

TRANSFERENCIA DE INMUEBLES HIPOTECADOS

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO

Introducción 1- La cláusula de no enajenar. 2- ¿Qué valor tienen las cláusulas de no enajenar?. 3- La retención del título dominial por el acreedor. 4- Las diversas situaciones que pueden presentarse en la adquisición de inmuebles hipotecados; a) Adquisición mediante delegación de la deuda; b) Adquirente sin delegación. 5- La situación desde el punto de vista notarial. 6- Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Como todo derecho real, la hipoteca se caracteriza por su efecto reipersecutorio (“perseguir la cosa”) en manos de quien se encuentre. Es el ejemplo más acabado del “ius persecuendi” típico de las figuras jurídico-reales, según lo preceptúa el art. 3162 del Código Civil.

Toda la doctrina señala como elementos más caracterizantes de los derechos reales y que constituyen el “fundamentum divitionis” entre los de naturaleza personal, el “ius persecuendi” y el “ius preferendi” y, sin duda alguna, es en el derecho real de hipoteca en el que se ponen más de manifiesto estos caracteres tipificantes.

En efecto, en el art. 3162 del Código Civil, que acabamos de citar, se dispone de manera expresa que “Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, [...] el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor.[...]”. En cuanto al “ius preferendi”, el otro elemento que dijimos contribuye a dar vigor al “fundamen-

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Director de la Carrera de Notariado de la Universidad Nacional de Córdoba.

tum divitionis”, también aparece en la hipoteca más destacado que en otros derechos reales, ya que cuando entran en conflicto el acreedor hipotecario frente a otros acreedores, el legislador considera al crédito garantizado con este derecho real como una causa de preferencia otorgándole un privilegio especial.

La existencia del “ius persecuendi” es el motivo por el que un inmueble hipotecado puede ser enajenado libremente sin ocasionarse daños al acreedor, cuyo derecho no sufrirá mengua alguna frente a aquel acto dispositivo. La hipoteca le permitirá ejecutar el bien (ejerciendo el “ius distraendi”) como si estuviese en manos del primitivo constituyente¹. Hasta podríamos agregar que puede verse favorecido, ya que, merced a esta actitud del propietario en casi todos los casos, según veremos, llegará a tener dos deudores a cambio de uno, además de que su garantía no se verá menoscabada en modo alguno.

Sin embargo, como es obvio, el acreedor, por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197 del C.C.), cuyo único límite está referido a las normas de orden público (art. 21 del C.C.)², está en su derecho de pactar, en el contrato de mutuo, cláusulas determinadas que regulen de manera precisa y limiten ciertas conductas del deudor. Así suelen ser de cajón las que disponen que el hipotecante “no podrá hacer obras o innovaciones que disminuyan el valor de la cosa, ni constituir gravámenes sobre el bien dado en garantía”, etc.

1- LA CLÁUSULA DE NO ENAJENAR

Entre las cláusulas más comunes figura justamente la que genera a veces ciertos encuentros entre los Bancos y los mutuarios con garantía hipotecaria. Suele disponerse pues que el constituyente “no podrá enajenar el bien sin la autorización del acreedor” y hasta la que obliga, sobre todo en los créditos sociales de las Entidades Oficiales, a habitar el inmueble; lo que, por otra parte constituye una condición expresamente prohibida por el Código Civil en el art. 531, inc.1⁰³.

¹ MUSTO, Néstor J. “Derechos Reales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1981; llega a decir: “[...]Se dice que el derecho real se encuentra como adherido a la cosa, de tal modo que su titular puede hacerlo valer a pesar de que ésta haya pasado a poder de un tercero [...] Los derechos personales no gozan del *jus persecuendi*.”

² La única limitación al pacto entre partes es cuando lo convenido va contra una ley de orden público. La sabia regla de Papiniano (uno de los grandes jurisconsultos romanos titular del “ius respondendi”) reza “*ius publicus privatorum pactis non potest*”. Esa regla repetida casi en su literalidad aparece en el art. 21 del Código Civil.

