

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

HIPOTECA Y CONDOMINIO: SU RÉGIMEN, SUS PROBLEMAS() (1190)*

MARINA MARIANI DE VIDAL

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

- I. Noción y caracteres del condominio.
- II. Facultades de los condóminos: doble aspecto a considerar.
- III. La partición del condominio.
 - a) Quiénes pueden pedir la partición.
 - b) Efectos de la partición.
 - 1. Excepciones
 - 2. Respecto de quiénes juega el efecto retroactivo.
 - c) Reglas aplicables.
- IV. Un vistazo al derecho de hipoteca.
- V. Constitución de la hipoteca: distintos casos que pueden presentarse en relación al condominio.
 - a) Hipoteca constituida por todos los condóminos sobre el inmueble común
 - b) Hipoteca del condómino sobre su cuota parte. Primer problema: ¿Qué clase de derecho tiene el acreedor hipotecario de parte indivisa . . . ? Segundo problema: Antes de la partición, ¿el acreedor hipotecario de parte indivisa puede ejecutar la hipoteca y cobrarse con privilegio? Tercer problema: Si en lugar de hacerse la partición en especie ella se concreta en una venta, o si los condóminos venden el inmueble sobre el que existe la hipoteca de parte indivisa, ¿subsiste dicha hipoteca - limitada a la parte indivisa -, o ella se extingue? Cuarto problema: Si un acreedor común ejecuta la parte indivisa... y esa parte está gravada con hipoteca, ¿el acreedor hipotecario puede hacer uso del derecho otorgado por el art. 3154 Cód. Civil? Quinto problema: Suponiendo que en la partición se le adjudique al copropietario que hipotecó su parte indivisa otros bienes - y no el hipotecado en la cuota parte - o dinero, ¿la preferencia puede hacerse efectiva sobre dichos bienes o dinero? Sexto problema: ¿Debe darse al acreedor hipotecario intervención en la partición del condominio? Colofón.
 - c) Hipoteca del condómino sobre toda la cosa.
 - d) Hipoteca del condómino sobre una parte material de la cosa.

I. NOCIÓN Y CARACTERES DEL CONDOMINIO

Según el art. 2673 de nuestro 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".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se adopta así la figura del denominado "condominio románico(1)(1191) o "condominio por cuotas o partes ideales", en la cual encontramos los siguientes caracteres:

a) Pluralidad de sujetos: el derecho de propiedad, como lo dice el propio art. 2673, corresponde a "varias personas", es decir, que los titulares deben ser dos o más, pues de lo contrario nos encontraríamos frente al dominio y no al condominio.

b) Unidad de objeto: el derecho de los copropietarios se refiere a una o varias cosas(2)(1192) muebles o inmuebles, pero con la particularidad de que aunque se trate de varias cosas, ellas son consideradas, a los efectos de este derecho, como un solo objeto, ya que el derecho de copropiedad recae sobre todas - correspondiendo a cada uno por una cuota parte - sin que pueda decirse que una de ellas en su totalidad o una de sus partes materialmente individualizada, pertenezca a un copropietario determinado.

c) Existencia de partes ideales: como lo establece el artículo transcrito, el derecho de propiedad le corresponde a cada condómino "por una parte indivisa", es decir, que lo es por la mitad, un tercio, una cuarto, etc., sin que dicho derecho se asiente sobre parte alguna materialmente determinada del objeto sobre alguno de ellos en su totalidad, en el caso de que sean varias las cosas sujetas al condominio.

II. FACULTADES DE LOS CONDOMINOS: DOBLE ASPECTO A CONSIDERAR

De acuerdo al régimen que regula nuestro condominio, que es el llamado románico, caracterizado, como vimos, por la existencia de partes alícuotas, las facultades de los condóminos deben ser examinadas desde un doble punto de vista: facultades que tiene respecto de su parte indivisa y facultades relativas a la cosa o cosas que constituyen el objeto del condominio.

El principio general es el siguiente:

a) Sobre su parte ideal, el condómino tiene libertad absoluta para disponer, gravar, reivindicar, etc.; es decir que sus facultades son amplísimas, equivalentes a las de un propietario sobre su cosa; puede ejercerlas sin depender del consentimiento de los demás condóminos y sin otras limitaciones que las que deriven de la calidad de abstracta que reviste dicha parte(3)(1193).

En consecuencia, también sus acreedores particulares pueden embargarla y ejecutarla para cobrarse sus acreencias aun antes de hacerse la partición(4)(1194).

