

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencia Políticas

Sede Regional Rosario

TESIS DE GRADO DE CARRERA DE ABOGACIA

2007

Tutor: Gustavo Nadalini

Alumno: Norberto David Verna Bruno

Tema: La constitución de hipotecas abiertas en relación con la especialidad y accesoriedad como caracteres esenciales.

Fecha de presentación: 16 de abril de 2007

1. Título

“La especialidad y accesoriadad de las hipotecas abiertas”

2. Tema:

La constitución de hipotecas abiertas en relación con la especialidad y accesoriadad como caracteres esenciales.

3. Problema:

¿Por qué se afectan los caracteres esenciales de la hipoteca, especialidad y accesoriadad, en la constitución de hipotecas abiertas?

4. Objetivos

4.a. Objetivos generales:

4.a.1. Demostrar que las hipotecas abiertas afectan los caracteres esenciales de especialidad y accesoriadad.

4.a.2. Fundamentar las razones por las cuales las hipotecas abiertas se apartan de las prescripciones legales del derecho real de hipoteca según disposiciones del código civil.

4.a.3. Describir los fundamentos prácticos y económicos de la constitución de hipotecas abiertas desde el punto de vista de la celeridad de las transacciones comerciales.

4.b. Objetivos específicos:

4.b.1. Analizar los caracteres esenciales del derecho real de hipoteca.

4.b.2. Contextualizar el tema “hipotecas abiertas” dentro del ámbito mas amplio del derecho real de hipoteca.

4.b.3. Profundizar el análisis del carácter de especialidad en cuanto al crédito por el que responde el inmueble objeto de la garantía.

4.b.4. Ahondar el tratamiento sobre el carácter de accesoriedad en cuanto a la determinación precisa de las obligaciones principales a las que accede la hipoteca en su función de garantía.

5. Hipótesis:

La constitución de hipotecas abiertas afecta los caracteres del derecho real de hipoteca, especialidad en cuanto al crédito por no estar especialmente determinado el monto por el que responde la garantía hipotecaria al momento de constituirse y accesoriedad al no especificarse las obligaciones principales a las que accede la hipoteca, como garantía.

6. Puntos provisorios de tesis que se demostraran y defenderán:

6.a. La especialidad y accesoriedad son caracteres de las hipotecas abiertas, es importante analizarlos por que son esenciales para su constitución y por lo tanto su afectación determinará la invalidez de las garantías constituidas de esa forma.

6.b. La especialidad en cuanto al crédito se ve afectado, debido que al momento de la constitución de la hipoteca, no se encuentra especificado el monto por el que responderá la garantía.

6.c. La accesoriedad, resulta afectada, porque al constituirse hipotecas abiertas no se encuentran determinadas las obligaciones principales a las que accede como derecho de garantía.

Prólogo

En este trabajo analizamos una cuestión de suma actualidad, como es la constitución de las llamadas hipotecas abiertas. Comenzamos por dar un panorama general sobre el derecho real de la hipoteca, su concepto, su naturaleza jurídica y un panorama sobre el estado actual de este instituto.

Nuestro eje de trabajo está direccionado, a desentrañar dos caracteres de la hipoteca, accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito. Con este trabajo trataremos de demostrar cómo son recepcionados por las distintas posturas doctrinarias ambos caracteres en cuestión así como también los diferentes criterios que siguieron nuestros jueces en sus pronunciamientos.

El problema analizado en el presente trabajo consiste en determinar si la especialidad en cuanto al crédito y la accesoriedad se encuentran afectados en la constitución de hipotecas abiertas.

Hemos utilizado para nuestra exposición una metodología teórica tradicional, realizando una investigación de tipo explicativa, que nos lleve a demostrar como inciden estos caracteres en el derecho hipotecario.

El material utilizado fue documental, comprendiendo bibliografía tanto general, como específica del tema, jurisprudencia sobre las distintas posturas adoptadas por nuestros jueces, así como también toda la base normativa que aborda la cuestión.

Los objetivos generales trazados para la elaboración del trabajo, consisten en desentrañar las razones por las cuales las hipotecas abiertas se apartarían de las prescripciones legales del derecho real de hipoteca según las disposiciones del Código Civil, también describir los fundamentos prácticos y económicos de las virtudes de la constitución de hipotecas abiertas desde el punto de vista de la celeridad de las transacciones comerciales.

Como objetivos específicos marcamos realizar el análisis de los caracteres esenciales del derecho real de hipoteca, profundizar el tratamiento del carácter de

especialidad en cuanto al crédito por el que responde el inmueble objeto de la garantía y ahondar el tratamiento sobre la accesoriedad en cuanto a la determinación precisa de las obligaciones principales a las que accede la hipoteca en su función de garantía.

En base al problema planteado, propusimos una hipótesis que le de respuesta y que se demostrara durante el desarrollo el trabajo. La misma consiste en la afirmación de que estos caracteres anteriormente mencionados vulneran las disposiciones del Código Civil, por consiguiente las hipotecas abiertas son nulas.

Consideramos importante el tratamiento de este tema, ya que este tipo de garantías generales son muy utilizadas por entidades financieras, como por las grandes empresas proveedoras de servicios y mercaderías para garantizar todas las obligaciones que se contraigan durante un tiempo determinado.

La capacidad de endeudamiento del acreedor se va a ver deteriorada ya que nadie garantizará sus acreencias con la constitución de hipotecas de segundo grado, el principio de rango de avance no se pone de manifiesto con este tipo de garantías.

Esta figura involucra a dos de los principales exponentes de la economía moderna, con intereses en contradicción: por un lado, los grandes grupos económicos acreedores hipotecarios, por el otro los deudores hipotecarios que ven su capacidad de crédito deteriorada.

6.b. La especialidad en cuanto al crédito se ve afectado, debido que al momento de la constitución de la hipoteca, no se encuentra especificado el monto por el que responderá la garantía.

6.c. La accesoriedad, resulta afectada, porque al constituirse hipotecas abiertas no se encuentran determinadas las obligaciones principales a las que accede como derecho de garantía.

Capítulo I

Hipoteca

Sumario: 1.concepto. 1.1. Distintos tipos de garantías. 1.1.1. De carácter personal 1.1.2. De carácter real. 2. Caracteres. 3. Naturaleza jurídica del instituto. 4. Breve reseña histórica. 5. actualidad del instituto.

1. Concepto.

La hipoteca es un derecho real que recae sobre un inmueble ajeno y que no se ejerce por la posesión. El art. 3108¹ del Cod. Civil la define como un “Derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder de un deudor”.

El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía sobre una cosa inmueble ajena, de origen “convencional y oponible a los terceros interesados mediante la publicidad registral, en virtud del cual su constituyente (el deudor o un tercero), quien debe ser capax y propietario del inmueble hipotecado, garantiza con la afectación de dicho inmueble una determinada deuda propia o ajena, a favor del acreedor hipotecario o titular de tal derecho, quien goza, además de las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius praeferendi, propias de todo derecho real, del privilegio especial que la ley le otorga sobre el inmueble hipotecado especialmente determinado, que permanece en posesión del constituyente.

Es una garantía real que representa una seguridad mas fuerte para el acreedor, ya que afecta y recae directamente sobre la cosa, o cosas cuyo valor pudo apreciar el acreedor en el momento de la constitución, permitiendo su persecución y otorgando un derecho de preferencia en el cobro (privilegio).

1.1. Distintos tipos de garantías:

Existen dos tipos de garantías:

1.1.1. De carácter personal:

En este supuesto el acreedor se satisface con que otra persona cuya solvencia le merece crédito, afiance la obligación de tal modo que ahora el acreedor tendrá dos deudores, aunque por lo general su confianza está puesta en la persona del fiador.

1.1.2. De carácter real:

Suele ocurrir que, o bien el acreedor no se satisface con una mera garantía personal o bien el deudor no está en condiciones de ofrecer ningún garante al acreedor. Entonces la deuda se garantiza con una cosa, es la llamada *garantía real*. Esta garantía real puede asumir distintas formas, o bien el deudor entrega al acreedor en plena propiedad la cosa con el compromiso por parte de éste de restituir la cosa una vez que el deudor haya pagado su deuda, es decir la llamada venta con pacto de retroventa, por otra parte puede ocurrir que el deudor no transfiera al acreedor la propiedad de la cosa, sino simplemente su posesión comprometiéndose a devolver la cosa cuando la deuda sea pagada, es lo que ocurre en la prenda y anticresis. Finalmente, puede constituirse garantía no en la adquisición de la propiedad ni en la entrega de la posesión de la cosa, sino en el derecho de ejecutarla y hacerla vender en subasta pública, para cobrarse su crédito con el producido de la venta. Claramente se observa que esta última forma de garantía corresponde a una cultura mas avanzada, con mayor rendimiento jurídico, ya que el acreedor no pone la mano sobre la cosa pero, por medio de ciertos recursos que la ley le reconoce, esta en cierta forma en la condición de quien la tiene en su poder, conformándose la idea de hipoteca.

2. Caracteres

Este derecho real de garantía posee dos tipos de caracteres: los esenciales y los naturales. Se denominan “esenciales”, pues su ausencia implica la nulidad del instituto, y, “naturales”, pues su ausencia no obsta a la nulidad de la hipoteca y pueden ser transados por las partes a través de una convención expresa. Si las partes nada dicen éstos se suponen presentes.

La mayoría de la doctrina considera que son cinco los caracteres esenciales de la hipoteca: derecho real, accesoriedad, convencionalidad, publicidad y especialidad (en cuanto al objeto y al crédito)². En tanto que otra postura sostiene que son dos: convencionalidad y especialidad (en cuanto al objeto y al crédito)³ o la accesoriedad y la especialidad⁴.

Consideran que el ser un derecho real es un carácter esencial pues cumple con los principios del *numerus clausus* y de la tipicidad (arts. 2503⁵ y 3108, Cod. Civil). En realidad este carácter no es esencial de la hipoteca sino común a todos los derechos reales.

En consideración a la accesoriedad la misma refiere al derecho personal al cual accede, que es el principal, la relación que tiene el acreedor con la cosa queda supeditada a que el deudor cumpla o no con la obligación garantizada. Es te carácter no es exclusivo de la hipoteca pues también es común a la prenda y la anticresis. La suerte de la hipoteca esta ligada así a la existencia y subsistencia del crédito principal al cual accede, y si éste se extingue por cualquier motivo, también cesará la hipoteca, que es un accesorio. Por ende, si la prestación –que es el objeto de la obligación a que la hipoteca garantiza- se extingue por cualquier medio, la hipoteca deja de existir.

La publicidad se encuentra cumplida al constituirse la hipoteca de acuerdo a los requisitos exigidos en nuestro Código de fondo y hace a su oponibilidad a terceros (arts. 2505⁶, Cód. Civil y 2º, ley 17.801⁷ –Adla, XXVII-B, 1929-). En realidad, debemos recordar que la absolutez es un carácter propio de todos los derechos reales y no exclusivo de la hipoteca. No obstante ello debemos recordar que la hipoteca fue el único derecho real respecto del cual, a no constituir el modo suficiente la tradición traslativa, nuestro codificador estableció que la publicidad se cumpliría a través de la inscripción del gravamen en el registro.

La convencionalidad implica que solo puede ser constituida por acuerdo de voluntades (art. 3115⁸, Cód Civil). Vélez Sarsfield prohíbe expresamente la constitución de las garantías reales que sean tácitas, legales y judiciales.

El carácter de la especialidad tiene una doble connotación: a) la especialidad en cuanto al objeto y b) la especialidad en cuanto al crédito.

La especialidad en cuanto al objeto implica que la cosa que garantiza el cumplimiento de la obligación principal debe ser cierta y determinada (arts. 3109⁹, 3110¹⁰, 3133¹¹, y 3148¹², Cód Civil).

La especialidad en cuanto al crédito importa que el gravamen del objeto debe ser expresado en forma cierta y determinada o en su caso manifestar su valor estimativo en dinero (arts. 3109¹³, 3131¹⁴, y 3133, Cód Civil). Debe tenerse presente que pueden garantizarse el cumplimiento de cualquier tipo de obligación, siempre que sean las permitidas por el Código Civil, y que su valor sea fijado, estimativamente, en dinero (Art. 3116¹⁵, Cód Civil). Es por ello que las hipotecas generales están prohibidas.

El principio de especialidad de la hipoteca no solo se refiere al objeto de las relaciones jurídicas involucradas sino también a la causa de la obligación garantizada. La especialidad de la hipoteca tanto en cuanto al inmueble hipotecado, como en cuanto al crédito garantizado, es esencial para la constitución válida de la misma, y si falta este requisito, la hipoteca sería nula.

Se debe establecer una diferencia entre el crédito y el gravamen. El crédito hace a la obligación principal, en tanto que el gravamen al grado de afectación que sufre el mueble o el inmueble con el cual se garantiza el cumplimiento de aquella obligación.

Hay que considerar cierta parte de la doctrina que entiende que la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa, entidad y magnitud no está vinculada al carácter de especialidad sino al de accesoriedad.

Doctrinariamente, se considera a la convencionalidad como uno de los caracteres que hacen a la existencia de la hipoteca, de ahí que junto con la especialidad constituyan los denominados caracteres esenciales de la hipoteca.

Todo acreedor de un derecho real de garantía posee un derecho mixto, cuyas partes constitutivas son de naturaleza enteramente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal, y tiene además un derecho real como garantía de su crédito, garantía que subsiste aun cuando el deudor haya hecho transferencia del inmueble gravado.

El carácter natural es la indivisibilidad, este implica que todas y cada una de las partes del inmueble responden por todas y cada una de las partes de la deuda.

Esta indivisibilidad solo afecta al objeto (inmueble), no al crédito, el cuál por su naturaleza es divisible, es decir que la indivisibilidad hace solo al objeto.

Todo el objeto hipotecado responde por la totalidad de la deuda hasta su completa extinción. La regla es la indivisibilidad pero en la reforma de la ley 11.725 al artículo 3112¹⁶ del Cód. Civ. deja a criterio de los jueces la determinación acerca a si se puede dividir la cosa o no; si no se hace la misma por acuerdo de partes. Hay que tener en cuenta que la propuesta del deudor no perjudique al acreedor y que el acreedor no realice un uso abusivo de su derecho.

3. Naturaleza jurídica del instituto:

3. a. Concepciones que niegan el carácter de derecho real:

El primero que osa decir que la hipoteca no es un derecho real, según sus propias palabras, es Marcadé¹⁷, sostiene que la hipoteca es un derecho creditorio contra el inmueble. Para llegar a la conclusión de que es un simple crédito en dinero contra un inmueble, distingue entre el *ius in re*, derecho que se ejercita en la cosa y el *ius in rem*, derecho que se persigue contra una cosa; cuando se considera el objeto de un derecho, es decir, sobre que se ejerce o debe ejercerse, este derecho es unas veces *in re* y otras veces *ad rem*; cuando se considera el sujeto pasivo del derecho, es decir, contra el cual se persigue el derecho, aquel contra el cual la acción se dirige, este derecho o mejor esta acción es ora *in rem* u ora *in personam*. Así se opone el uno al otro: 1º) *ius in re*, *ius ad rem*; 2º) desde otro punto de vista *ius* o *actio i rem*, *ius* o *actio in personam*.

El *ius in re* es siempre también *ius in rem*, jamás *ius in personam*; al contrario el simple *ius ad rem* es ordinariamente *in personam* y no *in rem*, mas en el caso de la hipoteca es sin embargo *ius aci rem* (derecho al dinero) y *ius in rem* (contra el inmueble). Es de ahí que viene el error, la acción *in rem*, por lo que se acostumbra considerarla como *ius in re* cuando no lo es.

Aclara que *ius in re* es el que pertenece a su titular inmediata y absolutamente sobre una cosa de manera que es idénticamente el mismo contra

todo el mundo, *erga omnes*; el *ius ad rem* es aquel que pertenece a su titular sobre una cosa, mediata y relativamente encontrando por intermediario y por base la obligación particular de una persona determinada.

Por otra parte también discrimina entre el *ius in rem* –nombre que da al derecho, la acción que se dirige contra una cosa sin argüir un derecho contra una persona cualquiera- e *in personam* -que es aquel derecho en que se entabla acción contra una persona que el reclamante pretende está obligada frente a él-. Es verdad que en forma semejante la *actio in rem* se dirige contra una persona, es a una persona que se refiere, que se emplaza, como en la acción *in personam* (por que no se puede litigar y discutir contra una cosa); en la acción personal es únicamente tal persona la que es buscada en sí misma en virtud de su obligación, en cambio en la relación real se toma al poseedor actual (cualquiera sea) de la cosa poseída en una sola cualidad de poseedor e independientemente de toda obligación personal.

El derecho en la cosa, siendo absoluto e independiente de toda obligación particular, de todo intermediario, se perseguirá siempre de manera absoluta contra esta cosa (es decir contra el detentador actual de esta cosa). Al contrario el simple derecho a una cosa, no existiendo sino por un intermediario, es contra este intermediario que se tratará. Este intermediario entre el derecho y la cosa es ordinariamente una persona, de suerte que en regla general el *ius ad rem* da una acción *in personam*; mas si el intermediario que debe procurar la cosa objeto del derecho fuese una segunda cosa, se tendrá así un *ius ad rem* que da acción *in rem* (que es lo que ocurre en la hipoteca). Se da de la hipoteca una idea justa diciendo que tiene por fin y por efecto constituir el inmueble que gravo en deudor de la suma debida por una persona, de suerte que el acreedor hipotecario tiene por deudores solidarios a la persona obligada y al inmueble sometido a la hipoteca. Es porque el inmueble deviene *per se ipsum* deudor del crédito que el acreedor tiene derecho a perseguir su pago contra este inmueble en cualquier mano que se encuentre.

Como la hipoteca es el derecho de perseguir un inmueble para a él demandarle el pago de un crédito, el reembolso del dinero, pues se ejerce constriñendo a este inmueble a dar, es entonces un simple derecho *ad rem* un

derecho *ad pecuniam*. Hay solamente esto de particular (de raro si se quiere), que en lugar de demandar el dinero a tal persona se demanda a tal inmueble que juega el rol de una segunda persona, de un segundo deudor; uno no debe engañarse: el inmueble que se encuentra en juego en el caso de la hipoteca, no es objeto de mi derecho, no es sino el sujeto pasivo de este derecho, el deudor al que se demanda el dinero.

El objeto de mi derecho es el dinero que se obtendrá por el intermediario del inmueble. Ahora, el derecho hipotecario, dando acción contra un inmueble es entonces un derecho real, porque se persigue *in rem* en lugar de dirigirse *in personam*; solamente hay todavía esta observación que hacer, que el *ius in re* es real *in eadem rem*, en tanto que el derecho hipotecario, *ius ad rem* no es real sino *in rem aliam*; es porque en la hipoteca hay dos “*res*” en juego (el dinero debido que es el objeto de mi derecho pues el inmueble debe darme este dinero) y se llega a este resultado a primera vista extraño, de un derecho mobiliario que es no obstante real contra un inmueble. Mas de esto, que el derecho hipotecario es *ius in rem*, no es necesario por extraña confusión, hacer un *ius in re*. El *ius in re* no solamente se persigue contra una cosa (lo que hace que sea al mismo tiempo *ius in rem*) mas también (y es por ello que es *ius in re*) se ejerce en esta misma cosa y mora en ella, porque ella constituye su objeto; así es *in re*, que se ejerce el derecho de propiedad o de usufructo.

Al contrario, el derecho hipotecario sobre tal inmueble no se ejercerá ni morará en este inmueble, el cual no es su objeto; es evidente pues que su ejercicio consiste en obtener de este inmueble (que no es para él sino un intermediario) una cierta suma de dinero.

La hipoteca en consecuencia es un *ius ad rem* y no un *ius in re* en el sentido propio de esta palabra. No podemos darle este nombre si no observados que esta tomado en sentido impropio y para significar solamente *ius in rem*.

En síntesis para Marcadé la hipoteca no ejercita en la cosa como los derechos reales (*ius in re*) sino que se persigue contra una cosa (*ius in rem*). Si bien en algún momento expresa que es un *ius ad rem* o derecho personal parece categorizar a la hipoteca como una figura intermedia, pues luego dice que es un

derecho real contra un inmueble. De todos modos, surge que la expresión de que “debe el inmueble” la toma en sentido figurado pues afirma que no se puede litigar y discutir contra una cosa. Existen otras tesis negatorias más modernas.

La teoría procesalista mas importante es la desarrollada por Carnelutti¹⁸ quien siguiendo a Redenti sostiene que la *hipoteca* no constituye un derecho en el inmueble sino un derecho que acuerda rango preferente en el momento de distribuirse el producido de la subasta. Se trata de un derecho subjetivo procesal y solamente debe hablarse de acción hipotecaria y no de derecho real de hipoteca. La confusión entre el derecho subjetivo material y el derecho subjetivo procesal es lo que ha determinado según esté autor, llegar a considerar a la prenda y a la hipoteca como derecho reales. En vez se trata de una acción ejecutiva reforzada. En efecto, el derecho de expropiar y hacer vender el inmueble hipotecado para la satisfacción de un crédito pertenece a todo acreedor. Solo los derechos de goce son reales y la hipoteca sólo da lugar a la acción hipotecaria que es una modalidad de la acción ejecutoria aunque mas enérgica a la que queda sujeta la cosa hipotecada implicando, en consecuencia un negocio jurídico procesal el acto constitutivo de la hipoteca.

Otra teoría procesalista sostiene que la hipoteca no es sino un embargo anticipado y voluntariamente aceptado, por el deudor, actual o futuro o por el fiador subsidiario y solidario¹⁹.

No se ven diferencias sustanciales entre los efectos de inscripción de la hipoteca y los de la anotación preventiva del embargo, y las que resultan nacen sólo del juego de los principios registrales.

Una tesis que es incluida por los autores junto a la anterior, es la de Giorgiani²⁰. Este autor expone una teoría abolicionista de la distinción de los derechos reales y de obligación. Considera que si es bien cierto que el acreedor hipotecario puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin la necesidad de la cooperación del deudor, puede ejercerlo inmediatamente dado que es indispensable cooperación del órgano judicial. El ordenamiento jurídico no siente al acreedor hipotecario satisfacerse su interés directamente sobre la cosa, sino que impone a éste que acuda al Estado mediante la iniciación del juicio de

expropiación con el deudor y el tenedor poseedor para la realización de su interés, en este sentido debemos tener en cuenta a la ejecución hipotecaria extrajudicial incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la ley 24.441. Creemos conveniente, pese a ir más allá de las expectativas de este trabajo, hacer un breve análisis de la ejecución hipotecaria extrajudicial, un instituto al cual se recurre reiteradamente en la actualidad.

Insistimos en llamarla “ejecución extrajudicial”, a pesar de que esta denominación ha sido observada, diciendo que existe, en realidad, intervención de la jurisdicción, lo que en los hechos resulta cierto. En el debate parlamentario anterior a la sanción de la ley, se propuso y se aceptó la eliminación del vocablo “extrajudicial” que constaba en el proyecto originario del Poder Ejecutivo²¹, pues lo cierto y concreto es que la intervención que le cabe al órgano jurisdiccional es muy poco, limitado a aspectos que no hacen a su verdadera esencia y al menos en la letra y en la intención de la ley su papel se ensombrece, siendo que la finalidad de esa normativa ha sido quitarla de su órbita (por ello justamente en el proyecto original se la denomino con sinceridad, “ejecución Extrajudicial²²”).

Es correcto cuando se afirma sobre que este especial procedimiento no se emancipa del ámbito judicial, sigue dependiendo de él, pero en un contorno nutrido de una filosofía “privatizadora”, donde el eje está dado en la subsidiariedad, y el poder decisorio de la jurisdicción y la garantía que ello conlleva para la ciudadanía en general quedan relegados. Pues solo queda en el control de las instituciones la garantía del Estado de Derecho. No debemos olvidar que sólo la presencia de los jueces puede imprimir un marco de justicia y libertad en esta nueva sociedad economista.

Por otra parte, este derecho no es exclusivo del acreedor hipotecario, sino el mismo derecho atribuido a cualquier acreedor.

Otra posición, sostenida en nuestro país por Fernández²³; sostiene que las garantías reales tienen la misma naturaleza jurídica que los privilegios legales y los de origen judicial (embargos). La concepción del derecho real, como señoría inmediata sobre la cosa, impide atribuir a la prenda e hipoteca ese carácter. Son indudablemente derechos reales el dominio, el condominio, el usufructo, el uso, la

habitación y servidumbres, pero ¿la prenda y la hipoteca ponen al acreedor en relación directa e inmediata con las cosas? Las facultades que la ley acuerda al acreedor hipotecario para oponerse a cualquier acto del deudor que pueda desvalorizar el inmueble, se explica por la naturaleza de las obligaciones contraídas por él. La facultad de embargar y subastar la cosa hipotecada o pignorada para cobrarse con el producido emana de la calidad de acreedor con preexistencia de la garantía, el derecho de hacer vender la cosa corresponde a todo acreedor y emana de la obligación garantizada y no de la garantía. Esta en su esencia está constituida por el privilegio sobre el producido de la expropiación, privilegio que se constituye y produce sus efectos con relación a terceros. Si no puede afirmarse que los acreedores quirografarios posean derecho alguno en los bienes que figuran el patrimonio del deudor, no obstante que pueden embargarlos hacerlos expropiar y cobrarse con el producido, ello no puede sostenerse del acreedor hipotecario. El agregado del derecho preferente y del derecho de persecución, no son suficientes por si solos para afirmar la naturaleza real de la hipoteca porque son comunes a los institutos ajenos toda idea la realidad, así, por ejemplo, los privilegios generales o el derecho del locatario.

Otra teoría menos difundida considera a la hipoteca como obligación *ob rem* o prestación de pago. Es la tesis sostenida por quien considera que la hipoteca atribuye al acreedor una prestación personal contra el propietario de la cosa hipotecada²⁴.

Se basa en la idea de que la hipoteca implica una obligación dineraria a cargo del que en cada momento sea el propietario de la finca hipotecada. La hipoteca no es un derecho real sino un estado de conexión de una obligación con la titularidad de una cosa. La obligación *ob rem* es un genero dentro del cual pueden incluirse las obligaciones *propter rem o, rem scripta*.

Para otra teoría la hipoteca consiste en una vinculación de la finca hipotecada al pago de la suma asegurada, sin implicar derecho real y aparte de su aspecto jurídico procesal. Desde el momento en que el poder de ejecución traba un objeto determinado del patrimonio del deudor, es ya indiferente que el objeto de que se trate continúe en poder de aquel. La hipoteca sujeta los bienes sobre que

se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye y sujetar los bienes significa destinarlos a ser objeto de ejecución²⁵.

De acuerdo a otra tesis la hipoteca es extraña al proceso de ejecución, pues tiene un carácter sustantivo con una función destinada a durar mientras penda de cumplimiento el crédito garantido.

3.b. Concepciones que afirman el carácter de derecho real.

Podemos distinguir a grandes rasgos dos posiciones, sin perjuicio de que hay autores que consideran a la hipoteca como derecho real sin hacer estas distinciones.²⁶

Para algunos la hipoteca constituye una limitación al dominio. Se limita el derecho del titular del dominio impidiéndole hacer algo que podría hacer, sin quitarle nada. No traslada facultad alguna al titular del derecho real de hipoteca, pues el dominio no aparece como un conjunto de facultades o suma de ellas, sino como una variedad infinita de éstas que asume un aspecto unitario. El dominio se comprime y desaparecida la presión, readquiere su volumen primitivo; el acreedor no adquiere las facultades cuyo ejercicio suspende al dueño ni realiza actos materiales de goce, solamente puede oponerse a ciertos actos.

Se ha dicho que la hipoteca no es una desmembración del derecho que graba²⁷ que es una suerte de puesta en garantía de este derecho; no hay reparto de los atributos y ventajas que él confiere²⁸.

Para otros autores habría una verdadera desmembración del dominio, pues al constituirse un derecho real sobre la cosa se quitan facultades al titular que pasan al acreedor, ya que el deudor debe tolerar la ejecución o sea el acto de disposición de la cosa y para más, el precio va a manos del acreedor. Sin perjuicio que el titular de la cosa gravada, puede disponer de la misma; enajenar, locar, el inmueble hipotecado, claro está que el que adquiere la cosa, lo hace con el derecho real de garantía que pesa sobre la cosa.

Se ha considerado que del principio de que la hipoteca es un derecho real, se saca generalmente la consecuencia de que es una desmembración de la propiedad; la propiedad es un haz de todos los derechos reales; entonces, cuando un derecho real existe sobre una cosa en beneficio de un tercero, el haz se disloca, la propiedad se desmembra pues todos los derechos reales no están mas concentrados en cabeza del propietario.

De ahí que la hipoteca lleva aparejado un menoscabo grave a los poderes del propietario que no podrá ejercer su derecho de “*abusus*”, sino con importantes restricciones²⁹.

Pensamos que no puede dudarse de que la hipoteca es un derecho real, con ciertas peculiaridades ya que no trasmite ni la posesión ni el goce de la cosa. Es un derecho real de naturaleza refinada, en donde el poder o señorío sobre la cosa se ejerce, no a través del contacto con ella, sino del juego de las instituciones jurídicas que equivalen a que el acreedor la tenga en su poder para cobrarse de ella.

El hecho de que la hipoteca no se ejerza por la posesión no significa que no exista una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa; no excluye la naturaleza real.

Las facultades de persecución y de preferencia como así también las de conservación, restitutorias y ejecutorias de la garantía pueden ser ejercidas por el acreedor hipotecario cualquiera sean las mutaciones que sufra la titularidad dominial del inmueble gravado o, los gravámenes reales de la misma naturaleza (otras hipotecas) o de naturaleza distinta (otros derechos reales) que se constituyan posteriormente sobre el inmueble gravado.³⁰

En cuanto el deudor no cumple, está en manos del acreedor iniciar la acción hipotecaria que se ejerce directamente contra la cosa.

Es una acción real distinta a las demás, que tiene la particularidad de que no es para poseer la cosa sino contra su valor para hacerla vender y cobrarse la

deuda. La relación es inmediata con la cosa sólo para hacerla vender y cobrarse con su valor.

La acción hipotecaria es real sin que importe que la cosa hipotecada haya sido o no transferida a un tercero.³¹

Con la acción hipotecaria no se pone en movimiento la acción emergente del mutuo sino una acción real; la acción lleva insito el *ius preferendi*, si el inmueble se encontrare embargado, este embargo carece de relevancia frente a esta acción, lo que no ocurriría si fuera la acción ejecutiva común nacida de una obligación personal.

