

Derechos reales de garantía.

• Introducción.

El patrimonio es la prenda común de los acreedores, esta garantía colectiva por sí misma es insuficiente para asegurar el cobro de sus créditos.

El deudor tanto puede contraer nuevas obligaciones como enajenar o gravar los bienes, convirtiendo con ello ilusorio los derechos del acreedor.

En virtud del principio de *pars conditio creditorum*, todos concurren en un pie de igualdad para hacer efectivos sus créditos, salvo que la ley, excepcionalmente, los haya munido de privilegio. Para evitar tales riesgos el legislador ha ideado seguridades o garantías, las que pueden ser de dos clases: personales o reales. En las personales el deudor se suma a otro deudor, a la par del originario o en subsidio. *Ejemplo: fianza y el aval.*

Dicha seguridad no es absoluta, porque el peligro de caer en insolvencia se extiende al otro deudor.

En las garantías reales, una o varias cosas de propiedad del deudor quedan afectadas en forma especial para asegurar el cumplimiento de la obligación así garantizada. Esas cosas son gravadas con derechos reales a favor del acreedor. *Ejemplo: hipoteca, la prenda, la anticresis.*

Con esto se disminuye notoriamente el riesgo que el que dejan subsistente las garantías personales.

• Hipoteca.

• Definición legal; análisis crítico----

El artículo 3108 nos brinda la siguiente definición: "la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor".

Esta definición ha sido motivo de diversas críticas. La primera dice que es demasiado vaga, no determina como se hace efectiva la seguridad. Respuesta: carece de consistencia, es evidente que ese mecanismo resulta del resto del articulado.

La segunda dice que no contempla el supuesto de la hipoteca constituida por un tercero, por lo que en lugar del deudor debió utilizarse la expresión constituyente. Esta aseveración es correcta pero, de todas formas, el código ha considerado en la definición el caso más corriente, o sea la hipoteca constituida por el propio deudor.

Por último se afirma que debió hablar de cosas inmuebles y no de bienes inmuebles, porque sólo las cosas pueden ser objeto de un derecho real. Esto no es grave, ya que las cosas son también bienes (materiales).

Naturaleza jurídica.

La hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena accesorio en función de garantía.

• *Derecho real.*

Se ha pretendido negarle el carácter de derecho real, ya que al no ejercerse por la posesión, no habría ente el titular y la cosa una relación directa e inmediata, como la que caracteriza a todo derecho de esa naturaleza.

Esto no es correcto, pues la relación existe y más aún, la inherencia del derecho a la cosa, que es rasgo típico del derecho real, con las siguientes ventajas que de ella derivan (ius perseguendi y el ius preferendi), aparecen en la hipoteca con toda nitidez.

El acreedor puede perseguir el inmueble gravado en manos de los sucesivos adquirentes y hacer valer sus derechos, como haría contra el que constituya la hipoteca (ius perseguendi). Además va a ser preferido con respecto a hipotecas u otros derechos reales establecidos a posteriori (ius preferendi).

También se pueden agregar otras razones que lo corroboran como tal:

- Esta enumerada en el artículo 2503.
- El código la legisla como derecho real, dedicándole el título XIV del libro III.
- El ser accesoria de un derecho personal en nada influye si naturaleza jurídica.
- El ejercicio de la acción hipotecaria coloca al acreedor en relación inmediata con la cosa, para hacerla vender y cobrarse con su producido.
- *Sobre cosa ajena.*

El principio nemine res sua servit, se aplica a todos los derechos reales sobre cosa ajena.

El dueño, al tener sobre la cosa todas las facultades posibles, nada necesita agregarle para completar el contenido de su derecho.

Sin embargo estas ideas no tienen vigencia universal, ya que por ejemplo, en el derecho alemán aparece la denominada "hipoteca del propietario".

Ejemplo: un inmueble esta gravado con tres hipoteca. Si el crédito por el cual se ha constituido la segunda hipoteca se extingue, la adquiere el propietario. La tercera hipoteca no avanza al segundo puesto. Sigue siendo tercera y el propietario queda como titular de la hipoteca situada entre las otras dos.

Entre nosotros al introducir la ley 17.711 el segundo párrafo del artículo 3135, hubo autores que interpretaron que quedaba consagrada en nuestra legislación la hipoteca del propietario.

Consideramos errónea la interpretación a que hacíamos referencia, ya que, de acuerdo con la norma antes mencionada (art.3135), al constituir la hipoteca el propietario se reserva, con el consentimiento del acreedor, el derecho de constituir luego otra de grado preferente. Pero hasta que el primero no ejercite el derecho reservado, no hay hipoteca.

Sencillamente el acreedor consiente anticipadamente en que su rango retroceda, en el supuesto de que el propietario resuelva ejercer el derecho.

- *Accesorio en función de garantía.*

La hipoteca no tiene existencia autónoma, puesto que depende de un derecho creditorio, al que le procura seguridad.

Esta calidad surge del art. 3108, cuando afirma que la hipoteca es un derecho real "constituido en seguridad de un crédito en dinero". Además, el art.524 considera accesorios de la obligación a los derechos accesorios del acreedor, como la hipoteca y la prenda.

Siendo la hipoteca un derecho accesorio, su suerte queda supeditada a la del crédito que accede. Si éste se transmite o se extingue, la hipoteca sigue las mismas vicisitudes.

Caracteres de la hipoteca.

La hipoteca tiene tres caracteres esencial y un carácter natural. Los primeros no pueden faltar, porque ello obsta de la hipoteca; el segundo puede ser dejado sin efecto por acuerdo de las partes.

Convencionalidad. Indivisibilidad

Esenciales Especialidad. Natural

Publicidad.

- *Convencionalidad.*

Art.3115– la hipoteca reconoce una única fuente: el contrato o la convención. Dicha convención debe ser expresa.

Al adoptar esta posición nuestro código ha excluido las hipotecas legales o tácitas y las judiciales.

