

Hipotecas constituidas en sede judicial *

Por **Ángel Francisco Cerávolo, Arnaldo Dárdano, Rosana Fabiana Gimeno, Patricia Lanzón, Roberto Antonio Mignolo y Horacio Pedro Sofia Aguirre**

Sumario

- Antecedente que genera el tratamiento del tema.
- Breve reseña del régimen hipotecario nacional.
- El artículo 3128 del Código Civil.
- Documentos que hacen título al dominio.
- Los proyectos de modificación del Código Civil.
- Reseña jurisprudencial.
- Correcta interpretación del art. 325 del Código de Procedimientos Nacional Penal.
- El titular del derecho real.
- Eficacia de la caución real. Inhabilidad de título.
- El artículo 985 del Código Civil.
- Supuesta excesiva onerosidad de la escritura pública.
- Escribanía General de Gobierno.
- Nulidad absoluta.
- Conclusión.

Antecedente que genera el tratamiento

Motiva el presente artículo el hecho de que, días pasados, se ha ordenado al

* Especial para *Revista del Notariado*.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de un expediente en trámite ante un Juzgado Nacional en lo Penal Tributario, la inscripción de un gravamen hipotecario instrumentado en una supuesta “escritura pública” autorizada por la Actuaria del Tribunal. La cuestión, así planteada, reviste distintas aristas que tratarán de ser abordadas en este trabajo.

En la sede del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario comparecieron ante la Secretaria, Su Señoría por una parte, en representación del Juzgado y, por la otra, la persona que solicita la eximición de prisión y su cónyuge.

Se trata de un incidente de exención de prisión en una causa por evasión tributaria agravada, en el cual se resolvió conceder la exención de prisión al imputado, bajo caución real, mediante la constitución de una hipoteca en primer grado, a su costa.

El acta que se levanta a tal efecto tiene la “apariencia” de una escritura pública otorgada en papel con membrete del Poder Judicial de la Nación, ya que respeta el formato notarial típico, siendo el oficial público autorizante la Secretaria del Juzgado. Para que no quepan dudas respecto del concepto que en dicho organismo judicial se sustenta, en el oficio al Registro de la Propiedad rogando la inscripción se lee: “... proceda a la inscripción de los gravámenes hipotecarios instrumentados en las escrituras públicas otorgadas por la Actuaria y cuyo primer testimonio de cada una de ellas se adjunta al presente”.

Es la sociedad toda la que pide el resguardo dado por la hipoteca en casos de ser el medio de caución escogido para que se obtenga la exención o la excarcelación de una persona. El individuo acusado de un delito penal, entonces, debe resguardar a la comunidad otorgando seguridades en el sentido de que permanecerá en libertad en tanto la justicia no determine su comparecencia al tribunal de la causa.

En una comunidad, la división de funciones y roles se hace cada vez más diferenciada e importante a medida que los tiempos transcurren y así ha acontecido desde el principio. Hoy mucho más que en la época de la sanción del Código Civil, las funciones notariales se ven distanciadas en sus condiciones, profundidad, capacitación y especialidad de las judiciales y aún en mayor medida respecto de esta área del derecho, que cuenta con principios y normas propios, como son el derecho penal y su proceso.

Breve reseña del régimen hipotecario nacional

El artículo 3108 expresa: “La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”.

La hipoteca no tiene existencia autónoma, puesto que depende de un derecho creditorio, al que otorga seguridad y garantía; el art. 524 considera accesorios de la obligación “... no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca”. Tal es la postura receptada en nuestro ordenamiento, a diferencia de otros regímenes comparados que, como el caso de la deuda inmobiliaria del derecho alemán,

aceptan el derecho real de garantía, aun sin que esté vinculado en forma accesorio a ningún derecho personal.

Conforme nuestros doctrinarios, la hipoteca tiene los siguientes caracteres esenciales: a) la convencionalidad, b) la especialidad y c) la publicidad; y un elemento natural: la indivisibilidad.

No hay, en nuestro derecho, otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma antedicha. Ello significa que la única hipoteca legislada en nuestro Código es la creada por la voluntad de las partes "... el derecho romano conoció, además de la hipoteca convencional, las hipotecas legales como la del pupilo y la del fisco, así como también las hipotecas judiciales: *pignus praetorium*, en los casos en los que el acreedor es puesto en posesión de los bienes del deudor y el *pignus in causa iudicatum captum*, por el cual, a raíz de una sentencia favorable, el acreedor embargaba bienes del deudor para responder al pago de su crédito, etc. [...] Vélez **eliminó** este tipo de hipotecas aceptando sólo la convencional (art. 3115 Cód. Civ. y su nota)...", Marina Mariani de Vidal, en su tomo 3 del *Curso de derechos reales*, p. 16.

En efecto, nuestro Código Civil ha excluido las hipotecas legales o tácitas y las judiciales, que existían en el derecho romano. Tales hipotecas creaban una gran inseguridad al gravar todos los bienes del deudor, ser de monto indeterminado y carecer de publicidad registral. En tal sistema, las hipotecas más comunes eran las que gravaban los bienes del marido por los bienes dotales recibidos de la mujer; de los tutores y curadores, por los saldos de las cuentas de administración, etcétera.

Por su parte, la hipoteca judicial consistía en asegurar al acreedor el cumplimiento de una sentencia favorable, poniéndole en posesión de bienes del deudor.

Ello significa que la única hipoteca legislada en nuestro Código es la creada por la voluntad de las partes.

Highton distingue entre "la creación legal y la causa fuente de los derechos reales. La ley crea los tipos de derechos reales y los particulares no pueden constituir otros distintos de los taxativamente enumerados en la ley. Sin embargo, la causa fuente de los derechos reales es en la mayoría de los casos la voluntad de los particulares. A ella se refiere la convencionalidad. La convención debe ser expresa; esta calidad surge de los arts. 3128, 3130, 3131".

Están excluidas, conforme lo expresa el Codificador, todas las hipotecas legales y las judiciales; la primera es la hipoteca que la ley acuerda de pleno derecho, por lo común teniendo en cuenta la persona del acreedor y grava todos los bienes del deudor, es indeterminada en cuanto al monto y oculta o clandestina pues no se inscribe ni requiere publicidad y la hipoteca judicial es una especie dentro de las hipotecas legales acordadas por la ley a efectos de asegurar la ejecución de una sentencia. Grava todos los bienes presentes y futuros del deudor pero es especial en cuanto al crédito determinado que garantiza y es pública pues tiene eficacia a partir de su inscripción.

El carácter convencional de la hipoteca representa un avance de nuestro Codificador pues da seguridad jurídica.

No nos extenderemos sobre los caracteres que hacen a la esencia de la hipoteca; simplemente señalaremos que el artículo 3115 dispone que “No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este título”, es decir que la hipoteca reconoce una única fuente: el contrato o la convención. Más aún, dicha convención debe ser expresa, a diferencia de la prenda o la anticresis, que pueden ser tácitas.

En tal sentido, el artículo 3131 determina qué constancias atinentes a la especialidad debe contener el acto constitutivo.

La hipoteca debe ser hecha en escritura pública; existe discrepancia doctrinal respecto de si tal requisito es *ad solemnitatem*, consecuencia de lo cual no sería admisible la promesa de hipoteca, ni posible compeler a la firma de la escritura, si aquélla se concretara por instrumento privado, o si, por el contrario, es meramente *ad probationem*, de modo tal que la hipoteca constituida por instrumento privado daría acción para obligar al renuente al otorgamiento de la escritura pública por vía judicial, y aun en el caso de que el condenado no la suscribiera, podría hacerlo el juez en su nombre y a su costa.

