

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*HIPOTECA POR EL CONDOMINO(\*) (287)*

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO

<b>SUMARIO</b>
----------------

2 - PARTE GENERAL

1 - Hipoteca

- 1 - Naturaleza jurídica
- 2 - Derecho Real
- 3 - Derecho de preferencia
- 4 - Asientos
- 1 - La "cosa objeto".

2 - Condominio

- 1 - Naturaleza jurídica
- 2 - Clases
- 3 - Asiento
- 4 - Efectos de la disolución del condominio
- 5 - El condominio como derecho real "actual"
- 6 - La "pars"

3 - PARTE ESPECIAL. "HIPOTECA POR EL CONDÓMINO"

- 1 - Las normas que la autorizan
- 2 - Hipoteca de parte indivisa

- 1 - Efectos
- 1 - Derecho sometido a condición "suspensiva"
- 2 - Derecho sometido a condición "resolutoria"
- 3 - Derecho "pleno" y "actual"
- 2 - La acción hipotecaria

- 1 - Improcedencia
- 1 - Otros medios de que dispone el acreedor hipotecario
- 1 - La acción "oblicua"
- 2 - La acción del artículo 2677
- 2 - Procedencia de la acción hipotecaria

3 - El acreedor hipotecario frente a la partición

- 1 - Los intereses a armonizar
- 2 - Consecuencias de la falta de notificación al acreedor
- 1 - Nulidad de la partición
- 2 - Validez de la partición

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

- 3 - "Inoponibilidad" de la partición al acreedor hipotecario
- 3 - El ejercicio de la acción "pauliana" y de la simulación
- 4 - Extinción del derecho real de hipoteca a consecuencia de la partición
- 1 - Exigibilidad de la obligación
- 2 - Derechos respecto del lote del constituyente
- 1 - "Subrogación real"
- 2 - Subsistencia del "derecho de preferencia" hipotecario.
  
- 3 - Hipoteca de "parte materialmente determinada"
  
- 1 - El artículo 2680 del Código Civil
- 2 - Naturaleza jurídica
  
- 4 - CONCLUSIONES
  
- 5 - LA ACTITUD DEL NOTARIO

## 1. INTRODUCCIÓN

"Hipoteca" y "condominio" constituyen, separadamente, figuras que ofrecen no escasos problemas al intérprete de nuestro Código Civil, no obstante su correcta sistematización lograda en base a los aportes doctrinarios y jurisprudenciales.

El instituto combinado de ambas - tema de este trabajo - da ocasión a que renazcan las dificultades, y aun se incrementen, toda vez que algunas normas específicas entran en colisión con los principios generales.

Tales incoherencias producen un cuadro de tamaña complejidad, que su elucidación definitiva está muy lejos de ser alcanzada<sup>(1)</sup>(288). Por todo ello, sólo nos proponemos brindar un panorama general, incorporando algunas tesis elaboradas por la doctrina más reciente y con la mira siempre puesta en su trascendencia en el quehacer notarial.

En la medida en que podamos coadyuvar - siquiera mínimamente - a su más detenido estudio, se verán colmadas nuestras aspiraciones.

## 2. PARTE GENERAL

Consideramos procedente un análisis previo de las cuestiones que - en ambas figuras típicas - hacen al tema central de nuestro cometido, apuntando a un más claro enfoque de la problemática que éste plantea. Cuando sea necesario, por ende, nos detendremos en un tratamiento más pormenorizado.

### **2 - 1 - HIPOTECA**

#### **2 - 1 - 1 - Naturaleza jurídica**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Conviene reparar en la circunstancia que el derecho hipotecario presenta un doble aspecto que es menester distinguir a efectos de su correcta aprehensión: derecho "real" y derecho de preferencia.

El señalado carácter "dual" origina importantes consecuencias, según tendremos oportunidad de examinar más adelante.

