

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, SALA II

30 DE AGOSTO DE 2005

BBVA BANCO FRANCÉS C. AGUIRRE, JORGE A. Y OTRO

TEXTO COMPLETO

2ª Instancia. — Azul, agosto 30 de 2005.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 76/79? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. El Banco Francés S.A., B.B.V.A., promovió ejecución hipotecaria reclamando \$ 41.173,76 contra Jorge Armando Aguirre y Graciela Franchesquetti de Aguirre, solicitando el embargo preventivo del inmueble hipotecado nombrado catastralmente como Circunscripción I, Sección C, Chacra 79, Manzana 79 a, parcelas 2b y 2c, matrículas 36530 y 46111 del Partido de Tandil, lo que se ordenó a fs. 23.

La ejecutada, en su presentación de fs. 56/63, y para lo que aquí interesa, se opone al embargo del inmueble por encontrarse amparado en el régimen de inembargabilidad de las viviendas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario Nacional. La sentencia de grado de fs. 76/79 desestimó el pedido de la ejecutada de ser incorporada al Sistema de Refinanciación Hipotecaria y la oposición a las medidas cautelares, mandando llevar adelante la ejecución con los intereses fijados.

Señaló que los esposos Aguirre solicitaron en la escritura de mutuo hipotecario al Registro de la Propiedad el levantamiento de la inembargabilidad del bien, que del informe de dominio no resulta que uno de los inmuebles registrara algún gravamen y que rige la doctrina de los propios actos al solicitarse el levantamiento del embargo y la inejecutabilidad de la hipoteca sobre el bien que ellos mismos comprometieron en garantía.

Contra ese pronunciamiento apeló la demandada a fs. 81, fundando su recurso a fs. 83/88, el que fue contestado a fs. 98/99.

Los agravios se centran en la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios, ya que de la escritura hipotecaria surge que existía un gravamen sobre el bien y que la cláusula de levantamiento de la inembargabilidad fue impuesta por el acreedor. Se refiere a las fechas de la escritura hipotecaria (17/12/97) y a la de su levantamiento por el Banco Hipotecario (19/12/97) y se expone acerca del régimen de la ley 22.232 y concluye que de los informes de dominio de las matrículas 46111 y 36530 resulta que la inembargabilidad sólo consta respecto del primero de esos inmuebles, y nada se dice del restante.

II.1. El recurso de apelación deducido, en mi opinión, no puede prosperar porque pese al carácter de orden público del art. 35 de la ley del Banco Hipotecario Nacional (22.232 —T.O. art. 34 ley 24.143—), conforme las particularidades del caso, la deudora —beneficiaria con la inembargabilidad e inejecutabilidad que prevé esa norma— renunció a ese derecho expresa, asertiva e indubitadamente al constituir la

hipoteca en ejecución a favor del Banco Francés S.A.

Y esta interpretación no contradice la inveterada doctrina de la Corte Federal y de la Suprema Corte Bonaerense sobre ese régimen legal.

Dado que esta cuestión ha sido abordada en distintos pronunciamientos de este Tribunal reseñaré los argumentos medulares que sustentan y abastecen la inembargabilidad de la vivienda adquirida con préstamo hipotecario del Banco Hipotecario Nacional para luego, trasladando esas premisas a las singularidades del caso, fundamentar la interpretación que propicio.

En efecto:

- "La Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional, según el texto de la ley 22.232 —sancionada el 29/4/80— establece en su art. 35, lo que hoy reitera el art. 34 de esa normativa ordenada por dec. 540/93 (Adla, LL LIII-B, 1413): 'No podrá trabarse embargo sobre los inmuebles gravados a favor del Banco por préstamos otorgados para única vivienda propia, hasta los montos que determine la reglamentación que dicte el Banco mientras éstas mantengan su categoría originaria y aquellos conserven tal destino y no podrán ser ejecutados ni constituirse sobre ellos otros derechos reales a excepción de los que se constituyen con motivo de créditos provenientes de su construcción, adquisición, ampliación, reforma, refacción o conservación. Los Registros de la Propiedad tomarán nota de dichas circunstancias al margen de la anotación de dominio'" (esta Sala, causa 42384, 9/4/01, "Llesgre...").

