

ESCRIBANÍA-ABOGACÍA, FCEJ, UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA.

HIPOTECA ABIERTA:

ESPECIALIDAD EN EL CRÉDITO O
ACCESORIEDAD, ESA ES LA CUESTIÓN.

LUCIANA TULA y KARIM ABU-NASSAR MELCHOR

2019

Profesora Tutora: Dra. M. LAURA NEGRONI

ÍNDICE:

| | |
|----------------------------------|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| DESARROLLO..... | 5 |
| Derecho real..... | 5 |
| Garantía..... | 7 |
| Derechos reales de garantía..... | 8 |
| Disposiciones comunes..... | 10 |
| Principios..... | 11 |
| Hipoteca..... | 12 |
| Antecedentes históricos..... | 12 |
| Artículo 2189..... | 13 |
| Doctrina internacional..... | 15 |
| Doctrina nacional..... | 15 |
| Doctrina provincial..... | 16 |
| CONCLUSIÓN..... | 21 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 24 |
| ANEXO..... | 26 |
| AGRADECIMIENTOS..... | 54 |

INTRODUCCIÓN:

Desde el presente, se pretende abordar como eje principal la problemática devenida del derecho real de hipoteca, entendiendo que la misma presenta una gran dificultad teórico-práctica que nos alcanza tanto a los estudiantes y a los jóvenes profesionales. No puede dejarse de lado el desconocimiento general de la misma por parte de la sociedad, quien podría verse beneficiada con el contrato de hipoteca que invoca un derecho real, del cual un sujeto se ve proveído de un crédito y por otro, un acreedor hipotecario verá garantida con una cosa inmueble la relación crediticia.

Más adentradamente, el enfoque del proyecto gira en torno a la legislación actual atravesando sus estadios legislativos y doctrinarios, con principal atención a los principios o caracteres de las hipotecas, sobre todo los de especialidad y accesoriedad. Cabe entonces exponer la situación de las llamadas hipotecas de máximo y sus consecuencias.

Este abordaje pretende realizarse desde un punto tridimensional pasando por la norma, sus incidencias sociales y el valor axiológico.

Al ser una estudiante de la carrera de escribanía y un estudiante de la carrera de abogacía se aunarán los paradigmas tanto notariales como abogadiles, tratando de abordarse mediante una comunión las aristas que surgen de la misma.

PALABRAS CLAVE: GARANTÍA; HIPOTECA; ESPECIALIDAD; ACCESORIEDAD; y CRÉDITO;

El fundamento reside en el poco, errado o nulo conocimiento respecto al instituto, sobre todo el que rodea a la ya mencionada hipoteca de máximo y los problemas que se han suscitado y se suscitan respecto a la determinación del crédito y la solución legal de dar por cumplido el principio de especialidad respecto al crédito, como también así la jurisprudencia y las opiniones doctrinales. De ello surge la siguiente hipótesis: "LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN RESPECTO DEL ARTÍCULO 2189 QUE PRETENDIÓ ACLARAR LA SITUACIÓN LEGAL DE LAS HIPOTECAS ABIERTAS, NO HA HECHO MÁS QUE CONFUNDIR LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO Y ACCESORIEDAD, IMPACTANDO NEGATIVAMENTE EN EL DERECHO CREDITICIO QUE TIENE COMO FUENTE UNA RELACIÓN OBLIGACIONAL DERIVADA DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA."

Los objetivos perseguidos por este proyecto son los siguientes:

- a) Que la presente investigación facilite el entendimiento relativo a los derechos reales de garantía, la diferenciación de los mismos, especialmente de la hipoteca y dentro

de esta, la hipoteca abierta o de máximo, pudiendo distinguir con claridad los efectos de los caracteres de especialidad en cuanto al crédito y en cuanto al objeto como así también con el carácter de accesoriedad.

- b) Comprender la vital importancia del principio de la especialidad en cuanto al crédito, y la repercusión que el mismo genera.
- c) Entender la importancia de la figura de la hipoteca no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también de los beneficios socio-económicos que la misma presenta, sobre todo como una herramienta contractual crediticia, generalmente que suele ser utilizada con fines sociales como la adquisición de una vivienda o la construcción de la misma.
- d) El estudio correcto del instituto teniendo en cuenta el derecho notarial y registral, pilar estamental en el ejercicio de ambas profesiones, especialmente en el desempeño de las funciones y servicios notariales, dentro de los cuales un error puede acarrear la nulidad de la convención y la responsabilidad profesional.
- e) Recibir la opinión de profesionales respecto a distintos temas, que hacen a la cuestión de la investigación ya sean, profesionales afines al derecho o no.
- f) Analizar el rol de los sujetos de la relación contractual, entendidos como acreedor hipotecario y deudor hipotecario o constituyente, para tener en cuenta las permisiones que la ley le confiere a cada uno de ellos, advirtiendo que muchas veces el beneficio o la sobreprotección de uno de los sujetos puede dificultar la constitución del derecho real de hipoteca y por lo tanto el acceso al crédito y como su consecuencia la paralización del tráfico mercantil.
- g) Transitar las diferentes posiciones doctrinarias y legislativas relativas a la hipoteca de máximo y a la importancia de sus principios, para poder identificar si la solución dada hoy por el Código Civil y Comercial de la Nación es acertada o si por medio de la presente investigación puede concluirse en una solución diferente o apartada de la hoy brindada.
- h) Elaborar una línea de pensamiento propia, acorde a la sociedad actual a la que pertenecemos.
- i) Estudiar las diferentes posiciones doctrinarias a nivel internacional, nacional y provincial para dar un correcto análisis sobre las cuestiones principales del proyecto de investigación y de esta manera elaborar una conclusión que tenga como bases fundamentales la expresión de los mas conocedores del derecho real de hipoteca.
- j) Por último pero no menos importante, se busca introducir a los participantes a la investigación jurídica y nutrirlos de nuevos conocimientos que puedan ser luego utilizados como herramientas práctico-teóricas para el ejercicio de la profesión, partiendo de la premisa que la Provincia de Mendoza, a nivel país es una de las

Provincias donde los jóvenes tiene una marcada inclinación a elegir carreras como lo son la escribanía y la abogacía.

DESARROLLO:

DERECHO REAL.

Para dar un introito que nos lleve a conectar con mencionado instituto es propicio abarcar desde lo general hasta llegar al tema particular, es por ello que es propio comenzar desde el estudio del derecho real conceptualmente, dentro de las definiciones nos parece correcto traer a colación la elaborada por Allende.

Según define Allende: “Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*”.¹

La absolutez del derecho a *contrario sensu de los derechos relativos implica una oponibilidad erga omnes;*

su contenido patrimonial hace referencia a que los mismos son susceptibles de valor;

la naturaleza jurídica de sus normas son sustancialmente de orden público (*numerus clausus*) aunque no quiera decir que todas las normas de los derechos reales sean de orden público;

sujeto activo: personas humanas o personas jurídicas;

objeto: cosas y excepcionalmente bienes;

relación inmediata: no significa cercanía sino que el sujeto activo se beneficia de ella sin la intervención de otra persona, publicidad: si el derecho real se opone a todos, debe ser conocido por todos ya sea por la tradición o por la inscripción en el registro correspondiente;

sujeto pasivo: toda la sociedad;

acciones reales: protegen a los derechos cuando se atente contra su existencia, plenitud o libertad;

ius persecuendi y *ius preferendi*: el derecho de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre y el derecho de obtener las ventajas como un privilegio y prevalecer sobre otros.

¹ Kiper (2016). “Manual de Derechos Reales Tomo I”. (15)

El Código Civil y Comercial de la Nación toma la siguiente metodología: tiene un título preliminar y seis libros, dentro del cuarto libro se encuentran regulados los derechos reales, a su vez dentro del mencionado libro se encuentran trece títulos (título i disposiciones generales; título ii posesión y tenencia; título iii dominio; título iv condominio; título v propiedad intelectual; título vi conjuntos inmobiliarios; título vii superficie; título viii usufructo; título ix uso; título x habitación; título xi servidumbre; título xii derechos reales de garantía; título xiii acciones posesorias y reales), dentro del doceavo título, se hallan cuatro capítulos: disposiciones comunes; hipoteca; anticresis y prenda. Dentro de las disposiciones comunes el artículo 1882, lo define: el derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.

Dos sistemas de creación son los que atañen a los derechos reales, por un lado se encuentra el sistema del *numerus apertus* por el cual los particulares se hallan facultados a través de la autonomía de la voluntad para crear por medio de convenciones los derechos reales, por otro lado, está el sistema del *numerus clausus* donde la creación de los derechos reales le corresponde a la ley, quien señala taxativamente la existencia de los derechos reales, tal es así que por haber tomado este sistema nuestro Código Civil y Comercial de la Nación los enumera de la siguiente manera:

ENUMERACIÓN.

Son derechos reales en este Código:

- a) el dominio;
- b) el condominio;
- c) la propiedad horizontal;
- d) los conjuntos inmobiliarios;
- e) el tiempo compartido;
- f) el cementerio privado;
- g) la superficie;
- h) el usufructo;
- i) el uso;
- j) la habitación;

- k) la servidumbre;
- l) la hipoteca;
- m) la anticresis;
- n) la prenda.

CLASIFICACIÓN

Los derechos reales pueden clasificarse según el siguiente criterio:

- Sobre cosa propia o cosa ajena: los derechos sobre cosa propia son aquellos que llevan consigo el uso, goce y disposición en mayor o menor medida conforme a lo establecido por la ley, por otro lado los derechos sobre cosa ajena a diferencia de los primeros pueden dividirse en derechos de disfrute y derechos de garantía. Son de disfrute los que confieren la facultad de uso y goce, son de garantía aquellos que respaldan el cumplimiento de una obligación principal, la que en caso de ser incumplida confiere al titular del derecho de garantía la facultad de ejecutarlo.
- Derechos principales y accesorios: son principales todos los derechos reales siendo accesorios los de garantía: a saber, prenda, hipoteca y anticresis.
- Registrables y no registrables: son registrables aquellos que necesitan de la inscripción de sus títulos en un registro para su constitución o su publicidad, y por el contrario son no registrables aquellos que no la necesitan.
- Los que se ejercen por la posesión o por actos posesorios: son ejercidos por la posesión todos, excepto la servidumbre negativa y la hipoteca, y la servidumbre positiva es ejercida por actos posesorios.

GARANTÍA

Hay que entender a la garantía como la “medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o nueva facultades”²

La garantía puede clasificarse en:

- Reales y personales
- Inmobiliarias y mobiliarias
- Causales y abstractas
- Autoliquidables y no autoliquidables

² DIEZ P.GULLÓN (2012) “Sistema de Derecho Civil Volumen III”.(494)

- Legales y convencionales

Las garantías apuntan principalmente a dar mayor seguridad. Se vinculan con el desarrollo económico y el impulso de la economía (NICOLAU, 1998). “Cuanto mayor sea la seguridad, y menor el riesgo, en una economía “normal”, hay más probabilidades de que las personas tengan acceso al crédito a menor tasa de interés, y así disfrutar de un mayor bienestar. Cuando el riesgo es mayor el crédito suele escasear y ser más caro. De ahí la importancia de contar con garantías efectivas y expeditivas”³

DERECHO REAL DE GARANTÍA

HIPOTECA, PRENDA Y ANTICRESIS

Hipoteca: solo se dará una breve noción sobre la misma, ya que luego analizaremos esta garantía en profundidad. La hipoteca es en palabras del Código Civil y Comercial de la Nación 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, la facultad de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

Anticresis: es un derecho real que recae sobre cosas registrables sean muebles o inmuebles cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado para que perciba los frutos y así imputarlos a la deuda. Consiste en asegurar el cumplimiento de una obligación a través del otorgamiento de la posesión de una cosa ya sea mueble o inmueble, registrable, con la finalidad de que el acreedor pueda valerse de los frutos que la cosa produce periódicamente, los cuales integran el pago. No es casualidad que este pacto de uso etimológicamente derive del griego *antichresis*, *anti* significa contra, y *chresis* que significa uso, este “contra uso” se amolda perfectamente al concepto del derecho.

Prenda: “En líneas generales, el derecho real de prenda es aquel que recae sobre bienes muebles cuya posesión se transmite en garantía del cumplimiento de una obligación contraída por el transmitente o un tercero”⁴(Kiper).

Existen dos tipos de prenda, la regulada por el Código Civil y Comercial denominada prenda común o con desplazamiento, la misma recae sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados; y la prenda con registro o sin desplazamiento que se reguló por el decreto-ley 15348/46 ratificado por la ley 12.962.