Al contraponerse los derechos sobre la sustancia y los derechos sobre el valor de la cosa en éstos no se produce ninguna alteración en la posición material de la cosa, pero el valor dinerario involucrado en la misma es afeitado en provecho de otro; y después en un ulterior desenvolvimiento de la relación, se puede llegar a privar totalmente de la cosa puesta en garantía al propietario que no paga su deuda vendiéndola; se resalta el elemento patrimonial.

En nuestro Código Civil la hipoteca está mencionada como un derecho real en el artículo 2503 inciso 5 y definida en el artículo 3108 que se encuentra en el libro III, de los Derechos Reales. Los códigos de procedimiento le dan a la acción hipotecaria un trámite distinto a la del juicio ejecutivo.

En la mayoría de los códigos contemporáneos figura como un derecho real.

La hipoteca constituye una limitación al dominio. Esto significa que es suficiente para configurar el derecho real de menor contenido que se impida al titular hacer algo, sin que sea necesaria la transferencia de facultades por parte del dueño al titular del derecho real.

Ejemplo típico de la limitación que no constituye desmembración es la de la servidumbre negativa, por ejemplo *non edificandi o altius non tollendi*. No coincidimos con el criterio que trae a colación estos ejemplos para corroborar la teoría de que la hipoteca como estas servidumbres, constituye una desmembración

que dice que es incontestable e incontestado, que todas las servidumbres constituyen desmembraciones de la sociedad y si hay opinión unánime en el sentido de que la servidumbre negativa es una desmembración de la propiedad, debe ocurrir lo mismo con la hipoteca.

En efecto, tanto en las servidumbres negativas como en la hipoteca, por ser derechos que no se ejercen por la posesión encontramos derechos reales en que el dueño no transfiere ninguna propiedad al titular del derecho real de menor contenido; por ello constituye limitaciones y no desmembraciones del dominio. En conclusión, la hipoteca es un derecho real que constituye una limitación al dominio.³²

4. Breve reseña histórica:

En el derecho romano primitivo se práctico la llamada *fiducia cum creditore*, que consistía en una efectiva transmisión de la propiedad de la cosa con el compromiso por parte del comprador de restituirla al vendedor si le era pagado el crédito asegurado.

En una segunda etapa podemos distinguir el nacimiento del *pignus*, que consistía en la transferencia ya no de la propiedad sino simplemente de la posesión de la cosa, que era devuelta cuando la deuda era satisfecha.

La insuficiencia de estos medios de garantía se puso de manifiesto particularmente en las relaciones entre arrendador y arrendatario. El problema consistía en garantizar al arrendador el pago del arriendo pactado; pero el arrendatario no podía entregar, en garantía de ello, las únicas cosas que constituían su verdadera hacienda, es decir los instrumentos de labranza (*invecta et illata*), por entonces se veía privado precisamente de los instrumentos que le hacían producir a la propiedad. Coincidió el interés del propietario y del arrendatario en dejar esos instrumentos de labranza en manos de éste. Por lo tanto era necesario un medio que supusiera una garantía para el arrendador. Un pretor llamado Salvias introdujo un interdicto que permitía al arrendador no pagado tomar posesión de los instrumentos de labranza en el caso de que la deuda no fuera pagada a su debido tiempo. Pero este remedio era insuficiente, porque el

arrendador no tenía derechos de persecución, en consecuencia si el arrendatario se había desprendido de los instrumentos de labranza, aquel perdía los derechos que le confería el interdicto salviano.

Otro pretor llamado Servius, introdujo una acción que le permitía al arrendador perseguir los instrumentos de labranza de cualquier persona que los poseyera, creando así una preferencia con todos los caracteres esenciales de la hipoteca actual.

Comprobando la utilidad del procedimiento, la acción serviana fue extendida a otras hipótesis, finalmente a toda clase de pignus por Juliano, al redactar el Edicto Perpetuo, en tiempo de Adriano. Esta acción es la llamada *actio quasi serviana o hypothecaria*, con todos los caracteres de una acción rei persecutoria.³³

5. Actualidad del instituto:

El tema que se abordará en este trabajo ha generado una gran polémica tanto doctrinal como jurisprudencial, la cuestión sobre si conviene o no admitir la constitución de hipotecas abiertas oculta en el fondo una “lucha” entre dos importantísimos protagonistas de la economía moderna; por un lado los acreedores hipotecarios, es decir, las entidades financieras, y por el otro, el consumidor de créditos.

Esta cuestión ha puesto al descubierto el enfrentamiento de dos discursos dikelógicos completamente antagónicos:

5.1.a. O bien damos a los acreedores que deciden invertir sus recursos económicos en nuestro país garantías que le permitan recuperar de manera rápida y eficaz lo invertido, ante el incumplimiento del deudor, aun cuando pueda llegarse a “desproteger” a este último, a punto tal de quitarle en algunos casos toda posibilidad de defender sus derechos en un “juicio previo”. Tal es el caso de las garantías autoliquidables³⁴. El fenómeno de las garantías autoliquidables consiste en la existencia de ciertos negocios de garantía generalmente subsumibles en la prenda con desplazamiento, en los cuales la realización de la cosa y su

aplicación al crédito garantido se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata; o alternativamente se permite realizar una estimación del valor de la cosa según precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio.

5.1.b. O bien brindamos tutela al deudor, aunque no con la mentalidad de apañar a un incumplidor, sino más bien buscando asegurar la vigencia de los principios jurídicos fundamentales que procuran salvaguardar derechos de los que es titular como persona, en tantos sujetos de derechos. Las hipotecas abiertas desprotegen al deudor al lesionar de un solo golpe su capacidad de endeudamiento, pues si los inmuebles se hipotecaran para la garantía de todos los créditos que pudieran originarse a favor del acreedor sin ninguna limitación el crédito del deudor quedaría consumado a la primera hipoteca que otorgase, pues en esta incertidumbre ninguna otra persona consentiría en prestarle dinero.

En la actualidad numerosos pronunciamientos jurisprudenciales han declarado la nulidad de hipotecas constituidas en garantía de créditos genéricos, sin determinación de la causa fuente de las obligaciones a las que accedan. Han basado su postura en una ajustada interpretación del derecho positivo, que determina que se dirige este modo de fallar a tutelar los intereses de otros acreedores del deudor. De donde la identificación del crédito garantizado por la hipoteca les afecta directamente³⁵.

Acerca de la legalidad o no de las hipotecas abiertas, se ha enunciado una serie de teorías:

5.2.a. Tesis restrictiva: al constituirse la garantía se debe especificar la causa fuente del crédito garantido. No hay hipotecas generales dentro de nuestro sistema legal, por ello si lo que se quiere garantizar es el saldo deudor de una cuenta corriente bancaria, no sólo se debe individualizar la cuenta (ejemplo N° 0-2224-3), sino también las operaciones bancarias que realizadas por intermedio de la cuenta referida, dan lugar al saldo garantizado.

5.2.b. Tesis intermedia: no es necesario individualizar la causa fuente de la hipoteca, ya que el artículo 3.131 C.C Inciso 2³⁶, no hace referencia a un

negocio principal al que accede la hipoteca; solo es necesario señalar las clases de operaciones y los contratos que queden comprendidos en la operación. Por lo tanto, la determinación concreto del crédito garantido principalmente a la hora de la ejecución se hará por medios extra hipotecarios (extra acto constitutivo). Por ejemplo, ante una cuenta corriente bancaria la escritura hipotecaria se complementará con la documentación que permita individualizar el contrato bancario del que surge el monto reclamado. En consecuencia, si se garantiza una cuenta corriente no es necesario individualizarla, sólo basta con señalar la clase de operaciones (prestamos, adelantos) que realizados por intermedio de la cuenta generen el saldo garantizado³⁷.

5.2.c. Tesis amplia: según esta postura el artículo 3109 C.C.³⁸ consagra la posibilidad de constituir diversas clases de hipotecas, a) las “típicas” que son aquellas que garantizan desde la constitución créditos precisos y determinados. b) “abiertas” que abarcan créditos futuros, eventuales, condicionales e inciertos.

Según este criterio la exigencia legal de individualización en el acto constitutivo de la causa y demás elementos del crédito, solo se exigen para las hipotecas “típicas” que desde su origen garantizan una obligación cierta y determinada; para las hipotecas “abiertas” los requerimientos para la determinación del crédito garantido se remite a los argumentos esgrimidos por la postura intermedia. Esta postura admite que se garanticen con hipotecas todas las operaciones que se hayan celebrado o se celebren en el futuro, por las deudas presentes o las que se lleguen a tener en adelante por todas las operaciones.

La doctrina a logrado definir el concepto de hipotecas abiertas estableciendo que son derechos reales de garantía que tiene el acreedor sobre uno o varios inmuebles del deudor para asegurar el cobro de sus acreencias pero que en el acto constitutivo no se determinó en forma concreta el monto del crédito, aunque si un tope máximo del gravamen.

El instituto de hipotecas abiertas no tiene en la actualidad regulación legal; existió un intento de legislarlo en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial 1998³⁹. El sector que trata de conferirles validez sostiene que se cumplen los requisitos de especialidad y accesoriedad con describir el objeto

donde se asentará la garantía; tener determinado el todo del importe que el capital cubre la garantía y describir la fuente de la obligación asumida por el deudor.

En definitiva, podemos decir que existen posturas contrapuestas en cuanto a la violación de los caracteres de accesoriedad y especialidad. En un contexto puramente comercial el instituto es de suma practicidad ya que sería imposible y muy costoso establecer una hipoteca para garantizar cada obligación contraída; sin embargo, no se puede olvidar que esta modalidad genera una notoria inseguridad jurídica, como también la casi segura imposibilidad por parte del titular del bien de constituir una hipoteca de segundo rango sobre el inmueble objeto de una hipoteca abierta ya que no se sabe por cuanto va a responder el mismo.

Pese a las objeciones esbozadas los jueces aplican estrictamente los criterios del Código Civil y se declaran nulas este tipo de hipotecas que vulneran la especialidad constituyendo créditos genéricos y la accesoriedad donde no existe una determinación de la causa fuente de las obligaciones a las que acceden.

Capítulo II

Accesoriedad

Sumario. 1. Accesoriedad, concepto. 1.1 Accesoriedad e hipoteca. 1.1.1 Elementos de la relación jurídica obligacional. 2. Vinculación entre Accesoriedad y Especialidad. 2.1. Obligación análisis de la causa-fuente. 2.2. Análisis de la causa-fin. 3. La causa del crédito en la hipoteca. 3.1. Causa del crédito y la hipoteca.

1. Accesoriedad: Concepto

Es conteste en la mayoría de la doctrina que, en lo referido a derechos reales en general y los de garantía en particular, campea de manera primordial el orden público, dando poco margen a la autonomía de la voluntad. Sin lugar a dudas debemos hacer una mención al artículo 2.502 del Cód. Civ.⁴⁰ el cual nos refiere al orden público que involucra a los derechos reales.

En consideración a la accesoriedad la misma refiere al derecho personal al cual accede, que es el principal, la relación que tiene el acreedor con la cosa queda supeditada a que el deudor cumpla o no con la obligación garantizada. Es te carácter no es exclusivo de la hipoteca pues también es común a la prenda y la anticresis. La suerte de la hipoteca esta ligada así a la existencia y subsistencia del crédito principal al cual accede, y si éste se extingue por cualquier motivo, también cesará la hipoteca, que es un accesorio. Por ende, si la prestación –que es el objeto de la obligación a que la hipoteca garantiza- se extingue por cualquier medio, la hipoteca deja de existir.

Por ello hay que tener en cuenta que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes donde se encuentran involucrados el orden publico y las buenas costumbres, según lo esbozado por el código civil en el artículo 21 C.C.⁴¹

Caso contrario esos pactos serian pasibles de nulidad, y no tendrían ningún tipo de validez. Este carácter constituye según nuestro ordenamiento jurídico un carácter esencial, ya que hacen a la existencia misma de este derecho real de garantía. Por consiguiente el omitir este carácter en cuestión por las partes constituyentes (acreedor, deudor hipotecario y en su caso, tercero hipotecante) determinara la invalidez de la garantía.

1.1. Accesoriedad e hipoteca:

Debemos partir por tener una idea esencial de accesoriedad, entendiendo que, de dos obligaciones una es principal y la otra es accesoria, y una de estas es la razón de la existencia de la otra, artículo 523 C.C.⁴².

Una obligación es accesoria cuando su “existencia” depende de otra obligación, a la cual llamamos principal. La primera se contrae pura y exclusivamente en consideración a la segunda, debido a que la segunda carece por si sola de autonomía, creándose de esta manera una relación de interdependencia con la obligación principal, de manera que extinguida esta última, deviene en la extinción de la accesoria y no a la inversa artículo 525 C.C.⁴³.

El artículo 524 C.C.⁴⁴ le da también el carácter accesorio a los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca. Nuestro código si bien distingue las obligaciones accesorias (fianza, cláusula penal) de los derechos accesorios (hipoteca, prenda, anticresis), lo cierto es que el régimen jurídico aplicable a la accesoriedad propia de los derechos no difiere, en lo sustancial, de lo estudiado para las obligaciones accesorias.

Según el artículo 3108 C. C.⁴⁵, el derecho real de hipoteca siempre va de la mano con el crédito al cual accede. En nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice. Claramente lo antedicho no implica que la hipoteca solo sea valida si la obligación asegurada es preexistente o concomitante, esto implica negar que este derecho real pueda garantizar obligaciones futuras.

El derecho real de garantía puede nacer antes de la obligación garantizada y es válido y eficaz siempre que se acredite que la obligación nació. Lo que debe existir al momento de la constitución de la hipoteca es la relación jurídica personal o de crédito, que no se identifica con la obligación que emerge de ella y cuyo cumplimiento se garantiza. La existencia es de al menos dos elementos de la relación jurídica, de no ser posible la existencia de los tres elementos que la conforman.

1.1.1. Elementos de la relación jurídica obligacional:

Los elementos de la relación jurídica personal son:

- a) Los sujetos constituyentes.
- b) La causa fuente.
- c) El objeto de la relación jurídica, lo que, llamamos prestación, (único que puede tener una existencia futura).

La prestación de la causa fuente es de tal importancia en la escritura hipotecaria que, de no indicársela, ni el deudor ni los terceros que hayan contratado o quieran contratar con él podrán conocer la verdadera medida del endeudamiento del constituyente, sólo será posible esto último en la medida que sepan cual es el crédito garantizado.

De otro modo, cualquier obligación que nazca después de la constitución del gravamen puede llegar a quedar compendiada en la garantía, aun cuando el constituyente haya ido pagando las anteriores.

Quienes rechazan las garantías reales abiertas, desde el momento en que sobre los bienes de una persona existe una hipoteca que garantiza un crédito indeterminado plantean que, el crédito de esa persona está arruinado, un nuevo acreedor no aceptaría nunca una segunda hipoteca, pues tendría temor al crecimiento desmedido de la deuda garantizada con la primera hipoteca.

Como es sabido en el Derecho argentino, los derechos reales de garantía siempre son accesorios de un crédito. Por lo tanto, no pueden nacer de una manera autónoma, ni subsistir una vez extinguido el crédito al que accedían. Pero sí pueden existir en función de una obligación futura, siempre que en el negocio jurídico de constitución del derecho real se identifique la causa (relación jurídica) de la que puede nacer esa obligación.

Para entender el concepto de accesoriadad, es acertado dar una definición de relación jurídica (también llamada derecho subjetivo cuando se la encara desde punto de vista del sujeto titular de la misma), la cual ha sido definida como: La vinculación entre personas, autorizada por el derecho, que les impone un cierto comportamiento de carácter peculiar y particular, esencialmente variable.

Toda relación jurídica tiene elementos esenciales, los cuales no pueden faltar so pena de la inexistencia de la misma. En tal sentido ubicamos tres elementos:

a) El sujeto activo o titular de la relación jurídica es la persona que puede ejercer la prerrogativa a que ella se refiere, y el sujeto pasivo, que es quien debe soportar inmediatamente el ejercicio de la prerrogativa del titular.

b) El objeto de la relación, el cual esta constituido por el contenido de la prerrogativa del titular. En este caso, si se trata de una relación jurídica real, el objeto será la cosa, mientras que si estamos en presencia de una relación jurídica personal, el objeto será la actividad del sujeto pasivo llamada prestación.

c) La causa, que es el hecho del cual deriva la relación jurídica.

Para mayor entendimiento de los elementos de la relación obligacional y como juegan los mismos daremos ejemplificaciones de cada una de estas relaciones jurídicas (personal y real).

Relación jurídica personal: El sujeto "A" celebra un contrato de mutuo con el sujeto "B", siendo "A" el mutuante y "B" mutuario. Los elementos juegan de la siguiente manera:

Sujetos: activo (acreedor), sujeto "A" y pasivo (deudor) sujeto "B".

Objeto: una prestación consiste en una obligación de dar (de devolver) una suma de dinero a cargo de "B".

Causa: contrato de mutuo.

Relación jurídica real: una relación jurídica real en virtud de la existencia del derecho real de dominio. Los elementos juegan de la siguiente manera:

Sujetos: activo, quien puede usar, gozar y disponer de la cosa, pasivo, los demás integrantes de la sociedad; esto criterio según la teoría de la obligación pasivamente universal.

Objeto: el cúmulo de beneficios y provechos que la cosa puede brindar al dueño de ella.

Causa: la misma puede ser variada ya que el mencionado derecho real puede haberse originado en un contrato de compraventa, en una disposición de última voluntad, o bien, en la usurpación.

Al hablar de hipotecas, es un derecho real de garantía, que asegura un crédito en dinero, es decir, garantiza el cumplimiento de una relación jurídica personal. La hipoteca es accesoria en función de garantía porque su existencia depende de otro derecho de carácter creditorio al que procura seguridad. La accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia respecto de un derecho personal, el crédito, que no sólo puede ser un crédito cierto en dinero, sino también créditos condicionales, eventuales, de hacer, de no hacer, o aun de dar cosas ciertas o cantidades de cosas que no fueran dinero, con un solo requisito, que se declare el valor estimado, en dinero, en el acto constitutivo, es decir indicarse el monto estimado de la prestación, hasta cuando responderá hipotecariamente.

En el supuesto de incumplimiento, y en el caso de que los daños causados al acreedor hipotecario superen la suma indicada en la convención hipotecaria, al ejecutar el inmueble afectado a la garantía y por el principio de especialidad en cuanto al crédito, sólo podrán cobrarse hipotecariamente la suma que se indicó en el acto constitutivo, por el resto el acreedor sólo ostenta el carácter de quirografario.

Se vislumbra dos relaciones jurídicas que tienen íntima conexión entre sí, una real y otra personal, cada una de las cuales tienen los elementos antes

analizados. Para que nazca la hipoteca y sea válida, tiene que existir al tiempo de su constitución una relación jurídica personal o creditoria que se garantiza, debiéndose dar en el acto constitutivo cada uno de los elementos (sujeto, objeto y causa).

Se puede dar el caso de que el objeto (prestación) del crédito garantizado tenga una existencia meramente eventual, es decir, futura al constituirse la hipoteca, es decir, actualmente no existe pero puede existir. En este supuesto, que existe un crédito principal que sirve de sostén a la garantía (que torna valida su constitución, ya que se precisa la causa fuente y los sujetos del crédito), aunque con la condición de que a la prestación se la determine, aunque no necesariamente se la individualice en la escritura constitutiva, esto es necesario para impedir que a medida que se van cancelando la o las prestaciones garantizadas y no “determinadas” (y por ende ni si quiera individualizadas), se incorporen otras nuevas a la misma hipoteca, impidiendo el funcionamiento del principio de rango de avance que informa el derecho registral inmobiliario argentino. De esta manera la hipoteca de segundo rango nunca avanzaría en su grado, ya que la primera se renovarían así misma permanentemente mediante el ingreso de nuevas prestaciones (aun nacidas de la misma causa fuente), las cuales vendrían a quedar cubiertas por la misma hipoteca constituida en primer grado en virtud de aquella indeterminación.

La determinación de la prestación tiene vinculación con la descripción en el acto constitutivo de la entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada. Esto tiene gran relevancia en los contratos de cuenta corriente bancaria y mercantil, en los cuales el objeto de la relación jurídico personal garantizada se materializa en el eventual saldo deudor. Este saldo deudor es el que se debe determinar, difícilmente de se lo pueda individualizar ya que se sabrá el monto final al efectuarse la liquidación al finalizar la relación contractual. Se deberá expresar en la escritura hipotecaria “el saldo deudor emergente” de la cuenta corriente numero tal.

No hay posibilidad jurídica alguna de que la hipoteca se mantenga en pie, al no haber relación jurídica garantizada que le sirva de soporte siempre y cuando:

a) No exista causa fuente de la cual emane la obligación garantizada (la cual puede ser futura) o, existiendo, no se la individualice al momento de celebrarse el acto constitutivo de la garantía (que es como si no existiera la causa fuente). Podemos ejemplificar esto mediante un contrato de cuenta corriente bancaria, en la cual se garantiza el saldo deudor de la misma, debiendo antes o concomitantemente a la constitución de la hipoteca, existir el contrato (causa fuente) aunque no el saldo deudor (que es la prestación de la obligación futura de pagar el saldo que nace de aquel contrato). Aun cuando el contrato real puede no haberse perfeccionado, igualmente puede existir una causa fuente que preexista a la entrega de dinero, que sirva de soporte a la obligación futura garantida (devolución del prestado dinero) y que revista el carácter de acto jurídico al cual accede la garantía.

Tratándose de un mutuo hipotecario, desde una óptica “restrictiva” extrema que exija que la “causa fuente” de la obligación garantida exista al momento de constituir la garantía- se verificaría en la práctica la dificultad de cumplir con el recaudo de la accesoriedad. En efecto, al ser dicho acuerdo de voluntades un contrato real que se perfecciona con la entrega del dinero, y constituyéndose la garantía real- normalmente- antes de dicha entrega (ocurre generalmente en la operatoria bancaria, donde el dinero se entrega- acredita- después de constituida e inscrita la garantía y de aprobado el préstamo), pareciera que la hipoteca o la prenda es inválida por cuanto no hay crédito al cual acceda pues el mutuo no se ha perfeccionado. Mas allá de que esta postura rígida “extrema” podría implicar- prácticamente- la negación de la posibilidad de garantizar obligaciones futuras (que como ya lo hemos demostrado es un error pues son perfectamente admitidas en nuestro Derecho). Es decir que aún cuando el contrato real puede no haberse perfeccionado, igualmente puede existir una “causa fuente” que preexista a la entrega del dinero, que sirva de soporte a la obligación futura garantida, y que revista el carácter de acto jurídico al cual accede la garantía.

b) No se individualice los sujetos intervinientes en la garantía

c) No se termine y ni siquiera se individualice la prestación objeto de la relación jurídica garantida.

2.Vinculación entre accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito:

La accesoriedad de la hipoteca esta referida a su dependencia respecto de un derecho personal: el crédito. La hipoteca es accesoria a uno o varios créditos; o dicho en otros términos la hipoteca es inseparable del o de los créditos a que accede.

La hipoteca también puede acceder a un contrato, que es fuente de las obligaciones (art. 3131⁴⁶, Inc. 2, 3128⁴⁷) con lo que se implica que es accesoria de los derechos creditorios que emanan del contrato.

No solo se constituye la hipoteca para ser bien de garantía aun derecho de crédito, sino que la existencia del derecho real se halla en relación de accesoriedad con el derecho personal.

Siendo la hipoteca un derecho accesorio, que subsiste en tantos subsiste el crédito, es decir, el derecho principal a la aseguración del cual es preordenado, no puede omitirse indicar en que consiste, teniendo el propio acreedor y los terceros interesados el derecho de constatar la perfecta correspondencia del crédito garantizado con aquel por el cual viene a reclamarse el pago preferente; la clara indicación de la obligación garantizada y de su preciso objeto es requisito esencial para la existencia de la hipoteca, no pudiendo admitirse la garantía hipotecaria de una obligación de la cual no se ha dado constatar la identidad con aquella de la cual en el juicio de graduación se ha reclamado el equivalente. Es requisito la especificación de la obligación garantida, si no en su preciso monto reducido de una suma de dinero, al menos en su objeto. El acto constitutivo debe presentar indicación bastante para que cualquier interesado pueda constatar la identidad del crédito reclamado con aquel garantizado. Extinguido el crédito asegurado con hipoteca, se extingue la garantía que es accesoria, el acreedor no puede pretender hacerla revivir para obtener colocación de un crédito diverso anterior o posterior al suyo.

La obligación y la garantía real que asegura la ejecución de ésta, son dos institutos en tal correspondencia, que sin obligación no es posible la garantía. En

principio toda hipoteca nace al servicio de un crédito que le da razón de ser, que sostiene su exigencia y existencia; asegura el cumplimiento de una obligación de cualquier clase.

El derecho de garantía es necesariamente accesorio de un crédito, mas la persona del deudor, la existencia y el monto de la deuda pueden no estar determinados sino depender de un acto posterior a la constitución del gravamen.

Es necesario que al momento en que nace la hipoteca exista el acto jurídico generador del crédito. El derecho de garantía no puede tener existencia sin un derecho de crédito.

No se puede admitir que se mantenga en forma de un *ius dormens* después de extinguido un crédito y resurja cuando se una a otra porción de crédito para garantizar. Existe la obligación y el vínculo real. El poder sobre la cosa tiene existencia por si, independiente, mas como derecho de garantía sólo existe con la existencia del crédito al cual se refiere. Como relación con la cosa tiene una entidad propia, individualmente determinada pero para existir necesita de un derecho de crédito.

La cosa se encuentra afectada a la satisfacción de una obligación. Por su propia naturaleza la hipoteca es un derecho accesorio que no sobrevivirá a la extinción de la obligación que garantiza⁴⁸. Sin una obligación principal no puede existir el accesorio de la hipoteca; en si misma un derecho accesorio que tiene por objeto garantizar al acreedor la efectividad del derecho principal. La precisión exigida respecto de la individualización de la obligación es para que no haya incertidumbre en cuanto a la época de la efectividad del derecho real de hipoteca.

Si así no fuere, podría ocurrir el caso de que un acreedor, teniendo tres créditos que vencen en distinto tiempo, y habiéndose garantido solo uno de ellos sin designarlo claramente, quisiera aplicar la garantía a otro crédito de plazo menor, violando lo realmente estipulado con el acreedor⁴⁹.

Todo lo que se dice respecto del efecto de la hipoteca debe entenderse únicamente en el caso en que la obligación, de la que es una parte accesorio pueda

subsistir y tener su efecto; pues no siendo mas que una accesión de la obligación principal, no puede obrar sino en el caso en que ésta subsista.

De que la hipoteca es accesoria del crédito principal fluyen las siguientes consecuencias para la suerte del gravamen: a) es indispensable una obligación válida, aunque revista solamente condición de natural; de otro modo quedaría sin efecto también el derecho de garantía, no así a la inversa ya que podría extinguirse la garantía y subsistir el crédito; b) la transmisión del crédito lleva consigo la de la hipoteca, pero la hipoteca no puede ser cedida independiente y separadamente del crédito y ser trasladada para garantizar otro crédito c) la extinción de la deuda fija en principio la del derecho hipotecario.

En síntesis, la hipoteca sigue la condición jurídica del crédito que garantiza.

Hemos afirmado que la individualización del crédito en todos sus elementos, sujeto, objeto y causa, y toda aclaración de precisiones propias del crédito no hace al principio de especialidad sino que está relacionada con la accesoriedad.

La hipoteca es un derecho accesorio, debe estar unida a un derecho determinado. La mención de la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca se explica porque ésta constituye un derecho accesorio, constituido para garantizar el cumplimiento de la obligación expresada en una suma de dinero. Es evidente entonces la necesidad de determinar que obligación garantiza, o en virtud de qué causa se la establece; si no hay causa, o ella no es lícita, corresponde declarar nula la escritura. Siendo la hipoteca una garantía, un accesorio de la obligación, es necesario fijar de antemano el alcance y la extensión de la obligación garantida.

En nuestro derecho el art. 3131 es bien claro al respecto; pues justamente en su inciso segundo menciona que son necesarios datos sobre el contrato al que “accede” la hipoteca. También el art. 3128 se refiere al contrato constitutivo de la obligación a que “accede” la hipoteca. En nuestro país, la hipoteca tiene el carácter esencial de la accesoriedad. En ciertos derechos como el alemán y el español en que rigen los principios de fe publica y legitimación registrales, en algunos supuestos la hipoteca adquiere sustantividad propia y vive con independencia del crédito; subsistirá en cuanto a terceros mientras no se cancele

su inscripción. Ello ocurre con la hipoteca de tráfico en que la nota de la accesoriadad es objeto de ciertas limitaciones; cuando interviene un tercero adquirente de buena fe puede dejar de existir la accesoriadad.

En la hipoteca de seguridad, la fe pública registral y la legitimación no se extienden al crédito, de modo que la hipoteca es rigurosamente o puramente accesoria. En la hipoteca de tráfico se presume y finge en favor de terceros de buena fe que existe el crédito si está inscrito, no así en la hipoteca de seguridad en la cual la inscripción en el registro carece de todo efecto en cuento al crédito⁵⁰.

Dadas las características de nuestro sistema registral que es declarativo y no convalidante y donde no se ha consagrado el principio de fe publica registral, en el derecho argentino todas las hipotecas pueden asimilarse a las de seguridad; es decir son rigurosamente accesorias, y no pueden independizarse del crédito.

A modo de conclusión, la hipoteca no es accesoria de “una” obligación sino de “una obligación determinada” (o varias). Es un derecho de garantía al servicio de un crédito determinado para preservarlo de las consecuencias de una eventual falta de cumplimiento. ¿De que crédito? Del individualizado en todos sus elementos.

La constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación, tiene por fin el cumplimiento del requisito de la accesoriadad. Se indican o especifican todos los elementos que sirven para reconocer el crédito a que accede la hipoteca. Así es que entendemos que mientras la especialidad de la hipoteca consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, para el cumplimiento del requisito de la accesoriadad debe indicarse con toda la precisión la obligación o crédito a que accede la hipoteca.

2.1. Obligación, análisis de la causa- fuente:

Establecimos que la especificación de los datos referidos a la individualización de la obligación hacen al requisito de la accesoriedad de la hipoteca, es menester establecer ahora, cuales son los elementos necesarios para individualizar la obligación, así como también qué debe entenderse por causa de la obligación y si es necesario que conste en la escritura.

En las VII Jornadas de Derecho Civil, se estableció la necesidad de requerir la constancia de la causa de la obligación, referido esto al origen o fuente. El Código Civil, en los arts. 499⁵¹, 500⁵², 501⁵³, y 502⁵⁴, consigna que no hay obligación sin causa y luego hace algunas agregaciones respecto de la causa.