Todo esto es lo que disponen los arts. 2676 y 2677 Cód. Civil.

b) Sobre la cosa o sobre parte de ella materialmente determinada sus facultades son, por el contrario, harto restringidas, existiendo, en principio, imposibilidad de obrar por sí solo, ya sea a través de actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materiales o jurídicos: arts. 2680 al 2683 Cód. Civil, permitiéndole el art. 2684 el uso y goce de la cosa común "conforme al destino de ella y con tal que no la deteriore en su interés particular".

Los actos materiales o jurídicos sobre la totalidad de la cosa o sobre una parte de ella materialmente individualizada, requieren el unánime consenso de los copropietarios.

III. LA PARTICIÓN DEL CONDOMINIO

El modo especial o típico de conclusión y liquidación del condominio es la división o partición de la cosa común.

La partición consiste en la conversión de la parte ideal que le corresponde a cada comunero en una porción o lote material equivalente a su interés sobre la cosa.

Cuando el condominio es de indivisión forzosa o cuando los condóminos no quisieran liquidarlo, pueden recurrir a la partición, no de la propiedad, sino del uso y goce de la cosa - figura a la que el art. 3464 Cód. Civil denomina "partición provisional" -, lo que no sería sino una reglamentación de la facultad que a los condóminos atribuyen los arts. 2684 y 2712 Cód. Civil. La resolución debe ser tomada por unanimidad (arg. art. 2699 Cód. Civil).

El principio general está dado, en materia de partición, por el art. 2692, que autoriza a cada condómino a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, salvo indivisión forzosa.

Esta norma ha llevado a algunos a sostener que la figura del condominio es mal mirada por la ley, la que sólo la contempla, prácticamente, para hacerla cesar.

El desenvolvimiento del condominio se caracteriza por su poca agilidad, puesto que ninguna resolución puede tomarse sin que el quórum alcance a la unanimidad, y aun en las resoluciones, la regla es la necesidad del consentimiento de todos los condóminos, y excepcionalmente, la de la mayoría.

Precisamente esta regla de la unanimidad es la que produce una paralización en la explotación económica de los bienes, y aun para su libre circulación: de allí el principio establecido por el art. 2692 Cód. Civil.

Es claro que la facultad de pedir en cualquier tiempo la división no rige cuando existe una indivisión forzosa, ya sea de origen legal o convencional.

a) Quiénes pueden pedir la partición

A estar del art. 3452 Cód. Civil, aplicable a nuestra materia de conformidad a lo dispuesto por el art. 2698 Cód. Civil, pueden pedir la partición "los herederos (aquí, los condóminos), sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión un derecho declarado por las leyes".

Esta acción que se concede a los acreedores de los herederos (en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestro caso, de los condóminos) ¿es la acción oblicua o subrogatoria(5)(1195), o se les otorga iure proprio?

Pensamos que si se tratara de la acción subrogatoria no era menester consagrarla en una norma expresa, ya que quedaría englobada dentro del art. 1196 Cód. Civil. Estamos, pues, por la segunda solución.

b) Efectos de la partición

Nuestro Código, siguiendo las aguas del derecho francés, atribuye a la partición, en los arts. 2695 y 2696, simple efecto declarativo del derecho de los condóminos, es decir, que tiene efecto retroactivo a la fecha de constitución del condominio. O sea que se considera como si el condominio nunca hubiera existido, estableciéndose, pues, una ficción legal.

Con ello se aparta del derecho romano, donde la partición tenía efecto constitutivo, del derecho que sobre su lote le nacía al condómino, vale decir que se consideraba que cada consorte adquiría el derecho sobre dicho lote de los otros condóminos, como si se tratara de una venta que ellos le hacían. Este sistema se adecua a la realidad, con lo que va dicho la superioridad del mismo sobre el nuestro que, como veremos, por ser una mera ficción, debe reconocer excepciones fundadas en la fuerza de los hechos, y origina así innumerables problemas, uno de los cuales es el que constituye el objeto de nuestro estudio(6)(1196).

En cuanto al origen de las tesis acerca del efecto retroactivo de la partición, las esbozaremos a continuación(7)(1197).

A partir del siglo XVI, en Francia, comenzaron a perfilarse las corrientes - que finalmente se impusieron, derrotando a la concepción romana - que veían en la partición un acto declarativo de propiedad, y ellas se vieron impulsadas por dos razones:

a) Una, de índole fiscal. En efecto, siendo de conformidad al derecho romano la partición traslativa de propiedad, en virtud de esa traslación los señores feudales exigían el pago de un tributo. Siendo, por el contrario, la partición declarativa, no existía tal transmisión de derechos, y en consecuencia, tampoco la obligación de oblar ese derecho feudal.

b) La otra, derivada del principio imperante en el derecho de las "costumbres", según el cual toda obligación contratada por escritura pública importaba la constitución de una hipoteca general que gravaba todos los bienes presentes y futuros del deudor.