- "La Corte Federal, interpretando preceptos anteriores pero de idéntico contenido (el art. 20 dec.-ley 13.128/57), registra una sólida doctrina que ha sostenido que 'la cláusula de inembargabilidad, para los inmuebles destinados a vivienda propia y construidos con préstamos de la institución, tiene un notorio objetivo social', persiguiendo 'el propósito de justicia a que obedecen las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar, fruto del esfuerzo de los integrantes del grupo familiar y de la ayuda estatal'" (CS, 24/2/61, "Cejás..."; JA, 1961-V-165 y Fallos: 249:183; CS, 12/4/83, "Negrete...", Fallos: 305:451 y la remisión a los antecedentes de Fallos: 249:183; 256:572; 271:163; 288:77 y 295:608).

- "Se enfatiza en la finalidad tuitiva de la norma del art. 35 de la ley 22.232 que 'es una disposición de orden público, que responde a un claro objetivo social y de interés general, por el cual se ha instituido la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional'" (CS, 3/3/92, "Giusti...", JA, 1992-III-115; esta Sala, causa 37.991, 31/10/96, "Banco Comercial del Tandil S.A. ...", D.J.J., 153-65 y LLBA, 1996-1127).

- "Esta es, también, la inveterada doctrina legal de la Casación Bonaerense que haciendo expresa mención a aquel precedente, a partir de la causa 'Villa', de marzo de 1992, acogió el criterio de que 'la inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia constituidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional se mantiene luego de cancelado el crédito del Banco'" (S.C.B.A., voto doctor Mercader, Ac. 45.711, 31/3/92, "Villa...", ED, 148-552 y JA, 1993-I-291). Luego, y con los mismos argumentos, esa jurisprudencia fue reiterada pudiendo afirmarse que es la doctrina legal casacional (Ac. 50.827, 15/8/95, "Peris...", LLBA, 1995-1025 y D.J.J.,

149-187; Ac. 73811, 13/9/2000, "Bco. Pcia. Bs. As. ..."; doc. Trib. cit., Ac. 87131, 27/10/2004, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. ...").

- En concordante y unívoco sentido, y con palabras de la Corte Nacional, la "ratio legis" de esta solución "concuerda con las funciones de fomento de la vivienda familiar atribuidas a la función del Banco y con el espíritu de normas análogas, como las que regulan el llamado 'bien de familia' (art. 34 y sigtes. ley 14.394), que hallan su soporte constitucional en el artículo nuevo de la Constitución Nacional, en cuanto tiende al afianzamiento de la vivienda, fruto del esfuerzo de los integrantes del grupo familiar y de la ayuda estatal"; y también en razón de que no "ha sido instituida en el solo interés del banco" (CS, 30/10/86, "Jaralambides...", JA, 1989-I-791 y LA LEY, 1987-A, 493; esta Sala, causa 42384, 9/04/01, cit. "Llesgre...").

Empero, y a partir de estas consideraciones, se arriba —en el "sub lite"— a una solución distinta, porque prevalece la voluntaria renuncia de derechos patrimoniales del deudor al confrontar su situación jurídica —que él generó— con la tutela de los derechos del acreedor y la circulación del crédito.

2. El agravio refiere a que el certificado de dominio del inmueble de la matrícula 46111 no registra afectación a la hipoteca del Banco Hipotecario (fs. 67/69).

Ello no obsta arribar a la conclusión anticipada porque si la falta de registración de ese gravamen obedece a que no está comprendido en la hipoteca suscripta con el Banco Hipotecario (como parecería desprenderse del certificado de dominio de la matrícula 46111 de fs. 67/69) se trataría de un bien sometido a los principios generales de garantía de los acreedores y por tanto embargable y ejecutable (arts. 499, 505 inc. 1 y conchs. Cód. Civil). Empero, la escritura hipotecaria 136 del 24 de agosto de 1983, mediante el cual los esposos Aguirre recibieron del Banco Hipotecario Nacional un préstamo para financiar la construcción de su vivienda única y de ocupación permanente, comprende ambas matrículas: la 36530 (cuyo dominio da cuenta de ese gravamen; conf. fs. 43 vta. de la hipoteca de fs. 40/47 y certificado fs. 71/73) y la 22.889 (conf. fs. cit. 43 vta.) que es el antecedente dominial de la actual matrícula 46111 (conf. dominio fs. 67/69) y sobre ambas matrículas (36530 y 46111) recayó se inscribió la hipoteca en ejecución (conf. fs. 15).