El criterio de Vélez es realmente acertado, pues tales hipotecas se caracterizaban por crear una gran inseguridad al gravar todos los bienes del deudor, al ser de monto indeterminado y, en especial, por carecer de publicidad, ya que no se inscribían.

- *Especialidad.*

Este carácter juega un doble aspecto: en cuanto al crédito y en cuanto al objeto.

- En cuanto al crédito.

Todo sobre este tema se encuentra en los artículos 3109, 3131 inc.4, 3152.

La especialidad en cuanto al crédito se traducirá no sólo en la expresión de su monto en una suma de dinero cierta y determinada, o el valor estimativo, en su caso, sino que, además, será necesaria su correcta individualización a través de la enunciación de sus elementos: sujetos, objeto y causa.

Ese monto representa el máximo por el que va a responder el inmueble.

Aunque el crédito pueda luego aumentar (o disminuir) no se afecta la especialidad de la hipoteca, por cuanto el inmueble jamás responderá más allá de la cifra en la que ha sido gravado.

Ahora bien, a raíz de las alteraciones del valor de la moneda provocadas esencialmente por la inflación, aparecen las denominadas cláusulas de estabilización de estabilización, que al ser aplicadas a la hipoteca introducen una profunda modificación en el concepto tradicional de la especialidad en cuanto al crédito.

La validez de tales cláusulas de reajuste aplicadas a la hipoteca, era muy discutible de acuerdo al código civil, por lo que en el año 1976 se dictó la ley 21.309, que declara a sus disposiciones aclaratorias y complementarias de dicho código.

Consideramos que la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, es profundamente alterada con la aplicación de estas normas que, por otra parte, era inevitable incorporarlas al derecho positivo, a raíz del desmesurado desarrollo de la espiral inflacionaria operada en los últimos años.

Se llega al extremo de que previniendo esa situación el acreedor hipotecario trate de asegurarse el cobro de su

crédito adicionando a la garantía real otras garantías personales.

Por esas razones es que no compartimos la opinión de quienes entienden que ñas cláusulas de estabilización no afectan el principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito.

- En cuanto al objeto.

El inmueble o los inmuebles sobre los que recae la hipoteca deben también estar perfectamente determinados. Surge esta exigencia de la primera parte del artículo 3109. En sentido concordante, en cuanto a las enunciaciones que debe contener el contrato hipotecario, establece el art.3131.3º, "la situación de la finca y sus linderos, y, si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre".

El art.3132 agrega: "una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble".

Quedan excluidas las hipotecas generales y las que gravan los bienes presentes y futuros.

- *Publicidad.*

Todos los derechos reales son oponibles a tercero después de la registración.

Pensamos, sin embargo, que media una diferencia fundamental entre la hipoteca y los demás derechos reales, ya que mientras para éstos la inscripción es declarativa, para la primera es constitutiva. Una hipoteca no inscrita no es oponible a terceros, salvo el escribano o algún interviniente en el acto de constitución (art.3135). Los efectos sólo se producen entre el constituyente y el acreedor. (arts.3158 a 3161).

Una hipoteca que no accedido al registro no confiere a su titular ni ius preferendi ni ius persequendi.

No aceptamos un derecho real que produzca efectos sólo entre las partes del acto que diera origen.

"La publicidad registral es carácter esencial de la hipoteca: la hipoteca no inscrita es derecho real".

- *Indivisibilidad*

Art.3112"la hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de ella".

El gravamen se extiende a todo el inmueble y cada parte del mismo, garantizando el pago de todo el crédito y cada parte de éste.

La indivisibilidad de la hipoteca es independiente de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito. El acreedor no está obligado a cancelare la hipoteca mientras no haya sido totalmente satisfecho su crédito. El pago hecho por un codeudor o el pago efectuado a un coacreedor, en proporción a sus respectivas cuotas, deja subsistente la hipoteca por el todo. Sigue gravado en su totalidad.

Siendo la indivisibilidad un carácter natural, las partes pueden dejarlo sin efecto.

Suponiendo que no haya pacto en contrario, o sea que se trate de una hipoteca naturalmente indivisible, se ha operado en nuestro derecho una importante evolución:

- Tal como estaba concebido originariamente el art.3112, no cabía la posibilidad de realizar enajenaciones parciales si a ello se oponía el acreedor. Por más pequeño que fuere el saldo adeudado, igualmente se ejecutaba todo el inmueble, con el consiguiente perjuicio para el deudor.
- Ante la existencia de fallos contradictorios, en 1914 las cámaras civiles de la capital en pleno decidieron que el fraccionamiento de la cosa gravada y la venta sucesiva de las parcelas lesionaba las facultades del acreedor y el principio del art.3112. Este fallo creó gran resistencia, pero en 1933 un nuevo plenario volvió a insistir en análoga posición que el anterior.
- Ese mismo año se sanciona la ley 11.725 que agregó al artículo 3112 el siguiente párrafo: " sin embargo, en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes y la cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor".
Por lo tanto, si la garantía comprende varios inmuebles es posible la venta por separado, y si sólo recae sobre un inmueble, puede éste fraccionarse, siempre que la división sea económica y materialmente posible y, además, no cause perjuicio al acreedor. El pedido debe formularse antes de que quede consentido el auto que dispone la venta en block.
- En caso de que sean varios los inmuebles dados en garantía de un crédito, el acreedor puede elegir entre ejecutarlos a todos simultáneamente, o sólo a uno o algunos de ellos.

En caso de haber optado por dirigirse contra un inmueble y no haber sido satisfecho todo su crédito, como la hipoteca sigue gravando a los demás, luego puede perseguirlos.

- La reforma de 1968 introdujo la siguiente modificación al artículo 3113: "el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su elección, perseguirlos a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos, aunque hubieren pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas o existieren otras hipotecas. No obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados".

Se faculta al juez para determinar el orden en que saldrán a la venta los inmuebles, tratando de evitar perjuicios para el deudor, acreedores de grado ulterior o terceros poseedores.