### **2 - 1 - 2 - Derecho real**

La naturaleza "real" del derecho hipotecario surge incuestionablemente de expresas normas legales (arts. 2503, inc. 5º y 3108 del Cód. Civil).

Interesa señalar su carácter "accesorio" respecto del "crédito" - el que debe consistir en una suma de dinero cierta y determinada - o de la obligación de otra especie - con valor estimativo declarado - que garantiza(2)(289)(art. 3109 del Cód. Civil).

### **2 - 1 - 3 - Derecho de preferencia**

La sistematización de las preceptivas de nuestro Código Civil permite estructurar dos tipos de "causas legítimas de preferencia": los privilegios y los derechos de preferencia agrupados en el Título I de la Sección II del Libro Cuarto. Entre los últimos se cuenta la "hipoteca" (arts. 3934 al 3939)(3)(290).

### **2 - 1 - 4 - "Asientos"**

Determinar el "asiento" del derecho hipotecario es punto de capital relieve.

La "dualidad" a que hemos hecho referencia - no siempre percibida - impone destacar un doble asiento:

a) Del "derecho real": la "cosa objeto".

b) Del "derecho de preferencia": el "valor" de aquélla (producido por su venta, verbigracia).

Ello así, pasamos a considerar especialmente el primero de los "asientos" señalados.

#### **2 - 1 - 4 - 1 - La "cosa objeto"**

Solo los "inmuebles" son pasibles del derecho real que nos ocupa (arts. 3108 al 3110, 3119 y concordantes del Cód. Civil), los que deben ser "especial y expresamente" determinados - a tenor de lo dispuesto por el art. 3109 - y, bajo pena de nulidad,

"propios" del hipotecante (arts. 3119, 3126 y 3127 del Cód. Civil).

## **2 - 2 - CONDOMINIO**

### **2 - 2 - 1 - Naturaleza jurídica**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Dos opiniones han sido vertidas acerca de la naturaleza jurídica del "condominio": la que lo conceptúa cual derecho real "autónomo"(4)(291) y aquella que lo aprehende como una mera "modalidad" del dominio(5)(292).

Sobre la base de la expresa reglamentación legal de este derecho - que determina, a su respecto, una estructura propia y especial - nos inclinamos por la primera posición. La sola "Pluralidad" de sujetos titulares no es nota de bastante entidad para fundar tal conclusión, puesto que todos los derechos reales son pasibles de dicho fenómeno; es menester que el ordenamiento jurídico - amén de mencionarlo específicamente(6)(293)- lo conforme con características singulares, con propia "tipicidad" en punto, verbigracia, a los modos de goce y ejercicio. En este último aspecto, estamos convencidos que el articulado del Código Civil es el más valedero argumento(7)(294).

### 2 - 2 - 2 - Clases

Tan sólo una mención de las dos grandes especies en que se clasifica el condominio - "con" o "sin" indivisión forzosa - para anticipar que habremos de referirnos, obviamente, al último tipo, por ser el que interesa al motivo central de estas páginas. Por idéntica razón, quedará por igual fuera de tratamiento el de cosas "muebles".

### 2 - 2 - 3 Asiento

Nuevamente se impone establecer el "asiento" del derecho real, cuyo logro - también en este caso - nos proveerá de provechosos frutos.

Recordemos la definición plasmada en el artículo 2673 del Código Civil:

"El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa, sobre una cosa mueble o inmueble."

El marcado énfasis puesto en la "parte indivisa" por la mayoría de la doctrina ha hecho que se desdibuje el auténtico "asiento" del derecho condonial: la "cosa".

El copartícipe, en efecto, no es propietario de algo "abstracto" o "ideal" - su cuota parte - sino de la "cosa" en concreto; lógicamente que tan sólo en determinada "medida" - no in totum - , que encuentra expresión en frases como aquéllas. Queremos poner de manifiesto, así, que el dominio de la "cosa" por el comunero no configura un "segundo grado conceptual" al que se accede a través de la pars sino que ésta es nada más que el quantum de su concreta propiedad de aquélla.

