

Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial *

Por **Eleonora R. Casabé**

Con fecha 14 de marzo de 2005 ingresa al Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, oficio librado por el señor Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario 1 de la Capital Federal, del que resulta la solicitud de 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”, según reza textualmente el referido instrumento judicial.

La medida fue ordenada en el marco de la causa 302/04 sobre evasión tributaria agravada sobre incidente de exención de prisión.

Se adjunta al referido oficio PRIMER TESTIMONIO de lo que, de acuerdo con las propias constancias del instrumento adunado, se denomina “escritura matriz” pasada ante la Secretaria del Juzgado por orden del titular del mismo.

De los considerandos de la resolución judicial resulta que por resolución de la Sala III de la Cámara de Casación Penal se concedió la exención de prisión del imputado bajo caución real que debía ser establecida por el Tribunal oficiante, la que fue inicialmente fijada en un monto en pesos habiendo ofrecido el obligado cubrir una parte con un depósito en dinero en efectivo y la otra mediante la constitución de un gravamen hipotecario sobre dos bienes inmuebles de su propiedad.

* Disertación pronunciada por la autora en la Sesión Pública de la Academia Nacional del Notariado celebrada el lunes 6 de junio de 2005, durante la cual fue incorporada como Miembro de Número.

El Juzgado hace lugar a la pretensión dando favorable acogida al pedido efectuado por la defensa del incidentista en el sentido de que se prescinda de la intervención de un escribano “dado que –manifiesta en su resolución el juez interviniente– nada obsta a que la Secretaria del Tribunal autorice las escrituras públicas correspondientes; sobre todo si se tiene en cuenta la celeridad y economía que se pretende imprimir al trámite”.

Agrega asimismo que dado que a los autos se han arrimado las certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad Inmueble solicitadas por una escribana de registro con la finalidad de cumplir con los recaudos legales necesarios para la constitución del gravamen que se pretende, las mismas producen, en virtud de lo previsto en el artículo 25 de la ley 17801, los efectos de una anotación preventiva a favor de quien requiera en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubieren solicitado.

En virtud de ello el Señor Juez interviniente resuelve disponer la expedición de las correspondientes *escrituras públicas* por secretaría con la mención expresa del incidentista de comprometerse a no realizar acto de trasmisión de dominio o constitución de gravámenes sobre los inmuebles en cuestión en virtud de los certificados agregados.

El Registro de la Propiedad Inmueble, sin perjuicio de las consideraciones que le merecen los gravámenes así constituidos, ordena que por intermedio del departamento de Inscripciones Reales y Publicidad se provea el asiento de los documentos indicados en el dominio de cada caso como “hipoteca judicial” que se las inscribe “por estar dispuestas por mandato del Juzgado y autos correspondientes a cada caso”.

El principio de legalidad y la calificación registral

El principio de legalidad, tal como fue claramente definido en las Terceras Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil y Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral, “tiene su fundamentación en la supremacía de las normas”.

Ello implica que toda la actividad de la administración, del legislador y del juez debe ajustarse a la normativa vigente.

Edgardo Augusto Scotti afirma que “la técnica jurídica contemporánea se ha desarrollado en base a un grupo de preceptos de derecho privado que constituyen normas orientadoras, las que, jugando a modo de principios, dan forma a las distintas disciplinas y sirven para resolver los problemas concretos”¹.

Recuerda el citado autor que dicho principio no es presupuesto exclusivo del derecho registral inmobiliario sino que la existencia de un orden normativo supone la facultad calificadora del órgano administrativo o judicial para evaluar el resultado de una determinada conducta y atribuirle los efectos que las leyes le asignan.

En el ámbito específico registral, la ley obliga al registrador a controlar el cumplimiento de los requisitos legales para gozar de los beneficios de la protección que el sistema brinda.

(1) Scotti, Edgardo Augusto, *Aportes al derecho registral argentino*, editorial FIDES.

De allí entonces que la calificación de los títulos presentados para su inscripción o anotación supone un examen meduloso por parte del encargado de llevarlo a cabo a fin de evitar que al registro accedan títulos viciados de nulidad absoluta o susceptibles de anulación.

“La función calificadora debe actuar en cada caso para que sólo tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos. De no existir tal función se formarían verdaderas cadenas de inscripciones fraudulentas, amparadas por el Estado, y los asientos del registro sólo servirían para engañar al público, favoreciendo el tráfico ilícito y provocando un sinfín de litigios”².