El Banco Hipotecario Nacional comunicó al Registro de la Propiedad, mediante oficio suscripto el 19 de diciembre de 1997, que se canceló extinguió la hipoteca relacionada con el inmueble de la matrícula 36530, la que "en cumplimiento a lo resuelto en la orden de servicio 55/93 del Registro de la Propiedad Inmueble, será liberada a solicitud del propietario del bien" (sic fs. 50/51).

En fecha 17 de diciembre de 1997 se celebró la escritura objeto de este proceso —inscripta en el Registro Inmobiliario con fecha 23 de diciembre de 1997 (fs. 15)—, en la que los esposos Aguirre "solicitan al registro de la propiedad que levanten la inembargabilidad del bien anotado cuando fue inscripto una hipoteca a favor del Banco Hipotecario Nacional, que fue cancelada simultáneamente con la presente" (sic fs. 8 vta. de la escritura de fs. 8/15). En ese mismo instrumento público se hace referencia a la inembargabilidad del inmueble "cancelándose la hipoteca por Oficios del Banco Hipotecario Nacional de fecha, 17 de diciembre de 1997, inscribiéndose simultáneamente con la presente" (sic fs. 11).

De este modo, y de manera inhesitable, el deudor —los esposos Aguirre— renunció, abdicando, de la tutela de su derecho patrimonial que como tal es renunciable, lo que no resulta contradictorio ni incompatible —por las singularidades del caso— con el régimen tuitivo de la vivienda familiar, adquirida con créditos derivados del fomento.

Ello así por cuanto:

-Si le ejecutada en ocasión de asumir un crédito ofreció expresamente en garantía real un inmueble sometido al régimen del art. 35 de la ley 22.232. Estando cancelada por el Banco Hipotecario la hipoteca originaria, y sujeta su liberación "a la solicitud del propietario del bien" (conf. fs. 50, oficio del citado Banco orden de Señá 55/93 del Registro de la Propiedad Inmueble), y en esas condiciones ejercitó esa facultad y solicita el levantamiento de la inembargabilidad, renunció de modo claro y inhesitable a su derecho patrimonial (arts. 868, 869, 873, 874 y concs. Cód. Civil).

-Aun cuando el sistema es de orden público y persigue un objetivo social, satisfecho el interés del Estado —al haber cobrado el Banco su acreencia—, el interés individual del deudor es pasible de ser renunciado, sin que ello afecte la base sustentaria —jurídica y política— de la tutela de la vivienda familiar.

-La conducta del deudor generó derechos en expectativa a favor del acreedor quien, en base a la confianza, a la buena fe y a la apariencia de cumplimiento de las obligaciones, dio por descontado que el inmueble garantizaba el pago de la deuda (arts. 499, 1197, 1198 y concs. Cód. Civil). De esta manera está en juego también la seguridad en las transacciones y la confianza en el crédito, público y privado, con base en el principio de moralidad que preside las relaciones contractuales (arts. 21, 953 y nota 530 Cód. Civil).

