

# La toma a cargo de la hipoteca en la compraventa. Sus efectos sobre la continuidad de la deuda\*

Alberto Contepomi

*Sumario: 1. Introducción. 2. La cuestión jurídica. 3. Transmisión de obligaciones. 4. Pago por un tercero. 5. Venta de inmuebles hipotecados. Toma a cargo de la hipoteca. 6. En la práctica. 7. Registro de la Propiedad. 8. Efectos sobre la hipoteca. 9. Novación. 10. Conclusión. 11. Redacción.*

## 1. Introducción

En la negociación de la compraventa inmobiliaria es común que el vendedor advierta que el inmueble objeto del acuerdo, registra la vigencia de un crédito hipotecario a favor de acreedores particulares o de entidades bancarias. Este escenario puede inducir al comprador a exigir la cancelación del gravamen, tomar a cargo la hipoteca, o desistir del negocio.

En muchos casos, esta toma a cargo de la hipoteca, representa para las partes un beneficio mutuo. El vendedor delegará en otro la obligación del pago de la deuda. El comprador se beneficiará con la financiación de una parte del precio y evitará el costo y la dilación de la constitución de una hipoteca. A esto, se suma la practicidad de poder obviar la participación, la anuencia o la notificación del acreedor.

Para que el comprador tome a cargo la hipoteca (que tácitamente implica soportar las consecuencias de la deuda) es necesario que se analicen, en profundidad, los efectos jurídicos y económicos resultantes de esta alternativa. Como dice Fernández,

Toda institución jurídica tiene un valor y una significación económica, todo principio de derecho tiende a dar satisfacción a una necesidad práctica. Tal necesidad práctica es el fin o causa final de la institución; por ello resulta útil, en general, partir por ilustrar acerca de dicha necesidad para luego inquirir respecto al instituto jurídico que la gobierna<sup>1</sup>.

\* Publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 115, n° 961, enero-abril 2009, pp. 105-141.

1. FERNÁNDEZ, Leandro, "La sucesión a título particular en las deudas", *La Ley*, 2007-B, p. 1259.

En lo económico, el comprador deberá conocer el monto del crédito, sus actualizaciones, sistemas de amortizaciones, plazos, intereses compensatorios y moratorios, estado actual del cumplimiento de las obligaciones del deudor o estado actual del proceso judicial de la deuda si es que el acreedor hubiera iniciado acciones legales por incumplimiento del deudor.

En principio, el deudor deberá acreditar el cumplimiento de las obligaciones canceladas hasta ese momento. En caso de existir obligaciones vencidas e impagas, el comprador deberá conocer el monto de las mismas y las pretensiones del acreedor, relacionadas con los recargos por morosidad; y, en caso de existir una demanda judicial incoada para el cobro del crédito, se deberán conocer las sumas suficientes que se necesitarán para dar por extinguidas totalmente las acciones en curso (capital, intereses y costas del juicio). Del análisis de estas situaciones surgirá el cálculo de posibilidades comerciales para la viabilidad del negocio. Resulta obvio señalar que el total de la deuda hipotecaria, en ningún caso, debería superar el precio de la venta. Una vez conocidas todas las variables económicas del crédito, las partes deberán acordar cuál es la suma determinada que se deducirá del precio, a los efectos de que el comprador evalúe si la misma tiene proporcionalidad o le resulta compensatoria por tener que asumir la deuda hipotecaria.

Veamos ahora su incidencia jurídica. En tal sentido, tanto el vendedor como el comprador deberán conocer las consecuencias legales emergentes del acuerdo.

Con respecto a la hipoteca, el comprador deberá estar plenamente informado sobre las cláusulas y modalidades acordadas en la constitución del crédito hipotecario, ya sean las relacionadas con el mutuo como las referidas al gravamen hipotecario. No todos los créditos son iguales, no todos los acreedores son iguales y no todas las cláusulas hipotecarias son iguales. Veremos más adelante que la redacción de algunas de esas cláusulas puede generar inconvenientes para la asunción de la hipoteca o el crédito.

También es de fundamental importancia que las partes sepan distinguir con claridad las responsabilidades que asumen en la transmisión del gravamen y la deuda, por los efectos que se generan entre ellas, con relación al acreedor y a los terceros. No es lo mismo que el comprador tome a su cargo la hipoteca sin reconocer la deuda, que la asuma como *tercer poseedor* (que por el art. 3163 del Código Civil puede abandonar el inmueble), que

la asuma como codeudor o fiador (que por los arts. 3169 y 3172 pierde el derecho de abandono y respondería con su patrimonio), o que la asuma como *tercer adquirente* (que para la doctrina se convierte en deudor, responde con todo su patrimonio, no puede abandonar el inmueble, pero, en este caso se requiere el consentimiento del acreedor).

Ambos aspectos económicos y jurídicos están interrelacionados y deben converger en la formación del acuerdo de partes.

## 2. La cuestión jurídica

Para la comprensión del tema en lo jurídico, debemos tener en cuenta dos aspectos fundamentales. Por una parte, la *toma a cargo de la hipoteca* (materia de derechos reales) que está reglada por ley y su interpretación es pacífica; y por la otra, la *transmisión o asunción de deudas* (sucesión de las obligaciones a título particular) que no está legislada expresamente en nuestro Código Civil, motivo por el cual la doctrina no solamente se encuentra dividida entre los que la rechazan y los que la aceptan (que son la mayoría), sino que entre estos últimos existe una llamativa diversidad de enfoques en cuanto a la tipificación y los roles que pueden asumir las relaciones entre deudor, acreedor y terceros.

Metodológicamente, haremos primero una reseña sobre la *transmisión de las obligaciones*. Luego continuaremos con un enfoque referido a la *transmisión de inmuebles hipotecados*. Y, finalmente, arriban nuestras conclusiones.

La voluntad de las partes debe ser adecuada a este marco jurídico, en un acuerdo que forma parte del contrato de compraventa, pero con características propias. Por los singulares componentes económicos y jurídicos de la transacción, se requiere que los operadores de la negociación deban tratar este tema con especial atención y con especial autonomía dentro de la contratación, procurando que no solamente queden perfectamente delimitados los derechos y obligaciones de cada una de las partes, sino que en la conmutatividad de las convenciones exista una exteriorización jurídica adecuada a derecho.

## 3. Transmisión de obligaciones

Comencemos haciendo un repaso relacionado con la transmisión de las obligaciones. La transmisión de los derechos corres-

ponde a una *teoría general de la relación jurídica*. Bajo este enfoque universalista, la transmisión produce la sustitución de alguno de los sujetos de la relación jurídica. Esta, a su vez, puede ser a título universal (cuando se pasa todo o una parte alícuota del patrimonio –art. 3263: “[...] todo o una parte alícuota del patrimonio”–) o a título particular (cuando se transfiere un objeto no solo como *cosa* sino como *bien*). Este fenómeno es propio de cualquier relación jurídica.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>2</sup> plantean que:

Hay transmisión de la obligación, según Colombo, toda vez que la misma cambia de sujetos, sin alterarse. La transmisión de la obligación es, por consiguiente, el acto por el cual se la transfiere a otra persona sea en su aspecto activo (cesión de crédito, pago con subrogación), sea en su aspecto pasivo (asunción de deuda). Se opera, entonces, una sucesión en la persona del acreedor o del deudor. El nuevo acreedor o el nuevo deudor, según el caso, ocupa el lugar del anterior, sin que se produzca cambio alguno en los demás elementos de la obligación. La prestación y la causa continúan siendo las mismas.

Llambías<sup>3</sup> dice que: “La transmisión de la obligación es un fenómeno jurídico que se presenta cuando tiene lugar una sustitución en la persona del acreedor o del deudor, siempre que la causa de ese fenómeno se relacione con la persona del sujeto que ha quedado sustituido”.

En principio todos los derechos y obligaciones son transmisibles, especialmente por causa de muerte. La transmisión, entonces, puede provenir de la voluntad del transmitente o de un hecho suyo al que la ley le atribuye esa virtualidad de sustitución (la muerte). Por lo tanto quedan comprendidas en esta teoría general las transmisiones hereditarias, las de créditos y las de deudas.

Cazeaux y Trigo Represas, refiriéndose a la transmisión de obligaciones por actos entre vivos, dividen el “estudio de la transmisión de las obligaciones en las siguientes partes: cesión o traslación de créditos, pago por subrogación, asunción de deudas, transmisión o cesión de contratos, transmisión o cesión de patrimonios integrales”. No incluyen a las transmisiones *mortis causa*, por considerar que su tratamiento corresponde al derecho sucesorio. Alterini, Ameal y López Cabana hacen una secuencia de la materia en: transmisión de derechos, cesión de derechos, pago por consignación, transmisión de deudas, trans-

2. TRIGO REPRESAS, Félix A. y CAZEAUX, P., *Compendio de derecho de las obligaciones*, La Plata, Librería Editora Platense, 1977, tomo II, p. 3.

3. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, tomo II-B, p. 7.

misión del contrato y transmisión de patrimonios especiales (fondo de comercio).

No obstante, existen excepciones lógicas a estos postulados que provienen de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la voluntad de las partes. Llambías<sup>4</sup> postula que: “El principio general no es absoluto”. Y en tal sentido “surge la noción de obligaciones intransmisibles o inherentes a la persona del acreedor o deudor, que no pueden concebirse independientemente de las partes originarias de la obligación, ya por la naturaleza de ésta, ya por una disposición de la ley [...] o por una cláusula contractual”.

Nuestro Código no ha seguido una metodología en este tema y trata en el Libro II, Sección III, Título IV, a la cesión de créditos (omitiendo referirse al traspaso de deudas) como un contrato. En realidad, el contrato de cesión es, en algunos casos o en su mayoría, sólo un instrumento de la transmisión y no la conceptualización de la figura de la transmisión de los derechos. No obstante estas imperfecciones estructurales, la figura jurídica está reconocida y su aplicación práctica no presenta mayores obstáculos.