Es sabido que la función calificadora del registro ha sido el tema más conflictivo en el ámbito de las discusiones de congresos y jornadas nacionales e internacionales, tanto en orden a su alcance como a su naturaleza.

Es así como algún sector de la doctrina afirma que se trata de una función judicial; otros la encuadran dentro de la órbita administrativa, algunos suponen que se trata de una jurisdicción voluntaria o bien atienden a su especial naturaleza, lo que le da caracteres propios signados por ser inexcusable, obligatoria e independiente, aun cuando se diferencie de la judicial por faltarle la eficacia de la cosa juzgada.

En cualquiera de las posturas en que nos ubiquemos lo cierto es que la calificación debe llevarse a cabo examinando los documentos arrojados para su registración los cuales, de acuerdo con el artículo 3° de la ley, deberán: a) estar constituidos por escritura notarial, o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda; b) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

Sin perjuicio del claro enunciado de la ley, los conflictos más habituales en doctrina y jurisprudencia se plantean en orden a resolver si la función calificadora del registro debe ser igual en orden a los distintos tipos de documentos inscribibles o si, por el contrario, los documentos judiciales merecen una calificación diferente.

Recuerda con acierto la doctora Kemelmajer de Carlucci³, refiriéndose al conflicto que se suscita entre registradores y jueces, las palabras de Ruiz Artacho: “Ingrata, en verdad la misión calificadora que nos ha cabido en suerte a los Registradores cuando hemos de rechazar la inscripción de los títulos presentados a tal fin en nuestros registros de la propiedad. Y no sólo ingrata sino anómala y chocante en ocasiones. ¿Qué decir cuando el registrador rechaza de

(2) Pérez Lasala, José, *La función calificadora de los registradores de la propiedad*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1959-V-106.

(3) Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

plano la inscripción de un documento de naturaleza judicial? Causa en efecto alarma, incluso a veces a nuestra digna e ilustre Magistratura, el que una sentencia cuyo contenido sea materia inscribible, aureolada por ser firme, con la santidad de la cosa juzgada, pueda ser desestimada o declarada por el Registrador no apta, provisional o definitivamente, para su ingreso en el registro de la propiedad”.

Y es que la función calificadora no puede en absoluto cesar frente al documento judicial; sino que el examen de la legalidad que compete al registrador debe cumplirse sin temores o por presiones derivadas de la posibilidad de verse inmerso en una acción penal. Decía Chico y Ortiz: “con todo respeto pero sin temores reverenciales al anatema del desacato debe oponérsele el planteo de abuso de autoridad”.

La calificación registral en el Derecho Registral Inmobiliario argentino

En principio, la ley 17801 establece una limitación al referir en su artículo 8° que el registro “examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los sistemas respectivos”.

En ocasión de celebrarse la V Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, se definió a las formalidades extrínsecas o forma en sentido estricto, como el conjunto de solemnidades o requisitos formales que deben observarse en la formación del documento ⁴.

No podemos dejar de señalar que la fuente del mencionado artículo se encuentra en la ley hipotecaria española, la que atribuye asimismo al registrador la posibilidad de calificar “la capacidad de las partes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, y el conocimiento generalizado del apartamiento expreso de dichos preceptos por parte de la ley argentina.

Sin perjuicio de ello, el enunciado del referido artículo 8° ha generado múltiples debates en torno al alcance asignado a la calificación de las formalidades extrínsecas, suponiendo algunos que la potestad calificadora no se agota en el enunciado de aquél, sino que subyace en la aplicación de la integridad del ordenamiento jurídico como en el resto de las disposiciones registrales.

“Las formas extrínsecas de los documentos son las que resultan de su propio texto o que pueden conocerse por simple inspección, no queriendo significar la mera forma cartular ni que el registro decline su función de custodio de la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, con la inscripción de títulos que no estén conformes con las leyes respectivas. La extensión de la calificación registral abarca desde el documento portante del derecho a inscribir, hasta las constancias del asiento antecedente registrado; todo ello, siempre, obvio

(4) *Revista del Notariado* 741, pág. 895.

es recordarlo, a la luz de lo que disponen las leyes del ordenamiento conforme exige el artículo 3° inciso b) decreto-ley 17.801”⁵.