El Código, en el art. 499, se refiere a la causa-fuente, que ésta es un elemento de la obligación, como lo es de todo derecho.

En efecto, el análisis de toda relación jurídica permite discriminar en ella tres elementos esenciales: sujeto, objeto y causa⁵⁵. Todo derecho tiene su origen en un hecho generador⁵⁶.

La fuente de la norma es el art. 870 de Esbozo de Freitas, cuya nota aclara:

Se refiere a la causa de las obligaciones y no de la causa de los contratos con los cuales el Código Napoleón ha confundido las obligaciones en general, fuera de los hechos y actos lícitos e ilícitos, de las relaciones de familia y de las relaciones civiles, no se concibe ninguna otra causa que pueda producir obligaciones.

Vélez, se ha referido a las fuentes incluidas dentro de la clasificación tradicional⁵⁷:

a) Obligaciones nacidas de los hechos o actos lícitos , es decir de los contratos y cuasicontratos o voluntades unilateral, en la medida que se los acepte;

- b) Obligaciones nacidas de los hechos o actos ilícitos, es decir de los delitos y cuasidelitos;
- c) Obligaciones nacidas de las relaciones de familia o de las relaciones civiles; es decir de la ley, porque la ley es la que crea esta clase de obligaciones.

Sintetizado:

- a) el acto jurídico;
- b) el hecho ilícito;
- c) la ley.

Casi toda la doctrina conforme con que el art.499 se refiera a la causa-fuente de la obligación⁵⁸.

2.2. Obligación, análisis de la causa-fin:

Se denomina clásica la concepción que de la causa expuso Domat en el siglo XVII sistematizando ideas que ya tenían aplicaciones en su tiempo por haberse desarrollado en el pensamiento medieval y en los primeros tiempos de la edad moderna. Domat expuso una concepción unitaria referida a la causa de las obligaciones.

Domat, refiriéndose a la causa-fin, expone una tesis objetiva o abstracta en cuanto a lo actos a títulos oneroso, pues en éstos la obligación de uno es el fundamento de la del otro; en los contratos a título gratuito el motivo puede ser un servicio prestado, algún otro merito del donatario o el solo placer de hacerle un bien. En estos actos se refiere a los móviles particulares que han movido al donante.

El Código francés requiere como condición para el nacimiento de una obligación válida una causa lícita, con lo que consagra la tesis causalista. Aunque

Vélez no reproduce este artículo del Código Napoleón, lo cita en la nota al art. 499 C.C aclara que se trata de la causa de la obligación y no del contrato; y que ésta en los contratos sinalagmáticos consiste siempre en la obligación del otro, en el deseo de obtener lo que hace el objeto de la otra obligación; cuando el contrato es unilateral, la causa esta en la ventaja que se procurará de la otra parte si es oneroso, y si es gratuito la causa esta en el deseo de rendir servicio al otro.

El art. 500⁵⁹ de nuestro código presume la existencia de una causa, aunque ésta no este expresada en la obligación. Los art. 501⁶⁰ y 502⁶¹ hablan de la falsa causa y de causa ilícita. Estas normas se refieren también a la causa-fuente según algunos autores⁶² o a la causa-fin según la mayoría⁶³, o a ambas a la vez según otros autores⁶⁴.

El código de Napoleón establece la idea de causa refiriéndose a la causa-fin, pese a tener a Freitas como fuente en variados aspectos del código civil, Vélez siguió a los franceses en el tema de la causa-fin. La causa final reside en el fin inmediato que la parte que se obliga se propone precisamente obtener al obligarse. Podemos distinguir, a) el contrato sinalagmatico, en que la obligación de cada uno tiene por causa la obligación del otro; esto trae aparejadas dos consecuencias notables: que es necesario encontrar tantas causas como obligaciones distintas haya y, por otra parte, que la causa de la obligación se confunde con el objeto de la obligación; b) el contrato unilateral en que la causa de la obligación contratada por una de las partes es el hecho o la promesa de la otra. Acá no debe confundirse, como en los contratos sinalagmaticos, la causa con el objeto; y c) contratos de beneficencia en que la causa final es la intención de ejercer una liberalidad o un servicio a otra persona. La causa es el motivo de una prestación o el motivo de una obligación, que presume la ley cuando el que hace la prestación o el que contrae la obligación no la expresa.

Luego de haber establecido una noción de causa-fin, debemos analizar las diferentes dimensiones de la misma, objetiva, subjetiva y dualista o sincrética.

2.2.a. Objetiva:

Se trata de una faz abstracta, referida a un fin típico. Existe una finalidad propia de cada figura contractual que sea admitida con tipicidad legal o con tipicidad social. La causa es siempre la misma, idéntica para cada tipo de negocio.

Este elemento es el que sirve para asignar valor a la causa en el momento de la calificación del acto.

2.2.b. Subjetiva:

Asimismo, en cada contrato que se celebra, puede darse una finalidad particular para ese negocio; y aun, una finalidad particular para cada uno de los sujetos que interviene en él. Pueden agregarse un sinnúmero de causas en cada hipótesis particular. Por ejemplo: para un vendedor, realizar el bien por necesidad de dinero, por alejarse de la ciudad para residir en otra; para un comprador adquirirlo porque desea residir allí, efectuar una inversión u obtener renta.

Es decir que, además de la finalidad general, repetida en todos los casos de compra y venta, las partes pueden tener sus propias finalidades que constituyen las razones de ser particulares para el acto que concluyen; y la razón de ser particular que se constituye en impulsiva y determinante para las partes, puede ser común, o diferir con relación a cada una de ellas, en cuyo caso adquiere relevancia la recíproca comunicación de las razones o motivos que han llevado a contratar: si la causa-fin común fuera ilícita ninguna de las partes, podría exigir el cumplimiento, mas si tiene tal finalidad sólo para una de las partes, la otra esta autorizada para requerir la ejecución del acto o está protegida para, de otro modo, asegurar la vigencia de sus derechos.

Este elemento se vincula con la finalidad concreta que haya guiado, en cada caso particular, a los sujetos del negocio y que puede llegar a influir decisivamente en si validez o eficacia.

Estos móviles casualizados o finalidad concreta no son imprescindibles para la conformación del acto, por lo cuál pueden estar o no estar presentes y tienen

carácter extrínseco. Aquí tiene importancia los motivos, que pueden variar según la naturaleza del negocio (oneroso o gratuito) y aparece la consideración de los aspectos de ausencia de causa, falsa causa o causa ilícita. Independientemente de computar la existencia de una causa constante, se otorga relevancia a los móviles y jerarquía a los motivos, especialmente cuando han sido comunes, conocidos y explicitados. En tal contexto, el fin del contrato es el propósito básico de una de las partes, conocido y aceptado por la otra parte, de manera tal que se objetiva y se convierte en fin para ambas partes. No es necesario que la finalidad en cuestión se haya convertido en contenido del contrato por haberse mencionado expresamente en él, pero debe haberse tenido en cuenta por ambas partes al determinar tal contenido y manifestarse al menos mediatamente en él.

2.2.c. Dualista o sincrética:

La existencia del doble tipo o doble significación de la causa, por no ser incompatibles sino complementarias las nociones subjetivas y objetivas (o inmediatas y mediatas) de causa-fin. La causa final tiene relevancia en la etapa genética, pero también en la etapa funcional o de cumplimiento y hasta el mismo momento de extinción del contrato.

En materia hipotecaria, la última parte del art. 3129⁶⁵ del Código Civil dispone: “La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República”. La nota del codificador ofrece como ejemplos de actos ilícitos, que pueden estar autorizados o por lo menos no prohibidos con sanciones penales en algunos Estados, los casos de una obligación hipotecaria cuyo origen fuese la introducción de contrabando en la República para asegurar una cantidad de dinero debida a uno de los participes en esos actos; o de juego, originaria de un Estado en que son lícitos los juegos de suerte y azar, hipotecándose un casa que se tiene en el país. Vélez aclara que escrituras de tal origen no producirían ningún efecto en la República Argentina, por fundarse en una causa ilícita según nuestras leyes, y no podría tomarse razón de ellas en la oficina de hipotecas.

En nuestro sistema, quien hubiese firmado una obligación que tenía en realidad por causa una deuda de juego o de apuesta, conserva la pertinente

excepción a pesar de la indicación de otra causa civilmente eficaz, y puede probar por todos los medios la causa real de la obligación (art. 2058⁶⁶, Código Civil). Y, si bien no hay obstáculo para que se puedan garantizar en forma real o personal obligaciones naturales (art. 518⁶⁷, C.C.), hacen excepción al principio las deudas de juego (Art. 666⁶⁸, 1994⁶⁹, 2057⁷⁰ y nota al art. 515⁷¹).

Por cierto que las excepciones de falta de causa, falsa causa y causa ilícita se refieren a cuestiones intrínsecas que difícilmente puedan oponerse en el juicio ejecutivo donde, en principio, sólo se admiten defensas directas que minan por su base al instrumento presentado. Sin embargo, excepcionalmente, pueden existir motivos de fondo del carácter de orden público que permitan oponer una defensa de este tenor.

3. La causa del crédito en la hipoteca:

Sin perjuicio de ello, para cumplir con el requisito de consignar en el acto constitutivo “la naturaleza del contrato a que accede” la hipoteca (art.3131⁷², inc. 2 C.C.) concordamos en ver la necesidad de aclarar cual es la causa-fuente de la obligación, además de sus restantes elementos: sujeto y objeto. Sin embargo, no es claro cómo se cumple con este requisito de la expresión de la causa-fuente. Si se dice: convengo deber o reconozco deber según lo convenido \$ 1.000.000, la causa-fuente está expresada pues es el contrato. Párese sin embargo que no sería suficiente ese dato, pues habría que aclarar la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca: mutuo por ejemplo; cuantos más datos se agreguen, mayor precisión existirá en la identificación de la obligación principal de que es la hipoteca.

Pese a que se habla de contrato, también es causa-fuente el delito o cuasidelito, que son actos ilícitos; creemos imprescindible aclarar que si el objeto de la obligación fuere una prestación ilícita, sería imposible garantizarla con hipoteca (art. 953⁷³, C.C. y arts. 3129⁷⁴, 502⁷⁵, etc.) pues la nulidad de la obligación principal acarrearía la del derecho real accesorio. Lo que sucede es que el hecho ilícito engendra obligación de indemnizar y es legítimo otorgar hipoteca para garantizar el pago de la suma así debida. Por ejemplo, se podría garantizar con hipoteca la obligación de reparar el daño derivado de un accidente de tránsito, haciendo convenio sobre su monto. Aún más, podría hacerse un pacto por la

misma garantía hasta un máximo, dejando que la indemnización la fije el juez; o después de fijada por el juez podría convenirse asegurar con hipoteca el cumplimiento de la sentencia. Tampoco parece suficiente decir que la causa fuente es un cuasidelito sin especificar nada más.

Pese a que es conveniente indicar el mayor número de elementos que individualicen la causa de la obligación, la rigidez no es absoluta, pues “la constitución de hipoteca se anulará por falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte” (art. 3133⁷⁶, 1º parte, C.C.). En consecuencia, cuando no haya posibilidad de confusión, cuando no haya duda de cual es la obligación a que accede la hipoteca, la falta de expresión de la causa de ésta no anulará el acto. Con esto no queremos decir que con tal que luego aparezca una obligación cualquiera, ella será garantizada, sino que debe ser posible reconocer la o las obligaciones garantizadas *ad initio*. La accesoriedad no se refiere a que la hipoteca sea referida a alguna obligación, cualquiera que esta sea, sino a una obligación determinada.

Debe considerarse si la descripción del crédito permite identificarlo con el que en un momento determinado reclama el acreedor. Esta coincidencia entre el crédito garantizado –o sea aquel al cual accede la hipoteca- y el reclamo es indispensable para salvaguarda de los derechos del deudor y de terceros.

3.1 Causa del crédito y de la hipoteca:

No debe confundirse la causa-fuente de la hipoteca con la causa fuente de la obligación garantizada; y entre creación y causa-fuente de los derechos reales.

Según el art. 2502⁷⁷ C.C. los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Esta expresión no quiere significar que la ley sea la única fuente creadora de los derechos reales, sino solamente que los particulares no pueden constituir más derechos reales que aquellos que taxativamente establece la ley.

Debe distinguirse también entre el derecho real de hipoteca, cuya causa-fuente es siempre el contrato (en nuestro derecho), y el crédito garantizado, que

puede haberse originado en cualquiera de las causas-fuentes de las obligaciones a que se refiere el art. 499, C.C.⁷⁸.

En efecto, hemos consignado que uno de los caracteres esenciales de la hipoteca es la convencionalidad. En nuestro derecho no hay otra hipoteca que la convencional.

El contrato de hipoteca, es decir el acto constitutivo del derecho real de hipoteca debe indicar cuál es la obligación que se garantiza; sin embargo esta obligación no necesariamente debe haber surgido de un contrato, sino que puede tener origen en cualquiera de las otras fuentes de las obligaciones; cualquier obligación válida, cualquiera sea su origen, puede garantizarse con hipoteca. El art. 3131, Inc. 2, y el art. 3128⁷⁹ se refieren al contrato, pero no es impensable que la obligación a que accede la hipoteca provenga de fuente contractual.

Es necesario tener presente que si bien el contrato constitutivo de la hipoteca debe celebrarse por escritura pública, la obligación a que accede el derecho real puede instrumentarse y probarse por otros medios.

Concluimos, estableciendo que los elementos de la obligación son el sujeto, objeto, y la causa entendida como causa-fuente. La causa fin es un elemento del contrato o del negocio jurídico.

En materia de hipoteca debe mencionarse la causa-fuente de la obligación a que este derecho real accede. En principio es insuficiente mencionar la causa sin mayores aclaraciones (por ejemplo, contrato, cuasidelito); pero el art. 3133 C.C. permite mantener la validez del acto cuando se pueda conocer sin duda cual es la obligación garantizada, referida esta noción a la obligación inicialmente garantizada y no a la existencia de una obligación cualquiera.

Debe distinguirse entre la causa-fuente de la hipoteca, que es siempre el contrato y la causa-fuente de la obligación o crédito, que es cualquiera de las posibles causa-fuentes mencionada en el art. 499⁸⁰ C.C. El contrato de hipoteca, constitutivo del derecho real, debe individualizar la obligación garantizada

(pueden garantizarse varias) por ser este derecho real accesorio a este determinado derecho personal.

Capítulo III

Especialidad en cuanto al crédito

Sumario: 1. Concepto. 1.1 Análisis del concepto según el derecho comparado. 1.1.1 Derecho Español. 1.1.2 Derecho Francés. 1.1.3 Derecho Italiano. 1.1.4 Derecho Brasileño. 1.1.5 Derecho Nacional.

Concepto:

Comenzaremos estableciendo que este carácter tiene un doble aspecto:

a) especialidad en cuanto al objeto; consiste en la determinación o individualización de la cosa o cosas afectadas a la garantía. La hipoteca sólo puede constituirse sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas.

El artículo 3131 C.C dispone entre otras cosas que en el acto constitutivo de la hipoteca debe manifestarse, la situación de la finca y sus linderos, en caso de ser rural el distrito a que pertenece y si es urbana, la ciudad a la pertenece.

La determinación del objeto es un requisito común a todos los derechos reales, ya que todos deben recaer sobre cosas determinadas.

b) la especialidad en cuanto al crédito que consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria.

1.1. Análisis del concepto según derecho comparado:

1.1.1. Derecho español:

Establece que la especialidad o determinación demarca la responsabilidad a que el objeto sobre el que recae la hipoteca está afectado. Se refiere a la cantidad a la que queda sometida la garantía. Las hipotecas no se inscriben sino por una cantidad determinada, la especificación de la responsabilidad de cada finca.

Autores de la talla de Roca Sastre, hablan de la determinación hipotecaria o especialidad en orden a la cantidad dineraria de la responsabilidad hipotecaria. Este carácter se refiere a la individual expresión de la cantidad a que se extiende la garantía. Este derecho real debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, su extensión, cargas, limitaciones, su denominación y su valor si constare del título, con determinación de la cantidad total por la que responde la

finca. El importe de la responsabilidad debe fijarse en moneda nacional constituyendo esto un carácter esencial⁸¹.

Galindo y Escoura: No mencionan la especialidad en cuanto al crédito, aunque revelan que la inscripción hipotecaria de créditos debe expresar el importe de la obligación garantida⁸².

Gómez de la Serna: Las inscripciones deben expresar el importe de la obligación garantida, ya que de no expresarse esta circunstancia se desconocería la verdadera responsabilidad a que la finca esta hipotecada⁸³.

Cossio y Corral: Se exige desde el primer momento la cifra exacta a que puede ascender la responsabilidad. Esta limitación tiene eficacia frente a terceros por lo que nunca se podrá perjudicar a tercero por encima de este límite⁸⁴.

1.1.2 Derecho francés:

Pignon: la hipoteca no puede garantizar más que una suma determinada (especialidad en cuanto al crédito). La hipoteca convencional no puede garantizar sino la suma designada en el acto, le permite al deudor establecer la extensión de la garantía a la importancia de la deuda⁸⁵.

Grenier: La especialidad es el medio de no hipotecar mas de una parte de sus bienes correspondiente al montaje de la obligación que contrae y conservar el resto libre⁸⁶.

Aubry y Rau: La especialidad de la hipoteca en lo referido al crédito exige que se enuncie de una manera precisa la suma a que se eleva, el crédito por seguridad del cual se toma⁸⁷.

Tropong: Debido a que la hipoteca tiene por causa una suma de dinero que ella garantiza es necesario que esta causa sea estipulada expresamente en el acto. En efecto, en el acto se deben encontrar todos los elementos de la inscripción que debe hacer conocer a los terceros la posición del deudor. La ley establece que el

acto contenga una enunciación exacta de las sumas para la seguridad de las cuales la hipoteca ha sido consentida⁸⁸.

En este sentido Planiol- Ripert, señala que la hipoteca que garantice un crédito indeterminado en cuanto a su causa o ilimitado en cuanto a su montaje arruina el crédito de la persona gravada. Las hipotecas con causa indeterminadas impiden conocer exactamente en un momento cualquiera el pasivo hipotecario del deudor. La especialidad consiste en la determinación del crédito en su causa, y la cifra a que se eleva la responsabilidad hipotecaria⁸⁹.

Carpentier: La hipoteca supone una obligación principal civilmente válida y eficaz, el crédito debe estar determinado, especialmente en el acto constitutivo. Esta indicación del crédito garantizado es indispensable para la seguridad de terceros porque ellos así saben en qué medida el inmueble hipotecado deja lugar al crédito. El quantum debe ser indicado al tomar inscripción⁹⁰.

1.1.3 Derecho italiano:

Galdi: Argumenta de la determinación de la suma debida; la hipoteca no puede subsistir sino por sumas determinadas de dinero. La especialidad resulta de la determinación del dinero por el cual esta toma inscripción. Es necesario conocer en que suma el inmueble esta gravado⁹¹.

El Código Civil italiano de 1942, establece en su artículo 2802 que “la hipoteca debe ser inscrita sobre bienes especialmente indicados y por una suma determinada de dinero”, y en su artículo 2839 que, “si la suma de dinero no se encuentra determinada de otra manera en los actos a base de los cuales se realiza la inscripción o en acto posterior, la misma se determina por acreedor en la nota para la inscripción. Cuando entre la suma enunciada en el acto y la enunciada en la nota hay divergencia la inscripción tiene eficacia en cuanto a la suma menor”.

Chironi: El requisito de la especialidad necesita determinar la cantidad del crédito, debe existir la suma determinada en dinero, de esta manera se sabe el cómo y el cuanto en que se ha gravado el patrimonio del deudor. La inscripción

no tiene efecto sino por una suma determinada en dinero. El crédito garantizado deber ser especializado, o sea, determinado en su individualidad⁹².

1.1.4 Derecho brasileño:

Luego de haber sentado los criterios de países del viejo continente en cuanto a la especialidad, creemos conveniente citar lo que predispone este derecho, para dejar sentado que idea tiene el país vecino en cuanto a este carácter.

Dos santos: La especialidad en cuanto al crédito se obtiene declarando hasta qué valor el inmueble se halla gravado esto le permite al deudor contraer una nueva deuda o al acreedor consentir segunda hipoteca, debe designarse el valor total de la deuda o su estimación. La hipoteca deber ser especial con cuantía determinada⁹³.

1.1.5 Derecho nacional:

La hipoteca es especial en cuanto al crédito pues el monto de la deuda o si se quiere del crédito garantizado con hipoteca; debe expresarse siempre numéricamente. La suma de dinero cierta y determinada es la indicación especial del crédito que frente a terceros denotará en que medida numérica deben respetarse los derechos del acreedor; el quantum de la garantía.

Cualquiera sea el crédito ha de traducirse en una suma de dinero porque es el único arbitrio que permite determinar en el acto constitutivo de la hipoteca qué suma ella garantiza.

La hipoteca no podría, de acuerdo con esta disposición, (se refiere al art. 3109⁹⁴) ser constituida para garantizar todas las obligaciones pendientes a favor de una persona o todas las obligaciones que el deudor pueda contraer durante el año en curso. El principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito ha sido establecido también en el interés del deudor y de los terceros: del deudor, para que pueda valorar y proporcionar debidamente la extensión de la garantía con relación a la deuda, evitándose así que pueda en una sola operación hipotecaria,

absorber todo su crédito; de los terceros, porque sería prácticamente imposible, una vez constituida una hipoteca en garantía de la generalidad de las obligaciones del deudor, que un tercero le acordara un nuevo crédito hipotecario, ante la incertidumbre que había en cuanto al monto definitivo de la deuda asegurada con la primera hipoteca.

La hipoteca no podrá constituirse para garantizar todas las obligaciones pendientes o todas las que el deudor pueda contraer a favor de determinada persona, la deuda debe ser concretada en una suma cierta y determinada. Esto determina que fuera o por encima de esa suma, la garantía no exista. Por este monto existe una preferencia en cuanto al cobro sobre el bien afectado, que el acreedor puede ejecutar cualquiera sea su titular.

El gravamen se constituye en garantía de una suma cierta y determinada, esta exigencia es impuesta a favor del deudor que puede valorar debidamente la extensión de la garantía que avala su deuda y de los terceros a quienes les interesa conocer el monto de lo adeudado a otros acreedores para estar al tanto de la responsabilidad y solvencia del deudor.

La especialidad permite que sea conocida y publicada la afectación y fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores.

Aludiendo a lo mencionado anteriormente establecemos que la especialidad en cuanto al crédito comprende:

- a) la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen.
- b) La individualización del crédito.
- c) La especificación de todos los elementos del crédito, incluyendo expresamente la mención de su causa.
- d) La consignación del importe de la obligación garantizada.

El primero de los puntos se refiere al derecho real, los otros tres se refieren al derecho personal.

Si bien en el caso de las obligaciones de dar sumas de dinero el capital hipotecario o sea la suma por la que responde el inmueble coincide con el monto de la deuda, y en los demás casos se fija por aproximación, de manera estimativa o como un máximo, ello no modifica el concepto de especialidad; es decir que no consideramos que las hipotecas en garantía de obligaciones de dar sumas de dinero sean la regla y los demás supuestos una excepción, sino que el concepto es único; siempre la institución conocida como especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria o gravamen en una suma de dinero fácilmente determinable. Siempre la cifra, sea la obligación dineraria o no, es el máximo del que responde la finca.

Técnicamente no parece que el nombre especialidad en cuanto al crédito sea el más correcto y apropiado, pues, induce a confusión, ya que la institución se refiere a la hipoteca, o sea al derecho real, y no al crédito o derecho personal. Sin embargo, nuestra meta es esclarecer el concepto, entendiendo que en derecho una vez que una institución toma carta de ciudadanía con una denominación, y se conoce a qué todos quieren referirse, no es posible ni deseable modificar las palabras. Tampoco la denominación especialidad en cuanto al gravamen (aunque más precisa) sirve para cambiarla por la utilizada, pues los autores franceses denominan así a la institución que nosotros conocemos como especialidad en cuanto al objeto; en consecuencia, la sustitución contribuiría aún más a confundir las ideas⁹⁵. Consideramos importante realizar esta aclaración con relación a estos conceptos.

La especialidad de la hipoteca en cuanto al monto exige que se constituya por una suma de dinero cierta y determinada.

El principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito ha sido establecido en el interés del deudor (para que pueda valorar y proporcionar debidamente la extensión de la garantía con relación a la deuda) y de los terceros (porque sería prácticamente imposible, una vez constituida una hipoteca en garantía de la generalidad de las obligaciones del deudor, que un tercero le

acordara un nuevo crédito hipotecario, ante la incertidumbre que habría en cuanto al monto definitivo de la deuda asegurada con la primera hipoteca).

La condición de la especialidad de la hipoteca tanto respecto al inmueble hipotecado como en relación al crédito garantizado, es esencial para su constitución válida y si falta ese requisito sería nula por aplicación de lo dispuesto por el art. 1004 C.Civ.

El principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito exige la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa fuente de la obligación que garantiza.

Aunque el Código Civil admite la constitución de hipotecas para garantizar créditos eventuales, estos deben tener origen en una relación jurídica preexistente.

Si la relación jurídica preexistente a la constitución de hipoteca que garantiza créditos eventuales no fue expresada en el acto constitutivo las escrituras correspondientes son nulas, por aplicación de lo dispuesto por los art. 1004⁹⁶ y 3148 CCiv⁹⁷.

Carecen de validez las escrituras hipotecarias que omiten determinar los intereses correspondientes a las operaciones supuestamente preexistentes que se pretende garantizar y tampoco indican la tasa que devengarán a partir del acto constitutivo, sin especificar la causa fuente o relación jurídica, en tanto constituyen verdaderas hipotecas abiertas que no existen en nuestro derecho.

No pueden constituirse en nuestro sistema hipotecas con anterioridad a la existencia de un negocio jurídico cualquiera.

Las hipotecas de una generalidad de créditos indeterminados ponen en crisis el principio fundamental del rango de avance potencial de las hipotecas posteriores, pues convierten en posibilidad remota su ascenso a las gradas superiores.

Nuestro sistema es de rango de avance, y no fijo, extinguida una hipoteca, las posteriores avanzan automáticamente, ocupando el casillero registral que ha dejado la anterior.

La especialidad en cuanto al crédito es un recaudo que favorece al deudor (no perder la posibilidad de crédito a favor de un solo acreedor), pero beneficia fundamentalmente al resto de los acreedores (no soportaran sobre si un crédito prácticamente prededucible); por esta razón, ellos tiene derecho a que se cumplan estrictamente todos los requisitos exigidos para una garantía fuerte, como es la hipoteca. Este aspecto es especialmente importante en el concurso preventivo, pues la verificación del crédito como hipotecario autoriza al acreedor a ejecutar inmediatamente un bien que, en cambio permaneciendo en el patrimonio del deudor, puede ser significativo para que este pueda pagar al resto.

Capítulo IV

Especialidad en cuanto al crédito y accesoriedad

1. Especialidad y accesoriedad. 2. Contrato, causa, obligación.

1.Especialidad y accesoriedad

La especialidad según nuestro ordenamiento jurídico predica con respecto a la determinación del inmueble gravado y a la suma en dinero por la que responderá el inmueble, que debe expresarse en el acto constitutivo de la hipoteca.

Si se trata de una hipoteca en garantía de un crédito cierto en dinero se expresará en la escritura hipotecaria la suma a que asciende el mismo, coincidiendo por consiguiente, la suma por la que responde la finca y el crédito que la hipoteca asegura.

Por el contrario, si el crédito es indeterminado en su valor, o la obligación es eventual o condicional, artículo 3.109 C.C⁹⁸. bastará para cumplir con el principio de especialidad, estimar en una suma de dinero en monto que podrá alcanzar el crédito garantizado, cubriendo la garantía solo hasta la concurrencia de dicho monto, independientemente de la valuación mayor que en definitiva resulte para el crédito.

La falta de especialidad o determinación del gravamen lleva consigo la nulidad de la hipoteca. Esta nulidad surge de la violación de la estructura esencial del derecho real, según la estipulado por el artículo 3.109 C.C. al exigir que su constitución sea por una suma de dinero cierta y determinada.

Otra cosa es la accesoriedad de derecho real de hipoteca, ya que el derecho real de hipoteca por sí solo y directamente no otorga a su titular ningún valor económico.

La utilidad de la hipoteca se produce en relación con el derecho principal (el crédito), sin el cual no se concibe. El derecho real de hipoteca, sin transformar la naturaleza del crédito, hace de éste un derecho fuerte y robusto. De aquí pues que la finalidad de la hipoteca está en situación de dependencia con respecto al crédito. Por ello sostenemos que la hipoteca es accesorio del crédito, u obligación garantizada en un sentido teleológico o finalista.

El derecho de crédito ni forma parte ni integra a manera de elemento componente, la estructura y el mecanismo hipotecario. El crédito figura como punto de destino o meta final hacia la cual se proyecta y orienta la vinculación hipotecaria.

Es por ello que la hipoteca no puede garantizar en nuestro derecho obligaciones en abstracto, no habría accesoriedad cuando se pretenda garantizar “cualquier obligación” o cuando se intente crear el gravamen con prescindencia de toda obligación.

2. Contrato- causa- obligación-

Corresponde aquí delimitar en qué medida, para cumplir con el requisito de accesoriedad de la hipoteca, es necesaria la determinación de la obligación principal en el acto constitutivo de la hipoteca.

Entendemos por causa fuente el hecho, acto o relación jurídica que engendra y sirve de fundamento a la obligación.⁹⁹

La causa fuente es el origen o antecedente de algo, vale decir la suma de condiciones positivas o negativas que hacen que el ser o el acontecer se produzcan.¹⁰⁰

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, la principal, siendo sus efectos la creación, modificación o extinción de obligaciones y la creación de derechos reales.

La obligación, en su aspecto pasivo, o crédito en su aspecto activo, es un efecto del contrato, surge del mismo. Es la obligación concreta que surgirá del contrato que se haya celebrado entre las partes, obligando al deudor a realizar una prestación al acreedor.

En principio no hay lugar a dudas, que en el caso que la hipoteca garantice un crédito cierto y determinado, el acto constitutivo de la misma deberá contener, según artículo 3.131, incisos 2º¹⁰¹ y 4º¹⁰², la fecha y naturaleza del contrato a que

accede y el archivo en que se encuentra, siempre que no consten en el mismo instrumento el contrato que da origen a la obligación que la hipoteca garantiza y la escritura de constitución del derecho real, y la cantidad cierta de la deuda que coincidirá en estos casos con la suma que hace a la responsabilidad hipotecaria; con ambos requisitos, más los establecidos en los incisos 1^o¹⁰³ y 3^o¹⁰⁴, se cumple con los principios de especialidad y accesoriedad.