³ KIPER (2016) “Tratado de Derechos Reales Tomo II”. (192)

⁴ KIPER (2016) “Tratado de Derechos Reales Tomo II”.(339)

A modo pedagógico se elabora el siguiente cuadro comparativo con las principales diferencias de las garantías reales:

| | HIPOTECA | ANTICRESIS |
|-----------------------------|--|--|
| OBJETO | Inmuebles | Inmuebles- muebles registrables |
| POSESIÓN | La conserva el titular de la cosa gravada | Pasa al acreedor o un tercero |
| FRUTOS | No se tienen en cuenta | Los percibe el acreedor |
| PLAZO DE DURACIÓN | Depende del crédito principal | Máximo para las cosas inmuebles de 10 años. Máximo para las cosas muebles de 5 años. |
| CADUCIDAD DE LA INSCRIPCIÓN | 10 años; 20 años; 35 años; o, imprescriptibles según el caso | 20 años para las cosas inmuebles. 10 años para los muebles. |
| USUFRUCTUARIO | No puede constituir hipoteca | Puede constituir anticresis |
| EJECUCIÓN | Conforme al procedimiento previsto en ley 24.441 | Puede procederse a su ejecución judicial |

| | PRENDA CON DESPLAZAMIENTO O SIN REGISTRO | PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO O CON REGISTRO |
|----------|---|--|
| OBJETO | Cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. | Muebles registrables. |
| POSESIÓN | En manos del acreedor prendario o un tercero designado. | El constituyente. |
| FRUTOS | El acreedor prendario debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda. (Salvo | Los percibe el constituyente. |

| | | |
|-----------------------------|---|------------------------------|
| | pacto en contrario.) | |
| PLAZO DE DURACIÓN | Lo convenido por las partes. | Lo convenido por las partes. |
| CADUCIDAD DE LA INSCRIPCIÓN | No se inscribe. | 5 años desde la inscripción. |
| EJECUCIÓN | Cuando fuere una cosa se puede realizar una subasta judicial, si fueren títulos u otros bienes negociables en bolsa o mercados públicos, la venta se puede hacer en tales mercados. También se puede convenir que el acreedor se adjudique la cosa o que se venda por otro procedimiento señalado por las partes. | Juicio de ejecución. |

DISPOSICIONES COMUNES

Es una innovación por parte del legislador haber incluido en el Código Civil y Comercial, un capítulo de disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, las cuales deben cumplirse con más las que se exijan para cada derecho real de garantía en particular. Dentro de este capítulo encontramos en términos generales: los principios; qué créditos son garantizables; la extensión en cuanto al crédito y al objeto; subrogación legal; facultades del constituyente; inoponibilidad; realización de un tercero; cláusula nula; responsabilidad del propietario no deudor, y ejecución contra este; derecho al remanente; subrogación del propietario no deudor; efectos de la subasta y cancelación del gravamen. Lo trascendente de las disposiciones comunes aun así dándoles la importancia que merecen no son más que los principios, como se verá adelante ya que con la ausencia de alguno de ellos el derecho real de garantía no nace, se puede advertir entonces la medular importancia que presentan los mismos.

PRINCIPIOS

Si bien los principios pueden entenderse ideas abstractas o ideas directrices que encaminan el derecho real de garantía desde su nacimiento hasta su extinción atravesando por cada una de las vicisitudes que ocasionalmente pudiera adolecer los principios de los derechos reales de garantía, se acotan y se pueden clasificar como esenciales y naturales.

Dentro de estos principios, también caracteres encontramos:

Esenciales:

- Convencionalidad
- Accesoriedad
- Especialidad en cuanto al objeto
- Especialidad en cuanto al crédito

Naturales:

- Indivisibilidad

Dentro de los esenciales el primer carácter que se presenta es la **convencionalidad**, el mismo hace referencia a que los derechos reales de garantía únicamente pueden constituirse a través de un contrato. Regresando a la teoría general del contrato, podemos decir entonces que se necesita que entre los sujetos contratantes haya objeto, causa y la voluntad manifestada por medio del consentimiento, teniendo siempre en cuenta las formalidades y la capacidad de los contratantes. A contrario sensu se puede decir que esta clasificación de derechos reales no puede nacer por imperio de la ley.

La **accesoriedad** como característica de los derechos reales de garantía, implica que estos derechos nacidos convencionalmente, siguen la suerte del crédito principal, es decir tienen su causa en ellos. La existencia y suerte de la hipoteca, la prenda y la anticresis están ligadas al crédito al cual acceden.

La **especialidad en cuanto al objeto** recae en el asiento del gravamen, y surge como respuesta a la hipoteca general que recaía sobre todos los bienes del deudor. El objeto debe ser actual e individualizado al momento de constituirse la garantía, el artículo 2209 reza: Determinación del objeto. El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización.

La **especialidad en cuanto al crédito** no hace referencia a los elementos esenciales del crédito, sino que consagra la especialidad de la garantía por su monto. Este carácter es de vital importancia y hace a la esencia de nuestro proyecto, razón por la cual se detallará el mismo posteriormente.

Por último, la **indivisibilidad** como principio, se presenta de modo natural, lo que implica que su ausencia no es sinónimo de inexistencia, pero su presencia si modifica las vicisitudes del derecho real de garantía.

HIPOTECA

Antecedentes históricos:

- Derecho Romano:

Como se puede observar, el derecho real de hipoteca ha tenido sus orígenes -como la mayoría de nuestros institutos jurídicos- en el Derecho Romano y se ha desarrollado mediante la obra de diferentes juristas que han dotado a este instituto diferentes matices; los que han terminado por definir los alcances de esta garantía tal como ha sido receptada por nuestro ordenamiento civil y comercial argentino.

La legislación refiere al antecedente romano expresando que: “en el Derecho Romano se regulaban el *pignus* y la *hypotheca*. El *pignus*, asimilado a la prenda se daba cuando una cosa se empeñaba en seguridad del dinero prestado y la posesión de la cosa pasaba al acreedor con la condición de devolverla al propietario cuando la deuda fuese pagada. La hipoteca, se configuraba cuando la cosa no se entregaba al acreedor, sino que permanecía en poder del deudor”⁵. En Roma la regla para la garantía del pago de las obligaciones era la entrega de una cosa al acreedor para que éste la retuviera hasta la efectivización del pago; y ante la reivindicación del titular sin haber pagado la obligación garantizada con la cosa, el acreedor gozaba de una excepción: *exceptio rei pignori data*. Con el transcurso del tiempo, se aceptó que el acreedor pudiera vender la cosa aun sin pacto expreso; decretándose la nulidad de toda cláusula limitativa de ésta facultad. Posteriormente, se otorgó al acreedor el interdicto de Salvio y la acción Serviana que importan para el acreedor un verdadero derecho real sobre cosa ajena.

- El derecho patrio:

Con anterioridad a la sanción del Código Civil velezano, las provincias dictaron normas aisladas, por ejemplo en 1822 la Provincia de Buenos Aires dictó una ley; mediante la cual el

⁵ VELEZ S. Código Civil, nota artículo 3108

Banco de Descuentos era facultado mediante una acción hipotecaria sobre los bienes del deudor; lo cual se ha juzgado -en la comprensión doctrinaria- como expresión de una hipoteca tácita o legal.

- Aproximación al concepto legal de hipoteca receptado en Código Civil de Vélez:

Artículo 3108.

La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.

Esta definición ha sido materia de diferentes críticas en la doctrina en cuanto omite referir precisamente el modo en que se materializa la seguridad que confiere al crédito -mediante el derecho de persecución y privilegio- y porque omite también la circunstancia de que puede ser constituida tanto el deudor como un tercero⁶ supuesto que ha sido previsto expresamente por el art. 3121 del Código Civil. Igualmente, se la ha criticado -con especial rigor semántico- en cuanto a que la norma que define a este derecho alude: “derecho real constituido sobre los bienes inmuebles”; cuando -según lo sostienen autores como Papaño debió decir cosas inmuebles; respecto de lo cual el art. 3109 del Código Civil que expuso: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles.

- Concepto en el Código Civil y Comercial vigente desde el 1 de Agosto del año 2.015:

Artículo 2189.- Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; más en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, el que no puede exceder de 10 años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

⁶ MARIANI DE VIDAL (2004) “Derechos Reales, Tomo III- Ed. Zavallá, Buenos Aires”(164)

Luego de varias críticas a la redacción del primogénito artículo 2189 el 15 de septiembre de 2016 con la publicación de la ley 27.271 en el boletín oficial, entra en vigencia el actual artículo 2189, quedando el mismo de la siguiente manera:

“Artículo 2189. Especialidad en cuanto al crédito. En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa. El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.”

Es de vital importancia advertir el principal papel que juegan los principios de especialidad crediticio y de accesoriedad, que se detallará a continuación y se expresará en la conclusión del presente trabajo.

En la legislación argentina las hipotecas se clasifican en cerradas y abiertas. Las primeras, a grandes rasgos son aquellas que tienen una individualización del crédito y de la garantía, la manifestación de su causa y la enunciación de los sujetos contratantes; las segundas, por el contrario, son aquellas celebradas entre sujetos determinados, por un plazo determinado (hasta diez años), con la expresión de un monto máximo, el que puede coincidir o no con el crédito garantizado y sea que su causa exista o no al tiempo de constituirse.

Existen también, aunque no en nuestra legislación las denominadas hipotecas recargables, originarias del derecho francés y que consisten en

“Se trata de una hipoteca reutilizable inclusive por otros acreedores. En su origen garantiza uno o varios créditos determinados, pero, cuando los créditos desaparecen en todo o en parte, puede servir para garantizar, con su rango de origen, otras deudas que el constituyente pueda contratar frente al acreedor originario o frente a otro acreedor posterior, manteniendo el rango originario, en el límite de la cantidad máxima prevista en el acto constitutivo. La inscripción puede tener una duración de 50 años. La doctrina señala que esta hipoteca protege al deudor evitando que quede prisionero de la entidad bancaria

permitiendo el juego de la libre competencia entre los bancos.”⁷ (Como se ha expuesto, la especialidad es un carácter esencial del derecho real de hipoteca; en este sentido, la especialidad hipotecaria trasunta en una doble proyección; por un lado, en la “especialidad objetiva” o “especialidad en cuanto al objeto” respecto del cual -en la oportunidad- podemos decir que es un carácter propio de todos los derechos reales ya que las cosas sobre las cuales recaen deben ser ciertas y actualmente existentes, excepcionalmente los derechos reales recaen sobre bienes taxativamente señalados por la ley.

Por otro lado; el carácter de la especialidad también es predicable respecto del crédito; lo cual se justifica -y es consecuencia lógica- ya que la hipoteca es un derecho real accesorio de un crédito; lo cual es propio a su naturaleza jurídica.

DOCTRINA INTERNACIONAL

Dentro de la doctrina, encontramos autores del derecho comparado, como el español Campuzano, quien sostiene que la especialidad o determinación señala la responsabilidad a que el objeto sobre el que recae la hipoteca está afectado. Se refiere a la cantidad a que queda afectada la cosa, por otro lado Colin y Capitant sostienen que es indispensable conocer exactamente el crédito garantido por la hipoteca y la cuantía de ese crédito. En la escritura el notario debe -bajo pena de nulidad- indicar la causa del crédito garantido: préstamo, indemnización de un perjuicio causado, crédito resultante de una obligación de hacer y debe -en consecuencia- enunciar la cuantía de ese crédito.

DOCTRINA NACIONAL

El principio de especialidad o determinación en nuestra doctrina nacional ha sido materia de análisis por parte de diferentes autores quienes -con mayor o menor rigor- han referido a sus diferentes alcances y contenido. En este sentido, Salvat expone que la hipoteca debe constituirse en garantía y seguridad de un crédito concretamente determinado. La hipoteca no podrá constituirse para garantizar todas las obligaciones pendientes o todas las que el deudor pueda contraer a favor de determinada persona; es necesario que la deuda sea concretada, en una suma cierta y determinada. Borda sostiene que el principio de especialidad exige que la hipoteca se constituya sobre un inmueble cierto y por una suma de dinero cierta y determinada. Por su parte Mariani de Vidal postula que la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito indica que no se puede constituir hipoteca sino por una suma de dinero cierta y determinada. Ello hace que fuera o por encima de esa suma, que debe determinarse ciertamente en el acto constitutivo, la garantía no exista. Andorno postula que el principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito requiere no solamente que

⁷ BELLUSCIO (2007) “El nuevo Derecho francés de las Garantías”(902).

esté expresado el monto máximo de la cobertura sino también su causa. Colombo sostiene que el principio de especialidad tiene por fin tutelar al deudor para que no se vea privado de una sola vez de todo su posible crédito, para que se sepa hasta dónde alcanza su responsabilidad; asimismo para proteger a los terceros permitiéndoles conocer cuál es el máximo de gravámenes que afectan al inmueble hipotecado.. Finalmente, Rivera expresa que la especialidad en cuanto al crédito tiene dos esferas de acción: a) La determinación de la causa fuente de la obligación garantizada y b) La suma cierta y determinada de dinero.

La Especialidad en cuanto al Crédito:

Si bien desde su desarrollo teórico-didáctico los principios se presentan de manera autónoma, se debe tener en consideración que hay que correlacionarlos, principalmente a la especialidad en el crédito y la accesoriedad.