De allí que los límites de la función calificadora se han ido alejando paulatinamente de un examen exclusivamente referido a las formalidades extrínsecas para permitir penetrar en la validez de los actos dispositivos, dado que el interés primordial que supone el resguardo de la seguridad jurídica encuentra justificativo para evitar mayores perjuicios.

Tal vez el resultado del fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal⁶ sea el exponente inicial del criterio antes expuesto, sin perjuicio de que su intencionalidad haya estado referida a subsanar la ausencia de calificación expresa por parte del notario interviniente en orden al cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 1277 del Código Civil.

De allí que los propios sostenedores de la solución propuesta, esto es, la posibilidad del registro de controlar el cumplimiento de aquellos recaudos, manifiesten que lo que resulta de la doctrina sentada sea que “allí donde el notario no califica expresamente, debe calificar el registro”.

En el ámbito registral, la postura que entiende que la facultad calificadora debe ser abarcativa y no limitada a los aspectos extrínsecos fundamenta esta solución en ubicar al registrador en su exacta dimensión de funcionario encargado del examen de la legalidad de los documentos a él sometidos para ello.

La calificación registral de los documentos judiciales

La problemática en discusión está fundamentalmente centrada en la ausencia de previsión expresa en nuestra ley de los alcances de la calificación con relación a los documentos judiciales.

El Reglamento Hipotecario español, en su artículo 99 nuevamente se pronuncia en forma expresa, determinando los aspectos en que puede concretarse el análisis registral.

En este sentido establece: “la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del registro”.

Dado que en la ley argentina no se encuentra norma similar, se han producido enfrentamientos y conflictos; muchas veces los jueces han entendido que la registración por ellos dispuesta no puede ser denegada o suspendida alegando normas registrales, pretendiéndose en consecuencia que dicha negativa conlleva la posibilidad de encuadrarla en la figura del desacato o desobediencia.

Se ha entendido que el poder de decisión del juez es absoluto y que el funcionario administrativo no goza de los atributos propios del órgano jurisdiccional.

(5) Resolución del Registro de la Capital Federal N° 10, 30/9/71.

(6) Autos: “Feidman, Mauricio s/ recurso de recalificación”, 27/07/77.

En consecuencia, sus decisiones deben ser acatadas sin que pueda el registrador negarse a dar el debido cumplimiento a sentencias dictadas por el juez en la órbita de su competencia.

Sin embargo, debe comprenderse que tanto juez como registrador actúan dentro de diferentes niveles.

Ambos responden al mandato que impone su propia actividad, esto es, enmarcar su obrar dentro de la legalidad y conforme lo que resulta del plexo normativo, sin que pueda entenderse que cuando el registrador rechaza una orden judicial por falta de alguna de las previsiones que prescribe la ley incurre automáticamente en el delito de desobediencia.

Decía González y Martínez: “Dentro de su respectivo campo el Registrador y el Juez son autónomos y en cierto modo soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no puede alterar los pronunciamientos de un fallo”.

El fantasma de la calificación del accionar del registrador como figura delictiva lleva muchas veces a no cuestionar el documento arrimado para su registración por orden judicial, lo que produce, en consecuencia, una suerte de “temor reverencial” que atenta contra la independencia que debe primar entre ambos funcionarios en relación con su función calificadora.

El derecho debe brindar fundamentalmente seguridad, y la función de los registros se enmarca dentro de este principio, sin poder apartarse de ello so pena de producir un verdadero escándalo jurídico.

En ocasión de realizarse el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral en la Ciudad de Buenos Aires en el año 1972, se estableció que: “La protección registral se concede a los títulos previa calificación de su legalidad por el registrador, quien ejercita una función inexcusable”.

No puede entonces el registrador emitir juicio sobre el contenido de una sentencia judicial, pero tampoco puede el juez omitir el cumplimiento de la normativa registral pretendiendo la inscripción de documentos que no reúnan los recaudos formales que las leyes han impuesto, so pena de encuadrar la conducta del registrador en un ilícito, lo que no haría más que reflejar un claro exceso funcional.

“El imperio, o sea el poder que los magistrados poseen para hacer cumplir sus resoluciones, tiene una serie de limitaciones perfectamente establecidas y encuadradas en la ley. El magistrado gozará de imperio cuando obre dentro del proceso, en uso de sus propias facultades, en ejercicio del fuero, en el momento procesal oportuno y dentro del ámbito de las normas de derecho.