En estos casos pueden utilizarse como sinónimos, los términos contrato, causa, obligación, ya que la causa (fuente) es el contrato a que accede la hipoteca, determinado en el acto constitutivo, y la obligación es la obligación determinada a cargo del deudor que surge del contrato (causa fuente) y que garantiza la hipoteca.

Si la hipoteca ha sido utilizada para garantizar obligaciones eventuales, o créditos condicionales, o indeterminados, obligaciones de hacer o de no hacer, la hipoteca es válida (artículos 3.109 y 3.153¹⁰⁵) y se cumple con el requisito de especialidad, determinando en acto constitutivo de la hipoteca el valor estimativo de la obligación que la hipoteca garantiza, única suma por la que responde la finca.

En las hipotecas constituidas en garantía de este tipo de créditos, no es posible cumplir de la misma forma con los requisitos establecidos en los incisos 2^o y 4^o del artículo 3.131. Con relación al inciso 4^o, esta falla viene a quedar subsanada, con la estimación de la suma que fija la responsabilidad hipotecaria a que se refiere la segunda parte del artículo 3.109 C.C. y con relación al inciso 2^o, es necesario interpretar cómo se cumple con dicho requisito, y aquí se producen las confusiones entre las nociones de causa, contrato y obligación.

Para cumplir con el requisito de accesoriedad se exige manifestar en el acto constitutivo, la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada. Se está exigiendo la causa fuente y obligación determinada surgida de esa causa fuente (contrato).

Haciendo referencia a la hipoteca por saldos de cuentas corrientes bancarias, caso típico y más usual de la hipoteca en garantía de créditos u obligaciones eventuales, se ha confundido causa (fuente), en el caso contrato de apertura de

crédito entre el banco y el cliente, con la obligación determinada que pueda surgir del contrato base (causa fuente) como ser la obligación que surge si el banco realiza adelantos en cuenta corriente, descuentos de documentos etcétera.

Observando el concepto de derecho eventual, entendiendo por el mismo como una “previa situación vinculante o de ligamen” o un “germen de gestación”, la relación jurídica que podría o no dar origen a la obligación eventual debe existir realmente al momento de la convención hipotecaria, entre acreedor hipotecario y deudor hipotecario.

Basta y es suficiente para llenar y cumplir la exigencia de la accesoriedad, que exista un tipo de relación de la cual pueda surgir la contingencia del nacimiento de una obligación personal en cabeza de quien es titular del derecho de hipoteca.

La determinación de esa previa relación jurídica entre las partes, es el requisito que exige el código en el inciso 2º del artículo 3.131 C.C. , en el caso de hipotecas en garantía de obligaciones eventuales. Esta relación jurídica es la “causa fuente” o “contrato a que accede la hipoteca”, es decir el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, del que deberá consignarse no sólo su fecha, sino sus características generales, con la determinación del tipo de operaciones que puedan surgir entre el banco y el cliente, que habrían de dar nacimiento a las obligaciones eventuales.

Esta es la única explicación que se compadece con el con el derecho eventual, de ninguna forma podría determinarse precisamente, una obligación que aún no ha nacido, al momento de constituirse la hipoteca y respecto de la cual no hay certeza de que nazca.

Solo puede determinarse la causa fuente o generadora, de la cual podrá surgir la obligación que la hipoteca garantiza.

La hipoteca es accesorio; en un sentido finalista, accederá a la obligación si esta nace y cuando el acreedor demuestre que el crédito que la hipoteca garantiza,

ha surgido de la causa fuente o contrato que se relacionó en la escritura de la constitución hipotecaria.

Necesariamente la causa fuente, o contrato a que accede la hipoteca, debe ser anterior o simultáneo a la constitución de la hipoteca; no aceptamos la hipotecas en garantía de obligaciones pasadas que no están determinadas en la escritura hipotecaria, porque en ese caso no podríamos hablar de una accesoriedad finalista. Tampoco de una obligación futura. Referirse a una obligación futura, es referirse a una obligación completamente indeterminada; respecto de la cual, en el momento de la constitución de la hipoteca, no existe causa fuente. La hipoteca constituida por una obligación pasada o futura es una hipoteca no accesorial, prohibida por nuestro derecho.

Se aceptan la utilización de formulas generales como ser, “que la hipoteca garantiza todas las obligaciones que puedan surgir entre el banco y el deudor hipotecario”, siempre que en la escritura hipotecaria se relacione el contrato generador de tales obligaciones, es decir la causa fuente.

Sintetizando, podríamos decir que todo lo referido al crédito u obligación principal hace a la accesoriedad de la hipoteca. En la hipoteca por créditos eventuales, se cumple con el requisito de accesoriedad, indicando en la escritura hipotecaria la causa fuente generadora de las obligaciones que en el futuro puedan surgir entre el acreedor hipotecario y deudor.

La apertura de crédito en cuenta corriente bancaria es un caso típico de hipoteca en garantía de obligaciones eventuales, válidas en nuestro derecho positivo vigente si la obligación eventual aparece determinada por la causa fuente indicada y detallada en la escritura de constitución de la hipoteca.

Esta causa fuente debe ser anterior o simultánea a la constitución de la hipoteca, de allí que no se acepten hipotecas que aseguren obligaciones anteriores o futuras que puedan surgir entre las partes.

Estos principios referidos precedentemente han sido establecidos en interés del deudor como así también de terceros, del deudor para que pueda valorar y

proporcionar debidamente la extensión de la garantía con relación a la deuda, evitándose así que una sola operación hipotecaria absorba todo su crédito; de los terceros que sería imposible una vez constituida una hipoteca en garantía de la generalidad de las obligaciones del deudor, que un tercero acordara un nuevo crédito hipotecario, ante la incertidumbre que habría en cuanto al monto de la deuda asegurada con la primera hipoteca.

El principio de especialidad en cuanto al crédito tiene por fin, en primer término proteger al constituyente para no ser despojado, de un solo golpe, de toda su capacidad de endeudamiento y para que sepa hasta qué punto el gravamen lo afecta y en segundo lugar, para garantía de los terceros a fin de que puedan conocer la intensidad del gravamen para no ser sorprendidos por la existencia de un crédito cuyo monto podría resultar desmesurado. El gravamen debe tener un límite cierto al punto de que nadie pueda ser llevado a engaño¹⁰⁶.

En lo respecta a la accesoriedad, se devienen como efectos del mismo; que debe existir un crédito principal (artículos 3.108¹⁰⁷, 3.131 inciso 2º del C.C.), la cesión del crédito comprende la de derechos accesorios (artículo 1.458 C.C.¹⁰⁸) y la extinción del principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones extingue la hipoteca (artículo 3.187 C.C.¹⁰⁹).

Sin embargo, debemos resaltar que la inversión en la ecuación, en sus elementos, no produce los mismos efectos. Es decir que la extinción del accesorio no arrastra, ni conlleva, ni produce, la extinción del principal (artículos 3.194 C.C.¹¹⁰, 3.197 C.C.¹¹¹).

Asimismo, la nulidad de la obligación principal produce de pleno derecho la nulidad de la hipoteca accesoria; pero la situación inversa tampoco ocurre. Es decir que la nulidad de de la hipoteca (por vicios o defectos propios) no provoca la nulidad del crédito principal afianzado.

De acuerdo a lo mencionado, observamos la necesidad de que exista y se encuentre determinado en la convención hipotecaria el crédito principal o causafuente de la obligación. Entendiendo por la misma a la relación jurídica en virtud

de la cual alguien denominado deudor, debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor¹¹².

Los elementos esenciales de la obligación son: el sujeto que se desdobra en activo y pasivo, el objeto y la causa fuente de la obligación. No es dable imaginar obligación que carezca de sujetos, o de objeto, o de causa fuente. Esa situación aunque tuviese la apariencia de obligación, sería como tal jurídicamente inexistente, o nula.

La causa fuente es el hecho que la ha originado, nuestro código sigue la letra de Freitas en el artículo 499 C.C.¹¹³. “ No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”.

En la nota al artículo 3.129C.C.¹¹⁴ Vélez habla de causa lícita de la obligación. Es causa lícita el acto o contrato que la origina, conforme a la ley, con más las que surgen de la ley misma. El artículo 3.131 en sus incisos 2º y 4º impone la necesidad de determinar el crédito y la deuda, es decir la manifestación expresa de la suma cierta de dinero a que asciende la misma, se entiende por crédito la causa fuente (acto o contrato o ley) que origina la obligación articulada en un contrato que es la base para la constitución de la hipoteca.

Invirtiendo los términos de la relación causal, sin alterarse el producto, tendríamos; contrato-obligación-hipoteca, y a su vez la hipoteca solo puede ser convencional (artículo 3.115 C.C.¹¹⁵). El marco de esta convencionalidad está dado por aquello que Molinaro dio en calificar como pacto hipotecario prestado por el deudor en el acto notarial de constitución (artículo 3.128¹¹⁶, 1184. inciso 1º C.C.¹¹⁷.) más el consentimiento prestado por el acreedor que acepta prestarle por acto posterior, eventualmente¹¹⁸. No debemos confundir el contrato fuente de la obligación principal, con el contrato o convención hipotecaria que da nacimiento al derecho real.

Es indispensable, en efecto, conocer exactamente el crédito garantido por la hipoteca y la cuantía de este crédito. Si no se tuviesen en cuenta estas dos indicaciones, si los inmuebles se hipotecaran para la garantía de todos los créditos

que pudieran originarse a favor del acreedor sin ninguna limitación, el crédito del deudor quedaría consumido a la primera hipoteca que otorgase, ya que ante esta incertidumbre ninguna otra persona consentiría en prestarle dinero¹¹⁹.

La Cámara de Apelaciones de Rosario en autos “ Chiesa Hnos. Ltda.. c/ Curtiembres Andino SRL”, dijo: “ Por haberse omitido en la escritura hipotecaria toda mención a la naturaleza del contrato a que accede la garantía, e acto constitutivo adolece del defecto de no respetar la especialidad de la hipoteca, lo que importa su nulidad (artículo 3.148 C.C¹²⁰.), nulidad esta que es de carácter absoluto puesto que autoriza expresamente a oponerla al propio deudor, contrariando el principio general que prohíbe hacerlo a quien la produjo o concurrió a producirla. Consecuentemente el título de esta ejecución es inhábil”¹²¹.

El principio de la especialidad exige antes que nada, la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa –fuente de la obligación¹²². Una cosa es la hipoteca como derecho real de garantía y otra el crédito como relación personal entre las partes, lo que la ley quiere es que al mencionar la naturaleza del contrato, permita al acreedor conocer su causa sin tener que entregarse a otras investigaciones extrañas al instrumento mismo. Es nula la hipoteca otorgada para garantizar y asegurar el pago de cualquier suma de dinero o efectos que la sociedad actualmente adeudare o en adelante pudiera adeudar., porque no se menciona ningún contrato al que acceda la garantía, simplemente surge que la acreedora es una entidad financiera, sin que de ello pueda concluirse que los contratos que se hayan querido asegurar sean los que acostumbra a realizar una empresa de este tipo. No puede probarse con una hipoteca declarada nula por transgredir el principio de especialidad al no individualizarse en ella el crédito al cual accede el gravamen, no obstante declararse en ella un valor estimativo¹²³.

Volviendo a la cuestión que versa acerca de las obligaciones eventuales, podemos mencionar dos corrientes doctrinarias; por una parte Segovia opina que la obligación eventual es toda obligación futura, “es la que depende de un evento”, es decir que no existe aún, pero que puede existir ex pos facto; toda obligación futura cuya existencia no es necesaria. Y, Segovia además, hace la aclaración de que, “la obligación suspensiva no es eventual, hoc sensu, (según los artículos

3.109 y 3.153 C.C.) en razón de su efecto retroactivo que hace se la considere como si desde el principio hubiese existido”¹²⁴. Otra corriente doctrinaria entiende que la mención a obligaciones eventuales en el artículo 3.109 C.C. es redundante, porque el ejemplo típico consiste en los sujetos a condición suspensiva, es decir que dependen de un acontecimiento futuro o incierto¹²⁵.

Para aclarar este tema Ripert y Boulanger, señalan que “puede constituirse válidamente una hipoteca para garantizar un crédito simplemente eventual siempre que se indique con suficiente presión el acontecimiento que pueda dar origen al crédito, de manera que éste pueda ser individualizado.”¹²⁶

Admitimos que la obligación sea futura, que no haya nacido aún, pero lo que resulta evidente es, que lo que debe, inexorablemente existir a la época de la constitución de la hipoteca es el contrato u otra causa fuente de obligaciones del cual aquello pueda nacer. Y ese contrato o cualquier causa – fuente debe estar descripta en el acto constitutivo de la hipoteca. En contra de esta postura la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en los autos “Accorsi Rubén c/García Puente Y otro” dijo el principio de especialidad rige con certeza cuando se trata tanto de la cosa hipotecada como del monto de la deuda, pero no existe igual precisión respecto del crédito asegurado con la hipoteca, el cual puede ser condicional o indeterminado en su valor o la obligación eventual, tal como lo admite el artículo 3.109 del Cód.Civil”.

Como corolario de lo expuesto, advertimos que las hipotecas de este carácter, o sea aquéllas donde falta la determinación de crédito. La falta de causa de la obligación arrastra la nulidad de la hipoteca.

No creemos que se satisfaga la condición de especialidad por la designación exclusivamente del monto. La ley exige también que se individualice la causa de la relación jurídica hipotecaria, porque protege el interés de los terceros tendiendo a evitar que se cometa un fraude pauliano en su perjuicio, facilitando la investigación sobre la efectiva existencia de los créditos que se pretenden garantizar con este derecho.

Tangencialmente incursionamos, entonces, con el principio de rango de avance. Sin dudas, que se vulneraría ese principio que informa el sistema hipotecario argentino si, extinguiendo el crédito nacido de determinado contrato, la misma hipoteca que lo garantizaba se extendiera liberal y arbitrariamente cubrir luego otro crédito que reconoce su nacimiento y origen en un acto jurídico nuevo, independiente, inconexo y distinto.

Capítulo V

Hipotecas Abiertas

Sumario: 1. Concepto de hipoteca abierta. 2. Posibilidad de constituir hipotecas abiertas. 3. Diferencias entre la hipoteca abierta por créditos indeterminados y la hipoteca por saldo de la cuanta corriente. 4. Análisis del principio “Numerus Clausus” y las hipotecas abiertas por crédito indeterminado. 5. Conclusiones.

1. Concepto de hipoteca abierta:

La hipoteca abierta puede ser definida como a un derecho real de garantía, que se constituye en seguridad de un crédito (en dinero) indeterminado. Es la hipoteca constituida en garantía de todas o algunas operaciones que se hayan celebrado o realicen en el futuro entre el deudor y el acreedor. Esta hipoteca es abierta por cuanto pueden ingresar todos los créditos entre deudor y acreedor que así se beneficia con la garantía.

Por hipoteca abierta se entiende a la garantía real que accede a un contrato con diversas obligaciones, algunas determinadas y otras por determinarse. A través de ella se garantiza una o varias obligaciones, siendo el monto final del crédito a ejecutar una incógnita, ya que dependerá del importe adeudado por el deudor a la fecha de quedar constituido en mora si ello sucediese.

Existen dos variedades de hipotecas que en nuestro derecho se han dado en llamar hipotecas abiertas:

1) Caso del rango compartido: los acreedores prestan conformidad para que otros acreedores posteriores tengan el mismo rango que ellos y no un rango postergado. El art. 19 de la ley 17.801 autoriza un pacto entre acreedores y deudor que les permite sustraerse a los efectos del principio de prioridad, compartiendo la prioridad o autorizando que sea compartida.

En el lenguaje notarial se ha dado en llamar hipoteca abierta a esta especie, utilizada habitualmente para dar crédito a quienes construyen grandes edificios; a medida que se va edificando, al aumentar el valor del inmueble se aumenta el dinero prestado en hipoteca sobre el mismo. El sistema se basa en la confianza que los clientes tienen en el escribano que intervendrá en las posteriores escrituras (generalmente se pacta como condición que todas pasen ante un mismo registro notarial), pues los acreedores dan su conformidad para la constitución de otras hipotecas en el mismo grado que la propia; partiendo de la idea de que si la construcción no avanza y, por ende, las mejoras no acrecen el valor originario del inmueble, el escribano no otorgará otras escrituras que hagan ingresar nuevos acreedores, achicando la garantía de los anteriores. En cambio, si el edificio

adelanta, los primeros acreedores no se perjudican pues la garantía sigue siendo suficiente. Es así que realmente se da una primera cuota de dinero cuando el propietario constituyente de la hipoteca tiene el terreno baldío y, otras más a medida que se van levantando los pisos del edificio. De acuerdo al art. 3110 C.C¹²⁷, todo queda comprendido en la hipoteca.

Esta hipoteca se considera abierta en cuanto a la posibilidad de que otro acreedor posterior en el tiempo comparta el rango. Es una especie de reserva de rango y complementa el art. 3135, C.C¹²⁸, reformado por ley 17.711. En cuanto a la reserva de rango, se fija un capital (monto) por el que se reserva el rango, como también el plazo (tiempo por el que se mantiene la reserva), esta reserva puede ser constituida para un solo acreedor, o a favor de varios acreedores hasta llegar a ese monto pactado en la reserva.

2) Caso de los créditos indeterminados: se considera a ésta como la hipoteca abierta propiamente dicha. Es la hipoteca constituída en garantía de todas o algunas operaciones que se hayan celebrado o realicen en el futuro entre el deudor y el acreedor.

Esta hipoteca es abierta por cuanto pueden ingresar todos los créditos entre deudor y acreedor que así se benefician de la garantía.

2. Posibilidad de constituir hipotecas abiertas:

El primer tipo de hipoteca abierta puede constituirse en nuestro derecho, con las limitaciones y en los mismos términos y con los efectos de la reserva del rango.

El segundo tipo de hipoteca abierta, según nuestra posición, es inadmisibles, en nuestro derecho positivo actual.

De ordinario este tipo de garantías reales suelen contraerse para amparar un cúmulo de operaciones comerciales, sobre todo financieras.

Son omnicompresivas de créditos indeterminados; vale decir, que se encuentran genéricamente individualizados en el acto constitutivo, ya sean presentes, futuros o eventuales.

Están concertados entre el constituyente de la hipoteca por la deuda propia o ajena, y el acreedor, debiendo consignarse la expresión de la suma de dinero, como techo o monto máximo de la garantía, y por un plazo determinado.

Este sistema tiene la ventaja de simplificar las tramitaciones tendientes a obtener créditos, abaratar sus costos y ahorrar la constitución sucesiva de nuevos gravámenes reales, o tener que efectuar ampliaciones del primogénito acto de escritura; evitando de igual modo la afectación de los restantes bienes inmuebles pertenecientes al deudor, que los podrá ofrecer—incidentalmente— en garantía de distintas operaciones a concertar con otros acreedores.

Son ejemplos comunes de este tipo de garantías las siguientes cláusulas:

-“... se garantiza con hipoteca todas las operaciones que se haya celebrado o se celebren en el futuro entre deudor y acreedor”;

-“... todas y cualesquiera de las deudas que tenga al presente pendientes o llegue a tener en adelante por todas las operaciones y contratos que por cualquier concepto, inclusive operaciones de comercio exterior, compraventa, descuentos de pagaré a sola firma o de terceros, etc.”.

La indeterminación de obligaciones garantizadas con la constitución de hipotecas o constitución anticipada de hipotecas para cubrir operaciones futuras, sin precisar la causa fuente anterior o de constitución simultánea a la hipoteca, vulnera el principio estatutario e inderogable de la especialidad.

La vulneración al rango de avance se manifiesta, al no precisarse la causa fuente de la cual nace la obligación garantizada, la garantía actúa como una “colectora de todo tipo de operaciones” al retroalimentarse a sí misma. Al no mediar aquella precisión de la causa fuente, a medida que el deudor va cancelando las obligaciones garantizadas con la hipoteca se podrían incorporar solapadamente

otras nuevas deudas a la misma garantía (gracias a la falta de individualización de la causa fuente), lo que obstaría a que las hipotecas de rango inferior –constituidas con posterioridad: tal el caso de un segundo acreedor hipotecario- avancen en su rango pues la primera se renovarían a sí misma constantemente mediante la retroalimentación que se produce al crearse nuevos créditos que van a quedar cubiertos por la cobertura constituida anticipadamente. Los acreedores no saben a qué atenerse, desde que existe la posibilidad de ingresar otras obligaciones al no señalarse cuales son las garantizadas.

3. La accesoriadad en las hipotecas por créditos eventuales

La hipoteca en garantía del saldo de una apertura de crédito en cuenta corriente, es el típico caso de hipotecas en garantías de obligaciones eventuales.

No es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, acerca de si el saldo en garantía de crédito en cuenta corriente, es una hipoteca en garantía de obligaciones eventuales, aceptada por el código civil, o se trata de una hipoteca abierta, por créditos indeterminado, no accesoria, reñida con los principios de nuestra legislación positiva.

1. Afirman que la hipoteca en garantía del saldo de apertura de crédito en cuenta corriente, es una hipoteca abierta.:

Rivera: Este autor expresa “Si se reconoce validez a la hipoteca constituida por el saldo de cuenta corriente bancaria, no hay causa fuente de la obligación.” (artículo 3131 inc.2º¹²⁹) que satisfaga el principio de especialidad y accesoriadad de la hipoteca, por cuanto la cuenta corriente es colectora de todo tipo de operaciones. Sería una hipoteca abierta reñida con nuestro sistema, ya que se permitirá al banco incorporar cualquier obligación, ya sea mutuo, descuento, apertura de crédito, libranzas de cheques sin autorización previa para girar en descubierto, y todos ellos estarían garantizados con la misma hipoteca, con el solo trámite de un asiento contable, con lo que se arruinaría el crédito del deudor y no se cumple con el principio de nuestro sistema de rango de avance, norma estatutaria que forma parte de la estructura interna del derecho de hipoteca y que no puede ser modificada por la autorregulación de las partes.

Cause. Este autor sostiene que cuando las entidades financieras están autorizadas a la prestación del servicio accesorio de cuenta corriente, y aceptan la constitución de gravámenes hipotecarios, en garantía y a la seguridad en la efectiva percepción de todo lo que tuviesen que cobrar del prestatario en cuentas corrientes por importes adeudados o comprometidos en operaciones debitables en las referidas cuentas, están conformando una cobertura con indeterminación sustantiva, en cuanto no se observan las exigencias de la especialidad respecto del crédito.

Las formulas instrumentales utilizables por bancos y compañías financieras, tales como; “La constitución de los gravámenes lo son en garantía y seguridad en el cobro de todos las sumas que la entidad deba percibir del deudor por cartas de crédito, adelantos sin cobertura en cuenta corriente, operaciones o negociaciones de cambio”, están conformando una cobertura con indeterminación sustantiva, en cuanto no se observan las exigencias de la especialidad respecto del crédito.

2. Afirman que la hipoteca en garantía del saldo de apertura de crédito en cuenta corriente es una hipoteca por créditos eventuales y por consiguiente válida para nuestro derecho:

Adrogué-Amuy-Gutierrez Zaldívar, en tanto que los fondos del banco de que hubiese dispuesto el cliente puedan ser claramente imputados y relacionados con las provisiones contractuales que ligan a las partes, las que deban ser definidas en la convención hipotecaria o en el instrumento al cual formula remisión esta última.

Highton, dice que en el supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente o depósito en cuenta corriente, llamada en nuestro derecho cuenta corriente bancaria, las sumas y créditos incluidos en la cuenta pierden su individualidad para convertirse en elementos de un crédito eventual de saldo. Debido a esta novación o indivisibilidad del contrato no se garantiza la exigibilidad aislada de cada crédito singular sino el saldo definitivo exigible al momento del cierre de la cuenta. El acreedor no lo es sino por el saldo, como consecuencia de la indivisibilidad de la cuenta corriente.

3.1 Hipotecas por créditos futuros o abierta

La hipoteca por créditos futuros, es la llamada hipoteca abierta, que garantiza todas las operaciones presentes y futuras que se realicen entre el deudor y acreedor hipotecario. En estas hipotecas no existe accesoriedad, puesto que se garantiza créditos indeterminados, desvinculados de toda causa fuente que pueda actuar como causa generadora de las obligaciones garantizadas.

La doctrina que acepta la validez de estas hipotecas por créditos indeterminados, con prescindencia de la existencia de precontratos, contratos o cualquier tipo de relaciones obligacionales entre las partes que determinen el seguro advenimiento de la obligación a la que la garantía accederá es realmente escasa.

El artículo 3.131 inciso 2º enuncia los requisitos que debe reunir el acto constitutivo de la hipoteca, contempla exclusivamente los supuestos referidos a hipotecas otorgadas en seguridad de obligaciones actuales o típicas. Tratándose de obligaciones futuras o eventuales, la cuestión se rige por el artículo 3.109 segunda parte, que se relaciona con el inciso cuarto del artículo 3.131¹³⁰, bastando que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. Por consiguiente la indicación de las obligaciones eventuales a la que habrá de acceder la garantía y el monto máximo asegurado, bastará para la válida constitución de la hipoteca

Spota, ha destacado que la ley de reformas 17.711 rompe con el principio de que no hay hipoteca sin crédito y que el artículo 3135¹³¹ del Código Civil establece que la reserva de grado tiene por objeto brindar seguridad jurídica a un crédito eventual, es decir, futuro que llegue a no existir, o sea que siendo la hipoteca un accesorio del crédito, por ello no debe nacer coetáneamente con ese crédito. Las exigencias del tráfico jurídico así lo imponen, como se advierte en variados supuestos (garantía de cuenta corriente o de una obligación futura y condicional).

La obligación que la hipoteca garantiza, es cualquiera de las definidas por el artículo 495 C.C¹³². y puede o no constar en el acto constitutivo del gravamen, e incluso la obligación podría resultar de otro título, o necesitar de una constatación

que demande reconocimiento judicial, cuando la obligación garantizada resulte cuestionada o no surja claramente de la documentación obrante.

Las operaciones sui generis que caracterizan al contrato bancario, carecerían de acceso, a estarse a la interpretación dogmática, a la garantía hipotecaria inmobiliaria, por no poder exteriorizarse en el acto constitutivo el crédito en dinero determinado a la que accede.

El principio de especialidad se respeta si del acto constitutivo de la hipoteca surgen los elementos gracias a los cuales puedan determinarse el monto del crédito. Este será el que resulte de la obligación principal y cuando no fuere posible expresar su monto a la época de constitución del gravamen, podrá determinarse por la estimación de una suma de de dinero, que constituirá frente a los terceros la afectación máxima especial sobre el inmueble.

Podemos realizar una serie de consideraciones acerca de la invalidez de estas hipotecas, entre las que podemos mencionar:

1. Es necesario bajo pena de nulidad y consiguiente inoponibilidad de la hipoteca como título ejecutivo, individualizar el contrato que dio origen al crédito garantizado con aquélla, lo cual ni se cumplimenta si se omite consignar la fecha. La naturaleza del contrato y el archivo donde se halla; o si solo se alude imprecisamente a “operaciones realizadas con anterioridad y a realizarse.....”

2. Se considerarán inválidas aquellas hipotecas que garanticen “operaciones realizadas con anterioridad o a realizarse” por entenderse que dicho termino es genérico, comprensivo en el mejor de los supuestos de una gama infinita de figuras jurídicas; por consiguiente hablar de “operación” significa no individualizar la obligación garantizada, debiéndose en nuestro ordenamiento legal, determinarse con precisión cuál es la obligación original garantizada, por que el deudor no puede garantizar todas sus deudas en general, o por las que se generen en tal actividad.

3. Tal como concibe el enunciado del artículo 3.131 inciso 2º, no cabe duda que el contrato a que accede la hipoteca, debe ser obviamente anterior a su

constitución, o al menos ha de haberse concertado en el mismo momento pues no existe otra forma de interpretar la expresión “naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra”.

4. En un fallo la¹³³ Corte Suprema de Mendoza, analizando una hipoteca que garantizaba, no un determinado tipo de operación bancaria financiera, sino todas las obligaciones, deudas y compromisos de cualquier tipo y naturaleza que los hipotecantes, contraigan con el ente financiero, se determinó que del artículo 3.131 C.C. surge que en el acto constitutivo se debe establecer la fecha y la naturaleza del contrato a que accede, que el contrato a que accede no es otro que el que ha dado nacimiento al derecho creditorio garantizado. Por el carácter de especialidad, la dependencia de la hipoteca ni se produce respecto de un crédito cualquiera sino de “ese” crédito que motivó en origen, la constitución de la garantía. En todas las garantías hipotecarias de créditos eventuales, deberá tenerse especial precaución de fijar no solamente el máximo de la cobertura, sino también la razón de ser de los créditos que surgirán de la relación jurídica preexistente las partes. El contrato del que emana el crédito a garantizar mediante hipoteca, es decir la causa fuente de la relación jurídica, debe ser anterior o simultánea a la constitución de la hipoteca, de manera de consignarse en el instrumento, de tal suerte que ambos, crédito y causa sean publicados.

5. Citando otro fallo¹³⁴ de relevancia, refiriéndose a una hipoteca en garantía de un crédito eventual, en cuya escritura hipotecaria, se enumeraron tipos de operaciones que podrían realizarse entre el hipotecante y el acreedor hipotecario, se estableció, que la hipoteca debe precisar la causa fuente de la obligación, incluso los créditos eventuales, debiendo la causa del crédito asegurado inferirse exclusivamente del conjunto de las menciones del acto constitutivo de la hipoteca por lo que la mera enumeración del tipo de operaciones a que se referirá la garantía, es notoriamente insuficiente para su preservación, siendo de nulidad absoluta la hipoteca constituida sin respetar el principio de especialidad. El principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito se refiere, obliga a circunstanciar aun en las obligaciones futuras o eventuales, la causa-fuente-entidad-objeto de la prestación y extensión “magnitud” de los mismos, resultando insuficientes las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones, pasadas presentes o futuras entre las partes.

6. La Suprema Corte de Mendoza¹³⁵, falló disponiendo que cuando no existe la debida especificación del crédito al cual la hipoteca accede, ésta pierde su condición de accesoria y desnaturalizando la función que como derecho real de tal carácter le ha sido asignada se constituye en un derecho real distinto, ya no accesorio y dependiente, sino autónomo que afecta el patrimonio del deudor contrariando la norma del artículo 2.502 del Cod. Civil¹³⁶.