Representa un equívoco juzgar verificado el cumplimiento del principio de especialidad centrando la atención sólo en la circunstancia de que -en el acto constitutivo- se ha determinado la causa de la obligación garantizada -o crédito al que accede desde la óptica del acreedor-; como también representa un error considerar que se ha cumplimentado con la especialidad en cuanto al crédito, con la sola determinación de una suma de dinero o “responsabilidad hipotecaria” -tal como lo sostiene en este último sentido Elena Highton- precedida del enunciado de eventuales, diferentes e independientes actos jurídicos -como sería el caso de la constitución de las llamadas “hipotecas abiertas” o por todas las obligaciones creadas o a crearse entre dos sujetos de derecho; lo cual es común en la contratación bancaria.

La causalidad hipotecaria, la accesoriedad y el principio de especialidad

Como una continuidad de lo anteriormente expuesto, se abordan dos nociones determinantes para la comprensión del fenómeno de las garantías reales hipotecarias; ello es así porque el derecho real de hipoteca trasunta una garantía de pago vinculada a la existencia de una obligación válidamente constituida.

Pues bien, comunmente encontraremos en el contrato; es decir, en la manifestación del consentimiento de las partes, Artículo 957, la causa fuente obligacional de la garantía hipotecaria, pudiéndose denominar a éste presupuesto vital del derecho hipotecario “causalidad hipotecaria”.

DOCTRINA PROVINCIAL.

Alicia Puerta de Chacón

La reconocida docente y profesional del derecho de la provincia de Mendoza Alicia Puerta de Chacón en su artículo: “ACCESORIEDAD Y ESPECIALIDAD DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. Antes y después de la reforma de la Ley 27.271 al Código Civil y Comercial de la Nación”, donde la misma explicita un fallo donde se confirma la sentencia de grado que rechaza la acción por cancelación de hipoteca por no haber cumplido el deudor con todas las obligaciones asumidas que se encontraban garantizadas por la hipoteca. La actora en el carácter de fiduciaria compra un inmueble y en garantía del pago del saldo de precio y de todas las obligaciones asumidas constituye hipoteca sobre el mismo por la suma de U\$S 430.00, monto que se compromete a abonar parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. (Las partes acordaron una multa diaria de U\$S 500 en caso de retardo del cumplimiento de la obligación.) La jueza de primera instancia consideró que la multa se encontraba adeudada porque la entrega de las unidades no se ajustó a lo debido, el pago no incluyó la multa y rechazó la demanda por no cumplir con los principios de integridad e integralidad del pago. El actor cuestionó en la alzada la decisión adoptada, invocó que la garantía hipotecaria cesó al haber cumplido la obligación principal consistente en la entrega de las tres unidades funcionales, aduce que el fallo confunde la garantía con las obligaciones propias del contrato y que esta solo se extiende al monto estipulado con fundamento en el Artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La sentencia confirmatoria llama la atención porque resuelve el litigio aplicando las normas del Código civil de Vélez, la hipoteca en cuestión se constituyó durante la vigencia de esa ley.

- Derechos reales de garantía. Cuestiones a tratar.

En cuanto a las cuestiones controversiales que se suscitaban durante la vigencia del Código civil anterior respecto de los derechos reales de garantía, como era el cuestionamiento de la validez de las garantías de máximo de créditos indeterminados, conocidas en el ámbito notarial, registral y judicial como garantías “abiertas o globales” y a las que actualmente les da cabida el Artículo 2189 tercer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación reformado por la Ley 27.271, seguramente la jurisprudencia habrá de aplicar la postura flexible que reconocía su validez y que empujó el cambio legislativo.

La innovación más importante en esta materia son las “garantías de máximo” de créditos indeterminados. Estas garantías abiertas, en el concepto que aseguran una masa de

créditos indeterminados cuyas causas no se conocen, existan o no los créditos, por un monto máximo y un plazo cierto, vienen siendo utilizadas -principalmente las hipotecas- desde hace más de tres décadas por los bancos y las empresas proveedoras de mercaderías y servicios para cubrir sus operaciones comerciales con los clientes, sin que estuvieran contempladas por el Código de Vélez; ello dio lugar durante esos años a un intenso debate en la doctrina con disímiles posturas en torno a su validez (rígida, intermedia y flexible) y a fallos con soluciones divergentes y su necesidad como medio de financiamiento mostraba la necesidad de que fueran acogidas por el ordenamiento jurídico. Indudablemente este tipo de garantía impacta el carácter de especialidad del crédito de las garantías tradicionales; y a criterio de la autora, también el carácter de accesoriedad del derecho real de garantía. Pero el reconocimiento por la nueva ley experimentó un camino sinuoso, el Código Civil y Comercial de la Nación las incorporó en el texto del Artículo 2189 en su redacción originaria; y lamentablemente la redacción de esa norma provocó grandes dudas interpretativas en su texto y con relación al resto del articulado que fueron advertidas antes de su sanción en el Anteproyecto 2012 del código; y luego de la sanción, los autores realizaron denodados esfuerzos interpretativos para su cabal comprensión”...(cita puerta)

Las variables que se pueden presentar en el monto de la garantía son diversas a lo que explica Puerta de Chacón:

a) Monto determinable o provisional. En el caso de obligaciones de dar dinero generalmente el monto de la garantía coincide con el del capital con más los accesorios legales. El monto de la garantía crece o se moviliza en función de los accesorios determinados o determinables del crédito. En este caso resulta de aplicación el Artículo 2193 relativo a la extensión de la garantía en cuanto al crédito que establece: “La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

b) Monto máximo o definitivo. La garantía de máximo fija un tope o un límite máximo a la cobertura que no admite variación. Respecto de su aplicación corresponde distinguir los créditos determinados y los indeterminados. Con relación a los créditos determinados se debe distinguir si son créditos dinerarios o no y si son dinerarios si su aplicación es imperativa por la ley o no.

b.1). Si se trata de un *crédito no dinerario de dar, hacer o no hacer (Artículo 2187) o su monto es desconocido* como sucede con el crédito eventual del saldo deudor de la cuenta

corriente, la norma en análisis establece imperativamente fijar el monto máximo de la garantía, más allá de esa cifra el crédito reviste carácter quirografario.

Precisamente uno de estos supuestos es el resuelto en el fallo de apertura de este trabajo. La hipoteca se otorgó en garantía de una obligación alternativa (dinero y/o las unidades funcionales) a elección del acreedor. El comprador del inmueble constituyente de la hipoteca, se comprometió a abonar el precio parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. La hipoteca se constituyó en garantía del pago del saldo de precio y de todas las obligaciones asumidas sobre el mismo inmueble adquirido fijando el monto de la cobertura por la suma de U\$S 430.00. Asimismo las partes acordaron una multa diaria de U\$S 500 en caso de retardo del cumplimiento de la obligación garantizada. La cláusula penal es una obligación accesorio que también determinaba el monto máximo. Por cierto que la sentenciante no aplica el Artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación que invoca la actora porque resuelve litigio por el régimen del Código civil anterior, y expone que queda claro que el “monto máximo” de la cobertura hipotecaria es la suma U\$S 430.00 que constituye el valor de la prestación (efectivo y unidades funcionales) con más los U\$S 500 diarios de la cláusula penal por causa del incumplimiento tardío en la entrega de las unidades funcionales. Por esta razón cita el artículo 3109 del Código anterior, norma relativa a la especialidad de la garantía y que refiere a que 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 se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca y ella guarda analogía con en el Artículo 2189 segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación.

b.2) La obligación puede ser de dar dinero y las partes pactar libremente el “monto máximo” de la cobertura de la garantía en un importe menor como medida de afectación del objeto gravado al pago de la deuda, de acuerdo a lo anteriormente expuesto. En este caso no está en juego el orden público de los derechos reales, por el contrario existe total certeza en el monto de la garantía y un crédito determinado en el acto constitutivo de la garantía.

b.3) En cambio en el supuesto de los créditos indeterminados, la imposición legal de la garantía de máximo se explica por la incertidumbre total de los terceros interesados de buena fe, respecto de los créditos que quedarán cubiertos durante el plazo previsto.

Ahora bien, tanto respecto de los créditos determinados como de los indeterminados al momento que se individualizan, en la relación interna entre el acreedor y el deudor resulta aplicable el Artículo 2193 en la medida que el tope máximo de la garantía lo permita. Así si se trata del saldo deudor de la cuenta corriente (crédito determinado eventual) o del crédito indeterminado que ha nacido bajo la cobertura como crédito dinerario que ahora se

individualiza para su cobro y ejecución de la garantía, se podrán reclamar los accesorios del crédito en la medida que han quedado cubiertos por el monto máximo, no más allá, con la preferencia y la prioridad que otorga el derecho real de garantía.

ACCESORIEDAD

La garantía de máximo de créditos indeterminados.

Para finalizar se vuelve nuevamente a este tipo de garantía bajo la mirada del carácter de la accesoriedad. La Puerta de Chacón considera que si bien este tipo de garantía se regula en el Artículo 2189 bajo el título de especialidad del crédito, este también afecta a la accesoriedad de la garantía. En la fase constitutiva de este tipo de garantía los créditos no se conocen, existan o no existan, solo se sabe que se generan en las relaciones comerciales entre el acreedor y el deudor durante un plazo cierto (que no puede exceder de diez años) y por un monto máximo. El crédito recién se determina en la fase dinámica de la ejecución. O sea que el desarrollo funcional de la garantía depende de que el crédito llegue a existir y se individualice. Se ha manifestado que no pasa inadvertido que durante ese plazo de vigencia de esta garantía global o de máximo ingresan y egresan los créditos amparados, nacen y se extinguen por su normal cumplimiento, existe una rotación de créditos y sin embargo la garantía se mantiene inalterable. Se detecta que el nuevo ordenamiento ha debido esbozar un nuevo concepto de obligaciones y derechos accesorios (Artículo 856) y ampliar las excepciones de sus efectos (Artículo 857) para dar cabida a este nuevo tipo de garantía real. También el Artículo 2186 consagra que los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. Este es un supuesto más de excepción a la regla de que extinguida la obligación principal se extingue la garantía. La tendencia actual de la legislación en materia de garantías no es la opción entre la accesoriedad indisoluble de la garantía al crédito ni su autonomía o independencia total. La alternativa legal es, a partir de las reglas de la accesoriedad y de la especialidad, modelar la relación que une el derecho personal (principal) y el derecho real (accesorio), con mayor o menor fuerza; o bien, con mayor o menor número de excepciones a las consecuencias jurídicas derivadas los dogmas, según el interés que la ley se proponga priorizar. La finalidad que busca esta interpretación de los caracteres debe ser la seguridad jurídica, y el contenido de ella el equilibrio de intereses del acreedor, el deudor, el propietario y los terceros.

CONCLUSIÓN

Se puede concluir este trabajo de investigación respondiendo a los siguientes interrogantes:

¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO REAL DE HIPOTECA?

Si bien no cabe dudas al día de hoy la naturaleza jurídica de la hipoteca, conociéndola como un derecho real, de ella se desprende una relación crediticia en la cual un sujeto denominado constituyente da en garantía una cosa inmueble respecto del cumplimiento de una prestación de dar a otro denominado acreedor hipotecario, quien en caso de ver incumplida la obligación crediticia principal es asistido con el derecho de ejecutar el inmueble dado en garantía.

Si bien el para qué de este instituto dependerá siempre de la causa motivo del constituyente se orienta hacia un mismo camino.

¿TIENE UN FIN SOCIAL?

A primera vista se puede decir que si, obviamente puede variar dependiendo de la relación crediticia de la cual se trate. Pero en la generalidad de los casos la figura hipotecaria va de la mano con el acceso a la vivienda y su construcción. Derecho que se correlaciona con premisas constitucionales que implican la vivienda digna, la igualdad ante la ley, la propiedad y el desarrollo. Muchas veces se tilda lo patrimonialista como fuera del eje de los derechos sociales o las contribuciones que desde los espacios jurídico-políticos se hacen al bien común, no hay que dejar pasar por alto, que generalmente los créditos otorgados circulan en el territorio nacional, y provincial consecuentemente cuando la hipoteca es constituida en la provincia, y esto hace que el tráfico mercantil tome un curso interesante. La respuesta a esta interrogante es afirmativa.

¿AFECTA LA SOBREPOTECCIÓN DE ALGUNA DE LAS PARTES?

Si, aunque si bien la finalidad del derecho es perseguir la igualdad, debemos entender que en las relaciones de derecho privado, que por algo se llaman relaciones de coordinación se presume una paridad jurídica, que puede no coincidir con igualdad de condiciones e incluso tornar la misma en el llamado abuso de posición dominante, pero la evolución social nos lleva a pensar que de la mano de políticas razonables tendientes al bienestar general, los bancos o entidades financieras, quienes generalmente son acreedoras hipotecarias deben tener un comportamiento leal y de buena fe.

La sobreprotección del constituyente, deudor hipotecario acarrea efectos que pueden traspasar en una desventaja para los mismos dicha situación, apartándolos de la posibilidad de acceder al crédito.

¿Cómo puede suceder lo expuesto?