³ Art. 531, inc.1^o: “Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes: 1. Habitar siempre un lugar determinado, [...]”.

2- ¿QUÉ VALOR TIENEN LAS CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR?

Como sabemos la autonomía de la voluntad prevista en el art. 1197 del C.C., como regla general tiene sólo el límite del orden público; es decir que las partes pueden contratar lo que quieran con la sola restricción de no atentar contra normas en las que esté interesado el orden público (art. 21 del C.C.). En estos casos, el orden público imperante sobre todo en materia de derechos reales⁴, hace que el legislador haya tomado el especial recaudo de regular expresamente el supuesto.

En efecto, en el art. 2612 del Código Civil se establece que “El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él”. Es por ello que la única vinculación que puede lograrse mediante esta cláusula, entre el vendedor y el comprador, es sólo de derecho personal; es decir entre el transmitente y el adquirente, o en nuestro caso entre el propietario y el acreedor hipotecario; pero para nada ese pacto puede repercutir entre el propietario actual y un nuevo adquirente, ya que esa consecuencia sería atribuir una reipersecución a una cláusula de derecho personal y ello, como dijimos, atentaría hasta contra su propia naturaleza. Justamente el sentido de distinguir entre un derecho real y otro personal radica en ver hasta dónde llegan sus efectos; es decir el grado de oponibilidad. Mientras los derechos personales son sólo oponibles entre partes (art. 1199 del Código Civil), o sea que se oponen “erga aliquis” (respecto de alguien), los derechos reales debidamente registrados, en cambio, por su natural carácter absoluto, resultan oponibles “erga omnes” (respecto de todos).

⁴ ALLENDE, Guillermo L.; “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65 y 66. Igualmente HIGHTON, Elena I.; “Lineamientos de Derechos Reales”, Ed. Ad-Hoc, 1991, pág. 45, expresa: “[...] el régimen legal de los derechos reales está dominado por el orden público, mientras que el de los derechos personales está basado en la autonomía de la voluntad. De ello se desprende que la reglamentación del Código Civil en materia de derechos reales es inderogable y que, por el contrario, en cuando a derechos personales es supletoria”. VENTURA, Gabriel B. “Algunos aspectos de la usucapión en la propiedad horizontal”, en “Prescripción”, Ed. Alveroni, 2005, pág. 219. VENTURA, Gabriel B. “La comunicación de subasta y el tercero registral”, Lexis Nexis, Córdoba, 2006 –7 – 663. VENTURA, Gabriel B. “Hacia una doble categoría de hipotecas”, en J.A. Número Especial sobre “Modernas Garantías Reales”, año 2007, pág. 15.

La única facultad que quedará al acreedor hipotecario, ante el incumplimiento del contrato por parte del propietario, será emanada de su derecho personal y contra su co-contratante, jamás en contra del nuevo adquirente. Pero su derecho real de garantía, lo repetimos una vez más, no sufrirá ninguna mengua merced a su posibilidad reipersecutoria.

Como previsión contractual suele insertarse una sanción genérica en los contratos hipotecarios, estableciendo la caducidad del plazo otorgado inicialmente para el cumplimiento de la obligación (“el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones asumidas por el deudor en el presente contrato hipotecario, producirá la caducidad del plazo y el acreedor estará autorizado a ejecutar la obligación como si fuese de plazo vencido”).

Esta previsión, por otra parte, está establecida para algunos supuestos, directamente por ley. Así surge la caducidad del plazo en el art. 572 del Código Civil, “El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación”; en el art. 753 del Código Civil que establece que “Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciese insolvente, formando concurso de acreedores [...]”. En materia hipotecaria hay una norma expresa, el art. 3161 del Código Civil, que determina que aunque el crédito hipotecario no esté vencido el acreedor puede “[...]demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba”.