Tratándose de actos entre vivos el principio de transmisibilidad es receptado por el artículo 1444 del Código Civil, cuando expresa que todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio pueden ser cedidos. En este sentido, la transmisión de *créditos* está expresamente admitida por el artículo 1434 y siguientes del mismo Código, pero la transmisión de *deudas* no está regulada, y felizmente ha sido aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Para ello se han tenido en cuenta los principios generales del derecho (el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1197) y casos particulares que el Código trata específicamente: la locación (arts. 1498, 1584 y siguientes) y justamente el caso que aquí tratamos de la transmisión de la deuda hipotecaria (art. 3172).

Pero no toda la doctrina es positiva. Fernández<sup>5</sup> considera que la figura de la sucesión de la deuda a título particular es inadmisibles en nuestro derecho, acotando que:

En nuestro Código Civil –al igual que el *Code Napoléon*– disciplina solamente la novación como instituto destinado a actuar por actos entre vivos la sustitución de un nuevo deudor en lugar de aquél en cuya cabeza se había creado originariamente el crédito. Basándose sobre tal circunstancia y, al mismo tiempo,

4. Ídem, p. 9.

5. FERNÁNDEZ, Leandro, *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 1262.

sobre el hecho de que la ley solo disciplinaba expresamente tanto la sucesión en el débito a título universal como la sucesión en el crédito a título particular, parte de la doctrina –siguiendo a autores extranjeros– sostiene que la sucesión a título particular en las deudas debe tenerse por excluida. Se abona esta posición agregándose que la sustitución del patrimonio del deudor sobre la cual la obligación se garantiza resulta incompatible con la idea de permanencia de identidad de la obligación obligatoria.

Y continúa planteando que:

[...] el intento de sustentación de la admisibilidad de la sucesión a título particular en el principio de la autonomía privada resulta, como ha quedado demostrado, infecundo. El fenómeno de la sucesión actúa exclusivamente a partir de la potestad creadora de la ley y depende absolutamente de la apreciación que la norma haga de una situación jurídica dada la cual es considerada como idéntica a otra situación jurídica que le preexista en cabeza de otro sujeto. Solo la norma puede introducir el fenómeno de la sucesión. Históricamente, esa norma ha operado primeramente, en materia de derechos reales y luego en relación con la sucesión *mortis causa*. A partir de una dilatada evolución de las ideas se admitió la sucesión a título particular con referencia al lado activo de la relación obligatoria. Finalmente, a partir de la sanción del Código Civil alemán, algunos países comenzaron a reconocer la posibilidad sucesoria a título particular respecto de las deudas. En nuestro sistema bajo el imperio del Código Civil, esta evolución no ha terminado todavía, de tal modo que el traspaso de una deuda a título particular sólo puede lograrse mediante el recurso de la novación, salvo algún caso aislado [...].

### 3.1. Cesión de créditos

El artículo 1434 dispone que: “Habrà cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese”.

Llambías<sup>6</sup> postula que: “La cesión de crédito es un convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a revestir la calidad de acreedor, en sustitución de aquel”.

Lo que se está transmitiendo aquí es el lado *activo* de la relación obligacional. El acreedor le cede a un tercero su derecho sin darle participación al deudor. Alterini<sup>7</sup> plantea que:

6. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.* (cfr. nota 3), p. 13.

7. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 563.

Modernamente la figura de la cesión de créditos es universalmente aceptada. Sus ventajas son evidentes al facilitar la percepción rápida del crédito desde que, si bien por lo general quien lo cede percibe menos de su valor nominal, compensa de tal manera la posible insolvencia del deudor y obtiene rápida liquidez crediticia. Por lo demás, como la persona del acreedor es indiferente para el deudor, se prescinde de requerir su anuencia, con lo cual la transmisión se opera sin inconvenientes.

Destaquemos que cuando el deudor presta el consentimiento entramos en la figura de la novación subjetiva del artículo 817.

### 3.2. *Cesión de deudas (asunción, continuidad y traspaso de deudas)*

Según Enneccerus (citado por Cazeaux y Trigo Represas) la asunción de la deuda es el contrato por el cual un nuevo deudor adopta como propia una deuda existente, en lugar del hasta entonces deudor. El obligado anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma.

Históricamente, esta figura fue resistida y proviene de una fecunda evolución del derecho. Los romanos no la aceptaban, pero salían del paso mediante la novación, la delegación (perfecta, que producía efectos novatorios; o imperfecta, conservando el deudor sus obligaciones e incorporando al tercero), o el mandato de pago.

Posteriormente el Código alemán reguló esta transmisión como un acuerdo que, si era aceptado por el acreedor, el tercero asumía el lugar del deudor y, si no lo aceptaba, sólo se originaba una promesa de cumplimiento entre deudor y tercero, sin injerencia del acreedor.

El Código suizo de las obligaciones la reguló como una oferta dirigida al acreedor, que este puede aceptar o rechazar.

En 1916 aparece en la reforma austríaca, luego en el Código Civil chino, en el polaco y en el mejicano. Pero no siempre con una identidad de criterios.

Alterini<sup>8</sup> plantea que: “Si bien el Código Civil argentino no regula el instituto de la transmisión de deudas, su viabilidad es admitida”. El mismo autor repite una frase de Josserand, que sostiene que el empirismo legislativo no es recomendable, pues él no constituye un obstáculo invencible para el desarrollo de instituciones no sistematizadas.

8. Ídem, p. 580.

Llambías<sup>9</sup> expresa que:

No obstante haber omitido el codificador toda regulación, en general, acerca del dispositivo de la cesión de deudas, no es dudoso que puedan los particulares recurrir a él, con o sin exoneración del deudor primitivo, según fuere el caso. Esta conclusión, que cuenta con la aprobación de la doctrina dominante, se apoya en el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes (conforme al art. 1197). Si quienes intervienen en la cesión la consienten, no hay impedimento para admitirla, puesto que la materia de las obligaciones está librada al gobierno de los particulares, cuando, como aquí ocurre, no juega un principio de orden público que imponga el acatamiento de un régimen imperativo. Solo resta una cuestión de oponibilidad a los terceros, a quienes la cesión de la deuda no puede afectarlos disminuyendo sus derechos.

El autor, finaliza planteando que:

Todo confluye para afirmar categóricamente la existencia de la figura de la cesión de deudas en nuestro derecho, pese a la ausencia de tratamiento genérico del asunto en nuestro Código. No implica, desde luego, que no sea de lamentar la falta de una regulación que hubiera contribuido a precisar los alcances de la institución con respecto a las personas implicadas: cedente, cesionario, acreedor y demás terceros.

Veamos cómo este autor describe las distintas especies de traslación de deuda:

a) Cesión de deuda propiamente dicha

Es un acto triangular que se sustenta en el consentimiento del deudor o cedente, del cesionario y del acreedor, por el cual este acepta que el cesionario quede en calidad de deudor. El acreedor puede reservar su derecho contra el deudor primitivo, pero en tal caso no puede exigirle el pago sin haberlo requerido previamente al cesionario de la deuda.

b) Asunción privativa de la deuda

Es la traslación de la deuda que resulta de un contrato celebrado entre el deudor y un tercero, por el cual este se compromete a satisfacer la obligación en reemplazo del deudor primitivo. Tal convenio queda subordinado en su plena eficacia a la aprobación del acreedor, pudiendo las partes mientras tanto revocar o alterar lo convenido.

c) Asunción acumulativa de deuda o accesión de deuda

9. LLAMBÍAS, Jorge J., *op. cit.* (cfr. nota 3), p. 63.

Es el convenio entre el deudor y el tercero, acerca del traspaso de la deuda, haciendo abstracción de lo que decida el acreedor. Esta convención produce un desdoblamiento de la situación resultante. Para el acreedor nada ha cambiado, él mantiene su derecho contra el deudor y carece de todo derecho contra el tercero que ha asumido la deuda en cuestión. Para las partes, en cambio, el deudor ha dejado de tener ese carácter, que ha pasado al tercero. Por tanto es este quien debe afrontar el pago, y quien ante la negativa del acreedor, debe llegar hasta el pago forzado que sería pretendido por un *tercero interesado*, mediante la demanda judicial de consignación de pago. A su vez el deudor retiene su calidad de tal frente al acreedor, pero si se viera perseguido por este y obligado a pagar, puede volverse contra el tercero y demandarle la reparación del perjuicio que la falta de cumplimiento de la obligación, por parte del demandado, le ha causado. Esta figura [...] tiene una gran fluidez por no requerir la conformidad del acreedor.

d) Promesa de liberación

Es un convenio paralelo a una obligación existente por el cual un tercero se compromete a liberar al deudor oportunamente, sin quedar obligado a hacerlo frente al acreedor que ni aun aceptando esa posibilidad adquiriría acción contra el tercero. En la doctrina extranjera, también se denomina a esta figura como asunción de cumplimiento.

e) Expromisión

Es el convenio celebrado por el acreedor con un tercero por el cual este se compromete a satisfacer la obligación ajena a que dicho convenio se refiere. No implica eliminación del deudor originario, y por ello más que una traslación de deuda, presenta la expromisión una extensión de la deuda originaria a un nuevo deudor.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>10</sup> describen tres clases de transmisión o asunción de deudas:

a) Asunción privativa o liberatoria de la deuda

Es la convención realizada entre el antiguo y el nuevo deudor, con la conformidad del acreedor de la cual resulte la liberación del anterior obligado.

b) Accesión de deuda, asunción acumulatoria, confirmatoria, de refuerzo o consunción

En esta especie de asunción el deudor originario no queda liberado. El tercero no reemplaza al deudor originario, sino que se incorpora a la obligación junto a este. El acreedor tiene dos deudores, pudiendo dirigirse contra uno u otro.