Pensamos que la introducción de la modificación del artículo 2189 al Código Civil y Comercial de la Nación genera una desconfianza por parte del acreedor hipotecario y de los terceros que pueden ser futuros acreedores hipotecarios de la siguiente manera:

1. Las hipotecas de máximo se derivan de contratos celebrados en periodos de estabilidad económica, para que sea coincidente el crédito otorgado con el pago de la deuda que ocurrirá al plazo de 10 años, teniendo en cuenta que nuestra legislación descarta la posibilidad de indexar o actualizar las deudas en bases indiciarías.
2. La constitución de una hipoteca abierta, con la posibilidad de agregar nuevas causas incluso aquellas que no existían al tiempo de constituirse la misma, afectan el acceso al crédito por el mismo deudor frente a otros potenciales acreedores, ya que el acreedor en primer grado, se encontrará en el grado y rango otorgado por el título constitutivo durante el plazo de 10 años, independientemente de que las obligaciones nacidas dentro de este plazo sean una o más, impidiendo conocer hasta el momento del pago la determinación del monto de la deuda, lo que se traduce en una desconfianza, por parte de los terceros acreedores.

¿TIENE INCIDENCIA DESDE LA ESCRIBANÍA Y LA ABOGACÍA?

Si, desde un principio y preponderantemente se puede apreciar la intervención intelectual y material de las escribanas y escribanos, quienes son los encargados de constituir el derecho real a través de un título que ingresará al registro de la propiedad inmueble, y para ello no debe contar con vicios en su formalidades extrínsecas, el supuesto de la presencia de un vicio en cuanto a la constitución puede acarrear, en el peor de los casos la inexistencia de la hipoteca; por otro lado el hecho de que el título no tomen trascendencia los datos jurídicamente relevantes puede hacer perder la fehaciencia del título y en caso de incumplimiento de la obligación principal no podrá sustanciarse su reclamo por un proceso de estructura monitoria, no quedando más remedio que recurrir al juicio de conocimiento. Y como consecuencia de ello, deberá prestar vital atención a los presupuestos de cada hipoteca en sí.

Si bien la respuesta a esta interrogante es afirmativa en ambos casos, se debe reconocer el rol protagónico de los profesionales notariales.

¿CUÁL ES NUESTRO PENSAMIENTO FINAL?

Desde la modificación realizada al Código Civil y Comercial de la Nación ha nacido una nueva modalidad del derecho real de hipoteca que aún se encuentra en su primera infancia, lo que deviene de ello un escaso análisis jurisprudencial atendiendo al principio de irretroactividad de la ley. Si bien aún no pudimos encontrar jurisprudencia que resuelva estos casos con la legislación actual, será entonces en menor medida trabajo de nosotros los estudiantes estar predispuestos a investigar y encontrar soluciones que por sobre todas las cosas se adecuen al valor justicia. Y en mayor medida corresponde a la doctrina elaborar las soluciones que luego podrán ser estimadas por los jueces al momento de fallar.

Podemos decir entonces que nuestra hipótesis se confirma, pero que aún dentro del mundo jurídico y social queda un gran camino que recorrer que como futuros profesionales mendocinos debemos prestar compromiso para ahondar en el conocimiento y en las posibles soluciones que podamos brindarle al tema, ya que este lejos de desaparecer va a tener una creciente aplicación ya sea por la necesidad o por el mismo tráfico mercantil, que con el progreso tecnológico deberá presentar soluciones eficientes y eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil”, -Derechos Reales- Tomo II; Ed. Abeledo - Perrot; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 2005.

BORETTO, Mauricio; “Hipotecas Abiertas”; Ed. Rubinzal - Culzoni; Santa Fe; Año: 2004.

GALISTEO, Eduardo Rogelio; “Las hipotecas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación”; en Sistema Argentina de Información Jurídica; Id SAIJ: DACF180087: 2018.

HIGHTON, Elena I; “Juicio Hipotecario”; Tomo I; Ed. Hammurabi; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 1997.

KIPER, Claudio Marcelo; “Manual de Derechos Reales” 1ra edición; Ed. Rubinzal-Culzoni; Santa Fe: 2016.

MARIANI DE VIDAL, Marina: “Derechos Reales”; Tomo III, 7ma. edición actualizada; Ed. Zavalía; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año: 2004.

PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto y CAUSSE, Jorge Raúl: “Derechos Reales”; Tomo II; 2da edición, Ed. Depalma; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año: 1993.

PUERTA DE CHACÓN, Alicia; “Accesoriedad y Especialidad de los Derechos Reales de Garantía. Antes y Después de la Reforma de la Ley 27.271 al Código Civil y Comercial de la Nación”; en Revista de Derecho Privado y Comunitaria-Derechos Reales-II; Tomo 2018/2.

SAMPAYO, Mariano Eduardo; “Derecho Real de Hipoteca- Los Principios De Especialidad En Cuanto Al Crédito Y Al Costo- Sus Implicancias Sustanciales Y Procesales En Orden A Su Existencia Y Validez”; en repositorio Universidad Siglo 21; disponible en: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12612>.

ANEXO

ACCESORIEDAD Y ESPECIALIDAD DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. Antes y después de la reforma de la Ley 27.271 al Código Civil y Comercial de la Nación.

Alicia Puerta de Chacón

1. UN FALLO DISPARADOR.

Un caso reciente resuelto por la Sala "I" de la Cámara Civil confirma la sentencia de grado que rechaza la acción por cancelación de hipoteca por no haber cumplido el deudor con todas las obligaciones asumidas que se encontraban garantizadas por la hipoteca. Las circunstancias del caso son las siguientes: la actora en el carácter de fiduciaria compra un inmueble y en garantía del pago del saldo de precio y de todas las obligaciones asumidas constituye hipoteca sobre el mismo por la suma de U\$S 430.00, monto que se compromete a abonar parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. Asimismo las partes acordaron una multa diaria de U\$S 500 en caso de retardo del cumplimiento de la obligación. La magistrada de grado consideró que la multa se encontraba adeudada porque la entrega de las unidades no se ajustó a lo debido, el pago no incluyó la multa y rechazó la demanda por no cumplir con los principios de integridad e integralidad del pago. El actor cuestiona en la alzada la decisión adoptada, invoca que la garantía hipotecaria cesó al haber cumplido la obligación principal contraída consistente en la entrega de las tres unidades funcionales, aduce que el fallo confunde la garantía con las obligaciones propias del contrato y que esta solo se extiende al monto estipulado con fundamento en el Art. 2189 del Código Civil y Comercial. La sentencia confirmatoria de la Cámara despierta particular interés porque resuelve el litigio aplicando las normas del Código civil de Vélez, la hipoteca en cuestión se constituyó durante la vigencia de ese ordenamiento y también la mora del deudor y corresponde la aplicación de ese ordenamiento por imperio del Art. 7 del nuevo Código. No obstante el fallo en los fundamentos relaciona las normas relativas a la especialidad del crédito y la especialidad y extensión de la garantía hipotecaria con las del Código Civil y Comercial en su redacción actual, en tanto considera que la solución no hubiera variado por las normas del nuevo Código, porque la especialidad del crédito y el límite por el cual responde el deudor se encuentra en el art. 3109 del Código civil que es concordante con el art. 2189 del nuevo Código y en el art. 3111 del Código Civil de la extensión de la garantía hipotecaria se mantiene en la normativa actual del art. 2193. La sentencia califica al crédito bajo análisis

como un crédito determinado y que la estimación del gravamen es de carácter provisional, según la doctrina que cita y que es la interpretación por la que optó el legislador que dictó la ley 27.271 cuyo art. 23 modificó el art. 2187 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El tratamiento claro, acotado y certero que hace el relacionado fallo de la especialidad del crédito y de la garantía hipotecaria en el Código civil de Vélez, en el CCCN y la reforma posterior de la ley 27.271 crea a la autora de esta colaboración el escenario propicio para introducirse en el estudio de los caracteres de la accesoriedad y la especialidad del crédito y de la cobertura de los derechos reales de garantía, en particular la hipoteca, siguiendo las distintas fases de la sinuosa evolución legislativa, para focalizar estas cuestiones principalmente en el derecho hoy vigente.

2. DERECHOS REALES DE GARANTÍA. Cuestiones a tratar.

Como punto de partida no se puede soslayar al Código civil anterior, porque existen en el tráfico jurídico actual numerosas garantías reales constituidas durante su vigencia como exhibe el fallo que se toma como referente de esta labor. El Art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece el principio de irretroactividad de la ley. Los derechos reales constituidos con anterioridad a la vigencia del CCCN (1° de agosto de 2015 conforme la Ley 27.077) se encuentran amparados por las garantías constitucionales y sujetos al régimen jurídico del Código anterior, salvo en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de las relaciones y situaciones existentes. En cuanto a las cuestiones controversiales que se suscitaban durante la vigencia del Código civil anterior respecto de los derechos reales de garantía, como era el cuestionamiento de la validez de las garantías de máximo de créditos indeterminados, conocidas en el ámbito notarial, registral y judicial como garantías “abiertas o globales” ya las que actualmente les da cabida el Art. 2189 3r. párrafo del CCCN reformado por la Ley 27.271, seguramente la jurisprudencia habrá de aplicar la postura flexible que reconocía su validez y que empujó el cambio legislativo.

El nuevo ordenamiento conserva con algunas modificaciones estructurales los mismos derechos reales de garantía del Código civil. El Título I del Libro Cuarto de los Derechos reales del CCCN, relativo a la Disposiciones generales de los derechos reales, recepta a la hipoteca, la anticresis y la prenda (Arts. 1887 incisos l), m) y n), respectivamente); y dispone que son derechos reales sobre objeto ajeno (Arts. 1883 y 1888) y que son accesorios de un crédito en función de garantía (Art. 1889). Como todos los derechos reales, los de garantía están gobernados principalmente por normas estatutarias

que se fundan en el orden público y es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura (Art. 1884 concordante con el art. 2502 del CCiv.).

En particular, están regulados en el Título XII por Disposiciones comunes (Capítulo 1) y por disposiciones particulares para cada uno de ellos: la hipoteca (Capítulo 2), la anticresis (Capítulo 3) y la prenda (Capítulo 4) y rigen las demás disposiciones generales de los derechos reales que estatuye el Título I del Libro IV.

El Art. 2205 da el concepto de la hipoteca: La hipoteca es 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.

En cuanto al objeto de la hipoteca, cabe señalar que el CCCN incorpora el derecho real de superficie de plantar, forestar o construir sobre un inmueble ajeno y la propiedad superficiaria sobre lo plantado, forestado y construido en el vuelo o el subsuelo de un inmueble y admite que el titular superficiario de cada uno de estos derechos pueda constituir sobre ellos derechos reales de garantía (Arts. 2120 1r. párrafo y 2213). En consecuencia es factible la hipoteca superficiaria, esta garantía se encuentra sujeta a plazo de duración del derecho de superficie que no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta para las plantaciones y forestaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie (Art. 2117).

El Art. 2212 da el concepto de la anticresis: La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.

Otra novedad del CCCN es la ampliación del objeto a la anticresis que puede recaer también sobre cosas muebles registrables, además de los inmuebles como normaba el Código anterior. La superficie también puede ser dada en anticresis (Arts. 2120 1r. párrafo) pero el plazo de duración del gravamen está sujeto al plazo máximo legal de la anticresis sobre inmuebles que es de diez años (Art. 2214).

El Art. 2219 da el concepto de la prenda. La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.

En cuanto a la prenda con registro el Código solo dispone en el Art. 2220: “Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial”. Se mantiene vigente el régimen legal del Decreto Ley 15.348/46 modificado por la Ley 12.962 y el Dec. 897/95 complementario del CCCN. Respecto de este derecho no se observan innovaciones significativas más allá de las disposiciones generales que alcanzan a todos los derechos reales, sí se detecta en el proceso de unificación de la legislación la comercialización de la prenda regulada por el Código civil.

Otros derechos reales de garantía siguen gobernados por las leyes especiales que son complementarias del CCCN. Tales, la hipoteca naval sobre buques de diez o más toneladas y artefactos navales (arts. 499 a 514 ley 20.094); la hipoteca aeronáutica sobre aeronaves y motores de aeronaves inscriptos (arts. 52 a 57 Código Aeronáutico) y la letra hipotecaria de la Ley 24.441 (arts. 35 a 49).

También el nuevo ordenamiento mantiene los caracteres de los derechos reales de garantía que son: la convencionalidad (Art. 2185); la accesoriedad (Art. 2186); la especialidad del crédito (Arts. 2187 y 2189); la especialidad de la garantía (Art. 2189); la especialidad del objeto de la garantía (Art. 2188); la indivisibilidad (Art. 2191) y la publicidad (Art. 1893). Los caracteres que siguen siendo esenciales son: la convencionalidad, la accesoriedad y la especialidad en sus distintos planos, estos caracteres no pueden faltar bajo pena de nulidad absoluta de la garantía (Art. 1884). En cambio la indivisibilidad mantiene carácter natural porque puede o no existir, dado que es factible el pacto de divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados (Art. 2191). En cuanto a la publicidad es un requisito que hace a la condición de eficacia del derecho real (Art. 1893), porque es inoponible a los terceros interesados de buena fe si no tiene publicidad suficiente -posesoria o registral- según el régimen particular de cada uno de los tipos de derechos reales de garantía.