Ello no es impedimento para que se admita la validez de la promesa de hipoteca formalizada en un instrumento privado, en virtud de que este contrato no constituye la hipoteca sino que se trata de un contrato por el cual las partes se obligan a constituir la hipoteca (arts. 1185 y 1187), con lo que nace el derecho real si la promesa se cumple; o luego de una sentencia condenatoria al promitente, que no cumplió en suscribir la escritura que luego se otorgará.

El artículo 3128 del Código Civil

El artículo expresa: “La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos...”.

La nota al mentado artículo expresa: “1. 4 Tít. 16, Lib. 10 Nov. ec. rt. 3 de la Ley Hipotecaria de España-Duranton, tomo 17, núms. 354 y sigs. Véase L. 114 tít. 18, Part. 3ª. Decimos los documentos que ‘sirven de títulos del dominio’, etc. y a esa clase pertenecen entre otros la concesión de los caminos de hierro, y todo documento auténtico expedido por el gobierno o a nombre del gobierno que transmita derechos reales”.

En el número 209 de la ley del 27 de octubre de 1982 se publicó un artículo bajo el título de “La garantía real del acuerdo y su instrumentación”, firmado por el Dr. Horacio Roitman, donde sostiene que “la posibilidad de garantizar con gravámenes reales los acuerdos preventivos y resolutorios aprobados en juicios concursales, es un supuesto frecuente; empero –agrega–, la excesiva onerosidad que demanda la constitución de hipoteca ha privado a los acreedores de gozar de esta garantía”. El artículo se refiere a la instrumentación de la constitución de hipoteca por otros documentos que no sean la escritura pública. Si bien el tema tiene escaso eco en nuestro derecho positivo, merece el

tratamiento no tan sólo por el mero respeto a las normas de los contratos, sus formas, instrumentos, régimen de las hipotecas, normas registrales, principios generales y constitucionales, sino también por las consecuencias que su vulnerabilidad ocasiona.

Tal artículo generó la réplica del escribano Luis Correa Larguía, en su trabajo publicado en la *Revista del Notariado* N° 790 de julio-agosto de 1983, titulado “La constitución de hipotecas en sede judicial. Aplicación del artículo 3128 del Código Civil. Una proposición desacertada”. Allí hace excelentes consideraciones y ha merecido también la cita, casi excluyente, en el *Código Civil Comentado* de Bueres-Highton, en el tratamiento del artículo citado. En él expresa que el Dr. Roitman fundamenta su comentario en la excesiva onerosidad que demanda la constitución de hipoteca por escritura pública. Machado y Llerena admiten la constitución de hipotecas en sede judicial, tomando como punto de apoyo la nota al artículo 3128 del Código Civil, sin una mayor exégesis, como la que exige el tema en cuestión, y discrepan en cambio, entre otros, Segovia, Cammarota y Salvat, decididos partidarios de la constitución de las hipotecas por escritura pública, desechando de plano los sucedáneos del artículo 3128 y su nota.

Correa Larguía cita los conceptos de Boffi Boggero, refiriéndose a la exagerada función que suele asignársele a las fuentes de los artículos del Código. “Es una costumbre muy generalizada la de penetrar las fuentes para atenerse a ellas muchas veces por encima del texto legal, extremo que no debe constituir una regla” (*Estudios Jurídicos*, primera serie, p. 87 y nota 49, Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1960). Esto viene a colación porque en la nota al artículo 3128 dice que en varias naciones, sin rechazar la escritura pública, se ha establecido que a la par de ella se puede constituir la hipoteca por documentos privados reconocidos judicialmente o que estén autorizados con la firma de dos testigos. A las expresiones de Boffi Boggero podemos agregar, en el caso en particular, que tal nota hace una referencia al derecho comparado en relación con la forma de documento privado reconocido judicialmente o autorizado con la firma de dos testigos, lo que no es lo mismo que se admita la constitución de hipotecas por instrumentos públicos judiciales, y lo cierto es que nuestro legislador no escogió la forma de la que habla la nota.

Declarando la validez de la hipoteca constituida por el juez comercial para garantizar un acuerdo: “El juez al analizar el concordato resolutorio, no debe apreciar, como criterio para determinar el fraude, si con la liquidación los acreedores hubieran obtenido una mayor o menor cantidad de lo que les procura el concordato, son dos términos imposibles de comparar porque el concordato implica liberación y la liquidación no (CNCCom., Sala B, 11/11/1980, ED 91561 136). La constitución por el juez de una hipoteca destinada a garantizar un acuerdo logrado en un concurso comercial no es figura en ningún modo viciosa porque el artículo 3128 del Código Civil concibe la constitución de hipoteca por instrumentos distintos de la escritura pública, lo que hace oportuno recordar la enorme riqueza que el derecho ofrece a quienes sepan buscarla, de modo que los caminos infrecuentes son de tanta legitimidad y ge-

neralmente más económicos que aquellos por los cuales transitan las personas inexpertas (CNCom., Sala D, 22/12/1980) ED 92-716”.

Documentos que hacen título al dominio

Con la ley 9078 del año 1913, que reglamenta la Escribanía General de Gobierno, se puso punto final a los documentos que hacen títulos al dominio, en los términos del artículo 3128. Sí podemos agregar que con posterioridad a la creación de la Escribanía General de Gobierno, la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería de la Nación, Consejo Agrario Nacional, en virtud de la ley 14392, modificada por el decreto ley 2964/54, creaba títulos de propiedad otorgados por la autoridad administrativa competente sobre la base de expedientes en los que se acreditan ciertos requisitos exigidos por la ley, cumplidos los cuales, el Estado nacional argentino transmitía el dominio de tierras de toda la República. La ley se denominaba de “Colonización”; muy prolija en su creación y, en especial para el caso en cuestión, su artículo 82 establece: “Decláranse de orden público las prescripciones de esta ley, quedando derogadas las leyes [...] y demás normas legales que se opongan a la presente...”. Cuando dice “demás normas legales” está incluyendo al Código Civil, modificándolo en lo referente a las formas de los actos de transmisión del dominio y constitución de gravámenes, y así debe ser entendido porque es una ley muy específica para este régimen de transmisión de tierras.

Otro ejemplo de excepción al régimen del Código Civil es la ley 4167 de Régimen de Tierras Fiscales, que en su artículo 3 dice: “El Poder Ejecutivo podrá disponer se otorgue el título definitivo de propiedad a los que hubiesen abonado la sexta parte del precio al contado [...] quedando hipotecada la propiedad por el importe de las letras correspondientes a los plazos no vencidos. El título será expedido por medio de boletos talonarios de los registros respectivos que deberán llevar las oficinas públicas que se determinen; dicho boleto tendrá fuerza de escritura pública y deberá anotarse en los registros públicos correspondientes...”. A su vez, el artículo 14 expresa: “Los escribanos y funcionarios que intervengan en las escrituraciones de tierras de los territorios nacionales, deberán comunicar las enajenaciones...”. Contempla dos posibilidades en cuanto a la forma, pero es específica y cuando decimos “específica” queremos significar que modifica al Código Civil y toda interpretación debe ser restrictiva.

Proyectos de modificación del Código Civil

La Comisión Reformadora del Código Civil, designada por el Poder Ejecutivo Nacional en 1926, entre cuyos integrantes se encontraban Roberto Repetto, Julián Pera, Gastón Federico Tobal, Raymundo Salvat, César de Tezanos Pinto, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Juan Antonio Bibiloni, Rodolfo Rivarola, Enrique Martínez Paz y José A. Gervasio, concluyó su labor en 1936. Todos fueron contestes en preceptuar exclusivamente la escritura pública para la constitución de la hipoteca. El artículo 2770 del Anteproyecto dispone: “La hipoteca no puede ser constituida sino por escritura pública...”. Excluye, en con-

secuencia, toda la instrumentación supletoria permisiva y la que por vía de interpretación ha pretendido asignársele al artículo 3128 y su nota.

