

Las garantías reales en seguridad de créditos indeterminados y el principio de accesoriedad en el Proyecto de Código Civil y Comercial*

Proyecto 2012. Decreto PEN 191/2011

Federico J. Causse y Jorge R. Causse

Sumario: 1. Introducción. El régimen general de las garantías en el Código Civil. Ubicación del derecho real de hipoteca. 2. El derecho real de hipoteca en el Código Civil. 3. La relación de causalidad en la constitución del derecho real de hipoteca. 4. Garantías reales por créditos indeterminados en el Proyecto de reforma 2012. 5. Sobre el acto constitutivo.

1. Introducción. El régimen general de las garantías en el Código Civil. Ubicación del derecho real de hipoteca

Por constituir la incumbencia de ejercicio más habitual para el notariado, haremos especial hincapié en el derecho real de hipoteca. Aclaremos, además, que formulamos nuestras referencias a las normas proyectadas con la precariedad resultante de ignorar bajo qué términos, finalmente, se convertirá en ley el proyecto en curso.

Dijimos antes que toda relación crediticia entre un deudor y un acreedor implica para este último que, en el caso de que el primero no cumpla con su obligación en el tiempo propio de hacerse exigible el cumplimiento de la obligación, su acreedor pueda perseguirlo judicialmente para cobrarse con el producido que se obtenga de la venta judicial de sus bienes.

Esta es la doctrina general que surge del artículo 505 cuando establece, como efecto de las obligaciones, el derecho que le asiste al acreedor de emplear los medios legales para que el deudor le procure por sí o por otro a su costa aquello a lo

* Publicado en AA. VV., *LXV Seminario teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2013, pp. 33-47.

cual se hubiere obligado, además de las indemnizaciones correspondientes.

Esto no es sino una consecuencia necesaria de la responsabilidad patrimonial del deudor, que pone en juego todos los bienes presentes o futuros que lo integren; situación consagrada en el principio de que el patrimonio es prenda común de los acreedores.

Mientras el deudor esté en condiciones de hacer frente a sus obligaciones, el acreedor no corre mayores riesgos. No obstante, el peligro puede aumentar en proporción directa al mayor plazo que le hubiera conferido para efectuar el pago, ya que la solvencia que el deudor tenía al tiempo de contraer la obligación puede luego detraerse como consecuencia de aumentar sensiblemente su pasivo o por actos de enajenación de sus bienes que provoquen una disminución patrimonial. Esta circunstancia, sumada a la de que todos los acreedores no privilegiados se hallan en una situación de igualdad *–pars conditio creditorum–*, dio lugar a que se sostuviera que la afirmación según la cual los acreedores tienen un derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor, es doblemente inexacta.

El mayor endeudamiento puede traer aparejada la concurrencia de una pluralidad de acreedores, quienes, por aplicación del mencionado principio y de la proporcionalidad que establece el artículo 3922 del Código Civil, cobrarán sus respectivos créditos a prorrata, pudiendo sufrir en la misma proporción una reducción en el monto de lo que tienen derecho a percibir.

A fin de evitar esta situación de incertidumbre y ponerse a cubierto de eventuales oscilaciones en el patrimonio del deudor, los acreedores condicionan el otorgamiento de crédito a la constitución de garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que asuma el deudor. Es un acto de atribución patrimonial para el acreedor, porque adquiere un derecho que no tenía, sin que ello signifique un aumento en su patrimonio: el balance demostrará equivalencia entre crédito y garantía.

Esto que indicamos tiene, a su vez, un efecto secundario, beneficioso para el deudor porque podrá encontrar mejores condiciones para obtener crédito en la medida en que le asegure al acreedor mayores posibilidades de cobrar íntegramente lo que le pertenece. En esta perspectiva gravita especialmente la naturaleza de la garantía que el deudor ofrezca para asegurar su obligación, porque no tienen idéntico valor la fianza perso-

nal o la de un tercero que la afectación de un inmueble determinado al cumplimiento de la prestación que es el objeto de la obligación. Es evidente que hay mayor garantía y seguridad en la afectación real que en la personal.

Se ha organizado un régimen de garantías que, no obstante su genérico origen legal, la doctrina divide en legales y convencionales porque, para la existencia de estas últimas, es necesario un acuerdo de voluntades que las ponga en funcionamiento. Siguiendo este criterio clasificatorio y a fin de ubicar a la hipoteca en el cuadro general de las garantías, forman parte de las *legales* las siguientes:

- a) Los privilegios, que pueden recaer sobre muebles o inmuebles. Los primeros pueden ser generales o particulares; los segundos, sólo particulares y excepcionalmente generales (arts. 3878 y 3879 C. Civil).
- b) El derecho de retención, que puede recaer sobre una cosa mueble o inmueble (art. 3939 C. Civil).
- c) La fianza, que también puede ser legal (art. 2851 C. Civil) o judicial (art. 199 y cc. CPCCN).
- d) La solidaridad, para las obligaciones mancomunadas, cuando la totalidad del objeto puede ser demandada por cualquiera de los acreedores (art. 699).
- e) La delegación imperfecta cuando al deudor primitivo se lo mantiene como obligado al pago de lo debido, en el caso en que otro hubiera asumido la deuda sin que el acreedor exonerara al primero expresamente (art. 814 C. Civil).
- f) La indivisibilidad, agregada por un sector de la doctrina, tratando de aludir a la que rige para la hipoteca (arts. 3112 y 3113 C. Civil, y Ley 11.725), para la prenda (art. 3233 C. Civil) y para el derecho de retención (art. 3246 C. Civil).

Dentro de las garantías convencionales, previstas legalmente aun cuando están exigidas por la celebración de un acuerdo de voluntades para tener existencia como tales, se ubican:

- a) La fianza, de naturaleza personal (arts. 1986 y ss. del C. Civil).
- b) La hipoteca (arts. 3108 y ss. C. Civil).
- c) La prenda (arts. 3204 y ss. C. Civil).
- d) La anticresis (arts. 3239 y ss. C. Civil); las tres últimas, de naturaleza real, por la que se afectan cosas determinadas,

muebles o créditos si se trata de una prenda o inmuebles si se refiere a hipoteca o anticresis.

