

Revista

de

Ciencias Económicas

PUBLICACION MENSUAL DE LA
Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Estudiantes
y Colegio de Graduados.

La Dirección no se responsabiliza de las afirmaciones, los juicios y las doctrinas que aparezcan en esta Revista, en trabajos suscriptos por sus redactores o colaboradores.

DIRECTORES:

Dr. Mario Sáenz
Por la Facultad

Santiago Pradel

Juan René Bach
Por el Centro de Estudiantes

Por el Centro de Estudiantes

REDACTORES:

Dr. Luis A. Podestá Costa

Ing. T. Sánchez de Bustamante

Por la Facultad

Raúl Prebisch

Américo Riva

Por el Centro de Estudiantes

Dr. José P. Podestá

Dr. Italo Luis Grassi

Por los Graduados

ADMINISTRADOR:

Juan C. Chamorro

Año XII

Noviembre-Diciembre de 1924 Serie II. N^{os}. 40-41

DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN
CHARCAS 1835
BUENOS AIRES

Origen del derecho real de hipoteca

PRIMERA PARTE

I

Siendo la hipoteca uno de los factores que con más eficiencia ha contribuido al desenvolvimiento económico de los pueblos, ofreciendo garantías al capital y propulsando así al mayor desarrollo de las transacciones, su estudio ofrece siempre un especial interés, interés este, mayor para los pueblos, que como el nuestro, joven, fuerte, poseedor de un territorio inmensamente grande, inmensamente rico, sólo necesita de una mayor población, una mayor capacidad financiera, para poder competir sin desventaja entre los primeros del mundo.

Por eso repito, si lo referente al derecho de hipoteca es de interés general, lo es en forma especial para nosotros, que necesitando aún del capital extranjero, debemos atraerlo, ofreciéndole al vincularlo a nuestra vida económica, el máximum de garantía, y esta garantía sólo puede ofrecerla una buena legislación hipotecaria.

Para llegar al razonado conocimiento de ésta, es indispensable el estudio previo de los antecedentes de este derecho. Así al seguirlo al través de las legislaciones donde halló su origen, podremos informarnos del espíritu a que debió su creación y también del que inspiró su inclusión tal cual figura en nuestras leyes.

Tal, la pretensión de este trabajo, que aspirando a la suplencia de la Cátedra de Derecho Civil, y cumpliendo el requisito del concurso abierto, vengo a someter a los Señores Profesores de esta Facultad.

II

Según Dalloz, el origen del contrato de hipoteca, se remonta a los asirios, de quien lo tomaron los griegos, dándole el nombre que hasta hoy conserva "Hupotheke" derivado de "Hupotithestai" (poner empeño).

Dejaremos de lado las primitivas legislaciones, alguna de cuyas disposiciones, como la hipoteca de cadáveres, la del cuerpo del deudor, o de miembro de su familia, ofrece en muchos casos, relatados por los tratadistas, cuadros verdaderamente pavorosos.

Felizmente para la humanidad, el derecho en su evolución permanente ha ido paulatinamente disipando las negras sombras de aquellos cuadros y el correr de los años ha transformado las consecuencias inherentes al ejercicio del derecho de hipoteca, llevándolo paralelamente al desarrollo de la civilización, a los límites dentro de los cuales hoy se ejercita.

La hipoteca tuvo, como antes lo he dicho, un importante desarrollo entre los griegos, en especial en la época de Solón.

Leyes especiales la regían, que acusaban adelantos de civilización algunas; con resabio de las bárbaras disposiciones otras; como aquella que establecía prerogativa tan grande en favor del acreedor, que castigaba hasta con la pena de muerte la substracción de una hipoteca.

Las condiciones inherentes a este derecho en la época a que nos referimos, son las de *especialidad* y *publicidad*, esta última con la forma gráfica y material con que el paganismo lo revestía todo, las ideas, los afectos, los sentimientos religiosos, etc. . .

Como manifestación de esta publicidad, según puede constatarse en numerosas ciudades griegas, "se colocaban lápidas grabadas sobre los edificios e hitos o mojones sobre las heredades, con el nombre del acreedor, el importe de la deuda y su fecha, como una marca inequívoca de la cual no podía prescindir el dueño de la finca, ni nadie alegar ignorancia" (Plutarco, T. I).

No podía pues ser mayor, ni la especialidad ni la publicidad en el gravamen de las fincas.

Existe constancia de estas formalidades en diversas y caracterizadas obras (Koller: corpus inscrip. attic. T. II). Barthelémy: viaje del joven Anacharsi en Grecia, 6.º Vol., pág. 64).

