

Publicación: Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial

Fecha: 20-03-2015 Cita: IJ-LXXVII-446

La hipoteca, su indivisibilidad y la cancelación

Comentario al fallo *N., M. y Otros c/G. L., G. E. s/Cancelación de Hipoteca*

Mauricio J. Kalejman

I. Lo nuevo y lo viejo pero vigente [arriba] -

La sentencia dictada por la Sala H de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tiene como núcleo central el instituto de la hipoteca y como satélites los conceptos jurídicos de indivisibilidad y cancelación (de la mentada hipoteca).

Ahora, si bien, los vocales de la Cámara sustentaron su fallo sobre la base del Cód. Civ., lo cierto es que en pocos meses entrará a regir un nuevo Cód. Civ. y Comercial.

En este contexto considero oportuno esbozar unas pequeñas líneas sobre la regulación de la hipoteca en el nuevo Cód. Civ. y Comercial.

Así y específicamente, en lo atinente a los derechos reales de garantía, se ha conformado una parte general agrupando, en el título XIII, capítulo 1 (arts. 2184 a 2204), las normas que les son comunes, referentes a la convencionalidad, accesoriedad, especialidad, indivisibilidad, oponibilidad e inoponibilidad, créditos garantizables, extensión del objeto, facultades y responsabilidades del constituyente y cancelación del gravamen.-

Luego, se regulan, en los capítulos 2, 3 y 4, los derechos reales de Hipoteca (arts. 2205 a 2211), Anticresis (arts. 2212 a 2218) y Prenda (arts. 2219 a 2237).

En lo atinente a la definición de la hipoteca, es oportuno indicar que el art. 3108 del Cód. Civ. dispone que “La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor”.-

Por su lado, el nuevo art. 2205 conceptualiza a la hipoteca como “... el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”.-

La definición del Código vigente, si bien proporciona una idea bastante exacta de la índole y naturaleza de la institución no es del todo perfecta, en tanto al no precisar de qué manera se conforma la seguridad del crédito resulta ambigua y; por otra parte, la hipoteca puede ser dada por un tercero, por lo cual es más adecuado hablar de constituyente y no de deudor. En efecto, como la hipoteca no requiere la tradición, el inmueble continúa en poder del otorgante, quien puede ser el deudor del crédito garantizado o 'un tercero sin obligarse personalmente' (art. 3121), con los efectos indicados por el art. 3186, por lo que no es feliz la fórmula del art. 3108 in fine del Cód. Civ. acerca de que el inmueble o los inmuebles: 'continúan en poder del deudor'; más ajustada es la mención de que el inmueble 'continúa en poder del constituyente'. Si bien el Proyecto supera esta observación, se ha dicho que la fórmula más adecuada consiste en puntualizar que el inmueble 'continúa en poder del dueño'. Se trate del dueño que la constituyó, deudor o no, o en su caso del dueño que la recibió en virtud de las transmisiones sucesivas, que al igual que el constituyente podrá ser perseguido por el acreedor hipotecario en ejercicio de la facultad persecutoria regulada por los arts. 3162 y siguientes del Cód. Civ.. Siempre el inmueble permanece en poder del dueño, ya sea el originario constituyente, o adquirente posterior. Este criterio fue receptado por el art. 2104 del Proyecto 1998...".[1].

II. El aquí y ahora: el Cód. Civ. vigente [arriba] -

i.- De conformidad con el art. 3112 del Cód. Civ., la hipoteca es indivisible y ello implica que el gravamen se extiende totalmente al objeto afectado y cada una de sus porciones a fin de garantizar el pago del crédito y de cada fracción del mismo. -

Así, e virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca, resulta que si se divide el dominio del bien afectado, los nuevos condóminos no podrán pretender la división del privilegio que continúa pesando sobre la totalidad de aquél. Por tal razón, el nuevo adquirente del inmueble no obtendría la cancelación parcial del gravamen (sobre su parte indivisa) sino que soportaría -con el restante condómino- la garantía sobre la totalidad del inmueble [2].-

La indivisibilidad de la hipoteca significa que, mientras no esté íntegramente pagada la deuda, el acreedor no está obligado a detener el procedimiento o a levantarla siquiera parcialmente [3].

El principio de indivisibilidad de la hipoteca se aplica aún en el caso en el que la garantía comprenda varios inmuebles, siendo facultativo del acreedor el derecho a perseguir todos los bienes simultáneamente o hacer ejecutar alguno de ellos. Empero esta potestad no puede, en ningún caso, convertirse en un perjuicio para el acreedor mediante la sustracción anticipada de los bienes que integran la garantía [4].-

Es cierto que la Ley Nº 17.711 introdujo al sistema entonces vigente reformas que contemplan la situación del deudor evitando los ingentes perjuicios que podrían ocasionarle enajenaciones desastrosas, entre la que se cuenta la realización parcial y fraccionada de los bienes comprometidos [5].-

III. La hipoteca como garantía accesoria [arriba] -

Cabe precisar que el acreedor hipotecario posee un derecho mixto compuesto por dos elementos de naturaleza totalmente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal y tiene, además, un derecho real en garantía de su crédito. La hipoteca es inseparable al crédito que accede, es decir que no existe duda en que el derecho real es accesorio al derecho personal.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 3108 del Cód. Civ. la hipoteca es un derecho real constituido en seguridad de un crédito. En consecuencia, no existe hipoteca sin la correlativa obligación principal. La doctrina ha expuesto que “Si bien habitualmente se menciona al crédito hipotecario o bien a la hipoteca como una entidad única, en esta expresión deben destacarse dos elementos: el crédito y la hipoteca. Existe una gran confusión entre el derecho personal garantizado y el derecho real garantizante, por lo que deben separarse bien ambos conceptos ... El acreedor posee un derecho mixto, compuesto por dos elementos de naturaleza totalmente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal y tiene, además, un derecho real de garantía de su crédito” [6].