Completamos este panorama de las garantías convencionales mencionando el fideicomiso de garantía, que consiste en el contrato por el que la parte fiduciante le transfiere a la parte fiduciaria bienes o cosas determinadas de su titularidad con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una o más obligaciones propias de la fiduciante o de un tercero –sean éstas anteriores, concomitantes o futuras con respecto a la fecha de celebración del fideicomiso–, para que, en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, la parte fiduciaria proceda a la liquidación del patrimonio fideicomitado a fin de satisfacer el crédito a la parte acreedora, designada como beneficiaria en el contrato de fideicomiso. El remanente, de existir, será transferido a la fiduciante, bajo el carácter de fideicomisaria, o a quienes sean sus sucesores.

El argumento que se sostiene en la falta de reglamentación legal de este tipo de fideicomiso para tratar de restarle legitimidad a su celebración resulta inconsistente, por el amparo que le confiere el artículo 1197 del Código Civil, relativo a la autonomía de la voluntad. Los requisitos de la especialidad y de la accesoriedad, exigidos por el ordenamiento legal para la constitución válida del derecho real de hipoteca, no son exigibles para la validez del contrato de fideicomiso en garantía. La transmisión de la propiedad fiduciaria genera una garantía de naturaleza personal a favor de la parte acreedora de las obligaciones garantizadas, las que deben estar determinadas o ser determinables, individualizando las prestaciones debidas y los sujetos del vínculo negocial.

2. El derecho real de hipoteca en el Código Civil

En el seminario del mes de junio del año 2011, volvimos a sostener que el derecho real de hipoteca regulado en el Código Civil responde a un modelo cuyas notas características son reveladoras de su concepción unívoca. La variedad de obligaciones que se pueden garantizar no altera la rigidez de sus contornos, de lo que se deriva que la hipoteca no asumirá la naturaleza de la obligación que asegura, esto es, que la hipoteca será siempre actual y oponible con arreglo a las disposiciones aplicables. En

cualquier caso, los requisitos a cumplir para darle existencia a esta garantía real son: capacidad, legitimación dominial, convencionalidad, accesoriedad y especialidad, esta última en sus dos variantes: objetiva y crediticia.

Agregamos que ninguna garantía hipotecaria pueda otorgarse sin la existencia de la obligación a la que se adhiere y que la reforma del artículo 3135 no introdujo en la legislación civil hipotecas accesorias de créditos carentes de causa.

Finalmente, descartamos la generación de una tipología fundada en la existencia de modelos de hipotecas, suponiendo que el Código regula una de tipo común o típica, admitiendo otras variantes. De igual modo, resistimos la atribución de tipos hipotecarios cuando se dan situaciones tales como las que contemplan la emisión de letras o pagarés hipotecarios (art. 3202), las que se han denominado bancarias por estar aludidas en leyes especiales cuyos sujetos activos son los bancos oficiales (p.ej.: preanotación hipotecaria –Decreto-ley 15.347/46–; anotación directa de hipotecas –Ley 18.307–) o aquellas que tienen previsto el libramiento de las letras hipotecarias mencionadas en el artículo 39 *in fine* de la Ley 24.441.

3. La relación de causalidad en la constitución del derecho real de hipoteca

Especialidad y accesoriedad, sobre todo esta última, son institutos legales que todavía hoy concitan el interés de los especialistas, maximizado ese interés como consecuencia el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial elaborado por la comisión de juristas designada por el Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional.

Basta con pasar revista a los diversos medios gráficos de difusión de las cuestiones jurídicas para encontrar sus valiosos aportes doctrinarios; en algunos casos, con posturas claramente antagónicas.

En su momento el tema de la accesoriedad nos llevó a insinuar la relación que mencionamos en el título de este apartado, para lo cual partimos del requisito de la convencionalidad (art. 3115 C. Civ.) exigido por un acuerdo de voluntades que tenga por fin inmediato constituir el derecho real, lo que ocurre en un plano puramente contractual. Diferenciamos esta relación de causalidad de aquella otra que relaciona el dere-

cho real con la obligación que garantiza y de la cual depende, usualmente identificada esta última con el requisito de la accesoriedad.

Agregamos a lo anterior que la primera está estrictamente vinculada con la existencia del derecho como tal y funciona de manera totalmente autónoma. Se ocupan de ella diversas normas, entre otras, la que designa qué forma instrumental debe tener la convención hipoteca (art. 3128), así como la que establece qué previsiones debe contener el acto constitutivo (art. 3131). A la segunda se refieren aquellos artículos de la regulación hipotecaria que imponen la necesaria existencia de una obligación lícita, válida y vigente, aun cuando no sean actualmente exigibles para la supervivencia del derecho real (arts. 3108, 3109, 3115 y cc.).

La única relación de causalidad que hace realmente dependiente a la hipoteca es la segunda de las que hemos señalado, ya que, aun cuando el derecho real se haya constituido válidamente, si la obligación que con ella se asegura resulta anulada por alguna causa propia, la garantía caerá irremediablemente (art. 3187).

Sin ignorar cierta orfandad en el Código sobre estas cuestiones,¹ el Codificador aludió a la accesoriedad en dos artículos: el artículo 3128 *in fine* (“podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda”) y artículo 3131 inciso 2) (“la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra”).

Está claro que, para el Codificador, la accesoriedad juega con respecto a un vínculo jurídico: el contrato, que es fuente generadora de obligaciones, y no respecto de éstas cuyo cumplimiento es el que verdadera y efectivamente su deudor asegura con el derecho real.