- Cuando son varios los inmuebles ejecutados y existen acreedores de grado posterior al ejecutante se plantea el difícil problema de resolver cómo se distribuyen entre aquéllos los saldos que hubieren quedado luego de satisfecho el crédito del primer acreedor.

Por lo tanto, se ha considerado como justo hacer gravitar la hipoteca sobre cada inmueble, en proporción al precio obtenido por cada uno. El saldo que quede del producido de cada inmueble se destina para satisfacer las ulteriores hipotecas que pesan sobre ellos.

Objeto de la hipoteca.

La hipoteca siempre debe recaer sobre inmuebles. La extensión en cuanto al objeto está determinada por el art.3110:

- Todos los accesorios, mientras estén unidos al principal: quedan comprendidos los inmuebles por accesión física e inmuebles por accesión moral. También están incluidos los frutos.
- Todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, naturales, accidentales o artificiales, aunque se deban al hecho de un tercero.
- Las construcciones hechas sobre un terreno vacío.
- Las ventajas que resulten de la extinción de cargas o servidumbres que debía el inmueble.–
- Los alquileres o rentas debidos por el arrendatario.
- El importe de la indemnización concebida o debida por los aseguradores del inmueble: se produce una subrogación real, ya que la cosa es sustituida por una suma de dinero.
- El importe de la indemnización por expropiación del inmueble.

Quedan excluidos del objeto de la hipoteca:

- Las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado: se trata de distintos y no de accesorios del inmueble sobre el que recae la hipoteca.
- Los tesoros hallados en el inmueble gravado: no son accesorios del mismo.
- Los derechos reales de usufructo, uso, habitación y servidumbres: son derechos y un derecho real sólo puede tener por objeto cosas.

Créditos garantizables con hipoteca.

Todas las obligaciones son susceptibles de ser garantizadas con hipoteca. Esta regla se infiere del art.3109.

El artículo 3153 afirma que: "la hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples".

- *Obligaciones que consisten o no en dar sumas de dinero que tengan curso legal en la República; obligaciones puras o condicionales, o plazo eventual.*

Pueden garantizarse con la hipoteca las siguientes obligaciones:

- Obligaciones de dar sumas de dinero que tengan curso legal en la República.
- Obligaciones en moneda extranjera, o sea en moneda que no sea de curso legal en la República. Son consideradas como obligaciones de dar cantidades de cosas. (art.617)
- Obligaciones de dar cosas. Pueden cosas ser ciertas (art.574 a 600), o cosas inciertas (art.601 a 605), o cantidades de cosas (arts.606 a 615).
- Obligaciones de hacer o de no hacer (arts.625 a 634).

Pueden garantizarse con hipoteca obligaciones eventuales, o sea obligaciones futuras pero que es posible que lleguen a nacer.

- ¿Cómo se cumple la especialidad en cuanto al crédito?

Siempre que se trate de obligaciones que no consistan en dar suma de dinero con curso legal en la República, se cumple con el principio de la especialidad en cuanto al crédito, declarando el valor estimativo en el acto de constitución de la hipoteca (art.3109).

Ej. Cuando se garantiza con hipoteca la obligación de no ejecutar una obra musical (obligación de hacer).

- ¿Cómo se procede cuando hubiere de hacerse una distribución del precio del inmueble?

Las situaciones que pueden presentarse son las siguientes:

- Créditos a plazo: el acreedor hipotecario puede pedir su colocación actual, como si el crédito ya estuviera vencido (art.3154). El plazo sólo difiere la exigibilidad del crédito. Subastado el inmueble por toro acreedor, carecería de todo sentido hacer esperar al titular de la hipoteca hasta que llegue la época de vencimiento de su crédito.
- Créditos sometidos a condición resolutoria: el acreedor puede pedir su colocación actual, pero como existe la posibilidad de que el hecho futuro e incierto acaezca y con ello se desvanezca el derecho del acreedor hipotecario, debe dar fianza que garantice la restitución de la suma percibida (art.3155).
- Créditos sometidos a condición suspensiva: como el derecho recién nace cuando la condición se cumple, el acreedor hipotecario no puede cobrar. Pero ante la eventualidad de que el hecho futuro e incierto se ocurra, para que no se diluyan sus derechos, está facultado para pedir que los fondos se depositen. Los acreedores

posteriores podrían sustituir el depósito por una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos si la condición se cumple (art.3156).

- Créditos eventuales: el acreedor puede pedir su colocación actual por el monto que a esa fecha tenga el crédito individualizado en el acto constitutivo de la hipoteca.
- *Obligaciones civiles y naturales.*

¿Es posible garantizar con hipoteca una obligación natural?

El propio deudor podría hacerlo, pero entonces la obligación se convertiría nuevamente en obligación civil.

Un tercero, en cambio, puede asegurar con hipoteca el cumplimiento de una obligación natural de otra persona. Caso previsto en el art.518.

El tercero no asume una obligación accesoria sino que contrae una obligación principal: la de pagar por el deudor si él no lo hace. Pero como el tercero no se obliga personalmente, sólo responde con el inmueble gravado.

Constitución de la hipoteca.

- ***Condición de fondo.***

Las condiciones de fondo son dos: ser propietario del inmueble y tener capacidad para enajenar inmuebles (art.3119).

- **Titularidad nominal en el constituyente.**

- Titular de un dominio pleno o perfecto.

Se justifica esta exigencia no sólo porque la hipoteca es una desmembración del dominio, sino también porque quien la constituye está consintiendo indirectamente la enajenación del inmueble, toda vez que el acreedor, en caso de incumplimiento, va a estar facultado para promover la acción hipotecaria y con ella provocar la venta forzada de aquél.

Tan importante es este requisito que la hipoteca constituida a non domino es nula, y ni siquiera se convalida en el supuesto de que luego de la constitución el constituyente adquiera la propiedad del inmueble o el verdadero propietario lo suceda a título universal.

