

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RESERVA, PERMUTA Y POSPOSICIÓN DEL RANGO HIPOTECARIO(*) (290)

ARIEL W. SOSA MOLINÉ

SUMARIO

I. Consideraciones preliminares. a) El Código Civil y su reforma. b) La hipoteca en el derecho romano. - II. El negocio jurídico, el documento portante y su exteriorización en la realidad jurídica registral. - III. El principio de prioridad. - IV. El principio de prioridad y el rango. - V. El rango. Su caracterización, su valor económico, sus modificaciones. - VI. Del agregado al artículo 3135 del Código Civil. - VII. La reserva de rango. - VIII. La permuta de rango. - IX. Posposición de rango. - X. Su viabilidad en el medio ambiente negocial argentino. - XI. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

a) El Código Civil y su reforma

El fin confesado por los reformadores del Código Civil argentino es, en términos generales, realizar una adecuación de las normas del mismo a una realidad económica y social hoy imperante, la que ha cambiado luego de cien años de su vigencia.

Entraña una grave responsabilidad, por cuanto sabido es que el Código es un todo orgánico, que sistematiza la vida de la comunidad referida al derecho civil. Reformarlo parcialmente puede conducir a la desnaturalización de determinados institutos, pero al mismo tiempo es forzoso reconocer lo conveniente de su actualización.

El derecho es una cosa viva, y la ley es la normatización de conductas sociales que necesitan de una adecuación genérica para que abarque un espacio de tiempo lo más prolongado posible.

Las experiencias que dan las jurisprudencias y las doctrinas, en función de las legislaciones de otros países, es necesario tomarlas en cuenta en todo intento de reformas, sin descuidar, y esto lo puntualizamos en forma enérgica, la necesaria confrontación de los distintos ámbitos en los cuales se desarrollan. Concretando, no es la misma la actividad negocial en el mercado inmobiliario, pongamos por caso, en Alemania, en España o en otros países, que la que se efectúa en el mercado inmobiliario argentino, y en este momento determinado. Influencias de tipo económico, financiero o político, y otras de la más diversa índole, y que actúan en cada medio, las diferencian, confiriéndoles necesariamente distintos enfoques legales.

Es cierto que el mundo se ha empequeñecido en virtud de la interrelación constante no sólo de derecho público entre los distintos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Estados, sino también de derecho privado entre los nacionales de esos Estados, que comercian, que contratan, que realizan en general negocios jurídicos, que pueden no competir al derecho internacional privado, sino al derecho civil de un Estado determinado, y ello hace que los juristas intercambien experiencias sobre el resultado alcanzado por las leyes locales en una misma materia.

Las reformas introducidas al Código Civil llenan algunas lagunas, que ya fueron advertidas por Vélez Sársfield en su oportunidad.

Debemos necesariamente, para analizar y comprender mejor el problema, ubicarnos en la época en que redacta su magno cuerpo legal. Corre la década de los años 1860, es decir qué, mientras se aprueba, sanciona y promulga, rigen leyes españolas, hasta la "Nueva Recopilación", ya que la "Novísima Recopilación", en opinión de los autores que han estudiado el tema, no tuvo aplicación en nuestro país. En su mérito, regían las antiguas leyes sobre peños - caso de las Leyes de Partidas - y las de Hipotecas, que no sólo admitían la convencional sino que también contemplaban algunos casos de hipoteca legal y judicial.

En el derecho patrio existían dos antecedentes:

a) En la provincia de Buenos Aires, leyes del 22 de junio de 1822 y del 4 de julio de 1856, que otorgaban al Banco de Descuentos acción hipotecaria o pignoratícia, equivalente a una hipoteca tácita o legal, sobre los bienes de sus deudores, reglamentando en la segunda la autorización conferida para el descuento de pagarés hipotecarios;

b) En la provincia de Santa Fe, la ley del 22 de julio de 1869, que reglamenta la hipoteca y el procedimiento de su ejecución. (Ambos antecedentes tomados de Félix Olmos, Omeba, t. XIV, pág. 65).

Vélez Sársfield, que indiscutiblemente ha sido una de las glorias del derecho argentino, se informa en la legislación y en la doctrina de todo lo conocido en Occidente hasta ese momento, para redactar su Código.

Indiquemos sus notas a los arts. 3128, 3129 y 3198, porque en ellas hace mención a la Ley Hipotecaria Española, que ya llevaba algunos años de aplicación (véase en la nota al art. 3129 su referencia al comentario de Gómez de la Serna a su art. 5º). Es decir, que ya estaba en condiciones de valorar los resultados de ese cuerpo legal español, en presencia justamente de los comentarios de algunos autores.

Sin embargo, en la nota al art. 3198, él nos explica en forma precisa y ordenada las razones por las cuales no recepta en su proyecto la instauración del sistema registral referido a todos los derechos inscribibles - o para ser más exactos, y como dice un autor español moderno, a los títulos inscribibles -(1)(291)Esta posición de Vélez ha sido criticada, y entendemos que con razón, pero sin hacerle justicia.

Decimos con razón, por cuanto la propia necesidad de contar con un órgano publicitario hizo que a los pocos años se crearan los Registros de la Propiedad Inmueble en jurisdicciones argentinas; es que había que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

satisfacer una necesidad que el codificador no había reconocido.

Decimos también que no se le hizo justicia, porque en el momento que proyecta el Código - repetimos que es necesario ubicarse en ese espacio y en ese tiempo - existía en provincias argentinas una casi absoluta indeterminación de los inmuebles, especialmente de los rurales; esto era algo tremendo. Y es así como aún hoy, predios rústicos se determinan a "tantas leguas de tal pueblo, en el camino de tal parte a tal otra". Esa imprecisa ubicación, así como la observabilidad de los títulos, hacía justamente que Vélez Sársfield - y entre otras consideraciones - no creyera que fuera necesario en ese momento sistematizar legalmente los Registros Inmobiliarios.

Dice en la indicada nota al art. 3198: "... En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearía un embarazo más al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la división continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesión, sin sujetar la propiedad a gravámenes que no corresponden a su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripción o transcripción de los títulos de propiedad".

¿Y por qué entonces crea la obligatoriedad de la inscripción registral para la hipoteca?

El también lo explica. Es necesario que se publicite en alguna forma el gravamen hipotecario, toda vez que a diferencia de otros derechos reales, desde el más adjetivado y completo, el de dominio, pasando por los demás, el uso y habitación, la prenda, el anticresis, etc., que exigen una intermediación entre sujeto y cosa, esto no sucede en la hipoteca, toda vez que no existe una traslación del bien raíz dado en garantía. Entonces, la posesión no puede ser apta como medio publicitario. Por ello Vélez exige que esa publicidad se efectúe por la inscripción registral.

b) La hipoteca en el derecho romano

Todo el sistema del Código es indiscutiblemente romanista. Es por ello que vale la pena que hagamos un breve resumen, a manera de introito, del contrato que devino con el correr de siglos de experiencia a ser la hipoteca, tal cual hoy se conoce y practica.

En Roma existían contratos como el "mutuum". Es curioso que en la actualidad, y desde hace años, el derecho real de garantía que es la hipoteca acceda generalmente a un contrato principal que es el mutuo, cuando en las primeras épocas romanas fueran dos contratos totalmente diferenciados.

Había cuatro contratos "RE" o sea reales: El "mutuum" o préstamo de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consumo, el "commodatum" o préstamo de uso, el "depositum" y el "pignus" o contrato de prenda.

El "mutuum" consistía en el acuerdo mediante el cual una parte transfería a la otra la propiedad de una cierta cantidad de cosas que se apreciaban al peso, al número o a la medida, con la obligación por parte del receptor de restituir al cabo de cierto tiempo la misma cantidad de cosas, de la misma especie y calidad.

Era un contrato que engendraba una sola obligación a cargo del prestatario, que quedaba obligado a restituir el equivalente de lo que había recibido. En cuanto a la extensión de esta obligación, estaba exactamente determinado por la "mutui datio", es decir, que el prestatario no podía estar obligado a devolver más, pues no hay contrato y por consiguiente obligación, más que en la medida de la "datio" que el prestamista le había efectuado. Si había recibido 10, no podía obligársele a devolver 11 o más; pero si podía, con el consentimiento del mutuante por supuesto, al efectuarse el acuerdo de voluntades, devolver MENOS; en tal caso se consideraba que era "mutuum" hasta la suma que devolvía, y lo que no devolvía se consideraba donación.

¿Dónde, entonces, aparecen los "intereses" en el "mutuum"?

Como el prestatario estaba solamente obligado a devolver lo que se le había entregado y no más, es que aparece la costumbre de pagar intereses: "usurae", que venía de "usus" - también al interés se le llamaba "fenus" -, y esto permitía la retribución o el equivalente del uso de que se le había privado al acreedor de utilizar esas especies, por haberlas entregado a su deudor.

Otro de los mencionados contratos era el "PIGNUS".

A diferencia del anterior contrato, el "pignus" consistía en la entrega de una cosa al acreedor para seguridad de su crédito, con cargo para este acreedor de restituirla después de haber obtenido la debida satisfacción. Al igual que en el otro contrato - por eso eran denominados "RE" o reales -, era necesario que existiera la traslación, pero mientras en el contrato de "mutuum" las especies se establecían por cantidad, peso o medida para ser devueltas no en sí mismas, sino por otra cantidad, peso o medida igual, y se referían especialmente a dinero, alimentos, granos, etc., en el "pignus" no se consumía la cosa objeto del contrato por parte del deudor, sino que se le entregaba al solo efecto de garantizar la restitución de lo que se le adeudaba. Entonces el "pignus" consistía en que el deudor entregara la posesión de la cosa al acreedor a título de prenda, y el acreedor se obligara a devolvérsela al satisfacerse el pago. En dicha época el acreedor pignoraticio tenía más que la simple detentación de la cosa dada en prenda. El la poseía, o más bien dicho, las ventajas de la posesión estaban repartidas entre dicho acreedor y su deudor. En consecuencia, el acreedor tenía la protección de los interdictos, y así, si alguna persona le arrebatava la cosa, aun cuando fuera el mismo deudor, podía dirigirse al pretor para hacerse poner nuevamente en posesión de ella. Gracias a esta protección el acreedor podía retener la cosa dada en prenda hasta el pago, lo que constituía su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

garantía. Ahora bien, como no había una real traslación de la propiedad, el deudor no necesariamente debía ser propietario de la cosa; es por ello que a la garantía anteriormente puntualizada se agregaba la siguiente: Que si el deudor estaba por usucapir, esta ventaja aprovechaba al acreedor.

Pero indiscutiblemente el "pignus" adolecía de un grave inconveniente, y era que si bien es cierto que el acreedor no podía beneficiarse con los frutos de la cosa, ya que debía imputarlos a los intereses de la deuda, y si existía sobrante, a capital, privaba al deudor de la posesión y uso de la misma.