Cuando exceda alguno de esos presupuestos procesales o los viole, el imperio cesa. Lo contrario equivaldría prácticamente a erigir esta potestad del juez en un dominio absoluto, despótico, reñido con los más elementales principios de justicia”⁷.

(7) Stessens Díaz, Myriam, *Alcances de la Calificación Registral en la Provincia de Santa Fe*. Aporte a la III reunión, La Plata, 1967.

Sin perjuicio de ello, la función calificadora del registro en tanto se trate de documentos de origen judicial encuentra sus límites en lo que resulta de la interpretación integradora de la normativa registral y, aun cuando no exista una norma expresa que establezca los aspectos calificables, los registros han ido conformando una suerte de doctrina que en forma casi unánime ha concluido que los mismos se limitan a: a) la competencia del juez o tribunal, b) *la legalidad de las formas extrínsecas* y obstáculos que surjan de los asientos registrales.

Como queda dicho, aun en aquellos supuestos legales en los que el registrador tiene expresamente permitido avanzar en los aspectos dispositivos, ninguna duda cabe de que hay unanimidad en concederle facultades calificadoras del cumplimiento de los requisitos formales que los documentos deben revestir.

La constitución de hipoteca en el Código Civil argentino

El Codificador se apartó expresamente de las fuentes consultadas y concluyó en forma terminante en el artículo 3115: *NO HAY OTRA HIPOTECA QUE LA CONVENCIONAL CONSTITUIDA POR EL DEUDOR DE UNA OBLIGACIÓN EN LA FORMA PRESCRIPTA EN ESTE TÍTULO.*

A mayor abundamiento, afirma enfáticamente en la nota a dicho artículo que quedan concluidas todas las hipotecas tácitas o legales y reitera dicho concepto en lo preceptuado en el artículo 4048⁸ y su nota respectiva.

Explica allí el porqué de la supresión adhiriendo a la convencionalidad como principio rector de la constitución del gravamen.

En cuanto a la forma prevista, establece en el artículo 3128 que: *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. Podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca y la del contrato a la que acceda.*

Y aclara en la nota al referido artículo: *Decimos los documentos que sirven de título al dominio [...] y a esa clase pertenecen entre otros la concesión de los caminos de hierro, y todo documento auténtico pedido por el gobierno o a nombre del gobierno que trasmite derechos reales.*

Analicemos entonces cuál es el alcance de ambas normas a la luz del plexo normativo general y de las propias previsiones que el Codificador ha hecho en el ámbito hipotecario.

Ninguna duda cabe de la intencionalidad de supresión de hipotecas lega-

(8) Las garantías que las leyes anteriores a la publicación del Código han dado a las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes o de otra clase de bienes entregados a sus maridos, a los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, a los hijos sobre los de sus padres y los gravámenes impuestos a los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes, con excepción de las prendas o hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron.

les, circunstancia que no empece la previsión de los artículos 1999 y 2000⁹ cuando refieren a la facultad discrecional del juez para sustituir la fianza de ley.

La interpretación correcta de ambas normas impone suponer siempre la conformidad del propietario del inmueble y la intervención judicial en el caso en análisis está dirigida a la posibilidad de sustitución, mas no a la de constitución del gravamen.

Algunos autores han querido ver en la mención del segundo párrafo del artículo 3128 una alusión del Codificador a la posibilidad de constitución de hipotecas judiciales, lo que no entraría en colisión –afirman– con la prescripción del artículo 3115.

De este modo, se cita a Llerena, Machado y Lafaille, quienes entienden que la expresión referida a otros instrumentos públicos que puedan servir de título al dominio permitiría asignar valor al acto realizado ante juez competente.

Concluye Llerena: “Así por ejemplo, no sería nula un acta ante juez competente, en que las partes por vía de transacción establezcan una hipoteca...”.

Y agrega Machado: “Si un decreto del gobierno mandare vender en pública subasta algún inmueble previa la autorización de una ley, imponiendo hipoteca para el pago del precio, en la escritura de traspaso irá la cláusula hipotecaria que se registrará...”.

¿Cuál ha sido a nuestro entender, sin embargo, la intencionalidad del Codificador y de qué modo interpretar correctamente las afirmaciones antedichas?