10. TRIGO REPRESAS, Félix A. y CAZEUX, Pedro N., *op. cit.* (cfr. nota 2, p. 71.

c) Asunción de cumplimientos, asunción interna o promesa de liberación

Aquí un tercero se compromete con el deudor a asumir la deuda y a liberarlo de la misma en su oportunidad. El acreedor permanece ajeno y no tiene acción directa contra el tercero.

Borda<sup>11</sup>, bajo el título de traspaso de deudas, enumera los siguientes casos:

a) Cesión de deudas (delegación perfecta)

Se origina en un contrato celebrado entre el cedente y cesionario, con la conformidad del acreedor. El deudor podrá quedar liberado o no, de acuerdo a lo que se convenga, pero en caso de silencio debe entenderse como una liberación.

b) Asunción de deudas propiamente dicha (delegación imperfecta)

Es el contrato celebrado entre el deudor y un tercero, por el cual este asume la deuda del primero, sin consentimiento de parte del acreedor. El acreedor podrá dirigir su acción indistintamente contra cualquiera de ellos.

c) Expromisión

El tercero asume la deuda mediante un contrato con el acreedor y sin la intervención del deudor original, que queda liberado por declaración expresa del acreedor. El nuevo deudor se subroga en los derechos del acreedor, sin producirse novación (art. 815 Código Civil).

d) Promesa de liberación

En este supuesto el tercero no asume actualmente la deuda de otro, sino que promete la liberación. El que promete liberar no queda obligado con el acreedor.

Alterini, Ameal y López Cabana<sup>12</sup> organizan la transmisión de deudas bajo diferentes manifestaciones.

a) Cesión de deudas *stricto sensu*

Es un acto triangular celebrado por el deudor (cedente), un tercero (cesionario) y el acreedor, quien acepta que el cesionario quede en calidad de deudor. El acreedor, si no consiente la liberación del cedente, puede ejecutar a dos deudores.

b) Asunción privativa de deuda

Se da cuando un tercero asume el compromiso de satisfacer al acreedor en lugar del primitivo deudor; ello con tres alternativas: 1) que entre deudor y tercero exista una promesa de liberación, que no puede ser invocada por el acreedor en tanto no la acep-

11. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones I*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 460.

12. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 580.

te expresamente. 2) Cuando el tercero quede como coobligado la asunción será acumulativa. 3) Cuando el acreedor admite la asunción privativa de la deuda en razón de que el deudor quedará exonerado.

c) Asunción acumulativa de la deuda

Cuando se da la cesión de la deuda porque el deudor y el tercero quedan coobligados frente al acreedor (delegación imperfecta, art. 814). Mediante acuerdo entre deudor y tercero puede suceder: 1) si el acreedor acepta, que pueda actuar contra el tercero y subsidiariamente contra el deudor, y 2) si no acepta, el convenio entre deudor y tercero queda limitado en sus virtualidades a la relación interna entre ambos.

d) Promesa de liberación

Es el convenio entre deudor y tercero, por el cual este asume el deber de liberarlo de las responsabilidades de la obligación. Se trata de una promesa de cumplimiento que efectúa. Los efectos de esta promesa dependen, por una parte, de los alcances de la asunción propuesta (privativa o acumulativa), y, por otra, de la actitud del acreedor (aceptación o rechazo) frente a ella. Aún cuando promedie rechazo por parte del acreedor en la relación interna del deudor con el tercero, este es responsable, en primer lugar, de cumplir lo que aquel debe y, si no lo hace, por los daños que ello le irroga al deudor.

e) Delegación. Expromisión

La delegación perfecta y la expromisión, por sus alcances novatorios, no conciernen a la transmisión de la deuda, pues implican la extinción de la primitiva obligación y la creación de otra nueva, con un nuevo deudor.

Fernández<sup>13</sup>, no obstante considerar, como ya vimos, que la figura de la asunción de deudas está excluida de nuestro derecho, hace la siguiente distinción:

a) Promesa de liberación

El acreedor conserva su acción contra el deudor originario y no adquiere una nueva acción. La operación no le concierne.

b) Transferencia acumulativa o transferencia imperfecta

El acreedor adquiere una nueva acción sin perder la acción primitiva.

c) Transferencia privativa o transferencia perfecta

El acreedor adquiere una nueva acción, pero pierde la acción primitiva. Para este autor que rechaza la asunción de deudas, esta sería la única forma de producir una sucesión a título particular de una deuda en sentido técnico y estricto (novación).

13. FERNÁNDEZ, Leandro, *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 1262.

### 3.3. *Transmisión del contrato*

Hemos visto que, en la transmisión de obligaciones por actos entre vivos, los autores incluyen a la cesión de créditos y la transmisión de deudas, pero también incluyen a la transmisión del contrato. Ello es así porque la transmisión del contrato implica la sustitución del contratante por un tercero que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente.

Alterini, Ameal y López Cabana<sup>14</sup> mencionan que:

[...] según se ha visto, la cesión de crédito implica la transferencia del lado activo de la relación obligatoria; y la transmisión de la deuda, inversamente, la de su lado pasivo. El contrato es fuente de obligaciones y genera una serie de ellas, muchas veces entrelazadas en un plexo. Por ejemplo, en la compraventa, el vendedor está obligado a conservar la cosa vendida, a entregarla, a recibir el precio, a garantizar por los vicios redhibitorios y por evicción; y correlativamente el comprador debe pagar el precio y los costos de recibo, así como recibir la cosa. Adviértase que esa transmisión no consiste en la suma de transmisión de créditos más transmisión de deudas, sino en la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato.

### 3.4. *Transmisión del contrato y el contrato de cesión*

La doctrina hace una diferenciación entre transmisión del contrato y el contrato de cesión. La transmisión del contrato implica la sustitución del contratante por un tercero que se coloca en la misma situación jurídica del transmitente, o sea en la totalidad de la relación contractual. En cambio, el contrato de cesión significa la sustitución de una de sus partes (el lado activo o el pasivo de la relación obligacional), y opera como un contrato bajo condición suspensiva en razón de que requiere la aceptación del cedido (cocontratante de la relación original).

Mosset Iturraspe<sup>15</sup> hace referencia a que “Se transfiere la cualidad de parte contratante en un contrato de prestaciones recíprocas. Ello es lo que diferencia la cesión del contrato de la mera cesión del crédito o de la cesión de la deuda, nacidas del contrato”.

La diferenciación es sutil y en nuestro concepto no constituye una valoración de trascendencia para el tema que nos ocupa.

14. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 582.

15. MOSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Buenos Aires, Orbir, p. 380.

#### 4. Pago por un tercero

Dada su injerencia en el tema, consideramos conveniente hacer un repaso sobre el pago efectuado por un tercero. En este punto damos por conocidos los conceptos generales relativos al pago de las obligaciones. Basta recordar que los elementos del pago son: a) Sujetos, b) Objeto, c) Causa fuente, y d) Causa fin.

En las relaciones obligacionales los sujetos del pago son: 1) Deudor: el que paga (*solvens* o sujeto activo). 2) Acreedor: el que recibe lo pagado (*accipiens* o sujeto pasivo). 3) Tercero: la persona ajena a la relación deudor-acreedor, pero que paga en función de un interés (tercero interesado) o de ningún interés (tercero no interesado).

Nos interesa particularmente aquí analizar el pago efectuado por esos terceros, por ser la situación que le corresponde al cesionario de la deuda.

Convengamos que los créditos nacen con la intención de que sean pagados. En el pensamiento de Radbruch el crédito lleva en sí el germen de su propia muerte: desaparece en el momento en que alcanza el cumplimiento de su fin. No existirían, entonces, aparentes obstáculos para que una obligación sea cumplida por otra persona (por lo menos en la mayor parte de las obligaciones) que no sea el deudor originario (en nuestro caso por el comprador).

Estos terceros (interesados o no interesados) no solo pueden pagar sino que, en algunos casos, tienen el derecho de pagar.

##### 4.1. Pago por terceros no interesados

Tercero no interesado es aquella persona ajena a la relación obligacional y que no sufre perjuicio si la deuda no es pagada.

Por principio general, los terceros deben abstenerse de toda intromisión en una relación jurídica obligacional que les resulta ajena. Por ello no tienen el derecho de pagar (art. 726), pero “pueden” hacerlo si el acreedor se lo permite. Su negativa les impide la vía del pago por consignación.

##### 4.2. Pago por terceros interesados

Llambías expresa que “tercero interesado es quien, no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en un derecho propio si no paga la deuda”.

Para el caso que nos ocupa, existe una disposición expresa del Código Civil en sus artículos 3163 y 3172, por la cual el tercero poseedor del inmueble hipotecado asume la calidad de tercero interesado y puede pagar aún ante la oposición del deudor (art. 728), del acreedor (art. 729) o de ambos conjuntamente (Busso, Borda, Llambías). Si no paga, puede sufrir la venta del inmueble. Alterini<sup>16</sup> plantea que

Las razones que abonan esta solución son evidentes, de otro modo se favorecería la confabulación de las partes en perjuicio del tercero; y desde que las oposiciones aisladas del deudor o del acreedor son estériles, la suma de esas dos ausencias del derecho –como resume Llambías– no puede engendrar derecho.

El artículo 729 establece el deber del acreedor de aceptar el pago hecho por un tercero, salvo que tenga interés legítimo en que cumpla el propio obligado

#### 4.3. Terminología del pago

En doctrina, se discute si cuando los terceros extinguen la obligación formalizan un *pago* o ese hecho recibe otra denominación. Solo habría pago *stricto sensu* cuando el deudor o un tercero en su nombre (apoderado) cumple con la obligación. Cuando un tercero (interesado o no interesado), obrando por su cuenta (sin autorización), le paga al acreedor, el crédito se extingue, pero no por pago, sino por *la obtención de la finalidad*. Alterini<sup>17</sup> menciona que la expresión *pago por tercero* es una manera cómoda y sintética de denominar, en tales casos, dicho mecanismo.