-En aplicación de la doctrina de los actos propios tiene dicho este Tribunal que "no es audible el obrar de quien primero exterioriza una voluntad, eficaz y válida, admitiendo las consecuencias de un vínculo contractual y luego procura cancelar esos efectos desandando sus propios y efectivos actos de relevancia jurídica, desconociendo el sustrato fáctico ya admitido" (esta Sala, causa 47191, 04/11/04, "Esquermo y Figueroa, Elena Aixa..."). La regla "nemo potest contra factum venire" se asienta en la directriz de la buena fe-probidad (art. 1198 CCivil), es de carácter residual (Alterini - López Cabana, "La virtualidad de los actos propios en el Derecho Argentino", LA LEY, 1984-A, 899) y constituye un principio general del derecho en cuanto "norma recupero o standard" (Morello - Stiglitz, "La doctrina del acto propio", LA LEY, 1984-A, 865) con proyección —entre otros tantos aspectos del iter contractual— a pretensiones incompatibles con los efectos de un negocio jurídico celebrado por una persona y que produjo una determinada eficacia que está obligada a observar (Safontás, "Doctrina de los actos propios", Rev. Jus 5, p. 31, con cita de Díez Pícaso; en idéntico sentido: IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, ponencias de Salas - Tejerina; Mosset Iturraspe, entre otros; también Morello, "Prueba. Incongruencia. Defensa en Juicio", p. 25; en "Código...", t. I, p. 79 y en "Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso", t. II, p. 711). Con palabras de la Casación Bonaerense: "las partes no están habilitadas para colocarse en contradicción con su propia conducta anterior" (conf. S.C.B.A., causa 29.195, "Moar, Genoveva c. Guerrero, Miguel. Rescisión Contrato", D.J.J., 121-227; también S.C.B.A., Ac. 29.714, "Olivieri..."; "Maltz..."; Ac. 33.818, "Silvestre...", D.J.J., 126-313 "Alvarez..."; C.S. Fallos: 266:274;

276:40; 280:395).

-En el cotejo y confronte entre los derechos en conflicto —el interés particular del deudor e idéntico derecho de propiedad del acreedor—, la renunciabilidad de derechos disponibles y la tutela y estabilidad de la buena fe negocial, conllevan a admitir, en el juicio de ponderación, la mayor atendibilidad y protección de este último. Tratándose ahora de derechos patrimoniales paritarios —insisto deudor y acreedor—, sin estar involucrado el interés público y social originario, el conflicto debe dirimirse a favor de quien obró con buena fe, conforme a las prácticas negociales (arts. 16, 17, 18 Const. Nac.; art. 15 Const. Pcia. Bs. As.; arts. 1197, 1198 y concs. Cód. Civil).

En esta línea interpretativa, y con distintos y convergentes fundamentos, se pronunció la jurisprudencia —no muy abundante, por cierto— que abordó el tema. Se sostuvo que en tal caso no se puede avalar "el ejercicio abusivo de un derecho en perjuicio del acreedor" (CNCiv., sala F, 31/12/97, "Affonso, Roberto M. c. Garrido, Carlos E.", LA LEY, 1998-D, 50), debiendo asumir las consecuencias —que no podía desconocer— derivadas del contrato que firmó voluntaria y libremente (CNCiv., sala H, 15/3/2002, "Lando, Raúl C. y otro c. Patri, Héctor L. y otro", LA LEY, 2002-D, 546). El deudor "no puede ocasionar un desbaratamiento de los derechos del tercero contratante, de acuerdo con los arts. 868, 1197 y concs. del Cód. Civil" (Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala I, 30/9/92, "Levy, Aarón c. Farías Crespo s/Cobro de Australes. Levantamiento de embargo" (inédito), cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Protección jurídica de la vivienda familiar", p. 168, nota 15 y por Highton, Elena I., "Juicio hipotecario", t. 3, p. 363, N° 24; en ese sentido: Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata cit. por Cazeaux, José, Saravia, Silvina y Redi, Gustavo, "Gravámenes constituidos sobre bienes inembargables y ejecutabilidad de los mismos", DJ, 1998-3, 303; ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Inembargabilidad de la vivienda adquirida con intervención del Banco Hipotecario Nacional (ley 22.232) y crédito por expensas comunes", LLLitoral, 2000-472, ver LA LEY, 1998-D, 50 y en Rev. Notarial 854, p. 235 con comentario favorable de Ceravolo, Angel Francisco, "Cláusulas de inembargabilidad. Un fallo atinado").