Esto resulta así, primero, porque la relación causal de la accesoriedad se establece entre la hipoteca y un derecho personal o creditorio, tal como lo prevé el artículo 524 en su última parte al señalar que son accesorios de la obligación, además, los derechos del acreedor hipotecario. Esta dependencia se hace manifiesta en el artículo 3187 cuando dispone que la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal cuando ello sucede por alguno de los medios previstos legalmente. En segundo lugar y con sólo pasar revista a algunos de los artículos que reglamentan este derecho real (3109, 3111, 3115, 3116l, 3121, 3152, 3161, 3179 etc.), se advierte su referen-

1. Aspecto que remarcó el Proyecto 1998 en sus fundamentos, señalando: “sistematización global que omite Vélez Sársfield, quien tampoco es explícito en indicar todos los rasgos básicos en la normativa especial de los distintos institutos”.

cia a obligación o crédito, según el sujeto de cuya posición legal se ocupa sea el deudor o el acreedor (art. 496), sin mencionar para nada la causa que les dio origen.

Finalmente, la doctrina puntualizó que

... la accesoriadad de la hipoteca está 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 (arts. 3131, inc.2, y 3128), con lo que se implica que es accesoria a los derechos creditorios que emanan del contrato.²

En definitiva, las precisiones sobre la accesoriadad son el resultado del tratamiento esclarecedor que le ha dado la doctrina especializada, permitiendo que se la identifique como requisito autónomo, cumpliendo un rol independiente del de la especialidad en cualquiera de sus dos variantes.

Podemos visualizar su concreción en el artículo 2090 del Proyecto de unificación de la legislación Civil y Comercial para el año 2000, elaborado por la comisión creada mediante el Decreto 685/95 del Poder Ejecutivo Nacional (conocido como Proyecto 1998).

Una tarea que nos parece todavía no ha concluido es la de establecer si la determinación de la causa generadora de la obligación que se garantiza debe resultar de su individualización puntual en el acto constitutivo del gravamen o si es a través del crédito al que le sirve de garantía que se puede llegar a identificar aquella causa generadora.

La exposición que sigue nos provee una lectura de las normas de aplicación sobre la temática que hoy nos ocupa, propuestas por el Proyecto 2012, las que pueden coadyuvar al esclarecimiento de la tarea pendiente.

4. Garantías reales por créditos indeterminados en el Proyecto de reforma 2012³

4.1. La accesoriadad diferenciada de la especialidad

Mientras en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) se destaca como la mayor dife-

2. HIGHTON, Elena I., *Hipoteca*, p. 117.

3. Aporte de Federico J. Causse.

rencia con el Código que “al monto del gravamen que debe incluir el monto garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas”, la lectura de los artículos 2184 al 2204 (derechos reales de garantía, disposiciones comunes) nos permite observar que otras definiciones irrumpen significativamente en el complejo marco regulatorio que se propone para la hipoteca, la anticresis y la prenda.

A diferencia de la regulación actual, la accesoriedad encuentra por vez primera basamento normativo diferenciado cuando el artículo 2186 del Proyecto, con el título “accesoriedad”, señala:

Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.

Y decimos que con este Proyecto se presenta a la accesoriedad diferenciadamente, pues aquello que otrora fuera mayoritariamente considerado parte del principio de especialidad crediticia hoy –a nuestro modo de ver, convenientemente– se lo individualiza y destaca de manera separada, permitiendo hacer ostensible la necesidad de que uno o varios créditos sean la causa del gravamen y, como lo principal, definan la existencia, transmisión y subsistencia del derecho real de garantía de que se trate.⁴

Sobre sus implicancias prácticas trata este aporte.

Las ventajas de esta precisión que trae el Proyecto se aprecian ajustadas cuando hasta el presente, en el ámbito jurisprudencial, numerosos precedentes no trazaban una línea clara entre accesoriedad y especialidad en la materia, al punto de confundir y hacer confundir esa primera instancia en la que los reclamos habidos por incumplimiento del crédito transitaban por el juicio hipotecario o la ejecución hipotecaria, cuando lo correcto y hasta docente hubiera sido llamar al pleito cobro ejecutivo de crédito con garantía hipotecaria.

Hemos dado cuenta de ello en un trabajo titulado “Hipoteca y crédito en ejecución (efectos de su distinción)”⁵ Fruto de ello, hacíamos y hacemos pie en dar una respuesta concreta en el quehacer judicial a temáticas propias del juez competente, el fuero de atracción y hasta la tasa de interés considerada por

4. Más allá de las razones de orden público que le imponen a la regulación de los gravámenes reales determinados presupuestos por satisfacer y que conceden a su cumplimiento las consabidas ventajas, el ángulo desde el que abordamos esta temática intenta destacar principalmente la habilidad funcional de la ejecución del crédito y su efectividad en la esfera privilegiada.

5. Publicado en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-3, p. 853.

los tribunales llamados a intervenir en el pleito, ponderando la especialidad del negocio en lugar de la naturaleza siempre civil de la garantía real.

A modo de ejemplo señalamos estos sumarios de jurisprudencia:

Las hipotecas llamadas abiertas propiamente dichas, carecen de los requisitos de especialidad y accesoriedad.⁶

La generación anticipada de la causa fuente del crédito garantizado por la hipoteca –en el caso, sobregiro en una cuenta corriente bancaria– aleja a los contratos así concertados de toda vulneración de la especialidad y de la accesoriedad hipotecaria.⁷

Al respecto, anotamos que en ambos precedentes son considerados como si fueran un único y mismo presupuesto la accesoriedad y la especialidad, cuando en realidad obedecen a dos ámbitos u órbitas distintas, a saber, la crediticia y la real.

No desconocemos el impacto que han traído en la dogmática autoral las declaraciones y conclusiones habidas en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1979), en el XI Congreso Nacional de Derecho Registral (Bariloche, 1999), en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007), en punto a que la

... especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente).

Mas esa afirmación, creemos, ha conjurado en número trascendente soluciones que a nuestro modo de ver simplificaban de manera riesgosa el análisis debido respecto de planteos en los que deudores en trance de ejecución alegaban ser intimados por créditos extraños a la garantía real. Ello implicaba cuestionar la correspondencia entre el crédito en ejecución y la garantía real, pero, al no ser observado con claridad el límite de una u otra órbita, se les respondía con soluciones propias de la especialidad y no del crédito.