A su vez, en la exposición de motivos, el título X del Proyecto que trata de la hipoteca, en el Capítulo I, relativo a las Disposiciones Generales, contiene, entre otras consideraciones, el párrafo que sigue: “En nuestro Proyecto, la hipoteca continúa siendo accesoria y convencional. Por ello mantenemos la doctrina de los artículos 3108 y 3115, así como las exigencias del 3109, pero modificamos lo dispuesto en los artículos 3128 y 3130, entendiendo con Bibiloni que no cabe duda constituir hipoteca por otro instrumento que no sea escritura pública”. La circunstancia de no estar incorporado al derecho vigente el contenido de la Reforma de 1936 no le resta fuerza de convicción que emana de su plataforma doctrinaria, por cuanto implica la más importante revisión integral del Código Civil desde la época de su sanción, realizada por importantes juristas.

En el Proyecto del Código Civil Unificado con el Código de Comercio, elaborado por la comisión creada por decreto 685/95 y presentado al señor Ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998, para ser elevado al señor Presidente de la Nación, en el artículo 2104, Libro Quinto “De los Derechos Reales”, Título XII “De los Derechos Reales de Garantía”, Capítulo II, Hipoteca, define: “La hipoteca es el derecho real de garantía sobre inmuebles individualizados que quedan en poder del dueño y que sólo puede constituirse en escritura pública...”. Uno de los co-redactores del Proyecto es el mismo Dr. Horacio Roitman, el autor del artículo mencionado precedentemente.

Lo cierto es que el texto del Proyecto no solamente expresa que la hipoteca se constituye por escritura pública, sino que enfatiza “**que sólo puede constituirse en escritura pública**” (lo destacado es nuestro).

No nos cabe duda de que con la palabra “sólo” pondría punto final al tema que hoy estamos tratando, pero además, a diferencia de lo que ocurre con el art. 3128 del Código Civil, ya no menciona a “los documentos que sirvan de títulos al dominio o derechos reales expedidos por autoridad competente para darlos”.

Por otra parte, entendemos que a lo que se refirió Vélez es a la constitución de hipotecas por ante la autoridad competente en la oportunidad de la transmisión de dominio con hipoteca por saldo de precio. El artículo 1184 del Código Civil, en su inc. 1º dice que los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos... La interpretación exegética es terminante.

También en igual sentido, el Proyecto de Código Civil de 1999, en su artículo 960, Libro Cuarto “De los Derechos Personales”, Título II “De los Contratos en General”, Capítulo VII, Forma, tampoco deja lugar a dudas porque expresa: “Deben ser otorgados por escritura pública: [...] e) Los contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados por escritura pública”. Por disposición de la ley se refiere al artículo 2104 del mismo Proyecto, cuando en su parte pertinente dice: “La hipoteca es [...] y sólo puede constituirse en escritura pública...”.

Reseña jurisprudencial

Correa Larguía cita el único fallo que ha podido encontrar luego de examinar la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal. La Cámara Nacional Civil Segunda, con fecha 21 de junio de 1933, en los autos “Massacane, Luis – Sucesión”, registrado en *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 812, mediante el fallo de los doctores Salvat y Lagos, con la disidencia del doctor Senillosa, expresa “... que al hablar el artículo 3128 de ‘documentos’ que reúnan la doble condición que la ley enumera, el legislador ha tenido en cuenta hasta la sanción de la ley reglamentaria de la Escribanía General de Gobierno (ley 9078 del 24 de febrero de 1913), muchos actos jurídicos que interesan al Estado se otorgaban por simples resoluciones dictadas en los respectivos expedientes administrativos, como ocurría con las concesiones de ferrocarriles, títulos de tierras públicas, etc. (conf. nota del codificador al art. cit.; Machado, t. 8, p. 56; Cammarota, A., *Derecho hipotecario argentino*, n° 182, y Soares, A., *La hipoteca*, p. 164) [...] Que de acuerdo con esos antecedentes, no es posible admitir que la hipoteca pueda ser constituida en cuenta particionaria, por vía de adjudicación de inmueble con garantía de ella por el saldo que excede el haber del heredero o esposo superviviente, no sólo porque al admitirlo se desconocen los antecedentes que ilustran y determinan el alcance de la ley, sino también porque sería contrario al principio general de la necesidad de la escritura pública para la constitución de hipoteca, exigida en el artículo 1184, inc. 1°, del Código Civil, reiterando como norma general en el mismo artículo 3128, precedentemente citado [...] en cuanto a la parte final de la nota del codificador a dicho artículo, en la cual hace alusión a legislaciones extranjeras que aceptan la constitución de la hipoteca por instrumento privado, debe observarse que se trataría de una cuestión de derecho privado, extraña al caso de autos y que, por consiguiente, el tribunal no debe considerar ni resolver. El artículo 3129 del mismo Código, por lo demás, consagra en términos precisos y categóricos una doctrina contraria a la que surge de la parte de la nota del codificador que se examina”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, 18/09/1995. Autos: “Grimberg, Marcos”. *La Ley* 1997-D, 847, (39.684-S), *DJ* 1997-2, 1128, *SJ* 1390. Ofrecida la sustitución de la **Caución** real mediante la **constitución** de una **hipoteca**, corresponde que los gastos de la correspondiente escrituración sean soportados por la parte interesada. La instrumentación de la escritura no se opone al art. 325 del Cód. Procesal Penal, razón por la cual es inadmisibles la pretensión de obviar las normas civiles referidas a la **constitución** de la garantía.

Existen fallos en contra, a saber: “Exención de prisión. Caucción: formas. Hipoteca. Ley 23984”. En el caso de gravamen hipotecario como forma de caucción para la exención de prisión, no es requisito indispensable la actuación notarial por medio de un escribano ya que, cumplidos los extremos previstos en el art. 325 del Código Procesal Penal (ley 23984) –agregación del título de propiedad y previo informe de ley–, es el mismo juez quien ordena la inscripción de la hipoteca; en cuanto al registro de hipotecas que menciona la norma ci-

tada, debe interpretarse como tal al Registro de la Propiedad Inmueble, por no existir otro registro de hipotecas en el ámbito de la Capital Federal. CPEconómico, Sala B, (Sustaita-Landaburu-Oyuela). Reg. 119/1993, 19/04/1993. Causa 32452: “Schvartzman, Hugo Jacobo s/ Régimen Penal Tributario. Incidente de exención de prisión”.

En igual sentido: Sala B, Reg. 120/93. Ref. norm.: ley 23771; Código Procesal Penal (ley 23984), art. 325. *Nota*: se revocó el auto que dispuso la constitución de una hipoteca por intermedio de escribano, debiéndose disponer conforme al art. citado del CPP (ley 23984).

Caución real. Requisitos. Exigencias. El inciso 3° del artículo 365 del Código Procesal Penal puede servirnos de base para conocer los fundamentos de la excarcelación ordenada. Al tratarse de bienes inmuebles, la caución real sólo puede otorgarse gravándolos con hipoteca (art. 371, inc. 1° del CPP) y este gravamen debe ser hecho por escritura pública o por acta especial formalizada por el magistrado o inscrita en el Registro de Hipotecas. No basta, pues, ofrecer un inmueble en caución para obtener la excarcelación; es indispensable que el ofrecimiento llene los requisitos necesarios para que puedan ser aceptados por el magistrado. En el caso de autos no se ha cumplido ninguno de esos requisitos. En segundo lugar, es indispensable la evaluación fiscal mediante el correspondiente certificado para probar que el valor del inmueble ofrecido cubre la finalidad de la caución. Sólo cumpliendo con estos recaudos el ofrecimiento podrá ser aceptado por el magistrado para ordenar la constitución de hipoteca y su correspondiente inscripción. Por último, en el caso a examen, los bienes mencionados por el Defensor de Granado pertenecen a Irarrazábal, quien aunque procesado por el mismo hecho, es un tercero en relación con el recurrente, por lo que no puede ofrecer estos bienes en caución, sin la expresa autorización del propietario...”. Autos: “Irarrazábal, Pedro Eugenio y otro s/ libramiento de cheque sin provisión de fondos (ficha)”. Penal. Concepción, 27/02/1978.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala V, 25/09/2002. Autos: “Gómez, Gladys E.”, *DJ* 04/06/2003, 335 - *DJ* 2003-2, 335. La escritura mediante la cual se otorga hipoteca a favor del tribunal a los efectos del pago de la caución real puede ser labrada por escribano o por el propio secretario del tribunal.

