garantice su crédito global con la inscripción, por oficio a los registros inmobiliarios, de la anotación hipotecaria sobre el bien que determine, hasta la división del crédito por escrituración de las viviendas a sus adquirentes”. Aclara expresamente en el *art. 2º* que: “La anotación así efectuada originará una carga real sobre el inmueble por el importe del préstamo, intereses y gastos, que será de la misma naturaleza, efectos y privilegio que la hipoteca constituida por escritura pública, quedando sujeta, igual que éstas, a las disposiciones de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional, tanto en lo referente a los derechos del Banco como a los del deudor y los de los terceros frente a la relación de garantía”.

De igual tenor, la ley 21799/78 (Banco de la Nación Argentina) prescribe en la segunda parte del mencionado *art. 29* que: “El mismo régimen será aplicable a las preanotaciones hipotecarias que podrán disponerse con respecto a cualquier obligación contraída con el Banco, aun las que se encuentren en mora”.

Es decir, vemos que existe toda una normativa legal de protección a aquellos que adquieren inmuebles con carácter de vivienda propia, originados en préstamos obtenidos de entes oficiales –como los nombrados–, siempre y cuando se cumpla con determinados requisitos por ellos exigidos.

Posición doctrinaria y jurisprudencial

Las llamadas “cláusulas de inembargabilidad” se constituyen en el momento de la constitución del gravamen hipotecario, resguardando de este modo el crédito que concede el Banco.

El tema referido a la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles gravados con hipoteca a favor del Banco –en garantía de créditos otorgados para los distintos fines que sus operatorias contemplan– ha sido objeto de análisis en varias oportunidades por las instituciones bancarias vinculadas con el instituto en cuestión, en lo atinente a la posibilidad de cancelación por pago de terceros y su incidencia sobre la vigencia de la inembargabilidad.

La *doctrina* también ha tratado el tema, y existen posiciones contrapuestas, *unos* afirman la subsistencia de la inembargabilidad con posterioridad a la cancelación de la deuda que el constituyente tuviera con el Banco prestatario. *Otros*, por el contrario, consideran que una vez cancelada la deuda –es decir, una vez extinguido el derecho–, la cláusula de inembargabilidad, como accesorio de un derecho real accesorio, queda automáticamente sin efecto.

El criterio seguido por el *Banco Hipotecario Nacional*, a la luz del *art. 35* ley

22232, se ubica en la primera de las posiciones antes nombradas al establecer la subsistencia de la inembargabilidad con posterioridad a la cancelación de la deuda, y su condición de norma de orden público impediría al acreedor subrogante, cancelada que le fuera la deuda subrogada, ejecutar la propiedad por cualquier otra deuda que, respecto a él, mantuviera el ex prestatario del Banco.

Este pensamiento obtiene su apoyatura jurisprudencial en reiterados fallos emitidos por la *Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, los cuales han establecido que: “la norma del art. 35 ley 22232 es una disposición de *orden público*, que responde al claro objetivo social y de interés general, por el cual se ha instituido la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional”. Avala lo antes mencionado un fallo emitido en fecha 30/10/1986, en autos “*Jaralambides, Teófilo L. c/ Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N.*” (LL. t. 1987-A-pág. 493 o *Juris* J-88 XX octubre 30-1986), el que reza textualmente: “La inembargabilidad e inejecutabilidad... mientras se conserven los requisitos establecidos en la norma, se mantienen con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario”.

Lo llamativo del pensamiento del Supremo Tribunal es que ha llegado a la aplicación retroactiva de la citada norma, e incluso haciéndola prevalecer aun a falta de inscripción registral, si el acreedor ejecutante conocía la condición jurídica del inmueble (fallo 149:183; 256:572).

El fundamento de esta postura jurisprudencial –que también es el criterio seguido por la Suprema Corte de Buenos Aires– radica en que la protección legal tiene en miras el interés social de conservación de la vivienda y no el del organismo que otorga el crédito, subsistiendo la inejecutabilidad sólo si el inmueble sigue siendo la vivienda única del titular del crédito.