Veamos cómo:

La hipoteca puede garantizar todo tipo de obligaciones (arts. 3109 y 3153, Cód. Civil), aun las eventuales y futuras, bastando

6. Cám.Civ.yCom. 2ª Nom. Córdoba, 29/3/1984, “Banco Roela SA en: Martínez, Constantino y otra”, en MARIANI DE VIDAL, Marina (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 376 (originalmente en *La Ley Gran Cuyo*, 1984, p. 1059).

7. Cám. 2ª Civ.Com. Minas, Paz y Tributaria Mendoza, 11/10/2005, “Nuevo Banco Suquia c/ Pizzi, Leonardo J. y otros”, en *La Ley Gran Cuyo*, febrero 2006, p. 114.

para cumplir con el principio de la especialidad que conste en el instrumento la fijación de la responsabilidad hipotecaria del inmueble hasta determinada suma de dinero, con independencia de la obligación garantizada, la que siempre estará incluida dentro del tope o máximo previsto.⁸

Es válida la hipoteca constituida en garantía de las operaciones o negocios emergentes de los contratos que unieran a las partes y que se refieren al núcleo de contratación propio de la actividad de la acreedora revisionista –comercialización de diversos combustibles–, ya que no se violan los principios de accesoriedad y especialidad previstos por los arts. 3109 y 3131 del Cód. Civil, toda vez que la suma o monto garantizado se encuentra expresamente dispuesto, al igual que debidamente individualizados los inmuebles sujetos a la garantía. (Del voto del doctor Otharín).⁹

En las hipotecas denominadas abiertas, constituidas para garantizar operaciones comerciales –en el caso, todas y cada una de las obligaciones derivadas de un contrato de garantía recíproco, según el cual el actor otorgó fianzas en beneficio del demandado para la obtención de créditos dinerarios que solicitaría a instituciones bancarias para la explotación de su actividad económica u objeto social–, la deuda puede crecer o disminuir en su capital –sea por pagos parciales, recepción de remesas, incumplimiento de obligaciones–, mas en todos los casos la obligación principal estará garantizada dentro del tope o máximo previsto hasta su monto real y actual, aun cuando al momento de la constitución del gravamen el crédito esté indeterminado o no haya tenido nacimiento.¹⁰

Tratándose de una hipoteca de las denominadas abiertas constituida en garantía de operaciones comerciales, la deuda puede crecer o disminuir en su capital, sea por pagos parciales o por incumplimiento de obligaciones, pero en todos los casos la obligación a la cual accede la hipoteca está garantizada dentro del tope previsto hasta su monto real y actual, aun cuando en el momento de la constitución del gravamen el crédito esté indeterminado o no haya nacido.¹¹

Tratándose de una hipoteca abierta constituida en garantía de operaciones comerciales, la deuda puede crecer o disminuir en su capital, sea por pagos parciales, por recepción de remesas, por incumplimiento de obligaciones, pero en todos los casos la obligación a que accede la hipoteca estará garantizada dentro del tope o máximo previsto hasta su monto real y actual, aun cuando en el momento de la constitución del gravamen el crédito esté indeterminado o no haya tenido nacimiento.¹²

8. CNCiv., Sala K, 19/3/2003, “Siderar SAIC c/ Cohen Freue, José y otro”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 2003-2, p. 676.

9. TSJ Neuquén, 30/9/2003, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, en *La Ley Patagonia*, mayo 2004, p. 323 (con nota de Ethel Humphreys y Silvia Y. Tanzi).

10. CNCiv., Sala K, 7/10/2003, “Avaluar SGR c/ Luvama SA”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-B, p. 344 y *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 17/3/2004, p. 2.

11. CNCiv., Sala K, 17/11/2004, “Avaluar SGR c/ Ecological Planet SA”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-1, p. 288.

12. CNCiv., Sala K., 14/4/2005, “Cervecería y Maltería Quilmes SAICA c/ Matuk SA y otros”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2005, p. 14 (t. 2005-C, p. 107).

Para satisfacer el principio de especialidad de la hipoteca, basta con que en el instrumento respectivo se fije la responsabilidad hipotecaria del inmueble hasta una suma determinada, con independencia de la obligación garantizada, que siempre está incluida dentro del tope o máximo previsto, pues mediante aquélla se pueden garantizar todo tipo de obligaciones, aun eventuales y futuras.¹³

Debe rechazarse la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria con fundamento en la falta de especialidad del crédito si en el título base de la ejecución consta la causa fuente de las obligaciones garantizadas, el modo de determinar su magnitud y el monto máximo de la cobertura, el cual no ha sido excedido la pretensión de la ejecutante.¹⁴

Tratándose de una hipoteca abierta, y dado que el techo dispuesto en la escritura lo es en relación al monto del capital, los restantes rubros componentes del crédito quedan comprendidos dentro de la garantía hipotecaria aunque se supere el monto del capital tope allí establecido y ello no afecta la especialidad de la hipoteca en relación con el crédito al que accede, pues dicho recaudo se encuentra suficientemente cumplido con la individualización de las operaciones garantizadas y el establecimiento de un límite de responsabilidad con la cosa que se determina en función del capital.¹⁵

Debe rechazarse la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria con fundamento en la falta de especialidad del crédito si en el título base de la ejecución el requisito de la especialidad se halla cumplido con la respectiva fijación en la escritura de constitución de la garantía y que la inscripción en el registro no hace más que evidenciar.¹⁶

Con lo que llevamos dicho queremos significar cómo la conjunción bajo una misma voz de dos presupuestos distintos del gravamen real (especialidad y accesoriedad) coadyuvó a que, en número considerable, se desestimaran planteos en los que los deudores –incluso terceros interesados– alegaban la inhabilidad del crédito reclamado ejecutivamente por no estar garantizado con hipoteca y se le respondía que el *principio* se hallaba cumplido por no superar el *techo* o *máximo* del gravamen. Quedaba, a nuestro modo de ver, sin lugar la discusión de la real entidad de lo accesorio con letra propia de la especialidad del gravamen.