Jurisprudencia penal dictada durante la vigencia del art. 390 del Código ritual anterior. El artículo 390 del Código Procesal Criminal disponía: “Las cauciones para decretarse la libertad provisoria podrán otorgarse ‘apud acta’. En el caso del gravamen hipotecario, se ordenará también la inscripción en el registro correspondiente”.

La Cámara Criminal de la Capital, por medio de su Sala III, ha resuelto el 4 de junio de 1964, en autos “Posse, Lorenzo A.”: “Si como caución real para la excarcelación se acepta un inmueble, corresponde se grave con hipoteca a favor del juzgado, extendiéndose la pertinente escritura pública según las normas del Código Civil como así también endosar a la orden del juzgado la pertinente póliza de seguro de incendio hasta el monto fijado”. De los conside-

randos del fallo surge, entre otras cuestiones, que: "... la defensa insiste en que el acta de excarcelación sea extendida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 390 C. Pr. Cr. lo que, a tenor de lo solicitado [...] consistiría en suscribir en la ocasión indicada, simplemente la escritura de hipoteca ante el actuario. El proveyente considera que tal procedimiento no es el que la ley fija, correspondiendo en cambio, que sea un escribano público de registro el que libere el acta de hipoteca en primer grado, a favor del juzgado mediante la respectiva escritura pública sin perjuicio de que el acta ante el secretario cumpla los requisitos del tít. XVIII lib. 2º del Código de rito y que dicha hipoteca se inscriba como corresponde. Y ello es así por cuanto el CC, en su art. 1184, inc. 1 determina expresamente que los gravámenes sobre inmuebles deben ser constituidos mediante escritura pública. La razón para que antiguamente tales hipotecas judiciales fueran extendidas por los escribanos secretarios radica en que, por ejemplo, en Territorios Nacionales o en la provincia de Buenos Aires, antes de establecerse secretarios propiamente dichos, o bien los secretarios poseían registro como anejo a su función, o bien eran escribanos que autorizaban las resoluciones judiciales, sin perjuicio de sus propias funciones notariales. Por lo demás, el art. 390, Código de rito —que no podría modificar naturalmente las disposiciones del Código Civil, sin caer fulminado por la tacha de inconstitucionalidad dado que invadiría materia que es propia de la legislación del Congreso Nacional en su condición de tal y no como legislatura local (art. 67 inc. 11 y 31 Const. Nac.)— establece la posibilidad de extender las cauciones *apud acta* pero no lo ordena imperativamente. Es pues facultativo del juzgado optar, o no, por tal procedimiento. Este ha sido el criterio sustentado por el proveyente en las causas números 867 y 1865 de la secretaría número 143 en los incidentes de excarcelación de Alfredo Carlos Busch Frers y Juan Carlos Palarmo, y no encuentra motivos bastantes para apartarse del mismo". Ante lo cual la Cámara acepta la sustitución de la caución real por el gravamen hipotecario en primer grado sobre un inmueble y hace saber a las partes que la pertinente escritura de hipoteca deberá ser extendida por un escribano público de registro de este Tribunal, que deberá ser propuesto por la defensa y a costa de ésta, así como que correrá por cuenta del notario a designar la tramitación administrativa necesaria para el otorgamiento de la referida escritura. En segunda instancia, el 16 de junio de 1964, se consideró que de "lo dispuesto en los arts. 390 y 383 C. Pr. Cr. no resulta que se haya establecido un régimen especial distinto al ordinario en el Código Civil respecto de la forma de constituir el derecho real de hipoteca", por lo cual se confirmó la resolución apelada. La Cámara por entonces estaba constituida por los doctores Horacio Vera Ocampo, Néstor E. Panelo y Jorge Frías Caballero (JA 1964 V, pp. 246/7).

Por su parte, en la postura opuesta, en un fallo del 27 de noviembre de 1935: "Gómez, Agustín Nicanor", la Suprema Corte de Tucumán resolvió: "Cuando la fianza para la libertad provisional se constituye 'apud acta' no debe hacerse escritura pública ni exigirse el pago de impuestos de sellado. El art. 390, Cód. de Proced. en lo Criminal, contempla la situación económica del procesado, procurando que no se demore la excarcelación por falta de recur-

sos”. La defensa (“titular de pobres”) interpuso en tal causa el recurso de queja directa solicitando que la caución se otorgara *apud acta*. La Suprema Corte de dicha Provincia, en sus considerandos sostiene que el “art. 390 Cód. cit. establece que las cauciones para decretarse la libertad provisoria, podrán otorgarse ‘apud acta’. Ello significa que todas las diligencias sobre fianza, en ese caso, quedan incorporadas al incidente respectivo y en calidad de trámites favorables al procesado (art. 398 mismo Cód.). Que es sólo práctica tribunalicia que en lo relativo a la constitución y anotación de las finanzas, el secretario de los juzgados en lo Criminal lleve un protocolo para asentar las escrituras correspondientes. Que en el supuesto del art. 390, que contempla la situación económica del imputado procurando que no se demore la excarcelación por falta de recursos, no es necesario, entonces, hacer escritura particular de fianza si ésta consta ya en el acta que la ley manda labrar. Y si, a mayor abundamiento, se extendiera escritura, no habría por qué exigir de inmediato el pago de derechos fiscales desde el momento en que la ley de sellos da la pauta en su art. 43, inc. 5 autorizando el uso de papel común en los escritos y tramitaciones hechas en defensa de los procesados, salvo el caso de que fuesen condenados y tuvieren bienes en que hacer efectiva la reposición. La jurisprudencia se ha pronunciado en igual sentido, declarando que no es necesaria la escritura pública para el otorgamiento de las cauciones provisorias, al permitirse que éstas se asienten en acta judicial (véase Cámara Federal de La Plata, t. III, p. 113 y Cámara Criminal de la Capital, t. III p. 256)”. Ante lo cual la Suprema Corte de Tucumán revocó el pronunciamiento que no hacía lugar al otorgamiento de la fianza por acta (*JA*, t. 52, pp. 663 y 664).

Correcta interpretación del artículo 325 del Código Procesal Nacional Penal

Sin perjuicio de respetar el principio de inocencia, el Código Procesal Penal, en su art. 319, prevé restricciones a la exención de prisión o a la excarcelación, cuando la valoración de las características del hecho o las condiciones personales del imputado hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Sin embargo, los cinco artículos posteriores definen y reglamentan la manera de obtener la exención de prisión o excarcelación, mediante las distintas “cauciones”: juratoria, personal o real.

La caución juratoria consiste en la promesa jurada del imputado de cumplir las condiciones impuestas por el juez, pero el art. 321 no dice cómo deberá efectuarse.

La caución personal consiste en la obligación que el imputado asume junto a otro/s fiador/es solidario/s, de pagar una suma determinada de dinero que establezca el juez, en caso de incomparecencia. El art. 322 tampoco establece la forma de efectuarse esta caución.