El condómino es propietario efectivo de la cosa común, y en forma tal que puede reivindicarla por entero - sin limitarse a la medida de su interés - de un "detentador" (art. 2679 del Cód. Civil). La cuantía de su dominio, por el contrario, adquiere relevancia fundamental cuando se trata de acciones dirigidas contra los otros comuneros, según lo preceptúa el art. 2761 del Código Civil.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**2 - 2 - 4 - Efectos de la disolución del condominio**

Especial trascendencia reviste el tema "sub examen", el que ha sido objeto de detenido estudio por parte de la doctrina.

Conforme lo dispuesto por el artículo 2695, del Código Civil(8)(295), el efecto de la "partición" es declarativo. En su virtud, las consecuencias de ella operan retroactivamente, de forma tal que el condómino que adquiere la "cosa" en su totalidad sucede directamente al propietario anterior a la situación condominial y no a los otros comuneros.

Resta tan sólo agregar que idéntico temperamento adopta muestra ley civil con respecto a la división de las sucesiones, a cuyas normas remite - volveremos sobre el punto más adelante - el artículo 2698.

**2 - 2 - 5 - El condominio como derecho real "actual"**

Las conclusiones consignadas en el apartado que precede son absolutamente inobjetable. Caben - a pesar de ello - algunas aclaraciones complementarias, a efectos de despejar posibles equívocos.

Procede reparar primeramente en que el condominio - en su natural estado de "indivisión" - constituye un derecho real "actual", con una prevista mecánica propia de plena eficacia. Dejando de lado los aspectos atinentes a la "cosa" en su totalidad (administración de la misma, obligaciones, responsabilidades y derechos de los comuneros con relación a ella), conviene extraer de las preceptivas del código una serie de actos jurídicos válidos que pueden celebrarse por los condóminos sobre el inmueble en la medida de su interés en él. Así: constitución de "hipoteca" (art. 2678), "usufructo" (art. 2843), "uso y habitación" (art. 2949) y contratos de "venta", "permuta" o "donación" - englobados en el genérico vocablo "enajenar", que emplea el art. 2677 - - , con los que se concreta el principio general enunciado en el art. 2676(9)(296).

Centrando el enfoque en los contratos mencionados - reservamos para posterior tratamiento los problemas que se suscitan en torno a los "derechos reales" constituidos, en especial la "hipoteca" - se tendrá la evidencia de lo que señaláramos ut - supra, toda vez que sus efectos propios se producirán ciertamente, sin supeditarse en modo alguno a los de la eventual "partición".

Respecto de ésta, por último, corresponde advertir que no es - de ninguna manera - el inexorable desenlace de toda situación condominial. Por el contrario, para quedar configurada - con el consabido efecto extunc - es menester que se cumpla el requisito legal de que la cosa pase al dominio de uno de los comuneros (art. 2696 del Cód. Civil). De no verificarse ello - verbigracia, por la venta efectuada por todos los copartícipes a un tercero - no opera en forma retroactiva la nueva situación - propiedad del inmueble por el adquirente, quedando el condominio "fijado", por así decir, en el encadenamiento sucesorio.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**2 - 2 - 6 - La "pars"**

Consistiendo el "asiento" del derecho real de condominio en la "cosa" en concreto, hemos conceptualizado la "parte indivisa" cual la "medida de la propiedad de aquella de que es titular cada comunero". La coexistencia de los distintos derechos particulares de los condóminos sobre un mismo "objeto", constituye una de las notas que confieren a esta figura su tipicidad.

La situación se resuelve armónicamente en virtud de dos principios básicos que presiden el instituto: el derecho de cada copartícipe no excluye el correlativo derecho de los demás y se ejerce sobre la "cosa" en general - en el límite de su interés - y no sobre porción alguna materialmente determinada. Esta última regla encuentra expresa consagración en el artículo 2680 del Cód. Civil, norma de carácter general e incuestionable importancia(10)(297).