La innovación más importante en esta materia son las garantías de “máximo” de créditos indeterminados. Estas garantías abiertas, en el concepto que aseguran una masa de créditos indeterminados cuyas causas no se conocen, existan o no los créditos, por un monto máximo y un plazo cierto, vienen siendo utilizadas -principalmente las hipotecas- desde hace más de tres décadas por los bancos y las empresas proveedoras de mercaderías y servicios para cubrir sus operaciones comerciales con los clientes, sin que

estuvieran contempladas por el Código de Vélez; ello dio lugar durante esos años a un intenso debate en la doctrina con disímiles posturas en torno a su validez (rígida, intermedia y flexible) y a fallos con soluciones divergentes y su necesidad como medio de financiamiento compelió a que fueran acogidas por el texto normativo. Indudablemente este tipo de garantía impacta el carácter de especialidad del crédito de las garantías tradicionales; y a criterio de la autora, también el carácter de accesoriedad del derecho real de garantía. Pero el reconocimiento por la nueva ley experimentó un camino sinuoso, el CCCN las incorporó en el texto del Art. 2189 en su redacción originaria; y lamentablemente la redacción de esa norma provocó grandes dudas interpretativas en su texto y con relación al resto del articulado que fueron advertidas antes de su sanción en el Anteproyecto 2012 del código; y luego de la sanción, los autores realizaron denodados esfuerzos interpretativos para su cabal comprensión. Era evidente que el legislador del 2015 había impuesto las garantías de máximo para todos los créditos, tanto para los indeterminados como los determinados. La norma en cuestión procuraba priorizar la seguridad jurídica dinámica y establecer para todos los derechos reales de garantía, en todos los casos, la cobertura de un “monto máximo” por todo concepto.

La reforma de este artículo vino de la mano de la Ley 27.271 del Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda publicada en fecha 15 de setiembre de 2016. El artículo 23 de la Ley 27.271 sustituye el texto de Artículo 2189 y distingue con claridad a los créditos determinados y los créditos indeterminados y para éstos recepta las denominadas garantías de máximo. El nuevo precepto sigue los lineamientos del Art. 2093 del Proyecto de Código Civil Unificado al Código de Comercio de 1998 del cual se había apartado el CCCN. Pero el nuevo texto también suscita alguna vacilación interpretativa, porque existen garantías de máximo para créditos que están determinados en su causa-fuente; o sea que se deben distinguir las garantías de máximo para créditos determinados y para créditos indeterminados. En los casos de los créditos indeterminados porque se desconocen, existan o no, imperativamente la ley dispone la garantía de máximo. En cambio para los créditos determinados hay que efectuar algunas distinciones, en algunos supuestos se requieren una garantía de máximo, como sucede con los créditos eventuales, condicionales y de prestaciones no dinerarias; en los supuestos de obligaciones de dar dinero las partes contratantes pueden pactar libremente una garantía de máximo y en otros la determinación del monto de la garantía será provisional o determinable conforme a las pautas legales.

Otra arista a considerar son los Arts. 21 y 22 de la Ley 27.271 que introducen importantes modificaciones a los arts. 7° y 10 de la Ley 23.928 y al Art. 766 del CCCN, que repercuten en los caracteres de especialidad del crédito y de la garantía de las hipotecas. Estas normas contemplan para los préstamos hipotecarios en moneda nacional, con destino al acceso a

la vivienda familiar única y permanente, la aplicación de una unidad de valor denominada UVIs (Unidad vivienda) que se actualiza por el índice de aumento del costo de la construcción para una vivienda tipo (arts. 6° y 9° de la ley). Otro tanto ocurre con las Comunicaciones 5945/16, 6069/16 del Banco Central de la República (BCRA) que admiten otorgamiento de créditos hipotecarios que toman como unidad de valor a las UVAs (Unidad valor adquisición) que se actualiza diariamente por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), basado en el índice de precios al consumidor. La ley refiere a cláusulas de estabilización pero esta calificación es objeto de reparo doctrinario, dado que no son propiamente obligaciones de dar dinero. Un punto aparte merece la moneda extranjera como cobertura del gravamen de la garantía (Arts. 765 y 766 CCCN).

Estas cuestiones se deben analizar en el carácter de especialidad de la garantía respecto de la cobertura y de su extensión, es decir respecto del el quantum o límite de responsabilidad del objeto de la garantía afectado a la satisfacción de la deuda. Este carácter compromete el interés del constituyente, el acreedor y los terceros porque trasciende al ejercicio de los atributos de preferencia y persecución típicos de los derechos reales, especialmente los de garantía (Arts. 1882 y 1886).

Cabe colegir entonces, que la eficacia temporal de la nueva ley relativa a las normas regulatorias de los derechos reales de garantía tiene una secuencia de tres fases o etapas temporales: los derechos reales de garantía constituidos durante la vigencia del Código civil derogado; los constituidos durante la vigencia del CCCN y los que se gestaron a partir de la Ley 27.271.

Otra cuestión relativa a la aplicación inmediata de la nueva ley con relación al tiempo, es la reforma que introduce el art. 24 de la ley 27.271 al Art. 2210 del CCCN. Esta disposición amplía con alcance general el plazo de duración de la inscripción de la hipoteca de los veinte años previstos en el régimen legal anterior a treinta y cinco años (coincidente con el plazo de financiamiento de los préstamos hipotecarios en UVIs). La autora no puede dejar de mencionar la polémica que se ha suscitado en el ámbito notarial y registral y que seguramente habrá de plantearse en sede judicial por los terceros interesados a quienes afecta la ampliación de este plazo. No existe coincidencia de criterio entre los registros inmobiliarios de las distintas provincias respecto de la aplicación del plazo de treinta y cinco años a las hipotecas constituidas con anterioridad a esta ley (15 de setiembre de 2016) cuya inscripción se encuentra registralmente vigente. Esta problemática compromete la seguridad dinámica del tráfico jurídico y requiere de una pronta interpretación judicial, lo que se deja sentado como una preocupación. Se trata de una temática que excede los

puntos propuestos en el acápite de este trabajo y será objeto de análisis por la autora en otra labor posterior.

3. ÓRBITAS DE LA ESPECIALIDAD.

El abordaje de los caracteres de los derechos reales de garantía comienza por la especialidad del crédito y la especialidad de la garantía en razón del fallo que se ha tomado como punto de partida. Luego se trata el carácter de accesoriedad por las proyecciones que tiene en otras normas del CCCN y en las leyes complementarias.

La especialidad del derecho real de garantía se manifiesta en tres planos diferentes: a) la especialidad objetiva con relación a la individualización del objeto de la garantía real, según su tipo: b); la especialidad “subjetiva o crediticia” que atañe a la determinación del crédito asegurado en sus elementos esenciales y c) la especialidad de la garantía que concierne al monto o cobertura del de la garantía.

Las normas del CCCN reformado por la Ley 27.271 distinguen cada una de estas órbitas: los Arts. 2187 y 2189 1r. párrafoapuntana la especialidad del crédito determinado; el Art. 2189 en el 2do.párrafo a la especialidad de la garantía del crédito determinado y el y 3r. párrafo a la del crédito indeterminado; y el Art. 2188 a la especialidad del objeto de la garantía. En cuanto al Art. 2193 relativo a la extensión de en cuanto al crédito también hace a la especialidad de la garantía.

El Art. 2190 contempla los defectos en la especialidad y dice:“La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo”.

La norma refiere a que se omita alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, en este caso el juez la puede integrarlas con las constancias existentes en el acto constitutivo, pero no puede acudir a documentación que sea extraña a él. El artículo sigue a la solución prevista en el art. 3133 del Código civil anterior y las soluciones de entonces de la jurisprudencia.Si el inmueble objeto de la hipoteca o de la anticresis no individualiza correctamente el domicilio, el juez deberá verificar que coincidan las constancias de la respectiva matrícula registral. Si la omisión está en el cálculo de la cuota de interés deberá constatar que la tasa pactada se encuentre determinada . Lo que no puede hacer el juez es salir de acto escriturario y valerse de otros instrumentos extraños al contrato que da origen a

la garantía; salvo en lo que respecta al crédito indeterminado que se acredita por medio del contrato que le da origen.

La norma no alude a la especialidad de la garantía en cuanto a su monto pero se da por entendido que este dato tampoco puede faltar, el Art. 2189 antes y después de la reforma fue lapidario al respecto. El texto vigente en el 2do. párrafo expresa: El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

La especialidad que la ley impone en estas tres órbitas resguarda la seguridad jurídica dinámica de los bienes gravados, en el interés del propietario constituyente, del acreedor y de los terceros en general, quienes deben conocer cuál es el objeto gravado, el monto de la garantía y el o los créditos que se van a cubrir. Son normas estatutarias de los derechos reales y la violación de cualquiera de ellas acarrea la nulidad absoluta del derecho real de garantía (Art. 1884).

Los autores comentaristas del CCCN (antes y después de la reforma del Art. 2189) distinguen la especialidad del crédito de la especialidad de la garantía. Cabe señalar que esta delimitación entre ambos planos de la especialidad experimentó pasos sucesivos.

La opinión mayoritaria de la doctrina que interpretó las normas del Código civil anterior sostuvo que la especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada o manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada.

En cambio otra postura entendió que se debe distinguir el crédito (derecho principal) de la garantía (derecho real accesorio). Mientras la determinación del crédito atañe al carácter de accesoriedad de la garantía, la especialidad consiste en la fijación del monto de la responsabilidad hipotecaria o quantum de la hipoteca; y también en este punto, corresponde diferenciar el monto de la obligación si es dineraria del monto de la garantía.

El fallo que se reseña en el inicio también distingue en el caso sometido a decisión la especialidad del crédito de la especialidad y extensión de la garantía hipotecaria; y relaciona las normas del Código civil anterior con las del CCCN en su redacción actual, en tanto considera que la solución no hubiera variado por las normas del nuevo Código, porque la especialidad del crédito y el límite por el cual responde el deudor se encuentra en el art. 3109 del Código civil que es concordante con el art. 2189 del nuevo Código y en el art. 3111 del Código Civil de la extensión de la garantía hipotecaria se mantiene en la normativa

actual del art. 2193. La sentencia califica al crédito bajo análisis como un crédito determinado y que la estimación del gravamen es de carácter provisional, según la doctrina que cita y que es la interpretación por la que optó el legislador que dictó la ley 27.271 cuyo art. 23 modificó el art. 2187 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los autores comentaristas del nuevo Código antes y después de la reforma también distinguen la especialidad del crédito de la especialidad de la garantía .

El CCCN en su redacción originaria aceptó ambos caracteres, la especialidad del crédito en el Art. 2187 y la especialidad de la garantía en el Art. 2189, no obstante este precepto trajo grandes dudas interpretativas y cuestionamientos respecto del alcance que daba imperativamente a las garantías de máximo para los créditos determinados.

4. ESPECIALIDAD DEL CRÉDITO.

Se analiza someramente el régimen del CCCN en el texto originario del Art. 2189a efecto de contrastar los cambios con el texto vigente que introduce en reemplazo el art. 23 de la Ley 27.271.

a) El art. 2189 del CCCN y su antecedente antes de la reforma de Ley 27.271.

Para entender las dificultades que presentaba esta norma en su redacción originaria, se debe comenzar por el Art. 2187 del CCCN que contempla el carácter de especialidad del crédito en los siguientes términos: “Créditos garantizables. Se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Esta disposición estatuye como regla la especialidad del crédito y rige para el crédito que debe ser determinado en sus elementos esenciales, aunque hace la salvedad de las excepciones admitidas por la ley. La excepción a esta regla estaba prevista en el Art. 2189 para los créditos indeterminados. Pero este artículo, bajo el rótulo incorrecto de especialidad del crédito, consagró la especialidad de la garantía en un monto máximo y colocó en pie de igualdad a todos los créditos sin distinción, fueren determinados o indeterminados, contradiciendo el texto del Art. 2187 y provocando serias dudas de interpretación .

El Art. 2189 en la redacción originaria del CCCN expone: “Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de DIEZ (10) años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia.

Cabe señalar que esta disposición reconoce como antecedente el mismo artículo del Anteproyecto 2012, que en este tópico se apartó de la norma del art. 2093 del Proyecto de unificación de 1998. Los fundamentos del Anteproyecto expresan que la diferencia con el Código civil más importante se refiere al monto del gravamen que es “el monto garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas”.

Era indudable que la norma regulaba la especialidad de la garantía con alcance general para todos los derechos reales de garantía (hipoteca, anticresis y prenda) e imponía para todo tipo de crédito la “garantía de máximo”. La inclusión en ella de los créditos determinados también provocó desinteligencias interpretativas con el plazo de caducidad de diez años aplicable a la garantía de máximo de créditos indeterminados. Por esta razón antes de su sanción, algunos autores vaticinaron la problemática que presentaba la redacción del artículo proyectado que posteriormente fue objeto de sanción legislativa. Otra corriente autoral después de su sanción hizo denodados esfuerzos en la exégesis del artículo y sostuvo que ella debía aplicarse solo a los créditos indeterminados. Esta es la tesitura que comparte la sentencia relacionada en el inicio.

b) El CCCN después de la reforma de Ley 27.271.

El texto reformado del Art. 2189 dispone: “Especialidad en cuanto al crédito: En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa.