Los fundamentos que pretende dar el codificador para justificar la excepción aparecen en la nota al art.3126: la exigencia de la propiedad actual no es una condición de capacidad personal, sino una posibilidad legal para la existencia del acto mismo. Si falta esta condición, existe un vicio real y sustancial que afecta la constitución hipotecaria, y si se la admitiera, se trataría, en todo caso, de una hipoteca de bienes futuros.

Tales argumentos son desestimados, el primero porque carece de consistencia, y el segundo, porque el inmueble no es futuro sino que lo futuro es la adquisición de la propiedad por parte del constituyente.

- Titular del dominio revocable o fiduciario.

Tanto uno como el otro están legitimados para constituir hipoteca, pero ésta va a seguir la suerte del dominio (art.3125).

Así, si se opera la revocación con efecto retroactivo, la hipoteca se extingue (art.2670). El enajenante de un inmueble bajo condición resolutoria no puede constituir hipoteca hasta que se cumpla la condición (art.3117).

- Titular de la propiedad horizontal.

Puede gravar su unidad, o sea el piso o departamento, más el porcentual que le corresponde sobre el terreno y demás partes comunes (art.3 de la ley 13.512). Para constituir la hipoteca sobre todo el edificio, se requiere el consentimiento de todos los propietarios (art.14 de la ley citada).

- Condominio

Casos en que pueden presentarse:

- Un condómino grava el inmueble común en la medida de su parte indivisa: la hipoteca es válida pero puede extinguirse si, como consecuencia de la partición, el inmueble gravado toca a otro condómino (arts.2678 y 3123). Si, por el contrario, el inmueble le es adjudicado, la hipoteca subsiste pero limitada a la parte indivisa que el constituyente tenía en aquél (art.3124).
- Un condómino grava todo el inmueble común: la hipoteca es nula pero podrá adquirir eficacia si por efecto de la partición el mismo entra en su lote (arts.2682 y 2683).
- Un condómino grava una parte materialmente determinada del inmueble: esta hipótesis debe asimilarse a la hipoteca de todo el inmueble y no a la parte indivisa. Por consiguiente la constitución es nula.
- Todos los condóminos gravan el inmueble común: la hipoteca es válida, aplicándose en cuanto o a los alcances de la responsabilidad lo dispuesto por el art.2689.

1- Capacidad.

El artículo 3119 exige la capacidad para enajenar inmuebles, ya que, la hipoteca puede conducir a la venta del objeto gravado a instancias del acreedor hipotecario.

Son incapaces para constituir hipoteca: los menores, los dementes declarados en juicio, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, los inhabilitados, los penados, los concursados civil o comercialmente luego de la sentencia que decreta el concurso o la quiebra.

- ***Condición de forma***
- Contrato de hipoteca.
- Forma

El art.3128 dice: "la hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, están expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma escritura pública de la hipoteca y la del contrato al que acceda".

El principio general es que la hipoteca debe ser hecha por escritura pública, tratándose de una exigencia ad solemnitatem.

Podríamos agregar, entre otros supuestos en que no es necesaria la escritura pública: la subasta judicial, cuando se hubiere vencido con un plazo garantizado con hipoteca (art.1184, inc.1), una cuenta particionaria, un acta judicial que instrumenta una transacción.

- Hipoteca constituida en el extranjero.

El artículo 3129 permite la hipoteca en el extranjero.

Requisitos:

- Debe constar en instrumento público que se presentará legalizado. (Nota al art.1211).
- La hipoteca debe tener una causa lícita según las leyes de la república.
- El instrumento público legalizado debe ser protocolizado por orden de juez competente.
- Una vez incorporado al protocolo de un escribano, la hipoteca debe ser inscrita en el registro de la propiedad dentro de los seis días desde que el juez ordenó la protocolización.

Si la hipoteca se inscribe dentro de los seis días, sus efectos se retrotraen a la fecha de protocolización. En caso contrario, sólo se producirán desde el

momento de la registración.

- Maneras de concluir el contrato.

El art.3110 dispone: "la constitución de la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor. Cuando ha sido establecida por una escritura pública en que el acreedor no figure, podrá ser aceptada ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de su constitución".

El contrato puede concluirse en un solo acto, que es lo normal, o bien por actos separados. En este último caso no habrá constitución hipotecaria hasta que el acreedor no manifieste su aceptación por escritura pública.

Entendemos que tal retroactividad sólo puede jugar entre acreedor y deudor. Con respecto a los terceros, como la hipoteca recién podrá ser inscrita cuando ingresen al registro las dos escrituras, únicamente tendrá efecto retroactivo si la escritura de aceptación y la inscripción se realizan dentro de los cuarenta y cinco días de otorgado la primera escritura.

- Constancia que debe contener el contrato.

Las constancias obligatorias están en el art.3131.

La escritura debe consignar los datos filiatorios de las partes, la individualización del inmueble (especialidad en cuanto al objeto) y la determinación del crédito (especialidad en cuanto al crédito).

Como el contrato del cual nace el crédito puede no constar en la propia escritura, en este caso es necesario indicar en la misma de qué clase de contrato se trata, la fecha de celebración y el archivo en que se encuentra.

- Anulación de la constitución.

Dispone el art.3133: " la constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca". La constitución hipotecaria será nula cuando contenga fallas que afecten contra la especialidad.

- Hipoteca constituida por un tercero

De acuerdo con el artículo 3121: "no es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal; puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente".

Un caso típico de hipoteca constituida por un tercero es aquella que garantiza el cumplimiento por un tercero es aquella que garantiza el cumplimiento de una obligación natural contraída por otro deudor.

- Modalidades.

Art.3116. En esta norma se contemplan las modalidades a que puede sujetarse la hipoteca misma, así como también la obligación garantizada.

La hipoteca puede constituirse subordinándola a condición o plazo y, tanto una como el otro pueden ser suspensivos o resolutorios.

Por su parte, el art. 3125 dispone que quien tiene sobre un inmueble un derecho sujeto a resolución sólo puede constituir hipotecas sometidas a la misma condición, aun cuando no se lo exprese.