**3. PARTE ESPECIAL: "HIPOTECA POR EL CONDOMINO"**

Hemos pasado revista, en la "PARTE GENERAL", a variados aspectos de los derechos reales de "hipoteca" y "condominio", apuntando a que el tema central de este trabajo pueda ser abordado en posesión de una serie de nociones que juzgamos imprescindibles.

Nos introducimos, de ahora en más, en el tratamiento del instituto combinado de ambas figuras, en la confianza de que su complejidad no será obstáculo para arribar - sobre la base de un análisis sistemático y objetivo - a conclusiones de cierta validez.

**3 - 1 - LAS NORMAS QUE LA AUTORIZAN**

Dos preceptos del Código Civil, contenidos en los títulos "Del condominio" y "De la hipoteca", autorizan la figura "sub examen": los artículos 2678 y 3123, respectivamente. Procedemos a su transcripción:

Art. 2678: "Cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario, o le sea adjudicado en licitación".

Art. 3123: "Cada uno de los condóminos de un inmueble puede hipotecar su parte indivisa en el inmueble común, o una parte materialmente determinada del inmueble; pero los efectos de tal constitución quedan subordinados al resultado de la partición o licitación entre los condóminos".

Sobre el fondo de similitud entre ambas normas, se perfila nítidamente una diferencia fundamental: la hipoteca, por el comunero, de "una parte materialmente determinada del inmueble", especie que contempla tan

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sólo el artículo últimamente transcrito.  
Anticipando su consideración a posteriori, nos dedicamos previamente a la del otro tipo previsto.

### **3 - 2 - HIPOTECA DE "PARTE INDIVISA"**

La doctrina que no aprehende al inmueble común cual "asiento" del derecho del condómino, se ve precisada a proclamar que el instituto que analizamos "introduce una alteración radical en el sistema hipotecario"(11)(298), puesto que la "parte ideal" del copropietario no constituye un "inmueble especial y expresamente determinado" (art. 3109 del Cód. civil) .

Habiéndonos referido a ese tópico con anterioridad, nos remitimos a lo allí consignado, a efectos de destacar que - en nuestra opinión - no se da tal "antinomía", puesto que el "cuerpo cierto" existe, limitado - obviamente - a la medida del interés del condómino hipotecante.

#### **3 - 2 - 1 - Efectos**

A tenor de lo dispuesto por los artículos transcritos ut supra, los efectos de la hipoteca que nos ocupa estarían supeditados a los de la "partición", punto que ha originado tres teorías, a las que pasamos a referirnos.

##### **3 - 2 - 1 - 1 - Derecho sometido a condición "suspensiva"**

Conforme a la letra de ambas normas, se sostiene que el derecho hipotecario - y, por ende, sus efectos propios - está sometido al cumplimiento de la condición "suspensiva" de que el inmueble toque, total o parcialmente, en lote al constituyente(12)(299).

##### **3 - 2 - 1 - 2 - Derecho sometido a condición "resolutoria"**

El juego sistemático de los artículos que examinamos con otros preceptos (arts. 2676 y 3504 del Cód. Civil) impone concluir en el carácter "resolutorio" de la condición, ya que la ley subordina la extinción del derecho real de hipoteca al resultado de la "partición", de no tocar en lote al comunero hipotecante todo o parte del inmueble(13)(300).

##### **3 - 2 - 1 - 3 - Derecho "pleno" y "actual"**

Entraña una variante - en sutiles matices - de la teoría expuesta en el punto que precede. Si bien con análogas consecuencias, no se explica el mecanismo por la vía de admitir una "condición resolutoria", sino cual "mera consecuencia del efecto que a la partición atribuye la ley"(14)(301), el que se produce igualmente aun respecto de hipotecas constituidas por todos los condóminos(15)(302).