Lo cierto es que, aunque no lo pregone como cambio trascendente, la comisión reformadora designada por el PEN me-

13. CNCiv.yCom. Federal, Sala II, 18/2/2009, “Banco de la Nación Argentina c/ Tikaroa SA y otro”, en *La Ley Online*, AR/JUR/7715/2009.

14. Cám.Civ.yCom. Rosario, Sala I, 28/4/2009, “YPF SA c/ Huara SRL”, en *La Ley Litoral*, agosto 2009, p. 806.

15. CNCom., Sala E, 29/6/2009, “Pino Camby SA s/ quiebra s/ inc. de venta por: provincia de Corrientes - Los Lapachos”, en *La Ley Online*, AR/JUR/28570/2009.

16. SC Buenos Aires, 2/9/2009, “Mar del Plata Golf Club c/ Dalfarra, Elda Amand”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2010-IV, p. 84.

dante el Decreto Presidencial 191/2011, al concederle como lo hizo un artículo expreso a la accesoriedad (art. 2186), nos parece ratificadorio de lo imprescindible de distinción con la especialidad en cuanto al crédito (art. 2189).

4.2. *Accesoriedad calibrada*

El artículo 2187 del Proyecto precisa qué obligaciones pueden ser la causa de la hipoteca, exigiendo (dice “debe”) que ello se cumpla en un momento único: “al constituirse la garantía”. Hasta aquí, una lógica gobierna el tópico: los derechos reales de garantía son accesorios y al constituirse la garantía debe individualizarse adecuadamente el crédito.

En una comparación con el Código vigente, parece claro ver el mantenimiento del inciso 2) del artículo 3131: “El acto constitutivo de la hipoteca debe contener [...] la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra”. Sin embargo, volviendo al Proyecto 2012, esa exigencia queda tamizada en el propio artículo 2187, cuando flexibiliza el imperativo “debe” con “las excepciones admitidas por la ley”.

Y es en este punto donde hacemos pie –nuevamente– en la consagración expresa del principio de accesoriedad. En efecto, a diferencia de la regulación actual, este recaudo esencial ha sido individualizado expresamente, lo cual remarcamos por cuanto traduce un avance de la cuestión al sentar un principio que sólo admite por excepción la que le autoriza la ley.

4.3. *¿Cómo se traduce en la convención el principio de accesoriedad?*

Sobre este tópico hay que remitirse al segundo y tercer párrafos del artículo 2189 del Proyecto.

Nos parece que el tratamiento de cómo se individualizará el crédito y de la excepción a esa individualización debieron quedar proyectados en el artículo 2187 (créditos garantizables). Mas, sin perjuicio de lo anterior, es cierto que el régimen principia por una regla, cual es la de la determinación del crédito. Responden a este norte el artículo 2184 al expresar que “los derechos reales constituidos en garantía de créditos”; el ya referido 2186: “los derechos reales de garantía son accesorios del

crédito que aseguran”; el 2187: “se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer”.

Para un régimen causal de gravámenes reales, la completa individualización del crédito revela también un aspecto secundario de modo que la sumatoria de los elementos que vendrán a vincular con precisión qué obligaciones son las garantizadas necesariamente deberá resultar del acto constitutivo (art. 2190 Proyecto). Ello se cumplirá sentando las bases del negocio, esto es, su causa fuente, pudiendo entonces integrarse con posterioridad los elementos faltantes que den cuenta de las obligaciones que nacieron posteriormente merced a esa causa fuente. Decimos así que el crédito siempre deberá estar individualizado, haciendo la distinción entre aquél y las obligaciones puntuales que lo integran.

Y aquí volcamos una primera conclusión sobre el régimen proyectado. Decimos que no es la hipoteca abierta la que el Proyecto 2012 admite. Por el contrario, quedó visto que, fuera del caso de la obligación determinada en el acto constitutivo, las hipotecas con indeterminación genética requieren igualmente del resorte del acto constitutivo para la ulterior determinación de la obligación garantizada. Por lo que, pese al entusiasmo inicial que la regulación parece conceder, la designación de la fuente resulta inevitable.

A esta altura afirmamos que la flexibilidad que la contratación comercial moderna exige en modo alguno puede sortear la enunciación de la fuente de las futuras obligaciones. Esto se explica, principalmente, para justificar la eventual ejecución que se siga del bien, pues es el crédito incumplido el que autoriza la traba de embargo para permitir la intervención jurisdiccional en sustitución de la voluntad del propietario. No es el gravamen real el que pone en movimiento a la ejecución. Nada tiene que ver, por ejemplo, la hipoteca, sino la alegación y prueba de parte del acreedor de ser titular de un crédito líquido –o liquidable– y exigible.

4.4. *¿El Proyecto admite la hipoteca abierta?*

Llamamos hipoteca abierta al gravamen constituido en garantía de un número de créditos no especificados suficientemente, que provocan el incumplimiento del principio de accesoriedad

al punto de impedir la conexión entre la obligación principal y el gravamen real.

En una breve síntesis, y en consonancia con nuestra interpretación de la hipoteca abierta, volcamos a continuación algunas decisiones jurisprudenciales. Cuando ella es establecida en garantía de créditos indeterminados y resulta inadmisibles en nuestro derecho positivo en virtud de que la ley no sólo prohíbe crear nuevos derechos reales sino que también prohíbe modificar las características de los existentes,¹⁷ ella es nula de nulidad absoluta, pues no cumple con el requisito de especialidad crediticia y vulnera irremediablemente el principio de *numerus clausus*.¹⁸ Al garantizar un cúmulo de obligaciones completamente imprecisas, viola el principio de accesoriedad.¹⁹ Con ella, no existe claridad en la enunciación de los créditos garantizados y se pone más bien énfasis en el carácter enunciativo que limitativo de la misma y, más aún, la utilización del adjetivo *todas* introduce la total indeterminación de los créditos,²⁰ cuya naturaleza no resulta del instrumento.²¹

Mantenemos, incluso con el proyectado régimen, nuestra postura contraria a su admisión en el derecho argentino, por cuanto su aceptación afecta el *numerus clausus* y repercute en el ámbito concerniente a la tutela del crédito, cuando no auspicia el fraude.