Este sistema que fué evolucionado hacia el de registro ge-

neral de débitos, en forma similar al existente, en bien posteriores legislaciones, fué conservado no obstante en el Atica, por muchos años en la forma primitiva.

III

Aunque bajo un nombre diferente, también aparece la institución de la hipoteca entre las regidas por el Derecho Romano.

Para éste, el contrato, según el cual un acreedor tiene derecho en garantía del pago de un crédito, a una cosa determinada, es una "fiducia, pignus" pero este contrato comienza recién a figurar ampliamente desde el tiempo de Justiniano.

En principio, la deuda contraída, era garantida con la persona del deudor, teniendo así el acreedor, un cierto modo de hipoteca personal sobre éste, derecho que lo autorizaba a apoderarse de él presentándolo al Tribunal (Ley XII Tablas).

He aquí lo que la ley decía al respecto: . . . "Cítese ante la justicia, si no compareec, tómesese testimonio y obligúesele a presentarse".

"Si la edad o enfermedad se lo impiden, se le proporcionará caballo, pero no litera. Sólo el rico puede salir fiador del rico, al pobre le efiará el que quiera. Confesada la deuda y juzgada la causa se dará al deudor treinta días de término, pasados los cuales será levado ante el Juez. Al ponerse el sol se cerará el Tribunal, y si para entonces no ha satisfecho la deuda ni hay quien responda de él, el acreedor se lo lelvará y podrá atarlo con coreras o cadenas que no pesen más de quince libras. El preso vivirá de lo que tuviese y el acreedor le dará una libra de harina o más si gusta. Si esto no le conviniese podrá tenerlo en prisión, y en tres días de mercado presentarlo a la justicia, publicando su deuda. A la tercera publicación si los acreedores son muchos, podrán repartírsele en pedazos, y si quieren tienen facultad para venderlo al otro lado del Tíber".

Según algunos autores estas bárbaras hipotecas (de algún modo debemos llamar al especial derecho del acreedor) sobre la persona del deudor, no llegaron a cumplirse; otros empero sostienen lo contrario afirmand o que su extremo rigor fué lo que más precipitó la evolución del derecho de garantía.

Esta se produjo en forma definitiva, en el año 435, en que las leyes prohibieron las hipotecas sobre las personas.

Con anterioridad el primitivo rigor había sido en algo tem-

plado por la ley Petiria Papiria "De nexis", en virtud de la cual sólo se permitió al acreedor que llevándose al acreedor a su casa, se sirviese de él hasta que con su trabajo lograra satisfacer la deuda.

Por Justiniano se proclamó, que sólo los bienes y no las personas debían garantizar las deudas contraídas. Establecióse la prenda pretórica (Pretor, magistrado romano), de acuerdo a la cual el acreedor tenía la posesión de los bienes del deudor, y caso de incumplimiento de la obligación, a los sesenta días eran éstos sacados a la venta, considerándose la compra como sucesión universal que infamaba al deudor, quien dejaba de ser ciudadano y perdía el derecho a tener propiedad.

En la evolución del derecho romano, tanto la garantía que prestaban las cosas muebles como los inmuebles, llamábase "pignus", aunque luego las de estos últimos fué denominada de acuerdo a los antecedentes griegos "hipoteca" (según el jurisconsulto Marciano la prenda y la hipoteca sólo se diferencian en el nombre).

"La hipoteca romana se constituía por la posesión y ésta, transmitiendo el dueño de la prenda, su dominio al acreedor, con el rito y la solemnidad de la Mancipación ((per oes et libram), con que se enajenaban todas las cosas".

Como no había diferencia, entre la hipoteca y la venta se añadía el pacto de fiducia o remancipación, pacto por el cual se obligaba al acreedor, a devolver la cosa hipotecada, en el momento en que se les satisficiera la deuda.

De este pacto, nacía una acción personal entre los contratantes.

Como decíamos, no existía diferencia fundamental entre el pacto de Fiducia y el Pignus; por lo cual y en este estado de cosas, la serie de formalidades que el derecho tenía establecidas, perjudicaban el desarrollo de las transacciones comerciales sobre todo en lo referente a pequeñas obligaciones.

Para subsanar esto el Pretor Servio y los que le sucedieron inventaron la acción "Cuasi Serviana" o hipotecaria en beneficio de los acreedores.