Nos permitimos reiterar, por nuestra parte, lo que hemos señalado con

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

anterioridad en punto a que la "partición" no constituye un evento que deba producirse en forma "necesaria". En consecuencia, es posible escindir conceptualmente dos condiciones: el hecho de la partición en sí y el de la no inclusión en el lote del comunero constituyente de todo o parte del inmueble. La conjunción de ambas, de acaecer, provoca la extinción de la hipoteca.

Pero, acorde con las ideas expuestas, la venta del inmueble, efectuada por todos los copartícipes, dejaría subsistente aquel derecho real en la misma medida en que fue constituido - así lo entendemos interpretando analógicamente el artículo 3124 del Código Civil - en palmaria demostración de su carácter "pleno" y "actual"(16)(303).

### **3 - 2 - 2 - La acción hipotecaria**

Intima relación guarda este tema con el que acabamos de exponer, del que es natural corolario. En consecuencia, se verán reflejadas nuevamente las distintas posturas que examináramos, lo que - unido al interés práctico de la cuestión - lo convierte en uno de los más debatidos y trascendentes.

#### **3 - 2 - 2 - 1 - Improcedencia**

La mayoría de los autores y los pronunciamientos jurisdiccionales que conocemos se oponen a la procedencia de la acción hipotecaria pendiente el estado de indivisión, en lógica secuela de conceptualizar al derecho real sometido a una condición "suspensiva"(17)(304).

Los insatisfactorios resultados que se siguen para el acreedor de tal postura, ha movido a sus sustentadores a remarcar la existencia de algunos sucedáneos, según exponemos seguidamente.

##### *3 - 2 - 2 - 1 - 1 - Otros medios que dispone el acreedor hipotecario*

#### **3 - 2 - 2 - 1 - 1 - 1 - La acción "oblicua"**

Conforme lo disponen los artículos 1196 y 3452 del Código Civil, puede el acreedor hipotecario ejercer la acción "oblicua" o "subrogatoria" a efectos de provocar la "partición"(18)(305).

#### **3 - 2 - 2 - 1 - 1 - 2 - La acción del artículo 2677**

Dispone la norma citada:

"Cada condómino puede enajenar su parte indivisa, y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender antes de hacerse la división entre los comuneros."

En forma congruente con la tesis básica que analizamos se sostiene que para que el acreedor hipotecario pueda entablar La acción que autoriza el artículo es menester que lo haga como simple "quirografario",

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

renunciando a la acción ejecutiva "calificada"(19)(306)

**3 - 2 - 2 - 2 - Procedencia de la acción hipotecaria**

Si se aprehende la hipoteca constituida por un condómino en tanto derecho "pleno" y "actual" - como hemos sostenido - , forzoso es concluir en la procedencia de la pertinente acción hipotecaria, a poco que se repare en que aceptar la posibilidad de un derecho sin acción "implica un contrasentido lógico y jurídico"(20)(307).

Por ende, no es necesario que el acreedor munido de la garantía real provoque previamente la "partición" por medio del ejercicio de la acción "oblicua", ni - menos aún - deba renunciar al privilegio para optar - hipótesis por demás improbable - por la del artículo 2677. El propio texto de esta norma, precisamente, refuerza el argumento, ya que no establece distinción alguna entre las diversas clases de "acreedores".

La tesis según la cual debe ser excluido el "hipotecario", tuerce la correcta interpretación del precepto impelida por la necesidad de armonizarlo con la idea directriz. Y así concluye en resultados paradójales: una mejor posición del acreedor común, lo que no obsta a que del producido de la venta - a que condujo su acción - cobre primeramente el munido de la garantía real, atento a la preferencia de su crédito (artículo 3934 del Cód. Civil).

Adherimos a la teoría que dejamos expuesta, que - no obstante no gozar del favor mayoritario de la doctrina - se nos presenta basada en sólidos y convincentes fundamentos.