Reiteramos: la hipoteca es abierta cuando el gravamen se constituye incumpliendo el principio de accesoriedad.

4.5. Fórmulas genéricas receptadas por la jurisprudencia

Con respuesta dispar, la jurisprudencia ha debido decidir distintos casos en que la exteriorización de la obligación principal en el contrato hipotecario resultaba vaga o imprecisa, auspiciando ello planteos en torno al cumplimiento de los presupuestos requeridos para la válida constitución del gravamen.

En breve síntesis, anudamos los siguientes sumarios bajo la voz que menciona la redacción del crédito garantido:

– “Todo crédito que haya sido contraído o que se contraiga en este acto o en el futuro por los hipotecantes”.

Corresponde considerar que una hipoteca es de las denominadas abiertas si ha sido celebrada para garantizar todo crédito que haya sido contraído o que se contraiga en este acto o en

17. Cám. 3ª Civ.Com. Minas, Paz y Tributaria Mendoza, 12/8/2002, “Altarpec SAP”, en *La Ley Gran Cuyo*, abril 2003, p. 234.

18. Cám. 1ª Civ.Com. Minas, Paz y Tributaria Mendoza, 16/6/2009, “Corcull, José c/ Bco. Credicoop Coop. Ltda. (Suc. Mza. Centro)”, en *La Ley Online*, AR/JUR/17817/2009.

19. TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 13/11/2009, “Pirelli Neumáticos SAIC c/ Gómez, Ángel Alberto”, *La Ley Gran Cuyo*, mayo 2010, p. 400 y *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, *La Ley*, 19/5/2010, p. 1325.

20. Cám. 3ª Civ.Com. Minas, Paz y Tributaria Mendoza, 27/9/2002, “Franchetti, Horacio A. c/ Repsol YPF SA”, en *La Ley Gran Cuyo*, abril 2003, p. 240.

21. Cám. Civ.Com. Laboral y Minería General Pico, 23/3/2004, “Mangione, Miguel A.”, *La Ley Patagonia*, mayo 2004, p. 361.

el futuro por los hipotecantes, entendiéndose que esta garantía cubre toda obligación por capital, actualización monetaria, intereses, comisiones, costas, reintegros de gastos y/o de cualquier otra erogación que el acreedor deba efectuar.²²

– “Todos los créditos presentes y futuros entre las partes”.

El tipo de hipoteca abierta, es decir, en garantía de créditos indeterminados, generalmente comprensiva de todos los créditos presentes y futuros entre las partes, resulta inadmisibles en nuestro derecho positivo en virtud de que la ley no sólo prohíbe crear nuevos derechos reales, sino que también prohíbe modificar las características de los existentes.²³

No vulnera el principio de especialidad subjetivo la hipoteca que garantiza el cumplimiento de un mutuo y/o el saldo deudor que pudiera arrojar una cuenta corriente bancaria determinada y/o el saldo de cualquier otra cuenta que la mutuaria tenga abierta o abra en el futuro en la misma entidad bancaria –en el caso, se declaró verificado el crédito en el concurso del deudor–, pues si bien en principio pareciera existir una indeterminación del crédito asegurado, de la escritura surge que la garantía no cubre todas las obligaciones presentes y futuras sino sólo aquellas deudas que con motivo del préstamo pudieran arrojar las cuentas.²⁴

– “Todo tipo de obligaciones, aun las eventuales y futuras”.

La hipoteca puede garantizar todo tipo de obligaciones –arts. 3109 y 3153, Cód. Civil–, aun las eventuales y futuras –en el caso, se trata de una hipoteca abierta constituida en garantía de operaciones comerciales–, bastando para cumplir con el principio de la especialidad que conste en el instrumento la fijación de la responsabilidad hipotecaria del inmueble, con independencia de la obligación garantizada, que siempre estará incluida dentro del tope o máximo previsto.²⁵

– “Cualquier deuda contraída con el acreedor”.

Corresponde rechazar el incidente de revisión impetrado a fin de que se admita con carácter de privilegio especial el crédito garantizado con una hipoteca abierta constituida para asegurar cualquier deuda contraída con el acreedor, pues dicho gravamen no cumple con el requisito de especialidad.²⁶

22. Cám. Civ.Com. 2ª Nom. Córdoba, 8/3/1984, “Banco Roela SA en: Martínez, Constantino y otra”, en *La Ley Online*, AR/JUR/2449/1984.

23. Cám. 3ª Civ. Com. Minas Paz y Tributaria Mendoza, 12/8/2002, “Altarpec SAP”, en *La Ley Gran Cuyo*, abril 2003, p. 234.

24. Juzg. Procesos Concursales y Registros N° 3 Mendoza, 9/4/2001, “Pedro López e Hijos SACIA s/ conc. prev.”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2003-B, p. 620 (con nota de Mauricio Boretto).

25. CNCiv., Sala K, 14/4/2005, “Cervecería y Maltería Quilmes SAICA c/ Matuk SA y otros”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2005, p. 14 (t. 2005-C, p. 107).

26. SC Mendoza, Sala I, 22/11/2005, “Peugeot Citroën Argentina SA en: Delta Baires SA p/ con p/rec. rev.”, *La Ley Gran Cuyo*, julio 2006, p. 840; *La Ley*, 8/6/2006, p. 1 (con nota de Pablo A. Pirovano); *IMP*, t. 2006-9, p. 1249; *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 221, p. 518.

- “Obligaciones indeterminadas presentes o futuras que contraigan deudor y acreedor”.