Reafirma la anterior circunstancia el art. 523 del Cód. Civ. cuando establece que “De dos obligaciones una es principal y la otra es accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”. La obligación que tiene existencia propia e independiente de la otra, con la cual está conectada, es una obligación principal, mientras que la obligación accesoria no encuentra en sí misma la razón de su existencia sino que depende de la existencia y legitimidad de una primera obligación. Este fenómeno de interdependencia de las obligaciones es lo que prevé en el citado art. 523 del Cód. Civ. [7].

IV. Si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación accesoria [arriba] -

El art. 3187 del Cód. Civ. dispone que “la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones”.

Lo prescripto precedentemente es la aplicación del principio de accesoriedad estipulado en el art. 525 del Cód. Civ. cuando establece: “Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal”.

En este piso de marcha la jurisprudencia ha señalado que “Nuestra hipoteca se caracteriza por ser un derecho real, esencialmente accesorio y presupone necesariamente la existencia de un crédito al que accede, y consecuencia de ello es que sigue la suerte y la condición jurídica de éste, extinguiéndose por vía de consecuencia por el pago y demás modos de extinción del crédito accedido [8].

V. La indivisibilidad de la hipoteca [arriba] -

El art. 3112 del Cód. Civ. dispone que "la hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda".

El carácter indivisible de la garantía real es independiente y no afecta al crédito que mantiene su divisibilidad o no, según su naturaleza porque la hipoteca es accesoria de lo principal. La jurisprudencia ha expuesto: "El carácter indivisible de la hipoteca no afecta ni modifica el carácter divisible del crédito al cual sirve de garantía, porque la hipoteca es un simple accesorio y aquel es lo principal" [9].

La indivisibilidad es un atributo natural de la hipoteca, por tanto, al no hacer a la esencia del derecho real ni ser la regla de orden público, no está en juego la validez de la garantía, por eso es que las partes pueden pactar lo contrario, haciendo renunciaciones o modificaciones, inclusive el tribunal así puede disponerlo [10].

Asimismo se ha dicho que "La hipoteca es indivisible pero la indivisibilidad de la hipoteca es renunciable por el acreedor por ser el principal interesado" [11].

En virtud del marco legal brindado procederé al análisis de la sentencia sujeta al presente comentario.-

VI. La sentencia [arriba] -

En el fallo de segunda instancia, la Sala ha considerado que la parte accionada dio su consentimiento para la cancelación de la hipoteca.

Así, si el propio demandado reconoció su consentimiento para la cancelación de la deuda respecto a la parte actora, a posteriori, no podría (ni puede) válidamente pretender la indivisibilidad de la hipoteca.

En efecto, si expresamente expuso que la deuda estaba cancelada, la garantía se había extinguido por vía indirecta por vía de consecuencia ya que la cancelación del crédito conllevó a la inexorable extinción de la garantía real.

Ahora, si bien la doctrina entiende que aún operada la extinción parcial, subsiste la garantía en los términos del art. 3112 del Cód. Civ. sobre todo el inmueble, es decir, que en virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca podría considerarse la subsistencia del gravamen respecto del todo, lo cierto es que también el principio de indivisibilidad puede ser renunciado toda vez que no es de orden público.

En los autos sujetos al presente comentario, se advierte que la parte demandada renunció a la garantía. Por tanto, a posteriori, el demandado no podría válidamente pretender bajo la invocación de la indivisibilidad de la hipoteca que la garantía se extendía sobre todo el bien inmueble cuando justamente la obligación era accesoria a un crédito principal y como tal seguía la suerte de dicha obligación.

Conforme se expuso precedentemente, el principio de indivisibilidad es de carácter natural y es perfectamente renunciable por el acreedor. En la especie, la actitud de la parte demandada-acreedora al entender que la deuda estaba cancelada importó en los hechos admitir que estaba renunciando a la garantía, en su carácter de accesorio al principal.

En este contexto, no es válido conceder que la existencia de la hipoteca hizo que se eclipsara la principalidad del crédito toda vez que la hipoteca no es un derecho independiente sino que es sólo un accesorio que fortifica el cumplimiento de una obligación.

En consecuencia, si el propio acreedor expresó que la deuda estaba cancelada, entonces se desistió del reclamo por extinción de la obligación y ello, por lo ya señalado en torno a que la hipoteca no puede tener existencia desvinculada de la obligación que garantizaba.

[1] Flah, Lily R. Aguilar, Rosana I., La hipoteca en el Proyecto de Código, LA LEY 02/08/2013 , 1 • LA LEY 2013-D , 1057, AR/DOC/2501/2013.-

[2] Sumario N° 15397 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 12/2003. CNCiv. Sala D, R.103124 "ZUAZO DE NAHON, Gloria Francisca c/ FENIEX SA s/ EJECUCION DE ALQUILERES" del 28/06/02.-

[3] CNCiv. Sala E, 6-8-76, ED 76-599.-

[4] arg. art. 3112 y 3113, Cód. Civil; Borda, Guillermo, "Derecho reales", t. II, p. 325, núm. 1125.-

[5] Peña Guzmán, Luis A., Derechos reales; t. III, p. 316, núm. 1764.-

[6] Highton Elena, Juicio Hipotecario, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997.-

[7] Llambías, Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967.-

[8] LA LEY, 98-681, LA LEY, 91-514.-

[9] CNCiv., Sala C, ED 49-188.-

[10] Kiper, Claudio y otros, Código Civil Comentado, Derechos Reales, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa fe, 2004.-

[11] CNCCom. Sala D, 17/6/76 "Baulina Ernesto c/Cía. Interamericana de Construcción S.A.-