**3 - 2 - 3 - El acreedor hipotecario frente a la partición**

Pasamos a tratar otro de los temas que ha dado origen a opiniones y fallos contradictorios, y que - por su significación doctrinaria e implicancias prácticas - impone un detenido examen en todas sus facetas.

**3 - 2 - 3 - 1 - Los intereses a armonizar**

El núcleo de la cuestión radica en armonizar convenientemente dos derechos por igual atendibles: el del comunero a promover la partición y el del acreedor hipotecario a oponerse a todo aquello que pueda lesionar, ambos consagrados por los artículos 2692 y 3157, respectivamente, del Código Civil(21)(308).

**3 - 2 - 3 - 2 - Consecuencias de la falta de notificación al acreedor**

Tres direcciones han adoptado la jurisprudencia y la doctrina frente al tópico que nos ocupa, a las que corresponde pasar revista siquiera en forma esquemática.

**3 - 2 - 3 - 2 - 1 - Nulidad de la partición**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Interpretando por extensión el artículo 3157 del código, se ha sostenido que la partición realizada sin notificación al acreedor hipotecario es "nula". Tal la opinión de Salvat(22)(309)y Fornieles(23)(310), y la tesis de un fallo de la Cámara Civil la de la Capital(24)(311)y del de la Suprema Corte de Tucumán de fecha 5 de julio de 1934(25)(312).

*3 - 2 - 3 - 2 - 2 - Validez de la partición*

Adoptando la postura diametralmente opuesta a la consignada en el punto que precede, la Cámara Federal de Paraná - en fallo del 31 de mayo de 1946 - se pronuncia por la validez de la partición efectuada sin notificación al acreedor hipotecario, sobre la base de que tal requisito no surge impuesto expresamente por la ley y por lo preceptuado por el art. 1037. Esta tesis es compartida por Neppi, en laudatoria nota al citado fallo(26)(313).

*3 - 2 - 3 - 2 - 3 - "Inoponibilidad" de la partición al acreedor hipotecario*

Variante de la teoría que dejamos expuesta - ya que coinciden ambas en la validez de la partición no notificada - este tercer criterio la conceptúa "inoponible" al acreedor hipotecario, encontrando conspicuos sostenedores en Spota(27)(314)y Adrogué(28)(315).

Adherimos a la argumentación desarrollada por este último autor: debe observarse en la división del condominio lo preceptuado por el artículo 3474 del Código Civil - norma contenida en el capítulo que regula las "maneras" de hacer la partición de la herencia, y que el artículo 2698 torna aplicable a la especie - en tanto impone separar "bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas", todo ello en armonía con las pautas que proveen los artículos 3158 y 3161 del mismo cuerpo legal(29)(316).

**3 - 2 - 3 - 3 - El ejercicio de la acción "pauliana" y de la de simulación**

La doctrina, unánimemente, reconoce al acreedor hipotecario el derecho a ejercitar la acción "pauliana" o "revocatoria" (arts. 961 y siguientes) y la "simulatoria" (arts. 955 y sigts.), en los casos y condiciones establecidos por la ley.

Quizá sólo deba agregarse que, en opinión de Neppi(30)(317), las mismas no son viables en tratándose de particiones "judiciales", sin perjuicio de la subsistencia de la acción de "resarcimiento" (arts. 1073 y sigts. del Cód. Civil) .

**3 - 2 - 3 - 4 - Extinción del derecho real de hipoteca a consecuencia de la partición**

El efecto "declarativo" de la partición y su consiguiente "retroactividad" - según ya se señalara - puede provocar la extinción total o parcial del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

derecho real de hipoteca, en la medida en que no integre el lote del constituyente el inmueble que le sirve de "asiento".

El fenómeno concita nuestra atención, con el principal objeto de determinar los recursos legales de que dispone el acreedor hipotecario para evitar la frustración de su crédito.