Siendo la división constitutiva del derecho, y en caso de existir una hipoteca de la índole de la reseñada arriba, ésta debía ser sufrida por los otros condóminos. La tesis del efecto retroactivo remediaba este inconveniente, pues, recibiendo cada condómino su lote del antecesor en el dominio y no de los otros consortes, este lote lo adquiría libre de todo gravamen que pudiera resultar de obligaciones contraídas por los demás copropietarios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Excepciones

Como no podía ser de otro modo, la ficción establecida por la ley tiene que reconocer ciertas excepciones, porque la realidad se le impone.

Y es por eso que al regularse los efectos de la partición en el Libro IV del Código Civil (arts. 3503 y sig., aplicables al condominio por expresa disposición del art. 2697), se establece que los condóminos entre sí se deben garantía de evicción (legislada específicamente por los arts. 2140 al 2144 Cód. Civil, bajo el acápite "de la evicción entre los copartícipes") y por vicios redhibitorios.

El crédito surgido de la "garantía de la partición sobre los bienes antes indivisos" a favor del condómino contra los otros copropietarios, goza del privilegio establecido por los arts. 3928 y 3929 Cód. Civil, dando la nota al primero de ellos la razón de su otorgamiento:

"Cada copartícipe no consiente en desprenderse de su derecho indiviso sobre el conjunto de los inmuebles comunes sino con la condición de obtener una parte equivalente a la de los otros. Faltando esta condición, la igualdad se rompe, y es justo reconocer al perjudicado un derecho real sobre los bienes a los cuales no había sino renunciado condicionalmente".

En caso de concurso, ese privilegio ha sido eliminado por la ley 19551, vale decir que el mismo sólo actúa en las ejecuciones individuales, pero desaparece frente a la ejecución colectiva.

2. Respecto de quiénes juega el efecto retroactivo

Como surge de los arts. 2695 y 2696 Cód. Civil, el efecto retroactivo de la partición sólo tiene lugar cuando la cosa en condominio o parte de ella toca en lote a otro comunero.

En cambio, no se da en el supuesto de que la cosa o cosas pasen a manos de un tercero, por ejemplo por una venta que le hacen los condóminos, o cuando la cosa es subastada en un procedimiento de ejecución forzada, ya que, en primer lugar, ese tercero no es condómino y en segundo término, su derecho emana del contrato de compraventa y no de la partición(8)(1198).

c) Reglas aplicables

Tanto las relativas a las consecuencias derivadas de la retroactividad de la partición como las que se refieren a la forma de hacerla y los efectos que produce, se declaran aplicables las reglas relativas a la división de las sucesiones: arts. 3449 al 3475 y 3485 al 3513.

IV. UN VISTAZO AL DERECHO DE HIPOTECA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito cierto y determinado en dinero sobre inmuebles, también ciertos y determinados, que continúan en poder del constituyente (arts. 3108, 3109, 3121 Código Civil).

Conforme al art. 3119 Cód. Civil sólo el propietario puede constituir hipoteca sobre su inmueble, mientras que enfáticamente declara el art. 3126, haciendo excepción al principio de la "convalidación", consagrado en el art. 2504 Cód. Civil:

"La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniese a suceder al constituyente a título universal".

Explicando su nota que "faltando esta condición falta la materia para la imposición del gravamen, y se encuentra el acto con un vicio real y sustancial que no pueden hacer desaparecer las circunstancias indicadas...".

El derecho real de hipoteca confiere a su titular el derecho de hacer vender la cosa afectada a la garantía y sobre el precio obtenido, a cobrarse con un fuerte privilegio (arts. 3934 y conc. Cód. Civil y art. 265 inc. 7°, ley 19551, de Concursos).

V. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA: DISTINTOS CASOS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN RELACIÓN AL CONDOMINIO

Teniendo en cuenta ese doble aspecto que hemos señalado en el acápite II en cuanto a las facultades de los condóminos, pueden presentarse distintos supuestos de constitución del derecho de hipoteca:

- a) Hipoteca constituida por todos los condóminos sobre el inmueble común.
- b) Hipoteca del condómino sobre su cuota parte.
- c) Hipoteca del condómino sobre toda la cosa.
- d) Hipoteca del condómino sobre una parte materialmente determinada de la cosa común.

a) Hipoteca constituida por todos los condóminos sobre el inmueble común

Es la hipótesis que regula el art. 2689 Cód. Civil:

"En las cargas reales que gravan la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda".

Esta norma ha planteado el problema de saber si al establecer que cada condómino responde "por el todo de la deuda", el Código ha creado un supuesto de solidaridad legal, o esa responsabilidad in totum obedece a otros motivos.