Con esto queda ya constituída la diferencia entre la hipoteca o sometimiento de una cosa a otra por el simple pacto y sin tradición, y el Pignus o entrega con el puño o mano (Pignus) dándose en este caso la posesión real o ficticia de la cosa, y acordándole la acción Serviana, para que pudiera el acreedor reivindicarla de cualquier detentador, hacerla vender y pagarse.

La condición de ambos contratos fué:

- 1.º) Causa lícita de la obligación que los originaba (deuda principal).
- 2.º) Un bien que estuviera en el comercio (garantía).
- 3.º) Forma legal de consttución del contrato.

Existían hipotecas especiales y generales. Podían éstas constituirse: por convención de partes: por disposiciones de última voluntad: o por la ley.

Respecto de las formalidades exigidas, fueron en principio sólo las anteriormente apuntadas sin que fuera necesaria la especial constancia escrita, pero la falta de publicidad acarrea grandes perjuicios. El emperador León a fin de subsanarlos estableció que aquellas hipotecas que constasen en instrumentos firmados por tres testigos de buena fama (*integrae opinionis*) fuesen preferidas a las que no reunieran tal requisito.

La hipoteca por disposición de última voluntad fué una consecuencia de los principios religiosos y morales de la época; no ofrece ninguna particularidad.

(Gravaba ella, los bienes sucesorios en garantía del cumplimiento de las exigencias de aquella última voluntad). No así, la hipoteca judicial (*Pignus Pretorium*) por la que se hacía entrega judicialmente al acreedor, para que se hiciera pago con el precio de los bienes del deudor.

Esta hipoteca era: judicial, propiamente dicha, o pretoriana.

Por la primera adquiría el acreedor su derecho hipotecario, luego que un juicio previo fuera resuelto a su favor. Por la segunda adquiría dicho derecho cuando no compareciendo el deudor, le era seguida la causa en rebeldía.

La hipoteca legal, era la establecida por la ley sin convención de partes, presumiéndose tan sólo la voluntad de éstas; siendo esta hipoteca de carácter general, público, velando en esta forma e lestadado por la situación de ciertas personas, que por circunstancias especiales debían ser protegidas, tales mujeres divorciadas, los menores e incapaces en general.

A los efectos de esta protección, de esta garantía, quedaban gravados con carácter de hipoteca todos los bienes de aquellas personas encargadas de la administración de los intereses de los antes citados incapaces.

Queda con esto esbozado el régimen hipotecario en el Derecho Romano, régimen bien imperfecto por cierto que ofrece un raro contraste con el alto grado de perfeccionamiento que alcanzaron otras instituciones jurídicas del mismo Derecho, De-

recho que ha sido y sigue siendo considerado como el básico por excelencia.

Llegamos a la conclusión pues, que en Roma, existieron numerosas leyes hipotecarias, pero que faltó a su eficacia la reglamentación de lo que es elemental a las leyes de esta clase, la necesaria publicidad, esa publicidad que es la garantía de las garantías; siendo la única que las leyes romanas ofrecieron, la del castigo, en principio bárbaro, luego más atenuado que le fuera impuesto a aquellos deudores que en perjuicio de sus acreedores ocultaban gravámenes existentes o enajenaban sus bienes.

IV

En la vieja legislación española pocas e imperfectas disposiciones se encuentran referentes a la hipoteca propiamente dicha aunque si las hay y con alguna abundancia respecto a la prenda, siendo de presumir que bajo esta denominación y siguiendo en esto a la primitiva legislación romana antes comentada, y que cimentó a ésta se comprendió tanto a la prenda como a la hipoteca.

En la gran recopilación, que es el fuero Juzgo, se establece que el contrato puede constituirse de palabra o por escrito.

Que los acreedores primeros son preferidos a los segundos.

Que el que poseía la prenda era preferido en el cobro de su crédito sin que hubiera más publicidad de la hipoteca o prenda que esa misma posesión de la cosa por el acreedor.

Por el Fuero Viejo de Castilla (T. V.º, L. III) se establecía que si un hombre empeña a otro, huerta, casa o viña y quisiera luego librarlos, sólo podría hacerlo en ciertos y determinados meses del año.

De esto debemos deducir que la posesión de la cosa o bien hipotecado pasaba al acreedor.

También se establece por el Fuero Viejo, la hipoteca legal; constituida en favor de la mujer casada, hipoteca esta, que gravaba sus bienes vendidos (aun cuando estuvieren estos en poder de terceros).

En ninguno de estos Códigos como tampoco en el Fuero Real, aparece la palabra *hipoteca*.