El art. 324 del mismo Código ritual dice que la caución real se constituirá depositando dinero u otros valores, u otorgando prendas o hipotecas por la cantidad que el juez determine. Asimismo, establece que esta caución sólo se-

rá procedente cuando el juez considere ineficaz las dos modalidades anteriores y que, por la naturaleza económica del delito atribuido, se conforme como la más adecuada. No establece la forma.

La caución, según Couture, es el resguardo o seguridad que consiste generalmente en el depósito o afectación de ciertos bienes al cumplimiento de una obligación derivada del proceso.

La hipoteca como caución real se aplica en los casos de exención de prisión y de excarcelación, ante lo cual es importante tener en claro las diferencias entre ambos institutos. En este sentido se ha dispuesto: “La exención de prisión se ha de aplicar cuando la persona se halle en libertad, sin que importe cuál sea el estado de la causa, tiene por efecto entonces, preservarle en libertad. En tanto el instituto de la excarcelación corresponde cuando el sujeto procesado está detenido, se haya dictado o no a su respecto auto de prisión preventiva, su finalidad inmediata es que recupere su libertad perdida. La verdadera doctrina del instituto determina como regla general que a la libertad corresponde la exención de prisión y a la detención la excarcelación (CNPenal Económico, Sala II, ED 78-607).

El tercer párrafo del art. 324 del Código Procesal Penal advierte que tan sólo habrá de imponerse la caución real cuando, a través de la juratoria o personal, no pueda obtenerse la sujeción del imputado al proceso. Con la caución real se procura preservar que la rebeldía del imputado (art. 290) impida la realización del debate. Pese a “... la naturaleza económica del delito atribuido” se ha dicho que el monto del perjuicio no puede incidir en la fijación de la cuantía (ver comentario al art. 320). Cuando se registran varios procesos en trámite respecto del mismo imputado parece oportuno que la caución sea real (CCC, Sala VI, del 10/11/92, c. 57).

Ahora bien, la **forma** en que se otorgarán las cauciones es el Título que identifica al art. 325, al establecer, en su Primera Parte, que se otorgarán antes de ordenarse la libertad, en actas que serán suscritas ante el secretario. Es evidente que ello es así para las dos primeras cauciones relacionadas, por cuanto las actas judiciales son instrumentos públicos emanados o con intervención del secretario del Juzgado, para acreditar hechos, declaraciones o acuerdos relativos a los autos en que actúa. Por tal motivo, no cabe duda alguna de que la caución juratoria y la personal deberán efectuarse por acta. Tampoco existen dudas de que es el secretario el que cumple la función fedataria dentro del proceso. En estos casos, dichas actas contienen “declaraciones” de los imputados o consignan hechos o actos jurídicos. Los hechos materiales son los efectuados por las personas, en general son involuntarios. Los hechos jurídicos son los que originan derechos, obligaciones y responsabilidades. Estos *hechos* son en general involuntarios. También pueden consignar actos jurídicos, que son los que se originan en la voluntariedad del autor.

En sentido procesal nos enseña Capitán: “hecho se usa como oposición a derecho, pues mientras el punto de hecho pone en juego qué ha de ser probado, el punto de derecho tiene por objeto saber la regla de derecho aplicable al hecho, una vez probado éste”.

Por lo expuesto, no cabe duda alguna de que la caución real no se encuentra incluida dentro de dicha forma –acta judicial– y por ello el punto del primer párrafo establece, a continuación, que en caso de gravamen hipotecario, además se agregará el título de propiedad y, previo informe de ley, el juez ordenará por auto la inscripción de aquel en el Registro de hipotecas. No dice que deba efectuarse por acta y, no lo dice, precisamente porque da por sentado el conocimiento y la aplicabilidad de la norma de fondo civil en materia de constitución de Derechos Reales, que rige a partir del momento en que se decide optar por el gravamen hipotecario como caución.

Podemos interpretar que el título de propiedad se agrega para que el escribano autorizante cuente con tal instrumento para el otorgamiento del acto y los pedidos de informes son para que el juez valore la veracidad del planteo de la caución real. El escribano tiene la obligación de inscribir, independientemente de que la norma prevea que la inscripción sea ordenada por el juez en razón de las particularidades de este tipo de actos.

Estamos convencidos de que esta interpretación es la adecuada, creemos que la intención del legislador fue ésta porque, de lo contrario, entran en colisión normas de diferente jerarquía constitucional: un código de procedimiento local y la norma civil de fondo, que podría tornar al primero inaplicable.

Doctrina. Comentarios de algunos autores al artículo 3254 del Código de rito en materia penal en su normativa actual

“Si se tratare de bienes inmuebles, deberá constituirse hipoteca sobre ellos, también a favor del tribunal. La escritura pertinente puede ser labrada por escribano o por el propio secretario del tribunal interviniente”. Durante la vigencia de la anterior legislación procesal hubo de aceptarse, aunque por excepción, esa última modalidad (sobre la base del derogado art. 390 del C. P. M. P.) que permitía como la de cualquier otra caución *apud acta* CCC JA 1964 V 246, si bien calcándose su carácter facultativo. El texto actual nada dice pero, por el contrario, elípticamente parecería sugerir la idea de que el legislador ha supuesto, como regla, su confección por el actuario.

Pero aunque la regla no es la supuesta, nada impediría que, por excepción, el actuario llevare a cabo tal tarea en los casos en que la situación económica del imputado detenido tornare imposible el sufragio por él de los costos notariales resultantes, con la consiguiente afectación de su libertad (acepta prescindir del acto notarial la CNPE, Sala B, causa 119: “Schvartzman”, del 19/4/93, pero sosteniendo que basta que el juez ordene la inscripción luego de cumplidos los requisitos del art. 325, agregación del título de propiedad y previo informe de ley (en contra Donna y Maiza). Edgardo Alberto Donna y María Cecilia Maiza (*Código Procesal Penal y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, 1994, p. 375, comentario al art. 325) expresan: “Cabe aclarar que la hipoteca debe ser constituida por el interesado, quien además correrá con todos los gastos de la escritura. La función del Tribunal en tal caso se limita a recibir los títulos y escrituras pertinentes ordenando su inscripción en el registro correspondiente”.

Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray, en su obra *Código Procesal Penal*, Pensamiento Jurídico Editora, pp. 684 y 685, en comentario al artículo 325 del Código ritual, expresan: “El precepto implícitamente alude sólo al instituto de la excarcelación, pero es obvio que su aplicación se extiende también al de exención de prisión. En ambos casos, entonces aquellas sólo producirán efecto sobre la libertad del imputado una vez labrada el acta que documente la prestación de la caución, ya se trate de la juratoria, personal o real con las modalidades que añade el artículo 326”. La norma regla que en el caso de la constitución de una hipoteca, habrá de agregarse al proceso el título de propiedad y luego del informe de ley el juez ordenará la inscripción de aquella. Ello sucederá, sin embargo, sólo en caso de que sea constituida por ante el actuario (véase el comentario precedente) pues de adverso, la inscripción habrá sido ya materializada por el notario actuante antes de la confección del acta, y así deberá acreditarse, además, mediante el testimonio demostrativo de la constitución de ese derecho real.

Pero si fuere el secretario judicial el encargado de documentarlo, por cuanto éste hubo de haber requerido anteriormente los informes acerca de la libre disponibilidad del bien por sus titulares y de su situación dominial (parecería prescindir de ellos incorrectamente la C. N. P. E., Sala B, causa 119; “Schvartzman”, del 19/4/93 R:DPT II 77). No será necesario aguardar la inscripción por el juez para efectivizar la libertad del imputado o para asegurarla (porque la certificación por “escribano o funcionario público”, que para la constitución de aquel derecho real exige el artículo 23 de la ley 17801, importa una anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado (art. 25, párr. segundo íd.). El embargo no es aceptado como garantía por el legislador (Cafferata Noris, *La excarcelación*, p. 213) porque esa medida cautelar carece en sí misma de “efectividad” en los términos pretendidos por el art. 330. Por ello la constitución de prenda o hipoteca son las únicas vías aptas para afianzar, según se trate de bienes muebles o inmuebles con prescindencia de su lugar de ubicación (CCC LL 145–392).