#### 4.4. Efectos del pago

Según Alterini<sup>18</sup> el pago produce los siguientes efectos:

a) Principales o necesarios, que corresponden a toda obligación y coinciden con las virtualidades más significativas del cumplimiento: la extinción del crédito y la liberación del deudor, a lo cual no obsta que, en ciertas hipótesis, esos efectos se desdoblen (es decir, que se extinga el crédito sin que se libere el deudor, o viceversa).

b) Accesorios o auxiliares, que se proyectan en la relación jurídica obligacional sin que conciernan ni a la extinción del crédito ni a la liberación del deudor. A su vez, estos efec-

16. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 97.

17. Ídem, p. 91.

18. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 126.

tos son: recognoscitivo (uno de los modos del reconocimiento tácito del art. 721); confirmatorio (que implica la renuncia a la acción de nulidad relativa, según nota del art. 1059 y art. 1047 *in fine*, 1058 y 1059); consolidatorio (cuando se pacta la facultad de arrepentimiento y el pago consolida el contrato); e interpretativo (art. 218, inc. 4, C. Com.: “Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”, compatible con el 1198 del Código Civil).

c) Incidentales o accidentales, que versan sobre situaciones posteriores al pago, generadoras de nuevas relaciones de reembolso de lo pagado, de repetición de lo mal pagado, etcétera.

#### 4.5. Efectos del pago por terceros interesados

El tercero interesado está legitimado para pagar. Su pago producirá la extinción del crédito pero no generará la liberación del deudor que continúa obligado hacia el tercero. Ello producirá efectos muy diferentes sobre las relaciones del tercero con el deudor, del tercero con el acreedor y del deudor con el acreedor.

a) Entre tercero y deudor: varían en tanto y en cuanto el pago sea realizado con consentimiento del deudor (donde dispone de la acción de mandato y de subrogación legal en los derechos del acreedor), con ignorancia del deudor (donde accede a la acción de gestión de negocios y de subrogación de los derechos del acreedor) o en contra de la voluntad del deudor (donde solo le corresponde la acción de enriquecimiento y carece de la de subrogación).

El tercero solvente que pagó con asentimiento del deudor (art. 727) puede pedir el valor de lo que se hubiese dado en pago al deudor. Tiene a su favor dos tipos de acciones, la del mandatario (nota art. 727) o la subrogación legal (inc. 3, art. 768). Alterini<sup>19</sup> propone que puede elegir entre ambas, de acuerdo a las siguientes circunstancias:

[...] si quiere prevalerse de las garantías del crédito que pagó, le conviene la subrogación (art. 771); si quiere cobrar intereses y el crédito pagado no generaba compensatorios, le conviene ejercer la acción de mandato (art. 1950); si la deuda que pagó fuera nula o estuviese prescrita, la subrogación no le permitiría cobrarle

19. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 98.

al deudor (art. 771), pero sí podría percibir su inversión por las acciones emergentes del mandato (art. 1949); etcétera.

b) Entre tercero y acreedor: Alterini<sup>20</sup> menciona que “el acreedor no tiene derecho a oponerse al pago por un tercero (art. 729), salvo en la situación prevista por el artículo 730, esto es, cuando tiene interés en que sea ejecutado por el propio deudor”. Vale decir que el acreedor tiene el deber de aceptar el pago o, en caso contrario, queda constituido en mora y posibilita la vía de la consignación (nota del art. 509 e inc. 1 del 757).

Inclusive el tercero puede hacer pagos anticipados (art. 727).

No podrá haber pagos parciales en razón de que ello afecta el principio de integralidad del pago (art. 742). No obstante, existen excepciones legales como el caso del pagaré y el cheque (arts. 42 y 103, Decreto Ley 5965/63), como así también el caso de que el acreedor lo acepte (arts. 742 y 673). Si el acuerdo entre deudor y tercero obliga a que ambos paguen la obligación en distintas proporciones y uno de ellos puede pagar y el otro no, el que pueda pagar deberá hacerlo en su integralidad y no podrá hacerlo en forma fraccionada, pudiendo luego ejercer la acción correspondiente e inclusive la de subrogación. Paradójicamente si el deudor paga, cuando por acuerdo debía hacerlo el tercero, se subrogará en su propia obligación.

c) Entre el deudor y el acreedor: El acreedor queda satisfecho pero el deudor no queda liberado y debe soportar las acciones del tercero. Los efectos accesorios del pago (reconocimiento, confirmación, consolidación e interpretación de la obligación) no se producen porque todos ellos presuponen que quien ha pagado es el deudor.

## **5. Venta de inmuebles hipotecados.**

### **Toma a cargo de la hipoteca**

La primera cuestión por analizar está referida a la legitimidad de la transmisión de un inmueble que registra una hipoteca en garantía de un crédito en curso de cumplimiento.

Los inmuebles hipotecados pueden ser vendidos. Esto surge de los artículos 1174, 2515, 2612, 3157, 3162, 3270 y concordantes del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia también participan de esta posibilidad.

20. Ídem, p. 97.

En el *Seminario de la Academia del Notariado* del 13 de junio de 1996, Etchegaray<sup>21</sup> trató el tema de la venta de bienes embargados e hipotecados. En una parte de la exposición y bajo el título “Los bienes hipotecados pueden venderse” se refirió al “crédito garantizado con hipoteca que no se abona y el adquirente se reserva parte del precio para abonarlo con posterioridad”. Sobre esto, dijo que

Como consecuencia del artículo 3172 del Código Civil (ya que por el contrato de adquisición se obliga a satisfacer el crédito) pierde el comprador la posibilidad de ser tenido como tercer poseedor, no pudiendo, en consecuencia, abandonar el inmueble; y pasa a constituirse en deudor, por lo que el acreedor tiene, en adelante, dos deudores y puede dirigir la acción contra el patrimonio de ambos o contra el de cada uno de ellos.

Luego alude a las “cláusulas restrictivas para disponer de los bienes hipotecados”. Distingue en dos tipos las prohibiciones:

a) la de enajenar el bien hipotecado que por imperio del artículo 2612 del Código Civil no invalida la enajenación, haciendo solamente responsable personalmente al propietario, lo que se traduce en la inmediata exigibilidad del crédito al caer todos los plazos como consecuencia del incumplimiento de lo pactado entre acreedor e hipotecante. Y b) la de realizar cualquier otro acto de disposición que no fuera la enajenación, en cuyo caso los efectos de los mismo serán inoponibles al acreedor, si no se llegare a declarar la nulidad, traduciéndose también en la inmediata exigibilidad del crédito, al caer los plazos como consecuencia del incumplimiento de lo pactado entre acreedor y deudor. Tal los casos de locación, constitución de otros derechos reales, y en general todo acto de disposición material o jurídica expresamente prohibido en el acto constitutivo de la hipoteca o en otro posterior. Esto sin perjuicio de la aplicación, a falta de convención expresa, del artículo 3157 del Código Civil que impide la realización al propietario de cualquier acto de disposición material o jurídica que pueda disminuir el valor del inmueble hipotecado y del artículo 3161 del mismo Código que hace vencer los términos que el contrato hubiera concedido al deudor.

Borda<sup>22</sup> postula que

[...] enajenar la propiedad del inmueble sea por venta, donación, permuta, etc., nada de lo cual perjudica al acreedor hipotecario,

21. ETCHEGARAY, Natalio P., “Venta de bienes embargados. Venta de bienes hipotecados e inhibición general de bienes”, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, junio 1996. Presentado en el 32º *Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, 13/6/1996.

22. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales II*, Buenos Aires, Perrot, 1975, p. 290.

pues él conserva íntegra la garantía que surge del gravamen; y oportunamente, si el deudor que ha enajenado el inmueble no paga la deuda, el acreedor hipotecario podrá hacer vender el inmueble, quienquiera sea el actual dueño. Como dice Messineo, al acreedor le es indiferente quién ostente la titularidad del inmueble luego de constituida válidamente la hipoteca.

Como vemos, un acto de esta naturaleza no le modifica al acreedor sus derechos, privilegios o prerrogativas; se mantienen inalterables. Que un tercero adquiera el inmueble y pretenda tomar a cargo el crédito o la Hipoteca, no perjudica al acreedor, inclusive no habiendo sido notificado o informado de esa circunstancia. Alterini y Rapetti<sup>23</sup> plantean que “[...] si esta satisfacción es garantizada, no importa, en principio, la persona de quien pague la prestación debida. Por ello el artículo 505, inciso 2, del Código Civil faculta al acreedor a procurarse por otro el cumplimiento de la obligación, y los artículos 728/9 admiten, contra la voluntad de aquel, el pago hecho por terceros”. Sin duda que el acreedor se ve mejorado en su posición porque ante la presencia de un nuevo responsable que asuma la deuda, se aumenta su probabilidad de cobro del crédito.

Pero estos principios tienen alguna limitación. Es común ver cláusulas hipotecarias impuestas por el acreedor conteniendo prohibiciones, limitaciones o sanciones al derecho de enajenación del inmueble hipotecado, que por derecho le corresponde al titular de dominio. Como ya vimos, es lo que Etchegaray llama *cláusulas restrictivas*. Estas disposiciones contractuales suelen crearnos dudas a la hora de dictaminar sobre la legitimidad o inoperancia de las mismas. Si tenemos en cuenta que los derechos inherentes al dominio no pueden ser modificados por vía contractual (ya que en materia de derechos reales, donde impera el orden público, el *numerus clausus* no solo implica que no podemos crear derechos reales no legislados, sino que tampoco se puede variar su contenido o regulación), la gran mayoría de esas cláusulas excede el marco de su legalidad. Sin embargo, como propone Orelle<sup>24</sup>: “existen algunos casos puntuales de disposición jurídica de inmuebles hipotecados que deben ser analizados cuidadosamente, sobre todo cuando ellos puedan lesionar legítimos intereses de terceros, que generalmente responden a razones de interés social”.