Es de primordial importancia, a los fines de que el juzgador evalúe la aplicabilidad del escudo que brinda la ley, determinar si el inmueble en cuestión está destinado a vivienda familiar y si se encuentra vinculado con planes vigentes; de lo contrario, no encuadraría dentro de la citada protección.

Nos comenta la citada jurista que la protección que brinda la norma del artículo 35 se extiende no sólo a la institución prestataria sino al titular del préstamo, por cuanto existen fallos de los años ‘60 en los cuales la mencionada norma es aplicable extensivamente cuando se pretende el remate de los derechos y acciones del demandado con relación a un inmueble y no del inmueble como tal.

No obstante, encontramos *otra doctrina* surgida de otros fallos –también de aquel Alto Tribunal– que sostiene que el precepto legal (entonces art. 20, decley 13128/57) “no contiene cláusula alguna que extienda ese beneficio –inembargabilidad– más allá del tiempo de vigencia del préstamo, como ocurre en otros regímenes similares...” y que “el citado artículo alude a inmuebles gravados, categoría en la que no pueden incluirse aquellos que han perdido ese carácter en razón de haberse satisfecho íntegramente el préstamo, sin que influya en la solución, obvio parece decirlo, la circunstancia de que aún no se haya

otorgado la escritura de cancelación por propia voluntad del deudor, cuestión accesoria y complementaria que en nada modifica el aspecto legal del problema” (autos “*Szilfeigel, Natalio conc.*”, JA. 09/02/1973, t. 17-1973, f. 21.401).

En este último sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones de Necochea al decir que: “La inembargabilidad de los inmuebles gravados a favor del Banco Hipotecario Nacional no subsiste después de cancelado el gravamen”. Formula este Tribunal un razonamiento muy acorde a derecho al decir que: “El bien de familia –y no la inembargabilidad de la ley especial– constituye la vía apta y apropiada para acceder a la inejecutabilidad de la vivienda después de cancelado el crédito del Banco Hipotecario Nacional”. Opinión esta última compartida por la jurista mendocina Aída Kemelmajer de Carlucci, en la obra mencionada anteriormente.

Interpretación

Dadas las características propias de este tipo de cláusulas, ellas deben ser interpretadas por quienes tienen facultad para hacerlo –al decir de García Coni– en “forma restrictiva”, por cuanto al instituir situaciones de excepción se podría poner en riesgo la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, con el consiguiente perjuicio para todos aquellos terceros que podrían ver caer sus derechos sin posibilidad de defensa alguna.

Es decir, los Tribunales son los organismos autorizados para interpretar cada caso en particular y, examinando todas y cada una de las situaciones acaecidas, estarán en condiciones ciertas de determinar la aplicabilidad de la normativa legal y brindar o no la protección que ésta autoriza.

Por otro lado, quien se encuentra legitimado para demandar la aplicabilidad de la protección que brinda la citada norma legal es únicamente el titular del crédito –más allá de algunas interpretaciones forzadas que se realicen en pos de lograr una protección mayor de la que surge–. Así lo consideró la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en un fallo de fecha 29/06/92, en autos “*Tumbarello, Pedro y otro c/ Apud, Eduardo*”, al decir que: “la ley 22232 no concede legitimación al tercero –adquirente por boleto– para interponer incidente de desembargo, desde que para gozar de los derechos subjetivos previstos en la ley se requiere el consentimiento del Banco Hipotecario Nacional, con la debida acreditación de encontrarse dentro de las previsiones legales”.