De ahí surgió la necesidad de buscar un procedimiento más completo, mediante el cual se protegiese al acreedor con una garantía igual a la que le daba el "pignus", pero que dejase la posibilidad al deudor, al menos hasta el vencimiento de la obligación, de poder usar y gozar de la cosa; y es así como llega a la creación de la hipoteca.

Los autores consultados estiman que el primer paso en este sentido fue dado con referencia al "pignus" establecido por el colono con su arrendador, referido a sus ganados y a sus utensilios de labranza. Se determinaba que ellos estaban afectados al pago del arrendamiento por simple convención, y sin que se privase al colono de su posesión. El derecho pretoriano continúa haciendo avanzar, perfeccionándolo, al instituto. Y así, por un interdicto denominado "salviano", se otorgaba al arrendador que no había sido pagado, obtener del colono la posesión de las cosas afectadas al pago. Asimismo, por la acción "serviana", también emanada del derecho pretoriano, en defecto del pago a su vencimiento, el arrendador podía hacer valer no sólo contra el colono, sino contra cualquier tercer poseedor o detentador de la cosa, un verdadero derecho real sobre las cosas sujetas al pago, y por ende, hacerse poner en posesión de las mismas, a menos que el demandado, si fuere un tercero, prefiriera pagar la deuda.

Y avanzando el derecho pretoriano, finalmente se obtuvo que todo deudor pudiera conceder una garantía real a su acreedor, pero sin abandonarle la propiedad y la posesión de los bienes dados en garantía. Y así, una simple convención que afectara uno o varios objetos al pago de una deuda, fue suficiente para procurar al acreedor un derecho real de HIPOTECA, protegido por una acción "in rem", que no es más que la acción "serviana" extendida, y que se llamó "cuasi - serviana" o hipotecaria.

De esta forma, tanto los intereses del acreedor como los del deudor estaban felizmente conciliados, por cuanto el acreedor hipotecario no adquiría la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho especial que le permitía en llegando el vencimiento y no habiéndosele satisfecho la obligación, hacerse poner en posesión y tener una situación igual a la que hubiera ocurrido al inicio, de haberse tratado de un "pignus". En cuanto al deudor, mientras su deuda no estaba extinguida, conservaba la propiedad y posesión de la cosa dada en hipoteca; podía en consecuencia no sólo utilizarla, sino también afectarla a la seguridad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus demás acreedores. Aquí sí ya se exige entonces que el deudor sea efectivamente propietario de la cosa.

Luego se avanzó en la forma de ejecutar efectivamente - llegado el caso - dicha garantía hipotecaria, ya que en el derecho primitivo, el acreedor solamente tenía derecho a exigir la entrega de la cosa, y guardarla hasta tanto se le pagara; es por eso que se autorizan pactos accesorios que permitieran asegurar un desenlace rápido del conflicto, vale decir, una efectivización inmediata de la garantía. El primer pacto accesorio fue la "lex comissoria", por la cual las partes convenían que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa dada en garantía. Pero era muy peligroso para el deudor, toda vez que podía, urgido por la necesidad de obtener dinero, dar en garantía una cosa cuyo valor fuera sensiblemente superior al de la prestación que adeudaba, y no pudiendo cumplir en tiempo con dicha prestación, perder la propiedad de la cosa.

Es por ello que se crea otra convención por la cual, en caso de falta de pago, el acreedor tiene derecho a vender la cosa, y con su producido, pagarse, quedando a salvo la restitución del remanente.

Este último pacto se hizo casi de inmediato usual en el contrato de hipoteca, y a fines del siglo II se consideraba sobreentendido. Desde ese momento es que se determina como una consecuencia natural de la falta de pago el derecho a vender, por parte del acreedor, la cosa dada en hipoteca. Bajo Justiniano se considera a ese derecho del acreedor como de la ESENCIA de la hipoteca, y se determina legalmente que aun existiendo otra cláusula en contrario, la misma no tenga eficacia, ni lleve más obligación al acreedor que dirigir previamente a la venta tres notificaciones al deudor.

De todo lo visto podemos inferir que para el Derecho Romano, ya perfeccionado por todos estos institutos y accesorios, los caracteres del derecho de hipoteca son los siguientes:

1º) Es un derecho real accesorio, ya que supone la existencia de una deuda, cuyo pago asegura. Dicha deuda no es necesario que sea civil; puede ser de derecho natural, o pura y simple o a término, o condicional. Hasta inclusive puede destinarse a garantizar una deuda futura.

2º) Se trata de un derecho indivisible, que se funda en la voluntad presunta de las partes, y significa que la hipoteca subsiste toda entera sobre el bien gravado, aun cuando una parte de la deuda haya sido pagada, mientras se siga debiendo algo al acreedor.

3º) Referido al objeto de este contrato, en un principio podía tratarse de bienes muebles o inmuebles, de cosas corporales y aun de la mayor parte de las incorpóreas; es así que podía hipotecarse el usufructo, el derecho de superficie, y hasta el acreedor hipotecario podía hipotecar su derecho de hipoteca a su respectivo acreedor. Las cosas sujetas a tal gravamen no era necesario determinarlas especialmente, ya que existían las llamadas hipotecas generales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4º) En cuanto a la forma de su constitución, podía ser convencional, testamentaria, tácita o legal.

5º) Al acreedor se le daba la acción hipotecaria, o sea el derecho a perseguir la cosa, aun cuando se hubiera transferido a un tercero, venderla y cobrarse de su precio.

A estos terceros, a su vez, se le permitían algunos tipos de excepciones: Por ejemplo, si el demandado - actual poseedor - tenía un derecho de hipoteca a su vez sobre la cosa y este derecho era preferente al de aquel que lo demandaba, podía oponerle excepción a la acción hipotecaria. Asimismo, se le daba el beneficio del "cedendarum actionum", mediante el cual se le permitía forzar al acreedor a cederle sus acciones mediante el pago de la deuda, y, finalmente, en el período justiniano se le concede el beneficio de discusión, por el cual podía exigir que el acreedor ejercitara previamente su acción personal contra el deudor principal y contra los fiadores, si existieran.

Otra institución que ha sido receptada por la legislación moderna es el derecho de preferencia, vale decir que, después de la venta, el acreedor hipotecario tenía derecho a cobrarse de su producido con prelación a los demás acreedores.

Y ahora pasemos a analizar el conflicto suscitado por la existencia de varios acreedores hipotecarios.

De comienzo, en el derecho romano las hipotecas se clasificaban según la fecha de su constitución. La más antigua aventajaba a todas las demás, y así sucesivamente, siguiendo la máxima - que es emblema en los Registros Inmobiliarios: "PRIOR IN TEMPORE POTIOR IN JURE".

En consecuencia, el primer acreedor podía, ejerciendo la acción hipotecaria, obtener la posesión de cualquier detentador que fuere, y no podía ser despojado de la misma por nadie. Un acreedor hipotecario con garantía constituida en fecha posterior, tenía la misma posibilidad, pero ésta sucumbía cuando el acreedor anterior exigía, si aquél ya estaba en posesión de la cosa, su entrega, la que debía necesariamente efectivizarse. Una vez puesto en posesión de la cosa el primer acreedor, la vendía, y se cobraba del producido, sin preocuparse de los restantes acreedores hipotecarios de fecha posterior.

También se determinó otra situación que ha sido respetada en el derecho moderno (pero a través de la actuación del juez). Cuando el primer acreedor vendía la cosa, la transfería en plena propiedad y dominio al adquirente, excepción ésta a la regla de que nadie puede transmitir un derecho mejor y más extenso del que tenía. Los restantes acreedores hipotecarios no tenían ningún derecho contra dicho adquirente.

Por el contrario, si el que vendía la cosa era un acreedor de fecha posterior, el primer acreedor sí podía despojar al adquirente de la cosa.

En consecuencia, si el primer acreedor hipotecario vendía la cosa, bien vendida estaba, y los restantes acreedores hipotecarios sólo tenían

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho a cobrar sus créditos del remanente del precio y por su orden.

Es en esta situación en donde se ve la necesidad, no saciada por el derecho romano, de haber dado alguna forma de publicidad a la constitución de la hipoteca. De esta manera, los terceros que hubieran contratado con el deudor posteriores hipotecas, podrían haber valorado la disminución del valor venal de sus garantías.

La única forma de atenuar dicho peligro en el derecho romano, y por vía indirecta, era la obligación que se imponía al deudor, al formalizarse el contrato, de declarar si existían hipotecas o enajenaciones efectuadas con anterioridad, ya que si faltaba a la verdad, podía hacerse culpable del delito de estelionato, y se exponía a una persecución criminal si llegaba a causar un perjuicio al nuevo acreedor o adquirente. (Doctrina del art. 3142 del Cód. Civil.)

A los acreedores inferiores en clase por constitución de hipoteca posterior se le otorgaba otro recurso: se denominaba "jus offerendae pecuniae", y era el que podía ser utilizado para desinteresar al acreedor anterior y avanzar para ocupar su puesto; se producía una "successio in locum". Bien entendido que no es la hipoteca del primer acreedor la que se adquiere, ya que ésta se ha extinguido por el pago efectuado por el segundo acreedor. Es la hipoteca de este acreedor de segunda clase que pasa a ocupar el lugar vacante dejado por la anterior. Esto es muy importante, pues como veremos más adelante, consagra el llamado PRINCIPIO DE AVANCE AUTOMÁTICO, que es en consecuencia de origen latino, opuesto al PRINCIPIO DE PUESTOS FIJOS, de raigambre germana.

Otra consecuencia aprovechable para el tema principal de este trabajo, aunque infrecuente en la práctica, era sin embargo posible - y a ello tenía derecho - que el primer acreedor utilizara este instituto para desinteresar al acreedor de clase inferior, caso, por ejemplo, que también fuera titular de otra hipoteca de tercera clase.

Recurso del deudor: Si no tenía el dinero necesario para cancelar su deuda al fenecer el plazo, podía tomarlo prestado de un tercero para desinteresar al primer acreedor, y pactar con dicho tercero que le sería hipotecada la misma cosa y que gozaría del orden de preferencia que tenía el acreedor desinteresado. (Otro caso de "successio in locum creditoris", al igual que el que sigue).

El comprador de una cosa hipotecada empleaba el precio de venta en pagar al primer acreedor hipotecario; sin duda, no podía adquirir hipoteca sobre su propia cosa, pero él sucedía en las ventajas a ese primer acreedor, y podía rechazar la acción hipotecaria de los acreedores posteriores como lo hubiese hecho aquel que había desinteresado.

El autor consultado (Eugene Petit, Tratado elemental de derecho romano, pág. 354) dice que ambos casos han tenido acogida en los arts. 1250 y 1251 del Cód. Civil francés. (Ver nuestro art. 770 Cód. Civil arg.).