Esa determinación cobrará relieve en la hipótesis de que quede un saldo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deudor una vez excutido el bien sobre el cual recae la carga, pues si existe solidaridad, cada condómino responderá por todo ese saldo impago - art. 699 Cód. Civil -, mientras que de lo contrario, el mismo se dividirá conforme a la cuota que a cada cual corresponda o por partes iguales art. 2688 Cód. Civil.

Según una opinión, sustentada entre otros por Salvat(9)(1199) y Fornieles(10)(1200), nos hallamos frente a un supuesto de solidaridad legal, "pero como esa solidaridad existe a causa del gravamen y está determinada por él, cuando el gravamen se extingue, la solidaridad desaparece"(11)(1201).

Vale decir que, en punto a la solución del problema que planteamos supra, esta posición llega a la misma conclusión a que arriba la que expondremos seguidamente, es decir, que por el saldo impago que quede una vez ejecutado el bien sobre el que pesa la carga, los condóminos no son solidariamente responsables - a menos que así lo hayan convenido - sino que cada uno responde en proporción a su cuota o, eventualmente, por partes iguales (art. 2688 Cód. Civil).

La otra tesitura - que es la mayoritaria(12)(1202)- considera que esta responsabilidad por el todo que impone el art. 2689 Cód. Civil es debida a que las cargas reales - en nuestro caso la hipoteca, que la propia norma da como ejemplo - son INDIVISIBLES, vale decir, afectan toda la cosa y cada parte de ella, la cual responde por el todo y cada parte de la deuda. pero que no se trata de un caso de solidaridad impuesta por la ley: el art. 2689 Cód. Civil no constituye una excepción al principio que establece el art. 2688 Cód. Civil.

El propio Vélez, en la nota al art. 675, 2º parte, parece dar razón a esta postura, cuando afirma que "la circunstancia de que uno de los herederos esté en posesión del inmueble hipotecado, no cambia en nada el principio de que la obligación se divide entre los herederos del deudor. La hipoteca . . . es accesoria de la obligación y por lo tanto no pueden alterar la naturaleza de la obligación principal, que tenía por objeto la entrega de cosas divisibles".

En resumen: debido al carácter indivisible que reviste la hipoteca, el acreedor puede demandar a cualquiera de los condóminos que tengan la cosa gravada en su poder, por el todo de la deuda. Pero una vez ejecutado el asiento sobre el que recae la carga, si quedare un saldo impago, habiendo dejado de funcionar el motivo determinante de la responsabilidad in totam, este saldo revestirá el carácter de una deuda común, regida, en consecuencia, por el art. 2688 Cód. Civil: cada uno de los condóminos responderá sólo por su parte.

Esta última es la postura de la jurisprudencia(13)(1203).

b) Hipoteca del condómino sobre su cuota parte

Las normas en juego: arts. 2678(14)(1204), 3123, 3124 y 3504 y Cód. Civil.

Los problemas que trae aparejados tal tipo de hipoteca son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

innumerables y de muy compleja solución. Podríamos esquematizarlos así:

Primer problema

¿Qué clase de derecho tiene el acreedor hipotecario de parte indivisa, atento a que el art. 2678 Cód. Civil dispone que "el resultado de ello 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"(15)(1205)?

Según algunos, su derecho está sujeto a una condición suspensiva

- que el inmueble cuya parte alícuota se hipotecó toque en lote al condómino al hacerse la partición - y si la condición no se cumple, "no hay verdadera constitución hipotecaria"(16)(1206).

Para otros la condición es resolutoria, pero aunque sostienen la existencia de la hipoteca pendiente la condición, opinan que hasta la partición el acreedor se encuentra impedido de ejecutar su crédito, aun cuando el plazo estuviere vencido(17)(1207).

También se ha sostenido que si bien la extinción del derecho hipotecario se subordina al resultado de la partición y por las consecuencias existiría una cierta analogía con una condición, ello sería mera derivación del efecto declarativo que a la partición atribuye la ley, de modo tal que no resultarían de aplicación los arts. 3125 y 3149 Cód. Civil, sino los arts. 3157 al 3161 del mismo cuerpo legal(18)(1208).

Nosotros creemos que el tratamiento de este problema está algo oscurecido y que, sin embargo, de una simple pero atenta lectura del Código se deriva claramente la solución.

En efecto, en ninguna parte se dice que la hipoteca sobre parte indivisa esté sujeta - en general - a condición, ni que los derechos del acreedor hipotecario deban esperar, para ejercitarse, que se produzca la partición.

Por el contrario, el art. 2678 Cód. Civil dice:

"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".

Del que puede concluirse que, si el condómino PUEDE hipotecar su parte indivisa, esa hipoteca es válida como tal y otorga todos los derechos que derivan de su constitución.