Es nula de nulidad absoluta y manifiesta la hipoteca que garantiza obligaciones indeterminadas presentes o futuras que contraigan deudor y acreedor, porque al no garantizar créditos determinados sino a un determinado acreedor, cualquiera fuera la fuente de su acreencia, no cumple con el requisito de especialidad crediticia y vulnera irremediabilmente el principio de *numerus clausus*.²⁷

- “Todas y cada una de las deudas que tenga –la deudora– contraídas o que contraiga con el acreedor”.

Es improcedente la ejecución de la hipoteca constituida para garantizar el pago de todas y cada una de las deudas que tenga contraídas o contraiga el ejecutado, cualquiera sea el carácter de aquéllas y siempre que reconozcan su origen en ciertas cuentas corrientes, pues dicha garantía, al garantizar un cúmulo de obligaciones completamente imprecisas, configura una hipoteca abierta que resulta nula en nuestro derecho por violar el principio de accesoriedad.²⁸

27. Cám. 1ª Civ. Com. Minas Paz y Tributaria Mendoza, 16/6/2009, “Corcull, José c/ Bco. Credicoop Coop. Ltda. (Suc. Mza. Centro)”, *La Ley Online*, AR/JUR/17817/2009.

28. TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 13/11/2009, “Pirelli Neumáticos SAIC c/ Gómez, Ángel Alberto”, en *La Ley Gran Cuyo*, mayo 2010, p. 400, y *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 19/5/2010, p. 1325.

29. Cám. Civ.yCom. Junín, 22/9/1988, “Rosa Ley de Berrutti e Hijos c/ Banco Local Coop. Ltda.”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 1989-2, p. 44.

- “Cuando en el acto constitutivo no se transcribe el contrato u obligación principal”.

Existe hipoteca abierta cuando 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 donde para el acto constitutivo no es imperativo que se transcriba el contrato u obligación principal.²⁹

- “Todas las operaciones y contratos que por cualquier concepto, incluso compraventa, consignaciones o cualquier otra que celebren las partes”.

No cumple con el requisito de especialidad y, en consecuencia, es nula la escritura hipotecaria que refiere a todas las operaciones y contratos que por cualquier concepto, incluso compraventa, consignaciones o cualquier otra que celebren las partes, pues de estas manifestaciones surge que no existe claridad en la enunciación de los créditos garantizados y se pone más bien énfasis en el carácter enunciativo que limitativo de la misma, y,

más aún, la utilización del adjetivo *todas* introduce la total indeterminación de los créditos.³⁰

- “Las demás operaciones que se realicen entre las partes”.

Es procedente la declaración de nulidad de una hipoteca solicitada por el deudor concursado, ya que no existe en el título una determinación precisa de los créditos garantizados, pues la alusión a “las demás operaciones que se realicen entre las partes” le da la cuestionable calidad de “abierta” en tanto se pretendió garantizar un número indeterminado de operaciones cuya naturaleza no resulta del instrumento.³¹

4.6. *Modos en que puede suceder la indeterminación*

La indeterminación de los créditos puede acaecer producto de una enunciación genérica o a través de una indeterminación que no prescindiera del negocio fuente (la hipoteca en garantía de las obligaciones que nazcan en lo futuro con causa en determinada relación jurídica). Creemos que la falta de enunciación del negocio impide constituir legalmente el gravamen.

Fundamos estas consideraciones en las siguientes premisas contenidas en el Proyecto en examen:

- a) El crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa (art. 2187).
- b) El crédito puede nacer posteriormente (art. 2189). Ello impide que bajo el rótulo “todas las operaciones” se involucren las nacidas con anterioridad a la convención.
- c) Ante la falta de especificaciones respecto del crédito, sólo se puede reconstruir el defecto recurriendo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo (art. 2190).
- d) Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución (art. 2193) quedan fuera de la garantía, lo que evidencia la imposibilidad de que el gravamen garantice obligaciones anteriores no individualizadas en la convención.
- e) Resultaría imposible que sin causa el juez pueda verificar la extinción del gravamen y sustituir la negativa del acreedor, declarando la cancelación de la garantía (art. 2204).

Aun así, es cierto que el segundo párrafo del artículo 2189 del Proyecto 2012 permite que “el crédito puede estar individualizado con todos los elementos desde el origen o puede na-

30. Cám. 3ª Civ. Com. Minas Paz y Tributaria Mendoza, 27/9/2002, “Franchetti, Horacio A. c/ Repsol YPF SA”, en *La Ley Gran Cuyo*, abril 2003, p. 240.

31. Cám. Civ. Com. Laboral y Minería General Pico, 23/3/2004, “Mangione, Miguel A.”, en *La Ley Patagonia*, mayo 2004, p. 361.

cer posteriormente.” Creemos que ello no puede prescindir de los sujetos, que son parte esencial y contemporánea a la convención. Tampoco puede la convención soslayar el negocio jurídico, dado que, sin su mención, resultaría imposible integrárselo –venir a cuento, en definitiva– de la materia sobre la que el gravamen presta su garantía.

Hemos dicho que aquello de lo que no relega el Proyecto

... es la prestación en concreto u objeto, pues la dinámica a la que esta reforma apunta en este tópico –corrientemente giro comercial, bancario o financiero– encuentra un sin número de operaciones a concertarse en lo futuro, dentro del marco de un negocio jurídico específico que sí debe expresarse en la convención y que es productora de obligaciones que habrán de materializarse durante el curso de la relación entre el acreedor y el deudor.³²

4.7. *El plazo de diez años*

El artículo 2189 del Proyecto 2012 cierra con una previsión vinculada al plazo al que la garantía se sujeta. Dice sobre el particular:

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

Participamos de la idea de que este párrafo se vincula con los supuestos a los que alude el párrafo anterior, que permite que el crédito no quede individualizado en el acto constitutivo y pueda nacer posteriormente.

