

**LAS HIPOTECAS DE DISTINTO GRADO Y LA POSIBILIDAD DE
ESTABLECER PREFERENCIA ENTRE VARIOS ACREEDORES EN UN SOLO
ACTO**

(Leyes 17.711 y 17.801)

Por Luis Moisset de Espanés

JURISPRUDENCIA

Hipoteca: Determinación del grado

“Capanos, José c/ Stapich, Esteban”, Cámara Primera de Mar del Plata, 17 noviembre 1970,
en D.J.A. N° 3916, 18 noviembre de 1971.

Es absolutamente nula la cláusula inserta en una escritura de constitución de hipoteca a favor de varios acreedores por la cual uno de ellos se reserva el derecho de cobrar con preferencia a los coacreedores, pues con ello se afecta una regla de orden público que excede el marco de la autonomía de la voluntad, ya que el legislador ha querido intergiversablemente que los particulares no puedan crear otros privilegios que los autorizados expresamente por la ley, y no debe olvidarse -además- que los acreedores hipotecarios cuyo privilegio nace de una misma hipoteca, de la que se tomó razón en un mismo momento, han de ser pagados entre ellos por concurrencia, como simples quirografarios.

**LAS HIPOTECAS DE DISTINTO GRADO Y LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER
PREFERENCIA ENTRE VARIOS ACREEDORES EN UN SOLO ACTO**

(Leyes 17.711 y 17.801)

(E.D. 42-859 y Revista Notarial de Córdoba año 1971, N° 22 p. 197).

Sumario:

- I.- Los privilegios y los derechos reales de garantía.
- II.- El grado de preferencia de los acreedores hipotecarios en el Código..
- III.- El grado de preferencia y la ley 17.711.
- IV.- La prioridad en los derechos reales y la ley 17.801.
- V.- Conclusiones.

I. - Los privilegios y los derechos reales de garantía.

La Cámara Primera de Mar del Plata, en el fallo que comentamos, sostiene enfáticamente que los particulares no pueden crear otros privilegios que los autorizados por la ley y, sin duda, le asiste toda la razón, pues una de las características esenciales de los privilegios es la de su creación legal, como lo dispone de manera terminante el art. 3876 del Código civil¹. Lo que omite decir el Tribunal es que hay institutos -los derechos reales de garantía- mediante los cuales la voluntad de las partes puede crear, no ya un privilegio, pero sí una preferencia a favor de ciertos acreedores. En este terreno, y mientras el deudor no obre en fraude de los restantes acreedores, es absolutamente soberana su voluntad, y el principio consagrado por el art. 1197 encuentra plena aplicación, admitiéndose que acuerde las preferencias que surgen de la prenda, o de la hipoteca, a favor de no importa cuál acreedor, y con total independencia de la calidad del crédito que se garantiza².

De tal manera, mientras los privilegios -como hemos dicho- son de creación legal, los derechos reales de garantía son de creación voluntaria³, y nuestro ordenamiento jurídico no ha

¹. “Art. 3876.- El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegios a favor de ninguno de sus acreedores.”

². La “calidad” del crédito es de fundamental importancia en los privilegios, ya que constituye el fundamento por el cuál la ley otorga esa preferencia, con abstracción de la persona del acreedor, y de la voluntad de las partes.

³. Es cierto que el art. 2502 manifiesta que “los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley”, pero ello se refiere a la regulación normativa del derecho. Nosotros aquí hablamos de “creación voluntaria”, porque el deudor libremente otorga la preferencia que nace del derecho real de garantía, mientras que no puede otorgar privilegio a un crédito.

puesto cortapisas a la libertad de las partes para darles nacimiento. Hacemos solamente la salvedad de que, al igual que para todos los demás derechos reales, su régimen jurídico está minuciosamente previsto por la ley, y no puede ser alterado, de manera tal que los efectos de estos derechos serán los que la ley determine, y no otros.

En resumen, no deben confundirse los derechos reales de garantía, que son otorgados por las partes de manera voluntaria para asegurar el cumplimiento de cualquier crédito, con los privilegios, establecidos taxativamente por la ley para proteger determinadas relaciones obligacionales, con total independencia de la voluntad de los sujetos, atendiendo solamente a la naturaleza misma de los créditos a los que se conceden tales preferencias.