El Código Civil establece en su artículo 979 los distintos tipos de instrumentos públicos y menciona en su inciso primero las escrituras públicas, que son las hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en las formas que prescribe la ley.

El artículo 980 establece con claridad que para la validez del acto como instrumento público es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones; afirma finalmente en el artículo 997 que las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

Agrega imperativamente el artículo 977: *Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no podrá ser suplida por especie diferente* y reafirma también enfáticamente el artículo 1183: *Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciera en otra forma.*

Y en su artículo 1184: *Deben ser hechos por escritura pública, con excepción de los que fueren celebrados en pública subasta: 1° Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad, o usufructo, o alguna*

(9) Artículo 1999: El obligado a dar fianza, no puede sustituir a ella una prenda o hipoteca, y recíprocamente contra la voluntad del acreedor.

Artículo 2000: La disposición del artículo anterior no rige en el caso de ser la fianza de ley o judicial. Los jueces pueden admitir en lugar de ellas prendas o hipotecas suficientes.

obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro...

La forma impuesta por la ley para la constitución del gravamen hipotecario es la escritura pública, formalidad que reviste el carácter *ad solemnitatem* tal como claramente se desprende del enunciado antes referido del primer párrafo del artículo 3128 y de lo dispuesto por el artículo 1184, inciso 1°.

“Definida nítidamente la postura del Codificador en cuanto al rigorismo de la forma instrumental aplicada a la constitución de determinados actos, mal pudo haber estado en su pensamiento, en la resolución del artículo 3128, apartarse de la clara línea trazada a través del conjunto normativo examinado, admitiendo como pretende atribuírsele, otros documentos sustitutivos de la escritura pública para la constitución de la hipoteca, para la constitución del gravamen como contrato autónomo por el que ya es titular de dominio” (Luis Correa Larguía, *Revista del Notariado* 790).

La alusión a los otros documentos de carácter administrativo que previó el Codificador refiere a los supuestos en que el Estado, a través de actos administrativos, transmitía el dominio, previéndose en esos supuestos la garantía hipotecaria por el pago del saldo de precio, circunstancia también admitida en forma excepcional cuando se está en presencia de la expresa excepción prevista en la primera parte del artículo 1184 cuando excluye las subastas judiciales de la necesidad de la escritura pública.

Como bien ha dicho la Cámara 2ª de la Ciudad de Córdoba, en autos: “Amoblamientos Escobar de J. H. Palacios, quiebra”, el 12 de marzo de 1982: “*la escritura pública es la forma ad solemnitatem exigida por la ley para la constitución de toda hipoteca, no configurando excepción la alusión a otros documentos que hace el artículo 3128 del Código Civil*”. Y concluyen por unanimidad los integrantes del referido tribunal: “*Este agregado (refiriéndose al segundo párrafo del artículo 3128) es hoy inconveniente ya que las resoluciones antes aceptadas en tales fines, perdieron ese valor a raíz de la ley 9078 reglamentaria de la escribanía de gobierno*”.

Muchos años antes la Cámara Civil resolvía: “... no es posible admitir que la hipoteca pueda ser constituida en cuenta particionaria, por vía de adjudicación de un inmueble con garantía de ella por el saldo que exceda el haber del heredero o esposo superviviente, no sólo porque al admitirlo se desconocerían los antecedentes que ilustran y determinan el alcance de la ley, sino porque también sería contrario al principio de la necesidad de escritura pública para la constitución de la hipoteca exigida por el artículo 1184 inciso primero del Código Civil y reiterado como norma general en el mismo artículo 3128. En cuanto a la parte final de la nota del Codificador, en la cual hace alusión a legislaciones extranjeras que aceptan la constitución de hipoteca por instrumento privado, debe observarse que se trataría de una cuestión de derecho internacional privado extraña al caso de autos [...] el artículo 3129 del mismo Código, por lo demás, consagra en términos precisos y categóricos una doctrina contraria a la doctrina que surge de la parte de la nota del Codificador que se examina”.

Concluimos entonces que la interpretación y alcances de los autores citados debe enmarcarse exclusivamente cuando en orden al proceso de ejecución previsto expresamente en la norma del artículo 1184 se adquiriere el dominio sin necesidad del instrumento público escritura pública, por así haberse mencionado excepcionalmente en dicho artículo, y se garantizase el saldo de precio con hipoteca, o cuando nos encontrásemos con actos emanados del poder administrador trasmisivos del dominio, circunstancia esta que como bien ha dicho el antedicho tribunal, ha perdido virtualidad dada la creación de la Escribanía de Gobierno.