Los bienes caucionados pueden ser sustituidos con posterioridad por otros que satisfagan a criterio del juez el cuántum excarcelatorio (así, por ejemplo, es susceptible de ser sustituida la fianza fijada en dinero por hipoteca [CCC, Sala I, causa 12930: “Campolonghi, L.”, del 30/11/71]).

El Código no fija plazo para la prestación de esta caución. Por ello, si se trata de una excarcelación, podrá ser satisfecha *sine die*; en cambio, deberá serlo en el plazo que prudentemente fije el juez en el caso de exención de prisión.

El deber de motivar el auto alcanza al monto de la caución impuesta, bajo sanción de nulidad (CCC, Sala I, causa 2539: “Cabanillas, W.”, del 22/12/94).

Para hacer efectiva la caución real gravando con hipoteca bienes inmuebles es necesario y suficiente constituir gravamen sobre ellos por el monto fijado para la caución cumpliendo las formalidades que la ley exige para su validez (art. 3128 Cód. Civ.) e inscribirla en el registro correspondiente (CCC 5º, c. 4860/64, JPBA 11- 1238). El hecho de estar arrendadas las fincas dadas en hi-

poteca no disminuye ni afecta sus valores reales adjudicados por los peritos tasadores oficiales (CCC 5º, c. 6127/65, JPBA 14. 1775). No importa que los bienes ofrecidos se encuentren fuera de la jurisdicción del Juzgado (CCC JPBA, 27. 4441). Corresponde la tasación si no existen elementos de juicio suficientes para establecer su valor (CCC JPBA, 20/10/72).

Dayenoff, David E., *Código Procesal Penal de la Nación. Orientaciones para la defensa para querellantes y apelantes. Comentarios, jurisprudencia, legislación*, Ediciones La Rocca, 1997, p. 390. En el comentario al artículo 325 del Código Procesal Penal, “se suscribirán las actas correspondientes al otorgamiento de las garantías que serán extendidas por ante el secretario del Juzgado. Hipotecas: se sigue en el artículo el camino normal para este tipo de garantía, se exhibe el título de propiedad, se extraen sus datos de inscripción en el registro respectivo, se piden los informes de dominio y situación del bien y si todo es correcto el juez ordenará por un auto la inscripción de la caución en el registro respectivo. Como se puede apreciar una simple transacción inmobiliaria, si es que el bien en garantía es un inmueble [...] así como la caución personal afecta bienes del imputado y de un tercero fiador creemos posible que la hipoteca o toda otra garantía real sea facilitada por un tercero solo o juntamente con el imputado”.

Definición de acta. Capítulo IV del Código Procesal Penal de la Nación, art. 138: “Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo. A tal efecto el juez y el fiscal serán asistidos por un secretario...”. Comprende el relato o la descripción reflejados por escrito a otorgar por el funcionario público instrumentos públicos en los términos del Código Civil (art. 979, incisos 1 a 4, CNCP, Sala II, JA 1996 II, p. 551). Para la CF de La Plata, Sala I, la comprobación notarial de las circunstancias de hecho del ilícito carece de todo valor probatorio (“Segba s/ denuncia de hurto de energía eléctrica”, del 29/3/94, JA 1994 IV, p. 297). En cambio, la CNCP estima que si bien no pueden equipararse las actuaciones notariales cumplidas por iniciativa privada al trámite aquí previsto, en modo alguno el acto carece de validez como instrumento público aunque subordinado al análisis a través de la sana crítica o libres convicciones (art. 241 y concordantes, Sala III, “Edelap”, del 11/8/94, JA del 1º/3/95, p. 42). “Es que la condición de prueba a ponderar resultaba incuestionable. Sólo restaba la cuestión del mérito asignable, a cuyo fin es imprescindible acudir al art. 206. Aquí surge el problema de las facultades correspondientes al Congreso en torno a legislar en materia procesal cuando se trata de asegurar la efectividad de derechos consagrados en la legislación de fondo (CS fallos 295,606), pues resulta inexplicable prescindir de lo establecido por los arts. 979, 980, 993, 994 y 998 Cód. Civ. Esto no significa que el contenido de la escritura pública necesariamente vincule al juez, pues debe apreciarla conforme a la libre convicción o sana crítica (arts. 241; 263, inc. 4 y 398). Su adecuada aquilatación deberá atender, cuando menos, a la adquisición de elementos que permitan cuestionar la fe merecida por la existencia material de los hechos ve-

rificados por el oficial público [...] El juez puede asignar a los hechos y declaraciones recibidas una comprensión incluso contraria de aquella que el oficial público creyó captar (ST Río Negro, Sala B, LL 12/10/94, f. 92721). Francisco J. Dálbora, *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo Perrot, 3ª edición, pp. 198/99.

Eficacia de la caución real. Inhabilidad de título. Competencia del funcionario

Insistimos, **no** podría un acta de ningún funcionario público constituir derechos reales por cuanto no es la formalidad prevista para ello y contradice toda la normativa vigente.

En tal sentido, cabe recordar que, dentro del Título de los Instrumentos Públicos, el art. 986 del Código Civil establece: “Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”. En consecuencia, podría ser que un tribunal de otro fuero aceptara la inoponibilidad de dicha hipoteca efectuada por acta judicial, frente a la solicitud de cualquier acreedor del imputado y mucho más en caso de “Concurso o Quiebra”, por cuanto en tal supuesto harían ilusoria la ejecución ante un eventual incumplimiento o incluso podría ser observado el título, aun en caso de subasta judicial, ya que dicha adquisición no es originaria ni subsanatoria.

Si el artículo 324 del Código Procesal Penal de la Nación nos dice que la caución real es procedente cuando de las circunstancias del caso surgiera la “ineficacia” de las modalidades de las dos cauciones precedentemente establecidas, es decir, las cauciones personales y las juratorias, y si la finalidad de la determinación de una caución es que produzca los efectos deseados por tal figura jurídica, ¿cómo podría tener eficacia una caución real de hipoteca constituida en sede judicial? Porque el título es inhábil. La excepción de inhabilidad del título es aquella que se opone en los juicios ejecutivos cuando las formas extrínsecas del título no son las de ley.

Reza el art. 980 del Código Civil: “Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto...” y el art. 997 de dicho cuerpo, que “Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones...”. A su vez, el 998 establece que “Las escrituras deben hacerse en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. El artículo 1183 determina: “Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma” y el art. 1184, siempre del Código Civil, dispone que “Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro...”.

Es, por tanto, la hipoteca autorizada por la Actuaría de un Juzgado, nula, de

nulidad absoluta, debido a la carencia de competencia en razón de la materia del oficial público actuante.

La aparente excepción al transcripto artículo 1184 del Código Civil, contenida en el art. 3128 del mismo cuerpo legal, ha sido interpretada por la doctrina, como se expresó, en el sentido de que se refería a las facultades de instrumentar hipotecas por eventuales saldos de precio a los mismos funcionarios a los que, por leyes especiales, se los autorizaba a otorgar títulos de dominio respecto de determinadas tierras públicas, con motivo de la formación de colonias (Cfr. Prayones, Eduardo; Dassen, J. y Laquie, M., *Tratado de Derecho hipotecario*, 3ª ed., Abeledo Perrot, p. 96).