El titular de un dominio fiduciario está legitimado para gravar el inmueble, pero operada la resolución con efecto retroactivo, la hipoteca sigue la misma suerte (art.2670).

- Cláusulas especiales y de estilo.

Además de las enunciaciones que necesariamente debe contener el contrato hipotecario (art.3131), son de estilo cláusulas como las siguientes:

- Constitución de un domicilio especial por parte del deudor: es perfectamente válida.
- Renuncia a los trámites judiciales: la cláusula es nula.
- Renuncia al derecho de recusar sin causa: es válida, ya que tiende a evitar dilaciones en el juicio.
- Pacto de intereses: la cláusula es válida, facultando a los jueces para morigerar las tasas convenidas si fueran usurarias. Carece de eficacia capitalizar anticipadamente los intereses (art.623 C.C.).
- Mora de pleno derecho: acorde a la reforma del art.509 es innecesario pactar expresamente la mora automática.
- Caducidad de los plazos en caso de mora en el pago de cuotas de capital o de intereses: es legítima ya que permite ejecutar toda la deuda, como si todos los plazos se hubieren vencido.
- Facultad reservada por el acreedor de designar martillero en caso de subasta.
- Determinación de la base para la venta judicial del inmueble.
- Cláusula que faculta al acreedor para que el inmueble se subaste como desocupado.
- Prohibición de dar el inmueble en locación, comodato, o gravarlo con usufructo, uso, habitación o anticresis: son cláusulas válidas ya que la constitución de derechos reales provoca un detrimento en el valor del inmueble.

Por medio de la registración se puede oponer a los terceros tanto la hipoteca como las prohibiciones contenidas en el contrato que le diera origen.

- Prohibición de enajenar el inmueble hasta que no haya sido pagada la deuda: carece de validez (art.2612), ya que además la hipoteca grava el inmueble y el acreedor no sufre perjuicio por el cambio de titularidad dominial.
- Pacto comisorio: es nulo de nulidad absoluta, ya que el acreedor debe recurrir a la acción hipotecaria.

Publicidad de la hipoteca: Es el único derecho real para el que Velez S. arbitró la publicidad registral, precisamente por no ejercerse por la posesión.

Efectos de la hipoteca respecto de terceros y del crédito: a)Respecto de terceros: Si la hipoteca se inscribe dentro del termino de cuarenta y cinco días contados desde la fecha de la convención hipotecaria, sus efectos se retrotraen a ese día. Si la registración es posterior, ella produce efectos desde la fecha en que la misma ha tenido lugar.(Art.3150)

b)Efectos en cuanto al crédito:Art.3152:"la hipoteca garantiza tanto el principal del crédito, como los intereses

que corren desde su constitución, si estuviesen determinados en la obligación. Al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados, si los hubiere, deben liquidarse y designarse en suma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados sin designación de su importancia, es sin efecto alguno". En efecto: a) La hipoteca garantiza el capital y los intereses (no todos son privilegiados). b) En las relaciones obligacionales la garantía se extiende a todos los intereses devengados desde la constitución de la hipoteca, siendo necesario que estén **determinados en la obligación**. c) Si la hipoteca se constituye para asegurar un crédito anterior y hubieren intereses atrasados, **únicamente estarán cubiertos si se los liquida y designa en suma cierta**. d) Cuando el acreedor se enfrenta contra otros acreedores (**terceros**) que concurren sobre el precio del inmueble hipotecado tienen privilegio solamente: los intereses debidos de dos años, contados desde la ejecución hacia atrás, y los que corren desde el juicio hasta el efectivo pago (art.3936). e) También quedan garantizados: (Art.3111) los costos y gastos (ej: inscripción, costas de ejecución), los daños e intereses por causa de inejecución con relación a otras obligaciones que contrae con respecto al inmueble hipotecado, en virtud de las cuales debe abstenerse de realizar actos que tengan como consecuencia disminuir el valor de aquel.

Privilegio del acreedor hipotecario: (anticipo) El precio del inmueble hipotecado es su asiento, y solo puede hacerse valer frente a otros acreedores siempre que la hipoteca este **inscripta**. Únicamente se ve postergado por los gastos de justicia, y (ref. del 68) por un acreedor munido de derecho de retención comenzado a ejercerse antes del nacimiento del crédito privilegiado (art.3946).

Relaciones que la hipoteca establece entre el deudor y el acreedor: "El deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad..." (**Art.3157**). Por lo tanto podrá en principio enajenarlo (total o parcialmente), gravarlo con otras hipotecas o derechos reales., constituir derechos personales (locación), usar y gozar del inmueble.

El **límite** se encuentra en el **art.3157**: "...pero no puede con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario ejercer ningún acto de disposición material o jurídica que directamente tenga por consecuencia **disminuir el valor del inmueble** hipotecado". Ej: no podrá demoler las edificaciones.

Con respecto a las servidumbres, usufructo, habitación y anticresis, el acreedor está facultado para ejercer los derechos contra el deudor que disminuye la garantía. **Arts.2991 y 2999**: "...los acreedores hipotecarios anteriores..." "...pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre".

Facultades del acreedor frente a actos diminutivos de la garantía: a) **Conservatorias:** Si existiere evidencia de que puede disminuirse podrá pedir medidas cautelares (**art.3158**), aun cuando este sujeta a plazo o condición. b) **Restitutorias:** Si los deterioros ya se hubiesen consumado ó se hubiere enajenado muebles accesorios a un adquirente de buena fé, el acreedor podrá pedir un depósito judicial con el valor de los deterioros que quedará afectado a la hipoteca, ó pedir que grave otro inmueble hasta restablecer la garantía anterior (**art.3159 y 3160**). c) **Ejecutorias:** Siendo los créditos a plazo y aun cuando éste no estuviera vencido, podrá pedir que el deudor sea privado del mismo (**art.3161**).