Finalmente, en el derecho romano se conocieron otro tipo de hipotecas a las que no se comprendía dentro de la clasificación de su preferencia, en razón de la fecha de su constitución; se las denominó hipotecas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"privilegiadas", y eran: la del acreedor cuyo dinero ha servido para la adquisición, conservación o mejora de la cosa hipotecada. La de la esposa sobre los bienes del marido para la restitución de la dote, prevaleciendo en éste caso aún sobre las constituidas con anterioridad a la celebración del matrimonio.

De la extinción de la hipoteca:

a) Se extinguía por vía de consecuencia, ya que tratándose de un derecho accesorio seguía la suerte del principal, y cuando el crédito al cual garantizaba era satisfecho o desaparecía por otra razón, igual suerte corría la hipoteca. Otra nota diferencial con el derecho germánico, en donde pagado por el deudor el crédito, éste conserva el correspondiente grado "abierto", pudiendo contratar con terceros sobre el mismo, no obstante existir otras hipotecas.

b) También podía suceder que la hipoteca desapareciera, sin fenecer el crédito al que accedía: era el caso de la venta efectuada por el primer acreedor, que hacía desaparecer las hipotecas de clase inferior, pero no así los créditos que éstas garantizaban.

c) Otro caso: sucedía cuando se perdía la cosa hipotecada. No debe olvidarse que esta garantía podía afectar tanto a mueble como a inmuebles o derechos. Respecto de inmuebles, si el fundo desaparecía por avulsión (se adhería a otro fundo, y los árboles que el río hubiera arrastrado se arraigaran en él, Institutas - lib. 2, tít. 1 / 21).

d) También se extinguía por confusión, es decir, que se reuniera en una misma persona la condición de acreedor hipotecario con propietario (por compra, herencia, etc.). Esto puede no suceder en el derecho germano, en donde es posible "la hipoteca del propietario", que más adelante veremos.

e) La renuncia del acreedor, que podía ser expresa o tácita. Esto último sucedía cuando el acreedor dejaba vender o hipotecar la cosa sin reservar su derecho.

f) La prescripción liberatoria que era de 40 años, ésta ya en la época justiniana, y la que se producía cuando la propiedad había pasado a un tercero con justo título y buena fe, si la posesión hubiera durado 10 años entre presentes o 20 años si el acreedor hubiera estado ausente.

De todo lo antedicho, vemos:

1º) Que efectivamente, en el derecho romano no existía ninguna forma de publicitar la constitución de hipotecas, y que la única defensa estaba en la inclusión del deudor en el delito de estelionato.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2º) Que haciendo abstracción de tan importante elemento, la hipoteca se legislaba en todos sus antecedentes, consecuencias y efectos de manera muy acabada, y tan es así que puede sin excitación asegurarse que con algunas actualizaciones ha llegado hasta nuestros tiempos. Esto es importante ponerlo de manifiesto, porque en su oportunidad sostendremos que su estructura es perfectible, sin necesidad de recurrir a directas interpolaciones del derecho germano, muy alejadas de nuestra actividad negocial, reconociendo que son efectivamente útiles en tal ámbito, pero que transplantadas al nuestro, romperán su armonía;

3º) Que es preferible aprehender las experiencias de sistemas legales que, como el nuestro, reconocen una genealogía latina, y que, caso del español, han experimentado durante más de un siglo sistemas registrales, recientemente instaurados en nuestro medio, ya con todos sus atributos y efectos. (Nos referimos al art. 2505 reformado del Cód. Civil y a la ley registral nacional N° 17801, que han cerrado definitivamente la discusión sobre la constitucionalidad de los Registros Inmobiliarios, y de ésta última, su sistema matriculativo, etc.).

**II. EL NEGOCIO JURÍDICO, EL DOCUMENTO PORTANTE Y SU
EXTERIORIZACIÓN EN LA REALIDAD JURÍDICA REGISTRAL**

Juan Vallet de Goytisolo, en su obra Panorama del derecho civil (pág 107), nos dice: El sujeto de derecho tiene la posibilidad de obrar, de actuar. Ello da lugar a los actos y a los negocios jurídicos. Y a continuación, siguiendo a Carnelutti, distingue la situación y el hecho. La situación es una realidad en un momento dado del tiempo. Es una visión estática, es como una fotografía tomada de la realidad jurídica. Por el contrario, el hecho supone algo dinámico, es el tránsito de una situación inicial a otra situación final. En esa figura el hecho sería como una visión cinematográfica, a través de un determinado espacio de tiempo de la vida jurídica. Y continúa: El hecho supone, al decir de Carnelutti, forma en el espacio y en el tiempo. Y sigue este autor dividiendo los hechos jurídicos en aquellos considerados "stricto sensu" que comprenderían los hechos naturales, es decir, sucedidos sin la intervención del hombre, y los que llama hechos de terceros, ya que para la relación jurídica concreta de las partes, el tercero actúa como fenómeno extraño, y la otra clasificación de hechos jurídicos sería el "acto jurídico propiamente dicho", es decir aquellos actos humanos voluntarios productores de efectos jurídicos. Estos últimos, o sean los actos jurídicos propiamente dichos, Carnelutti los clasifica a su vez en: facultativos, que suponen el ejercicio de una facultad, resolutorios o ejercicio de una potestad, y negocios jurídicos, que implican el ejercicio de un derecho subjetivo. Luego de estas clasificaciones, podemos entrar ya en el concepto de "negocio jurídico".

El negocio jurídico sería para este autor un acto productor de efectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídicos. Es decir, que los mismos sujetos, las mismas personas, lo establecen o estipulan, y son quienes configuran sus efectos, naturalmente, siempre dentro de los límites permitidos por el derecho.

Para que haya entonces negocio jurídico, se requiere - afirma Vallet de Goytisolo - el cumplimiento de determinados requisitos. Unos son estáticos, es decir, referidos a la situación inicial que el negocio jurídico ha de transformar en una nueva situación. Son éstos: capacidad de las personas, comerciabilidad del objeto y legitimación, es decir la relación entre el sujeto y la cosa que haga apto al primero para producir el efecto jurídico apetecido. Otro requisito es el referido a la dinámica, es decir al tránsito de la situación inicial a la situación final. Carnelutti clasifica estos requisitos en "internos o elementos" y en "externos o circunstancias". Los internos o elementos se integran por: la duración, la cantidad y la calidad, y según sea el tipo de negocio jurídico, estos requisitos internos o elementos serán de mayor o menor importancia dentro del negocio jurídico. Así, el elemento o requisito interno "duración", en determinados negocios jurídicos tiene poca importancia, porque el tránsito de la situación inicial a la final se cumple en un mismo momento; en cambio, en otro tipo de negocio jurídico, como aquellos de "tracto sucesivo", tiene una importancia preponderante. El otro requisito interno o elemento denominado "calidad", lo es en el sentido de la esencia jurídica, y determina que exista una forma, una causa, y una voluntad, es decir, que la voluntad con una causa lícita y una forma adecuada, integra la esencia del negocio jurídico. Los requisitos externos o circunstancias son, para estos autores, los que no están dentro del esquema típico del negocio jurídico, sino que se insertan desde fuera para modificarlo.

Por su parte, el codificador argentino, siguiendo a Ortolan, en el art. 944, define a los actos jurídicos como los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Y en su art. 953 dice: El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

Por todo lo antedicho, por nuestra parte podemos intentar una definición de negocio jurídico diciendo que es un acto humano realizado con el propósito deliberado de producir una modificación a una situación jurídica anterior, y que no está prohibido por ninguna norma legal.

El art. 951 del Cód. Civil expresa: Comenzará la existencia de los actos entre vivos el día en que fuesen celebrados, y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, o de otra exclusivamente decretada, desde el día de la fecha de los respectivos instrumentos.

Alberto G. Spota, en su obra Sobre las reformas al Código Civil, pág. 77, nos dice: "La ley de reformas al Código Civil ha permitido dar una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

redacción más adecuada con los principios y nuevos tiempos al art. 1184, es decir, a aquel precepto que formula una enumeración no clausa de los contratos que deben otorgarse en escritura pública. Comienza el nuevo art. 1184 por eliminar, con todo acierto, los términos "bajo pena de nulidad" que contenía el antiguo art. 1184. En otras palabras, queda bien claro que no nos hallamos ante prueba constitutiva o solemne sino ante la escritura pública exigida sólo a los efectos probatorios (ad probationem tantum y no ad solemnitatem)."

En consecuencia, el art. 1184 en lo pertinente dice: Deben ser hechos en escritura pública...: Inciso 1º: Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otros...

Por su parte, Vallet de Goytisolo, obra mencionada, pág. 110, dice: "Prueba de los actos y negocios jurídicos. La actuación del hombre requiere una prueba. Esta prueba puede preconstituirse o puede reconstituirse después. La prueba y la forma se interfieren. La forma supone aquella expresión del acto necesaria para que produzca efectos jurídicos. La forma puede ser necesaria o puede ser accesorio. Puede ser una 'forma del ser', que es la que acompaña al acto en su nacimiento y es necesaria para que el acto sea eficaz, o bien «forma del valer», que no es necesaria para el nacimiento del acto pero sí para dotarle de determinada eficacia. En la prueba debemos distinguir: la apreciación y la valoración de la prueba. La APRECIACIÓN de la prueba queda al arbitrio de los tribunales. La VALORACIÓN la determinan las normas jurídicas y debe ser acatada por los tribunales. Entre los medios de prueba, es hoy día el más importante el documental. Los documentos se dividen en públicos y en privados. El documento público se caracteriza... por la eficacia plena, incluso frente a tercero, del hecho que motivó el otorgamiento y de su fecha; es decir, de lo que el notario o el funcionario público que lo autorice, aprecia de visu et auditu; y por la eficacia sólo "inter partes" de su contenido, en el cual debemos distinguir: las declaraciones de voluntad de las que se presupone su validez aunque puedan impugnarse sin detrimento de la fe del instrumento en sí; las declaraciones de verdad, que no suponen más que un principio de prueba por escrito, y las declaraciones meramente enunciativas, propter se o propter aliud. El documento privado para tener eficacia ha de estar legalmente reconocido, es decir, que así como un documento público es un hecho que se prueba por sí, el documento privado es un hecho que ha de ser probado a su vez, mediante el reconocimiento judicial de la firma. No tiene efecto respecto a tercero, excepto su fecha en los casos... de fallecimiento de uno de los firmantes, de incorporación o inscripción en un registro público o de su entrega a un funcionario por razón de su oficio."