7. La Suprema Corte de Buenos Aires, en un caso¹³⁷ en el que se constituyó una hipoteca en garantías de créditos por deudas resultante de todo tipo de operaciones o contratos, cualquiera fuera el origen de dichas deudas y su instrumentación, el mencionado tribunal interpreto, que los términos de la garantías hipotecaria no contravienen las normas sobre especialidad establecidas por el Código Civil, y esto es porque, el principio de especialidad rige con certeza cuando se trata de la cosa hipotecada, como del monto de la deuda, pero no existe a juicio de la Corte, respecto al crédito asegurado con la hipoteca, el cual puede ser condicional o indeterminado en su valor o la obligación eventual, tal como admite el artículo 3.109 del Cod. Civil¹³⁸.

8. Debemos mencionar que la minoría del fallo citado en el punto cuarto, sentó que, no se quiebra la regla de la especialidad en las hipotecas, en lo que respecta al crédito, si el lugar de designar un determinado tipo de operativa bancario-financiera, se expresa, que se refiere a todas las obligaciones, deudas y compromisos de cualquier tipo y naturaleza que los hipotecantes contraigan con el ente financiero, porque sería hilar demasiado fino señalar concretamente cuáles pueden ser ab initio, la integra gama de tales contratos, estando limitados por la propia ley de entidades financieras y no pueden ser otros.

9. En sentido similar a lo mencionado en el ultimo punto la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal¹³⁹ ha entendido que se respeta el principio de especialidad si la hipoteca grava un bien inmueble determinado y por suma cierta y determinada, aun cuando el monto de la deuda lo sea en base a sumas que adeudare o adeudase y todas las obligaciones contraídas provenientes de créditos acordados por cualquier concepto provenientes de créditos acordados o que se acuerden en lo sucesivo, en tanto las obligaciones que contraiga la deudora no superen el monto consignado en el mutuo.

4.Diferencia entre la hipoteca abierta por créditos indeterminados y la hipoteca por saldo de la cuenta corriente:

No pueden equiparse el supuesto de hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente o cuenta corriente bancaria y el de la hipoteca en garantía de todos los créditos presentes y futuros. Aunque en ambos casos se cumple con el requisito de la especialidad, fijando la responsabilidad hipotecaria o gravamen, solamente en la cuenta corriente bancaria se cumple con la accesoriedad: la hipoteca accede al crédito eventual constituido por el saldo de la cuenta; o por lo menos se configura la única hipótesis en que puede hacerse excepción a la accesoriedad: la novación. La apertura del crédito con cuenta corriente es un contrato normativo al que accede la hipoteca.

No es similar el supuesto de garantía de todas las obligaciones presentes o futuras, aunque se asienten contablemente no se incorporan a una cuenta corriente que es consecuencia de un contrato normativo de apertura de crédito. Falta este contrato previo y los créditos solamente existen aislados e independientes. La hipoteca garantizaría créditos indeterminados.

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en autos. “Accorsi c. Garcia Puente”, resolvió que una hipoteca en garantía de “los créditos acordados a los comparecientes por esa sociedad o por aquellos concedidos, o que se concedieran a terceros con el aval o garantía de los comparecientes y por las deudas resultantes de otro tipo de operaciones o contratos, cualquiera fuere el origen de dichas deudas y su instrumentación como asimismo por los intereses devengados y/o a devengarse en el futuro, sellados y otros impuestos o cargas fiscales, nacionales, provinciales o municipales, costas, costas judiciales y extrajudiciales y demás que fueren consecuencia directa o indirecta de los citados créditos y operaciones, motivadas en préstamos, descuentos, garantías y demás que realizare sin excepción ni exclusión alguna hasta cubrir la suma de dinero no contraviene las normas legales referidas a lo que la doctrina ha dado en llamar principio de especialidad¹⁴⁰.

Dentro del Código Civil argentino, la hipoteca es un derecho real accesorio. La accesoriedad está consagrada por los arts. 727¹⁴¹, 862¹⁴², 803¹⁴³, 3108¹⁴⁴,

3109¹⁴⁵, 3111¹⁴⁶, 3115¹⁴⁷, 3121¹⁴⁸, 3131¹⁴⁹, incs. 2 y 4, 3128¹⁵⁰, 3152¹⁵¹, 3153¹⁵² a 3156¹⁵³, 3158¹⁵⁴, 3161¹⁵⁵, 3172¹⁵⁶, 3179¹⁵⁷, 3187¹⁵⁸, 3192¹⁵⁹, 3202¹⁶⁰, etc.

La hipoteca no es accesoria a algún crédito, cualquiera que éste sea, sino a un crédito determinado (o varios créditos determinados). No es suficiente demostrar que, al momento de ejecución, existe crédito entre acreedores y deudor, sino que el crédito que se ejecuta o cuyo cobro se pretende, es el efectivamente garantizado con la hipoteca.

En un derecho, pese a los retoques de la ley 17.711, sigue rigiendo el rango de avance. No existiendo rango fijo, un acreedor no puede sustituir su crédito, haciendo entrar a otro en el lugar del primero, en perjuicio de segundos acreedores (salvo el caso de novación); menos que menos puede constituir una garantía que lo convierta en privilegiado perpetuamente, o por tiempo determinado, por todos los créditos que pueda tener.

4.1. Análisis del principio “Numerus Clausus” y las hipotecas abiertas por crédito indeterminado:

“Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”, según lo establece el art. 2502¹⁶¹ del Código Civil.

El sistema del *numerus clausus* o número cerrado adoptado por el codificador en materia de derechos reales hace que en nuestro derecho no existan otros derechos reales que los que la ley determina. La ley no autoriza sino aquellos derechos que expresamente indica. Si se crean otros o se modifican los existentes, los derechos constituidos son nulos, aunque podrían valer como derechos personales. El acto jurídico real nulo puede convertirse en acto jurídico obligacional válido. De este modo, cuando se haya pretendido dar nacimiento a un derecho real no permitido por la ley, podrá quedar configurado un derecho un derecho, con el mismo contenido que el pretendido, pero de carácter personal y no

real; pero este derecho no constituirá una carga o gravamen real sobre el objeto y no gozará del *ius persecuendi* y del *ius preferendi*.

Por otra parte, en materia de derechos reales campea el orden público. Son de orden público las normas que determinan cuáles son los derechos reales y cuál es de amplitud del contenido de los mismos y asimismo cuanto se refiere a la determinación de los elementos que integran la relación jurídica real y por consiguiente, a los sujetos, el objeto y la causa de los derechos y relaciones jurídicas reales; y en cuanto a esta última todo lo relacionado con su adquisición, constitución, modificación, transferencia y extinción.

La ley no sólo prohíbe crear nuevos derechos reales, sino que también prohíbe modificar las características de los existentes. De acuerdo a lo expuesto, si en nuestro derecho y régimen jurídico positivo actual se crea una hipoteca abierta, por créditos indeterminados, no se está constituyendo un derecho real permitido, pues en el Código Civil argentino la hipoteca es siempre accesoria a uno o más créditos determinados. Aclaramos que los créditos pueden ser indeterminados en cuanto a su monto u otros elementos, pero no en cuanto a su individualización. Es decir que queremos significar que el crédito debe estar individualizado, a fin de poder reconocerlo como aquel al que accede la hipoteca. Desde su origen la hipoteca debe ser accesoria a un crédito, siquiera futuro, eventual, natural, etc., pero que debe estar individualizado en todos sus elementos.

En suma, mientras no se reforme el derecho positivo argentino no es posible la constitución de estas hipotecas abiertas, por créditos indeterminados. La constitución, que es nula como derecho real, párese que tampoco podrá valer como derecho personal. El derecho personal existirá cuando existan o nazcan créditos, pero estos no serán privilegiados, ya que si bien es cierto que los derechos personales pueden tener privilegio, de acuerdo al art. 3876 “el privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores”, tampoco gozará el acreedor de *ius persecuendi* en caso de enajenación de la cosa “hipotecada” pues el derecho personal no es inherente a la cosa y carece de *ius persecuendi*. El que tiene un derecho personal, no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación, según la nota al título IV del libro III, del Código Civil.

La fuente del artículo 2502 es el artículo 3706 del Esbozo de Freitas que dice, “Se juzgará como no escrita, a efecto de que tenga valor sólo como constitución de derechos personales, si por tal pudiese valer, toda estipulación o disposición de última voluntad, que constituyera otros derechos reales o que modifique los permitidos en contrario de las disposiciones que los reglan”¹⁶². Las personas no pueden constituir otros derechos reales, ni introducir modificaciones sustanciales en los especialmente reconocidos sin riesgo de incurrir en una nulidad. Quienes se arrogaren la facultad de crear por contrato o por disposición de última voluntad un derecho real no permitido, incurrirían en la sanción de nulidad, de nulidad manifiesta que conviene a todo acto expresa o virtualmente prohibido por la ley, según esta dispuesto en el art. 18 C.C.¹⁶³. La nulidad puede alegarse por vía de acción o de excepción y no obstante la previsión del art. 1047, C.C.¹⁶⁴, ella puede ser invocada por las partes que supieron o debieron saber la trasgresión en que incurrían; y esto porque el contrato que crea un derecho real no enumerado, no es propiamente un negocio reprobado por vicios intrínsecos o porque contravenga la moral o las buenas costumbres, antes bien es un negocio que queda simplemente fuera del derecho sin protección de la ley ni de la justicia, y por lo tanto no han de negarse acciones para que el constituyente y aquel a cuyo favor se constituyó un semejante derecho recuperen lo que entregaron sin causa. Las partes frente a la nulidad pueden impetrar a los jueces que el derecho real creado sea mantenido en calidad de personal, para el caso y en la medida en que ello sea jurídica y económicamente posible. Como en el supuesto de una hipoteca no accesoria no hay posibilidad de considerarla constituida como derecho personal, se considerarán como no escritas, como lo decía Freitas, las disposiciones o cláusulas que crean la hipoteca no permitida.

5.Conclusiones:

Se denominan hipotecas abiertas aquellas que garantizan créditos indeterminados, es decir, aquellos no individualizados desde el origen y no los de monto indeterminado. También se llaman de esta manera aquellas hipotecas de rango compartido.

Nuestra legislación admite la hipoteca de rango compartido (art. 19, ley 17.801)¹⁶⁵, pero no admite la hipoteca que garantiza créditos indeterminados.

Como lo hemos dicho, no pueden equiparse el supuesto de hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente o cuenta corriente bancaria con el de hipoteca en garantía de todos los créditos presentes y futuros. Aunque en ambos casos se cumple con el requisito de la especialidad, fijando la responsabilidad hipotecaria o gravamen, solamente en la apertura de crédito o cuenta corriente bancaria se cumple con el principio de la accesoriedad. La hipoteca accede al crédito eventual constituido por el saldo de la cuenta y al contrato de apertura de cuenta corriente. Cuando falta este contrato previo, los créditos son aislados e independientes.

Solamente es admisible la hipoteca como derecho real accesorio a un derecho personal en el Código Civil argentino. Deben estar determinados los elementos para reconocer el crédito cuyo cobro se pretende que debe coincidir con el efectivamente garantizado por la hipoteca.

La hipoteca no accesorio no es un derecho real permitido pues de acuerdo al art. 2502 que consagra el principio del *numerus clausus*, sólo pueden crearse los derechos reales por ley y no pueden crearse otros derechos reales que los que la ley expresamente indica; tampoco pueden modificarse los existentes. Entonces, la hipoteca no accesorio no es un derecho real. Como las normas que organizan los derechos reales son de orden público, éste se ve comprometido con la pretensión de crear como derecho real una figura no tipificada como tal.

Como esta hipoteca tampoco puede valer como derecho personal, deben tenerse por no escritas las cláusulas convencionales que la constituyen. La nulidad no esta sujeta a la restricción del art. 1047¹⁶⁶ en cuanto a la imposibilidad de invocación por la parte que supo o debió saber la trasgresión. Es una nulidad absoluta y manifiesta, que puede ser alegada incluso por las partes, pues esta “hipoteca” al no ser tal es un negocio que queda fuera del derecho.

Con la proliferación de operaciones financieras, parece haberse hecho necesaria una reforma legislativa que sancione la posibilidad de constituir una hipoteca abierta, en el sentido de ser hipoteca que garantice todas las obligaciones presentes y futuras entre el dueño de la cosa y determinado acreedor. Estas hipotecas no vulneran la especialidad sino la accesoriedad. No propiciamos una

hipoteca sustantiva e independiente, sino una hipoteca que acceda a todos los créditos que puedan nacer entre las partes, es decir entre el constituyente de la hipoteca y el titular del derecho real. Siempre habría que demostrar que existe un crédito cuando se pretende su cobro privilegiado, o cuando se quiere perseguir la cosa en manos de un tercer poseedor.

Capítulo VI

Sumario: Anteproyecto de Código civil unificado con el Código de Comercio de 1998, regulación de las “Hipotecas Abiertas”. 1. Análisis de los principales puntos de la normativa.

Preceptúa el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1998 en el libro Quinto, *De los derechos reales*, Título XII, *De los derechos reales de garantía*, Capítulo 1, *Disposiciones comunes*:

“Art. 2090 –*Accesoriedad*. Se puede garantizar cualquier crédito, aunque sea eventual. La garantía puede ser pura o modal. Los derechos reales de garantía se extinguen con el crédito al que acceden y son intransmisibles con independencia de él. El titular de un derecho real puede renunciarlo con prescindencia del crédito al que accede”. Art. 2092- *Objeto. Especialidad*. Pueden ser objeto de los derechos reales de garantía, las cosas y los derechos, en los casos previstos en este Libro, si son actuales, y están especialmente individualizados.

“Art. 2093- *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 del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito éste no es dinerario. Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto 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 diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

“Art. 2094 *Defectos en la especialidad*. La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar recurriendo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo. Si el defecto en la especialidad no puede sanearse, es invocable por cualquier tercero interesado de buena fe”.

De los preceptos normativos transcritos –que aún no son ley- resulta con toda claridad que el Anteproyecto recepta como validas las llamadas “hipotecas abiertas”, regulándolas como “hipotecas de máximo”. En este sentido se admite que la garantía se constituya en seguridad de créditos *indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente*.

Los corifeos de la tesis “rígida”, conforme lo hemos visto, desestiman esta solución normativa toda vez que, como el bien hipotecado podría llegar a ocupar un lugar importante en el patrimonio del constituyente del gravamen, en virtud de la *indeterminación de la garantía* podría arruinarse –sin más- el crédito de este último.

Como respuesta a esta crítica, los autores del Anteproyecto pusieron ciertos límites a la “indeterminación de la garantía”, a fin de no munir al acreedor hipotecario de un superprivilegio sobre el bien objeto de la garantía y, en definitiva sobre el patrimonio del deudor hipotecario.

El artículo 2093 exige que el instrumento (constitutivo) contenga las siguientes prestaciones:

- la indicación del monto máximo garantido en todo concepto;
- que la garantía que se constituye sea de máximo;
- el plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez años.

Como podemos advertir, dos son los límites establecidos por el artículo citado: uno cuantitativo y otro temporal.

En cuanto al primero, el acto constitutivo debe contener el “techo” de la cobertura, pues en la medida en que el quantum del crédito lo exceda, su calidad será la de simplemente quirografario.

En cuanto al segundo, de fundamental importancia, implica un límite (ante la indeterminación de la garantía) que evita que esta última se erija de manera *permanente* en una “especie de colectora” de los créditos que vayan surgiendo en cabeza del acreedor durante su vigencia. De esta manera, solamente quedan al amparo del gravamen los créditos que nazcan mientras no se extinga el plazo a que se sujeta la hipoteca, el cual no puede ser mayor de 10 años.

En otras palabras, la garantía real subsistirá para garantizar la satisfacción de los créditos nacidos durante su vigencia, aun cuando se haya vencido el plazo máximo (10 años) a que está sujeta por imperio legal la hipoteca de máximo. Es que el plazo al cual pueden estar subordinadas dichas acreencias puede ser de 15 años, en cuyo caso, la hipoteca garantizará su cumplimiento hasta que se cumpla dicho plazo. No obstante ello, según lo exige el Anteproyecto, el crédito para quedar comprendido dentro de la cobertura hipotecaria debe haber nacido dentro del plazo de los diez años, término durante el cual la garantía posee la aptitud de absorber (y garantizar) todos los créditos que se vayan generando a favor del acreedor.

No obstante estos recaudos, para los partidarios de la tesis “restrictiva”, el crédito de la persona afectada por la hipoteca abierta podría quedar igualmente dañado al tomarse prácticamente en imposible que, durante la vigencia de la hipoteca, pueda obtener un segundo crédito hipotecario.

En efecto, se preguntan los “restricvistas”, expuesto su postura en el capítulo primero: ¿Qué seguridad tiene una persona de que, si constituye una hipoteca de segundo grado, avanzará en su rango, no sólo antes de los diez años que constituye el límite temporal legal de duración de la hipoteca, sino mas bien antes de que se cancele el último crédito nacido al amparo de esta última (es decir dentro de esos diez años), crédito que puede estar subordinado en su existencia a un mayor plazo?

Por otro lado, al autorizar el Proyecto de Código Unificado la constitución de hipotecas en seguridad de créditos indeterminados elimina la exigibilidad del recaudo indispensable –según la tesis rígida- de que la escritura hipotecaria se autoabastezca. Según esta última tesis para determinar el monto de la cobertura hipotecaria y el crédito garantido en sí mismo, no se puede echar mano a medios extrahipotecarios.

En cambio, con la postura adoptada por el Anteproyecto, se tornará aplicable con el carácter de ley el criterio de cierta jurisprudencia nacional, según el cual la determinación del crédito si puede realizarse por medios extra acto constitutivo.

Según el artículo 2094 precitado:

“La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar recurriendo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo. Si el defecto en la especialidad no puede sanearse, es invocable por cualquier tercero interesado de buena fe”

Por ello, con esta disposición se supera toda duda y discusión sobre la posibilidad de completar posteriormente aquellos elementos que hubieren faltado en el acto constitutivo. Se inclina a favor de la validez del negocio jurídico, salvo el caso que no fuere subsanable, pudiendo invocar esta situación cualquier tercero interesado de buena fe.

Desde otro punto de vista, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 2093 del Anteproyecto: *pierde fuerza la idea de la accesoriedad como carácter esencial del derecho real de hipoteca*. Es que el mentado artículo 2093 autoriza válidamente la constitución de una hipoteca en seguridad de créditos indeterminados, *sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente*. Ergo, puede ocurrir que al tiempo de constituir una hipoteca no exista una causa fuente que sirva de base a los créditos garantizados por la misma, no obstante lo cual se considera igualmente válida la garantía.

Así las cosas, si no hay un acto jurídico generador (causa fuente de la obligación futura) de los créditos garantizados al momento de constituir el gravamen, ¿cuál es, entonces, el crédito principal al cual accede la hipoteca? No lo hay.

Cabe acotar también que la consecuencia necesaria de la admisión por el Proyecto de 1998 de las hipotecas abiertas y de la posibilidad de garantizar créditos indeterminados radica en que, desde que se constituye el gravamen y hasta que cobra existencia el acto jurídico del cual nacen los créditos indeterminados que se ampararán en la garantía, *la hipoteca existirá como derecho autónomo –no accesorio- pues no hay un crédito coexistente al que vaya anejo*.

De esta manera, con la recepción de la hipoteca abierta en el Anteproyecto de Código Civil se va abriendo camino nuestro ordenamiento jurídico hacia el reconocimiento de un *derecho hipotecario autónomo* que puede nacer y subsistir sin una causa fuente a la cual acceda y de la cual nazca el crédito garantido.

Por último, y también en virtud de lo dispuesto por el citado artículo 2093, el Anteproyecto toma partido por un de las posturas doctrinarias que describiéramos precedentemente, en el presente trabajo, respecto de lo que debe entenderse por “especialidad en cuanto al crédito”.

En tal sentido, adhiere a la tesis que postula que la especialidad en cuanto al crédito no solo comprende la fijación de la cobertura hipotecaria, sino también la individualización del crédito (sin perjuicio de que admite las hipotecas abiertas en las cuales –precisamente- se puede omitir la descripción de la causa fuente, de la magnitud y de la entidad de la obligación garantida, es decir que la individualización crediticia no es rigurosa).

Finalmente, y en cuanto al recaudo de la “accesoriedad”, el mismo sigue entendiéndose como aquel en virtud del cual la hipoteca debe acceder al crédito que garantiza, no obstante lo cual, como lo hemos visto anteriormente, dicho recaudo pierde rigurosidad en el Anteproyecto de Código Unificado en relación a lo que hoy se entiende por él .

Capítulo VII

Obligaciones garantizables con hipoteca.

Sumario: 1. Principios generales 2. Créditos eventuales. 2.1. Hipotecas en garantía de créditos u obligaciones eventuales. 2.1.1. Concepto de derecho eventual. 3. Diferencias entre derechos eventuales y condicionales. 4. Efectos de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales. 5. Cuenta corriente: concepto. 6. Cuenta Corriente Mercantil. 6.1 Conceptualización. 7. Cuenta Corriente Bancaria. 7.1 Conceptualización. 8. Diferencias entre la cuenta corriente mercantil y la cuenta corriente bancaria. 9. La apertura del crédito. 9.1. Tipos de apertura de crédito. 9.2. Conclusiones. 10. Hipotecas constituidas para garantizar los saldos deudores emergentes de estos contratos. 10.1. Cuenta Corriente Mercantil. 10.2. Cuenta Corriente Bancaria. 11. Análisis de casos jurisprudenciales.

1. Principios generales:

Es principio reconocido que la hipoteca puede garantizar todo tipo de créditos. En nuestro derecho así lo consagran los arts. 3153¹⁶⁷ y 3109 C.C¹⁶⁸.

La especialidad consiste siempre en la fijación de la responsabilidad hipotecaria del inmueble, cualquiera sea la obligación garantizada. Es indistinto que la obligación sea de dar, de hacer o de no hacer, que el objeto de la obligación de dar, sea o no una suma de dinero; que la obligación sea futura, eventual o condicional.

No difiere el concepto de especialidad cuando la obligación sea de dar sumas de dinero, o de cualquier otro tipo. La suma porque responde el inmueble coincide con el monto de la deuda o se fija por aproximación de manera estimativa, pero siempre es el máximo del gravamen. La deuda garantizada puede crecer o disminuir en su capital, sea por pagos parciales, por recepción de remesas, por incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, que hagan incurrir en responsabilidad, etc. En todos los casos la obligación a que accede la hipoteca estará garantizada dentro del tope máximo previsto, hasta su monto real y actual.

En suma, toda obligación lícita es garantizable con hipoteca y siempre el derecho real consiste en un gravamen por un monto determinado o determinable.

2. Créditos eventuales:

Los créditos que pueden garantizarse con hipoteca, pueden ser eventuales.

Para una primera opinión estos créditos son los sometidos a condición suspensiva¹⁶⁹. Para la mayoría de los autores son créditos futuros cuya existencia no es segura ni necesaria¹⁷⁰.

Para una tercera opinión, se trata de obligaciones futuras restringidas a las aperturas de créditos; aun cuando no se hayan realizado suministros, existe una obligación actual de mantener los fondos disponibles a favor del cliente.

Creemos mas acertada la segunda opinión, considerando que la apertura de créditos no es más que un ejemplo, tal vez más típica, de obligación eventual.

Otros ejemplos son la hipoteca en seguridad de alquileres o la que garantiza la responsabilidad por mal desempeño o actos ilícitos de un dependiente.

Si la obligación es futura, no existe en el momento de constituirse la hipoteca, pero las partes prevén que pueda llegar a existir.

Si bien la obligación es futura, la hipoteca no lo es. La obligación a que accede la hipoteca está determinada en sus elementos, de modo tal que cuando nazca no habrá posibilidad alguna de confusión o de sustitución de la obligación garantizada por otra en perjuicio del deudor o de otros acreedores. La hipoteca toma rango desde su inscripción y no desde que nace el crédito. Decía Domat¹⁷¹ antes de la sanción del Código Civil francés, que no puede hipotecar sus bienes no sólo en razón de la obligaciones que tienen su efecto cierto y presente, sino también por lo que toca a obligaciones cuyo efecto depende de una condición u otro accidente que pueda impedir que tenga lugar. Pero la hipoteca queda adquirida desde el día del contrato; agregaba que en cambio si alguien previendo que con el tiempo le será preciso tomar dinero a préstamo se obliga anticipadamente en razón de la suma que tal vez reciba y asegura este futuro crédito con sus bienes, la hipoteca estipulada quedará sin efecto alguno pues está no es más que una accesión de una obligación ya contraída, de aquí que la hipoteca no pueda tener efecto hasta que se haya entregado el dinero.

Battur¹⁷², no tiene duda que una hipoteca puede ser constituída por una obligación no contraída todavía pero cree que la garantía y la caución no comenzaran a nacer sino desde el día en que se contrae la obligación principal; dice que de lo contrario se llega a la conclusión absurda de que tal hipoteca tenga fecha anterior a su existencia por efecto de la inscripción hecha. Pero aclara que no debe confundirse el caso con el del consentimiento actual de una hipoteca para

seguridad de un préstamo de 1.000 francos que se hará porque hay una obligación legítima por causa del préstamo; puede ser consentida por un crédito abierto por un banquero a su cliente por la suma que podrá disponer y los fondos quedan puestos a su disposición, la suma garantida por la hipoteca se determinará por el uso que se haga del crédito; aunque los fondos desde el momento de la convención no están en manos del cliente, existe una obligación con causa suficiente.... Es necesario que el acto se determine la suma hasta la concurrencia de la cual los valores serán suministrados o hasta la cual la cuenta corriente se podrá elevar.

2.1. Hipotecas en garantía de créditos u obligaciones eventuales:

De acuerdo a los principios que surgen a partir de los artículos 3.109¹⁷³ y 3.153 del C.C.¹⁷⁴, la hipoteca puede garantizar todo tipo de créditos. Toda obligación lícita es garantizable con hipoteca.

2.1.1. Concepto de derecho eventual:

¿Cabe en principio preguntarse que es un crédito eventual? Examinando cualitativamente las graduaciones del proceso formativo de los derechos subjetivos, podemos distinguir las siguientes fases: derechos subjetivos perfectos, derechos subjetivos pendientes, expectativas jurídicas y expectativas fácticas.

Derechos subjetivos perfectos, son aquellos respecto de los cuales concurren todos los requisitos que los constituyen válidamente y dotan de plena exigibilidad, reúnen las condiciones de existencia y eficacia, sin ninguna limitación¹⁷⁵. En cuanto a la existencia o validez del derecho se refiere al nacimiento del derecho, concierne a la adquisición del derecho por la persona, mediante la reunión en ella de todos los elementos que componen válidamente el derecho; eficacia de los derechos, comprende la ejecutabilidad, exigibilidad o utilidad eficiente del derecho.

Derechos subjetivos pendientes, son aquellos que aunque perfectos en su existencia y validez, se hallan en estado de pendencia por faltarles algo para su

eficacia o exigibilidad principal. Se encuentran en esta categoría los derechos sujetos a plazo y a condición. En los primeros la exigibilidad de la obligación principal está subordinada a un plazo. En los derechos condicionales es incierta la eficacia respecto a la exigibilidad de la prestación principal.

Los derechos eventuales importan una fase previa, inferior y menos firme que los derechos pendiente, ya que la incertidumbre e inmadurez concierne a la existencia misma del derecho no solo a la exigibilidad de la prestación que constituye su objeto principal¹⁷⁶.

Los derechos eventuales se distinguen de los derechos perfectos y de los pendientes porque carecen de algún elemento necesario para su existencia o validez y con mayor razón carecen de la exigibilidad de la prestación que representa su objeto principal. Por ello debe insertarse dentro de la categoría de las expectativas jurídicas.

Sin embargo, por reunir elementos preponderantes o calificados de existencia, los denominados derechos eventuales tienen protección y relevancia jurídica desde varios puntos de vista.

La expectativa jurídica implica un derecho subjetivo en formación. No alcanza a configurarse la existencia de un derecho perfecto, pero tiene la posibilidad de existir y por ello se protege al sujeto expectante. El proceso formativo ya ha comenzado, tipificándose una situación de prederecho definitivo, y aunque la gestación no haya madurado por faltar algún elemento para su existencia, el expectante puede exigir que los demás no obren arbitrariamente a la verificación de tal recaudo¹⁷⁷. Un ejemplo lo podemos hallar en el derecho eventual del locador a que el inquilino le resarza todos los daños a la cosa derivados de la relación locativa¹⁷⁸.

La expectativa fáctica consiste en la posibilidad abstracta de adquirir un derecho subjetivo y que no tiene título propio; es la posibilidad extrajurídica de adquirir un derecho. Son esperanzas ilusiones o intereses que no están protegidos jurídicamente. Ejemplo sería la esperanza de recibir de otro una donación con quien no se tiene ninguna relación familiar o amistosa.

3. Diferencias entre derechos eventuales y condicionales

En las siguientes líneas pasaremos a detallar diferencias entre derechos condicionales y eventuales¹⁷⁹:

En los condicionales, la plenitud del derecho se subordina a un acontecimiento futuro e incierto, caracterizándose por ser un hecho impuesto por la voluntad de las partes del acto, como un elemento accidental o modalidad que altera, posterga o hace cesar los efectos normales del mismo; los eventuales, no están configurados totalmente por carecer de un elemento normal que nunca puede dejar de concurrir para su existencia, ordinario y necesario en todas y cualesquiera relaciones jurídicas de esa morfología. La eventualidad es un elemento necesario para el surgimiento del derecho impuesto por una norma legal o una necesidad material de la situación.

La condición afecta solo la eficacia principal del derecho, pero no la constitución o perfeccionamiento del acto que lo genera y del cual será efecto necesario al cumplirse. Por otro lado en los eventuales, el elemento faltante afecta a la constitución o perfeccionamiento de los actos mismos de los que derivará el derecho de gestación. Es decir que la llegada del evento produce el nacimiento de las obligaciones eventuales, mientras que respecto de los condicionales sólo provoca su efectividad. Estas diferencias las podemos encontrar en normas del Código Civil como por ejemplo los artículos 872¹⁸⁰, 1.446¹⁸¹, 3.109, 3.153 y 3.434¹⁸².

No debemos confundir derecho eventual o crédito eventual, con derechos o créditos futuros. Existe derecho eventual cuando el germen de la gestación ya ha comenzado, mientras que en la noción de derechos futuros, quedan involucrados los meramente posibles, que carecen de toda existencia actual y no reúnen la entidad mínima de los eventuales.