II.- El grado de preferencia de los acreedores hipotecarios en el Código.

Nos referiremos en este apartado a la forma en que el Código de Vélez Sársfield regulaba la atribución del rango de las hipotecas, puesto que -como veremos luego- ha sido profundamente modificado por las leyes 17.711 y 17.801.

Puede suceder que el deudor constituya sucesivamente varias hipotecas, a favor de distintos acreedores; en tal caso, para juzgar el orden de preferencia en que se encuentran unos, con respecto a los otros, se atenderá a la fecha en que se tomó razón de la hipoteca⁴, estableciéndose así una graduación, que nos lleva a hablar de “hipotecas de primer grado”, de “segundo grado”, etc.

⁴. “Art. 3934.- Las hipotecarios son preferidas sobre los bienes gravados con la hipoteca. El privilegio se cuenta desde el día que se tomó razón de la hipoteca.”

Sin embargo la regla no es absoluta, pues el escribano goza de los plazos establecidos en el art. 3137, para presentar la escritura⁵, y si se tratase de instrumentos labrados en país extranjero, deberá aplicarse lo dispuesto por el art. 3129. Si se hiciera registrar primero otra hipoteca celebrada con anterioridad, mientras se encuentra corriendo el término legal para inscribir la primera, esta toma de razón no gozará de prioridad, si la hipoteca celebrada primero se registrase antes de que fenezca el término legal (art. 3136). De manera, pues, que si el derecho se inscribe en término, la preferencia estará dada por la fecha de celebración del acto, y no por la toma de razón.

En definitiva, cuando se trataba de acreedores sucesivos, el Código establecía un orden de preferencia basado en la fecha de celebración del contrato hipotecario, o de su inscripción, disponiendo finalmente que cuando las inscripciones se efectuaban el mismo día, los acreedores concurrirían a prorrata (art. 3934, in fine).

Por supuesto que si la constitución de la hipoteca a favor de varios acreedores se realizaba en un acto único, su toma de razón debía tener lugar forzosamente en la misma fecha, y la solución -dentro del sistema del Código, antes de las reformas- era ineludiblemente la de distribuir a prorrata entre los acreedores hipotecarios los fondos que se obtuviesen al liquidar el inmueble, pues la ley sólo había previsto una forma mecánica de graduar los créditos, vinculada -como hemos dicho- con la fecha de constitución o de toma de razón de la hipoteca.

⁵. “Art. 3137.- El registro debe hacerse en los seis días siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, para que la hipoteca tenga efecto contra terceros. Si el oficio de hipotecas estuviere más de dos leguas distante de la escribanía en que se hubiese otorgado la escritura pública hipotecaria, habrá para la toma de razón un día más por cada dos leguas.

III.- El grado de preferencia y la ley 17.711.

La ley 17.711 -por razones de índole económica, que han sido expuestas con claridad por dos de sus principales mentores⁶-, ha modificado el art. 3135, agregándole un párrafo, por el que se admite que el propietario, con el consentimiento del acreedor, en el momento de constituir la hipoteca se reserve el derecho de constituir otra de grado preferente⁷. De esta manera se ha quebrado el antiguo sistema de nuestro Código, que con absoluto rigor establecía de forma mecánica el rango de preferencia que debían tener los distintos acreedores hipotecarios⁸.

Se admite ahora que el libre acuerdo de las voluntades de acreedor y deudor altere ese

⁶. Guillermo A. Borda: “La Reforma... Posesión-Hipoteca”, E.D. 32-859 (en especial p. 856-864), y Alberto G. Spota: “Sobre las reformas al Código Civil”, p. 93-96.

⁷. “Art. 3135.- ... Al constituir la hipoteca el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar”.

⁸. En general para todos los derechos reales regía la máxima de que “el primero en el tiempo es el mejor en el derecho”.

orden, y coloque en grado preferente a una hipoteca celebrada con posterioridad, siempre que se haya observado -al hacer la reserva- el requisito de la especialidad en cuanto al monto del crédito que estará garantizado con esta hipoteca preferente⁹.

⁹. Ver Manuel Adrogué, “Reserva de rango hipotecario”, L.L. 137-962.