SOLO EN UN CASO esta hipoteca quedará sin efecto alguno: cuando el inmueble cuya parte indivisa hipotecó el condómino caiga, como consecuencia de la partición, en el lote de otro copropietario. Y ello es así por la única razón de que la partición, como vimos, tiene un mero efecto declarativo, es decir, opera ex tunc, de donde surge que el consorte que constituyó la hipoteca no era propietario en el momento de formalizarla, puesto que, por la ficción de la retroactividad de la partición que nuestro Código adopta, en ese momento el propietario era el condómino a quien se adjudicó el inmueble.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si se admitiera que la hipoteca subsiste en esa hipótesis se estaría violando lo dispuesto por el art. 3119 Cód. Civil.

Pero fuera de ese supuesto LA HIPOTECA ES PERFECTAMENTE VÁLIDA, pues su constitución está autorizada por la ley.

Podríamos, pues, sentar el siguiente principio:

La hipoteca constituida sobre su parte indivisa por el condómino es válida y SÓLO quedará sin efecto si el inmueble toca en lote a otro copropietario, en razón y a raíz del efecto declarativo que a la misma otorga la ley.

Segundo problema

¿Antes de la partición el acreedor hipotecario de parte indivisa puede ejecutar la hipoteca y cobrarse con privilegio?

Obviamente, para quienes sostienen la tesis de que la hipoteca en esta hipótesis está sujeta a una condición suspensiva, la respuesta será negativa: si no existe la hipoteca, mal puede ésta ejecutarse. Entonces, al acreedor hipotecario le quedarían dos vías: provocar la partición(19)(1209) o ejecutar la cuota parte que le corresponde a su deudor, pero prescindiendo de su derecho hipotecario, pues de este modo quedará en la situación de un acreedor quirografario - recordemos que la hipoteca es siempre accesoria de un crédito en dinero - a los que la ley les permite ejecutar la parte indivisa, antes de la división: art. 2677 Cód. Civil. Naturalmente que en tal carácter también podrá embargar y hacer vender otros bienes del patrimonio del deudor. La desventaja estribaría en que, prescindiendo de la hipoteca, el crédito quedaría desprovisto de privilegio.

Para quienes sustentan la opinión de que el derecho del acreedor hipotecario se encuentra sometido a una condición resolutoria, la respuesta debería ser afirmativa.

Sin embargo, ya vimos al considerar el problema anterior, que en este aspecto estos últimos llegan a la misma conclusión a la que arriban los que piensan que la condición es suspensiva(20)(1210).

La Corte Suprema de Justicia nacional, sin pronunciarse directamente sobre el asunto, ha dicho, sin embargo, que:

"La resolución que fundada en el art. 2678 y conc. Cód. Civil impone al acreedor hipotecario el requisito de la partición o la licitación entre los condóminos para ejecutar la sentencia de remate que obtuvo contra el deudor concursado, no importa violación de la igualdad. No se crea al recurrente de tal modo una situación de inferioridad frente a los acreedores comunes que por encontrarse el deudor en estado de concurso, no han podido siquiera proseguir sus ejecuciones como lo hizo hasta obtener sentencia el acreedor hipotecario, en razón de su privilegio"(21)(1211).

Inhabilidad de título

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Surge aquí un problema colateral, cual es el de determinar si ante la ejecución iniciada por el acreedor hipotecario de parte indivisa, atento lo dispuesto por el art. 2678 Cód. Civil, sería procedente la oposición de la excepción de inhabilidad de título(22)(1212).

En tal sentido, se ha resuelto que:

"Por ahora no se trata de efectivizar la garantía sobre parte determinada del inmueble, sino de establecer si el título que el acreedor exhibe tiene acción ejecutiva y, en cuanto a esto respecta, es evidente que la tiene(23)(1213), por donde la ejecución debe mandarse proseguir, sin perjuicio de lo que pueda después resolverse sobre el otro aspecto del asunto si llegara a plantearse"(24)(1214).

Es decir que, según la tesitura del fallo, seguida en gran parte por la doctrina y jurisprudencia, la cuestión acerca de la subsistencia de la hipoteca de parte indivisa debería plantearse recién en el momento de la ejecución de la sentencia de trance y remate(25)(1215).

Para nosotros, partiendo del principio enunciado al tratar el problema anterior, la solución a estos dos interrogantes es relativamente sencilla.

Si la hipoteca es perfectamente válida - como allí dijimos - es natural que su titular pueda ejercer todos los derechos inherentes a su calidad de tal, entre los cuales, obviamente, se encuentra el de ejecutar el asiento de la garantía y cobrarse con privilegio.