Relaciones entre los acreedores hipotecarios y los poseedores del inmueble: 1) Tercer poseedor y tercer adquirente: Teniendo en cuenta que el inmueble puede ser enajenado (**3157**), el tercero adquirente asume la deuda, siendo aceptada expresa o tácitamente por el acreedor, y al convertirse en nuevo deudor responde con todo su patrimonio (y con el inmueble hipotecado) y no puede liberarse con su abandono. Para que el deudor originario quede liberado, el acreedor deberá exonerarlo en forma **expresa**, produciendo una delegación perfecta que causa la novación subjetiva por sustitución del deudor (**814**).

La aceptación tácita no libera al deudor anterior, debido a que se produce una delegación imperfecta y cada deudor responde por el todo.

El tercer poseedor es el que adquiere el inmueble pero no asume la deuda, ó la toma a su cargo pero no es

aceptada por el acreedor, por lo cual responderá solamente con el inmueble gravado y puede liberarse mediante el abandono.

Ejercicio del "ius perseguendi":

- Condiciones: (art.3162)enajenado el inmueble a título oneroso o lucrativo, en todo o en parte, el acreedor puede perseguirlo y ejercitar sus derechos como podría hacerlo contra su propio constituyente, para que ello sea posible es menester que la hipoteca esté inscrita y que el crédito sea exigible.
- Plazos que aprovechan o no al tercer poseedor:(art.3164)el tercer poseedor goza de los términos concedidos al deudor por el contrato o a las moratorias dispuestas por ley en caso de agudas crisis económicas. No aprovechan al tercer poseedor los plazos del deudor concursado.

Soluciones por las que puede optar: El acreedor no puede dirigir la ejecución directamente contra el tercer poseedor, primero debe intimar al deudor al pago del capital y de los intereses exigibles en el termino de 5 días (C.P.C.), si no paga se podrá recurrir contra el tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda o el abandono del inmueble (art.3163).

El tercer poseedor puede: **a)Pagar,** y liberar así todas las hipotecas que caigan sobre el mismo crédito(art.3185).**b)Abandonar el inmueble,** liberándose del juicio(art.3165).**c)Soportar la ejecución:** puede defenderse o no mediante excepciones, pero no se pueden pronunciar condenaciones personales a favor de acreedor(art.3165).

Excepciones:(art.3166)**a)**Inexistencia del derecho hipotecario. Comprende todas las nulidades.Ej:3127.**b)**Extinción del derecho hipotecario: Por vía directa o indirecta. Ej.: extinción por pago.**c)**Nulidad de la toma de razón: Por la nulidad de la registración, ya que es indispensable para que produzca efectos a los terceros. **d)**Inexigibilidad de la deuda: Si los plazos no estuvieren vencidos.

No podrá oponer como excepciones: **A)**que se ejecuten antes otros inmuebles hipotecados al mismo crédito del deudor originario, o que el inmueble reconoce otras hipotecas que no alcanzarán a pagarse con su valor(3167).**B)**Retener el inmueble para ser pagado de la expensas útiles que hubiere hecho(art.3168 y3170).

Procedimiento en caso de abandono: Una vez exteriorizada la voluntad de abandonar(por pers. capaz o representante,art.3173)el juez nombra un curador al inmueble contra el que se sigue la ejecución(3174),debido a que el abandono no autoriza al acreedor a apoderarse del inmueble (3169).

El abandono no hace perder la propiedad del inmueble al tercer poseedor: Una vez ejecutado el inmueble el saldo que sobre pertenece al tercer poseedor, excluyendo al anterior propietario y a sus acreedores quirografarios(3184).Si el inmueble se pierde por caso fortuito antes de ser adjudicado al que lo adquirió en la subasta, el tercer poseedor no queda liberado del saldo que aun debe el deudor(3175).Puede retractarse y recobrar el inmueble pagando los capitales e intereses. (3176).

Derechos del vendedor: (Art.3177)En caso de que el adquirente del inmueble adeude al vendedor un saldo de precio que satisface al acreedor, el vendedor para evitar la ejecución del inmueble que podría dejar un remanente impago ejecutable contra él, es que se lo faculta para oponerse al abandono. También puede pagarle al acreedor, de ahí que en caso de que el tercer poseedor abandone el inmueble será obligado a retomarlo y a abonar al vendedor el saldo de precio de la venta que la adeudare(3178).

Consecuencias de la expropiación seguida contra el tercer poseedor: **A)**Reviven las servidumbres activas y pasivas que se habían extinguido por confusión cuando el tercer poseedor adquirió el inmueble(3181),al igual que el usufructo, uso. Habitación o anticresis. **b)**Renacen las hipotecas que el tercer poseedor hubiere tenido antes de adquirir la propiedad(art.3182).**c)**El excedente luego del pago de los créditos pertenece al

tercer poseedor(3184).

Extinción de la hipoteca: Por medios directos o indirectos según la extinción sea o no consecuencia de la extinción del crédito del cual es accesoria.

Medios Indirectos: El principio general está contenido en el art.3187 indicando que cualquiera sea la causal de extinción de la obligación garantizada, la misma suerte sigue la hipoteca.

Excepciones:

–Si la deuda es pagada por un tercero(arts.767 y 3189).

–Si hay novación expresa de mantener la garantía, ya que ésta pasa a la segunda obligación (arts.803 y 3190).

– Si el fiador y el obligado se confunden, se extingue la fianza, pero la hipoteca subsiste debido a que el acreedor no puede perjudicarse por un hecho ajeno, además la hipoteca no es accesoria de la fianza(3192).

Si hay pago por consignación, la hipoteca solo queda extinguida si el acreedor acepta o una sentencia le reconoce fuerza de pago(Art.3190).