Este criterio, asimismo, es reafirmado en los proyectos de modificación del Código Civil, debiendo citarse con especial mención el proyecto de reformas del año 1936, cuyo aporte al estudio del derecho civil ha sido uno de los más elogiados por la doctrina posterior, el que no admitiera otra forma que la de escritura pública para la constitución del gravamen hipotecario y de cuya exposición de motivos resulta que: “no conviene apartarse del rigor de la forma, porque se deslizaría fácilmente una derogación al principio inflexible de que no hay hipoteca judicial” y la expresa mención que el último proyecto de unificación de códigos hace en su artículo 1829, cuando establece: “*El tribunal no puede constituir un derecho real o imponer su constitución salvo disposición legal en contrario*”.

El Código Procesal Penal y el caso en análisis

Establece el artículo 324 del Código Procesal Penal: *La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, u otorgando prendas o hipotecas por la cantidad que el juez determine...*

Y agrega el artículo 325: *Las cauciones se otorgarán antes de ordenarse la libertad, en actas que serán suscritas ante el secretario. En caso de gravamen hipotecario, además se agregará al proceso el título de propiedad y previo informe de ley, el juez ordenará por auto la inscripción de aquél en el registro de hipotecas.*

La concesión de sustitución de la caución real por la garantía hipotecaria no es un caso frecuente, pero impone la necesidad de compatibilización con la forma y requisitos impuestos por la ley de fondo, la que no puede ser desvirtuada por una previsión procedimental.

Como bien dice el doctor Claudio Kiper en su *Código Civil Comentado*¹⁰: “*Se trata en definitiva de una hipoteca que concede el propietario de un inmueble sin obligarse personalmente (art. 3121) cubriendo el importe de la fianza decretada en un incidente de excarcelación –o cualquier otro similar– si fuere un tribunal penal, o de otra índole si fuese civil, de conformidad a las normas del Código Procesal local, para lo cual comparece con el notario ante el magistrado y funcionario del tribunal actuante a fin de garantizar la libertad bajo fianza del encausado con la constitución del gravamen a la orden del tribunal y como perteneciente a la causa especificada [...] Ello, con exclusión en la escritura pública*

(10) Kiper, Claudio, *Código Civil Comentado. Derechos Reales*, tomo III, Rubinzal-Culzoni.

de las cláusulas de estilo propias de las obligaciones que habitualmente subyacen como derivadas de un mutuo o contrato, pues aquí el origen o causa de la garantía es la asunción de una obligación peculiar que asegura un incumplimiento, y que, en caso de darse esto último la ejecución hipotecaria será instada a través del mismo tribunal con intervención del fuero competente y de acuerdo con la normativa del Código Procesal civil local”.

Es decir, estamos en presencia de una constitución hipotecaria peculiar, que reconoce un origen no contractual, dado que el tribunal acepta su constitución como sustitutiva de otra caución, pero que no puede ver alterada su formalidad violentando la normativa de fondo sino que requiere necesariamente de la intervención del funcionario público competente para este supuesto, que lo es únicamente el escribano público, dado que la forma requerida es la de la escritura pública.

La intervención del secretario está prevista en la norma para todos aquellos supuestos en que se otorgaren cauciones personales o reales que no supongan una formalidad expresamente impuesta por la ley, quien asimismo de ninguna manera tiene previsto en el ordenamiento atribuciones de hacedor de “escrituras públicas” así como le es asignado por el señor juez en el caso motivo del presente trabajo.

Ha dicho la Cámara Nacional Criminal y Correccional Sala VII: “Ofrecida la sustitución de la caución real mediante la constitución de la hipoteca, corresponde que los gastos de la correspondiente escrituración sean soportados por la parte interesada. *La instrumentación de la escritura no se opone al artículo 325 del Código Procesal Penal, razón por la cual es inadmisibles la pretensión de obviar las normas civiles referidas a la constitución de la garantía*” (Autos: “Grimberg, Marcos”, 18 de septiembre de 1995).