Para evitar tener que acreditar todos los extremos establecidos en las normas citadas, el acreedor inserta la cláusula de caducidad del plazo, según decíamos. Es una verdadera sanción que impedirá, en alguna medida, el incumplimiento de la obligación personal de no enajenar; pero, repetimos, debe ser esa la única consecuencia de la inejecución del pacto por parte del acreedor. La norma del art. 2612 del Código civil, ya analizada, impide completamente que los efectos del pacto sean aplicables en contra de terceros, aun cuando conociesen la existencia de la cláusula⁵, a través de la publicidad registral, o por el anoticiamiento que le efectúe el notario al advertir la prohibición en el título antecedente.

El acreedor solicitará judicialmente la ejecución hipotecaria como si estuviese vencida (art. 3161 del Código Civil) aun en contra del nuevo adquirente, privándole de la posesión de la cosa (“*ius distraendi*”) si el nuevo dueño no prefiere ejercer el abandono, en cuyo caso se deja librado el inmueble a la ejecución sin necesidad de que el adquirente asuma la calidad

⁵ En general los registros inmobiliarios, en conocimiento de las normas que hemos comentado hacen una correcta aplicación de sus disposiciones y no registran dichas cláusulas que no tienen efecto reipersecutorio. Sin embargo sabemos de casos en alguna provincia en la que se ha negado la registración de documentos traslativos por contener el antecedente la prohibición analizada.

de parte en el juicio⁶. Lo que se abandona no es ni la propiedad ni la posesión, sino sólo, tal como lo dijimos el carácter de parte en el proceso de ejecución.

3- LA RETENCIÓN DEL TÍTULO DOMINIAL POR EL ACREEDOR

Es a causa de lo que venimos exponiendo que el acreedor suele retener el título del deudor en los casos en que ha concedido un préstamo con garantía hipotecaria. No nos referimos al título de la hipoteca que, obviamente debería obrar en poder del acreedor dado su interés como futuro probable ejecutante del derecho, sino al título que acredita el dominio por parte del constituyente de la hipoteca.

Así, por aplicación del art. 23 de la ley registral 17.801, el notario instrumentador de una venta posterior a la hipoteca, estará obligado a requerir al vendedor el título inscripto conforme a la citada norma⁷. Pues bien cuando el vendedor, para cumplir con el recaudo legal que le exigirá el notario que labrará la escritura, concurre al acreedor y le solicite la entrega de su título, éste tomará conocimiento de las intenciones dispositivas del hipotecado y, aun cuando se le forzara a la restitución del título, enterado de la intención de incumplir lo pactado, iniciará la ejecución considerando la caducidad del plazo convenida⁸.

Estimamos que esta situación no debería plantearse cuando el título hipotecario se celebrara junto con la venta del bien, sea en los casos de hipoteca por saldo de precio, o cuando ambos negocios se otorguen en el mismo instrumento, ya que, en tales casos el notario interviniente estará obligado a extender dos testimonios, uno para el acreedor y otro para el propietario.

Ya tenemos expresado que la norma del art. 1006 del Código Civil, si bien libera al notario de entregar a todos los que han intervenido en el acto notarial, dado la contundente expresión legal “El escribano de dar a las partes **que lo pidiesen...**”, debe sin embargo considerarse automáticamente solicitado por quienes deben ejercer o ejecutar el derecho instru-

⁶ MUSTO, Néstor J.; Ob.Cit., Tomo IV, pág. 99.

⁷ VENTURA, Gabriel B. “Algunos problemas vinculados a los testimonios y copias de escrituras”, en Revista Notarial, Córdoba, 1997, Nro. 73, pág. 64.

⁸ No estamos del todo convencidos de la posibilidad de pactar entre partes que el acreedor retendrá el título del adquirente, cuando hay garantía hipotecaria de por medio. Creemos que la obligación de entregar a las partes que lo solicitaren el respectivo testimonio constituye una obligación funcional del notario y, como tal, imperaría a su respecto el orden público, por lo que estimamos que el notario, frente al pedido expreso del comprador, no podría negarle la copia con valor ejecutivo, aunque se hubiese pactado lo contrario con el acreedor.

mentado. En razón de ello tanto el acreedor, para ejercer su acción hipotecaria, como el propietario, para ejercer su derecho de dominio (tanto en su faz normal: usar, gozar y disponer, como en su faz defensiva: acciones recuperatorias o retentivas (reivindicatoria, negatoria, confesoria, etc.), lo estarían solicitando automáticamente⁹.