En el derecho español se habla de obligación futura o crédito futuro, entendiéndose que para hablar de obligación futura, si bien no es preciso que la obligación exista, se requiere por lo menos que haya cierta seguridad o posibilidad de que la obligación existirá. Se exige cierta posibilidad, probabilidad o

consistencia para que pueda afirmarse que estamos ante una obligación futura. Se necesita una previa situación vinculante o de ligamen preliminar entre las partes, que impliquen un supuesto de deuda futura, un estado de deuda en gestación¹⁸³.

En nuestro derecho, para la mayoría de los autores, son créditos futuros, cuya existencia no es segura ni necesaria¹⁸⁴.

Los que interesa es que en el concepto de derecho eventual se incluya ese “germen de gestación”, esa “previa situación vinculante” o de ligamen preliminar.

Aplicando estos conceptos mencionados para caracterizar al derecho eventual y teniendo en cuenta la naturaleza del derecho real de hipoteca, el principio del artículo 2.502C.C.¹⁸⁵, que impide la libre configuración del derecho real, el carácter de accesoriedad de la hipoteca, creemos que para que la misma pueda garantizar una obligación eventual, deberá exigirse en todos los casos, que la relación jurídica que pueda dar origen a dicha obligación eventual exista realmente al momento de la convención hipotecaria. En el ejemplo dado de la obligación eventual de inquilino en satisfacer todos los daños derivados de la relación locativa, será necesario que al momento de la constitución de la hipoteca, exista el contrato de locación que dará eventualmente origen a esa obligación.

Consideramos también casos de hipotecas en garantía de obligaciones eventuales, la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, la hipoteca en seguridad de alquileres, las que se constituyan inicialmente por el monto global del mutuo entre otras.

4. Efectos de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales.

a) La hipoteca es actual (artículos 3.153 y 3.109).

b) Produce efectos desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria si se inscribe en término (artículos 3.149¹⁸⁶ y 3.159¹⁸⁷) y no desde que adquiere existencia el crédito eventual¹⁸⁸.

c) Mientras no se produzca el nacimiento de la obligación que ella garantiza, solo actúa una de las fases de la hipoteca, la seguridad. En esta fase el crédito se encuentra en un estado potencial, aunque la seguridad ya ha nacido. La hipoteca existe y toma rango o puesto registral. Durante el tiempo que subsiste esta situación, la hipoteca solo produce el efecto de perjudicar o afectar a terceros; los terceros adquirentes no podrán desconocer la hipoteca y deberán soportarla¹⁸⁹.

d) Si la obligación no llega a existir, la hipoteca deviene ineficaz, por falta de accesoriedad.

5. Cuenta corriente: concepto:

Para que haya contrato de cuenta corriente, se precisa un pacto específico que excluya la disponibilidad aislada de los créditos, sea por vía de pago, sea por vía de compensación y aplaze su liquidación hasta el momento de cierre de la cuenta. En esta caso las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen ambos contratantes, no tienen efectos jurídicos externos, sino que se consideran como elementos integrantes de una unidad inescindible antes del término pactado. Los contratantes se obligan a no considerar como independientes, los créditos que nazcan para una y otra parte a lo largo de esta situación, a no reclamarlos, ni compensarlos hasta el cierre de la cuenta. El principal efecto es la fusión de todos los créditos en un único crédito resultante del saldo final.

El contrato de cuenta corriente se lo puede definir, como el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios, perderán al entrar en la cuenta su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del debe y haber, de tal modo que el saldo en que se fundan sea único exigible en la época convenida¹⁹⁰.

La esencia del contrato se encuentra en una recíproca concesión de crédito que se hacen los contratantes, al consentir que se aplaze la exigibilidad de los créditos aislados. Esta recíproca renuncia a la exigibilidad de los créditos aislados es consecuencia de haber perdido éstos su individualidad, los créditos exigibles se han transformado en ciertos asientos de contabilidad, no exigibles.

La cuenta corriente bancaria es una cuenta que se lleva con el Debe y el Haber, pero en el cual no funciona la indivisibilidad, pues con ella se produce la compensación, no de una vez al cierre de la cuenta, cómo en al cuenta corriente mercantil sino de forma sucesiva o escalonada de modo que en cualquier momento se puede establecer el saldo, y por consiguiente quien es el acreedor y deudor.

6.Cuenta Corriente Mercantil:

6.1. Conceptualización:

La *cuenta corriente mercantil* es un contrato en virtud del cual las partes convienen en que los créditos y deudas que arrojen las operaciones que efectúen en un determinado lapso pierdan su individualidad y se funden en dos masas contrapuestas para liquidarse en la fecha convenida, compensándose hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo deudor para una y acreedor para otra. Esto es un efecto de la intención compensatoria que se prometieron las partes al celebrar el contrato.

El Anteproyecto de Código Unificado de 1998 define esté contrato –aunque ya no es “mercantil” en virtud de la unificación legislativa prevista- en su artículo 1306 del siguiente modo:

“Cuenta corriente es el contrato por el cual dos partes se comprometan a inscribir en una cuenta las remesas reciprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un periodo, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte”.

Un ejemplo de este contrato, podría ser el caso del dueño de la estación de servicios que suministra (vende periódicamente) combustibles y lubricantes a un proveedor del mismo, quien, a cambio, le suministra periódicamente a aquel golosinas, alimentos, bebidas, etcétera, para el *minimarket* del que también es

dueño y que pose como negocio periférico al de venta de combustible; con lo cual se verifica la existencia de remesas recíprocas a lo largo de la ejecución del contrato, compensándose (pues los contratos de suministros pierden individualidad) hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo deudor para una parte y acreedor para la otra.

7.Cuenta Corriente Bancaria:

7.1. Conceptualización:

Con relación a la cuenta corriente bancaria cabe afirmar que cuando una persona desea concretar negocios con una entidad financiera, ya sea para efectuar depósitos, ya para el banco efectuó pagos en su nombre, solicitar créditos, como también para cobrar cheques de terceros, etc., por regla se le pedirá que abra una cuenta corriente.

En virtud de este contrato, el banco se obliga a brindar al cliente un servicio de caja, atendiendo todas sus cobranzas y pagos, sea mediante cheques o por otros medios. Por este servicio el banco se convierte en un verdadero administrador de su dinero. Por su parte, por este contrato el cliente contrae la obligación principal de mantener fondos en dicha cuenta, sea por medios de depósitos, sea por medios de créditos que obtenga del banco y que contribuirán alimentar esa cuenta. Esos fondos no tienen un significado de dinero, sino de un crédito que el cliente tiene contra el banco¹⁹¹.

Tanto en banco como su cliente asumen el carácter de cuentacorrientes, y las sumas y créditos incluidos en la cuenta pierden su individualidad para convertirse en elementos de crédito eventual de saldo. Es más, se paraliza la exigibilidad y accionabilidad aislada de cada crédito singular originando por las sucesivas disposiciones del crédito abierto, para proyectarse en meros asientos de contabilidad y fusionarse en un saldo definitivo exigible al cierre de la cuenta.

El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998, en su artículo 1318, define a este contrato de la siguiente manera:

“En la cuenta corriente bancaria, el banco se compromete a inscribir diariamente y por su orden los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista, en su caso, y a prestar un servicio de caja”.

A diferencia de la cuenta corriente mercantil, para la bancaria no hay una norma expresa que permita garantizar el saldo deudor con derecho real de hipoteca. Ello, no obstante, es una práctica habitual y corriente (reconocida por la jurisprudencia) que se garanticen operaciones de créditos futuros que ingresan en la hipoteca originariamente constituida, accesoria del contrato de apertura de crédito de cuenta corriente bancaria, porque, como es sabido, lo que no se halla expresamente prohibido, se entiende permitido¹⁹².

Puede concluirse que la cuenta corriente bancaria constituye una especie del género más amplio “cuenta corriente”, y si se observa que nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de constituir hipoteca o prenda sobre el saldo de la cuenta corriente mercantil (art. 786, Cód. de Com¹⁹³.), corresponde aceptar, entonces, como ya lo ha hecho en forma pacífica la jurisprudencia, que estas reglas son plenamente aplicables a la cuenta corriente bancaria, por lo que el saldo deudor de las mismas puede ser asegurado con tales garantías reales.

Ello así por cuanto:

a) Si bien la cuenta corriente bancaria no tiene regulación expresa sobre este aspecto, la constitución de garantías reales por su saldo no está prohibida.

b) Al reconocerse una íntima conexión entre la cuenta corriente mercantil y la bancaria (relación de género a especie), puede aplicarse sin inconvenientes y analógicamente a la cuenta corriente bancaria el régimen vigente para las cuentas corrientes mercantiles, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 786 del Código de Comercio, que sí autoriza la constitución de gravámenes sobre el saldo deudor que arroje tal cuenta.

c) Se permite el otorgamiento de hipotecas o prendas sobre el saldo deudor de las cuentas corrientes bancarias, siempre que esté individualizada la cuenta o sea posible su determinación, a efectos de no quebrantar el principio de especialidad o accesoriedad (según sea el criterio que se adopte).

8. Diferencias entre la cuenta corriente mercantil y la cuenta corriente bancaria.

a) Falta de identidad jurídica que reside en que mientras la cuenta corriente mercantil es un contrato autónomo, la cuenta corriente bancaria es un pacto accesorio de determinados contratos de crédito. En la cuenta corriente bancaria no existen ni la compensación diferida ni el crédito recíproco.

b) El crédito concedido en un contrato bancario es esencialmente unilateral. Una sola de las partes da crédito. En la cuenta corriente mercantil, hasta la clausura de la cuenta, ninguna de las partes puede considerarse acreedora o deudora, mientras que en la bancaria hay una permanente y cierta disponibilidad¹⁹⁴.

c) La cuenta corriente comercial produce la indisponibilidad de los créditos anotados hasta tanto llegue el momento del cierre, en el sentido que ninguno de los contratantes puede reclamar separadamente el pago de un asiento hecho en su haber.

d) En la cuenta corriente bancaria, por el contrario, el cliente puede disponer en cualquier momento de las sumas resultantes de su crédito.

e) En la cuenta corriente mercantil, la compensación entre la masa de los créditos y la de las deudas sólo se produce en el momento del cierre de la deuda sólo se produce en el momento del cierre de la cuenta, para dar lugar a un saldo exigible.

En la cuenta corriente bancaria, los saldos positivos se compensan con los saldos pasivos, tan pronto como se producen los supuestos legales de la compensación de crédito y deuda.

En la cuenta corriente bancaria no se produce la novación, con relación a la admisión de valores en la cuenta corriente bancaria, es decir que el crédito incluido en la cuenta no se altera en su objeto principal ni en su causa.

9. La apertura de crédito:

Podemos definir a la apertura del crédito como aquel contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente.

Los bancos pueden aceptar letras de cambio libradas por su cliente contra el banco. El cliente deberá pagarlas a su vencimiento. Pueden obligarse a pagar avales bancarios que haya suscripto el cliente. En este caso el banquero se obliga a un desembolso posible y futuro de dinero en caso de incumplimiento del avalado afianzado.

El objeto de este contrato es la creación de una disponibilidad. Lo que caracteriza a esta disponibilidad es la posibilidad de utilizar un patrimonio ajeno, no su efectiva utilización. La creación de esta disponibilidad constituye el objeto específico del contrato bancario de apertura de crédito. Esta prestación fundamental consistente en una obligación de hacer agota el contrato. No constituye requisito fundamental de su formación ni de su ejecución la efectiva utilización de la suma disponible; la eventual obligación de restituir queda totalmente fuera del ámbito de la convención.

Por ello se diferencia del mutuo, del que emana la obligación de restituir.

La obligación de restituir en la apertura de crédito, nacerá eventualmente como prestación inherente de los negocios de crédito, que aparecerán si el acreditado utiliza efectivamente la disponibilidad.

9.1. Tipos e apertura de crédito

Puede ser simple o en cuenta corriente, según que se conceda al acreditado el derecho de utilizar el crédito de una sola vez, aunque con entregas parciales, o se le conceda al acreditado la facultad no sólo de utilizar el crédito en una o varias veces, sino de realizar reembolsos totales o parciales a fin de poder utilizar

nuevamente el crédito una vez reintegrado y dentro del límite fijado en el contrato.

La apertura de crédito en cuenta corriente adopta el mecanismo de la cuenta corriente, en vista de la facultad atribuida al acreditado de poder efectuar reembolsos parciales de las sumas que ha dispuesto y poder gozar otra vez del montaje total del crédito.

La apertura de crédito, en cuenta corriente, también llamada rotatoria, confiere al acreditado el derecho a hacer reembolsos durante la vigencia del negocio reponiendo con ellos los saldos o sumas disponibles a su favor; de suerte que si utiliza la totalidad del crédito, pero lo reembolsa vigente el negocio, podrá de nuevo hacer utilizations por todo o parte de la suma puesta a su disposición.

9.2. Conclusiones

El contrato de cuenta corriente mercantil es el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios, perderán al entrar en la cuenta su individualidad propia, para convertirse en partidas de debe y haber, de tal modo que el saldo en que se funden sea el único exigible en la época convenida.

La cuenta corriente bancaria es un contrato autónomo independiente de los demás contratos estipulados por las partes, cuyo contenido y desarrollo esencial es la prestación de un servicio de caja en favor del cliente.

La apertura de crédito es un contrato por el cual un banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que permitan al cliente obtenerlo (aceptar letras de cambio, constituirse en fiador el cliente, descontar documentos)

El objeto del contrato es la creación de una disponibilidad. El efecto primordial de ese contrato de apertura de crédito, consiste en la puesta a disposición a favor del cliente de los recursos económicos que necesite, dentro del

límite pactado. El efecto secundario consiste en la utilización del crédito por el cliente.

La apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente. En la apertura de crédito simple, el acreditado puede utilizar el crédito concedido una sola vez, aunque con entregas parciales.

En la apertura de crédito en cuenta corriente, se le concede al acreditado la facultad de realizar reembolsos totales o parciales a fin de poder utilizar nuevamente el crédito una vez reintegrado y dentro del límite fijado en el contrato.

Si la apertura de crédito se instrumenta en cuenta corriente no existe un saldo en contra del deudor sino hasta el vencimiento del plazo. Si se han dado garantías, estas lo son del crédito en su totalidad que es único, no teniendo las disponibilidades individualidad jurídica.

10.Hipotecas constituidas para garantizar los saldos deudores emergentes de estos contratos:

10.1. Cuenta Corriente Mercantil:

El artículo 786 del Código de Comercio expresamente dispone:

“El saldo puede ser garantido con hipoteca, fianza o prenda, según la convención celebrada por las partes”.

Dado que en este particular contrato comercial cualquiera de las partes puede resultar acreedora y deudora, no es menester que se fije un límite cuantitativo al crédito en cuenta corriente del cual puedan disponer las partes.

Es característico de este contrato que a lo largo de su ejecución no se puede hablar aún de acreedor y deudor, lo cual quedará determinado recién al liquidarse la cuenta en el plazo que las partes hayan convenido, operación de la que resultará el saldo final. Este último es el crédito que puede garantizarse con hipoteca¹⁹⁵, sin que, por las particulares características antes descriptas del contrato de cuenta

corriente mercantil, debemos calificarla de abierta toda vez que no estamos en presencia de un crédito indeterminado.

Por el contrario, nos encontramos frente a un crédito eventual *determinado* cuya existencia puede darse o no, pues no debemos olvidar que las operaciones que los contratantes pueden realizar (y que se imputan y contabilizan en la cuenta corriente) son facultativas.

De esta manera, la especialidad se satisface fijando en la escritura hipotecaria el monto del gravamen. La accesoriedad (por su parte) se cumple describiendo con precisión en el instrumento constitutivo la causa fuente de la cual resultó el crédito (saldo deudor) que se garantiza, es decir, individualizando (con un número generalmente) la cuenta corriente mercantil concertada por las corresponsales (remitente y remitido), como también describiendo (al menos para la tesis restrictiva, analizadas en el capítulo 1 de este trabajo) las operaciones recíprocas concretas que celebrarán a lo largo de tal o cual período, las cuales se desarrollan en el marco normativo convencional fijado en el contrato madre (cuenta corriente mercantil) y que serán aquellas que originarán los créditos y deudas que alimentarán, en su caso, el saldo deudor que resulte de la liquidación final.

Así las cosas, no hay incertidumbre para los terceros que deseen contratar con cualquiera de los cuentacorrentistas acerca de cuál es el pasivo hipotecario de éstos, pues en todo momento podrán consultar la inscripción del acto constitutivo de la garantía en el registro inmobiliario” y, gracias a dichas constancias registrales, dar con la causa fuente (cuenta corriente mercantil) de la obligación garantida (saldo), pudiendo determinarse con ello (y en ese preciso momento) el grado efectivo de endeudamiento.

De esta manera por simple remisión a los documentos contables de los cuentacorrentistas, en los cuales se asientan las operaciones recíprocas que los mismos instrumentan en la cuenta corriente mercantil, los terceros podrán venir en conocimiento positivo (art. 3133, Cód. Civ.¹⁹⁶.) del saldo deudor “aproximado” de la cuenta corriente (que se encuentra garantido con hipoteca) existente en ese momento, como también podrán conocer la medida en que podría ejecutarse la hipoteca de liquidarse (hipotéticamente en ese instante) el saldo final.

Por otro lado, del casillero registral surgirá también el límite máximo por el que se constituye el gravamen, pudiendo conocerse con certidumbre la medida en que se halla el inmueble libre de gravámenes.

Con todas estas precauciones, se impedirá que créditos que no tengan por “causa fuente” la cuenta corriente mercantil individualizada en la escritura hipotecaria y que, a su vez, emerjan de la “clase” de operaciones descritas en la misma, se “cuelen” o “ingresen solapadamente” en la garantía y lesionen el crédito del hipotecante.

10.2 Cuenta Corriente Bancaria:

En nuestro Derecho se da el nombre de cuenta corriente bancaria a los contratos que la doctrina moderna califica con mayor exactitud científica de apertura de crédito en cuenta corriente y de depósito en cuenta corriente¹⁹⁷.

La cuenta corriente forma un cuerpo, un todo inseparable, donde todas las operaciones se encadenan de modo que los adelantos y suministros en el “debe”, las devoluciones y las remesas en el “haber”, componen un conjunto que por la razón misma de sus fluctuaciones sucesivas adquieren un carácter esencialmente indivisible. El acreedor no lo es sino por el saldo que surgirá al momento del cierre definitivo de la cuenta en razón o como consecuencia de la indivisibilidad de la cuenta corriente.

Este “saldo” es perfectamente garantizable con hipoteca, sin que sea menester calificarla de abierta, pues los terceros (con la inscripción de la escritura constitutiva de la hipoteca en el registro inmobiliario) pueden tomar conocimiento del contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente (detallado en la misma con un número identificador), como también de la “clase” de operaciones que pueden instrumentarse por su intermedio (descritas en el acto constitutivo) y, por remisión a los documentos que lo instrumentan al contrato de cuentas (art. 3133, Cód. Civ.), conocer también la eventual existencia del crédito a favor del banco (saldo deudor estimativo), el cual recién se determinará definitivamente con la liquidación pertinente en el plazo estipulado por las partes al momento de celebrarse el contrato en cuestión.

Los partidarios de la tesis amplia o flexible, a la cual remitimos para su explicación al capítulo 1. En efecto sostienen que no se vulnera el principio de la accesoriedad ni el de la especialidad subjetiva, aunque haya una mera referencia genérica a obligaciones, deudas u otros compromisos, a contraer por los constituyentes de hipotecas con las entidades bancarias —u otro ente financiero— pues las respectivas modalidades de las operatorias se hallan especificadas en la misma ley 21.526, para todas las entidades financieras (art. 2°). En definitiva, si se está especificando que se trata de deudas existentes en la cuenta corriente bancaria, es porque se encuentran individualizadas no sólo en cuanto a su monto sino también respecto de sus elementos, no siendo posible —para tranquilidad de otros acreedores— que se computen otras obligaciones fuera de las inherentes al juego propio de la cuenta corriente. Es más, si se está indicando en el acto constitutivo que la hipoteca cubre todas las obligaciones y deudas que existan con la entidad financiera, no puede caber duda de que la referencia es concreta, porque tales operaciones a concertar no pueden ser otras que las delimitadas por la señalada ley financiera que las gobierna. Empero, ello deberá tener una adecuada explicitación del negocio jurídico a concertar, que podrá preceder al acto formal constitutivo de la hipoteca o ser contemporánea a ella, para que no pueda ser considerada oculta y resultar oponible a terceros.

Con la consulta registral, los interesados quedaran anoticiados del límite de la responsabilidad hipotecaria o medida en que se encuentra afectado el bien raíz. Este límite constituye una cifra máxima de manera tal que, si el saldo deudor arroja la cuenta corriente bancaria es superior a dicho quantum, el crédito, por esa proporción será meramente quirografario.

11. Análisis de casos jurisprudenciales:

Pasaremos al análisis de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1°, de fecha 29 de mayo de 1.998, “Pirelli Neumaticos SAIC”.

Mendoza, mayo 29 de 1998. 1ª ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? 2ª En su caso ¿Qué solución corresponde? 3ª. Costas.

1ª. Cuestión. La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

1. Plataforma fáctica:

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1.1. El 30-12-85 los señores Juan C. Escudero y Carlos R. López (éste por mandatario) constituyeron a favor de Pirelli Neumáticos Sociedad Anónima Industrial una hipoteca para garantizar “todas y cada una de las deudas que actualmente tengan contraídas o contraigan en el futuro con Pirelli, cualquiera sea el carácter de aquéllas, así devenguen de facturas por venta de mercaderías, débitos emergentes de tales operaciones, saldos de cuenta corriente, documentados o no mediante cheques, letras y o cualquier otra forma de instrumentación comercial, como también los intereses, indexaciones y acrecidos de cualquier índole que resulten de dichos importes deudores, todo ello hasta el importe máximo de A 15.000 y por el plazo de diez años computados a partir de la fecha”. La cláusula segunda afirma que la hipoteca “garantiza las obligaciones contraídas en cualquier época del año antes del día de la fecha o que contraigan en lo sucesivo...”

1.2. La sociedad de hecho López y Escudero Neumáticos se presentó en concurso preventivo. La acreedora solicitó verificación de su crédito con garantía hipotecaria. El juez titular del Juzgado Concursal y Registros de Mendoza N° 3 declaró verificado el crédito pero inadmisibles las garantías hipotecarias, por tratarse de una hipoteca abierta. El acreedor interpuso recursos de revisión. En el incidente respectivo, el síndico, que originariamente había aconsejado la verificación como hipotecario, se opuso a la revisión, reconociendo su error inicial.

1.3. A fs. 16/17 el juez de concurso rechazó la revisión interpuesta. Apeló la acreedora.

1.4. La Cámara de Apelaciones N° 3 rechazó el recurso deducido con estos fundamentos:

1.4.1. En numerosos precedentes esa sala ha adherido a la doctrina conforme a la cual la especialidad se mantiene en dos planos distintos: por un lado, el principio requiere la expresa mención en el acto constitutivo de la causa fuente de

la obligación garantizada, y, por otro, exige que la obligación garantizada esté expresada en una suma cierta y determinada de dinero. En consecuencia, es insuficiente para satisfacer el requisito legal de que la hipoteca contenga una suma tope.

1.4.2. Esa doctrina reconoce sólida base normativa, doctrinal y jurisprudencial y encuentra justificación, entre otras razones, en que la hipoteca abierta arruina el crédito de la persona que grava.

1.4.3. En el caso, ese requisito no se ha cumplido desde que:

El apelante invoca como causa de su crédito la cuenta corriente, sin embargo, esa causa no puede suplirse, como lo pretende el acreedor, con documentación ajena a la escritura hipotecaria.

La hipoteca contiene cláusulas genéricas y no precisa los elementos que tipifican a los créditos objeto de la garantía. Las cláusulas transcritas, a no dudarlo, configuran sin duda alguna una hipoteca abierta.

La especialidad no se satisface con la certificación del contador Oscar R. Sghezzi, dado el carácter foráneo que reviste dicha documentación respecto del acto constitutivo.

Por el contrario, de los elementos acompañados a estos autos, parece que entre las partes sólo se perfeccionó una cuenta simple o de gestión, a la cual, por expresa disposición legal (art. 772, Cód. de Com.) no le son aplicables las prescripciones de la cuenta corriente mercantil; entre ellas, la imposibilidad de ser garantidas con hipoteca (art. 786, Cód. de Com.). Tanto es así que de las constancias de autos se desprende que nunca hubieron remesas recíprocas, sino tan sólo remesas de parte de Pirelli Neumáticos SA.

Contra esta decisión se alza la acreedora.

2. Los motivos de la casación deducida.

Pirelli SA. afirma que se han dejado de aplicar o se han interpretado erróneamente los artículos 3109, 3131 y concordantes del Código Civil, y 786 y concordantes del Código de Comercio.

Argumenta del siguiente modo:

2.1. La Cámara afirma que el requisito de la especialidad no está cumplido porque debió constar la causa del crédito (cuenta corriente mercantil) desde un inicio en el acto constitutivo de la garantía. La simple lectura de la escritura de constitución de hipoteca muestra que la cláusula primera hace expresa mención a los saldos en cuenta corriente. O sea, está muy claro que la hipoteca garantiza esas operaciones, las mencionadas en la escritura, y no otras.

2.2. La expresión “deudas que actualmente tengan contraídas o contraigan en el futuro” es de la naturaleza misma de la cuenta corriente; no tienen carácter genérico, sino propias de la operatividad de una cuenta corriente. Por eso hay inaplicación de los artículos 3909 y 3131, pues se trata de una hipoteca de máxima en la que se ha fijado el monto techo.

2.3. También es inexacta la afirmación de que el certificado de deuda emitido por el contador Seghezzeo es foráneo a la escritura, pues ella hace expresa mención del acto consultivo; dado el carácter fluctuante del saldo, es el único medio idóneo para la determinación del *quantum* de la deuda.

2.4. La Cámara también afirma que no se está en presencia de una cuenta corriente mercantil sino de una simple cuenta de gestión. Aunque fuese correcta esta calificación, no se explica por qué es válida una hipoteca que garantiza una cuenta corriente mercantil y no una cuenta simple o de gestión.

2.5. La doctrina y la jurisprudencia, de modo constante, aceptan que se cumple el requisito de especialidad si lo garantizado es el saldo de una cuenta corriente.

2.6. Otra hipoteca similar fue declarada válida por otros tribunales de la 2a Circunscripción Judicial en el caso “Neumáticos Valle Grande S. E. en j. 21978

Neumáticos Valle Grande SA s/Conc. com. prev. expte. sep. Inc. de rey, autos N° 21.778 p/Inc. cas.”

El principio de especialidad de la hipoteca.

3. Algunos antecedentes doctrinales y jurisprudenciales.

3.1. La Comisión N° 4 (Derechos Reales) de las VII Jornadas de Derecho Civil, reunidas en Buenos Aires, en septiembre de 1979, abordó la cuestión de “las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca”. La mayoría de los trabajos dirigieron su atención a un problema hoy superado, cual es el de las hipotecas en moneda extranjera, las cláusulas de estabilización de las hipotecas y la interpretación de la ley 21.309, sancionada por entonces. Manuel Adrogué presentó una ponencia en la que propuso que “el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarlo en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada. Igual sentido tenía el trabajo presentado por el profesor rosarino Luis Andorno.

La propuesta fue aceptada por la Comisión elevándola al plenario. El miembro informante, Jorge H. Alterini, fundó la solución en dos principios básicos del sistema hipotecario argentino: Las hipotecas legales generales fueron repudiadas por Vélez en los artículos 3131, inciso 2°, y 3139 con razones explicadas en las notas a los artículos 3115¹⁹⁸ y 4048¹⁹⁹; consecuentemente, no cabe revivir mediante la desinterpretación de un sistema rotundamente claro algo que con la misma claridad ya había quedado rechazado con acierto.

Las hipotecas de una generalidad de créditos indeterminados ponen en crisis el principio fundamental del rango de avance potencial de las hipotecas posteriores, pues convierten en posibilidad remota su ascenso a las gradas superiores.

3.2. Para Moisset de Espanés el requisito de la causa de la obligación se deriva del artículo 3131, inciso 2°, que prevé que el acto constitutivo de la

hipoteca debe mencionar la fecha y la naturaleza del contrato al que accede²⁰⁰. El profesor cordobés insiste en que el principio de la especialidad de la hipoteca no sólo se refiere al objeto de las relaciones jurídicas involucradas sino también a la causa de la obligación garantizada.

3.3. Por aplicación de estos principios es frecuente afirmar que en el sistema de la ley argentina no existen hipotecas generales ni legales que afecten indiscriminadamente los bienes del deudor, como tampoco pueden constituirse con quiebra en la regla de la especialidad, que necesariamente se vincula con la obligación a que accede la garantía real, que debe existir y estar determinada.

3.4. La aplicación de esta regla a los casos particulares ha motivado soluciones con diferentes alcances. Así por ejemplo, para algunos “no se quiebra el principio de especialidad si en lugar de designar un determinado tipo de operativa bancaria-financiera se expresa que se refiere a todas las obligaciones, deudas y compromisos de cualquier tipo y naturaleza que los hipotecantes contraigan con el ente financiero, porque sería hilar demasiado fino señalar concretamente cuáles pueden ser, desde que la íntegra gama de dichos contratos están delimitados por la Ley de Entidades Financieras, excluyéndose sólo todas las operaciones que concreten créditos a favor del hipotecante o las expresamente prohibidas²⁰¹ (C 1a CCom. de La Plata, sala la, 15-10-81, “Integral SA c/Salaberry”, Carlos B.”, E. D. 99-507).

Esta sala, aunque con otra integración, en cambio, participó por mayoría de la llamada tesis rígida, ver capítulo primero de este trabajo, según la cual la indeterminación de obligaciones garantizadas con la constitución de hipotecas o constitución anticipada de hipotecas para cubrir operaciones futuras, sin precisar la causa fuente anterior o de constitución simultánea a la hipoteca, vulnera el principio estatutario o inderogable de la especialidad.

El doctor Abel Boulín Zapata, fundó esta posición, en los siguientes argumentos:

El artículo 3131, inciso 2º exige para la validez de la hipoteca que “aparezcan en la escritura la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra”. El texto, junto al 3109, explica el rechazo del

Codificador a las hipotecas generales, que agotan en un solo acto la capacidad de endeudamiento del deudor.