¿Acaso el art. 2677 Cód. Civil, que otorga a los acreedores del condómino el derecho de embargar y vender la parte indivisa AUN ANTES DE HACERSE LA PARTICIÓN, establece alguna distinción entre los acreedores? No. Y parece lógico concluir que si un acreedor común puede poner en marcha esta facultad, a fortiori podrá hacerlo el acreedor hipotecario, que es un acreedor calificado, pero calificado para mejorarlo, no para empeorar su condición; mucho más cuando ninguna norma cercena a dicho acreedor este atributo: lo único que dice el Código es que LA HIPOTECA QUEDARÁ SIN EFECTO SI EL INMUEBLE TOCA EN LOTE A OTRO CONDÓMINO EN LA PARTICIÓN, pero no que mientras tanto esta hipoteca deba permanecer dormida e inútil(26)(1216).

El acreedor hipotecario, si ejecuta su hipoteca mientras está vigente el condominio, es decir, como dice el art. 2677, "antes de hacerse la división", ejecutará la parte indivisa del condómino, y el adquirente de la misma pasará, a su vez, a ser condómino: para ello no se necesita ni el consentimiento ni el conocimiento de los otros copropietarios, pues la condición de condómino no es intuitu personae; mucho más cuando el art. 2677 Cód. Civil afirma que sobre la parte ideal el consorte tiene los derechos inherentes a la propiedad, que sólo están limitadas por su compatibilidad con el carácter abstracto que reviste dicha parte, como lo dice la propia norma, y no por la conformidad o disconformidad de los otros condóminos.

Es claro que el acreedor hipotecario - como cualquier otro acreedor - no podrá ejecutar EL INMUEBLE, porque el mismo no figura en el patrimonio de su deudor, ni tampoco estaría afectado por la garantía que lo resguarda, pero nada se opone a que lo haga, repetimos, en relación a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la parte indivisa.

Es posible que la interpretación que niega al acreedor hipotecario hasta que no se realice la partición, el derecho de ejecutar la cuota parte que se le ha afectado, contenga - acaso inconscientemente - resabios de la doctrina francesa, de cuya divergencia acerca de la comprensión del art. 2205 Cód. Civil francés dimos cuenta en la nota N° 4.

Pero como entre nosotros tal problema no existe, ya que el art. 2677 Cód. Civil permite a los acreedores del condómino embargar y vender la parte ideal del mismo, aun antes de la partición(27)(1217)no vemos inconveniente alguno y sí saludables consecuencias a la posición que preconizamos.

Obvia resulta, entonces, también, nuestra respuesta al interrogante relativo a la inhabilidad de que pudiera adolecer el título del acreedor hipotecario pendiente la partición: tal inhabilidad no existe.

Tercer problema

Si en lugar de hacerse la partición en especie, ella se concreta en una venta, o si los condóminos venden el inmueble sobre el que existe la hipoteca de parte indivisa, ¿subsiste dicha hipoteca - siempre limitada a la parte indivisa - o ella se extingue?

Sólo he encontrado dos autores que se refieren expresamente al tema, si bien en forma un tanto superficial(28)(1218), sosteniendo que en tal caso la hipoteca subsiste, pues el efecto declarativo de la partición sólo se opera entre los condóminos y no con respecto a terceros.

En un solo fallo, también en forma incidental, se ha sostenido que:

"El acreedor hipotecario de cuota parte en la cosa indivisa conserva los derechos contra terceros adquirentes en la medida o en la extensión acordada por el copropietario, pues el efecto declarativo sólo se opera entre condóminos y no con relación a terceros adquirentes, que lo son con las cargas que gravan el inmueble, al cual sigue la hipoteca en poder de quien se encuentre"(29)(1219).

Estamos con esta posición: el efecto declarativo de la partición opera sólo entre condóminos (como surge de los arts. 2695 al 2698 y 3503 Cód. Civil, que al otorgarle tal carácter sólo se refieren a los condóminos o coherederos) y no frente a terceros, quienes deben recibir los bienes con las cargas que legítimamente se le hubieren impuesto... y no debe olvidarse que el art. 2678 Cód. Civil autoriza la hipoteca de parte indivisa...

Cuarto problema

Si un acreedor común ejecuta la parte indivisa, de conformidad al art. 2677 Cód. Civil, y resulta que dicha parte está gravada con hipoteca, ¿el acreedor hipotecario puede hacer uso del derecho otorgado por el art. 3154(30)(1220)?

En la misma línea de pensamiento que hemos sostenido, pensamos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siendo la hipoteca perfectamente válida, el acreedor hipotecario de parte indivisa puede solicitar la colocación que menciona el art. 3154 Cód. Civil, aun si su crédito no estuviera vencido, y podría cobrarse con el privilegio que le otorga la ley - art. 3934 y conc. Cód. Civil - antes que el quirografario que ejecutó la parte indivisa.