En este orden de ideas, José María Mustápic, en su Tratado teórico práctico de derecho notarial (t. I, pág. 121), dice: "La necesidad jurídica de crear certeza es semejante a la de la ciencia de contar con un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principio elemental como punto de base de sus creaciones. Esta necesidad de dar fe a ciertos documentos ha debido correlacionarse con severas sanciones penales para los desvirtuadores de los mismos, de manera tal que preventivamente los desaliente en sus propósitos. De allí la fórmula de Dumoulin, referida al instrumento público: Acta probant se ipsa... Nuestro Código Civil establece que el instrumento público hace plena fe (arts. 993, 994, 995, etc.). Este concepto implica comprender la eficacia probatoria del instrumento público en el grado máximo de la división de la prueba. Vale decir, en la plena prueba, o sea la que por sí sola basta para decidir...

Como el autor del instrumento jurídico es un funcionario público que obra en ejercicio de sus funciones públicas, imprime a sus actos la fe que el Estado ha depositado en él...". Y más adelante agrega: "Así como el Estado monopolizó la función legislativa e impidió el ejercicio de la justicia privada, arrogándose la exclusividad de la jurisdicción, también se reservó la alta función de certidumbre de hechos, valores u objetos. La autenticidad de esos hechos, valores u objetos, consiste en dar autor cierto a su facción. Así la moneda será tal, cuando provenga del Estado y cuyo reconocimiento quede plasmado en el sello o símbolo que el mismo les imprime. La necesidad del tráfico jurídico impuso, necesariamente, la certidumbre de hechos y actos, que como la base para la palanca, permitieran el rápido fluir de esa actividad. La exigencia coetánea de distintas formas de exteriorización de la voluntad privada o pública, impuso la intervención de un delegado de la autoridad estatal, que imprimiera a esos hechos y actos el sello de autenticidad que al igual que el de la moneda, pudiera ser aceptado como ésta. La autenticidad, alta función de certidumbre, ha quedado, pues, también monopolizada por el Estado, a través de calificados agentes que la otorgan en los casos en que se reglamenta esa intervención".

En consecuencia, y referido al contrato hipotecario, o sea al negocio jurídico subsumido en él, por disposiciones expresas de nuestro Código, debe ser instrumentado en escritura pública. (Ver art. 3128 y ley 9078, comentados más adelante).

Spota, en la obra precedentemente indicada, pág. 84, dice: "Una innovación de nuestro ordenamiento legal en materia de publicidad de derechos reales inmobiliarios ha establecido la ley de reformas. El nuevo art. 2505 determina que el 'perfeccionamiento' de la adquisición o transmisión de esos derechos sólo se alcanza mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda; mientras esa inscripción no sobrevenga, el negocio jurídico de adquisición o transmisión de esos derechos inmobiliarios no resulta oponible a los terceros... De esa norma surgen las siguientes observaciones: a) La ley protege la buena fe registral. Sólo la inscripción del título brinda a éste eficacia frente a todo tercero interesado. Pero entre las partes del negocio jurídico no cabe vacilar en la afirmación de que su plena validez no depende de esa inscripción; rige, al respecto, el principio que para las hipotecas establece el art. 3135: entre las partes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus herederos y el mismo escribano autorizante, la hipoteca se la estima como si estuviera ya registrada. Es el principio que acepta, también, el art. 2º, ley 17801, es decir, aquella ley a la cual deben someterse todos los registros inmobiliarios (art. 1º) ...". A continuación, este meduloso jurista señala algunas otras consecuencias que deben inferirse de esta modificación, que no compartimos, pero como están referidas al aspecto dominial y no al hipotecario, no comentaremos en el presente trabajo.

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

Vélez destaca en la respectiva nota a éste artículo, que los documentos a que en el artículo se refiere, además de la escritura pública, como aptos para constituir la hipoteca, son aquellos semejantes a los que instrumentan la concesión de caminos de hierro, y todo documento auténtico expedido por el gobierno o a nombre del gobierno que transmita derechos reales.

Al respecto aclara Félix Olmos, Omeba, tomo XIV, pág. 74, que esta extensión a otro tipo de documentos, a más de la escritura pública, carece de actualidad, desde que se sancionó la ley 9078, conforme con la cual en la escrituración y protocolización de todos los contratos y demás actos que corresponda, entre los que se incluyen las hipotecas (conf. art. 3º, inc. 1º, ley citada), que se lleven a cabo entre el gobierno y los particulares, intervendrá la Escribanía General del Gobierno. Pensamos que hubiera sido útil que este artículo fuera también actualizado por los reformadores.

Por nuestra parte, podemos agregar que la ley nacional N° 18013, del año 1969, en su art. 1º establece que las escrituras... de constitución de hipotecas... que... fuera necesario realizar... en virtud de las disposiciones de la ley 13539 y su reglamentación, del decreto - ley 11858/62, del decreto 3660/61 y de la ley 17217, podrán otorgarse, indistintamente, por ante la Escribanía General del Gobierno de la Nación o los escribanos de registro que tienen designados o designen en el futuro para sus operaciones propias, el organismo del Estado o las instituciones bancarias oficiales encargadas de dichas... si aquélla no pudiese hacerlo en un plazo razonable... Y su art. 2º dispone que a los efectos del artículo anterior, la Escribanía General del Gobierno de la Nación será notificada, por la repartición interesada, de las características y antecedentes de cada operación a realizar, así como del plazo en que corresponde otorgar la respectiva escritura, debiendo dicho organismo expedirse, dentro del plazo máximo de tres días contados desde el recibo de la notificación, acerca de si se encuentra o no en condiciones de escriturar dentro del plazo fijado. . .

El art. 3134 del Cód. Civil ordena: La hipoteca constituida en los términos prescriptos debe ser registrada y tomada razón de ella en un oficio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

público destinado a la constitución de hipotecas o registro de ellas, que debe existir en la ciudad capital de cada provincia, y en los otros pueblos en que lo establezca el gobierno provincial.

La Ley Registral Nacional N° 17801, artículo 2º, determina que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles... y en su artículo 3º establece: Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos, o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable. Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

Vallet de Goytisolo, en otra de sus medulosas obras, intitulada Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales, pág. 113, se formula el siguiente interrogante:

¿Es posible abstraer el derecho inscrito del título del cual deriva, y por ende, de la causa y circunstancias reflejadas en éste?

Y continúa: "Intencionalmente hemos evitado la expresión 'derechos inscribibles; y hemos enunciado 'relaciones con trascendencia registral', porque nuestro Registro de la Propiedad Inmueble (al igual que el argentino) NO ES UN REGISTRO DE DERECHOS, SINO DE TÍTULOS".

"El Registro español - dice Cossío -, a diferencia del alemán, no se limita a decirnos que tal finca o tal derecho pertenecen a una persona determinada, sino que nos informa de que tal TITULARIDAD se ha producido en virtud de tal acto o de tal contrato, y es precisamente ese acto o contrato, lo único que tiene acceso al Registro de la Propiedad".

Suspendiendo por un instante la cita, acotemos por nuestra parte, que al acto o contrato referido en el párrafo anterior, le denominamos DOCUMENTO PORTANTE, es decir, vehículo que transporta el negocio jurídico al Registro.

Y continuemos con Vallet de Goytisolo: "Ahora bien - precisa Lacruz Berdejo -, si lo que tiene acceso al Registro son los títulos, lo que el Registro publica son los derechos, o más exactamente, las TITULARIDADES. Hay, pues, que distinguir, entre lo que es objeto de la inscripción - los actos - y lo que es objeto de la publicidad registral - los derechos - . Sin embargo - continúa Vallet de Goytisolo -, no es lo mismo publicar unos derechos ABSTRAIDOS DE SU TÍTULO, que publicar esos mismos derechos CON SU TÍTULO, unidos a él, reflejando su causa, sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

finés y sus especiales estipulaciones. Rafael Núñez - Lagos, con su habitual riqueza expresiva, nos mostró la nota diferencial: "El Registro de derechos, como si dijéramos, en química, el Registro de cuerpos simples, es el resultado del aislamiento, independencia y abstracción de un elemento: el derecho subjetivo de naturaleza real. Sólo se ha producido en el B.G.B. alemán. Nada de esto ha sido recogido por la legislación española. En ella rige la teoría del título y modo; no hay contratos abstractos reales; el numerus apertus y su contenido elástico presiden la regulación de cada uno de los derechos reales; existe la posibilidad en todo momento de derechos reales sujetos a condición o término suspensivo o resolutorio; en una palabra, en España como en las legislaciones latinas, el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones. Por eso al Registro de la Propiedad no se pueden llevar derechos reales acuñados. El derecho real será la sustancia, pero en cada caso la autonomía de la voluntad acotará en el título constitutivo la forma del derecho real; el derecho real en la ley será 'lingote de oro'; pero no «moneda». El título es «crisol y troquel». La diferencia entre el Registro español y el B.G.B. alemán está en esto: El Registro español es un registro de «lingotes»; el alemán, un registro de monedas acuñadas por el Estado. Por eso, el Registro español es un Registro de derechos, porque los derechos no son «sólidos», 'acuñados' sino más bien 'líquidos', que adoptan la forma del «envase» o título que los contiene".

Vallet de Goytisolo, a continuación, en esta obra cuya lectura recomendamos, estudia diversos supuestos en los cuales, de acuerdo a la Ley Hipotecaria y demás derecho positivo español, determina el error de escindir los derechos publicitables de los títulos, o como los hemos denominado "documentos portantes", que los llevaron al Registro, y además, demuestra la imposibilidad que en la práctica se presenta, de cumplir con las reglamentaciones impuestas por la autoridad registral a sus dependencias, cuando les ordena evitar el ingreso de derechos, cargas o gravámenes de dudoso carácter real, pues, ¿dónde está la posibilidad de aislar elementos que pueden tener o no carácter real, y estimarlos meramente obligacionales?

Por nuestra parte podemos afirmar que en el campo jurídico argentino no cabe duda, a nuestro entender y en mérito de las disposiciones contenidas en el Código y en la Ley Registral Nacional, que lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble son aquellos documentos que contienen negocios jurídicos que deben publicitarse por tal medio, y que no es posible que éstos ingresen al Registro de otra manera.

En una palabra, que la exteriorización de la realidad jurídica registral es una consecuencia inmediata y necesaria de la inscripción del documento portante, el que siempre ha sido instrumentado fuera del Registro.

Estando comprendido nuestro sistema registral dentro del denominado "declarativo", su órgano, o sea el Registro, sirve únicamente como medio publicitario, y para la oponibilidad a terceros (defensa erga omnes), sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que lo afirmado varíe por la defensa de la buena fe registral - creencia. En efecto, consideramos que son claras y terminantes las disposiciones contenidas en la Ley Registral Nacional, en especial, primero: su artículo 4º que determina: La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes; segundo: las referidas a la rectificación de asientos, cuando obligan a efectuarla si existe desacuerdo entre éstos y la realidad jurídica extra - registral, teniendo al efecto siempre y sólo en consideración los respectivos documentos (arts. 34 y 35); y tercero: la que obliga a tener a la vista el TITULO INSCRIPTO EN EL REGISTRO - además del certificado pertinente - para instrumentar variaciones de derechos reales sobre inmuebles (art. 23), o el original o testimonio del instrumento antecedente no inscripto por su simultaneidad (art. 26).