*3 - 2 - 3 - 4 - 1 - Exigibilidad de la obligación.*

En virtud de lo dispuesto por el art. 3161 del Código Civil(31)(318), el acreedor se encuentra autorizado - en la hipótesis que analizamos - a requerir se tenga por decaído el plazo, tornándose exigible la obligación.

*3 - 2 - 3 - 4 - 2 - Derechos respecto del lote del constituyente*

Determinar qué derechos asisten al acreedor hipotecario - en el supuesto "sub examen" - respecto de los bienes que integran el lote de su deudor, es cuestión de singular importancia.

La casi totalidad de la doctrina(32)(319)le acuerda un "derecho de preferencia", cuyo fundamento es provechoso desentrañar.

**3 - 2 - 3 - 4 - 2 - 1 - "Subrogación real"**

En opinión de Spota(33)(320)se configura una "subrogación real", en cuya virtud los bienes que tocan en lote al constituyente ocupan el lugar del inmueble hipotecado, lo que justifica la existencia de un derecho preferencial.

**3 - 2 - 3 - 4 - 2 - 2 - Subsistencia del "derecho de preferencia" hipotecario**

Hemos puntualizado anteriormente que la hipoteca presenta un doble aspecto: "derecho real" y "derecho de preferencia".

En el caso que nos ocupa, el primero de ellos se encuentra indiscutiblemente extinguido como consecuencia del efecto retroactivo de la partición (arts. 2678, 2695, 3503, 3504 y 3123 del Cód. Civil), lo que - juntamente con el requisito de "especialidad" del "inmueble" (arts. 3109 y concordantes), de ineludible observancia - obsta a que pueda verificarse "subrogación" alguna.

Pero el carácter "dual" que se ha señalado posibilita un interesante distingo: ha concluido el "derecho real" - por falta de "asiento" - pero subsiste el "derecho de preferencia", el que se ejercita - como ya se ha dicho - sobre el "valor" del inmueble.

Creemos que así - sin forzar la argumentación - se explica el verdadero basamento del derecho preferencial.

**3 - 3 - HIPOTECA DE "PARTE MATERIALMENTE DETERMINADA"**

La hipoteca por el condómino de "parte materialmente determinada" -

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

especie que estaría consentida por el art. 3123 del Código Civil - importa en tal medida la quiebra de claros principios generales que su encuadre en el desarrollo sistemático que hemos intentado resulta imposible.

De ahí que la hagamos objeto - separadamente - de especial atención, en un ensayo que apunta, ante todo, a establecer su verdadera naturaleza jurídica. Anticipamos que la tarea aparece ímproba, por el escaso interés que ha despertado en la doctrina y total ausencia - según nuestro conocimiento - de decisiones jurisdiccionales.

### **3 - 3 - 1 - El artículo 2680 del Código Civil**

Norma rectora de todo el instituto del "condominio", el artículo 2680 prescribe:

"Ninguno de los condóminos puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad."

El principio que proclama - estrictamente observado en el ordenamiento normativo del título que la contiene - se convierte en escollo insalvable para calificar al derecho real que analizamos con las notas de "pleno" y "actual" con que hemos adjetivado anteriormente a la otra especie. Aún más: da pie - con el valedero refuerzo que surge del enfoque sistemático y atento al carácter evidentemente prioritario de la norma - a tener por "no escrita la frase del artículo 3123 que no aparece en su "paralelo": el 2678. Abundando sobre el particular, se ha sostenido que la figura "sub examen" entra en colisión - asimismo - con la regla en cuya virtud es nula la hipoteca constituida sobre inmueble "ajeno"(34)(321), postura que no compartimos en términos absolutos.