Creemos que a esta solución no se oponen los artículos 510, 567, sig. y conc. ley 17454 (Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación), que resultarán en un todo aplicables a la ejecución de parte indivisa.

Quinto problema

Suponiendo que en la partición se le adjudiquen al copropietario que hipotecó su cuota parte otros bienes - y no el hipotecado en la cuota parte - o dinero, ¿la preferencia puede hacerse efectiva sobre dichos bienes o dinero?

También en este punto no existe un criterio uniforme(31)(1221).

Se ha resuelto que:

"Como según el art. 2678 Cód. Civil la hipoteca constituida por uno de los condóminos sobre su parte indivisa en un inmueble común no tendrá efecto alguno en el caso de que el inmueble toque en lote a otro copropietario o le sea adjudicado en licitación; principio repetido en el art. 3123, nada autoriza a sostener que no obstante extinguirse la hipoteca, renazca a favor del acreedor hipotecario un privilegio que éste pueda hacer efectivo sobre el valor de bienes distintos a los gravados y respecto a los cuales es un simple tercero; por consiguiente, no corresponde dar a ese acreedor intervención alguna en el remate de estos bienes, cuya validez, por tanto, no puede cuestionar"(32)(1222).

Pero también se sostiene que la preferencia de cobro subsiste sobre los bienes mencionados, en virtud del principio de subrogación real, mientras ellos permanezcan en poder del ex condómino, cesando en el caso de pasar los mismos a manos de un tercero, por no existir derecho de persecución(33)(1223).

Y aunque si el condómino recibe dinero, la preferencia se ejerce sobre esas sumas, pero que dicha preferencia no puede ejercitarse si el condómino recibe otros bienes y no dinero(34)(1224).

Para resolver este interrogante creemos que es menester recordar que, si bien es cierto que el dinero o los otros bienes que en la partición se le otorguen al condómino, entrarían en el patrimonio del mismo en el lugar, y seguirían la condición jurídica de la parte ideal, también hay que tener muy presente que, siendo la materia de los privilegios de interpretación restrictiva - como lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia hasta el cansancio(35)(1225)- para que el acreedor hipotecario pudiera hacer valer su privilegio sobre esos nuevos bienes que ingresan al patrimonio del condómino, sería menester la existencia de una norma expresa autorizando la subrogación real: como dicha norma no existe en el Código Civil(36)(1226), pensamos que debe darse una solución negativa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al problema que nos planteamos.

Ahora bien, si se da el caso de concurso, la solución sería distinta, ya que entraría a jugar la ley 19551, cuyo art. 269 dispone:

"Subrogación real. - El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes, los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 270 inc. 1)".

Es claro que esta subrogación real sólo podrá existir siempre y cuando la preferencia se ejercite mientras los bienes estén en el patrimonio del deudor ya que los privilegios carecen del derecho de persecución(37)(1227), si los mencionados bienes pasan a manos de un tercero, como el derecho real se habría extinguido por el juego de los arts. 2695, 2696, 2678, 3503 y 3504 Cód. Civil, no podría hacerse efectiva sobre ellos la prelación.

Sexto problema

¿Debe darse al acreedor hipotecario intervención en la partición del condominio?

Las opiniones al respecto están divididas.

Algunos piensan que como la partición es susceptible de producir la supresión de la garantía, no hay duda de que existe un interés que merece protección; por ese motivo, y por el juego del art. 3157 Cód. Civil - que prohíbe al deudor ejecutar acto alguno material o jurídico que disminuya el valor del inmueble hipotecado - y especialmente por el del art. 3158 del mismo Código(37bis)(1228), el acreedor hipotecario tiene derecho a intervenir en la partición, so pena de nulidad de la misma(38)(1229).

En esta línea de pensamiento se ha resuelto que:

"En caso de subasta del inmueble, el segundo acreedor hipotecario sobre una parte indivisa (la hipoteca en primer grado estaba constituida sobre todo el inmueble) tiene derecho a la citación que prescribe el art. 3196 Cód. Civil, pues éste no hace distinción alguna, y siendo su derecho condicional - no interesa si la condición es suspensiva o resolutoria en este caso - puede solicitar los actos conservatorios necesarios para garantizar sus derechos e intereses. El acreedor hipotecario de parte indivisa debe ser citado en caso de ejecución del inmueble gravado; para; controlar si las formalidades del remate se ajustaron a lo convenido por las partes o lo dispuesto por la ley"(38bis)(1230).

Para otros, en el supuesto de que la partición se haga sin notificar al acreedor hipotecario, dicha partición, aunque válida, no le sería oponible(39)(1231).