Se refieren siempre ellos a *prenda* o *empeño* aun cuando existen como hemos dejado constancia algunas disposiciones referentes a aquel contrato.

Así tenemos en el último de los citados Códigos (Ley VII,

Tit. XIX, Lib. III). Establecía la verdadera hipoteca convencional, por la cual el deudor obliga toda su "buena"...

...La ley VI, Tit. XIX, Lib. III, que establece la hipoteca de los bienes de los obispos, prelados y demás dignidades religiosas, en favor de las iglesias, como así también la de los recaudadores de las cosas del Rey (contribuciones) en pro del fisco.

También se reconocen hipotecas especiales y generales (aun cuando no lleva esta designación) en las leyes de Estilo, no pudiendo de acuerdo a estas en ningún caso el deudor, vender nada de su propiedad, hasta tanto no matase la deuda, resultando nulas todas las enajenaciones de bienes que pudieren haber realizado.

En las leyes de Partidas se encuentran numerosas disposiciones referentes al *Peño*, nombre este con que en ella se designa genéricamente la sujeción, de toda cosa o bien ya sea raíz o mueble a la seguridad de otra (una obligación).

El principio general es el de la ley primera, principio XIII, Partida Vª

"Según el largo entendimiento de la ley toda cosa que sea mueble o raíz, que sea empeñada a otra, puede ser dicho peño: magüer non fuere entregado del aquel a quien lo empeñasen"...

De lo que debemos deducir, que no fué condición indispensable la entrega o tradición.

Las Partidas establecían también un cierto modo de hipoteca legal (Ley Vª, Tít. VIII.º, Partida Vª), hipoteca legal a favor del dueño o señor de una heredad para retener "como por peños" y cobrarse de las cosas que existían o se "hubiesen medido" en su heredad, para garantizarse con ellos los alquileres o arriendos que se la adeudaren.

Como en las legislaciones antes estudiadas existían en estas, diversas clases de peños; convencionales o legales, mas todos ellos regidos por los mismos principios.

V

En todas las legislaciones ya contemporáneas o inmediatamente posteriores a las estudiadas encontramos idénticos principios y formalidades.

Como consecuencia siempre la legislación hipotecaria adole-

ciendo del mismo defecto la falta de publicidad que como lo hemos repetido, vale tanto como decir, falta de garantía.

Este defecto va a ser recién subsanado al establecerse y reglamentarse en las modernas legislaciones (legislación francesa, alemana, española, americana, etc.) el contrato por escritura pública y el sistema de Registro de inscripción de deudas hipotecarias, régimen de publicidad, hoy generalmente adoptado por todos, como por nosotros y que dentro de la relatividad de las cosas, ofrece la mayor posibilidad de garantía.

Dejando el estudio de la evolución moderna, de la legislación hipotecaria para un posterior trabajo intensivo, damos por terminado este bosquejo de los orígenes, base histórica de la hipoteca, que esperamos ha de sernos para ello de alguna utilidad.

SEGUNDA PARTE

I

“La materia de las hipotecas es sin duda la más importante de todas las que deben entrar en la composición de un Código Civil, ella interesa a la fortuna de todos los ciudadanos, a ella se unen todas las transacciones y según el modo con que sea reglamentada, dará vida al movimiento del crédito público y particular, o será su tumba.” (Fallo de la Corte de Apelaciones de Rouen).

II

Hemos estudiado esquemáticamente, en la primera parte de este trabajo, el origen y lejano desenvolvimiento del derecho hipotecario.

Largo sería el seguirlo en todas sus faces, al través de los tiempos posteriores. Vamos por eso, conocido ya el principio, a continuar nuestros estudios, con la parte final de su evolución, la que comprende el derecho argentino. Al hacerlo tendremos forzosamente que referirnos a las legislaciones que lo precedieron, modelo en algunas partes, simples antecedentes en otras, resultandó como consecuencia completada la visión de conjunto.

III

Como antecedente histórico debemos apuntar, que: "el régimen hipotecario o sobre inmuebles exclusivamente, fué creado por la real cédula ereccional firmada en la Ciudad de la Santísima Trinidad del Puerto de Santa María de los Buenos Aires, en *diecinueve de Enero del-año de mil setecientos noventa y cinco*, por la instrucción formada por orden real del Exmo. Señor Don Pedro Melo de Portugal, para el método y formalidades que deberán observarse en el Establecimiento del Oficio de Hipoteca, en todas las Intendencias del Virreynato." La primera inscripción fué anotada en dicho "Establecimiento" en veinticuatro de Octubre de mil setecientos noventa y seis.