El documento arribado al Registro. Su contenido. Su registración

De la pieza arribada al Registro para su registración resulta que por ante la secretaria del Juzgado fue labrada una “escritura pública”, según así reza del propio texto del documento, el que contiene –entre otros– la transcripción de algunas piezas del expediente, entre las cuales cabe destacar los siguientes textos contenidos en la resolución judicial: “... LEVANTAR EL PEDIDO DE CAPTURA QUE PESA SOBRE LA INCIDENTISTA una vez efectuado el depósito referido y a efectos de que la nombrada comparezca ante esta sede a fin de formalizar el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas (art. 324 CPPN)...”, es decir que el juzgador reconoce expresamente que la sustitución concedida impone la obligación de formalizar escrituras de constitución del gravamen hipotecario. Y agrega más adelante: “... DISPONER LA EXPEDICIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES ESCRITURAS PÚBLICAS POR SECRETARÍA...”, atribuyendo a la actuario una función que no resulta de norma alguna y que está exclusivamente asignada al escribano de registro.

Finalmente, el testimonio de dicha actuación es expedido por la secretaria del Juzgado con la mención de que CONCUERDA CON SU ESCRITURA MATRIZ QUE

PASÓ ANTE MÍ, cual si dicho testimonio se correspondiera con la matriz extendida en el protocolo del escribano, como está previsto expresamente en el artículo 998 ¹¹ del Código Civil y en la explicación dada por el Codificador en la nota al artículo 997.

En el marco de dicha instrumentación y con las características antedichas, el registrador inscribe con las constancias mencionadas en el primer punto del presente.

Y es aquí donde surge con claridad la ruptura del sistema, la violación del derecho de fondo y la normativa registral.

Los documentos judiciales aun calificados por el registrador como claramente violatorios de la normativa de fondo, puesto que en el examen de la legalidad de las formas extrínsecas en el caso en estudio se concluye que las mismas no se compatibilizan con lo impuesto específicamente para el tipo de acto de que se trata; aun cuando analizado el ámbito de la competencia del funcionario autorizante del documento (en este caso la secretaria del juzgado) se concluye por el registrador que no existe norma expresa que se la atribuya ni en el Código Civil, ni en el Reglamento para la Justicia Nacional, ni en el Reglamento para los Tribunales en lo Penal Económico y en lo Penal Tributario de la Capital Federal dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal (año 2004) ni en el Código Procesal Penal de la Nación, ni en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni en el Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal. Sin perjuicio de todo ello el registrador inscribe.

¿Cuál es el fundamento que lleva al Juez a ordenar esta constitución violentando la normativa de fondo?

¿Cuál es el fundamento del registrador para aceptar la inscripción de estos documentos?

En el primer supuesto hay un solo fundamento resultante de sus consideraciones: “la celeridad y economía que se pretende imprimir al trámite”.

En el segundo supuesto: “solamente por tratarse de orden judicial teniendo en cuenta el fin perseguido por la misma”.

¿Podemos borrar de este modo los propios principios consagrados tanto en el orden internacional como nacional cuando de derechos inscribibles en los diversos sistemas registrales se trata?

Recordemos, aunque sólo en sus enunciados fundamentales, algunos de ellos:

“TÍTULO: A los efectos de su inscripción en el Registro Jurídico de Bienes Inmuebles, es el documento auténtico que por su forma y contenido puede considerarse suficiente tanto para justificar la existencia de un derecho a favor de un sujeto sobre un bien inmueble inmatriculado como para que en el

(11) Las escrituras públicas deben ser hechas 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.

registro se practique el asiento que corresponda respecto de ese bien y de ese derecho”¹².

“La seguridad de los derechos que los Registros Jurídicos de Bienes proporcionan, se sustenta en la tutela judicial y la registral de aquéllos, mediante normas que garanticen la actuación del principio de prioridad registral, la inoponibilidad del acto no registrado y la ineficacia de la anulación o resolución del derecho del trasmiteante, todo ello frente al certero de buena fe.

“En razón del valor seguridad a que aspira el derecho, el registrador debe, luego de extender el asiento de presentación, practicar, suspender o denegar la inscripción del documento, cualquiera fuere su origen”¹³.

“Una adecuada aplicación del régimen hipotecario requiere que se cumpla, entre otras condiciones fundamentales: [...] b) Un título indiscutible que compone afección hipotecaria que, según los casos y los países [...] sea aceptada contractualmente por el propietario deudor o el fiador, en cuyo caso debe ser reflejada en documento auténtico con las formalidades exigidas por cada legislación nacional”¹⁴.