Esta norma modifica sustancialmente el sistema del Código, pues hace prevalecer la voluntad de las partes contratantes sobre la atribución mecánica de las preferencias hipotecarias, en razón de fechas¹⁰; y nosotros nos preguntamos: ¿si la ley admite que en el acto de constituir una hipoteca, acreedor y deudor establezcan una reserva, a favor de un posible acreedor futuro, hay alguna razón legal, o de orden práctico, que impida que se acuerde, en ese mismo acto, la misma preferencia a un acreedor actual?

Las razones de carácter económico que justifican una reserva de rango, para facilitar un crédito futuro, pueden militar para acordar la preferencia a uno de los acreedores presentes, sobre otro, si la garantía se constituye en un acto único. Un ejemplo que cita Spota, tomándolo de Wolff¹¹, nos servirá para avalar nuestra afirmación; se refieren estos juristas al caso en que se estipula una hipoteca de segundo grado con el vendedor del terreno, para reservar el primer grado a quien conceda crédito para edificar en el futuro; de la misma manera y por idénticos fundamentos de carácter práctico, si se obtuviesen conjuntamente los dos créditos, sería necesario conceder en ese acto preferencia a quien entrega el dinero para edificar, por sobre quien sólo concede plazo para el pago del saldo del lote.

En definitiva, si media el consentimiento de ambos acreedores, y se determina el monto de los préstamos garantizados, nada se opone a que el deudor en el mismo acto, otorgue preferencia a uno de ellos sobre el otro, especialmente si tenemos en cuenta que los derechos reales

¹⁰. Conf. Alberto G. Spota, obra citada, p. 95. En cambio Adrogué (trabajo citado), aunque admite que por esta vía se da entrada a “la autonomía de la voluntad en aspectos de significación del derecho hipotecario”, sostiene que la norma es de interpretación restrictiva y que por ello sólo puede admitirse la reserva de rango, no así la permuta o cesión de rango, porque estas últimas no están especialmente mencionadas en el agregado efectuado por la ley 17.711 al art. 3135.

¹¹. Alberto G. Spota, obra citada, p. 94.

de garantía son preferencias que no dependen de la ley -como los privilegios- sino de la voluntad de las partes, y que la modificación introducida al art. 3135 admite que esa voluntad altere el orden de atribución de rango que fijaba el Código en el art. 3134.

IV.- La prioridad de los derechos reales y la ley 17.801¹².

El problema del rango en la hipoteca es sólo un caso de especie, dentro del género de las “prioridades” de los derechos reales. En el antiguo sistema de nuestro Código todas esas prioridades -tanto la hipoteca como las vinculadas con los demás derechos reales- tenían como base la aplicación estricta del aforismo latino “prior in tempore, potior in iure”, que se realizaba de manera automática, concediéndose preferencia al derecho más antiguo; para determinar la antigüedad, en la generalidad de los derechos reales, se atendía a la fecha de entrega efectiva de la cosa, o de celebración del acto (según los casos), y en el derecho de hipoteca -como ya hemos visto- a la fecha de toma de razón, que podía retrotraerse a la de celebración del acto, cuando la inscripción se efectuaba dentro de los plazos previstos por los arts. 3129 y 3137¹³.

La ley 17.801 ratifica, para todos los derechos reales inmobiliarios¹⁴, el principio de la atribución del rango en razón de antigüedad, y a tal fin dispone en la primera parte del.

¹². Hemos dejado para considerar en último término la ley 17.801, pues aunque entró en vigencia de manera simultánea con la ley 17.711, es de todos sabido que su sanción fue posterior, y resultó consecuencia obligada de la modificación introducida al art. 2505 del Código civil, exigiendo el registro de los derechos reales sobre inmuebles.

¹³. Ver más arriba, apartado II y nota 5.

¹⁴. La disposición, por tanto, es aplicable en general a la hipoteca, y el art. 3135 sólo ratifica, para un caso especial, la norma general contenida en la ley de Registro Inmobiliario.

“Art. 17.- La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. ...¹⁵”.

Pero la importancia del dispositivo legal no reside en el hecho de haber concretado en una norma expresa el aforismo que acuerda preferencia al derecho real más antiguo sino, precisamente, en lo contrario, pues a renglón seguido destaca que este sistema de atribución automático en razón de la fecha de inscripción del derecho es solamente una norma supletoria de la voluntad de las partes, que pueden realizar cualquier modificación que consideren conveniente, estableciendo rangos diferentes de los que resultarían del mero cotejo de fechas, y así establece:

“Art. 17.- ... No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida”.