Sin embargo, también se ha dicho que:

"La falta de intervención del acreedor hipotecario en el juicio de división

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de condominio del inmueble en que la parte indivisa de un condómino se halla afectada con hipoteca, no causa la nulidad de la división, por cuanto ninguna disposición legal establece la citación obligatoria y la intervención de aquél en dicho juicio bajo pena de nulidad del acto"(40)(1232).

Creemos, personalmente, que a través de lo dispuesto por el art. 3158 Cód. Civil, el acreedor hipotecario de parte indivisa (cuyo derecho consideramos perfectamente válido salvo el caso de que el inmueble cuya parte indivisa se le hipotecó pase a manos de OTRO CONDÓMINO) y precisamente teniendo en cuenta tal posibilidad, puede intervenir en la partición, e incluso solicitar que la misma se realice judicialmente - art. 3465 inc. 2º Cód. Civil -(41)(1233), mas su intervención debe limitarse a vigilar que no se cometan fraudes en la división.

Pero afirmar que tiene tal "facultad" es muy distinto a sostener que los condóminos están OBLIGADOS a dar intervención al acreedor hipotecario en la partición, so pena de nulidad o inoponibilidad, puesto que ya no sólo no se establecen en ninguna parte dichas sanciones, sino que ni siquiera se consagra esa obligación en ninguna norma.

El art. 3196 Cód. Civil que a veces se ha querido aplicar por analogía en este supuesto, creemos que no juega aquí, ya que contempla una situación muy distinta, y porque mientras esa norma dice que la hipoteca se extingue respecto del comprador en subasta pública si el acreedor hipotecario ha sido citado, los arts. 2678 y 3504 del mismo cuerpo legal también dicen que en el caso de que el inmueble cuya parte ideal se hipotecó toque en lote a otro condómino, la hipoteca se extingue respecto de ese condómino, pero para nada subordinan tal extinción a la previa citación del acreedor hipotecario como, en cambio, lo hace el art. 3196 Cód. Civil.

El remedio del acreedor hipotecario de parte indivisa sería el recurrir a la acción pauliana o revocatoria contra la partición hecha en fraude a sus derechos.

Debemos recordar que, relativamente al art. 3158 Cód. Civil y en relación con la hipoteca de parte indivisa, se ha dicho que

"El acreedor hipotecario, en caso de que la cosa toque en lote a otro, puede ejercer las facultades de los arts. 3158 al 3160 Cód. Civil, en lo aplicable, hasta el monto del perjuicio que haya sufrido por la extinción del gravamen"(42)(1234).

Colofón

Esta reseña de problemas de tan controvertida solución que acabamos de reseñar, justifica el hecho de que en la práctica sea muy poco conveniente para los acreedores contar con una garantía hipotecaria sobre la parte alícuota.

Inclusive, como lo recuerda Salvat(43)(1235), en estos supuestos las instituciones bancarias exigen que los demás condóminos concurren a la constitución de la hipoteca, no para obligarse conjuntamente, sino para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentir la venta del inmueble en caso de incumplimiento del constituyente, en cuyo caso el acreedor hipotecario se haría cargo de su crédito hasta la concurrencia del valor de la parte del condómino deudor(44)(1236).

c) Hipoteca del condómino sobre toda la cosa

Rigen los arts. 2680 y 2682 Cód. Civil.

La hipoteca en esas condiciones no puede constituirse y si se la constituyera, sería nula, por ser su objeto prohibido.

Mas existe un caso en el cual dicha hipoteca se validaría - total o parcialmente - y que es el que contempla el art. 2683 Cód. Civil: si la cosa que el condómino hipotecó o parte de ella, viene a tocar en lote a ese copropietario.

Es decir que aquí el principio que sentáramos respecto de la hipoteca de parte indivisa(45)(1237)se invierte: la hipoteca es, en principio, nula y en un solo caso vendrá a resultar total o parcialmente eficaz y que se dará cuando el inmueble toque en todo o en parte al condómino hipotecante.

Por ello es que mientras no ocurra tal circunstancia, como la hipoteca es nula, el acreedor hipotecario carecerá de todo derecho.

d) Hipoteca del condómino sobre una parte material de la cosa

Esta extraña hipótesis sólo la menciona una norma del Código Civil(46)(1238): el art. 3123 y, contra lo dispuesto por el art. 2680, parece autorizarla junto con la hipoteca de parte indivisa.

Por ello podría pensarse que a esta particular situación le son aplicables los mismos principios que a aquélla.

Pero una armónica interpretación del art. 3123 con los arts. 2680 y 2682 Cód. Civil, abonada por razones de alta conveniencia práctica, nos llevan a la conclusión de que en verdad las reglas que juegan son las de la hipoteca de toda la cosa material y no las que rigen la hipoteca de parte indivisa, de donde: la hipoteca SOLO VALDRÁ si esa parte material cae en el lote del comunero que la constituyó.