El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste

no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

Esta norma mantiene la redacción del Art. 2093 del Proyecto de Código Unificado de 1998, salvo el segundo párrafo relativo a la obligación de dar dinero . El texto vigente admite que el monto capital del crédito puede no coincidir con el monto de la garantía, de la misma manera que estaba previsto en la redacción originaria de ese artículo.

La norma concuerda con el Art. 2187 respecto del crédito determinado y lo distingue de los créditos indeterminados para los que recepta excepcionalmente la garantía de máximo.

b.1) Crédito determinado.

El primer párrafo del Art. 2189y el Art. 2187 exigen que en el acto constitutivo de la garantía se determine el crédito garantizado en todos los elementos esenciales que son: los sujetos (acreedor y deudor), el objeto (prestación, si la obligación es dar dinero el monto) y la causa- fuente (el contrato o acto jurídico que da nacimiento a la obligación).

La circunstancia de que el crédito no exista al tiempo de la formalización del contrato de garantía, porque se trata de un crédito eventual o condicional, no implica que el crédito esté indeterminado, siempre que su causa-fuente (normalmente se trata de un contrato que le da origen) exista y conste en el respectivo título de la garantía. Por ejemplo la hipoteca que se constituye en garantía del saldo final que arroja la cuenta corriente de crédito y de apertura de crédito en cuenta corriente, el crédito es eventual pero su causa está determinada por el contrato de cuenta corriente y/o de apertura de crédito. La particularidad de estas garantías es que se constituyen por un monto máximo de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 2189 2do. párrafo pero no se identifican con las garantías de máximo de créditos indeterminados.

Estos recaudos también los consagra el art. 3131 del Código civil anterior, por esta razón la sentencia de la Cámara reseñada establece un paralelismo entre esta norma y las del CCCN y resuelve que el crédito en cuestión es un crédito determinado. En el caso la hipoteca garantiza la obligación de pagar el precio que proviene de la venta del inmueble que hizo el demandado al actor, que consiste en la entrega de una suma de dinero de U\$S 430.00 parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. Además se determina la existencia de la obligación accesoria de U\$S 500 diarios (cláusula penal) por el retardo en el cumplimiento de la prestación principal. No falta ninguno de los elementos que hacen a la especialidad del crédito. Además al tratar el carácter de especialidad de la garantía se hace hincapié en la estimación del valor dado a la

prestación principal más el de la cláusula penal que operan como monto máximo de la cobertura hipotecaria.

b.2) Crédito indeterminado. Garantías abiertas o globales.

El CCCN recepta en el art. 2189 3r. párrafo las garantías de créditos indeterminados, conocidas con la denominación de garantías abiertas . El texto legal respectivo expresa: “Se considera satisfecho el requisito de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

La norma prevé este tipo de garantía con alcance general para todos los derechos reales de garantía, no obstante la jurisprudencia nacional anterior al CCCN demuestra particularmente su utilización en las hipotecas. En el supuesto de la anticresis la autora ve con alguna dificultad la implementación de este instituto dado que su ejercicio requiere de un crédito determinado para la aplicación de los frutos (Art. 2212). El derecho alemán la contempla para la hipoteca con la denominación de “hipoteca de máximo” , como también el derecho español. La doctrina de este país la apoda ilustrativamente hipoteca global, flotante o paraguas .

Este tipo de garantía guarda una diferencia estructural con la garantía de crédito determinado porque al momento de la constitución no se conocen los créditos garantizados que pueden o no existir. Se trata de una garantía anticipada a posibles negocios a concertar entre el acreedor y el deudor; estos negocios no se conocen con exactitud de antemano debido a que la necesidad de crédito, la cuantía de las obligaciones garantizadas y las fechas de pago dependen, en definitiva, del éxito o de las vicisitudes económicas del tomador de los créditos. También acuden a ellas las empresas proveedoras de mercaderías y servicios que mantienen relaciones estables con sus clientes.

La ventaja que ofrece esta garantía consiste en la disminución de los costos y la celeridad de las operaciones comerciales, toda vez que a la manera de una paraguas, proporciona al acreedor la seguridad de cumplimiento de las obligaciones que surjan de los negocios presentes y/o futuros que se van a celebrar, sin necesidad de constituir una garantía específica para cada uno de ellos. En definitiva opera como una reserva de valor del objeto gravado a favor de determinado acreedor, por un monto máximo y durante un plazo cierto estipulado, manteniendo su rango registral.

La norma dice que a los efectos de la especialidad del crédito basta que en el acto constitutivo se determine el monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta que no puede exceder de diez (10) años. En opinión de la autora esta garantía de máximo, no tratándose de un crédito determinado, requiere establecer el marco de una vinculación pre-existente (variable y dinámica) que pueda aumentar o multiplicarse en nuevas causas contractuales (negocios bancarios, suministro de mercadería, etc.-). Se ha manifestado anteriormente que se trata de proteger “créditos indeterminados” dentro de una “determinada relación negocial” que vincula a las partes, y no de proteger absoluta o totalmente a un determinado acreedor frente a un determinado deudor. La norma no lo dice pero se considera que en el acto constitutivo debe existir –al menos- una mención genérica a la vinculación preexistente entre el acreedor y el deudor generadora de los créditos. Máxime que se puede utilizar a favor de cualquier acreedor y no como la limitaba la Ley 41/2007 modificatoria de la Ley 2/1981 (LH) de Regulación del Mercado Hipotecario de España únicamente para las entidades bancarias y públicas.

En cuanto al plazo de vigencia de la garantía no puede exceder de diez años. Quedan comprendidos en la cobertura los créditos nacidos durante el plazo previsto y los que subsisten o a los efectos de su cumplimiento. Tratándose de una hipoteca o una prenda con registro, en el asiento registral debe constar el monto máximo y el plazo de vigencia de la garantía. El acreedor mantiene el rango registral durante ese plazo e impide el rango de avance. Por cierto que estos plazos no pueden exceder los previstos por las normas especiales. Si recae sobre un automotor la prenda registral de automotor no podrá exceder de cinco años (Art. 23 Dec. Ley 15.348/46 ratif. Ley 12.962). En cuanto a la anticresis, a más de verse dificultosa su aplicación, no podría exceder los plazos de duración de ese derecho que en el caso de muebles registrables de cinco años (Art. 2214).

En definitiva la individualización del crédito se cumple en la fase “dinámica” de la ejecución, cuando se reclama el cobro del crédito que surge de documentación extraña al instrumento de constitución de la garantía que goza de la habilidad ejecutiva.

El problema que suscita esta garantía es la habilidad ejecutiva del título del crédito para su ejecución. La jurisprudencia exhibe en la mayoría de los casos de ejecución del saldo deudor resultante de una cuenta simple o de gestión existente entre el acreedor y el deudor, que a más del instrumento acreditativo del crédito, se adjunta un certificado contable que determina el saldo líquido de la deuda. La autora estima que debe conformarse ese saldo deudor para habilitar la vía ejecutiva de la garantía y que resulta conveniente aplicar por analogía el Art. 1440 de la cuenta corriente.

La norma en análisis incorpora a la garantía de créditos indeterminados bajo el título de la especialidad del crédito. Sin embargo este instituto también se debe mirar desde otros ángulos. Se trata de una “garantía de máximo” como lo reconoce la misma letra de la ley con lo que también compromete la especialidad de la garantía.

En cuanto a la accesoriedad, no se duda de que los derechos reales de garantía sean accesorios del crédito, la función o vocación de la garantía es asegurar el cumplimiento de la obligación. Tampoco se duda que siempre recaen sobre un bien ajeno, no existe en el derecho nacional un derecho real de garantía autónomo o independiente del crédito que se incorpore al patrimonio del constituyente de la garantía. Pero tampoco se desconoce que mientras el crédito no aparezca visible el carácter accesorio se debilita. No pasa inadvertido que durante ese plazo de vigencia de esta garantía global o de máximo ingresan y egresan los créditos amparados, nacen y se extinguen por su normal cumplimiento, es decir que existe una rotación de créditos y sin embargo la garantía se mantiene inalterable. La operatividad de esta garantía conmueve el carácter accesorio y se detecta que el nuevo ordenamiento ha debido esbozar un nuevo concepto de obligaciones y derechos accesorios (Art. 856) y ampliar las excepciones de sus efectos (Art. 857) para dar cabida a a nuevas figuras, entre ellas este tipo de garantía real.

d) Diferencia con la hipoteca recargable. Incorporación de otros créditos y de otro acreedor.

La garantía de máximo de créditos determinados guarda diferencias con la hipoteca recargable del derecho francés. Se observa que la tendencia a dar mayor plasticidad a la hipoteca avanza en el derecho más conservador de Europa. La Ordonnance n° 2006-346 de 2006 incorpora al nuevo código civil de Francia la denominada hipoteca recargable (hypothèque rechargeable). El Artículo 2422 de ese ordenamiento establece: “La hipoteca será ulteriormente asignada a la garantía de los créditos que no sean los mencionados por la escritura constitutiva, siempre que la misma lo prevea de manera expresa. El constituyente podrá entonces ofrecerlo en garantía, dentro del límite de la cantidad prevista en la escritura constitutiva y mencionada en el artículo 2423, no sólo al acreedor original, sino también a un nuevo acreedor, aún cuando el primero no haya sido resarcido. El contrato de recarga celebrado entre este acreedor y el nuevo acreedor, deberá formalizarse mediante escritura notarial. Esta se publicará bajo la forma prevista en el artículo 2430, bajo pena de inoponibilidad frente a terceros. Su publicación determinará el orden de prelación entre los acreedores inscritos sobre la hipoteca recargable. Lo dispuesto en el presente artículo es de orden público y cualquier cláusula en contrario se considerará no escrita”.

Se trata de una hipotecareutilizable inclusive por otros acreedores. En su origen garantiza uno o varios créditos determinados, pero, cuando los créditos desaparecen en todo o en parte, puede servir para garantizar, con su rango de origen, otras deudas que el constituyente pueda contratar frente al acreedor originario o frente a otro acreedor posterior, manteniendo el rango originario, en el límite de la cantidad máxima prevista en el acto constitutivo . La inscripción puede tener una duración de 50 años. La doctrina señala que esta hipoteca protege al deudor evitando que quede prisionero de la entidad bancaria permitiendo el juego de la libre competencia entre los bancos .

5. ESPECIALIDAD DE LA GARANTÍA.

El 2do. párrafo del Art. 2189 reformado afirma: El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito. En este punto retoma el texto del Art. 2198 originario y se aparta de su antecedente el Art. 2093 del Proyecto 1998 que expresa: El monto del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si éste no es dinerario.

La norma establece la especialidad de la garantía e imperativamente dispone que el monto de la garantía se estime en dinero. Este monto puede no coincidir con el capital del crédito si es dinerario (distinto al Art. 2093 del Proyecto 98). O sea que el monto de la cobertura de la garantía o quantum de la responsabilidad del objeto gravado puede ser mayor o menor que el crédito. Por ejemplo; será mayor, si garantiza el saldo de la cuenta corriente, en este caso por tratarse de un crédito eventual si la garantía se estimó en una suma que excede el saldo deudor resultante, el acreedor cobrará solamente el monto de su crédito, con más los accesorios pactados aunque el importe de la garantía lo supere. A la inversa, es factible que se otorgue una garantía por un monto inferior al crédito, pueden existir diversos motivos: el valor del objeto gravado, el otorgamiento de la garantía por el propietario no deudor que pone un límite inferior al crédito, etc., el acreedor sabrá que por la diferencia su crédito hipotecario reviste carácter quirografario. Lo que importa a la seguridad jurídica dinámica es el monto de la garantía, porque el gravamen es oponible a los terceros interesados de buena fe en esa medida. El deudor frente al acreedor responde con sus otros bienes o concurre al saldo resultante de la venta en pie de igualdad con los acreedores comunes y en la extensión o la proporción del crédito pactado.

Las variables que se pueden presentar en el monto de la garantía son diversas:

a) Monto determinable o provisional. En el caso de obligaciones de dar dinero generalmente el monto de la garantía coincide con el del capital con más los accesorios legales. El monto

de la garantía crece o se moviliza en función de los accesorios determinados o determinables del crédito. En este caso resulta de aplicación el Art. Art. 2193 relativo a la extensión de la garantía en cuanto al crédito que establece: “La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”. La solución de esta norma no ha variado con respecto al art. 3111 del Código civil anterior.

La cobertura de la garantía se extiende a los intereses del capital. Los intereses compensatorios quedan comprendidos en la garantía si están expresamente pactados (Art. 767). Una cláusula que no determina la tasa del interés compensatorio o la deja librada a la voluntad unilateral del acreedor acarrea la nulidad parcial por falta de individualización. En cambio, los intereses moratorios si no están pactados corren igual a la tasa legal (Art. 768).

La norma distingue los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento y los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención.

Respecto de estos rubros que se han devengado con anterioridad a la constitución de la garantía, la autora entiende que se deben liquidar y designar en una suma cierta como lo dispone el art. 3152 del Código Civil anterior, del mismo modo los otros rubros enunciados a efecto de cumplir acabadamente con la especialidad del crédito (monto de la obligación) y de la garantía (monto de la cobertura).