El titular del derecho real. El artículo 985 del Código Civil

Más allá de la forma, el otro tema que se plantea es quién debe ser el titular del derecho real de hipoteca. El Código Civil, artículos 32 y 33, define a las personas físicas o de existencia ideal y, entre las de carácter público, están el Estado Nacional, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas. No creemos que el Juzgado pueda ser titular de derechos reales.

El artículo 6 del decreto 914/79, que adecua el régimen legal de la Escribanía General de la Nación, establece: “Las escrituras públicas de transferencia de dominio de los inmuebles adquiridos por los organismos centralizados y descentralizados de la Administración Pública Nacional, Tribunal de Cuentas de la Nación, entes autárquicos [...] serán extendidas a nombre del Estado Nacional Argentino con el aditamento del nombre del organismo al que esté afectado dicho bien”. Creemos que esto marca una pauta clara para determinar quién debería ser el titular de los derechos reales de hipoteca.

De considerarse que el Juzgado sea el titular del derecho real y el que apruebe la caución real, tenemos algo mucho más grave si las hipotecas se constituyeran por instrumentos judiciales, y es que tales actos podrían ser nulos de nulidad absoluta por aplicación del art. 985 del Código Civil. Por otra parte, el art. 986 dispone: “Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”.

Aspectos registrales

La Dirección del Registro de la Propiedad de la Ciudad de Buenos Aires se expidió sobre el tema en nota, que expone –entre otras– las siguientes consideraciones: la inscripción y publicidad de los derechos reales están regidos por el principio de legalidad, el cual exige, entre otros aspectos, que haya coincidencia entre los documentos a registrar y las leyes que los regulan, no sólo en cuanto a su forma sino también en cuanto a los presupuestos de validez de las titulaciones o derechos reales en ellos constituidos como “materia registrable” y en tanto resulten de los propios documentos. Dicho en otros términos, debe tratarse de documentos legítimamente conformados en cuanto a su forma y en cuanto a su contenido. En nuestro ordenamiento registral, el principio de legalidad está contenido, entre otros, en el art. 8 de la ley 17801.

Los requisitos que los documentos registrables deben contener para que

puedan inscribirse están en el art. 3 de la ley 17801: “Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) estar constituidos por escritura pública notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales [...] c) [...] sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable”.

Según la ley, los documentos traídos a consideración están sujetos a rechazo por ser de nulidad absoluta y manifiesta, conforme el art. 9, inc. a de la ley 17801, como documentos constitutivos de la hipoteca. Ello también porque se impone el deber de calificación registral.

No se ha encontrado en las normas que establece el Código Civil en materia hipotecaria ninguna referencia expresa que diga que el secretario de un Juzgado pueda autorizar escrituras públicas constitutivas de hipotecas, como corresponde a toda norma que asigna competencia formal a un funcionario, ni ninguna norma que expresamente indique que los secretarios del fuero Penal, o de cualquier otro, sean autoridad competente para darlos. Es decir que puedan redactar y autorizar escrituras públicas constitutivas del derecho real de hipoteca.

La competencia de un funcionario público sólo existe cuando el texto de la ley lo establece. Así y únicamente así sus actos son válidos y legales, la actuación del funcionario es válida si cumple con lo que la ley le manda.

Se ha revisado el Reglamento para los Tribunales en lo Penal Económico y en lo Penal Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, el Código de Procedimiento Penal de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal, y no se ha podido encontrar ninguna norma expresa que contemple esta atribución legal de competencia en la redacción y autorización de este tipo de escrituras constitutivas de hipoteca a los señores secretarios.

El artículo 977 del Código Civil establece: “Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente”. Toda actuación judicial en el expediente es un instrumento público, pero no es la especie escritura pública.

El artículo 18 del Código Civil nos dice: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto en caso de contravención”.

El artículo 3131, también del mismo Código, dispone que el acto constitutivo de la hipoteca debe contener el nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal y el lugar de su establecimiento.

La supuesta excesiva onerosidad de la escritura pública

Correa Larguía dejó para el final la respuesta al comentario de Roitman sobre la excesiva onerosidad. Coincidimos con él porque resulta verdaderamente antijurídico y arbitrario que este tipo de fundamentos destruya las normas vigentes. Se podrán compartir, o no, argumentos a favor o en contra, o distin-

tas interpretaciones del artículo 3128 del Código Civil y las del artículo 325 del Código de Procedimiento Criminal y Correccional de la Nación, pero siempre respetando los principios generales del derecho y el derecho positivo.

El letrado ¿prestará honorariamente su responsabilidad y servicios para obtener esa constitución e inscripción? El notario, cuando actúa, además de la autoría del documento que debe extender dentro del encuadre jurídico requerido por la ley y de su función fedante, tiene sobre sí obligaciones de índole administrativa y fiscal que debe satisfacer, pues en su carácter de agente de información, liquidación, recepción o retención de impuestos, tasas y contribuciones, está solidariamente obligado con las partes a su pago o cancelación, carácter este que no reviste quien tome a su cargo el trámite que merece la constitución e inscripción de la hipoteca. ¿Está en condiciones el título del inmueble para ser afectado? ¿Quién ha estudiado o realizado el análisis de sus antecedentes? ¿Se encuentran los impuestos, tasas y contribuciones al día? ¿Quién ha tramitado los certificados administrativos? ¿Se paga el impuesto de sellos? ¿Se abonan las tasas registrales? ¿Quién se encarga? ¿Y todo ello sin retribución?

En relación con la jurisprudencia citada, entendemos que podríamos aportar para contrarrestar el casi único fundamento “económico” para evitar la escritura notarial, que cuando el magistrado adopta este tipo de caución es porque se trata de la imputación de un delito económicamente importante, el monto deberá estar adecuado a las circunstancias personales, motivo por el cual deberá tener en cuenta la suma establecida y los gastos que ello demande, ya que en relación serán de muy poca importancia por cuanto se trata de un 2 o 3% aproximadamente de gastos y honorarios notariales, además de la inscripción que igual habrá que abonarla, pero en contraprestación con la eficacia y seguridad jurídica.

Es decir, no existe ninguna desproporcionalidad en el cuántum que impida o imposibilite la libertad del encausado. Por otra parte, el monto estimado por el juez es susceptible de apelación ante la Cámara e incluso por recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.

¿No habría que pensar en modificar o adecuar las normas para que lo económico no prive sobre la libertad personal, la privación de justicia, la defensa en juicio? Por ejemplo, con el beneficio de litigar sin gastos, la exención de tasas y aranceles en los procesos laborales para los empleados actores, por ser la parte más débil. La misma Ley de Quiebras, la Ley de Colonización citada, que prevé minimizar los gastos y propiciar ante los distintos organismos exenciones fiscales del acto. En definitiva, en la mayoría de los casos se difiere el pago con privilegio de cobro, dependiendo el resultado del proceso o realizar estos actos a través de la Escribanía General de Gobierno.

Escribanía General de Gobierno

En la actualidad y a partir del año 1913, las constituciones hipotecarias en que es parte el Estado se realizan por escritura pública pasada ante dicha escribanía.

Una importante corriente doctrinaria notarialista entiende que las escribanías generales de gobierno no son notarías sino meras oficinas públicas administrativas y que el documento que autorizan es sólo un documento público administrativo y no una escritura.

También es necesario esclarecer si la Escribanía General de Gobierno es el escribano o –en sentido estricto– el funcionario público autorizado del artículo 997 del Código Civil.

La ley nacional 21890, como la provincial 4377, llaman “escribano” a este funcionario y “escrituras”, a ciertos documentos protocolares por ellos autorizados.

Conforme a lo propuesto por la Comisión 2 de la XIX Jornada Notarial Argentina realizada en San Miguel de Tucumán en octubre del año 1983, en lo referente a la competencia de las escribanías de gobierno, y como declaración *de lege ferenda*, expresa: “... Que todos los actos y negocios jurídicos en los cuales el Estado tenga algún grado de participación como personas de derecho privado, deben ser instrumentados y autorizados por los escribanos de número, con exclusión de todo otro funcionario al que se quiera revestir de esta calidad”.

