

HIPOTECA: EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DERECHO DE RETENCIÓN DEL CONSTRUCTOR; PREVALENCIA SOBRE EL PRIVILEGIO HIPOTECARIO; OPORTUNIDAD DE SU EJERCICIO*

DOCTRINA:

El privilegio reconocido al derecho de retención por el art. 3946 del Cód. Civil tiene prelación sobre los privilegios especiales, incluso el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados. Por esta regla se rige la solución al conflicto entre la retención del

constructor y el privilegio del acreedor hipotecario. M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala A, octubre 5 de 1998. Autos: "García Miramon y Asoc. Soc. de Hecho c. Frías Ayerza, Susana Ramona c. Ros, Luis E. s/ejec. hipot. s/inc. civil".

Buenos Aires, octubre 5 de 1998. Y *Vistos*: y *Considerando*: La sociedad de hecho Miramon y Asociados promueve el presente incidente, alegando el derecho de retención a su favor respecto del inmueble objeto de la ejecución hipotecaria que en fotocopia certificada fuera elevada *ad effectum videndi*. El rechazo de tal pretensión motiva la queja traída a consideración de esta alzada.

Ahora bien, no se ha hecho cargo en modo alguno la interesada en su memorial de fs. 67/70 del fundamento en que sustentara su decisión la Sra. juez *a quo*, relativo al tiempo en que, según sus propios dichos, comenzara a ejercerse el derecho invocado por su parte.

En efecto, la colisión de intereses en el *sub examine* se resuelve en función del momento en que se operó el nacimiento de cada derecho y, en esa inteli-

(*) Publicado en *El Derecho* del 13/5/99, fallo N° 49.228.

gencia, basta comparar la fecha de toma de razón de la hipoteca de marras (9/2/96 según fs. 378 vta. de la documentación reservada del juicio principal en este acto a la vista), con el relato formulado a fs. 28/31 de los presentes actuados en torno a la alegada vinculación contractual esgrimida como fundamento de la pretensión de la quejosa, referida a hechos posteriores al 1º de junio del mismo año.

Es que, aun cuando se tuviera por válida la documentación acompañada por los incidentistas, lo cierto es que el privilegio reconocido al derecho de retención por el art. 3946 del Cód. Civil tiene prevalecencia sobre los privilegios especiales, incluso el hipotecario “si ha comenzado a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados”.

Reviste así primordial importancia la oportunidad en que comenzó a ejercerse la retención –20 de octubre de 1996 en la especie, según se invocara a fs. 28 vta.–, para que en el marco de una ejecución singular ésta prevalezca sobre los privilegios especiales. Por esta regla se rige la solución al conflicto entre la pretensión del constructor y el privilegio del acreedor hipotecario (conf. Leiva Fernández, Luis F. P., *Derecho de retención*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 360/2, 284; Cámara Nacional Civil, esta Sala, R. 99.766 del 11/11/91), y al haberse ponderado debidamente tal circunstancia en la anterior instancia, se impone la confirmación del pronunciamiento en crisis, puntualizándose, a todo evento, que de conformidad con lo normado por el art. 277 del rito, se encuentra vedado a esta alzada el análisis de cuestiones no propuestas en la anterior instancia como las que se pretenden introducir en el memorial de fs. 67/70.

Por estas consideraciones, se resuelve: confirmar la resolución de fs. 55/56, con costas a la recurrente vencida. Devuélvase, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse conjuntamente la recepción de las actuaciones y el presente pronunciamiento. El Dr. *Jorge Escuti Pizarro* no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). – *Ana María Luaces*. – *Hugo Molteni*.