En cuanto a los intereses posteriores se debe indicar la tasa fija o variable elegida que no puede ser indeterminada y quedar sujeta a la elección unilateral del acreedor. También si el pago se realiza en cuotas de capital e intereses indicar el sistema de amortización del capital, el número de cuotas y el importe que amortiza capital e interés. Ello es conveniente porque si se produce el incumplimiento del deudor y éste abonó parte de las cuotas puede suceder que la caducidad del plazo provoque el pago del saldo de cuotas resultante y que se reclamen en esas cuotas con intereses de períodos aún no transcurridos. En este caso es probable que en la ejecución de la garantía por ese saldo sea viable el planteo de la inhabilidad de inhabilidad del título como lo ha resuelto favorablemente la jurisprudencia a la luz del derecho anterior .

Si existe concurrencia de acreedores sobre el precio de subasta o venta el CCCN prevé el privilegio especial los intereses. El Artículo 2582 inciso e) consagra el privilegio especial

para los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.

En cuanto a la extensión del privilegio el Artículo 2583 incisos b) y c) establece:

“Extensión. Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos:...;

b) los intereses correspondientes a los DOS (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inciso e) del artículo 2582;

c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incisos. b) y e) del artículo 2582;....”.

El Código también contempla la reserva de gastos en el Artículo 2585: “Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.

b) Monto máximo o definitivo. La garantía de máximo fija un tope o límite máximo a la cobertura que no admite variación. Respecto de su aplicación corresponde distinguir los créditos determinados y los indeterminados. Con relación a los créditos determinados se debe distinguir si son créditos dinerarios o no y si son dinerarios si su aplicación es imperativa por la ley o no.

b.1). Si se trata de un crédito no dinerario de dar, hacer o no hacer (Art. 2187) o su monto es desconocido como sucede con el crédito eventual del saldo deudor de la cuenta corriente, la norma en análisis establece imperativamente fijar el monto máximo de la garantía, más allá de esa cifra el crédito reviste carácter quirografario.

Precisamente uno de estos supuestos es el resuelto en el fallo de apertura de este trabajo. La hipoteca se otorgó en garantía de una obligación alternativa (dinero y/o las unidades funcionales) a elección del acreedor. El comprador del inmueble constituyente de la hipoteca, se comprometió a abonar el precio parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en

cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. La hipoteca se constituyó en garantía del pago del saldo de precio y de todas las obligaciones asumidas sobre el mismo inmueble adquirido fijando el monto de la cobertura por la suma de U\$S 430.00. Asimismo las partes acordaron una multa diaria de U\$S 500 en caso de retardo del cumplimiento de la obligación garantizada. La cláusula penal es una obligación accesoria que también determinaba el monto máximo. Por cierto que la sentenciante no aplica el Art. 2189 del CCCN que invoca la actora porque resuelve litigio por el régimen del Código civil anterior, y expone que queda claro que el “monto máximo” de la cobertura hipotecaria es la suma U\$S 430.00 que constituye el valor de la prestación (efectivo y unidades funcionales) con más los U\$S 500 diarios de la cláusula penal por causa del incumplimiento tardío en la entrega de las unidades funcionales. Por esta razón cita el art. 3109 del Código anterior, norma relativa a la especialidad de la garantía y que refiere a que 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 se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca y ella guarda analogía con en el Art. 2189 2do. párrafo del CCCN.

b.2) La obligación puede ser de dar dinero y las partes pactar libremente el “monto máximo” de la cobertura de la garantía en un importe menor como medida de afectación del objeto gravado al pago de la deuda, de acuerdo a lo anteriormente expuesto. En este caso no está en juego el orden público de los derechos reales, por el contrario existe total certeza en el monto de la garantía y un crédito determinado en el acto constitutivo de la garantía.

b.3) En cambio en el supuesto de los créditos indeterminados, la imposición legal de la garantía de máximo se explica por la incertidumbre total de los terceros interesados de buena fe, respecto de los créditos que quedarán cubiertos durante el plazo previsto.

Ahora bien, tanto respecto de los créditos determinados como de los indeterminados al momento que se individualizan, en la relación interna entre el acreedor y el deudor resulta aplicable Art. 2193 en la medida que el tope máximo de la garantía lo permita. Así si se trata del saldo deudor de la cuenta corriente (crédito determinado eventual) o del crédito indeterminado que ha nacido bajo la cobertura como crédito dinerario que ahora se individualiza para su cobro y ejecución de la garantía, se podrán reclamar los accesorios del crédito en la medida que han quedado cubiertos por el monto máximo - no más allá- con la preferencia y la prioridad que otorga el derecho real de garantía .

c) ¿Monto ajustable o hipoteca de crédito de valor?

La Ley 27.271 del Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda publicada el 15 de setiembre de 2016 introduce significativas modificaciones al régimen

hipotecario del CCCN . La ley tiene como antecedente la Comunicación N° 5945/16 del BCRA. Por el Art. 1° ...crea los instrumentos de ahorro, préstamo e inversión denominados en Unidades de Vivienda (UVIs), cuya principal función será la de captar el ahorro de personas físicas y jurídicas, o de titularidad del sector público, y destinarlo a la financiación de largo plazo en la adquisición, construcción y/o ampliación de viviendas en la República Argentina.

En el Art. 6° establece que el valor inicial en pesos de la UVI será determinado por el BCRA: la milésima parte del valor promedio del metro² construido con destino a vivienda: 1.000 UVIs = 1 metro cuadrado. El valor del UVI será actualizado mensualmente a través del índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC para vivienda unifamiliar modelo 6. Pueden llevar tasa fija o variable.

El Art. 21 expresa que las disposiciones de la presente ley se encuentran exceptuadas de lo dispuesto en los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias, y de lo establecido en el art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el Art. 22 dispone que si se tratare de hipotecas a constituirse para garantizar obligaciones en la presente ley, el requisito de especialidad en cuanto al crédito se considerará cumplido, individualizando el crédito garantizado e indicándose los sujetos, el objeto del crédito y la causa.

Los Registros de la Propiedad Inmueble inscribirán los gravámenes, dejando constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del art. 6, recaudos que deberán contener las certificaciones que al respecto se expidan por los indicados registros.

Las hipotecas celebradas con arreglo a lo determinado en la presente ley, cumplida la inscripción en el Registro respectivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación, tendrán efectos contra terceros interesados y de buena fe, no sólo por la cantidad cierta inicial de la deuda, sino por la que corresponda adicionar como consecuencia de la cláusula prevista en el art. 6, con más los intereses que se adeudaren, y los daños y costas posteriores que provoque el incumplimiento. Se considera título que trae aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimiento del lugar donde se ejercite la acción, a la constancia de saldo deudor a la fecha de la mora en el cumplimiento de la obligación, juntamente con el título en que se hubiese instrumentado la obligación originaria. En caso de procederse ejecutivamente al cobro del crédito, la ejecución deberá promoverse por la suma que, en definitiva, arroje su importe como consecuencia de la

aplicación de la cláusula de actualización a la fecha de iniciación, sin perjuicio de la ampliación al día del pago.

De acuerdo con este régimen legal las UVIs son una unidad de valor aplicable a los préstamos hipotecarios (créditos determinados) con destino a la financiación de largo plazo (35 años) para la adquisición, construcción y/o ampliación de la vivienda familiar única y permanente (Art. 9°). Los Registros de la Propiedad Inmueble inscribirán los gravámenes, dejando constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del art. 6. Pero esta norma refiere a la unidad de valor UVIs, por esta razón la hipoteca debe constituirse en una cantidad de dinero equivalente a la cantidad de UVIs según su valor al día del otorgamiento del préstamo. Las UVIs son las que actualizan mensualmente a través del índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC para vivienda unifamiliar modelo 6 y pueden llevar tasa fija o variable.

La autora comparte la opinión de que no es propiamente un crédito de dar dinero ajustable sino un crédito valor UVIs de conformidad a lo dispuesto por el Art. 772 del CCCN. En consecuencia el deudor y/o el propietario del inmueble no deudor deberá desobligarse entregando la misma cantidad de UVIs que recibió según el valor al día del pago. El mismo criterio es aplicable a las UVAs (Unidad valor adquisición) que dispone la Comunicación N° 6069/16 BCRA y que se actualizan diariamente por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), basado en el índice de precios al consumidor.

d) ¿Moneda extranjera?

El CCCN establece el régimen de las obligaciones en moneda extranjera en dos normas aparentemente contradictorias. El Art. 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

ART. 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Con respecto a la interpretación de estas normas se comparte la doctrina sentada en los despachos de mayoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 2015. La Comisión N° 2 respecto de las obligaciones en moneda extranjera De lege lata declaró: 12.1- La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero. 13.1.- El artículo 765 del Código Civil y

Comercial determina una obligación facultativa. 14.1- El equivalente de la moneda extranjera se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia) y al momento del pago. 15.1-La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva.

En razón de ello estimo que es válida la constitución de la garantía real en moneda extranjera porque es dinero, sin perjuicio de que las partes pacten que el deudor se desobligue entregando el equivalente de la moneda extranjera que se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia) y al momento del pago.

6. ACCESORIEDAD.NUEVO CONCEPTO LEGAL.

En un trabajo concomitante con esta colaboración, la autora analiza el proceso de modernización de los derechos reales de garantía en el derecho europeo continental de base romanista, frente al avance progresivo de la germanización que consagra una hipoteca independiente. En particular, enfoca el desenvolvimiento que ha tenido la hipoteca en las últimas décadas en el ámbito –social, económico y financiero- y como esta operatividad ha compelido a su adecuación a los requerimientos de los nuevos negocios de crédito a fin de mantenerla viva como una garantía atractiva y competitiva. Este fenómeno impacta los caracteres de accesoriadad de la hipoteca y de especialidad del crédito como acontece con la incorporación de la “hipoteca recargable” en el derecho francés y la “hipoteca de máximo” en el español. Esta evolución legislativa también repercute en los sistemas jurídicos de América latina que los tuvieron de modelo, entre ellos, en la “letra hipotecaria” de la ley 24.441 y la garantía de máximo de créditos indeterminados que incorpora el CCCN ahora reformado por la ley 27.271 .

Cabe insistir en que el Código atribuye a la hipoteca, la anticresis y la prenda la naturaleza de derechos reales de garantía sobre objeto ajeno (Art. 1883 y 1888) de carácter accesorio (Art. 1889) y el Art. 1889 expresa textualmente que son derechos reales accesorios de un crédito en función de garantía. Esta función también se desprende del concepto legal de cada uno de ellos.

Además este carácter se reafirma y se consagran sus efectos por el Art. 2186 que dispone: “Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.

Queda claro que el ordenamiento nacional no admite un derecho real de garantía autónomo, que exista independientemente del crédito y que pertenezca al propietario del objeto gravado. La legislación nacional no reconoce un tipo de derecho como la deuda territorial del derecho alemán (Grundschild) que es un derecho territorial no accesorio totalmente diferente al derecho real de garantía, ni tampoco la “hipoteca del propietario” con rango fijo que sobrevive al crédito y se incorpora como un derecho autónomo al patrimonio del propietario .

Sin embargo el nuevo Código también imprime cierta elasticidad al concepto de accesoriedad. El Código civil anterior sentó la regla de la accesoriedad con la fórmula: la obligación principal es la razón de ser de la garantía y extinguida la obligación principal queda extinguida la accesorio (arts. 523 y 524 C.Civ.). En cambio el Art. 856 del CCCN describe el concepto de accesoriedad con mayor amplitud y dice: Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor.

Se detecta que el nuevo ordenamiento pone énfasis en la dependencia “funcional” de la garantía y en el “desarrollo funcional” del crédito, que son nociones que permiten comprender la accesoriedad de las nuevas figuras asegurativas del crédito.

El jurista español Rey Portolés ha sostenido respecto de la admisibilidad de la hipoteca de máximo de créditos indeterminados en ese país, que no estamos ante una accesoriedad en sentido estricto sino ante una relación finalística entre crédito e hipoteca; que las tendencias modernas que flexibilizan el principio de accesoriedad de la hipoteca, acorde las necesidades del tráfico comercial y ponen en un pie de igualdad el crédito y garantía. Se habla de una relación de coordinación y no de subordinación entre el crédito y la hipoteca y ello permite la subsistencia de la garantía luego de la extinción del crédito garantizado a fin de asegurar nuevos créditos .

7. EFECTOS DE LA ACCESORIEDAD. EXCEPCIONES.

El derecho nacional consagra la regla y los efectos de la accesoriedad. El Art. 857 expresa: “Efectos. La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal en contrario” y esta norma concuerda con la del Art. 2186.

A partir de la premisa del carácter accesorio del derecho real de garantía operan todas las consecuencias jurídicas. El derecho accesorio es dependiente e inseparable del crédito principal y la existencia, validez y eficacia de la garantía depende de las mismas vicisitudes del crédito. También la prescripción de la acción personal emergente del crédito impide la ejecución de la garantía .