Nuestra legislación hipotecaria (la Argentina propiamente dicha) comienza con la sanción por el Congreso Nacional, del Código Civil (Enero de 1871).

Sirviéronle de antecedentes en la materia al Dr. Vélez Sarsfield, todos los Códigos publicados en Europa y América, a más el proyecto de Goyena, para un Código Civil para España, y el que para el Brasil preparara el Dr. Augusto Texeira de Freitas.

He empleado exprofesamente la palabra antecedentes y no modelo, pues sólo antecedentes fueron, ya que como veremos, en la mayoría de sus disposiciones, nuestro Código se ha separado de las normas por aquéllos establecidas.

Sentado esto, pasemos a analizar las características de la Hipoteca Argentina.

IV

a) De acuerdo a las disposiciones de nuestra Ley Civil, la hipoteca puede sólo tener una causa, el contrato; *es pues exclusivamente contractual*. No existen entre y para nosotros, como en las viejas legislaciones antes estudiadas, o como en el Derecho Francés (Código de Napoleón), las hipotecas tácitas o legales, hipotecas estas que al ser también generales y ocultas, atacan los principios de especialidad y publicidad, causando por tanto enormes perjuicios, perturbando el desenvolvimiento económico de los pueblos y fomentando la deshonestidad.

Por nuestra legislación pues sólo la voluntad puede establecer el derecho real de garantía "constituído en seguridad de

un crédito en dinero, sobre bienes *inmuebles*, que continúan en poder del deudor". (Art. 3108. Cód. Civil).

b) Segunda característica, es la *especialidad*. Nuestra hipoteca es *determinada en cuanto al objeto y la obligación*. Sentado que la hipoteca puede entre nosotros sólo tener por objeto un bien inmueble, veamos qué condiciones son exigidas para su gravamen.

De acuerdo al Art. 3109, Cód. Civil no puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles *especial y expresamente determinadas*.

Al establecer tal principio, nuestra legislación se ha incorporado inteligentemente al moderno evolucionar del derecho. La especialización de la hipoteca en cuanto a los inmuebles sobre los cuales se establece, es relativamente reciente.

Antes de la Revolución francesa la forma habitual de la hipoteca era la hipoteca general sobre todos los bienes del deudor.

La especialidad que estableciera la Ley de Brunario del año VII y entre nosotros el citado artículo 3109, Cód. Civil favorece el crédito de los deudores y favorece también la publicidad de la hipoteca, de la cual es uno de los elementos, puesto que pone a cada prestamista en condiciones de conocer lo que hay de libre en cada inmueble del deudor, y hasta donde en forma justa se extiende su derecho de acreedor hipotecario.

"Así como la cosa debe determinarse en su individualidad, de modo a no ofrecer dudas, igualmente se determinará la cantidad que garante la hipoteca: por eso se dice, *sólo puede constituirse por una suma de dinero cierta y determinada*. (Art. 3109; 2ª parte) aunque la obligación sea eventual. Siendo la hipoteca una obligación accesoria, una garantía, es necesario fijar de antemano el alcance y la extensión de la obligación garantida.

En los casos en que de antemano no se pudiera fijar la cantidad por la naturaleza de la obligación, será siempre necesario poner un límite a la hipoteca: por eso se dice: Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. (Art. 3109, última parte).

Cuando el crédito sea condicional o indeterminado, la hipoteca, garantiéndolo, debe ser por una cantidad determinada, siguiendo el crédito en sus alternativas sin que pueda pasar de

la cantidad fijada. Si garante una obligación eventual que puede o no existir, la hipoteca seguirá a la obligación de modo que no existirá si ésta no se forma definitivamente. (Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Dr. José Olegario Machado, Tomo VIII, edición de 1901).

Según Planiol (T. 2.º) la limitación de los créditos garantidos por una hipoteca "es la condición primera de un buen funcionamiento de todo régimen hipotecario".

Como puede verse nuestra legislación ha adoptado en forma amplia este sistema (cuyas bondades ha ponderado con razón el gran maestro) que al inspirar confianza facilita las operaciones.

Caso contrario, si existiese sobre los bienes de una persona una hipoteca en garantía de una obligación indeterminada, su crédito desaparecería y aunque tuviera inmuebles de gran valor y el monto actual de la deuda fuese pequeño, nadie aceptaría sin aprensión el segundo rango, pues habría que temer siempre el aumento inopinado de la deuda que la primera hipoteca garantiza.