En el despacho de la Comisión II de la *XII Jornada Notarial Bonaerense*, referida a las cláusulas hipotecarias, se propuso

23. ALTERINI, Atilio A. y RAPETTI, E. J., *La cesión del contrato*, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1962, p. 35.

24. ORELLE, José M. R., “Facultad de disposición jurídica del titular del inmueble hipotecado”, *XII Jornada Notarial Bonaerense*, 1968.

al plenario (entre otras cosas) la siguiente ponencia: “Desechar cláusulas hipotecarias que dispongan: [...] Prohibición genérica de enajenar o la caducidad de los plazos como consecuencia de la transmisión del inmueble”.

Con las prevenciones apuntadas, podemos concluir afirmando que los inmuebles hipotecados pueden venderse aún cuando los contratos hipotecarios contengan cláusulas restrictivas.

## 6. En la práctica

En la práctica, en los boletos de compraventa como en las escrituraciones, se puede observar que estos acuerdos son instrumentados mediante el uso de cláusulas muy simples. Habitualmente, en las escrituras se suele recurrir a dos formas de redacción. La primera, por la cual, al consignar el precio de la compraventa, se deduce el monto del crédito, mencionando que es para atender la hipoteca que asume el comprador; y la segunda, donde en el precio se omite la deducción y luego en las atestaciones notariales referidas a la existencia del gravamen, se le hace declarar al comprador que conoce, acepta y “toma a su cargo” el crédito hipotecario vigente. Adviértase que nada se dice sobre el mutuo o el crédito, con lo cual se estaría indicando, como veremos más adelante, que el comprador sólo ostenta el carácter de tercer poseedor, con lo cual no compromete su patrimonio y conserva el derecho de abandono del inmueble.

Gattari<sup>25</sup> presenta un modelo de escritura donde en la sección denominada “Estipulación” menciona que: “el saldo de cien millones es el monto de una hipoteca que el comprador declara tomar a su cargo”, y que “Ambas partes manifiestan haber arreglado entre ellas lo relativo a amortización e intereses de la hipoteca”. Y luego en las “Legitimaciones notariales” alude a la hipoteca diciendo que: “fue tomada a cargo por el comprador”. Más adelante<sup>26</sup>, cuando comenta el contenido de las fórmulas propuestas, solo se limita a consignar que: “cuando la deuda integra el precio, el comprador debe tomar a su cargo una hipoteca por tal monto en la estipulación”.

Por su parte, Etchegaray<sup>27</sup>, en *Escrituras y actas notariales*, solo comenta esta circunstancia cuando se refiere a las constancias notariales de la escritura y en lo referido a las trabas registrales. Allí dice que: “debe aclararse si el adquirente acep-

25. GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, tomo I, p. 17.

26. GATTARI, Carlos N., *op. cit.* (cfr. nota 25), p. 205.

27. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 248.

ta la subsistencia de las trabas, embargos o derechos reales que puedan impedir la inscripción”. Como vimos antes, este autor dio un panorama más amplio sobre el tema en el mencionado curso de la Academia del Notariado.

Por las alternativas que se pueden presentar en la aplicación de esta figura jurídica y por las razones señaladas en este trabajo, consideramos que esta redacción debería ampliarse para explicar, con mayor precisión, los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte; con relación al crédito, al gravamen y al acreedor.

## 7. Registro de la propiedad

El Registro de la Propiedad de esta provincia tampoco pone mayores exigencias para anotar una compraventa donde se continúa con la deuda, porque prescinde de las circunstancias del crédito y del consentimiento del acreedor, para interesarse, solamente, en la situación “real” (la hipoteca). La Disposición 8/70 refiere a las escrituras que contengan reconocimiento de hipotecas anteriores. En su artículo 2 se menciona que

[...] si los gravámenes preexistentes han sido cancelados extrarregistralmente o lo serán de inmediato, bastará con que el comprador declare que los toma a su cargo al solo efecto registral y sin que ello implique reconocer la deuda (o fórmula similar) para que proceda la inscripción [...].

Es curioso que el artículo alude a aquellas hipotecas que “han sido canceladas extrarregistralmente” y a las que “lo serán de inmediato”, y no se refiere a las que siguen vigentes que son tomadas a cargo por el adquirente para la continuidad del gravamen y del crédito. Creemos que deben considerarse tácitamente comprendidas.

Pero no hay regla sin excepción. La Disposición 36/68 determina que el Registro no tomará razón definitiva de títulos de cesión de los créditos hipotecarios de la Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda (Ley Nacional 17.594) sin que en el respectivo instrumento surja la autorización de la entidad acreedora.

## 8. Efectos sobre la hipoteca

Admitida entonces la posibilidad de transmitir el dominio de un inmueble hipotecado, se plantea el interrogante de saber si, como consecuencia de la transferencia dominial y/o de la continuidad de la deuda por un tercero, la hipoteca permanece invariable o acusa alguna modificación.

Vale la pena recordar algunos conceptos registrales referidos a la transmisión de los derechos reales.

La mayoría de los autores dan preponderancia a la norma general impuesta por el artículo 577, según el cual, antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real. Este principio carece de aplicación en el caso de la hipoteca, pues el acreedor hipotecario no adquiere la posesión del inmueble, que permanece en poder del deudor.

Villaró<sup>28</sup> hace su aporte agregando que

[...] la transmisión de los derechos reales inmobiliarios se produce con relación al dominio y al condominio, a la propiedad horizontal, a la hipoteca y a la anticresis (estos dos últimos por vía de cesión del derecho personal al que acceden). El usufructo solo puede ser transmitido en cuanto al ejercicio del derecho del usufructuario, pero no propiamente en cuanto al derecho real mismo. Las servidumbres, por su parte, se transmiten únicamente con el inmueble al que benefician. Los demás derechos reales enumerados son intransmisibles.

Al parecer, Villaró admite la transmisión de la hipoteca pero únicamente por vía del derecho personal creditorio al que se encuentra sometida por su accesoriadad. Por otra parte, los artículos 524, 727, 802, 803, 3108, 3109, 3111, 3115, 3121, 3128, 3131, 3152, 3156, 3158, 3161, 3172, 3179, 3178, 3192, 3202, nota al 1445, etc., confirman que el derecho real de hipoteca está concebido como un accesorio de un derecho personal (el crédito), por lo tanto, sigue la suerte de la obligación principal.

Debe tenerse en claro que la hipoteca no es una obligación en sí misma. Sobre esto, Mariani de Vidal dice que “es accesoria de la obligación, pero no ‘obligación accesoria’, puesto que se trata de un derecho real al que no corresponde obligación alguna”.

Cuando el acreedor cede su crédito hipotecario a un tercero, puede prescindir de la voluntad del deudor, y ese acto sus-

28. VILLARÓ, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 47.

cita el cambio registral del titular (acreedor) de la hipoteca. En cambio cuando el deudor cede la deuda con el consentimiento del acreedor que lo libera (que es el caso del deudor que vende el inmueble hipotecado), la hipoteca no se modifica. A pesar de que el deudor delegue o no la deuda, está fuera del derecho real hipotecario. La hipoteca vincula un sujeto (acreedor) y una cosa (inmueble hipotecado); en consecuencia, no podría dar lugar a la *transmisión del gravamen* ya que este solo se transfiere con la titularidad del derecho real de dominio que grava; si no hay transferencia de dominio, el deudor quedaría en carácter de constituyente-hipotecante de una obligación que ahora sería asumida por un tercero. A su vez, cuando el deudor contrata la continuidad de la deuda por un tercero, sin la anuencia del acreedor, tampoco se produce la traslación de la hipoteca porque en ese acto no participa la voluntad del titular del derecho real en cuestión. Tenga o no la anuencia del acreedor, el gravamen esta adherido a la titularidad de dominio porque la relación real es entre acreedor y cosa.

Ese acuerdo entre deudor y un tercero para continuar la obligación crediticia hipotecaria no se registra, y en nada afecta al acreedor y al derecho de hipoteca. Este traspaso de deuda carece de vocación registral, por “no ser registrables –como dice Villaró<sup>29</sup>– los documentos que modifican circunstancias carentes de trascendencia real”.

Consecuentemente, todo lo que ocurra con el crédito principal al cual accede el gravamen, en cuanto a su subsistencia, transferencia o extinción se traslada a la hipoteca. Pero no a la inversa. La hipoteca podrá liberarse (caso de la liberación parcial del artículo 3188) o extinguirse, y el crédito podrá mantenerse vigente. La hipoteca podrá ser nula y subsistir el crédito.

En la venta tampoco se transmite la hipoteca, pero el comprador no puede desconocer que el objeto del acto está gravado y, por lo tanto, para la viabilidad de la inscripción registral de la compraventa (y con más razón si continúa con la deuda) le corresponde tomar a cargo el gravamen (que opera como accesorio del crédito), en caso contrario, el registro no dará curso a la inscripción de la transferencia dominial. Se transmite la cosa y con ella el gravamen (arts. 3266 y 3268).

Vemos así que la inscripción registral de la compraventa, donde se transfiere un inmueble hipotecado, prospera por *asunción, reconocimiento o toma a cargo* de la hipoteca, como conse-

29. VILLARÓ, Felipe P., *op. cit.* (cfr. nota 28), p. 54.

cuencia de la transmisión del derecho real de dominio y no por la continuidad o traspaso del derecho personal de la deuda.