4- LAS DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDEN PRESENTARSE EN LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES HIPOTECADOS

En la venta de un bien sujeto a una garantía hipotecaria pueden presentarse diversas situaciones que, tanto la ley como la doctrina han previsto de manera expresa. Básicamente los supuestos son dos, aunque puedan efectuarse más distinciones si analizamos más en profundidad. A saber:

- a) **ADQUISICIÓN MEDIANTE DELEGACIÓN DE LA DEUDA:** El adquirente, en este supuesto, manifiesta hacerse cargo de la obligación garantizada mediante la hipoteca. Es el supuesto que el Codificador denomina “tercer adquirente” y que se encuentra regulado expresamente en los arts. 3172 y sus siguientes del Código Civil, implica que el nuevo deudor será, a partir del acto adquisitivo, el nuevo propietario.

Para que se dé esta situación el acreedor debe haber aceptado la venta o transferencia; de lo contrario no habrá delegación. A su vez, el acreedor podrá exonerar al primitivo deudor y quedar vinculado sólo al nuevo propietario que ha asumido la obligación, en cuyo caso se habla de delegación perfecta y habrá una verdadera novación por cambio de deudor, por aplicación del art. 814 del Código Civil. Si en cambio no se ha desobligado al anterior deudor, la delegación será imperfecta; pero aún así hay delegación y estaremos, en consecuencia, en un supuesto de tercer adquirente. Adviértase que, tal como lo dijimos al comienzo, en estos casos el Banco acreedor tendrá dos deudores con su consecuente ventaja.

- b) **ADQUIRENTE SIN DELEGACIÓN:** El otro supuesto se da cuando el adquirente, aun conociendo la existencia del gravamen, adquiere sin hacerse cargo personalmente de la deuda o, aún haciéndolo, el acreedor no lo ha aceptado; sea por desconocimiento de la transmisión (supuesto bajo análisis), sea por negativa expresa

⁹ VENTURA, Gabriel B. “Algunos problemas vinculados...” Ob.Cit. pág. 61.

de la entidad acreedora. En estos casos se habla de “tercer poseedor”, expresión que si bien de nuestra parte no la consideramos muy atinada, dado que el llamado tercer adquirente también es poseedor, ha sido sin embargo la utilizada por el Codificador y la doctrina unánimemente. Pues bien, este tercer poseedor que, por el sistema registral imperante en el País no puede desconocer el gravamen (art. 23 de la ley 17.801) ya que surgirá del certificado transcrito en el título por el notario y por la nota marginal del título primitivo que debe tenerse a la vista en el acto escriturario, deberá tolerar la ejecución del bien y el ejercicio concreto del “ius distraendi”, teniendo sólo algunas defensas previstas por el Codificador de manera expresa.

Se hace necesario remarcar que la enajenación, por cualquiera de estas formas, no impide jamás la ejecución hipotecaria, razón por la que el acreedor no sufrirá daño alguno (Art. 3162 del Código Civil).

Desde el punto de vista práctico, cuando se está ante un supuesto de tercer adquirente, suele aparecer el acreedor hipotecario en el título traslativo. Es la autorización que exige la Entidad, pretendiendo obligar a operar siempre por la forma “tercer adquirente” (con delegación). Si en el mismo acto desobliga al primitivo deudor, tal como habíamos dicho, la delegación será perfecta. Pero si se trata de un supuesto de “tercer poseedor” (sin delegación), obviamente no aparecerá en el título traslativo el acreedor, ni se puede exigir la autorización del mismo si el vendedor decide optar por esta forma.