Como consecuencia de esta especialidad que nuestra Ley Civil prescribe respecto del crédito garantido, el Art. 3152 establece que la hipoteca, como obligación accesoria, garantiza tanto el principal del crédito como los intereses que corren desde su constitución, *si estuviesen determinados en la obligación* y que al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados, si los hubiere, *deben liquidarse y designarse en suma cierta* consignando como corolario que la indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados, sin designación de su importancia es sin efecto alguno.

Las disposiciones de la "Ley orgánica y Reglamento del Banco Hipotecario Nacional" constituyen en cierto modo una excepción respecto de estos principios.

No sólo modifica el término de la hipoteca, que el Art. 3151 fija en diez años, si antes no se renovare, para la conservación de los derechos del acreedor sobre el inmueble hipotecario, al establecer (en el art. 77 Ley 8172) que "los efectos de registro hipoteca durarán hasta la completa extinción de la obligación hipotecaria, no obstante lo dispuesto por el Código Civil" siendo este plazo para el general de sus hipotecas de 33 años, sino aun hace desaparecer la vinculación entre el prestamista y el inmueble.

No existe la especialidad, la afectación especial de un inmueble a un crédito determinado.

El que da dinero, el que compra las cédulas que el Banco entrega al propietario (y es esta otra excepción al principio general) no sabe qué propiedad le corresponde, y esto tiene efectos incalculables en la economía nacional permitiendo la movilización de la propiedad.

Así hay muchos millones de pesos en cédulas de hipoteca en circulación.

A aquellas responde el conjunto de las propiedades hipotecadas y la garantía subordinaria del Estado. (Art. 6.º de la Ley 8175 con la modificación de la Ley 10676: "La Nación garantiza el servicio de rentas y amortización de las cédulas de crédito emitidas por el Banco Hipotecario Nacional").

Cada cédula es una parcela de propiedad.

El sistema establecido por esta ley de excepción es en general bueno, aunque no sólo teóricamente sino también en la práctica está viciado por defectos que anulan en parte su eficacia.

La hipoteca del Banco Hipotecario en general es como por otra parte todas entre nosotros, cara, además es de lenta tramitación.

Tiene que presentarse una solicitud y hacerse un depósito para tasación.

Los títulos pasan a escribanos y abogados y luego de peregrinar por oficinas, de tasación, de control, técnicas, etc., (entre tanto muchos días cuando no meses han transcurrido) llega finalmente al Directorio para el acuerdo de la hipoteca.

Caso de acordarse, el solicitante recibe el importe en cédulas (importe que no pasará de la mitad del valor de los bienes ofrecidos en hipoteca. Art. 55, Ley N.º 8172, mod. por la Ley 10676).

Estas cédulas se venden con quebranto.

Además, no todos los bienes son susceptibles de hipotecarse a favor del Banco. El Art. 56 de la Ley 8172 prohíbe los préstamos sobre los siguientes inmuebles:

- 1.º Minas y canteras.
- 2.º Los indivisos, salvo el caso en que la hipoteca sea establecida por la totalidad del inmueble o inmuebles, con consentimiento de todos los condóminos, manifestado por una declaración en escritura pública.
- 3.º Sobre bienes que no produzcan renta cierta y durable.

4.° Sobre terrenos baldíos, etc.

Sobre el monto de la hipoteca debe abonarse, interés más un tanto por ciento en concepto de amortización y comisión.

Estos y otros defectos no apuntados anulan en parte como antes decía la eficacia de la Ley, impidiendo una mayor movilización. No deben achacarse sólo a esta Ley especial, son los generales del sistema.

Por eso recordando palabras que el Dr. Jesús H. Paz pronunciadas desde su cátedra, me pregunto si con tal sistema se consiguen los resultados que se consiguen ¿qué no sería con el científico, sencillo y barato sistema de Torrens?

A él hemos de referirnos luego.

VI

c) Tercera característica: el régimen hipotecario argentino es solemne. Vale decir que la hipoteca para ser válida necesita de ciertas formalidades, en su constitución.

Estas formalidades son las prescriptas por el Art. 3128 y siguientes del Código Civil. De acuerdo a ellas la hipoteca solo puede ser constituida por escritura pública, hecha por escribano público en los libros de su protocolo, con las formalidades impuestas a las demás escrituras.

Puede también constituirse, por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos y deban hacer fe por sí mismos, como los que expiden los gobiernos por sus decretos, estando debidamente autorizados, para darlos, por leyes especiales; o la que fuere hecha ante un juez competente.