Esta posición no es compartida por Spota (op. cit. pág. 85), quien, por el contrario, afirma: "El derecho real inmobiliario inscrito importa, para quien hace fe en esa inscripción y adquiere a título oneroso del que aparece en ese Registro como titular del derecho registrado, un derecho que no queda sometido a ninguna reivindicación posible, y aun cuando la inscripción sobrevino a raíz de un acto nulo o anulable (art. 1051). Con ello se ha sentado el gran principio de la adquisición del derecho según Registro, como si el derecho emanara de una suerte de acto abstracto que corta toda relación umbilical con sus antecedentes, siempre que medie buena fe y título oneroso. Es verdad que la inscripción no convalida el título nulo (art. 49, ley 17801); pero la transmisión a non domino, se trate del acto nulo o del anulable, queda convalidada en amparo del adquirente del derecho patrimonial si se trata del que obró con buena fe - creencia y ostenta una causa onerosa de adquisición".

Con el debido respeto a este autor, a quien profesamos profunda admiración y nos luce señalar que fue nuestro maestro, le opondremos:

a) Que para hacer fe de la inscripción en el Registro, la ley indica UNICAMENTE DOS ELEMENTOS, a saber: la certificación del registrador, y el título antecedente inscripto siempre, salvo que exista simultaneidad, en cuyo supuesto es elemental que se examine el "anterior título antecedente del antecedente", debidamente inscripto;

b) Que "el gran principio de la adquisición del derecho según Registro", que asegura se ha sentado con el agregado del último párrafo al art. 1051 del Cód. Civil - lo que no compartimos - rompe y desarmoniza totalmente no sólo nuestro sistema registral de prosapia latina, sino también la sistematización del Código Civil, referida a los modos de contratar sobre derechos reales. En efecto, dicho principio sólo es aceptable en el derecho anglo - sajón, o mejor todavía, en el sistema del acta "Torrens", y aun en el germano, pero jamás en el nuestro. En consecuencia, para receptor tal "gran principio" debe variarse todo el sistema; y ahora bien, como al comienzo de este trabajo puntualizamos, ¿el legislador que debe normar sobre "nuestra realidad", hará tabla rasa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con ella e importará sistemas totalmente distintos y que no se compadecen con ésta?;

c) Que la BUENA FE - CREENCIA del que va a adquirir a título ONEROSO, sólo puede estar fundada en nuestro medio mediante los recaudos que nuestra ley y nuestra costumbre imponen. Al respecto es interesante acotar que es un "invento bien argentino" el denominado ESTUDIO DE TITULOS, el que no es obligatorio realizar, es cierto, pero sí aconsejable cuando se tienen dudas sobre la bondad de los mismos. Mustápitch (op. cit., t. 3, pág. 135) dice: "Conforme a la regla del nemo plus iure condensada en el art. 3270 (Cód. Civil) y sus correlativos, se hace necesario para calificar la perfección del título de dominio, el examen de los antecedentes jurídicos que legitiman el actual dominio... Es así como la práctica jurídica representada por el Colegio de Escribanos y el Banco Hipotecario Nacional exige. .. el estudio de tales antecedentes.. . Las grandes instituciones de crédito del país, tanto oficiales (Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Nación Argentina, Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Industrial, etc.) como privadas, someten esas referencias notariales a la aprobación definitiva de sus asesorías letradas especializadas, que han contribuido notablemente, con los escribanos, en la obra de saneamiento inmobiliario del país...";

d) Que el agregado al art. 1051 viene a proteger las adquisiciones al "titular aparente - sea propietario o heredero - ", en este último caso cuyo título hereditario puede estar inscripto o no (caso del art. 16 de la Ley Reg. Nac.). Mustápitch (op. cit. pág. 429), EDICIÓN DEL AÑO 1957, es decir mucho antes de la reforma, dice al respecto: "El art. 3119 del Cód. Civil establece que para constituir una hipoteca es necesario ser propietario del inmueble, y por ello, y de acuerdo con el principio genérico del art. 3270 - nemo plus iure in alium transferre potest quem et ipse habet -, si la hipoteca fue constituida por quien no era propietario de la cosa, no sería válida, pues conforme al art. 1051 (en ese entonces sin su actual agregado), todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente al poseedor actual. Estudiaremos si estas reglas generales pueden ser aplicadas al acreedor hipotecario de buena fe, cuando el crédito con tal garantía fue constituido por un propietario aparente. Es necesario recordar que la regla del art. 3270 se halla morigerada por numerosas excepciones, dignas del talento realista del codificador... Y es así que, siguiendo este viejo principio romano que ya había sido morigerado por el aforismo error communis facit jus, Alsina Aienza encontró en el planteamiento de los derechos particulares en colusión con los de terceros, que los autores franceses se agrupaban alrededor de dos figuras cumbres: Durantón y Demolombe. Durantón, inflexible en el viejo principio, no cedía ni ante los legítimos derechos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terceros que pudieran ser injustamente afectados. En cambio Demolombe, con criterio verdaderamente jurídico, es decir, SOCIAL, lo que equivale a decir humano, nucleó la gran mayoría de la doctrina; sostenía así que "la base principal, es la buena fe de los terceros, la seguridad indispensable en las adquisiciones a título oneroso, la equidad, el orden público, el interés general, en fin, la Sociedad". He aquí - continúa Mustapich - en pocas palabras asentados los fundamentos del derecho aparente, que en materia de hipoteca se traduce en la regla moderna de que la hipoteca constituida a favor de un tercero de buena fe por quien en virtud de un título regular era propietario aparente de un inmueble, debe mantenerse vigente en interés del acreedor aun frente al verdadero propietario y sus causantes. Así lo enseñan y afirman la autoridad de Baudry - Lacantinerie y De Loynes, Aubry y Rau, Colin y Capitant, Planiol y Ripert. La doctrina nacional observa este criterio: Fornieles, Cammarota, Alsina Atienza, Salvat, Fernández, Rayces, Segovia, Busso, Juan A. García, David Ovejero. La jurisprudencia ha recogido esta enseñanza en forma reiterada. Esta es la doctrina exacta que ha interpretado debidamente la letra y el espíritu de la obra de Vélez Sársfield, en cuyo aspecto se ha separado totalmente de Durantón, siguiendo a toda la doctrina francesa encabezada por Demolombe y ratificada por Freitas, cuyo Esboco en este punto determinó finalmente la aceptación de ella. Sin la aceptación de esta doctrina - finalizaba Mustapich -, el crédito hipotecario, de tan relevante función económica y social, carecería de seguridad, y como la seguridad es una base fundamental del derecho y de la convivencia humana, habríamos destruido, en aras de intereses particulares, cuantiosos intereses colectivos de todo orden.

Finalmente, a mayor abundamiento, y para terminar con este capítulo de nuestro trabajo, diremos que la Ley Registral Nacional establece la necesidad del ingreso del "documento portante", para: a) la forma y procedimiento como debe efectuarse la matriculación [art. 10]; b) la determinación del tracto sucesivo [art. 15]; c) la del tracto abreviado [art. 16]; d) cuando establece cómo funciona el principio de prioridad propiamente dicha, es decir, entre documentos que contienen negocios jurídicos incompatibles [art. 17]; e) cuando determina los efectos del principio de prioridad indirecta o "bloqueo registral" [art. 23]; f) la nota de inscripción que debe insertarse en el documento anotado [art. 28]; g) Registro de anotaciones personales [art. 31 in fine]; h) inscripciones provisionales, preventivas y notas aclaratorias [art. 33]; i) rectificación de asientos, ut - supra mencionada [arts. 34 y 35]; y j) cancelación de inscripciones y anotaciones [art. 36].

III. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Estando convencidos de que el sistema registral más afín al instaurado por nuestras recientes reformas legislativas es el español, al desarrollar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

este tema y los que continúan, referidos al motivo específico de este trabajo, nos apoyaremos en el estudio de tratadistas españoles y cubanos, por cuanto estamos convencidos que los alemanes, que estudian las instituciones de su respectivo sistema registral, no tienen mayor atinencia con el nuestro.

Podemos decir que el PRINCIPIO DE PRIORIDAD es el que deviene de la máxima romana: *prior in tempore potior in iure*, es decir: el primero en el tiempo, mejor en su derecho, como ya lo mencionáramos precedentemente (capítulo I, inc. b).

Carmelo Mesa Lago, en su obra *La reserva de prioridad*, pág. 17, determina que de la voz latina "prior" se deriva la palabra prioridad, que según el Diccionario de la lengua significa anterioridad de una cosa respecto de otra en tiempo o en orden, y Max Radin (citado por este autor) en su *Law dictionary*, que es el derecho a ser pagado o a tener una obligación satisfecha, ante que otra persona (confundiendo, a nuestro juicio, prioridad con preferencia o privilegio).

Manuel Dorta Duque, citado también por dicho autor, da el siguiente concepto: "El principio de prioridad fija la preferencia del título inscrito respecto del no inscrito y entre títulos inscritos sobre el mismo inmueble, por el orden de inscripción; obedeciendo a la *ut supra* consignada fórmula romana".

Como hemos tenido oportunidad de exponer anteriormente. Esta fue la razón de que desarrolláramos una breve reseña de la hipoteca en el derecho romano, esta fórmula otorgaba superioridad a una hipoteca sobre otra, en razón de la fecha anterior en que ésta se había constituido. Allí señalamos que, desconociéndose el sistema publicitario registral, se daba preeminencia, "clase superior", a uno sobre otro en razón, como decimos, de la fecha de constitución. Este principio, y conforme con la definición, diríamos funcional, de Dorta Duque, se traslada al Derecho Registral, con esta diferencia: se atiende no a la fecha de constitución sino a la fecha de inscripción en el Registro.

La ley argentina adopta una posición ecléctica, tanto en el caso de la inscripción de una hipoteca (art. 3136 del Cód. Civil), como de los restantes derechos reales (art. 5º de la Ley Reg. Nac.), ya que cumpliendo determinados requisitos, el documento queda inscripto no por la fecha de su ingreso al Registro, sino que se retrotrae a la fecha de su constitución. Transcurrido por el contrario el plazo de presentación al registro establecido, la prioridad juega en forma inversa, es decir, por la fecha de su presentación. A los efectos de demostrar tal acerto transcribimos ambas disposiciones:

El art. 3136 del Cód. Civil establece: Si constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo (6 días, o un día más por cada dos leguas, según la distancia entre el Registro y la escribanía actuante, conf. art. 3137), un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley.

El art. 5° de la Ley Nac. Reg. dispone: Las escrituras públicas, con excepción de las de hipoteca (en virtud de la disposición mencionada anteriormente del Código que fija un plazo menor) que se presenten dentro del plazo de 45 días contado desde SU OTORGAMIENTO, SE CONSIDERARAN REGISTRADAS A LA FECHA DE SU INSTRUMENTACIÓN.