Son contundentes las reflexiones que señalan que "quien decide hipotecar un inmueble está disponiendo de una parte de sus atribuciones en carácter de dueño (arts. 2506, 2507, 3108 Cód. Civil); y, si el dueño de un bien declarado inembargable está facultado para venderlo válidamente, con mayor razón puede hipotecarlo (conf. arts. 2506, 2513, 2515, 3108, 3157 a 3161 y concs. Cód. Civil)" (ver Cazeaux, José, Saravia, Silvina y Redi, Gustavo, "Gravámenes constituidos sobre bienes inembargables y ejecutabilidad de los mismos", DJ, 1998-3, 303, cit. supra).

Esta doctrina se compadece con los antecedentes de este Tribunal que, al aplicar los ya señalados principios generales y "obiter dicta", sostuvo en un antecedente que "a mayor abundamiento desde la postura más favorable para el actor, y dicho esto sólo a modo de hipótesis, la eventual renuncia a la inembargabilidad del bien podría, en todo caso, favorecer al ulterior acreedor hipotecario a favor de quien el deudor constituyó un derecho real sobre un inmueble luego de la cancelación del crédito, supuesto que no es el de autos, en el que acciona el banco en base a un crédito impago derivado de un pagaré" (esta Sala, 31/10/96, "Banco Comercial del Tandil S.A. c. Martínez, José María y Otra s/Cobro Ejecutivo - Embargo Preventivo", D.J.J., 153-65).

Finalmente la solución dirimente que propicio tuvo —recientemente— un gravitante

espaldarazo con el pronunciamiento dictado por la Suprema Corte de Mendoza con primer voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, y cuyos fundamentos traigo como argumento de autoridad (Sup. Corte de Mendoza, causa 80379, "Giunta de Asmar, Liliana E. ...").

En ese caso, de similar base fáctica, se analizó "la ejecutabilidad de una hipoteca de primer grado, constituida después de la cancelación de la primera hipoteca, habiendo informado el registro que sobre el inmueble no recaen gravámenes". Se repasaron otros antecedentes jurisprudenciales, y se señaló —en síntesis— que podría sostenerse que "la ejecutabilidad del inmueble hipotecado en primer grado, que presupone admitir que el deudor ha prestado válidamente conformidad tácita para la desafectación, presenta los siguientes aspectos positivos: protege la seguridad jurídica dinámica, es decir, la del tráfico, y el derecho de propiedad del acreedor que prestó dinero y tuvo la diligencia de pedir una garantía. Sin embargo, tiene un efecto negativo: permite a un tercero, independientemente de su situación económico social, acceder a través de la subasta judicial a una vivienda que el Estado quiso reservar a personas que se encuentran en una posición de debilidad". Empero, y atendiendo al orden público comprometido y a la seguridad (estática y dinámica) tuvo en cuenta, también, los efectos de la cancelación registral de la cláusula de inembargabilidad, ya que el "art. 36 de la ley 17.801 dispone que 'las inscripciones y anotaciones se cancelarán... por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscripto a favor de otra persona'" (Trib. cit. voto doctora Kemelmajer de Carlucci).

En definitiva, y para no auspiciar conductas contrarias a las normas en las que deben desenvolverse las relaciones negociales, ante el conflicto entre el derecho del deudor y el del acreedor —en el marco del régimen finalístico de la protección de la vivienda familiar adquirida con fondos públicos— no puede atenderse la contradictoria postura de quien hipotecó el inmueble, renunciando frente a su acreedor en la misma escritura pública a su inembargabilidad (cuando esa cláusula ya estaba extinguida por el Banco Hipotecario), y luego —para no cumplir con su obligación— alega que ese bien no es garantía válida, sin brindar siquiera argumentos para sustentar ese comportamiento dual y abusivo. Por lo expuesto, voto por la afirmativa.

Los doctores *Peralta Reyes* y *De Benedictis*, votaron en idéntico sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., corresponde confirmar la sentencia de fs. 76/79. Imponer las costas a la apelante, ejecutada perdidosa (art. 556 C.P.C.). Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec.-ley, 8904/77). Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *De Benedictis*, votaron en igual sentido.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., confírmase la sentencia de fs. 76/79. Impónganse las costas a la apelante, ejecutada perdidosa. Difiérase la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec.-ley, 8904/77). —*Jorge M. Galdós*. — *Víctor M. Peralta Reyes*. —*Ana M. De Benedictis*.