En el primero de los citados artículos se establece que "podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato que acceda" aunque puede hacerse por acto separado, caso que contempla el Código de Chile con toda amplitud, disponiendo que pueden establecerse por actos separados, constando la obligación principal en documento privado, aunque el privilegio que concede la hipoteca no comenzará sino desde su constitución si fué registrada dentro del plazo.

El Art. 3129, se refiere a la forma de constituirse la hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República por instrumentos hechos en países extranjeros. Establecen que dichos instrumentos deben reunir las condiciones y formas establecidas en el 1211 (Cód. Civil también) sustentan-

do así el principio de soberanía: "Cada Estado tiene poder exclusivo de legislación sobre los bienes raíces situados en su territorio, y estos no pueden ser poseídos, adquiridos ni vendidos, sino conforme a Leyes o estatuto real de la tierra donde estén ubicados". (Fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En consecuencia "los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de estos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de juez competente. "En la nota puesta por el Codificador al artículo que transcribimos, se aclara el concepto de "instrumento público" debiendo considerarse a este como tal, de acuerdo a los principios legales del país donde se produjo.

"De la hipoteca así constituída (en el extranjero) agrega el Art. 3129, debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado este término la hipoteca no perjudica a tercero".

Rige pues, en todos los casos, la solemnidad, como exigencia imperativa para la constitución de este derecho real, quedando de acuerdo con lo dispuesto por la última parte del artículo comentado, a salvo la moralidad como requisito indispensable a la constitución de un derecho ante nuestra Ley. Así y aun cuando no había necesidad de decirlo, el Dr. Vélez Sársfield siguiendo a la Ley Hipotecaria de España, consigna al final del artículo que "la hipoteca constituída desde país extranjero, debe tener una causa lícita para las leyes de la República.

VII

a) Cuarta característica de nuestro régimen, es la indivisibilidad.

La famosa fórmula de Dumolin "Est tota in toto et tota in qualibet parte" ha sido seguida por nuestra Ley Civil estableciendo en general la indivisibilidad de la hipoteca porque ella abraza todas y cada una de las partes del inmueble o inmuebles

gravados. "Cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". Es decir que el inmueble hipotecado conserva la condición de tal, hasta la total extinción de la obligación principal asegurada.

La indivisibilidad existe tanto del punto de vista activo como del pasivo. Así ni el codeudor que hubiere pagado su cuota en la hipoteca podrá exigir su cancelación mientras la deuda no esté íntegramente pagada ni en el mismo caso, los del acreedor a quien hubiere pagado su cuota podrá hacer cancelar la hipoteca mientras los demás acreedores no estén pagados.

Consecuencia de la indivisibilidad pasiva es la del Art. 2689 esto es, que en las cargas reales que graven la cosa como la hipoteca, cada condómino está obligado por el todo de la deuda.

Otra consecuencia de la indivisibilidad; los Arts. 3113 y 3114. El primero se refiere a la hipoteca que se extiende a varios inmuebles y establece que el acreedor tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito.

El segundo, refiriéndose al mismo caso de hipoteca constituida sobre dos o más inmuebles establece que si ellos se encuentran en el dominio de diferentes terceros poseedores puede el acreedor perseguirlos a la vez a todos o hacer ejecutar a uno solo de ellos.

La indivisibilidad es de la naturaleza no de la esencia de la hipoteca.

Ha sido establecida por la ley en beneficio de los contratantes; del acreedor por cuanto con ella queda bien asegurado, y del deudor por cuanto esa seguridad le permitirá hallar dinero en mejores condiciones.

Como consecuencia lógica y así lo ha establecido en su nota el art. 3112 el Codificador que en esta materia adopta los principios de Justiniano y seguido en parte a Troplong, el carácter de indivisibilidad de la hipoteca puede ser modificado por la voluntad de las partes en el contrato—la verdadera ley para ellos—dándole así a esta característica una elasticidad que aportando beneficios en nada puede alterar la solidez que deben tener las prescripciones inherentes a una tan importante institución.

VIII

e) Y llegamos por fin a la característica que es condición esencial para el buen funcionamiento de todo régimen inmobiliario, la publicidad.

Nuestra legislación como todas o casi, a partir de la Revolución Francesa, la ha adoptado.

El régimen hipotecario argentino es público.

Rigen la publicidad en la hipoteca los arts. 3134, 3135, 3136, 3149, 3150 y concordantes, del Código Civil.