Consideramos a esta solución un gran acierto, que se complementa con otro, el del llamado "bloqueo registral" - que no es más que una reserva de prioridad indirecta -, sancionado por los arts. 22, siguientes y concordantes de la Ley Registral Nacional.

Es más; nos atrevemos a afirmar que este sistema nuestro es de los más perfeccionados, dentro de los sistemas registrales de tipo latino, ya que otorga paz, seguridad y firmeza a las transacciones inmobiliarias, sin recurrir a instituciones instauradas en derechos no romanistas (caso de las "priority notices" inglesas)

Ya dentro del aspecto doctrinario de este principio de prioridad, dentro del derecho registral, podemos decir que opera de dos maneras distintas, a saber:

1°) Tratándose de derechos reales inmobiliarios de titulación contradictoria, como EXCLUYENTE. En su mérito, el Registro debe rechazar en algunos casos, o devolver con nota provisoria - según las distintas legislaciones -, el documento portante, hasta tanto se clarifique su situación.

El art. 17 de la Ley Reg. Nac. dispone que inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible... y el siguiente artículo, el 18, determina que no obstante lo dispuesto en el anterior, y a los efectos a que hubiere lugar por derecho, el Registro procederá a devolver el documento que resulte rechazado, dejando constancia de su presentación, tanto en el Registro como en el documento mismo. La forma y tiempo de duración de esta anotación serán los que rigen respecto de la inscripción provisional... y que cuando la segunda inscripción o anotación obtenga prioridad respecto de la primera, el Registro informará a quien tuviere interés legítimo de la variación producida.

2°) En relación con derechos reales susceptibles de coexistencia o concurrencia, determinando su ORDEN DE PRELACIÓN, SU GRADO - también llamado RANGO por los tratadistas españoles.

El art. 19 de la Ley Reg. Nac. determina que la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el art. 40, el que a su vez establece que el Registro llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda.

En consecuencia, podemos decir que el principio de prioridad, según

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actúe sobre de derechos incompatibles (dos ventas sobre el mismo inmueble), tendrá función EXCLUYENTE, la que en nuestro sistema NO SERA RESUELTA por el registrador sino por el juez; y sí opera sobre derechos compatibles, señalando su grado o rango, o su preferencia. Creemos conveniente determinar ahora cuál es la situación referida al principio de prioridad en cuanto a su trato en la legislación comparada.

Existen dos sistemas: 1) El sistema cronológico, que fija la prioridad según el tiempo, o sea la fecha de la inscripción; y es seguido entre otras naciones por España, Francia, Cuba, etc. Dentro de este primer sistema puede haber algunas variaciones, según que la prioridad se determine por la fecha de presentación al Registro del documento portante, o se la determine por la fecha de la inscripción definitiva de dicho documento.

2) El otro sistema es el denominado espacial, y que fija la prioridad según el lugar que el respectivo asiento ocupe en el libro registral. Ahora bien, como las inscripciones también en este sistema hay que efectuarlas según el orden cronológico de la presentación de los sucesivos documentos, de comienzo podría suponerse que sería similar al sistema anterior, pero se determina la nota diferencial de la siguiente manera: supuesto caso en que no coincida el lugar con la fecha de presentación, prevalecerá el lugar sin consideración a la fecha de presentación.

En una palabra, en el sistema espacial (que es el germano), la importancia fundamental está dada por el orden en el que se efectuaron los asientos, es decir por el lugar que ocupan en el libro registral, mientras que en el sistema cronológico carece de importancia el lugar que ocupa cada asiento, por cuanto la prioridad se determina por la fecha (ya sea de la presentación, o la de la inscripción definitiva).

IV. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y EL RANGO

Refiriéndonos ya concretamente al problema de la prioridad respecto a derechos compatibles, es decir, a la fijación de su respectivo rango, veremos que la diferenciación de ambos sistemas no es, sin embargo, totalmente absoluta, especialmente en el sistema espacial. Concretando, ¿cómo se fija EL RANGO en el sistema alemán?

1º) Si los derechos se hallan en una misma sección de la hoja del registro, adquieren el rango correspondiente al sitio que ocupan en el folio (lokus prinzip);

2º) Si los derechos inscriptos se hallan en secciones distintas de la hoja del registro, adquieren el rango de acuerdo con el orden consecutivo de fechas; es decir no como en el punto anterior, por la ubicación en el folio, ya que están en secciones distintas, sino por la sucesión de las indicaciones de tiempo. Wolf da un ejemplo - citado por Mesa Lago - y es el siguiente: El Sr. A. presenta por la mañana una solicitud de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inscripción de una hipoteca forzosa; el Sr. B. presenta otra por la tarde del mismo día, y el registrador irreglamentariamente inscribe la primera hipoteca para B. y una segunda para A.; el registro inmobiliario es exacto, y el derecho de A. queda reducido a una pretensión de indemnización contra el Estado.

Tanto en España como en Cuba rige el sistema cronológico para la fijación del rango. La preferencia y eficacia de los títulos inscriptos o anotados se determina por el orden de fechas en que hayan ingresado al Registro, dentro de las condiciones fijadas por la respectiva ley.

V. EL RANGO. SU CARACTERIZACIÓN, SU VALOR ECONÓMICO, SUS MODIFICACIONES

Dice Mesa Lago que por rango debemos entender la relación que se establece entre derechos reales compatibles, por la cual se crea un orden, prelación o preferencia entre ellos. Cita también a Ignacio de Casso Romero, para quien por rango registral o hipotecario se entiende el lugar que ocupan en el Registro los derechos reales inscriptos para determinar la preferencia entre sí. Y agrega Mesa Lago que, por tanto, el concepto de rango es un concepto de relación imposible de concebir de modo aislado; hay que relacionarlo con otros derechos para que surja la preferencia o inferioridad.

Ahora bien, en virtud de este concepto de relación que como dice Mesa Lago es imposible de concebir de modo aislado, preguntamos: ¿Puede adjudicársele un valor económico al rango?

La hipoteca que ingresa al Registro, pongamos por caso, accediendo a un crédito, y cuya hipoteca se inscribe en tercer grado, tiene todos sus atributos y efectos, pero, como es lógico, corre el riesgo de que en caso de ejecutarse cualquiera de las garantías hipotecarias inscriptas sobre el mismo bien no alcance el producido de su venta a satisfacer el crédito que ella garantiza, ya que se encuentra en inferioridad por cobrar en tercer lugar. Por lo tanto, todas las hipotecas tienen el mismo privilegio que le otorga la sistemática jurídico - legal de tal garantía; pero en función del rango que cada una de ellas ocupa, indiscutiblemente tendrá más valor la de primer grado que la de segundo, y así sucesivamente; por eso el autor que nos ocupa dice: El rango tiene un valor en sí, constituyendo una ventaja aneja al derecho real que va con él; una hipoteca tiene valor como derecho real de garantía, pero si ocupa el primer puesto preferencial en el Registro tiene un mayor valor: derecho real MAS rango, IGUAL doble valor.

Roca Sastre - también mencionado por Mesa Lago - dice: Consecuencia de todo ello es la substantivación del rango (del rango en los países que siguen el sistema cronológico como determinante de la prioridad; del puesto en los países mantenedores del lokus prinzip), o sea la consideración del rango en sí mismo, como algo substantivo, de un valor ínsito y de consistencia propia, independiente al derecho al que sirve o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede servir. Por lo tanto, para este autor el rango tendría un valor en sí, autónomo, independizado del derecho al que está anejo. Y más adelante se pregunta: ¿Es negociable el rango? ¿Y si lo es, cuándo podrá contratarse sobre él?

Y el mismo Mesa Lago se responde: "En principio podemos decir que el rango es negociable en la mayoría de los países, aunque lo es más en aquellos que aceptan la autonomía del mismo, y mantienen el sistema registral germano. En efecto, si el rango tiene un valor ínsito y puede incluirse entre los bienes patrimoniales, es indiscutible que puede ser objeto de contratación, pero sólo cuando se concibe el rango como algo independiente o autónomo del derecho con que está relacionado. En cuanto al sistema, es más concebible en el de los puestos fijos, pero no podemos excluirlo del sistema romano. Así en España, a pesar de mantener el sistema de avance automático se conocen varias formas de negociar el rango, y se llegó por el Proyecto Porcioles, a aceptar la negociabilidad del mismo. Si el rango en sí mismo contemplado, tiene la consideración de un valor patrimonial, no hay dificultad alguna para que dentro de la oportuna reglamentación se admita el juego de la voluntad en lo referente a él, aceptándose por tanto el principio de la negociabilidad del rango. Así puede ser objeto de pactos o convenios particulares".

Trasladando el problema a nuestro derecho positivo, pensamos que en virtud de lo estipulado por el art. 1169 del Cód. Civil, que determina: "la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria", que en su nota el codificador nos explica: si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha..., entendemos que el rango sí es susceptible de una apreciación pecuniaria para el acreedor de rango inferior, ya que su negociación o trueque por un rango superior le significa una posibilidad efectivamente mayor de cobrar su crédito en caso de ejecución del bien, y por tanto existe la ventaja apreciable en dinero.

Por otra parte, ninguna disposición de orden público se opone a la negociación del rango, y entendiendo que el mismo tiene un efectivo valor económico, cumple con el requisito del art. 953, primer párrafo, que determina que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio.

El art. 1444, por su parte, dice: Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito.

Consideramos dable destacar que para nosotros, la negociación del rango no se extiende en sus efectos más allá que al avance en el lugar, del mismo privilegio, sin que ni el crédito ni las condiciones del contrato de hipoteca varíen en principio. No se trata, en consecuencia, de una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cesión de créditos stricto sensu (art. 1434), pues en esta figura lo que se transfiere es un crédito, cuya propiedad pasa al cesionario (art. 1457) con todos sus accesorios (fianza, hipoteca, etc., art. 1458). Ni de una permutación también en sentido estricto (arts. 1436 y 1485), pero por analogía algunas de sus normas podrán ayudarnos a elucidar, en cierta medida, la problemática que la negociación del rango nos irá proponiendo, referida principalmente al consentimiento de terceros extraños a su convención, a notificaciones, etc.

VI. DEL AGREGADO AL ARTÍCULO 3135 DEL CÓDIGO CIVIL

El agregado efectuado al art. 3135 del Cód. Civil establece: ...Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar.

En virtud de tal disposición, se recepta legislativamente LA RESERVA DE RANGO.