El Registro de la Propiedad Inmueble de esta provincia (Disp. 8/1970) admite la registración de las escrituras traslativas de dominio que contengan *reconocimiento* de hipotecas anteriores (art. 1), y también se refiere a la *toma a cargo* de las mismas (art. 2). Ni en los considerandos de la disposición, ni en su articulado se hace mención al sustento jurídico de la continuidad de la deuda o la toma a cargo del gravamen. El enfoque es simple y sin duda responde al ámbito de su competencia, pues solamente apunta al derecho real en cuestión, con lo cual deja tácitamente entendido que no existe alteración del mismo sino una mera toma a cargo.

En la simple toma a cargo de la hipoteca, tanto el derecho real como el asiento registral del gravamen, no se modifican. La toma a cargo con liberación del deudor (consentida por el acreedor) tiene vocación registral y puede ser rogada por las partes.

### 8.1. *Tercer adquirente*

Para poder continuar armonizando el tema, es conveniente recordar aquí la distinción elaborada por la doctrina entre tercer adquirente y tercer poseedor. Previamente, debe tenerse en claro que, para revestir cualquiera de ambas denominaciones, es necesario que ese tercero adquiera el derecho de dominio sobre el inmueble hipotecado.

Mariani de Vidal<sup>30</sup> menciona que: “el deudor que ha hipotecado un inmueble de su propiedad, a fin de garantizar su deuda, lo enajena; el tercero que lo adquiere tiene dos opciones: asumir la deuda o no hacerlo”. Si el comprador asume la deuda, con el consentimiento del acreedor (lo define como tercer adquirente), se convierte en deudor (respondiendo con su patrimonio y no puede abandonar el inmueble).

La misma autora plantea que:

Si asume la deuda, él mismo se convierte en deudor del crédito, el cual tiene como accesorio la hipoteca [...]. Para que el adquirente del inmueble que asume la deuda se convierta en deudor frente al acreedor hipotecario, es necesario que este lo acepte como tal, pues no puede imponer al acreedor otro deudor si no quiere (nota al art. 3172, C. C.). En este caso –al ser aceptado como deudor–, el tercero recibe el nombre de tercer adquirente.

30. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, tomo 3, p. 196.

En definitiva el carácter de tercer adquirente no debería depender tanto de la circunstancia de que el acreedor acepte el nuevo deudor, sino de que este asuma la deuda (“[...] se obligó a satisfacer el crédito”, art. 3172) con lo cual, queda automáticamente incorporada su responsabilidad patrimonial en el crédito. Precisamente este es uno de los componentes esenciales de la relación obligacional de las partes en el pacto de la continuidad de la deuda y, que en lo posible, debe quedar expresado con la mayor claridad.

Con la aceptación, el acreedor podrá liberar o no liberar al deudor. Al respecto, la autora dice que “si el anterior deudor es liberado expresamente por el acreedor, se operará la delegación perfecta o novación por cambio de deudor (art. 814, C. C.), y el acreedor tendrá así un solo deudor que, a su vez, es propietario del inmueble afectado por la garantía: ejecutará el crédito con el accesorio de la hipoteca”.

En este caso el tercer adquirente se convierte en deudor principal del crédito y responde por este con todo su patrimonio y no goza de la facultad de abandonar el inmueble gravado para exonerarse del juicio (art. 3172). Aquí se dan los presupuestos de la cesión de deuda (o delegación perfecta), donde se necesita imperiosamente del consentimiento del acreedor para que se opere la transmisión de la deuda. Es el acto triangular del que habla Llambías, celebrado entre el deudor (cedente), el tercero (cesionario) y el acreedor.

Si no la asume (lo define como tercer poseedor) o si la asume pero el acreedor no lo acepta como deudor, no reviste el carácter de deudor del crédito, pero tiene que soportar que el acreedor ejerza sobre ella su derecho real –art. 3126–. (Creemos que el carácter de tercero adquirente no depende de la aceptación por parte del acreedor, sino de la graduación de la responsabilidad de este tercero. Aún cuando tenga la aceptación del acreedor puede limitar la agresión patrimonial sólo a responder con el valor de la cosa. Precisamente por eso apreciamos la idea de redactar claramente en la escritura de venta del inmueble hipotecado, el alcance de la responsabilidad del adquirente. Decimos que tal vez dependerá del artículo 3172 “[...] si se obligó a satisfacer el crédito”).

## 8.2. Tercer poseedor

Este es el caso del comprador que asume la deuda sin consentimiento o aceptación del acreedor hipotecario. Mariani de Vidal<sup>31</sup> plantea que este comprador “no reviste el carácter de deudor del crédito, pero como propietario de la cosa hipotecada tiene que soportar que el acreedor ejerza sobre ella el derecho real, que por ser *erga omnes* le permite perseguirla en manos de quien se encuentre –art. 3162–”. Luego, continúa proponiendo que: “Este adquirente recibe el nombre de tercer poseedor, no porque el llamado ‘tercer adquirente’ no sea también poseedor, ni porque el ‘tercer poseedor’ no sea adquirente, sino para denotar con más fuerza que solo es responsable por su relación con la cosa y en la medida de esta”. No obstante, pensamos que aún mediando notificación y/o aceptación del acreedor, el comprador podría eludir su responsabilidad patrimonial (y quedar sólo limitado al valor de la cosa) si esto queda perfectamente aclarado en el acuerdo de asunción de deuda (art. 3166).

Cabe consignar que si el tercer poseedor fuere intimado, puede optar por los siguientes caminos: pagar la deuda (según el artículo 3163 del Código Civil, con previa intimación, que el acreedor deberá hacer al deudor original, y según el artículo 599 de la Ley 17.454, con la intimación que deberá hacerse al tercer poseedor después de la sentencia de trance y remate); abandonar el inmueble (art. 3169, C. C.) y sin que pueda ser perseguido en los otros bienes de su patrimonio (art. 3165, C. C.) o plantear las excepciones de los artículos 3163 y 3166 del Código Civil.

Según Borda, este es el caso de la “asunción de deuda” (o delegación imperfecta) que resulta del contrato entre deudor y tercero, por el cual este asume la deuda del primero sin consentimiento por parte del acreedor.

## 9. Novación

Hemos excluido a la novación de este trabajo, no solamente porque ella requiere el consentimiento del acreedor, sino porque no es una figura muy utilizada en la negociación inmobiliaria, en razón de que resta practicidad y economía a la operatoria. Simplemente hacemos su reseña porque implica una de las formas de *asunción de deudas*.

31. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 30), p. 197.

El comprador asume el crédito pero bajo la condición de que el vendedor quede liberado de sus obligaciones. En este caso será necesario que el acreedor acepte expresamente (art. 3172), con lo cual se produciría, según Mariani de Vidal, una delegación perfecta o novación.

De esta manera, el comprador, como *tercer adquirente*, se convierte en deudor del crédito, respondiendo con todo su patrimonio y no puede abandonar el inmueble para desinteresarse de las obligaciones. Se subordina la eficacia del acuerdo, como dice Llambías, a que el acreedor preste su consentimiento. En caso contrario, como es lógico, lo convenido debería perder todos sus efectos.

Los autores denominan a esta situación como: *cesión de deuda, propiamente dicha* (Llambías), *asunción privativa o liberatoria de la deuda* (Cazeaux y Trigo Represas), *cesión de deudas –delegación perfecta–* (Borda), *cesión de deudas* stricto sensu (Alterini, Ameal y López Cabana) y *transferencia privativa o transferencia perfecta* (Fernández).

## 10. Conclusión

Hemos analizado por separado la *toma a cargo de la hipoteca* y la *asunción de deudas*. Se han aclarado los conceptos y han quedado marcadas las disidencias. La *toma a cargo de la hipoteca* no presenta dificultades. La *asunción de deudas* refleja diferencias entre quienes admiten su existencia (Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Borda, y Alterini, Ameal y López Cabana, con distintos matices entre ellos) y los que la rechazan (Fernández).

A su vez, como plantea Highton<sup>32</sup> “en esta materia existe gran confusión entre el derecho personal garantizado y el derecho real garantizante, por lo que deben separarse bien ambos conceptos. No es una cuestión meramente teórica, pues de la misma derivan importantes consecuencias prácticas”.

Sobre la transmisión de contratos, créditos y deudas, comenta Fortín<sup>33</sup> que: “Para resolver adecuadamente los conflictos que en un caso dado pudieran presentarse, deberán previamente analizarse de cuál de las figuras se trata, tarea no del todo sencilla desde que no existe un vocabulario definitivo impuesto por la práctica de las transacciones”.

Por lo que hemos visto, no existe en nuestro ordenamiento una figura jurídica, químicamente pura, que sea comprensiva de

32. HIGHTON, Elena I., “Derecho de hipoteca y cláusulas reglamentarias del derecho de hipoteca”, *La Ley*, año LIII, n° 39, 23/2/1989.

33. FORTÍN, Pablo J., “Cesión de contratos, créditos y deudas”, *La Ley*, año 1993-D, p. 196.

esta forma de tomar a cargo la hipoteca y asumir la deuda. Por ello consideramos que se trata de un contrato atípico. Los atípicos *puros* son aquellos que carecen de regulación legal; en cambio, los *mixtos* son aquellos que incluyen componentes de una u otra figura contractual típica o nominada. Nos inclinamos por denominarlo como un contrato o un acuerdo atípico mixto.

Esta atipicidad contractual constituye un desafío para el operador jurídico. Allí comienza un trabajo de búsqueda de alternativas dentro de los tradicionales moldes presentados por la ley y los autores. Esa tarea implicará, además, determinar si se aplican las normas supletorias existentes en el sistema, o se debe regular pormenorizadamente la relación jurídica de las partes, prescindiendo de la eventual virtualidad de esas normas.