El primero de los artículos citados ha seguido a la antigua legislación francesa, alemana y española que creaban oficinas donde debían registrarse los contratos hipotecarios y sólo podían perjudicar a terceros desde su inscripción en los registros. Esta inscripción, registro o toma de razón equivale a una publicación, porque todo el que intenta garantizar su crédito con hipoteca debe exigir un certificado sobre el estado del inmueble ofrecido en garantía. Sin él no puede autorizarla el escribano.

En consecuencia establece el artículo "que la hipoteca constituida en los términos prescriptos (hemos visto la exigencia de la solemnidad) debe ser registrada y tomada razón de ella en un oficio público destinado a la constitución de hipotecas o registro de ellas. (El Registro de la Propiedad de la Capital creado por la Ley de Organización de los Tribunales en su título XIV como una Sección del Registro de Hipotecas, Embargos e Inhibiciones; para los de la Capital y Territorios Nacionales) que debe existir en la Ciudad Capital de cada Provincia, y en todos los pueblos en que lo establezca el Gobierno Provincial".

Hasta entonces la hipoteca solo existe para las partes contratantes, Escribano de intervención y testigos de la Escritura, sus consecuencias no alcanzan a terceros pues las falta de publicidad las anula, así se desprende de el segundo de los art. que comentamos. — "la constitución de la hipoteca no perjudica a terceros sinó cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el Escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción y respecto de ellos la hipoteca constituida por Escritura pública (requisito de solemnidad) se considera registrada".

Lo que es lógica consecuencia del principio de la publicidad, que para ellos existe desde que han intervenido en el acto, Concordante con estas disposiciones el raticulo 3149 dice: "que la hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, *si el registro se hubiere hecho en el término de los seis días designados para tomar razón*" o dentro del término señalado por el art. 3137 ("Si el oficio de hipotecas estuviere más de dos leguas distante de la Escribanía en que se hubiese otorgado la escritura pública, habrá para la toma de razón un día más por cada dos leguas"... término que hoy resulta ridículo, pero que en la época de creación del Código, hace más de cincuneta años tenía una razón de ser). En este caso la hipoteca tiene efecto retroactivo al día de su otorgamiento y ninguna otra puede preferirla aún cuando fuere con prioridad registrada. (Art. 3136).

Con las disposiciones comentadas, creyó el Codificador haber dejado resuelto el serio problema de la publicidad de la garantía real de los inmuebles. Con una clara visión jurídica el Dr. Vélez Sársfield apreció toda su importancia. "Se comprende desde un principio dice, en su nota al Art. 3203, que era indispensable asentar la propiedad territorial y todas sus desmembraciones en bases completamente seguras, pues sino se conocían las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes el acreedor hipotecario no podría tener las garantías necesarias".

Se juzgó indispensable que constatará en registros públicos, la genealogía, diremos así de todo bien inmueble, las cargas que reconociese, y las limitaciones que los contratos u otros actos jurídicos hubiesen impuesto al dominio"...

Con todo si bien el sistema de publicidad adoptado, puede considerarse relativamente bueno, lejos está el desideratum ya que aparte otros inconvenientes, la publicidad del registro es limitada, requiriéndose para obtener un informe, mandamiento judicial con citación de partes o del Ministerio Fiscal o bien una petición escrita, de un escribano de registro, para los contratos que ante él se otorguen.

IX

Dejo así comentadas las características básicas de nuestra legislación hipotecaria.

En mi sentir armonizan bien las teorías adoptadas por el

moderno derecho, en marcha rumbo de la mayor garantía del acreedor, de la facilidad de evolución económica del deudor, o mejor dicho de ambos, y en consecuencia de generalización, el desarrollo de las finanzas generales.

El evolucionar del derecho ha de modificar las disposiciones anticuadas, de detalle algunas, fundamentales, otros llevando nuestra legislación hipotecaria hacia la perfección que el desarrollo y la riqueza del país, su movilidad económica, exige.

Pienso que la primer modificación a practicarse es la referente a la publicidad, la mayor garantía, orientando nuestro sistema hacia el Australiano que iniciara Roberto Torrens, que la Ley Francesa ha puesto en vigor, fomentando el engrandecimiento de sus colonias, sistema que si es perfecto en cuanto a la propiedad, no lo es menos a la hipoteca; admirable institución, sumaespiritualización del derecho de propiedad, que permite que la hipoteca pierda su carácter de accesorio de una obligación, facilita su constitución y transmisión sobre bases firmes, y reúne por su simplicidad y economía todas las condiciones que pueden contribuir al desarrollo del crédito hipotecario.

RAÚL GIMÉNEZ VIDELA.