Sobre esta norma, Spota, ob. cit., pág. 93, nos dice: "La ley de reformas rompe con el principio de que no hay hipoteca sin crédito, tal como surge de la definición que de la hipoteca nos ofrece el art. 3108 y de lo establecido en el precepto siguiente (art. 3109). En verdad, se ha agregado al art. 3135 - que establece el requisito de la inscripción del derecho de hipoteca para que adquiera eficacia frente a terceros - una fundamental disposición por la cual el propietario del bien gravado con hipoteca puede reservarse, al constituirse aquel gravamen y con consentimiento del acreedor, «otra (hipoteca) de grado preferente», debiéndose expresar «el monto a que ésta podrá alcanzar»".

Y continúa Spota: En otras palabras: nos hallamos ante una "hipoteca", pero sin acreedor, a la espera de que surja ese crédito y dentro del máximo convenido con el hipotecario de ulterior grado. Se acerca ello a la hipoteca del propietario, o sea aquel instituto que la doctrina alemana ha calificado de "figura singularmente notable" (J. W. Hedemann, Derechos reales...) Es verdad que no se trata de la típica hipoteca del propietario que reglan los arts. 1163 y ss. del Cód. Civil alemán. Pero, el convenio sobre reserva del rango hipotecario y a la espera de que llegue a nacer el nuevo crédito que tendrá una jerarquía o preferencia superior a la del crédito existente y en favor de un acreedor hipotecario cuyo rango será de ulterior grado, conduce a resultados que observan cierta similitud con la hipoteca del propietario, aun cuando con la modalidad de hipoteca de "máxima". La utilidad del nuevo instituto - que aun podría entenderse admitida por el Cód. Civil antes de su reforma y en razón del efecto del principio de la autonomía de la voluntad contractual - es puesta de manifiesto en la doctrina alemana con este ejemplo inherente al ramo de la construcción: "el que emprende una obra, sin disponer de capital, al adquirir el solar a crédito (a fin de edificar) generalmente sólo podrá dar al vendedor en garantía del precio una segunda hipoteca, al objeto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poder conceder más tarde la primera hipoteca a quien le dé un préstamo refaccionario (Martin Wolf, Derecho de cosas...) Pero la significación económica de la reforma introducida es aún más amplia: puede la reserva de grado tener por objeto brindar seguridad jurídica a un crédito eventual», es decir, 'futuro', que llegue o no a existir (art. 3109, v.: Segovia...) O sea, que aun siendo la hipoteca un accesorio del crédito, no por ello debe nacer coetáneamente con ese crédito. Las exigencias del tráfico jurídico así lo imponen, como adviene en variados supuestos (garantía de cuenta corriente o de una obligación futura o condicional [art. 3116]; v.: Rossel y Mentha, Manuel de droit civil suisse...).

En otros términos: ya el deudor hipotecario se reserva el grado «vacío», ya lo destina a un crédito eventual o a un crédito futuro, brindándole desde entonces la seguridad hipotecaria, ya esa reserva se origina por acuerdo entre el acreedor de primer grado y el deudor, de modo que pasa aquél, v.gr., a tercer grado, quedando incólume y sin lesionar la situación jurídica del hipotecario de segundo grado, así como de todo tercero interesado, rigen los principios atinentes a la llamada convención - ley (art. 1197), en cuanto los mencionados pactos no son prohibidos por el ordenamiento; además, todo aconseja una extensión o aplicación analógica de la 2ª parte del art. 3135. La reserva del grado hipotecario o rango en favor del propietario, tanto puede sobrevenir al constituirse la hipoteca de ulterior grado como al convenir el propietario con el titular de la hipoteca ya constituida. Todavía los acuerdos entre hipotecarios de grados distintos para trocar el rango entre ellos deben entenderse admitidos, y esto aun cuando existan inscritas hipotecas de grados intermedios: aquellos acuerdos no perjudican a estos derechos, ya que se trata de res inter alios acta (arts. 1195 - in fine - y 1199). Para todo ello no se requiere contar con una norma similar a la del art. 880 Cód. Civil alemán. Así como en la doctrina española llega a admitirse la reserva de rango, aun sin contar con un texto expreso como el art. 881 Cód. Civil alemán - que establece esa reserva (rangsvorbehalt) -, o como nuestro nuevo art. 3135 (v.: Pérez González y Alguer . . .), así también debemos aceptar entre nosotros que la alteración del rango (comprendiéndose la indicada hipótesis de la cesión de grado) se subsume, implícitamente, en el supuesto de hecho del mentado art. 3135, según su nueva redacción".

Las implicancias, adiciones y consideraciones de nuestro apreciado maestro, transcriptas precedentemente, nos permitimos no compartirlas en su totalidad, por lo que antes de entrar de lleno en la consideración ordenada de las tres variaciones posibles del rango (la reserva, la permuta y la posposición) efectuaremos una sucinta y sí que modesta crítica.

Comienza Spota afirmando: "La ley de reformas rompe con el principio de que no hay hipoteca sin crédito... - pero más adelante, citando a Segovia, dice - ... Pero la significación económica de la reforma introducida es aún más amplia: puede la reserva de grado tener por objeto brindar seguridad jurídica a un crédito 'eventual', es decir, futuro,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que llegue o no a existir...". Esto, como él mismo lo reconoce al citar en ambas ocasiones al art. 3109 del Cód. Civil, YA ESTABA PERMITIDO ANTES DE LA REFORMA. En efecto, dicho artículo (así como el art. 3153) establece que la hipoteca puede garantizar aun créditos SUJETOS A CONDICIÓN, O INDETERMINADOS EN SU VALOR, O EVENTUALES, U OBLIGACIONES DE HACER O NO HACER, O PRESTACIONES EN ESPECIE. Lo que en cualesquiera de dichos supuestos sí se exige, es que se justiprecie estimativamente su valor cierto en dinero (al igual que la reforma del art. 3135), y que se determine en el documento constitutivo de la hipoteca.

En una palabra, el art. 3109 ya también permitía que se garantizara con hipoteca cualquier tipo de obligación, por improbable y aleatorio que fuera su efectivo cumplimiento, ya que si éste efectivamente no sucedía, la accesoriedad que es de la naturaleza de la hipoteca la hacía sucumbir con aquélla (ver también argumento del art. 3116 no reformado). Lo que siempre se ha requerido, y en esto no se ha innovado, es que EL QUE HIPOTECA - sea deudor de la obligación o un tercero -, SIEMPRE SEA EFECTIVAMENTE PROPIETARIO DEL BIEN (arts. 3117, 3119, 3123, 3126, 3127). "El principio que la ley de reformas sí rompe" es el de que NO HAY HIPOTECA SIN DETERMINACIÓN DE QUIEN SERA EL ACREEDOR ab initio (conf. art. 3131 inc. 1º).

Referente a la "hipoteca del propietario" y al ejemplo de Wolf, ya hemos afirmado que mientras no se varíe el sistema de avance por el de puestos fijos, la hipoteca del propietario, así como mantener la reserva de puesto al cancelarse las hipotecas anteriores, no podrá suceder. Pero si la utilidad principal de tal instituto es afectar el primer grado para refacciones o construcciones - el ejemplo de Wolf -, es dable destacar que desde muy antiguo se practica en nuestro país. En efecto, tanto el Banco Hipotecario Nacional como la Dirección de Préstamos Personales y con Garantía Real) de la Secretaría de Estado de Vivienda, diversas Cajas provinciales y municipales, etc., etc., exigen que sus créditos siempre gocen del primer grado, por lo que es usual al efectuarse la compraventa con saldo de precio, que el vendedor pase por tal saldo a ocupar el segundo grado. Y aun sin intervenir tales instituciones públicas, en la esfera privada, también ha sido corriente esta situación, con el agregado de que en la primera hipoteca fuera siendo integrado su monto en cuotas, a medida que avanzara la construcción.

Y finalmente, en cuanto a considerar a los acreedores de grados intermedios como ajenos siempre a las variaciones de rango - caso de la permuta -, ya veremos cuándo a nuestro juicio, debe pedírseles necesariamente que presten consentimiento, pues su privilegio sí puede verse afectado.

VII. LA RESERVA DE RANGO

Es el caso expresamente determinado por el art. 3135, última parte, ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transcripto. ¿Qué partes intervienen para constituir esta figura jurídica? Al comienzo son dos: el acreedor y el propietario del inmueble dado en garantía; y recién cuando llegue a efectivizarse por una concertación de la hipoteca que ocupará el grado reservado, lógicamente el acreedor de ésta.

Para nosotros, la reserva de rango se asimila a "un derecho en expectativa".

Aun cuando la norma comienza diciendo: "al constituir la hipoteca. . . entendemos que nada obstaría a que tal pacto se conviniera a posteriori, cumpliendo con los mismos requisitos de escrituración e inscripción que el contrato originario.

De los terceros ajenos a la relación hipotecaria:

a) acreedores hipotecarios: I. Caso de acreedores hipotecarios con un rango superior: Ocurriría en el siguiente supuesto: Existe constituida una hipoteca en primer grado; al constituir otra hipoteca que debería ocupar el segundo rango, el deudor conviene con este nuevo acreedor en constituir la en tercer grado, dejando el segundo grado abierto. Entendemos que no es necesario el consentimiento del primer acreedor, ya que nada en este pacto posterior afecta su rango.

II. Caso de que al constituirse la hipoteca, se reserve el primer rango, pasando a ocupar ésta el segundo lugar. A posteriori, el deudor contrata otra hipoteca más con un tercero, que pasa a ocupar el tercer grado. Luego, cuando se va a efectivizar la reserva sobre el primer grado, ¿será necesario requerir el consentimiento del tercer acreedor? Entendemos que tampoco es necesario requerírsele, por cuanto por nuestro sistema registral, por la certificación, debió necesariamente conocer que existía un primer grado reservado así como el monto de su cobertura. Es oportuno hacer notar que si nuestra ley registral no exigiera tal certificación, y como ella está adherida al sistema de avance, entonces quizás este tercero acreedor podría verse perjudicado, caso de que no hubiera consultado al Registro sobre la situación actual del inmueble y/o el deudor hubiera silenciado tal circunstancia, poniendo en movimiento al art. 173 inciso 9º del Código Penal.

b) Otra clase de acreedores: Caso de los embargantes, de los inhibientes, o de otros acreedores registrados por medio de una anotación de litis u otras medidas cautelares.

Debemos analizarlo solamente para el supuesto de que fuera a efectivizarse la reserva del rango y no al momento de constituir la, porque no podría en varios de estos casos haberse realizado el contrato de hipoteca con el acreedor que dejaba libre el primer grado, porque no se lo hubiera permitido nuestra mecánica legal.

En efecto, puede constituirse una hipoteca; dejando de lado por un momento con reserva de rango, hablemos de una hipoteca pura y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

simple, existiendo embargos anotados o anotaciones de litis, pero siempre que el acreedor tome a su cargo las resultas de los juicios en los que tales medidas cautelares se ordenaron.

Por el contrario, sabido es que no puede realizarse ningún tipo de contratación existiendo anotada otra medida cautelar como es la inhibición.