### **3 - 3 - 2 - Naturaleza jurídica**

De admitirse la viabilidad de la hipoteca por el condómino de parte "materialmente determinada" del inmueble común, solo procede - en nuestro concepto - estimarlo en calidad de derecho "en potencia", sometido a la condición suspensiva de que la fracción gravada se acuerde, en la eventual "partición", al lote del comunero constituyente. Tal tesis - sostenida por parte de la doctrina aun respecto del otro tipo ya tratado(35)(322)- implica excepcionar esta especie del régimen estructurado anteriormente, en todo aquello que resulte incompatible con su peculiar naturaleza.

No se nos olvida la posibilidad de una solución armónica, prevista en el propio texto del artículo 2680: la que se alcanza mediante el consentimiento de todos los comuneros. Pero entendemos que la hipótesis que así se configura no encuadra en el tema propuesto, ya que constituye un caso de "hipoteca por los condóminos", en su totalidad.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**4. CONCLUSIONES**

1º) La hipoteca por el condómino del inmueble común en la medida de su interés - "parte indivisa" - conforma un instituto en cuya virtud aquel derecho real de garantía queda constituido ab initio con carácter "pleno".

2º) Procede, en consecuencia, la pertinente acción hipotecaria, aun en el estado de "indivisión".

3º) Son viables, además, la acción "oblicua" y la prevista en el artículo 2677 del Código Civil, sin que sea menester - para el ejercicio de esta última - que el acreedor renuncie al privilegio.

4º) Es "inoponible" al acreedor hipotecario la "partición" no notificada.

5º) Cabe al acreedor ejercitar las acciones "pauliana" y "simulatoria", llenando los recaudos legales exigidos.

6º) Se extingue el "derecho real" de hipoteca si el inmueble - como consecuencia de la "partición" no toca en lote al constituyente.

7º) En tal supuesto, le asiste al acreedor el derecho a requerir se tenga por decaído el plazo, con la consiguiente exigibilidad de la obligación.

8º) Goza, además, de "derecho de preferencia" sobre los bienes que han sido adjudicados en lote a su deudor.

9º) La hipoteca por el condómino de parte materialmente determinada del inmueble indiviso, crea un derecho "en potencia", sometido a la condición "suspensiva" de que la fracción gravada toque en lote - como consecuencia de la eventual partición - al comunero constituyente.

**5. LA ACTITUD DEL NOTARIO**

A través del precedente desarrollo ha quedado de manifiesto la complejidad del instituto a cuyo estudio nos hemos abocado. Se ha pasado revista a cuestiones de real trascendencia; otras - importantes también(36)(323)- han sido omitidas en pro de la brevedad de este trabajo. Somos conscientes que el tema no está - ni podría estarlo - definitivamente elucidado.

A pesar de ello, hemos propuesto conclusiones - en base a un estricto criterio metodológico - que cuentan con el aval de figuras de prestigio y de cuya solidez argumental estamos convencidos.

Hasta ahí, el aspecto teórico de la cuestión.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Pero no podemos olvidar - ya en la esfera propia de nuestro ministerio - la reflexiva madurez que debe presidir la actuación del escribano y sus proclamados deberes de "asesoramiento" y "consejo" a los sujetos negociales.

En consecuencia, sólo precede - por las dificultades del asunto, que se reflejan aún en la contradictoria y vacilante jurisprudencia - una actitud de clarificación, a las partes, de las contingencias de todo tipo a que se encontrará expuesto el derecho real que desean constituir. Así advertido, cabe al notario exponer los variados sucedáneos previstos y sugerir la elección del que consulte más adecuadamente las peculiares características del caso. Pero - en esto radica lo fundamental - cuidando siempre que el fiel de la balanza, que ostenta como "magistrado de la paz contractual", observe la verticalidad indicativa de una perfecta equivalencia de intereses.

Así - del único modo compatible con la jerarquía y responsabilidad de sus funciones - hemos pretendido, invariablemente, percibir la actuación notarial: apuntando a aquella concisa fórmula - "dar a cada uno lo suyo" - en que, desde Ulpiano, se concreta la idea de la Justicia.