Nuestra posición

Encontramos en la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos *ut supra* citados “*Jaralambides*” y en aquellos fallos que han seguido esa misma línea, que se pretende proteger al desvalido con los mismos efectos que produciría la afectación del inmueble a bien de familia, pero con un evidente perjuicio para los terceros, que han contratado con el titular –propietario del inmueble– en la buena fe de que el citado bien, amén de pertenecer a dicha persona, se encontraba –en el momento de la contratación– libre de todo gravamen y/o restricción al dominio; y si bien en alguna

oportunidad ese titular constituyó hipoteca sobre el referido bien inmueble, en la interpretación brindada por nuestra ley de fondo de lo que debe entenderse como derecho principal y accesorio y cuya vida depende del anterior, la cláusula de inembargabilidad –como accesorio de un derecho real accesorio cual es el derecho real de hipoteca– caduca automáticamente con la extinción de ese derecho real, siendo su consecuencia ineludible la cancelación registral tanto de la hipoteca –registrada– así como también de la referida cláusula, que se había constituido como garantía de pago en favor del acreedor (arts. 3199 y siguientes y concordantes del Código Civil). Aún más perjudicial sería la interpretación retroactiva de la citada protección legal con un evidente perjuicio hacia los terceros.

No debemos olvidar que nuestra ley fundamental, en su artículo 31, establece claramente la supremacía de las leyes nacionales con relación a cualquier otra disposición en contrario. Consideramos que la interpretación formulada por el máximo Tribunal debe ser aplicada al caso concreto, sin que se produzca una inevitable ola expansiva que abarque situaciones no queridas –ni aun por las mismas partes intervinientes–.

Es decir que el constituyente de la hipoteca, al momento de dar nacimiento a este derecho real, no pretendía tener un escudo que le sirviera –incluso– para intentar perjudicar a los terceros que contratasen posteriormente con él; por el contrario, la idea era pura y exclusivamente –como dijimos anteriormente– en resguardo de los derechos del acreedor prestatario.

La postura asumida por la Corte en el precitado fallo –Jaralambides– evidencia una desmedida situación de discriminación entre aquellos que adquieren un inmueble bajo las condiciones establecidas por una determina institución bancaria –Ej.: Banco Hipotecario Nacional– y quienes sin recurrir al préstamo –con sus pocos ahorros– obtienen la posibilidad de la adquisición de un inmueble precario. ¿Por qué beneficiar a unos y perjudicar a otros?

Corresponde que la interpretación que se realice respecto de la vigencia de las cláusulas de inembargabilidad, una vez extinguido el derecho real de hipoteca, sea acorde con los principios generales del derecho, a fin de que éstos últimos se apliquen de forma tal que, al examinarlos el juzgador en forma independiente, constate si se cumple con los presupuestos establecidos por las normas que han creado este tipo de protección.

Es decir, no debemos aplicar como norma genérica la interpretación realizada por el máximo Tribunal –caso Jaralambides– dado que el mismo plantea una situación determinada que, como consecuencia de los sucesivos recursos interpuestos por el requirente, ha llegado al tratamiento por parte del citado juzgador.

La registrabilidad de la cláusula

Si bien la cláusula de inembargabilidad debe ser registrada en forma conjunta con el documento –portador del derecho real de hipoteca–, no existe un criterio uniforme respecto de la conducta que debe tener el registrador frente

al ingreso de un oficio que persigue el embargo del inmueble afectado al régimen de la ley 22232.

Aunque la ley en su artículo 35 afirma que “no podrá trabarse embargo sobre los inmuebles gravados a favor del Banco...”; la misma norma ordena que los inmuebles –que reciben la citada protección legal– no podrán ejecutarse. Lo que trae como consecuencia que deberá brindarse el mismo tratamiento tanto a los inmuebles que se encuentran en esas condiciones como a los afectados a bien de familia.

Por tanto, tal como lo aclara la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en la citada obra y en concordancia con el criterio expuesto en la IV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble en el año 1967, seguido en la XXVI Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble, realizada en La Plata en el año 1989, el Registro cumplirá con su función publicitaria, “tomando razón de los embargos que fueren dispuestos sobre el inmueble, haciéndole saber al juez embargante la circunstancia que lo afecta”. Dado que la protección legal que brinda la cláusula estará condicionada a que el inmueble mantenga su categoría originaria, conserve su destino y los demás requisitos exigidos por la ley, circunstancia esta que escapa a la función calificadora de los Registros de la Propiedad Inmueble, deberá ser evaluada concienzudamente por el Tribunal actuante.