Por lo tanto analizaremos el problema referido al momento en que la reserva de rango se pretende efectivizar. Al respecto iremos considerando el problema referido a los distintos acreedores.

I. Acreedores con embargos anotados: En este supuesto entendemos que sin reconocerle rango hipotecario al embargo, por cuanto se trataría de la asimilación de dicha medida cautelar a las llamadas hipotecas judiciales, no admitidas por nuestro Código, de todas maneras es un gravamen de índole real. (Si el acreedor embargante tuviera "rango hipotecario" podría permutarlo con acreedores hipotecarios, lo que nos parece absurdo).

Cuando el acreedor solicitó el embargo sobre el inmueble, la reserva de rango ya estaba inscrita, pero no efectivizada. Si se sostuviera que no es necesario su consentimiento, se agravaría ostensiblemente la posibilidad a percibir el monto de su crédito. Por ello entendemos imprescindible requerir su anuencia, por cuanto, y es del caso repetirlo, para nosotros la reserva de rango no es más que un derecho en expectativa; al juez que ordenó la medida debe requerírsele que oficie al Registro de la Propiedad ordenando su levantamiento.

Creemos que por analogía puede invocarse al respecto lo dispuesto por el art. 1465 del Cód. Civil, incluido en el título de la Cesión de créditos, que establece: La notificación o aceptación de la cesión, será sin efecto, cuando haya un embargo hecho sobre el crédito cedido; pero la notificación tendrá efecto respecto de otros acreedores del cedente o de otros cesionarios que no hubiesen pedido el embargo.

II. Acreedores inhibientes: Por lo dicho al comienzo de este punto, no sólo es imprescindible contar con su consentimiento, sino que éste debe ser prestado en sede judicial, es decir, que conste en el juicio - en que tal medida se decretó - y que el juez oficie al Registro de la Propiedad para que se admita la inscripción de la nueva hipoteca sobre rango reservado.

III. Con anotación de litis: El litigante que pidió tal medida cautelar, y por las mismas razones explicadas con referencia al embargante, también debe prestar su consentimiento, no siendo a nuestro juicio necesario que lo haga en sede judicial. Al juez que ordenó la medida debe requerírsele que oficie al Registro de la Propiedad ordenando su levantamiento.

IV. Referido a los titulares de otros derechos reales (usufructuarios de uso y habitación, etc.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si tales derechos reales hubieran sido concertados con anterioridad al contrato hipotecario con reserva de rango, al constituirse aquél y luego al efectivizarse ésta no sería necesario requerir su consentimiento.

En el supuesto inverso, es decir que la hipoteca concertada con reserva de rango se formalizara antes de la constitución de estos derechos reales, al contratarse los mismos quedan sujetos a las resultas de dicha hipoteca, la que si se ejecutara dejando de lado la situación del rango aún no cubierto afectaría sus derechos, sin que pudieran oponer defensas válidas.

Al efectivizarse la reserva de rango por la constitución de una nueva hipoteca, sobre tal grado reservado, posteriormente a la convención que formalizó a estos otros derechos reales, y como ellos habían sido concertados existiendo tal reserva, tampoco será necesario requerirles consentimiento. Consideramos conveniente, sin embargo, que se los notificara del tal hecho.

A todo este respecto es dable destacar lo dispuesto por el art. 1195 del Código, que establece en su último párrafo: ". . . Los contratos no pueden perjudicar a terceros", y ésta es la regla fundamental para determinar la necesidad o innecesidad de requerir el consentimiento en los casos que hemos analizado precedentemente, así como también el art. 1 - 199, primera parte, cuando dice: "Los contratos no pueden oponerse a terceros..."

Consideramos también necesario señalar que al constituirse la hipoteca que ocupará el grado reservado, se efectúe la inscripción dentro del plazo legal determinado por los artículos 3137 y 3149 del Cód. Civil.

Resumiendo: Lo que la reserva de rango determinada por el art. 3135 da, es un derecho en expectativa y por lo tanto no puede afectar los derechos de terceros anteriores a su efectivización, salvo con respecto a los que hayan contratado en forma voluntaria sobre el bien, por cuanto en este caso la publicidad registral los advertirá de ese derecho en expectativa que podrá efectivizarse sin su consentimiento.

Haremos ahora una crítica al agregado al art. 3135.

Nos parece que es insuficiente exigir solamente la determinación del monto al cual la hipoteca que se constituya sobre el grado reservado alcanzará. Entendemos que debería también haberse obligado a que se establecieran: el plazo de dicha hipoteca eventual, el monto de los intereses y hasta quizás la forma de restituir el capital (en cuotas o íntegramente), así como algunas otras cláusulas especiales, que podrían eventualmente afectar al acreedor pospuesto y/o a otros contratantes posteriores, todo ello principalmente por las razones que expresaremos más abajo en el capítulo X.

VIII. LA PERMUTA DE RANGO

Es el contrato por el cual un acreedor de segundo o ulterior grado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

permuta el mismo con otro acreedor de rango superior.

Hay que analizar varios supuestos:

a) La permuta se realiza entre acreedor de segundo grado que avanza, con acreedor de primer grado que retrocede. En este caso no vemos ningún inconveniente ni necesidad de pedir consentimiento ni al deudor por cuanto los gravámenes están sobre el bien, ni a ninguno de los otros acreedores embargantes o aun inhibientes, y todo ello en razón de que en este contrato no será parte el deudor que está inhibido de disponer de sus bienes; en este contrato actuarán dos terceros que son los acreedores hipotecarios. La permuta debe recibir el mismo trato que si un acreedor hipotecario cediera su crédito a un tercero, no requiriéndose el consentimiento de nadie, y sí sólo corresponde notificar al deudor. Al respecto podemos aplicar por analogía la disposición del art. 1460 que dice: La notificación de la cesión será válida, aunque no sea del instrumento de la cesión, si se le hiciere saber al deudor la convención misma de la cesión, o de la sustancia de ella.

Ningún acreedor podría argüir que se ha afectado algo clandestino en perjuicio de sus intereses, toda vez que para concertar la permuta de rango sería necesario instrumentarla en escritura pública e inscribirla en el Registro de la Propiedad Inmueble. (Ver Código Civil arts. 994, 995 y los ya mencionados 3137 y 3149).

b) Permuta de rango entre un acreedor de tercer grado y un acreedor de primer grado.

En este caso existe un tercero que sería el acreedor en 2º grado. Entendemos en este supuesto que para la perfectibilidad de este contrato sería necesario el consentimiento de dicho tercero, solamente cuando la hipoteca que avanza fuera de un monto superior al de la hipoteca que retrocede o si tuviera un plazo menor. Si por el contrario fuera de un mismo monto, o de un monto inferior la que avanza, y de un igual plazo o de un plazo mayor la que avanza, en una palabra, si no se afectara la situación de la hipoteca en 2º grado, creemos que a su titular no sería necesario pedirle consentimiento.

Con referencia a los otros acreedores que tuvieran medidas cautelares anotadas sobre el inmueble, no es necesario su consentimiento, porque son ajenos a este tipo de relación contractual.

Finalmente analicemos este otro supuesto: Existe un acreedor A. que tiene constituida una hipoteca en 1er. grado y otra en 3er. grado. Y existe un acreedor B. que tiene una en 2do. grado. Nada obsta a que este acreedor A. tenga constituida dos hipotecas sobre el mismo bien, que nunca se confundirán, porque la confusión es una figura en nuestro derecho que opera sola y únicamente cuando el acreedor deviene en propietario o viceversa. Creemos que en este supuesto debe actuarse de la misma forma que la determinada en el caso anterior.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IX. POSPOSICIÓN DE RANGO

Esta se produce en una forma semejante a la de la permuta de rango, con la única diferencia de que no se trata de dos derechos ya vigentes e inscritos, sino que el derecho de hipoteca que ocupará el grado preferente se constituye simultáneamente a la cesión del rango por parte del acreedor que retrocede.

Serán partes en este supuesto, el deudor hipotecario, el acreedor que retrocede y el tercero que concierta con aquél una hipoteca que ocupará el grado de éste.

Referido al consentimiento de terceros ajenos a tal relación, nos remitimos a lo determinado con respecto a la "efectivización de la reserva de rango".

Agreguemos que en este supuesto puede producirse el mismo caso tratado en el último párrafo del capítulo anterior, es decir, que puede ser una misma persona la que ingresa con su flamante hipoteca en primer grado y la que retrocede con otra hipoteca a un grado posterior. Entendemos que el tratamiento tiene que ser igual al que determinamos para la reserva de rango cuando se efectiviza, porque ambas figuras jurídicas tienen un común denominador, a saber: son derechos, en la primera en expectativa, en la segunda que recién se plasmará y por tanto no pueden afectar situaciones anteriores a su constitución.

En caso de existir acreedores hipotecarios de grado intermedio, debe operarse en la misma forma que establecimos al tratar tal situación en la permuta de rango (capítulo VIII - punto b).

X. SU VIABILIDAD EN EL MEDIO AMBIENTE NEGOCIAL ARGENTINO

Bajo este título nos referiremos a la posibilidad efectiva, a la conveniencia, diríamos incluso a la facilidad con que las tres figuras puedan ser utilizadas en el mercado hipotecario argentino. Entendemos que nada se opondría a su frecuente utilización, pero para que el mercado hipotecario se sanee consideramos como presupuesto indispensable que exista una seguridad, una paridad monetaria que se mantenga sin oscilaciones notables, por cuanto el solo hecho de constituir hipotecas de ulterior grado al primero, ya en un medio ambiente distorsionado como es el nuestro en los últimos años, lo torna herramienta o arma de la usura. Por el contrario, si llegamos a obtener en nuestro país que las condiciones financieras sean estables, auguramos un gran desarrollo a estas tres figuras, puesto que permitirán la movilización de capitales necesarios para el desenvolvimiento de la industria, del comercio, de la construcción.

XI. CONCLUSIONES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si bien sosteniendo que la permuta y la posposición de rango son factibles de realizar dentro de nuestro mercado hipotecario, por las reglas de la libertad de las convenciones, consideramos conveniente la sanción de disposiciones legales que las organizaran armónicamente.

Hasta tanto, creemos que para la actividad notarial a este respecto deben seguirse las normas en cuanto a consentimiento de terceros se refiere, que hemos puntualizado al tratar cada figura, y que a grandes rasgos son las siguientes:

Tratándose de reserva de rango o de posposición de rango, debe requerirse el consentimiento de los acreedores hipotecarios intermedios y de los acreedores que hubieran anotado medidas cautelares sobre el bien, con anterioridad a la efectivización de la reserva de rango o a la contratación de la posposición de rango, y abstenerse de realizar ningún tipo de contratación existiendo inhibiciones.

Agreguemos finalmente que deben respetarse los plazos de inscripción (arts. 3149 y concordantes del Código Civil) de las respectivas escrituras que contengan este tipo de convenciones.