5- LA SITUACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NOTARIAL

Desde el punto de vista notarial estimamos que no puede exigirse al vendedor, por el solo hecho de figurar en la cláusula hipotecaria que el deudor se compromete a no enajenar el bien gravado, la autorización expresa del acreedor. Estimamos que si el notario se empeñase en requerir la autorización estaría exigiéndose un recaudo que excede el ejercicio de su función y hasta podría considerárselo incurso en violación de secreto profesional (art. 156 del Código Penal). Si el vendedor ha decidido incumplir con una obligación, el notario no tiene la atribución de denunciar dicha actitud al acreedor. Si lo hace y el acreedor, en virtud de

dicho anoticiamiento, decide aplicar la sanción convencionalmente establecida de solicitar la caducidad del plazo, el notario estaría obligado a resarcir el perjuicio que sufra el deudor vendedor.

Aparecido el supuesto, el notario debe asesorar respecto a la posibilidad de la Entidad acreedora de considerar como de plazo vencido la obligación y ejercer la acción de inmediato; pero exigir al notario más de eso sería, sin duda alguna, dar connotación real y efecto reipersecutorio a un pacto de naturaleza personal. Se estaría violando así el dispositivo expreso del art. 1195 "in fine" del Código Civil y el art. 1199 del mismo cuerpo legal.

Tampoco estimamos que pueda el notario negarse a labrar la escritura de venta sin comunicar al Banco acreedor, dado que está obligado a prestar el servicio, según lo prescripto por el art. 11, inc. d, de la ley 4183¹⁰. Por otra parte tampoco creemos que deba notificarse al acreedor, si el deudor no lo desea, ya que dicha actitud significaría la violación de secreto profesional establecido también de manera precisa en la citada norma del art. 11, inc. c, de la ley 4183 de Córdoba, y en el art. 156 del Código Penal al que aludimos ut supra.

5- CONCLUSIONES

- 1- El propietario de un inmueble hipotecado puede enajenarlo libremente. El acreedor no sufre daño alguno mediante esa actitud, menos aún si ha tomado la previsión contractual de prever la caducidad del plazo en caso de que ello ocurra.
- 2- El acreedor, por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197 del C.C.), está en su derecho de pactar, en el contrato de mutuo, cláusulas que limiten ciertas conductas del deudor, entre ellas las cláusulas de no enajenar.
- 3- La cláusula de habitar siempre el inmueble, que suele ser de rigor en los créditos sociales otorgados por entidades oficiales, transgrede la norma del art. 531, inc. 1º del Código Civil.

¹⁰ La ley 4183 rige la organización del notariado de Córdoba; pero se encuentran normas similares en todas las provincias, dado que es esencial a la función notarial la obligación de prestación funcional.

- 4- La cláusula de no enajenar atenta contra la previsión del art. 2612 del Código Civil, lo que hace que la única forma de lograr una vinculación jurídica que fuerce a su cumplimiento es sólo de derecho personal, mediante la sanción de hacer caducar el plazo de la hipoteca en caso de enajenación sin autorización.
- 5- Si el deudor enajena sin la autorización, merced a la cláusula prohibiendo la venta y al pacto de caducidad del plazo, el acreedor podrá solicitar la ejecución hipotecaria como estuviese vencida aun en contra del nuevo adquirente.
- 6- La enajenación del bien no impide jamás la ejecución hipotecaria, razón por la que el acreedor no sufrirá daño alguno.
- 7- El notario no puede exigir al vendedor, en estos casos, la autorización expresa del acreedor. Ello excede su quehacer funcional.
- 8- El notario no puede negarse a labrar la escritura de venta sin comunicar al acreedor, dado que está obligado a prestar el servicio, según lo prescripto por el art. 11, inc. d, de la ley 4183 de la Provincia de Córdoba y la venta sin la dicha autorización no constituye irregularidad alguna.
- 9- Tampoco puede notificar al acreedor acreedor, si el deudor no lo desea, ya que dicha actitud significaría la violación de secreto profesional establecido también de manera precisa en norma del art. 156 del Código Penal y art. 11, inc. c, de la ley 4183 de Córdoba.

Gabriel B. Ventura