Fortín<sup>34</sup>, comentando un fallo sobre este tema, alude a “las complejas situaciones que se presentan cuando un tercero ingresa en una relación contractual bilateral. La decisión del conflicto obliga entonces a distinguir adecuadamente las hipótesis de cesión de créditos, de deudas y de la posición contractual. Ante la inexistencia de una regulación legal orgánica en la materia, así como de una práctica y terminología consumadas, se impone el recurso a la analogía y a los principios generales del derecho. En el caso concreto, el tribunal zanjó las dificultades mediante el recurso a una clara regla de interpretación en materia contractual: el comportamiento posterior de las partes según la buena fe que debe imperar en la celebración y ejecución”.

Frente a las alternativas complejas de nuestro tema, la prudencia nos indica que se debe elaborar una regulación detallada de las obligaciones de las partes, pues en caso contrario, se entrará en el terreno de las incertidumbres sobre los alcances de los compromisos asumidos. Al respecto, Pala Mediano, citado por Etchegaray<sup>35</sup>, sostiene que

Dentro del ámbito de la economía privada la formación del acto jurídico tiene un ancho campo en el que puede darse la creación de normas o reglas de derecho. De un lado, si los declarantes u otorgantes han de observar las normas preceptivas o imperativas del derecho positivo, pueden rechazar las supletorias de la declaración de voluntad y establecer otras nuevas; y de otro lado, si el acto jurídico no puede ser encuadrado en ninguna de las categorías del sistema positivo será preciso configurarlo y ordenarlo totalmente en sus presupuestos y efectos, realizando así una verdadera obra de creación sirviéndose de los mismos procedi-

34. FORTÍN, Pablo J., *op. cit.* (cfr. nota 33), p. 199.

35. ETCHEGARAY, Natalio P., *op. cit.* (cfr. nota 21), p. 8.

mientos e instrumentos que emplea la técnica legislativa para la elaboración del derecho positivo.

Debemos comenzar por asignarle una denominación a este acuerdo atípico mixto de continuidad de la deuda hipotecaria. Nos parece adecuado denominarlo como *contrato de toma a cargo de la hipoteca y sus efectos sobre la continuidad de la deuda*.

Para aportar mayor claridad al tema que nos ocupa, consideramos conveniente hacer una síntesis mediante un esquema práctico. En este sentido, presentamos tres supuestos básicos de la toma a cargo de la hipoteca, donde el operador podrá encuadrar el caso que se le plantea. En el primero, el comprador deja expresado que no asume la deuda; en el segundo, toma a su cargo la hipoteca simplemente sin hacer consideraciones sobre la deuda; y en el tercero, asume la deuda y deja acordado hasta dónde se extiende su responsabilidad.

1) El comprador toma a cargo la hipoteca al solo efecto registral y sin que ello implique reconocer la deuda.

- El comprador no hace una promesa de liberación al vendedor (deudor).
- El comprador responde con la cosa o con lo pagado y conserva el derecho de excepcionar y de abandono. No responde con su patrimonio ni frente al acreedor ni frente al vendedor (deudor).
- El acreedor no consiente.
- Si el comprador paga puede accionar contra el vendedor (deudor).

Si bien es cierto que en esta figura no hay un tercero que se coobliga o promete pagar la deuda, se está planteando la continuidad de la deuda en la misma forma direccional que venía. La deuda sigue la misma suerte de su constitución, pero el comprador debe saber que esta modalidad le abre la puerta al eventual riesgo de que el deudor no pague el crédito y él deba hacerlo si quiere evitar una ejecución hipotecaria. Hemos visto que el comprador no se puede negar a tomar a cargo la hipoteca, pero nada impide que no asuma la deuda. El acuerdo es factible, pero el adquirente debe ser advertido de que queda expuesto a las alternativas de pago o a la falta de pago por parte del deudor originario. No es un caso frecuente, pero es posible. El comprador quedará sometido a la potencial circunstancia de que el deudor no pague la obligación y el inmueble deba ser ejecutado en función de la garantía que representa la hipoteca. Solo evita-

rá esa situación si paga el crédito, no obstante no haberse obligado, quedando solo en su salvaguarda la posibilidad de ejercer la acción de subrogación (inc. 4, art. 768 y art. 3185) contra el deudor original (su vendedor). Pero se arriesga a encontrar un deudor insolvente que de por sí ya depreció sustancialmente su solvencia patrimonial al vender el inmueble. Como propuso Mariani de Vidal, precedentemente, el comprador no es deudor pero responde por su relación con la cosa.

Reiteramos, el comprador no asume obligaciones ni con respecto al crédito ni con respecto al gravamen hipotecario, pero en razón de tomar este a cargo debe soportar sus efectos. Coincide con la fórmula sugerida por la citada Disposición del Registro de la Propiedad (nº 8, año 1970), por la cual el comprador debe tomar a cargo la hipoteca al solo efecto registral y sin que ello implique reconocer la deuda. Se trataría del denominado *tercer poseedor*, que, como dice Mariani de Vidal<sup>36</sup>:

[...] no reviste el carácter de deudor del crédito (por lo tanto no responde con su patrimonio), pero como propietario de la cosa hipotecada tiene que soportar que el acreedor ejerza sobre ella el derecho real, que por ser *erga omnes* le permite perseguirla en manos de quien se encuentre –art. 3162–.

La mencionada es una alternativa riesgosa para el comprador, motivo por el cual no es muy utilizada, salvo en el caso en el que el vendedor acredite fehacientemente que el crédito se encuentra pagado (restando solo el otorgamiento de la escritura de cancelación o que esta se hubiera otorgado y se encontrara pendiente de registración) o que se han extinguido las obligaciones provenientes del juicio ejecutivo hipotecario. En caso contrario, el comprador quedará expuesto a que el deudor no extinga la deuda y aquel deba soportar las consecuencias de la ejecución hipotecaria. La misma autora dice que: “[...] intimado (al pago), el tercer poseedor puede optar por los siguientes caminos: a) pagar; b) abandonar el inmueble; c) excepcionar (arts. 3163 y 3166, C. C.)”, y entonces toma a su cargo la hipoteca, no solo por la exigencia registral, sino para abreviar las dilaciones propias del trámite de inscripción registral de la cancelación del gravamen.

Una alternativa de este ítem es que se acuerde que el comprador no pague la totalidad del precio de la compraventa hasta que el vendedor (deudor) no acredite que ha cancelado el crédito.

36. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 30), p. 197.

to hipotecario. Esto requiere que se fijen los plazos de las obligaciones y sus correspondientes sanciones en casos de incumplimientos, como así también los lugares de pago y sus efectos procesales.

2) El comprador toma a cargo la hipoteca sin hacer mención sobre la deuda.

- La toma a cargo de la hipoteca implica tácitamente soportar las consecuencias de la deuda.
- El acreedor no consiente.

En este caso, tal vez el más utilizado en la práctica, el comprador toma a su cargo la hipoteca y omite hacer consideraciones sobre la asunción del crédito, con lo cual cuenta con todos los privilegios del *tercer poseedor* donde no compromete su patrimonio frente al deudor o al acreedor por la deuda, responderá solo con la cosa o lo pagado y conservará el derecho de excepcionar y de abandonar el inmueble frente al acreedor. Según Llambías: “no hay transmisión de la deuda ni incorporación del tercero a la obligación, porque se trata de un acto paralelo a la obligación primordial y porque el promitente queda ajeno a la obligación primordial y por ello el acreedor carece de acción contra él”. Este es el caso típico que plantean las redacciones propuestas por los notarios Gattari y Etchegaray en el punto 6 precedente.

En nuestro concepto, los perjuicios que puede sufrir el vendedor ante el abandono del inmueble por parte del comprador, no podrán ser resarcidos, porque aquel carecerá de todo derecho sobre el patrimonio del comprador.

3) El comprador toma a cargo la hipoteca y asume la deuda.

- El comprador pierde el derecho de abandono por haber asumido la deuda (art. 3172) quedando así tácitamente expresa la liberación del comprador hacia el vendedor.
- Caben aquí otros acuerdos que las partes hagan sobre la deuda asumida.
- El acreedor no consiente.

Esta es la figura que los autores (con alguna diferencia de matices) denominan como: *asunción acumulativa de deuda o accesión de deuda* (Llambías), *accesión de deuda*, *asunción acumulatoria*, *confirmatoria de refuerzo o coasunción* (Cazeaux y Trigo Represas), *asunción de deudas propiamente dicha*, *Delegación imperfecta* (Borda), *asunción privativa de deuda* (Alterini, Ameal y López Cabana) y *promesa de liberación* (Fernández).

Aquí el comprador asume la hipoteca y la deuda, sin necesidad de que el acreedor se notifique o consienta la existencia de un nuevo deudor. Este acuerdo debe ser complementado con una detallada mención referida a la extensión y límites de las obligaciones y responsabilidades de los contratantes.

Es necesario destacar la importancia que tiene la exteriorización por la cual el comprador “asume la continuidad de la deuda”, porque el hecho de haberse obligado a satisfacer el crédito le significa automáticamente la pérdida del derecho de abandono del inmueble (art. 3172) y, por lo tanto, la obligación de responder con su patrimonio frente al vendedor y al acreedor.

Por tal motivo, no tendría mayor injerencia que el comprador le formulara expresamente, al vendedor, una promesa de liberación que quedara tácitamente comprendida. No obstante, es conveniente que el acuerdo de partes deje las dudas despejadas con una redacción adecuada a la voluntad de las partes y a las normas de derecho.

Dijimos anteriormente que, si el comprador asumió la deuda y si además medió notificación y/o aceptación del acreedor, aquel igualmente podía eludir su responsabilidad patrimonial (limitada solo al valor de la cosa) si esto queda perfectamente aclarado en el acuerdo de asunción de deuda y se explicitó con respecto al acreedor.