Medios Directos: **a)Renuncia:** Es unilateral ,expresa y en escritura pública(3193),y una vez manifestada el deudor tiene derecho a pedir la cancelación de la hipoteca y a que se deje constancia en la escritura de constitución. **b)Resolución o revocación del dominio del constituyente:** Si el dominio era revocable y la revocación se opera con efecto retroactivo, la hipoteca constituida por el dueño imperfecto queda extinguida(arts.3193 y 3110).**c)Destrucción de edificios:** La hipoteca subsiste sobre el suelo, y sobre la indemnización del seguro, y no así sobre los materiales que recuperan su calidad de muebles. Si se reconstruye vuelve la hipoteca sobre él.

d)Remate judicial: Para la extinción debe mediar subasta ordenada en juicio a instancia de un acreedor, donde deben concurrir todos los acreedores ,de lo contrario no se extinguirá la hipoteca y el comprador habrá adquirido un inmueble gravado ,ya que la subasta tiene plena validez. La extinción operara en caso de concurrencia en el momento en que el adquirente consigna el precio a la orden del juez (Art.3196).

e)Confusión: Cuando hay identidad del dueño con el acreedor, la hipoteca desaparece(3198).**f)La caducidad de la inscripción de la hipoteca** pasados veinte años desde que fue registrada: Para nosotros extinguida la inscripción igual suerte sigue la hipoteca.

Cancelación de la hipoteca:

Concepto: Es el acto por el cual se deja sin efecto la inscripción registral. No se debe confundir con la extinción de la hipoteca porque ésta puede haber sido extinguida sin la cancelación registral.

Casos:Art.3199: Se puede dar por consentimiento de la partes o por sentencia firme. En el primero basta un acto unilateral del acreedor, y en el segundo acorde al art.3200: "...ordenar la cancelación de hipoteca..." "...cuando la hipoteca ha dejado de existir por cualquier causa legal..."

Formas: Siempre se requiere instrumento público, escritura pública de cancelación si es voluntaria, o testimonio de sentencia si es judicial. Excepcionalmente si el crédito garantizado con la hipoteca está instrumentado mediante letras o pagares hipotecarios, el deudor o tercero pueden cancelarla mediante la presentación su totalidad en el registro de propiedad, debido ha que debe existir constancia del pago a todos los deudores, de lo contrario quedará subsistente el derecho hipotecario.

Procedimiento en caso de ausencia del acreedor: Art.3203:..."cite por edictos al acreedor para que haga

cancelar la hipoteca, y no compareciendo se la nombrará un defensor con quien se siga el juicio sobre el pago del crédito y cancelación de la hipoteca". El interesado deberá acreditar el pago del crédito, así como también que la persona demandada sigue siendo el acreedor hipotecario, ya que lo podría haber cedido.

Prenda

Concepto: art.3204: "Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda". Apepciones: – El derecho real que en seguridad de un crédito, grava una cosa mueble que es entregada al acreedor (art.3204,3205,3207). – El contrato que da nacimiento al derecho real de prenda (3217). – La cosa misma sobre la que recae un derecho real (3208,3218).

Naturaleza jurídica: Es un derecho real sobre cosa ajena en función de garantía, debiéndose a la existencia de un derecho creditorio del cual es accesoria. **Caracteres:**

Esenciales: **Convencionalidad:** sólo puede reconocer como fuente al contrato, ya que no hay prenda legal ni judicial. **Especialidad:** El instrumento debe contener el importe del crédito y una designación detallada de la especie y naturaleza de los objetos dados en prenda, y si fuese necesario calidad peso y medida (art.3217).

Natural: **Indivisibilidad:** Art.3233. Art.3235: Si recae sobre varias cosas, el deudor no puede pretender una entrega parcial, hasta que no haya satisfecho totalmente la obligación garantizada.

Objeto: Art.3211: Solo puede recaer sobre cosas muebles por su naturaleza o carácter representativo. En la prenda de crédito el objeto no es el crédito, sino el instrumento, de modo que el deudor del crédito, cuando va a cumplir la prestación, no pagará a su acreedor, sino al acreedor prendario del acreedor, recayendo a partir de entonces la prenda sobre las cosas que hubiese recibido del deudor. Art.3231: El acreedor puede percibir los frutos por cuenta del deudor e imputarlos a la deuda, siendo ésta una facultad del acreedor, ya que si esa forma de percepción no ha sido convenida, el deudor carece de derecho para imponérsela.

Créditos que pueden garantizarse: Al igual que la hipoteca todo crédito es garantizable con la prenda.

Constitución del derecho real de prenda:

Condiciones de fondo: 1) Capacidad de la partes, 2) legitimación del constituyente y 3) la entrega de la cosa. 1) Capacidad para enajenar del constituyente y capacidad para contratar del acreedor prendario (3213). 2) El constituyente debe ser dueño de la cosa o adquirirla posteriormente (princ. de Convalidación, art.2504).

Se debe tener en cuenta el régimen de las cosas muebles: a) Si la cosa no es robada ni perdida y el acreedor es de buena fé, o se ignora que pertenece al deudor, la prenda es valida y puede negar la entrega de la cosa al verdadero propietario (3213). Si es robada o perdida y el acreedor de buena fé, no puede oponerse la reivindicación del propietario, pero si la ha comprado en una venta pública aquel deberá abonar al acreedor el precio que el deudor hubiese pagado por la cosa (3214) quedando el dinero afectado a la cosa. Si el acreedor restituye la cosa al dueño esta facultada para obtener algo a cambio o para exigir el cumplimiento de la obligación (3215). En los casos en que la prenda recaiga sobre cosa ajena no obsta que entre las partes se produzcan consecuencias de carácter personal, excepto en el primer caso (3216 y 1177). 3) Como el contrato que da origen a la prenda es real, no se perfecciona hasta la entrega de la cosa (3204 y 3205), al acreedor o un tercero si las partes lo han convenido.

Condiciones de forma: No requiere forma, solo la entrega de la cosa y se perfecciona cuando el acreedor recibe la tradición de ésta, y en caso de terceros además debe existir un instrumento pública o privado de fecha cierta (3217).

Pactos permitidos: Se prohíbe el pacto comisorio(art.3222).Sin embargo puede convenirse que el acreedor se adjudique la entrega de la cosa por la estimación que de ella se haga al tiempo de vencimiento de la deuda(3223)entendiendo que el deudor estaría en mejores condiciones.