La hipoteca garantiza ese crédito y no algún crédito; luego, debe conocerse el crédito garantizado, indicárselo con precisión, pues la garantía alcanza a tal crédito. Dicha exigencia conduce a la necesidad de establecer la causa del crédito, por ser ésta la forma de determinarlo. No caben las generalizaciones. Esta exigencia es insoslayable y debe operarse en el acto constitutivo de la hipoteca. No cabe, entonces, diferenciar dos momentos: el de la constitución del derecho real y el de la ejecución, pues la hipoteca que se ejecuta es la constituida. En apoyo de esta posición se dijo que “en nuestro sistema jurídico no cabe el acto abstracto (salvo para la letra de cambio) y de ninguna manera el derecho real de hipoteca puede servir de garantía a relaciones negociables indefinidas o simplemente globales entre acreedor y deudor”; consecuentemente, la o las causas genéticas de las obligaciones garantizadas por la hipoteca deben resultar de la escritura (o del contrato a que acceda) (artículo 3128) y no por remisión a leyes financieras” (García Coni, Raúl, *Principio de especialidad en la hipoteca*, en *Revista del Notariado*, N° 784, p. 1237). En esta misma línea se decidió que “la hipoteca en cuanto derecho accesorio de una obligación principal, no es accesoria de algún crédito, sino que el crédito debe estar determinado de manera tal que al momento de la ejecución no es suficiente probar que existe crédito, sino que el que se ejecuta es el efectivamente garantizado con el contrato hipotecario” (C²aCCom. de Córdoba, 29-3-84, L. L. Córdoba 1984-1059).

3.5. La temática se reeditó en las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil reunidas en 1982. La Comisión N° 2 dijo que: “IV. Para satisfacer la exigencia de determinación del crédito garantizado es menester precisar los sujetos, el objeto y la causa fuente de la obligación, incluso para los créditos eventuales. V. La indeterminación de los créditos garantizados por la hipoteca vulnera principios estatutarios de los derechos reales (rango de avance y numerus clausus) como también aspectos vinculados con la tutela del crédito (limitación de la posibilidad de endeudamiento, obstaculización de las acciones reparatoras del fraude y del control de la realidad y de la licitud de la causa del crédito). VI. Los principios señalados en los apartados anteriores rigen aunque se interpretara que la

determinación de la causa del crédito atañe a la accesoriedad y no a la especialidad”.

3.6. No puede desconocerse, sin embargo, que la propia fórmula de las VII Jornadas Nacionales ha sido puesta en crisis por otro sector doctrinal para quien la individualización del crédito está conectada al principio de la accesoriedad y no al de la especialidad²⁰².

El principio de especialidad se cumple siempre que la obligación esté determinada en su monto; la individualización del crédito y su causa, en cambio, es un tema vinculado a la accesoriedad de la garantía hipotecaria; este carácter exige la existencia de una obligación lícita, válida y vigente, aun cuando no sea actualmente exigible. En otros términos, la accesoriedad de la hipoteca relaciona al derecho real con el derecho personal (crédito u obligación) y esa obligación puede originarse en cualquiera de sus fuentes.

El requisito de la individualización del crédito, sea como recaudo de accesoriedad o de especialidad, es exigido también por la jurisprudencia italiana. Que dispone que el acto en el cual el deudor concede una hipoteca al acreedor debe contener, bajo sanción de nulidad, la indicación del crédito garantido.

3.7. Las discusiones fueron aún mayores cuando el tema se llevó a la hipoteca en garantía de saldos de cuentas corrientes, pero reconozco que ello obedeció al indebido uso de esta figura jurídica por algunas entidades financieras, que la convirtieron en una especie de “cajón de sastre” o “bolsillo de payaso” adonde iban (y, a veces, siguen yendo) a parar todas las deudas que el cliente contrae con el banco, por cualquier razón que sea. En efecto, de mantenerse la cuenta corriente en sus justos límites son compatibles las razones dadas para la validez de esta garantía, siempre que se opine que la cuenta corriente es un contrato autónomo.

De cualquier modo, es excesivamente liberal la jurisprudencia capitalina que considera cumplido el recaudo de la especialidad “si el débito de la cuenta corriente responde a su vez a un crédito de prefinanciación de exportaciones que no está expresamente mencionado en el certificado prendario²⁰³”.

La aplicación de esos principios al “sub lite”. No hay razones para apartarse de la llamada tesis “rígida” sostenida en estos precedentes.

En el caso a resolver, no es relevante si la escritura hipotecaria menciona o no genéricamente a una cuenta corriente, pues ésta es también una referencia genérica (“saldos de cuenta corriente”), dentro de “todas y cada una de las deudas que actualmente tenga contraídas o contraiga en el futuro con Pirelli, cualquiera sea el carácter de aquéllas, así devenguen de facturas por venta de mercaderías, débitos emergentes de tales operaciones saldos de cuenta corriente, documentados o no mediante cheques, letras y/o cualquier otra forma de instrumentación comercial, como así también los intereses”.

A más de que la interpretación de las cláusulas hipotecarias es problema ajeno al recurso de casación (L. 5. 181-300), no parece arbitrario afirmar que la expresión “deudas que actualmente tengan contraídas o contraigan en el futuro” no está referida sólo a la cuenta corriente, sino a todas las deudas que por cualquier razón llegue a tener el deudor con el acreedor; ésta es, justamente, la cláusula que impide el rango de avance y que compromete indefinidamente el inmueble del deudor.

Siendo éste el punto central de la disputa, es irrelevante ingresar en la cuestión de si entre las partes existía una cuenta corriente o de gestión y si el Código Civil tolera la hipoteca para garantizar el saldo de una cuenta simple, como también si el certificado emitido por el contador es intra o extraescritura, pues aunque el recurrente acertara en esos argumentos, la sentencia de grado seguiría manteniéndose como acto jurisdiccional válido en el núcleo decisivo.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, se resuelve: Rechazar el recurso el recurso extraordinario de casación, e imponer costas a la parte recurrente que resulta vencida.

Comentario sobre fallo jurisprudencial que aplica tesis intermedia pronunciado por el Tercer Juzgado de Procedimientos Concursales y Registro de la ciudad de Mendoza, autos N° 5759, “Pedro López e Hijos SACIA s/ Concurso preventivo”. Este fallo fue pronunciado en su sentencia de primera instancia en fecha 9 de abril de 2001 en Mendoza.

La resolución del artículo 36 de la Ley de Concursos y Quiebras: categorías de créditos: Antes de resolver sobre los créditos y privilegios presentados a verificar mediante un acto procesal que es una verdadera sentencia de conocimiento pleno, se hace necesario explicitar criterios respecto a las diversas clases o categorías de créditos que surgen del artículo 37 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Dos corrientes existen en la doctrina y la jurisprudencia, que postulan una clasificación cuatripartita²⁰⁴ (verificados, no verificados, admisibles e inadmisibles) o tripartita²⁰⁵ (verificados, admisibles o inadmisibles). La diferencia, como se observa, radica en que esta última suprime a la clase de los “no verificados”.

Entendemos que más acertada la clasificación tripartita de los créditos (verificados, admisibles o inadmisibles) por las siguientes razones: a) es la que surge del texto expreso y claro del artículo 36, Ley de Concursos y Quiebras; b) la categoría de “no verificado” —cuando, pese al consejo del síndico, el juez lo desestima—, crea la dificultad interpretativa de que si le es dable acceder al recurso de revisión del artículo 37 de la Ley de Concursos y Quiebras ya que esta norma no la menciona; c) asegura más adecuadamente la defensa de los derechos en juicio, principio de raigambre constitucional (art. 18, Const. Nac.), pues todos los créditos y privilegios que no sean “verificados” podrán ser revisados con posterioridad a la junta (si lo hacen en tiempo útil), sin necesidad de investigaciones acerca del significado de los “no verificados”. La sentencia de verificación tiene tres variantes: declarar al crédito verificado, admisible o inadmisibile.

Se declaran “admisibles” los créditos y privilegios que fueron observados por el deudor, los acreedores o la sindicatura y que el juzgador, rechazando las impugnaciones, así lo considerara.

Se declaran “inadmisibles” los créditos y privilegios que fueron objetados por el deudor, los acreedores o la sindicatura y que el juzgador, aceptando las impugnaciones, así lo resolviera como también aquellos créditos y privilegios en los que, aun no mediando oposiciones, el director del proceso no los admitiera a los fines de la junta.

En todos los casos es el juzgador quien resuelve en definitiva puesto que (como expresa la unanimidad de la doctrina autoral y jurisprudencial) la opinión de la sindicatura no es vinculante pudiendo decidir en contrario a su consejo. Resolución de los otros créditos:

El arancel de verificación de créditos que el acreedor debe pagar a la sindicatura (art. 32, Ley de Concursos y Quiebras) será considerado como un gasto de justicia (art. 240, Ley de Concursos y Quiebras).

Dada la gran cantidad de acreedores presentados a la etapa verficatoria de créditos (875 solicitudes), y a los fines de facilitar la compulsa de esta sentencia de verificación por todos los interesados, se ha ordenado la confección de planillas que se individualizarán como anexos y que forman parte integrante de la misma. Anexo I: créditos verificados; Anexo II: créditos declarados admisibles, y Anexo III: créditos declarados inadmisibles; en todos los casos, según lo aconsejado por sindicatura.

Trataremos la acreencia N° 526 perteneciente a la Banca Nazionale del Lavoro SA, el que ha merecido del suscripto un detenido análisis tanto desde el punto de vista contable cuanto jurídico. La sindicatura en su completo informe, en el primer aspecto, aconseja desechar el privilegio hipotecario invocado y, en cuanto a la parte quirografaria, limita la pretensión a la cifra que arroja la cuenta corriente bancaria al día de la presentación en concurso. Trataremos ambos temas por separado.

El órgano concursal dictamina postulando la declaración de inadmisibilidad de los privilegios hipotecarios, constituidos en siete (7) escrituras, fundada (admitiendo las observaciones de la concursada) en que en el caso se habrían violado los principios de especialidad subjetiva (esto es, en cuanto al crédito asegurado con el gravamen) y de rango de avance o posibilidad de ascenso hacia grados superiores de acreedores de línea registral posterior.

Cabrá examinar los términos contenidos en las respectivas escrituras públicas. En todas ellas se lee que garantizando el cumplimiento de los préstamos recibidos "...como así también todo saldo deudor que pueda arrojar la cuenta corriente bancaria número [...] y/o el saldo deudor de cualquier otra cuenta

corriente bancaria que la prestataria tenga abierta o abra en el futuro en la Banca Nazionale del Lavoro SA, aquélla grava con hipoteca...” Entre las cláusulas especiales figuraba la obligación de la prestataria de “...mantener abierta en la BNL hasta la total cancelación del préstamo, una cuenta corriente bancaria, renunciando a la facultad conferida por el artículo 792 del Código de Comercio. La BNL podrá debitar de dicha cuenta corriente, aun en descubierto, el importe de las cuotas de capital, de intereses compensatorios, como así también sus intereses moratorios, costos y costas, impuestos o cualquier otro importe cuyo pago o reembolso esté a cargo de la prestataria...”

Como también (repitiendo el crédito asegurado por el gravamen) que éste lo era en garantía del reintegro por los préstamos recibidos y de todo saldo deudor que con motivo del préstamo pueda arrojar la cuenta corriente bancaria que en cada caso se indica, que la prestataria tiene abierta en la BNL o el saldo deudor que por igual causa pudiera registrar cualquier otra cuenta corriente que tenga abierta o abra en el futuro.

Según lo transcrito, las hipotecas entonces aseguraban: a) el reintegro de los mutuos y/o b) el saldo deudor que pudiera arrojar la cuenta corriente bancaria especificada en cada caso bajo codificación numérica y o c) el saldo deudor de cualquier otra cuenta corriente bancaria que la mutuaría tenga abierta o abra en el futuro en dicho banco.

Respecto de la especialidad subjetiva, nuestro Código Civil dispone que la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero (art. 3108). Pueden asegurarse con hipoteca tanto créditos actuales o anteriores (art. 3152) como también los créditos a término, condicionales o eventuales, estos últimos de una manera tan completa como los créditos puros y simples (art. 3153) y, en el caso de créditos condicionales, bajo cualquier condición (art. 3116). En el primer caso, la hipoteca debe ser por una suma cierta y determinada (art. 3109, 1a parte). En el segundo (es decir, si el crédito es condicional o indeterminado en su valor o si la obligación es eventual), basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca (art. 3109, parte 2a). De acuerdo a esto, el acto constitutivo del gravamen debe contener, entre otros recaudos, la cantidad cierta de la deuda (art. 3131, inc. 4), no anulándose empero la hipoteca por falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que —por la apreciación del

conjunto de las enunciaciones de dicho acto— el juez pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte (art. 3133 C.Civ).

No se garantizan (como en el caso “Pirelli” referido ut supra), todas y cada una de las deudas actuales o futuras, cualquiera fuera su naturaleza. La determinación de la deuda asegurada, consiste en garantizar un crédito del que indica su fuente (un mutuo), como también los saldos deudores que pudiera registrar una cuenta corriente bancaria.

La escritura expresa que la garantía cubría los saldos deudores “que con motivo del préstamo” pudieran arrojar ciertas cuentas en el presente. Y con respecto a los saldos deudores futuros, ellos quedaban garantizados siempre que reconocieran “igual causa” (es decir, el mutuo otorgado). Por lo demás, el saldo cubierto no era el emergente de cualquier operación que pudiera existir o existiera entre banco y cliente, sino sólo de ciertas operatorias, esto es, las que se llevaran a la cuenta corriente bancaria, contrato éste (como se sabe) debidamente reglamentado en la actualidad por las distintas circulares del Banco Central de la República Argentina. Reforzando lo dicho, debe tenerse presente que la mutuaría aceptó mantener abierta, hasta la total cancelación del préstamo: una cuenta corriente bancaria donde se debitarían las amortizaciones del préstamo y sus accesorios como también cualquier otro importe cuyo pago o reembolso estuviera a cargo de aquélla.

Ahora analizaremos un fallo donde se aplicó la tesis amplia, pronunciado por la Cámara Nacional Civil, sala A, de fecha 3 de marzo de 1997, “Citibank N.A. C/ Alvarez Brivet, Guillermo Raúl s/ Ejecución hipotecaria”. Se hace valer una escritura pública que instrumenta el otorgamiento de una línea de créditos a favor del demandado, hasta la suma de (US\$ 82.000) y su posterior ampliación hasta la suma de (US\$ 95.000). El deudor podrá dentro del plazo pactado disponer del préstamo, en la medida de que los montos en conjunto no superen el monto máximo en concepto de capital.

En garantía de ese crédito se constituyó a favor de Citibank N.A hasta la suma antes mencionada, un derecho real de hipoteca en primer grado, sobre un inmueble propiedad del demandado. Este garantizará operaciones bancarias

indeterminadas, en el marco de una misma cuenta bancaria, por un monto máximo.

Se declaró improcedente la excepción de inhabilidad opuesta al progreso de la acción ejecutiva. Establecieron que el principio de especialidad en cuanto al crédito fue respetado por las partes, que el artículo 3153 C.C. admite la constitución de hipotecas para garantizar un crédito eventual, en cuyas hipótesis más típicas se encuentra la del saldo de cuenta corriente, donde se pacta un monto determinado, operando como límite. La gestación del crédito no impide que la hipoteca pueda inscribirse de inmediato, hasta tanto nazca la obligación principal, la garantía queda latente. Se refiere a un crédito eventual nacido de la liquidación, es decir, se garantiza el resultado final de la cuenta, por lo que el acreedor tiene derecho a exigir hasta el límite de la suma realmente debida, cuyo máximo podrá probarse por todos los medios admisibles.

Solo es menester que por acto autentico se establezca el monto y extensión del crédito, aunque su determinación se haga por medios extrahipotecarios. No puede alegarse como fundamento válido la falta de referencia expresa al número y tipo de cuenta al que accede la garantía real en el instrumento constitutivo.

Según los comentarios del fallo se encuentran debidamente cumplidos los requisitos de especialidad y accesoriedad.

Jurisprudencia en nuestra provincia, fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, 14 de abril de 1983, “Banco Independiente Coop. Ltda. Contra. Osvaldo N. Guerra”, “E.D.”, 107-215.

La sentencia hace lugar a las excepciones de nulidad de la hipoteca e inhabilidad de título opuestas por los ejecutados, rechazando por lo tanto la ejecución hipotecaria intentada por el Banco actor. La nulidad fue opuesta con el fundamento de que la hipoteca de autos viola el principio de la especialidad del art. 3109 del Cód. Civil, toda vez que la escritura por la que fue constituida no permite individualizar el crédito garantizado, y la inhabilidad de título fue fundada en que la constancia del saldo deudor de la cuenta corriente bancaria podrá servir para demandar ejecutivamente, mas no es hábil para sustentar una ejecución hipotecaria.

El pronunciamiento es apelado por el banco actor. Desde ya adelante que a mi criterio, éstos no pueden prosperar, debiendo confirmarse la sentencia. Es que la vaguedad y generalización (para emplear los términos de la sentencia), que en relación al crédito garantizado contiene la escritura de hipoteca, no puede ser cubierta con ninguna otra documentación ajena a ella, aun en el caso que en la misma escritura se hubiese previsto tal cosa. Además, la certificación del saldo deudor en nada mejora la falta de precisión de que adolece el instrumento constitutivo y que hace que en el mismo no se haya respetado el principio de la especialidad en cuanto al crédito. En tal sentido se ha dicho que “es nula la hipoteca otorgada para garantizar y asegurar el pago de cualquier suma de dinero o efectos que la sociedad ... actualmente adeudare o en adelante pudiera adeudar..., porque no se menciona ningún contrato al que acceda la garantía, simplemente surge que la acreedora es una entidad financiera, sin que de ello pueda concluirse que los contratos que se hayan querido asegurar sean los que acostumbra a realizar una empresa de ese tipo” (C. Apel. C.C. Mendoza, “Rep. L.L.”, XL-1225, sum. 14). También que “el principio de la especialidad en punto al crédito, exige antes que nada la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa-fuente de la obligación que garantiza” (C. Apel. C.C. Morón, “LL” 981-17)

No cabe duda de que en caso de autos nos encontramos con una nulidad de este tipo, toda vez que en la escritura acompañada no se dan los datos suficientes para saber cuál es el crédito que garantiza. Es evidente que no se cumple con el requisito de la especialidad en cuanto al crédito, si se dice que “en garantía de todas y cada una de sus obligaciones, constituidas por ellos y Osvaldo N. Guerra, constituidas con anterioridad, en especial al préstamo otorgado por la suma de \$ 40.000.000, y que será oportunamente liquidado; así como las que cualesquiera de ellos contraigan en el futuro, por cualquier causa, razón o título, bajo las cláusulas, tipo de interés, formas de pago y demás condiciones pactadas en forma general, o que se pacten en el futuro, sin que ello implique novación de tales obligaciones. Esta nulidad provoca la inhabilidad del título en que se fundó la acción.

Conclusiones:

Con este trabajo tratamos de reflejar el panorama actual sobre hipotecas abiertas, una cuestión marcada por doctrinas muy dispares, contrapuestas, que también se han reflejado en paradigmáticos casos jurisprudenciales contradictorios.

Nuestro Código Civil, presenta una tendencia claramente contraria a la constitución de este tipo de garantías que gravan obligaciones futuras en las cuales no están determinadas su causa-fuente, y que por consiguiente impiden la posibilidad de obtener nuevos créditos por parte del deudor ya que nadie constituiría una hipoteca de segundo rango, en la cual la garantía de primer rango garantiza obligaciones que ni siquiera han nacido al tiempo de su constitución. También un principio relevante en la materia hipotecaria que se ve vulnerado es el rango de avance el cual no se puede aplicar al constituirse estas garantías abiertas.

En definitiva, la indeterminación de los créditos garantizados por la hipoteca vulnera los principios estatutarios de los derechos reales (el rango de avance y el *numerus clausus*), como también aspectos vinculados con la tutela del crédito, limitación de la posibilidad de endeudamiento, obstaculización de las acciones reparadoras del fraude y del control de la realidad y de la licitud de la causa del crédito.

La hipoteca garantiza ese crédito y no algún crédito; luego, debe conocerse el crédito garantizado, indicárselo con precisión, pues la garantía alcanza a tal crédito. Dicha exigencia conduce a la necesidad de establecer la causa del crédito, por ser esa la forma de determinarlo. No caben las generalizaciones.

Esta exigencia es insoslayable y debe operarse en el acto constitutivo de la hipoteca. No cabe, entonces, diferenciar dos momentos: el de la constitución del derecho real y el de la ejecución, pues la hipoteca que se ejecuta es la constituida.

En nuestro sistema jurídico no cabe el acto abstracto (salvo para la letra de cambio) y de ninguna manera el derecho real de hipoteca puede servir de garantía a relaciones negociables indefinidas o simplemente globales entre acreedor y deudo; consecuentemente, la o las causas genéticas de las obligaciones

garantizadas por la hipoteca deben resultar de la escritura (o del contrato a que acceda). Para satisfacer la exigencia de determinación de la obligación principal garantizada es menester precisar los sujetos, el objeto y la causa fuente de la obligación, incluso para los créditos eventuales.

Debemos mencionar que en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 1.998, se manifiestan disposiciones que reflejan una intención en el codificador de darle acatamiento a este tipo de garantías, ya admite la constitución de garantías reales en seguridad de créditos indeterminados, requerida por las necesidades contemporáneas del crédito, pero con la indicación necesaria del monto máximo garantizado, que lo será en todo concepto, es decir, por el capital, intereses y costas, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el cual no podrá exceder de diez años.

Nuestro derecho admite la hipoteca de rango compartido, pero como sabemos no admite la hipoteca que garantiza créditos indeterminados. No puede equipararse el supuesto de hipoteca en garantías de apertura de crédito en cuenta corriente mercantil o cuenta corriente bancaria con el de hipoteca en garantía de todos los créditos presentes y futuros. Aunque en ambos casos se cumple con el requisito de la especialidad, fijando la responsabilidad del gravamen hipotecado, solamente en la apertura de crédito o cuenta corriente bancaria se cumple con el principio de la accesoriedad. La hipoteca accede al crédito eventual constituido por el saldo de la cuenta y al contrato de apertura de cuenta corriente. Cuando falta este contrato previo, los créditos son aislados e independientes. El Código Civil admite la constitución de hipotecas para garantizar créditos eventuales, éstos deben tener origen en una relación jurídica preexistente. Si la relación jurídica preexistente a la constitución de hipoteca que garantiza créditos eventuales no fue expresada en el acto constitutivo las escrituras correspondientes son nulas. No pueden constituirse en nuestro sistema hipotecas con anterioridad a la existencia de un negocio jurídico cualquiera.

Este carácter esencial de accesoriedad significa que la hipoteca es inseparable del crédito al que accede y, por ende, sigue su misma suerte. Más aún, la existencia del derecho real depende del derecho personal al que le sirve de garantía: sin obligación no es posible la garantía.

Solamente es admisible la hipoteca como derecho real accesorio a un derecho personal en el Código Civil. Deben estar determinado los elementos para reconocer el crédito cuyo cobro se pretende que debe coincidir con el efectivamente garantizado por la hipoteca.

La hipoteca no accesorio no es un derecho real permitido pues de acuerdo al artículo 2502 c.c. que consagra el principio del “numerus Clausus”, solo pueden crearse los derechos reales por ley y no pueden crearse otros derechos reales que los que la ley expresamente indica; tampoco pueden modificarse los existentes. En consecuencia la hipoteca no accesorio no es un derecho real.

Debemos tener en cuenta que las normas que regulan los derechos reales son de orden público, este se ve comprometido con la pretensión de crear como derecho real una figura no tipificada como tal.

Esta hipoteca tampoco puede valer como derecho personal, deben tenerse por no escritas las cláusulas convencionales que la constituyen. La nulidad no está sujeta a la restricción del artículo 1047 C.C. en cuanto a la imposibilidad de invocación por la parte que supo o debió saber la trasgresión. Es una nulidad absoluta y manifiesta, que puede ser alegada incluso por las partes, esta hipoteca al no ser tal queda es un negocio que queda fura del derecho.

En nuestra legislación actual no tiene cabida la llamada hipoteca abierta, por resultar violatoria del principio de accesoriedad. Aun tratando de morigerar el significado y alcance del carácter de especialidad de la hipoteca con relación al crédito, el derecho real de hipoteca no es válido como tal cuando en el contrato hipotecario se han pactado cláusulas que garantizan el pago de todas las deudas que actualmente se tengan o se generen en el futuro, cualquiera fuera su causa.

Por otra parte, no existe ninguna duda de que la realidad ha desbordado a la legislación vigente, prueba de ello son las numerosas hipotecas abiertas que constituyen principalmente los bancos (como dadores de créditos) a despecho de las prohibiciones existentes en el ordenamiento jurídico. También es marcada la dicotomía existe entre la legislación vigente y el ultimo proyecto de reformas al Código Civil.

Sin lugar a dudas todas las discusiones, opiniones vertidas otorgándole o no a las hipotecas abiertas, ocultan en el fondo el tema central de discusión, de esencia netamente económica, en el que se manifiestan los intereses contrapuestos de las partes intervinientes, acreedores hipotecarios por un lado, y consumidores de créditos por el otro.

Cada una de las posturas poseen defectos y virtudes los cuales fueron esbozados en este trabajo, ahora cabe esperar que predomine la prudencia y el sentido común en las decisiones de nuestros jueces, en la opinión de nuestros doctrinarios, y en la conducta procesal de nuestros abogados, solo de esta manera se podrá construir un país serio en el cual la seguridad jurídica ocupe un lugar primordial.

¹ 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.

² Mariani de Vidal, Marina, "Curso de derechos reales", t.3. 4ª Ed. actualizada. Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1997.

³ Highton Elena. Hipoteca "La especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición editorial, Desalma 2000, Buenos Aires.

⁴ Boffi, Luis P., Hipoteca civil 2ª ed, La Plata, 1926

⁵ 2503. Son derechos reales:

1.El dominio y el condominio

2.El usufructo.

3.El uso y la habitación.

4.Las servidumbres activas.

5.El derecho de hipoteca.

6.La prenda.

7.La anticresis.

8. [La superficie forestal] (Incorporado por ley 25509).

⁶ 2505. (Derogado por ley 17.711). los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas a los derechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos.

⁷ Ley 17.801 artículo 2. de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados Registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;

Los que dispongan embargos, inhibiciones, y demás providencias cautelares;

Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

⁸ 3115. No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este Título.

⁹ 3109. No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹⁰ 3110. La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concebida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.

¹¹ 3133. La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciacines del acto constitutivo de la hipoteca.

¹² 3148. La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo.

¹³ 3109. No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinada, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹⁴ 3131. el acto constitutivo de la hipoteca debe contener:

1.El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas declinaciones relativas al acreedor, lo de las personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento;

2.La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

3.La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito al que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre;

¹⁵ 3116. La hipoteca puede constituirse bajo cualquier condición, y desde un día cierto, o hasta un día cierto, o por una obligación condicional. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma en que se hubiese tomado razón de

ella en el oficio de hipotecas. Si la hipoteca fuese por una obligación condicional, y la condición se cumpliera, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria.

¹⁶ 3112. [La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. Sin embargo en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor.] (Texto según ley 11.725.)

¹⁷ Marcadé, Explication theorique et pratique du Code Napoléon, 6ªed, Paris, 1869, t II.

¹⁸ Carnelutti, Francesco, Estudios de derecho procesal, traducción de Santiago Sentís Malendo, Buenos Aires, 1952, t. I.

¹⁹ Vallet, Panorama de derecho civil, 1963, pág. 170, citado por Roca Sastre, ob, cit en nota 25, t. IV-1, ps 159 y 160.

²⁰ Giorgiani, Diritti reali, en Novísimo Digesto Italiano, T. V, Pág. 749, citado por Roca Sastre, ob, cit en nota 25, t. IV-1, ps 159.

²¹ La Ley, Antecedentes Parlamentarios, 1.994, “Ley 24.441” pág. 823.

²² Abrevaya, Alejandra. “Ejecución extrajudicial” Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.999.

²³ Fernandez, Raymundo L. Tratdo de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios, Buenos Aires, 1941. t.I.

²⁴ Crome, Sistem, t III, pág. 639, citdo por Roca Sastre, ob . cit. en nota 25, t IV-1, pág. 177.

²⁵ Cámara, Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real, en “Revista de Derecho Privado”, 1949, pág. 377.

²⁶ Arthur Nussbaum, Tratado de derecho hipotecario alemán, traducido de la 2 ed. Alemana por W. Rocés, Madrid, 1999, PS.56Y 57; J. W. [Edeman, Tratado de drecho civil, Madrid, 1995, vol II, *Derechos Reales*, P. 418; Martin Wolf, en Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf, Tratado de Derecho civil, 10 revisión, traducción de Blas Perez Gonzales y Jose Alguer, Barcelona 1970, Highton Elena. Hipoteca “La especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial, Desalma 2000, Buenos Aires.

²⁷ Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français d’ après la methode de Zachariae, 4 ed. París 1869, t. 111, p. 24, para quienes es un derecho real sui generis. Highton Elena. Hipoteca “la especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

²⁸ Marcel Planjol y Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, paris, 1927. t. XII, en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

²⁹ G Baudry- Lacantinerie y P. de Loynes, Traite theorique et pratique de droit civil, du nantissement, des privileges & hypothèques et de lexpropriation forcé, París 1896, t. II en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

³⁰ Gatti, Edmundo. Teoría general de los derechos reales. Buenos Aires 1975.

³¹ Allende, Guillermo. Panorama de los derechos reales. Buenos Aires. 1967.

³² Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires

³³ Borda Guillermo, Manual de Derechos Reales. Cuarta edición, editorial Perrot. Buenos Aires.

³⁴ Alegría, Héctor. Las ganancias “autoliquidables”. Revista de Derecho Privado y Comunitario.

³⁵ Pirovano, Pablo A. y Pascual, Mariano E. “La hipoteca abierta, critica a un fallo desafortunado”

³⁶ Artículo 3.131 Cod Civ. “El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc 2º La fecha y la naturaleza del contarto a que accede y el archivo en que se encuentra”. Editorial Zabalía 2002.

³⁷ Jurisprudencia: SC Mendoza, sala I, 29/05/98, expte. Nº 62.611, “Pirelli Neumaticos S.A.C.I.

³⁸ Artículo 3109, Cod. Civ. “No pueden constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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 tienen por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimado en el acto constitutivo de la hipoteca” Editorial Zabalía. 2002

³⁹ Artículo 2093, párrafo tercero. “las hipotecas abiertas por créditos indeterminados, no coluncan el carácter de la especialidad cuando la causa exista al tiempo de la constitución o con posterioridad siempre que el mutuo hipotecario se establezca el monto máximo garantizado, en estas garantías el plazo no puede superar los 10 años.