Dado que esta circunstancia puede originar dualidades de interpretación, consideramos recomendable que, cuando el comprador no quiera comprometer su patrimonio, deba, en el acuerdo, limitarse solamente a la toma a cargo de la hipoteca –como se ha desarrollado en el punto 2 precedente–.

La asunción de la deuda también puede ser objeto de múltiples acuerdos complementarios referidos al mismo género contractual. Podría suceder que el comprador se obligara a cancelar el crédito hipotecario antes de los plazos consignados en la escritura de constitución de la hipoteca; podría suceder que vendedor y comprador compartieran la onerosidad de los intereses, o los efectos de una eventual actualización del capital del crédito; podría suceder que se constituyera una segunda hipoteca para garantizar un saldo de precio de la compraventa, y este segundo crédito tuviera acordado efectos que lo vinculen con la primera. Por ejemplo, que la morosidad del segundo crédito hiciera decaer los plazos del primero. También podrá acordarse cómo queda la responsabilidad de las partes en caso de que el

acreedor remate el inmueble y los fondos de la subasta resultaran insuficientes para afrontar el crédito.

En consecuencia, la intención de las partes, el asesoramiento jurídico correspondiente y la técnica de redacción adecuada serán los factores determinantes tendientes a la clarificación de los hechos y los actos.

Como dijimos, se trata de un acuerdo que nace de la compraventa, que forma parte de ella, pero, por sus características, debe ser individualizado autónomamente dentro de la misma, porque tiene su propio metabolismo y porque su objeto, sus sujetos y sus efectos difieren sustancialmente de los que corresponden a la transmisión inmobiliaria.

La práctica nos enseña que las partes convienen la continuidad de la deuda con modalidades y matices de diverso grado e intensidad. Por eso no solamente se requiere tener los conocimientos jurídicos adecuados, sino que también se debe saber interpretar la voluntad de los contratantes para poder expresarla de la manera más precisa posible.

## 11. Redacción

Alterini<sup>37</sup> plantea que: “El eje de compromiso en la redacción contractual es, de tal modo, la claridad”. Luego cita una frase terminante de Quintiliano: “Al escribir, proponte, no que alguien te pueda llegar a entender, sino que nadie te pueda dejar de entender”; y continúa: “El derecho no ampara al redactor ambiguo y la expresión precisa designa con exactitud la voluntad real de las partes, lo que se quiso convenir, y evita discrepancias ulteriores, porque, en principio, los tribunales se atienen a la literalidad del contrato”.

Los notarialistas han aportado mucho en esta materia. Gattari<sup>38</sup> menciona que: “el principio de composición determina que todos estos elementos, ideas, hechos, cosas, reciban un ordenamiento acorde con el objeto buscado, que es, en el caso, constituir un negocio jurídico”; Etchegaray<sup>39</sup> dice que

La terminología debe ser adecuada, y el texto distribuido sistemáticamente, atendiendo primero a los elementos esenciales específicos del negocio, para ir luego a las modalidades particulares de esa contratación, separando en puntos, capítulos, en un orden

37. ALTERINI, Atilio A., *Cómo redactar un contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 20.

38. GATTARI, Carlos N., *op. cit.* (cfr. nota 25), p. 83.

39. ETCHEGARAY, Natalio P., *op. cit.* (cfr. nota 21), p. 8.

jerárquico de importancia, atendiendo a los fines, validez y eficacia del negocio, y a la autenticidad formal del documento.

Lamber<sup>40</sup> comenta que: “el documento notarial debe cumplir una función docente, en el sentido de liberarse de toda oscuridad o confusión en cuanto a su contenido, y toda situación prevista por los contratantes o advertida por el notario debe dejarse expresamente aclarada en el documento”.

Por otro lugar, en el aludido despacho de la Comisión II, de la *XII Jornada Notarial Bonaerense*, se opina que:

En ejercicio de su función asesora, el notario tiene el deber de orientar la voluntad de las partes, adecuarla al ordenamiento legal, plasmarla en fórmulas eficientes para la obtención plena de los fines queridos, redactar los documentos con estilo claro y conciso, y actuar en todo momento al servicio del derecho, previendo las consecuencias jurídicas del contrato a instrumentar.

Por lo tanto, en la escritura pública como en el boleto de compraventa el pacto (autónomo) de toma a cargo de la hipoteca y la continuidad de la deuda “Contrato de Continuidad de la Deuda” deben estar ubicados sistemáticamente, en lo posible como un compartimiento estanco donde se enumeren sus elementos esenciales y particulares. Por ejemplo:

1) Denominación del contrato. Alterini<sup>41</sup> comenta que:

[...] frecuentemente el encabezamiento contiene una frase en la cual se expresa que las partes celebran el contrato de [...] indicando el tipo contractual elegido. La utilidad de esta mención es limitada. El derecho vigente no exige la designación del contrato (nota al art. 1629, C. C.) y la que le es atribuida a las partes, por sí sola, resulta irrelevante.

Sin embargo, su inclusión resulta útil para establecer la finalidad de las partes y lo que quisieron convenir. Entendemos que se puede generalizar el acuerdo considerándolo como *Contrato de toma a cargo de la hipoteca y sus efectos sobre la continuidad de la deuda*, o *Contrato de asunción de deuda hipotecaria*, o *Contrato de continuidad de deuda hipotecaria*, o *Contrato de traspaso de deuda hipotecaria*, o expresiones más puntuales basadas directamente en alguna de las categorías propuestas por los autores referenciados. Esto debe ser complementado con la correspon-

40. LAMBER, Rubén A., *Cuaderno de apuntes notariales*, n° 22, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 47.

41. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 62.

diente explicación de los derechos, las obligaciones y la responsabilidad que le corresponde a cada parte.

2) Toma a cargo de la hipoteca. Hemos visto que este es el elemento esencial a partir del cual vendedor y comprador formularán acuerdos sobre la deuda. También deberá reiterarse o preverse lo concerniente a los gastos y honorarios de la futura cancelación de hipoteca.

3) Deducción del precio de la compraventa, del monto correspondiente a la asunción de la deuda. Deberá expresarse que una cantidad determinada del precio se da por pagada en razón de que, por ese importe, el comprador asume la deuda hipotecaria. Lamber<sup>42</sup> comenta que si el precio se da por pagado sin computar la hipoteca que se toma a cargo, ello “implicaría una verdadera falsedad”, con sus correspondientes efectos fiscales.

4) Mutuo e hipoteca. En razón de que el comprador toma a cargo la hipoteca, deberá constar que este conoce y acepta sus cláusulas y modalidades, como así también las del mutuo.

5) Estado de cumplimiento de la deuda. Al comienzo, ya dijimos que es importante que el comprador conozca el estado actual del cumplimiento de las obligaciones del deudor o el estado actual del proceso judicial de la deuda si es que el acreedor ha iniciado acciones legales por incumplimiento del deudor. En caso de existir obligaciones vencidas, el comprador deberá conocer el monto de las mismas y las pretensiones del acreedor, relacionadas con los recargos por morosidad; y en caso de existir una demanda judicial incoada para el cobro del crédito, se deberán conocer las sumas suficientes que se necesitarán para dar por extinguidas totalmente las acciones en curso (capital, intereses y costas del juicio).

6) Responsabilidad del comprador con su patrimonio o con la cosa. Total o parcial. Ya vimos que en el caso de que el comprador asuma el crédito, debe responder frente al acreedor con todo su patrimonio. El comprador también puede omitir que asume la deuda, en cuyo caso solo responde con la cosa o con lo pagado y no responde con su patrimonio. El acuerdo puede limitar o extender estas responsabilidades.

7) Responsabilidad de las partes con relación al acreedor. Fundamentalmente en el caso de que la hipoteca contenga cláusulas que posibiliten dar por extinguidos los plazos del mutuo al acreedor. Circunstancias frente al rechazo de cobro por parte del acreedor, al pago del tercero interesado.

42. LAMBER, Rubén A., *op. cit.* (cfr. nota 40), p. 27.

8) Ausencia de responsabilidad. Alterini<sup>43</sup> menciona el “pacto de displicencia”, una “cláusula que autoriza a una de las partes, o a las dos, a desligarse del contrato sin responsabilidad alguna”.

9) Efectos y sanciones ante el incumplimiento del comprador que asumió la deuda. Aquí cabe la posibilidad de que el vendedor pretenda asegurarse de que el comprador pague la obligación hipotecaria mediante la constitución de garantías reales (incluso hipoteca en segundo grado sobre el mismo inmueble) o personales; pues si de la subasta del inmueble no se puede satisfacer el crédito, y teniendo en cuenta que el comprador (como tercer poseedor) tiene la posibilidad de hacer abandono del inmueble, el primitivo deudor seguirá respondiendo por la deuda y con sus bienes. También debe tenerse en cuenta que si la hipoteca está constituida en función de determinada condición del deudor (empleados, profesionales, etc.), el incumplimiento del adquirente puede generar efectos colaterales del acreedor hacia el deudor por privación de servicios o sanciones de cualquier naturaleza.

10) Efectos ante la quiebra del vendedor o del comprador.

11) Efectos de la futura onerosidad de la hipoteca. Como ha sucedido con el artículo 11 de la Ley 25.561 y el artículo 8 del Decreto 214/02.

12) Efectos y sanciones por el incumplimiento del deudor en el caso del comprador que no asumió la deuda, o en los casos de *asunción acumulativa* o *promesa de liberación* cuando solamente contrajo parte de la misma.

13) Constitución de domicilios especiales.

14) Fijación de Tribunales competentes y posibles efectos procesales.

43. ALTERINI, Atilio A. y otros, *op. cit.* (cfr. nota 7), p. 116.