El texto que hemos reproducido pone claramente de manifiesto que nos hemos apartado del sistema que procedía a atribuir el rango de los derechos reales de manera mecánica y forzosa, en razón solamente de su antigüedad; ahora esa atribución automática -insistimos- es supletoria, y la voluntad de las partes puede realizar cualquier modificación, sea acordando una preferencia, o efectuando una cesión o permuta de rango entre dos acreedores hipotecarios. Y cuando se trate de actos otorgados en forma simultánea, el mismo artículo dispone que deberá tomarse en cuenta muy especialmente la voluntad de las partes y la naturaleza del acto, por encima

¹⁵. El artículo 40 se refiere al procedimiento para tomar nota de la presentación de los documentos al Registro, de acuerdo a un orden cronológico.

de una simple atribución mecánica:

“Art. 19.- ... Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. ...”.

Los comentadores del art. 3135 que, al estudiar la reserva de rango en la hipoteca, lo han interpretado de manera restrictiva, han cometido el error de tomar esta norma aisladamente y olvidarse de la existencia del art. 19 de la nueva ley de Registro Inmobiliario, que otorga un amplio campo a la autonomía de la voluntad, para determinar el orden de preferencia de los derechos reales.

No queremos terminar este estudio sin hacer referencia a otra importante modificación que introduce la ley 17.801, con relación a la fecha que debe tomarse en consideración para determinar la antigüedad del derecho, cuando en ausencia de la voluntad de las partes debe aplicarse de manera supletoria la atribución mecánica de rango.

Es cierto que, de acuerdo al art. 5 de la ley¹⁶, deberá tomarse en cuenta la fecha de celebración del acto, si se lo ha inscripto dentro de los plazos que la ley determina¹⁷. Pero, en realidad, debemos sostener enfáticamente, para evitar confusiones, que la preferencia se ha de retrotraer a un momento anterior al del otorgamiento del acto, y en definitiva tendrá que tomarse en cuenta la fecha en que el Registro expide el certificado que debe solicitar y utilizar el escribano o funcionario autorizante para labrar el correspondiente instrumento público, pues a partir de ese instante se opera el llamado “bloqueo registral”, que asegura a las partes la inmutabilidad de la situación jurídica del inmueble durante el plazo de vigencia del certificado¹⁸.

¹⁶. “Art. 5.- Las escrituras públicas, con excepción de las de hipotecas, que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contado desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación”.

¹⁷. Se hace extensiva así a todos los derechos reales la solución que ya consagraba el Código para las hipotecas, con la única diferencia que el plazo para inscribir la hipoteca no es de 45 días, sino de 6, como lo disponen los arts. 3129 y 3137 del Código civil.

¹⁸. “Art. 25.- ... Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado”.

Para finalizar, creemos que la afirmación del tribunal marplatense de que la regla que fija el rango de preferencia entre los acreedores hipotecarios en razón de la fecha de constitución de su derecho, es de orden público, no se ajusta a la realidad actual de nuestro sistema, ya que las modificaciones introducidas por las leyes 17.711 y 17.801 conceden amplio campo a la autonomía de la voluntad y permiten que las partes fijen libremente el orden de sus preferencias.

V.- Conclusiones.

a) El orden de preferencia en los derechos reales puede ser establecido libremente por las partes (art. 19, último párrafo, ley 17.801).

b) Supletoriamente, si las partes no determinan preferencias, el rango estará dado por la antigüedad del derecho, para lo que se atiende primeramente a la fecha de inscripción, que podrá retrotraerse a la de su otorgamiento, si se ha inscripto en término (art. 5, ley 17.801).

c) En definitiva, se gozará de prioridad desde la fecha de expedición del certificado, pues a partir de ese momento se opera el “bloqueo registral”.

d) En materia de hipoteca el nuevo art. 3135, en concordancia con el art. 19 de la ley registral, admite la reserva de grado preferente, si el acreedor presta su consentimiento.

e) En las hipotecas que se constituyen simultáneamente, pueden atribuirse grados diferentes a los distintos acreedores hipotecarios (art. 19, ley 17.801).