“En la calificación de documentos judiciales rigen los mismos principios y normas jurídicas que le son aplicables a cualquier otro tipo de documentos...”¹⁵.

“Los registros de acuerdo a sus funciones calificadoras pueden rechazar u observar documentos emanados de autoridad judicial.

“La responsabilidad del registrador queda cubierta si la observación o rechazo se funda en derecho”¹⁶.

La pretendida economía en los costos

Es sabido que desde hace tiempo se viene imponiendo en la conciencia colectiva un supuesto enfrentamiento marcado por una sociedad regida por las normas de una economía que impregna el derecho, lo modifica, lo altera, lo desvirtúa: la disminución de costos versus la resignación de las formas.

Se ha pretendido ver en la escritura pública y, por ende en la intervención notarial, un costo adicional perjudicial para el logro de los fines queridos en algunos supuestos por los Estados, en orden a lograr celeridad o réditos políticos inmediatos.

Esto ha generado un apartamiento creciente de normativas impuestas en orden a mantener la seguridad jurídica, que no debe ser entendida como enfrentada a la seguridad del tráfico sino, por el contrario, interpretada esta última como manifestación o modalidad de aquélla.

Bien se ha dicho que la celeridad y seguridad son dos valores que actúan de

(12) III Congreso Internacional de Derecho Registral. San Juan de Puerto Rico (27 de octubre a 2 de noviembre de 1977).

(13) IV Congreso Internacional de Derecho Registral. México (1º a 7 de diciembre de 1980).

(14) X Congreso Internacional de Derecho Registral. París (5 a 8 de septiembre de 1994).

(15) IV Congreso Nacional de Derecho Registral.

(16) VII Congreso Nacional de Derecho Registral.

forma equilibrada. El tráfico debe ser ágil pero seguro, de allí que en un sistema como el nuestro la imposición de las formas en aquellos supuestos en los que procede se ha dado para contribuir a la seguridad y garantía de los implicados.

El ordenamiento se quiebra y la estabilidad de los derechos se resquebraja cuando las presiones de cualquier naturaleza inciden en la conducta a asumir por los encargados de velar por la seguridad jurídica de la comunidad.

Nuestro sistema fue conformado sobre la base de un orden coherente perfeñado por el Codificador, que cuando se apartó de las previsiones de otras legislaciones tomadas como modelo, justificó su actitud en forma clara y contundente.

Ninguna duda cabe de que, en el ámbito del derecho real, la constitución sobre inmuebles fue prevista bajo la formalidad de la escritura pública y, cuando quiso apartarse de ello, el Codificador lo estableció expresamente y con carácter excepcional.

Ya no cabe ninguna duda tampoco de que la inserción de la registración como mecanismo destinado a dotar de oponibilidad frente a terceros de buena fe los actos previstos en la normativa pertinente obedeció a la conciencia del aporte incuestionable que los registros hacen a la seguridad jurídica.

Y es en ese marco que no puede haber divorcio entre la norma y su aplicación, presionado el encargado de hacer efectiva la publicidad de los derechos por una supuesta celeridad o por un difuso interés que sólo quedaría protegido si se conformara lo arrimado a su inscripción con los mecanismos previstos por el plexo normativo.

Ha dicho con toda claridad Antonio Pérez Sanz: “El ordenamiento jurídico tiene como fin la realización de la justicia. Pero este ideal de justicia exige, como postulado básico, la certeza en el propio ordenamiento jurídico y la confianza en el mismo. Certeza y confianza son los presupuestos y la expresión de la seguridad jurídica. Certeza en la norma, en el Derecho aplicable, en su propio mecanismo de cambio y evolución. Certeza que disipe la duda e impida la arbitrariedad. Y como consecuencia de todo ello, confianza de los ciudadanos en el propio ordenamiento jurídico y en el funcionamiento de los poderes públicos. Sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico en garantía de la seguridad de los ciudadanos. Seguridad en el Derecho y supremacía del Derecho sobre el Poder”¹⁷.

Muchas gracias.

(17) Palabras de presentación en el Seminario *La Seguridad Jurídica y el Tráfico Mercantil*, organizado por el Consejo General del Notariado Español en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.