En definitiva, el escribano debe inquirir penetrando en la mentalidad del requirente, tratando de captar su intención volitiva, para luego asesorar y, por último, redactar el documento notarial. En cambio, al Escribano General de Gobierno le llega un expediente con resoluciones del Poder Administrador, a las que debe estrictamente sujetarse, dado que cuando asiente, el documento público deberá tener la coincidencia con el expediente administrativo y en ese expediente la voluntad del contratante particular está avasallada por la exorbitancia.

En lo referente a la fe pública, entendemos que el Escribano General de Gobierno impregna a sus actos de la fe pública administrativa.

La supuesta “escritura de hipoteca judicial”

En relación con este tema, el gasto escriturario, dentro del cuántum que establece el juez como caución, resulta un porcentaje menor que de ninguna manera interfiere o imposibilita la libertad. Recientemente hubo un claro ejemplo, por cuanto en el caso especial que nos ocupa: a) el Juzgado estableció un monto muy importante de \$ 800.000 en concepto de caución real, que garantizara el beneficio concedido de exención de prisión; b) la Cámara redujo dicho monto a la mitad, es decir, a la suma de \$ 400.000; c) el imputado ofreció la sustitución mediante un depósito de dinero en efectivo de aproximadamente el 50% y el resto a través de la constitución de un gravamen hipotecario sobre una pequeña porción indivisa del 4,670% de dos inmuebles, lo que motivó informes, fotocopias certificadas, tasadores, acreditación de justificación de la relación conyugal invocada para el otorgamiento del asentimiento del art. 1277 del C.C., todo lo cual implicó distintos proveídos y la realización de un extenso incidente. El monto a depositar en efectivo por el incidentista es de \$ 243.270,13 y el monto total de ambas hipotecas es de \$ 156.729,87. De ello

no se observa ninguna anomalía ni exagerado perjuicio, si destinan aproximadamente \$4.000 en concepto de gastos y honorarios.

En relación con el primer testimonio presentado en fojas con membrete del Poder Judicial de la Nación, se perciben –entre otras– las siguientes contradicciones:

- En el Oficio de inscripción suscripto por Su Señoría, en la parte pertinente, se refiere a escrituras públicas otorgadas por la Actuaría y cuyo primer testimonio de cada una de ellas se adjunta...

- No existe epígrafe ni número de escritura.

- No se da fe de conocimiento.

- No se consigna la inscripción del deudor en la AFIP-DGI conforme resoluciones vigentes.

- Se pretende constituir hipotecas sobre porciones indivisas (4,670% de sendos inmuebles) con el consiguiente riesgo de seguridad que ello implica, ya que su ejecución estará sujeta a la división de condominio del bien y al resultado de la misma (art. 3123 CC).

- Se alude a las fotocopias certificadas de informes de dominio solicitados por una escribana (fojas 416 a 426) expedidos el día 8 de febrero del corriente año (cuyos originales obran a fojas 499 a 505 del incidente), manifestando que dichos certificados producen los efectos de una anotación preventiva a favor de quien requiera en el plazo legal la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado y se aclara que el plazo legal es de 15 días de validez de los certificados, más los 45 días siguientes al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas. Corresponde informar que la supuesta “escritura pública” tiene fecha 7 de marzo de 2005.

- Ignora la secretaria autorizante que los certificados producen dichos efectos para el funcionario que los solicita, no para otro, y con relación al acto para el cual se solicitan. Los instrumentos judiciales, en la ley registral, no requieren de este sistema, puesto que gozan de una publicidad diferente, por ello la retroprioridad en sede registral está elaborada para la escritura pública. Es decir que la mención está completamente fuera de lugar.

- Se establece que el plazo de esta obligación es por tiempo indeterminado, si bien podría ser determinable por cuanto dice: hasta tanto no se haya dado cumplimiento a todas las obligaciones y cancelado todas las deudas que puedan resultar exigibles con motivo del juicio de referencia.

- Se establece en caso de incumplimiento la subasta judicial sobre la base del monto exigible, pero si fracasare el primer remate el Juzgado competente podrá disponer uno nuevo con la base disminuida en el 25% y si no hubiere postores, podrá sacarlo nuevamente a remate sin base. **Nos preguntamos:** ¿en tal caso, el monto de la caución quedará así reducido de hecho?

- Asimismo, se prevé que en caso de adquisición del inmueble por parte de un tercero, el Juzgado de la ejecución designará el escribano que procederá a la protocolización de las actuaciones judiciales a favor de quien resulte adquirente de la misma. **Nos preguntamos:** ¿en tal caso, habrá algún escribano que ignore que conforme al art. 997 del C.C. las escrituras públicas sólo pueden ser

hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones... y el art. 980 ya relacionado, en su parte pertinente: para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el Oficial público obre en los límites de sus atribuciones respecto a la naturaleza del acto...? **Nos preguntamos:** ¿qué se entiende en este caso por protocolización?

- Se establece que todos los gastos de constitución, inscripción, cancelación y diligencias que pueda efectuar la Actuaría serán por cuenta y cargo del deudor.

- Nada se dice respecto de ningún certificado administrativo, ni parecería que se hubiera solicitado estado parcelario, por si existiera alguna restricción que pudiera disminuir el valor de tasación y garantía.

- Con respecto a Alumbrado, Barrido y Limpieza, así como a Aguas Argentinas S. A., el imputado se obliga a acreditar dentro del plazo de 30 días que no se adeuda suma alguna por servicios vencidos al cobro de la fecha. Existe una normativa al respecto que obliga a retener y abonar dentro de un plazo perentorio que no se cumplió, ni va a cumplir el imputado, por cuanto seguramente se negará a abonar la totalidad de la deuda y las entidades acreedoras no perciben impuestos y tasas de manera proporcional por su parte indivisa.

Finalmente, en este estado Su Señoría dispone que sea protocolizada dicha “escritura” en el incidente de exención de prisión y se expida primer testimonio para ser remitido al Registro de la Propiedad Inmueble mediante oficio de estilo a fin de que se cumpla con la inscripción ordenada. Las escrituras no se protocolizan, sino que forman parte del Protocolo.

Nulidad absoluta

Veamos qué dice el artículo 1183 CC: “Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma”.

Y el 976: “En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo”.

En consecuencia, y dado que todas las disposiciones relacionadas con la forma de los actos y los instrumentos no tienen en mira el interés particular, sino que fueron establecidas en resguardo de la seguridad jurídica en las transacciones, de la prueba de las declaraciones y derechos, de la custodia y conservación de documentos relevantes, donde los particulares están obligados a aceptar la imposición legal para obtener el efecto buscado, en todos estos casos la sanción es de nulidad absoluta, con todas las consecuencias que ello acarrea y que no caben en el marco de esta exposición.

Esta hipoteca formalizada ante el actuario no tiene la forma legal claramente impuesta en el art. 3128 CC y cae dentro de lo previsto por el art. 1044 CC: “Son **nulos** los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por

la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

Conclusión

En virtud de lo expuesto y la legislación mencionada:

- Es nula toda constitución de hipoteca que no se haya realizado por escritura pública. La excepción a que se refiere el artículo 3128 del Código Civil no es aplicable para la constitución de hipotecas en sede judicial, ni aun por aplicación del artículo 325 del Código de Procedimiento Nacional en lo Penal o por otra norma específica que implique modificación a la forma de constitución establecida en el Código Civil.

- La escritura pública es la otorgada por los escribanos en sus Registros, dentro de su competencia material, territorial y en razón de las personas.