Pero cabe destacar que la conexión o vinculación de subordinación entre el crédito y el derecho real de garantía no es tan absoluta sino que tiene sus matices. Tampoco lo es en el sistema del código anterior. Existe una dependencia funcional pero no estructural. No es necesaria la existencia previa de la obligación garantizada en el sentido de que la obligación puede ser futura, eventual o condicional (Art. 2187 que concuerda con los arts. 3109 y 3153 CCiv.). Son dos derechos de distinta naturaleza (personal y real), cada uno con sus propios elementos y gobernados con su propio régimen jurídico. El crédito está gobernado por el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 958) mientras que la garantía está dominada por el principio del orden público (Art. 1884). Una es la causa que da origen a la obligación (el caso del saldo de precio por la venta del inmueble) y otra causa que da origen a la garantía (contrato hipotecario). Es factible que ambos contratos estén contenidos en el mismo instrumento (unidad instrumental) o en distintos instrumentos (dualidad instrumental).

Además los arts. 856 y 2186 establecen las excepciones legales a la regla de la accesoriedad. No siempre la extinción de la obligación principal extingue el derecho real accesorio de garantía. Algunas de estas excepciones estaban previstas en el sistema anterior pero el nuevo ordenamiento incorpora otros supuestos.

a) Novación convencional. La extinción de la obligación principal por novación se produce por el cambio de alguno de los elementos esenciales de la obligación: los sujetos, el objeto o la causa- fuente. Sin embargo la garantía subsiste si el acreedor expresa la reserva de la misma, siempre que el constituyente participe en el acuerdo novatorio. En tal sentido el Art. 940 del CCCN dispone: "Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio". La solución de esta norma guarda paralelismo con los arts. 803 y 804 del Código civil.

El Art. 935 explicita que cualquier modificación accesorio de la obligación primitiva no comporta novación; tales las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cumplimiento de la obligación (por ej. la prórroga de plazo, el plazo de gracia, el pago parcial, el fraccionamiento de la deuda, la quita o remisión parcial, la modificación de la tasa de interés, la entrega de títulos, etc.). Estas modificaciones de la obligación suelen ser frecuentes en los convenios

de refinanciación de deuda, pero afectan su existencia las que alteran alguno de los elementos esenciales en cuyo caso corresponde la reserva de la garantía por el acreedor.

b) Novación legal. Art. 55 LCQ. El Art. 941 dispone se aplican supletoriamente las normas de la novación convencional a los supuestos en que la novación se produce por disposición de la ley.

Un caso de novación legal en que resulta de aplicación el precepto transcrito es el Art. 55 de la Ley 24.522 LC que establece: Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios.

La hermenéutica de esta norma ha provocado soluciones dispares en la jurisprudencia durante la vigencia del ordenamiento anterior, especialmente en situaciones que la garantía real es constituida por el tercero propietario no deudor. Un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires sentenció al respecto: “En virtud de la novación derivada de la homologación del acuerdo preventivo logrado por el garantido, corresponde declarar extinguida la garantía hipotecaria otorgada por el fiador de la deuda contraída por el concursado, pues aun cuando el acreedor hubiere formulado expresa reserva de que la novación no implicaría la extinción de la hipoteca, el tercero hipotecante no prestó conformidad para que el efecto novatorio no alcance a dicha garantía. Por aplicación de lo establecido en el art. 804 del Código Civil, cuando el hipotecante no es el deudor de la obligación principal, debe requerirse su conformidad para que el efecto novatorio no alcance a dicha garantía” . Cabe afirmar que esta doctrina judicial se mantiene con mayor sustento ahora en los Arts. 940 y y también el Art. 941 del CCCN.

c) Novación legal. Letra hipotecaria Ley 24.441. Otro supuesto de novación legal contempla el art. 37 de la Ley 24.441 para la letra hipotecaria. Esta ley “ómnibus” denominada del “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” incorporó al derecho nacional varios institutos, entre ellos, el fideicomiso, el fideicomiso financiero, el leasing, las letras hipotecarias, el procedimiento especial de ejecución de la hipoteca, etc.- Estos instrumentos jurídicos guardan conexión entre sí en el proceso de securitización o titulización de activos bancarios, especialmente de hipotecas. Posteriormente la ley experimentó sucesivas derogaciones parciales pero el régimen legal de las letras hipotecarias y el procedimiento de ejecución especial de la hipoteca mantienen su vigencia aún luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

La autora considera que letra hipoteca constituye un gran avance en el proceso de modernización de la hipoteca en el derecho nacional. La hipoteca se independiza del crédito

originariamente garantizado por la emisión de las letras hipotecarias que son títulos valores con garantía hipotecaria (Art. 35 LF). La doctrina sostiene que el efecto novatorio relativiza la intensidad con que gravita la accesoria del derecho real respecto del crédito que garantiza .

Se trata de un título hipotecario completo dotado de gran seguridad de cobro por dos razones: solamente corresponde a hipotecas de primer grado (Art. 36 LF) y la emisión extingue por novación la obligación que era asegurada por la hipoteca (Art. 37 LF).

Cabe señalar que la hipoteca inicial que da lugar a la emisión de las letras es una hipoteca accesoria que debe ser válida y asegure un crédito determinado en todos sus elementos esenciales (sujetos, objeto y causa fuente). Sin esta hipoteca no es posible emitir las letras hipotecarias. Una vez emitidas la o las letras (concomitantemente con el otorgamiento de la hipoteca o con posterioridad) se extingue la relación jurídica subyacente por el cambio de la causa . El efecto de la novación legal opera ipso iure y da nacimiento a una nueva obligación abstracta y a la incorporación de la hipoteca a dicho título valor. Es decir que las letras se independizan del crédito novado y también de la convención hipotecaria y se convierten en el título hipotecario completo (Art. 44).

La inexistencia de causa desplaza todo tipo de conflicto causal en el caso de ejecución, aun con mayor fuerza que en los títulos cambiarios porque la causa no se puede invocar ni siquiera entre los obligados directos. Solamente en este aspecto la letra hipotecaria guarda alguna analogía con la carta hipotecaria (cédulehypothécaire)del derecho suizo a la que se cita como antecedente. En lo demás las diferencias son sustanciales. La carta hipotecaria suiza puede constituirse a favor de un tercero o a favor del mismo propietario del inmueble mediante su declaración unilateral y en el caso de extinción absoluta de la deuda el propietario del inmueble hipotecario puede reutilizar el título para otra deuda futura .

Las letras hipotecarias de la ley 24.441 son emitidas por el deudor o constituyente de la hipoteca a favor del acreedor (una o por cada cuota de amortización e intereses) y deben ser intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, bajo la firma del deudor (o constituyente), el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Es un título hipotecario completo que posee la habilidad ejecutiva de la hipoteca. Los datos que contiene la letra individualizan del inmueble gravado (Art. 39 LF). Las letras se transmiten por endoso nominativo y sin responsabilidad del endosante (Art. 40 LF).El derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil y Comercial en materia de hipoteca (Art. 44 LF) y al título

valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio (Art. 46 LF).

La autora de este aporte considera un acierto de las legislaciones extranjeras (v. gr. Chile, Perú) que admitan estos títulos hipotecarios para los acreedores institucionales sometidos al contralor estatal (bancos y financieras). La posibilidad que da la ley argentina para su aplicación indiscriminada por cualquier particular y para cualquier tipo de negocio de crédito, a lo que suma el efecto novatorio, hace que el librador (deudor o constituyente de la hipoteca) quede en situación de peligro restándole posibilidades defensivas basadas en la causa del crédito. Con este entendimiento se opina que tanto las letras hipotecarias como el procedimiento especial de ejecución de la hipoteca (arts. 52 a 67 LF) deberían contemplarse solo para los operadores de crédito institucionales sometidos al control del Estado. Para otro tipo de negocios de crédito hubiere sido conveniente regular los pagarés hipotecarios que tanta difusión tuvieron al amparo del art. 3202 del Código Civil de Vélez.

d)Traslación del derecho real de garantía al saldo de la cuenta corriente. El CCCN regula en el Libro Tercero de los Derechos Personales, el Título IV de los Contratos en particular, en el Capítulo 12 a los Contratos bancarios, entre ellos a la cuenta corriente bancaria, y en el Capítulo 15 a la cuenta corriente (sin añadir el calificativo mercantil).

Los Arts. 1407 y 1439 del CCCN admiten garantizar el saldo de la cuenta corriente y de la cuenta corriente bancaria por hipoteca, fianza, prenda o cualquier otra clase de garantía. En este supuesto el crédito asegurado es el saldo resultante de la liquidación de la cuenta, se trata de un crédito eventual que está determinado en la causa por el contrato de cuenta corriente, donde consta el plazo para la determinación del saldo y el monto máximo de la garantía. También están contempladas la hipoteca y la prenda por el art. 786 del Código de Comercio derogado.

El CCCN contempla un supuesto novedoso que no estaba previsto en el derecho anterior. El Art. 1434 relativo a la cuenta corriente expresa “Garantías de créditos incorporados. Las garantías reales o personales de cada crédito incorporado se trasladan al saldo de cuenta, en tanto el garante haya prestado su previa aceptación”.

En este caso la garantía real en su origen asegura un crédito determinado que no es el saldo de la cuenta corriente pero que se incorpora al movimiento de la cuenta. En razón de la existencia de las remesas recíprocas que se compensan entre sí, el crédito garantizado pierde su individualidad. Cabe considerar que este no es un caso de novación sino de compensación por la concesión recíproca de créditos que se que produce en la cuenta. En

este supuesto la garantía real se traslada al saldo final resultante de la cuenta, siempre que el constituyente lo autorice expresamente, es decir que la movilidad de la garantía no opera de pleno derecho. En definitiva la garantía que nace para cubrir un crédito determinado y luego esa garantía se independiza por el efecto compensatorio de la cuenta y pasa a asegurar otro crédito, que es el saldo eventual que resultante de las operaciones de la cuenta. En este aspecto es indudable que se afecta el carácter de la accesoriedad de la garantía. En cuanto al monto que cubría el crédito originario se convierte en el límite máximo del saldo resultante asegurado (especialidad de la garantía).

Corresponde aclarar que esta norma no comprende a las cuentas simples o de gestión que se distinguen de la cuenta corriente. En la cuenta de gestión ninguna de las operaciones pierde su individualidad, los créditos pueden reclamarse los créditos individualmente, sin que queden extinguidos por su inclusión en la cuenta. No existen remesas recíprocas, sino que una de las partes asienta el envío de mercaderías vendidas y la otra se limita a pagar sumas a cuenta de ello. A las cuentas simples o de gestión no se aplica el Art. 1434 pero pueden actualmente estos negocios pueden ser asegurados válidamente por la garantía de máximo de créditos indeterminados (Art. 2189).

e) La garantía de máximo de créditos indeterminados.

Para finalizar se vuelve nuevamente a este tipo de garantía bajo la mirada del carácter de la accesoriedad. La autora considera que si bien este tipo de garantía se regula en el Art. 2189 bajo el rótulo de especialidad del crédito también conmueve la accesoriedad de la garantía. En la fase constitutiva de este tipo de garantía los créditos no se conocen, existan o no existan, solo se sabe que se generan en las relaciones comerciales entre el acreedor y el deudor durante un plazo cierto (que no puede exceder de diez años) y por un monto máximo. El crédito recién se determina en la fase dinámica de la ejecución. O sea que el desarrollo funcional de la garantía depende de que el crédito llegue a existir y se individualice. Se ha manifestado que no pasa inadvertido que durante ese plazo de vigencia de esta garantía global o de máximo ingresan y egresan los créditos amparados, nacen y se extinguen por su normal cumplimiento, existe una rotación de créditos y sin embargo la garantía se mantiene inalterable. Se detecta que el nuevo ordenamiento ha debido esbozar un nuevo concepto de obligaciones y derechos accesorios (Art. 856) y ampliar las excepciones de sus efectos (Art. 857) para dar cabida a este nuevo tipo de garantía real. También el Art. 2186 consagra que los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal,

excepto en los supuestos legalmente previstos. Este es un supuesto más de excepción a la regla de que extinguida la obligación principal se extingue la garantía.

La tendencia actual de la legislación en materia de garantías no es la opción entre la accesoriedad indisoluble de la garantía al crédito ni su autonomía o independencia total. La alternativa legal es -a partir de las reglas de la accesoriedad y de la especialidad- modelar el ligamen que une el derecho personal (principal) y el derecho real (accesorio), con mayor o menor fuerza; o bien, con mayor o menor número de excepciones a las consecuencias jurídicas derivadas los dogmas, según el interés que la ley se proponga priorizar. El continente de estos caracteres debe ser la seguridad jurídica y el contenido el equilibrio de intereses del acreedor, el deudor, el propietario y los terceros.

AGRADECIMIENTOS

Nos tomamos la libertad de agradecer, primeramente a nuestra tutora que nos incursionó en el tema a investigar. María Laura Negroni nos ha brindado la posibilidad de investigar con total independencia, cooperación y predisposición hacia nosotros. También debemos agradecer al SAP, Hebe y Macarena que se preocuparon en todo momento por los participantes de este concurso y al profesor Mauricio Pinto quien brindó talleres a los cuales asistimos con la finalidad de pulir este trabajo de investigación.