Efecto del derecho real de prenda: **a)**El acreedor no puede servirse de la cosa salvo consentimiento del deudor, quien puede pedir el secuestro en caso de abuso(3226 y 3230),y hacer responder al acreedor por pérdida o deterioros(3225).**b)**El acreedor puede ejercer el derecho de retención hasta que quede satisfecha la deuda en razón de la indivisibilidad de la prenda (3229),hasta el reembolso de los gastos necesarios y útiles(3228).El acreedor no puede oponer la retención a otras personas y su derecho se limita a ejercer el privilegio sobre el precio (3234,3227y3890).**c)**En caso de falta de pago el acreedor puede promover la ejecución, realizando la venta en subasta pública(3224).El acreedor puede adquirir la cosa compensando el precio con su crédito o cobrar con el producido de la subasta munida de privilegio(3889).

Concurrencia de prendas sobre una misma cosa:art.3210:Al tratarse de un derecho real ejercido por la posesión, si no fuere posible la coposesión, la cosa será entregada a un tercero depositario.

Prenda tácita:art.3218:Requisitos:a)Una obligación contraída con posterioridad a la garantizada con prenda. b)La segunda obligación debe ser exigible antes del pago de la primera. c)la segunda obligación debe ser contraída por el mismo deudor y acreedor, presumiendo la ley que la intención es asegurar la dos obligaciones, a menos que haya sido un tercero el que constituyó la prenda.

La prenda tácita no es un derecho real, ya que el único efecto que produce es la retención de la cosa hasta el pago de una y otra deuda, careciendo de todo privilegio.

Extinción: Por vía indirecta mediante la extinción de la obligación asegurada por cualquier causa (art.3236). Vía directa por confusión, devolución voluntaria de la cosa y venta judicial. Una vez extinguida el acreedor está obligado a restituir la cosa al deudor, con todos sus accesorios(3238), y si permanece en poder de ella, queda convertido en tenedor(2462inc.4).

Anticresis

Concepto:Art.3239:"...es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndolo en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos y en caso de exceder, sobre el capital solamente si no se deben intereses".

Naturaleza jurídica: Es un derecho real sobre cosa ajena accesorio en función de garantía. Velez indica que la prenda que se constituye por la anticresis es sobre una parte de la propiedad inmueble, y no puede negarse que hay una desmembración del derecho de propiedad, cuando los frutos futuros de un inmueble se dan en prenda, en seguridad y para pago de una deuda.

Caracteres: Esenciales: convencionalidad y la especialidad; el natural, la indivisibilidad.

Objeto: Siempre es un inmueble, cuando el acreedor debe limitarse con los frutos constituyen un todo con aquel.

Créditos garantizados con anticresis: Toda clase de créditos puede ser garantizado con ésta.

Constitución:

Condiciones de fondo:**1)**Legitimación del consituyente.**2)**Capacidad de las partes. **3)**Entrega del inmueble.**1)**El propietario, los condóminos y el usufructuario (cuanto dure el usufructo)(Art.3241 y 3242).Rige el principio de convalidación(Art.2504).**2)**Capacidad necesaria para disponer(art.3241 y

3244nota).3)Como el contrato es real solo se perfecciona con la entrega del inmueble al acreedor. El modo queda subsumido en el título.

Condiciones de forma: Debido a que es un derecho real inmobiliario se exige la escritura pública (art.1184inc1);y para oponerla es necesaria su inscripción(art.2505).

Pactos permitidos y prohibidos: Esta prohibido el pacto comisorio(3252),ello no obsta a que el deudor pueda vender el inmueble al acreedor antes o después de vencer la deuda (art.3253). Tampoco puede convenirse la venta sin promover un juicio(3251).Esta permitido pactar la compensación de los frutos con los intereses en su totalidad o hasta determinada concurrencia (art.3246).

Efectos

Derechos del acreedor: a) Poseer, munido de acciones posesorias y reales. b) Retener: Hasta el pago del total(capital intereses y mejoras).Este derecho es oponible a todos, a diferencia del prendario (art.3254).c)Usar y gozar: El acreedor ésta facultado para percibir los frutos, recogerlos, cultivar él mismo la tierra, arrendar y habitar(art.3249).d)Derecho de ejecución: Puede solicitar la venta judicial(3251);pero carece de privilegio sobre el precio(3255).Si la venta es provocada por otros acreedores convendrá seguir ejerciendo la retención(ius preferendi art.3254),el adquirente habrá adquirido un inmueble gravado y tendrá que soportar el ejercicio de la anticresis.

Las obligaciones del acreedor anticresista son las siguientes: a)Conservar y administrar el inmueble: cuidarlo, repararlo, restituirlo(art.3159).No puede cambiar o alterar el género de la explotación definitivamente evitando que el propietario lo explote como antes(art.3249).Los gastos de conservación pueden ser descontados del valor de los frutos, y en caso de insuficiencia puede cobrarlos al deudor salvo que medie una anticresis compensatoria(art.3358).b)Conservar los derechos: El acreedor es responsable por no haber conservado todos los derechos anteriores a la constitución de la anticresis. c)Pagar contribuciones y cargas: Una vez pagadas las deducirá de los frutos o las exigirá al deudor en caso de insuficiencia(art.3258).d)Restituir el inmueble: Si no le resulta conveniente el mantenimiento podrá solicitar la venta judicial(art.3258).

Anticresis tácita: No es derecho real, acuerda simplemente un derecho de retención oponible sólo al deudor.

Concurrencia de anticresis: Se configura un supuesto de coposesión ya que no es factible la entrega del inmueble a un tercero, por el contrario debe poseer para poder percibir los frutos y hacer con ellos la imputación del pago.

Extinción: Se aplican las reglas comunes a los derechos reales de garantía. Permite al acreedor restituir el inmueble en cualquier momento(art.3257).

XIX