⁴⁰ 2502 C.C. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

⁴¹ 21 C.C Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden publico y las buenas costumbre.

⁴²523C.C. De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra.

⁴³ 525C.C. Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria, pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.

⁴⁴ 524C.C. Las obligaciones son principales o accesorias con relación a su objeto, o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto del objeto de ellas, cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; como son las cláusulas penales. Las obligaciones son accesorias a las personas obligadas, cuando éstas las contrajeren como garantes o fiadores. Accesorios de la obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o hipoteca.

⁴⁵ 3108C.C. La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.

⁴⁶ 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener:

2.La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

⁴⁷ 3128C.C La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda.

⁴⁸ Albert Andre, *Trctité pratique du regime hypothecaire*, tres ed, París 1916 en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

⁴⁹ Boffi, Luis P., *Hipoteca civil* 2ª ed, La Plata, 1926

⁵⁰ Manuel I. Adrogué, Juan Carlos Amuy y Álvaro Gutierrez Zladivar, *Notas relativas a las hipotecas cte seguridad en el derecho argentino*, “L.L”, t 1980-B,

⁵¹ 499C.C. No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.

⁵² 500C.C. Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

⁵³ 501C.C. La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.

⁵⁴ 502C.C. La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden público.

⁵⁵ Llambías Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil, parte general*, t. 1Bs. As., 1971.

⁵⁶ López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contrato*, parte general, 2 ed., Bs.As.197

⁵⁷ Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6 ED. Actualizada por Galli, Enrique V. Bs. As., 1947.

⁵⁸ Lafaille, hector. *Derecho civil Tratado de obligaciones* t 1, Bs. As. 1947.

⁵⁹ 500 C.C Aunque la causa no este expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

⁶⁰ 501 C.C La obligación fundada será valida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera.

⁶¹ 502 C.C La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La cusa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o al orden publico.

⁶² Barcia López Arturo. *La causa ilícita en el derecho de obligación según el pensamiento de Vélez Sarsfield*, Córdoba. 1950

⁶³ Lafaille, ob. Cit. En nota 285, t. I, p 41; Busso, ob cit. En nota 19, t. III, p. 115; Borda, ob. Cit. En nota 219, t. II, p. 99, Machado, ob. Cit. En nota 38, t II, Ps 149 a 151; Llerena, ob cit. En nota 171, t. II, p. 384.

⁶⁴ López de Zavalía, ob cit. En nota 281. ps 243 a 247.

⁶⁵ 3129. Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la Republica, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. pasado ese termino la hipoteca no perjudica a tercero, la hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa licita por las leyes de la Republica.

⁶⁶ 2058 C. C El que hubiese firmado una obligación que tenia en realidad por causa de deuda de juego o de apuesta, conserva a pesar de la indicación de otra causa civil eficaz, la excepción del artículo anterior, puede probar por todos los medios la causa la causa real de la obligación.

⁶⁷ 518 C.C Las fianzas, hipotecas, prendas, y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son validas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias.

⁶⁸ 666. C.C La cláusula penal tendrá efecto, aunque sea puesta para asegurar el cumplimiento de una obligación que no pueda exigirse judicialmente, siempre que no sea reprobada p r la ley.

⁶⁹ 1994. C.C La fianza no puede existir sin una obligación válida. Si la obligación nunca existió o esta extinguida, o es de un acto o contrato nulo o anulado, será nula la fianza. Si la obligación principal se deriva de un acto o contrato anulable, la fianza también será anulable. Pero si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor.

⁷⁰ 2057. La deuda de juego o apuesta no puede compensarse, ni ser convertidas por novación en una obligación civilmente eficaz.

⁷¹ 515C.C. La obligación civil se funda en el derecho civil, y es garantizada por las instituciones civiles, por medio de una acción. Hay obligación natural siempre que, según el *jus gentium*, existe un vínculo obligatorio entre dos personas. Este vínculo, a menos que la ley civil no lo repruebe expresamente, merece ser respetado; pero mientras no esté positivamente sancionado, no hay derecho para invocar la intervención de los tribunales, institución esencialmente civil, es decir, que el acreedor no tiene acción para demandar la ejecución de su derecho. Por el Derecho Romano no había obligación civil ni pretoriana, por los actos que originaban la obligación natural. Sólo ocasionalmente y por medios menos directos, podía el acreedor hacerla valer. Sin embargo, ella producía muchas veces los efectos de las obligaciones ordinarias. La obligación natural servía de causa de compensación como una obligación ordinaria. (L. 6, Dig. De compent.). Excluía la repetición de lo que se había pagado aun por error (L. 10, Dig. De oblig. et act., y L. 19, Dig., De condit. indebiti.), podía ser asegurada con fiador (Instit. De fidejuss, § 1), o con prendas o hipotecas (L. 5, Dig. De pign.), o ser transformada por la novación en una convención obligatoria (L. 1, Dig. De Novat.). Nuestras leyes les dan casi los mismos efectos (L. 5, Tít. 12, Part. 5a., LL. 4, 6, 18 y 31, Tít. 14, Part. 5a.). Por estos efectos de tanta importancia Duranton juzga que hay un blanco en los Códigos en materia de obligaciones, y que corresponde a los jueces en virtud del art. 4º del Cód. Francés, decidir cuando hay una obligación natural.

Zachariæ procura en el § 525, nota 10, establecer reglas generales sobre las obligaciones naturales. "Es preciso, dice, para determinar los efectos de las obligaciones naturales, hacer varias clases de ellas. Hay obligaciones naturales que la ley reprueba por el desfavor inherente a su causa, como las deudas de juego. Esas obligaciones no dan ninguna acción; pero lo que ha sido voluntariamente pagado no puede repetirse. Sin embargo, como la ley reprueba la causa de la obligación y por consiguiente la obligación misma, reprueba también las obligaciones accesorias que tengan por objeto asegurar la ejecución.

"Hay obligaciones que la ley rehúsa reconocer por razón de la inhabilidad de las personas que las han contraído, por ejemplo, las obligaciones de una mujer casada. Estas obligaciones, sin embargo, pueden ser afianzadas, porque no reprobando la ley el principio de la obligación, no puede reprobarse las obligaciones accesorias que tienen por causa la primera obligación. Pero otra cosa sería, y entonces la obligación no podría ser afianzada, si en vez de ser contraída por una persona inhábil desde el punto de vista de la ley civil, lo fuese por una persona naturalmente incapaz, como, por ejemplo, un demente o un menor que no hubiese llegado a la edad del discernimiento. En estos casos, ni aun habría obligación natural. Pero si el fiador hubiese conocido la nulidad de la obligación, su fianza sería firme, menos como fianza que como obligación de pagar la cosa que hacía el objeto de la obligación nula. Hay obligaciones que han comenzado por ser obligaciones civiles, pero que contra el ejercicio de ellas el deudor ha adquirido una sentencia que las declara inadmisibles, porque están prescriptas, o por otras causas legales; sin embargo, puede ser afianzadas y no dan lugar a repetir lo pagado. Hay obligaciones civiles que continúan existiendo como obligaciones naturales, cuando por razones políticas o de orden público, la ley les retira la acción que les había concedido. Resulta de todo lo que precede, que el efecto común de todas las obligaciones naturales, es impedir la repetición de lo pagado, porque se ha pagado lo que verdaderamente era debido; pero que ellas no pueden ser compensadas, porque la compensación es de derecho, y el pago es de hecho. Resulta igualmente que las obligaciones naturales pueden ser garantidas y afianzadas, cuando no son reprobadas por la ley civil, o contrarias al orden público; pero resulta también que la obligación natural, si puede servir de base a una excepción, no puede por sí misma dar ninguna acción al acreedor, porque la acción que consiste en poner en ejercicio los medios coercitivos establecidos por la ley civil, no puede ser llamada al socorro de una obligación que la ley civil desconoce o reprueba. Una distinción análoga sirve para resolver la cuestión de si las obligaciones naturales pueden, por medio de una novación, venir a ser obligaciones civiles. Ellas no son susceptibles de novación, cuando son contrarias a la ley o al orden público, sino únicamente en el caso que puedan valer como obligaciones civiles. En cuanto a la cuestión de si las obligaciones naturales pueden, por medio de la ratificación o confirmación, llegar a ser obligaciones civiles, creemos que la afirmativa es cierta para aquellas que han llegado a ser naturales, después de haber sido primitivamente civiles, como las obligaciones prescriptas, o que son naturales por razón de la inhabilidad del obligado. Mas las obligaciones naturales reprobadas por el derecho civil, como las de juego, no son susceptibles de ratificación. Nos

inclinamos a creer que lo mismo sería respecto a las obligaciones que, primitivamente civiles, han venido a ser naturales en virtud de las leyes políticas o de orden público, que han abrogado los contratos de donde ellas resultaban."

Creyendo justa la observación de Duranton, sobre la falta que advierte en los Códigos, respecto de las obligaciones naturales, tomamos lo dispuesto en el de Chile, el único en que se encuentran leyes positivas sobre dichas obligaciones.

⁷² 3131 C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener :2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

⁷³ 953 C.C. El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

⁷⁴ 3129 C.C. Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la Republica, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. pasado ese termino la hipoteca no perjudica a tercero, la hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa licita por las leyes de la Republica.

⁷⁵ 502 C.C. La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público.

⁷⁶ 3133. C.C. La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte.

⁷⁷ 2502 C.C. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase lo que este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

⁷⁸ 499 C.C No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de unos de los actos lícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.

⁷⁹ 3128 C.C. La hipoteca solo puede ser constituidas por escritura publica o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por si mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda.

⁸⁰ 499 C.C. No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia , o de las relaciones civiles.

⁸¹ Roca Sastre, ob. Cit. en nota 25, t. II, PS.375 a 378, y t. IV-2 Ps.523 y 586 en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

⁸² Galindo y Escoura; ob. Cit. en nota 105, t. II, ps.122 y 123. en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

⁸³ Gomez de la Serna, Pedro La Ley hipotecaria comentada y concornada, Madrid, 1862, t. 1, p. 483. en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

⁸⁴ Cossio y Corral, ob. Cit. en nota 38, ps. 350 y 351 en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición editorial Desalma 2000 Buenos Aires.

⁸⁵ Pignon, Joseph Des hypothques générales en droit française-thèse pour le doctoral en droit, Marseille, 1919, Ps. 8 y 21. en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2ª Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁸⁶ M. le Baron Grenier, Traité des hypothèques, 3 ed.. 1829, p. 132, en Highton Elena, Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁸⁷ Aubry y Rau, ob. cit. en nota 39, t. III, p. 338. en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000. Buenos Aires.

⁸⁸ Troplong, Droit civil explliqué des privileges et hypothèques, 5º ed, Paris, 1854, t. II. Pag. 319, en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁸⁹ Planiol-Ripert, t. XII, Ps. 349 y 382 a 385, en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹⁰ Carpentier, t. XXIII, Ps. 727 y 846 a 849. en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹¹ Galdi, Trattato delle ipoteche e Della separazione del patrimonio del difunto da quello dellerede, Nápoles, 1903, t. II, ps. 39,63,84y 91, en Highton Elena. Hipoteca, "la especialidad en cuanto al crédito" 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹² Chironi, Istituzioni di diritto italiano, 2aed, Milano-Tormo-Roma, 1912 tI, ps. 140y 141, en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹³ Dos Santos, Osvaldo, Do contrato no directo hipotecario brasileiro, 1958, p373, en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires. Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹⁴ 3109.* No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

⁹⁵ Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2º Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

⁹⁶ 1004C.C [Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de trescientos pesos moneda nacional.](Textosegúnley15.875.)

⁹⁷ 3148C.C La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo.

⁹⁸ 3109C.C No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

⁹⁹ Segovia, Lisandro, El Código Civil de la República argentina, Buenos Aires, 1881, vol. 1 pag. 121.

¹⁰⁰ Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, “Enciclopedia Jurídica ameba”, Buenos Aires, 1960, pag. 59.

¹⁰¹ 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc. 2º La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

¹⁰² 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc. 4º. La cantidad cierta de la deuda.

¹⁰³ 3131 C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc.1º El nombre, apellido,y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento;

¹⁰⁴ 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc.3º La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre;

¹⁰⁵ 3151C.C. (Derogado por ley 17.711.) La hipoteca registrada conserva los derechos del acreedor sobre el inmueble hipotecado por el término de diez años, si antes no se renovare.

¹⁰⁶ Rev. del Not. 803, pag 1098. Cám. 2da Civ. San Juan, “Banco Hispano Corfín c/ Viñedos Los Nogales”. J.A.23-X-85.

¹⁰⁷ 3108C.C. La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.

¹⁰⁸ 1458C.C. La cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título que comprueba el crédito, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviese bajo firma privada, y todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fuesen meramente personales, con la facultad de ejercer, que nace del crédito que existía.

¹⁰⁹ 3187C.C. La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones.

¹¹⁰ 3194C.C, La extinción de la hipoteca tiene lugar, cuando el que la ha concedido no tenía sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional, y la condición no se realiza, o el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto.

¹¹¹ 3197C.C (Derogado por ley 17.711.) La hipoteca se extingue pasados diez años desde su registro en el oficio de hipotecas.

¹¹² Llambías, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot.

¹¹³ 499C.C No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.

¹¹⁴ 3129C.C. Nota. Véase el comentario de Gómez de la Serna al art. 5 de la Ley Hipotecaria de España. Hablamos de causa lícita de la obligación, porque hay algunos actos o contratos que al mismo tiempo que están autorizados, o que por lo menos no están prohibidos por la ley en un Estado, son ilícitos en otros, y hasta se reprimen por sanciones penales. Supóngase que el origen de la obligación hipotecaria fuese la introducción de contrabandos en la República, para asegurar una cantidad de peso debido a uno de los partícipes en esos actos, o de juego, en un Estado en que son lícitos los juegos de suerte y azar, y que en virtud de compromiso, el jugador, para asegurar el pago de una suma perdida al juego, hipoteca una casa que tiene en este país. Escrituras de tales orígenes no producirían ningún efecto en la República Argentina, por fundarse en una causa ilícita, según nuestras leyes, y no podría tomarse razón de ellas en la oficina de hipotecas.

¹¹⁵ 3115C.C. No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita en este Título.

¹¹⁶ 3128C.C. La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda.

¹¹⁷ 1184C.C. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: Inc1. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;

¹¹⁸ Causse, Jorge Raúl, Rev. del Not., 867. Nota fallo cit. a Molinaro. J.A. Doc. 1972, pág. 3.

¹¹⁹ Colin, A, y Capitan, H. Curso elemental de Derecho Civil, traducido de la última edición francesa y con notas de Demófilo de Buen. Madrid, 1.925, pág. 389.

¹²⁰ 3148C.C. La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo.

¹²¹ Fallo de la Cámara de Apelaciones de Rosario, sala I, 27-4-1967, L.L. n°127, pág.198.

¹²² Fallo de la Cámara de Apelaciones de Morón, sala I, 19-6-1980, E.D. del 15-8-1980.

¹²³ Fallo de la Cámara 3era. Civil Com. Minas, Paz y tributario, Mendoza, 26-9-80. Autos "Pinturería Rojas Hnos".

¹²⁴ Segovia, Lisandro, T. II, pág. 327.

¹²⁵ Lafaille, Héctor, Derecho Civil III. Tratado de Derechos reales, pág. 82.

¹²⁶ Ripert, Boulanger, Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Buenos Aires. 1965. tomo VII. Pág. 300.

¹²⁷ 3110 C C La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal, a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.

¹²⁸ 3135 c.c La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada.

Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar. (Párrafo agregado por ley 17.711.)

¹²⁹ 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc.2 La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

¹³⁰ 3131C.C. El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: Inc. 4°. La cantidad cierta de la deuda.

¹³¹ 3135C.C. La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada.

[Al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar.] (párrafo agregado por ley 17.711.)

¹³² 495 C.C Las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer.

¹³³ Suprema Corte de Mendoza, 23/5/1983, "Cofirco Cía. Fin.", ED, 107-93.

¹³⁴ Cámara 1ª Civil, Comercial y Minería San Juan, 8/1/83, “S.A. Com. E Ind. Bodegas y Viñedos Abrago”, ED, 107-101.

¹³⁵ S.C.Mendoza, Sala I, 5/4/84, “Banco de previsión social”, ED, 109-641.

¹³⁶ 2502C.C. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

¹³⁷ S.C.Buenos Aires, 29/9/79, en autos “Accorsi, Rubén, c/ García Puente, Honorato”, LL, 1980-B-293

¹³⁸ 3109C.C.No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹³⁹ Incivil, Sala B, 22/3/84, en autos “Ibec Arbor Acres Argentina S.A.” ED, 109-137.

¹⁴⁰ LL’, Pág. 1980-B, Pág. 293;

¹⁴¹ 727c.c. El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento.

¹⁴² 862C.C. La confusión sucede cuando se reúnen en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios.

¹⁴³ 803.C.C. La novación extingue la obligación principal con sus accesorios, y las obligaciones accesorias. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios e hipotecas del antiguo crédito, que entonces pasan a la nueva. Esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha.

¹⁴⁴ 3108.C.C. La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.

¹⁴⁵ 3109.C.C. No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹⁴⁶ 3111.C.C. Los costos y gastos, como los daños e intereses, a que el deudor pueda ser condenado por causa de la inejecución de una obligación, participan, como accesorio del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito.

¹⁴⁷ 311 5.C.C. No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita en este Título.

¹⁴⁸ 3121.C.C, No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente.

¹⁴⁹ 3131 inc 2 El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: inc 2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;

¹⁵⁰ 3 128.C.C. La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de título al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda.

¹⁵¹ 3152. c.c. La hipoteca garantiza tanto el principal del crédito, como los intereses que corren desde su constitución, si estuvieren determinados en la obligación. Al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados, si los hubiere, deben liquidarse y designarse en suma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados, sin designación de su importancia, es sin efecto alguno.

¹⁵² 3153c. c. La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples.

¹⁵³ 3156C C Si lo estuviere a una condición suspensiva, el acreedor puede pedir que los fondos se depositen, si los acreedores posteriores no prefirieren darle una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos, en el caso que la condición llegue a cumplirse.

¹⁵⁴ 3158 C.C. Todo acreedor hipotecario, que aunque su crédito sea a término o subordinado a una condición, tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contratos actos sobre que dispone el artículo anterior.

¹⁵⁵ 3161.C.C. En los casos de los tres artículos anteriores, los acreedores hipotecarios podrán, aunque sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba.

¹⁵⁶ 3172.C.C. El tercer poseedor no goza de la facultad de abandonar los bienes hipotecados y exonerarse del juicio, cuando por su contrato de adquisición o por un acto posterior, se obligó a satisfacer el crédito.

¹⁵⁷ 3179.C.C. Los acreedores hipotecarios, aun antes de la exigibilidad de sus créditos, están autorizados a ejercer contra el tercer poseedor, todas las acciones que les corresponderían contra el deudor mismo, para impedir la ejecución de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecado.

¹⁵⁸ 3187C.C. La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones.

¹⁵⁹ 3192.C.C. La consignación de la cantidad debida, hecha por el deudor a la orden del acreedor, no extingue la hipoteca antes que el acreedor la hubiese aceptado, o que una sentencia pasada en cosa juzgada le hubiese dado fuerza de pago.

¹⁶⁰ 3202C.C. Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos.

¹⁶¹ 2502.C.C. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

¹⁶² Freitas, ob. cit. en nota 69, t. II, Ps. 395 y 396. en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2 Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

¹⁶³ 18.C.C. Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

¹⁶⁴ 1047.C.C. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

¹⁶⁵ Ley 17.801 art. 19. La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida.

¹⁶⁶ 1047. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

¹⁶⁷ 3153 La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples.

¹⁶⁸ 3109C.C. No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹⁶⁹ Lafaille, ob. cit. en nota 41, t. III, Ps. 82 y 83 en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2 Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

¹⁷⁰ Salvat, ob. cit. en nota 40, t. IV, Ps. 91 a 93 en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 28 Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

¹⁷¹ Domat, ob. cit. en nota 53, t. U, ps. 95 a 104, en Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2 Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

¹⁷² Battur, ob. cit. en nota 142,1. II, ps. 168 a 178, Highton Elena. Hipoteca. “la especialidad en cuanto al crédito” 2 Edición, editorial Desalma 2000. Buenos Aires.

¹⁷³ 3109C.C. No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. 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.

¹⁷⁴ 3153C.C. La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples.

¹⁷⁵ Guastavino, Elías, Derechos Eventuales, “Revista del Notariado”, nov.-dic., Buenos Aires, 1974, pag. 2115.

¹⁷⁶ Guastavino, Elías, Derechos Eventuales, “Revista del Notariado”, nov.-dic., Buenos Aires, 1974, pag.2116.

¹⁷⁷ Guastavino, Elías, Derechos Eventuales, “Revista del Notariado”, nov.-dic., Buenos Aires, 1974, pag.2117.

¹⁷⁸ Camamrota, Tratado de derecho hipotecario. Pág. 172.

¹⁷⁹ Lafaille, Derecho civil, Tratado de los derechos reales, pág. 82

¹⁸⁰ 872C.C. Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia.

¹⁸¹ 1446C.C. Los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los aleatorios, a plazo, o litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión.

¹⁸² 3434C.C. Los acreedores de la sucesión pueden demandar la separación de los patrimonios, aunque sus créditos no sean actualmente exigibles, o aunque sean eventuales o sometidos a condiciones inciertas; pero los acreedores personales de los herederos pueden ser pagados de los bienes hereditarios, dando fianza de volver lo recibido, si la condición se cumple a favor del acreedor de la sucesión.

¹⁸³ Roca Sastre, Derecho Hipotecario. Ed . 1969, t IV, V, Pág. 626.

¹⁸⁴ Capon Filas, Barbero Mario, “Hipotecas constituidas en garantía de obligaciones eventuales”.JA, serie contemporánea, 1974.

¹⁸⁵ 2502C C. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

¹⁸⁶ 3149C.C. [La hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, si el ingreso para su registro se hubiese producido dentro del término previsto en el artículo 3137.] (Texto según ley 20.089.)

¹⁸⁷ 3159C.C. Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, éstos podrán, aunque sus créditos sean condicionales o eventuales, pedir la estimación de los deterioros causados, y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca.

¹⁸⁸ Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II, Pág. 883.

¹⁸⁹ Roca Sastre, derecho hipotecario, ed. 1969, t. IV, V., Pág. 626.

¹⁹⁰ Villegas, Manual para operaciones bancarias y financieras, ed. 2da. Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981. Pág. 146

¹⁹¹ Villegas, Carlos Gilberto, La nueva Ley de Cheques. Ley 24.452, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1995.

¹⁹² Arraga Pinedo, La hipoteca abierta por créditos indeterminados y el proyecto de Código Civil de 1998.

¹⁹³ 785 C.Com. El saldo puede ser garantizado con hipoteca, fianza o prenda, según la convención celebrada por las partes.

¹⁹⁴ Girardi, Cuenta corriente bancaria y cheque. Buenos Aires. 1945, Pág. 497.

¹⁹⁵ Acosta, Miguel Angel, Aspectos de la cuenta corriente mercantil, en L. L. 1 998.

¹⁹⁶ 3133.C.C. La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca.

¹⁹⁷ Conf Baudry-Lacantinerre G. y De Loynes, P., Traité théorique et pratique de Droir Civil, du nantissement des privileges & hypothèques el de l ‘expropriation forcée Paris, 1896, t. 11, Ps. 348 y 352, citados por HIGHTON, Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito cit., Ps, 159/160

¹⁹⁸ 3115C.C. No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita en este Título.

¹⁹⁹ 4048.C.C. Las garantías que las leyes anteriores a la publicación del Código, han dado a las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes o de otra clase de bienes entregados a sus maridos, a los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, a los hijos sobre los de sus

padres, y los gravámenes impuestos a los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes, con excepción de las prendas o hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron.

²⁰⁰ Moisset de Espanés, El principio de especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica, en Revista Notarial, N° 849, p. 379.

²⁰¹ C 1ª CCom. de La Plata, sala la, 15-10-8 1, “Integral SA c/Salaberry, Carlos B.”, E. D. 99-507.

²⁰² Highton Elena. Hipoteca, “la especialidad en cuanto al crédito” 2 Edición, editorial Desalma 2000, Buenos Aires.

²⁰³ C.N.Com., sala D, 11-5-90, “F. J. Clemente y Cía. SRL s/Conc. prev. Inc. de rey. The Royal Bank of Canada”, E. D. 142-379.

²⁰⁴ Argeri, “La quiebra y demás procesos concursales”, t. 1, Ps. 399/400.

²⁰⁵ Maffia, Osvaldo, Derecho Concursal, t. 1, Ps. 410/411, 481 y 496/497; Verificación de créditos, Ps. 25 1/253

BIBLIOGRAFIA

A) GENERAL

- Allende, Guillermo L. "Panorama de los derechos reales". Buenos Aires. La Ley 1.967.
- Borda, Guillermo A. "Manual de derechos reales". Cuarta Edición. Buenos Aires. Edit. Perrot.
- Fontanarrosa, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino". Parte General. Buenos Aires. Zabalia 1.963.
- Gatti, Edmundo; Alterini, Jorge H. "El Derecho Real" Reimpresión. Buenos Aires. Abeledo Perrot 1.998.
- Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil". Parte General 15° edición. T.1. Buenos Aires. Abeledo Perrot 1.993
- Mariani de Vidal, Marina. "Derechos Reales" séptima edición. Buenos Aires. Zabalia 2.004.
- Salvat, Raymundo. "Derechos Reales". T.4. TEA. Buenos Aires.1.942.

B) ESPECIFICA

- Abrevaya, Alejandra D. "Ejecución Hipotecaria Extrajudicial" Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot. 1.999.
- Ambrosini, Flavia C. Y Manssur, Eliana I. "Hipotecas Abiertas". Trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Argentina. Salta, 2.005.
- Andorno, Luis O. "El Principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito", en "Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Luis Moisset de Espanés". Universidad Buenos Aires. 1.980.
- Boretto, Mauricio. "Hipotecas Abiertas". Santa Fé. Rubinzal Culzoni 2.004.
- Flah, Lily R; Smayevsky, Miriam. "El sistema jurídico en el Mercosur. Seguridad en las inversiones". (los derechos reales de garantía). Buenos Aires. 1.994. Ed. Abeledo-Perrot.

Highton, Elena I. "Hipoteca: especialidad en cuanto al crédito". Buenos Aires. Editorial Depalma 2.000.

Nuta; Abela; Navas. "Derecho Hipotecario", Segunda Edición, Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Nuta, Ana y otros. "Derecho Hipotecario". Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1.993.

Rivera, Julio Cesar. "Contratos bancarios con garantía real". L.L. 1.980-B-855 y en "Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas". Revista de Derecho Privado y Comparado N°. 2.

Pirovano, Pablo A. Y Pascual, Mariano E. "La hipoteca abierta. Critica a un fallo desafortunado". La Ley, 17/03/2.006.

Silvestre, Norma Olga. "Derecho Real de Hipoteca". Buenos Aires. Hamurabi. 1.989.

INDICE

	Pág.
Prólogo.....	1

CAPITULO I

HIPOTECA

1. Concepto.....	3
1.1. Distintos tipos de garantías.....	3
1.1.1. De carácter personal.....	3
1.1.2. De carácter real.....	4
2. Caracteres.....	4
3. Naturaleza Jurídica.....	7
a) Concepciones que niegan el carácter de derecho real.....	7
b) Concepciones que afirman el carácter de derecho real.....	13
4. Breve reseña histórica.....	16
5. Actualidad del instituto.....	17

CAPITULO II

ACCESORIEDAD

1. Accesoriedad: Concepto.....	21
1.1. Accesoriedad e hipoteca.....	22
1.1.1. Elementos de la relación jurídica obligacional.....	23
2. Vinculación entre accesoriedad y especialidad.....	28
2.1. Obligación, análisis de la causa fuente.....	32
2.2. Obligación análisis de la causa fin.....	33
3. La causa del crédito y de la hipoteca.....	37
3.1. Causa del crédito y de la hipoteca.....	38

CAPITULO III

ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CREDITO

1. Concepto.....	41
1.1. Análisis del concepto según derecho comparado.....	41
1.1.1. Derecho español.....	41
1.1.2. Derecho francés.....	42
1.1.3. Derecho italiano.....	43
1.1.4. Derecho brasileño.....	44
1.1.5. Derecho nacional.....	44

CAPITULO IV

ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CREDITO Y ACCESORIEDAD

1. Especialidad y accesoriedad.....	49
2. Contrato, causa, obligación.....	50

CAPITULO V

HIPOTECAS ABIERTAS

1. Concepto de hipoteca abierta.....	59
2. Posibilidad de constituir hipotecas abiertas.....	60
3. La accesoriedad en las hipotecas por créditos eventuales.....	62
4. Hipotecas por créditos futuros o abierta.....	64
Diferencia entre la hipoteca abierta por créditos indeterminados y la hipoteca por saldos de la cuenta corriente.....	68
5. Análisis del principio “Numerus Clausus” y las hipotecas abiertas por crédito indeterminado.....	69
6. Conclusiones.....	72

CAPITULO VI

ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL UNIFICADO CON EL CODIGO DE
COMERCIO DE 1.998, REGULACION DE LAS “HIPOTECAS ABIERTAS”.

1. Análisis de los principales puntos de la normativa.....74

CAPITULO VII

OBLIGACIONES GARANTIZABLES CON HIPOTECA

1. Principios generales..... 79
2. Créditos eventuales..... 79
- 2.1. Hipotecas en garantía de Créditos u obligaciones eventuales.....81
- 2.1.1. Concepto de derecho eventual..... 81
3. Diferencias entre derechos eventuales y condicionales..... 83
4. Efectos de la hipoteca en garantía de obligaciones eventuales..... 84
5. Cuenta Corriente. Concepto.....85
6. Cuenta Corriente Mercantil.....86
- 6.1. Conceptualización.....86
7. Cuenta Corriente Bancaria.....87
- 7.1. Conceptualización..... 87
8. Diferencia entre la Cuenta Corriente bancaria y la Cuenta Corriente
Mercantil..... 89
9. La apertura del crédito..... 90
- 9.1. Tipos de apertura de crédito..... 91
- 9.2. Conclusiones..... 91
10. Hipotecas constituidas para garantizar los saldos deudores

emergentes de estos contratos.....	92
10.1. Cuenta Corriente Mercantil.....	92
10.2. Cuenta Corriente Bancaria.....	94
11. Análisis de casos jurisprudenciales.....	96
Conclusiones.....	110