Sostenemos esta interpretación en dos argumentos: a) constituiría un contrasentido imponer regular para todos los gravámenes una extensión temporal de diez años cuando, para la hipoteca, el artículo 2210 del Proyecto 2012 estima los efectos del registro por el termino de veinte años; lo mismo que el artículo 2218 –también del Proyecto– para la anticresis sobre inmuebles; b) un plazo como el que refiere el artículo 2189 no se condice, por ejemplo, con las propuestas de financiación usuales en el mercado inmobiliario para la adquisición de bienes.

32. CAUSSE, Federico J., “Lineamientos de la hipoteca en el Proyecto de reformas 2012”, en *Revista de Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus, n° 5, 2013.

5. Sobre el acto constitutivo

En las disposiciones comunes aplicables a los derechos reales de garantía, el Proyecto 2012 no contiene una norma similar al vigente artículo 3131, que refiere a lo que el acto constitutivo de la hipoteca debe contener. Este último detalla en cuatro incisos los rubros de este contenido relativos a: los sujetos, datos sobre el contrato al que accede, la determinación del objeto que se afecta con el gravamen y la cantidad cierta de la deuda.

Tampoco encontramos una disposición con estas características en el capítulo donde se concentra el tratamiento particular del derecho real de hipoteca, circunscripto a 7 artículos. De manera que las especificaciones del acto constitutivo, para lo cual no sería óbice ordenarlos siguiendo la nominación que nos provee el vigente artículo 3131, resultarán de integrar en un juego armónico las diferentes normas aplicables de las disposiciones comunes y de las particulares para el derecho real de que se trate, sin que a ello obste.

Para este cometido nos aprovechamos del estudio producido por Federico Causse, donde ubicó y examinó la pertinente norma proyectada.³³

Así, partiendo de la convencionalidad a la que se refiere el artículo 2185,³⁴ el primero de los rubros concierne a la forma que debe tener el acto constitutivo, para lo cual debemos apelar a la propuesta que consta en el artículo 1017³⁵ (que reemplazaría al vigente 1184), sin dejar de tener en cuenta lo que prevé el 2667,³⁶ ubicado en la Sección 15 del Capítulo 3 del Título 4 del Libro Sexto, correspondiente a las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, cuya terminología nos pueda ofrecer alguna duda por utilizar el término *transferir*, que dejaría afuera a los que no tengan ese objetivo.

5.1. *Legitimación para constituir derechos reales de garantía.* *Disposiciones aplicables y supuestos comprendidos*

- a) Hipoteca (art. 2206). Pueden constituirlos los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad, horizontal y superficie.
- b) Anticresis (art. 2213). Pueden constituirlos los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y usufructo.

33. *Ibidem*.

34. Art. 2185: "Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo".

35. Art. 1017: "Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles..."

36. Art. 2667: "Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados".

37. Art. 1885:
“Convalidación. Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”.

38. Art. 1966:
“Facultades. El titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho”.

39. Art. 1704:
“Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas”.

40. Art. 2207: “Hipoteca de parte indivisa. Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso”.

41. Ver nota extendida en p. 234.

42. Ver nota extendida en p. 234.

43. Ver nota extendida en p. 234.

- c) Prenda (art. 2219). Derecho real que recae sobre cosas muebles registrales y/o créditos instrumentados. Pueden constituirlo el dueño único o todos sus copropietarios.

5.2. *Legitimación para constituir el derecho real de hipoteca*

El criterio que se propone para la convalidación y sus efectos difiere sustancialmente de la que está prevista en el artículo 3126 del Código vigente. En efecto, en el proyectado artículo 1885³⁷ se admite que quede convalidada la hipoteca constituida por quien no era propietario que vino a serlo posteriormente.

5.2.1. *Situaciones especiales*

- a) Dominio revocable (art. 1966³⁸).
- b) Dominio fiduciario (art. 1704³⁹).
- c) Condominio (art. 2207⁴⁰).
- d) Hipoteca de la nuda propiedad: sin perjuicio de apelar a otras soluciones alternativas para que sea posible la constitución de hipoteca sobre inmuebles afectados por otros derechos reales, el mantenimiento de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 17.801/68 respecto de convenios sobre el rango (ver modificaciones a la legislación complementaria).

5.2.2. *Consideración de casos particulares*

- a) La hipoteca de los conjuntos inmobiliarios (art. 2073⁴¹).
- b) La hipoteca del tiempo compartido (arts. 2087 y 2088⁴²).
- c) La hipoteca de los cementerios privados (arts. 2103 y 2210⁴³).

5.3. *Especialidad objetiva. La identificación del objeto inmueble que se afecta con la garantía hipotecaria*

En aquellas jurisdicciones que hayan adecuado su régimen catastral a las disposiciones de la Ley nacional 26.209 deberán observarse sus normas en cuanto a la determinación del inmueble que se afecta con la garantía.

5.4. *Especialidad, accesoriadad e hipoteca abierta*

Sobre estas cuestiones remitimos al texto en el que las tratamos particularmente.

5.5. *Registración del derecho real de hipoteca, su vigencia.*

La cancelación del gravamen.

La oponibilidad de la hipoteca no inscripta

El artículo 2210⁴⁴ establece el término por el que se mantienen los efectos de la inscripción de la hipoteca, salvo que antes de su vencimiento se renovare. De manera que la permanencia registral del gravamen resulta dependiente de lo que este artículo dispone y de los procedimientos a los que se refiere el artículo 2204,⁴⁵ que forma parte de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía.

Señala Federico Causse en su aporte que la caducidad de la hipoteca por el vencimiento del término legal (veinte años) interesa a terceros porque las partes no podrán prevalerse de la falta de inscripción del gravamen vigente toda vez que subsista el crédito principal, pues, siendo ellas los primeros interesados y responsables de los avatares del crédito principal, para ellos la hipoteca subsiste (con cita del art. 20 de la Ley 17.801/68).

5.6. *Incursión de la autonomía privada en el procedimiento ejecutivo*

También nos advierte el autor que nos guía en este apartado,⁴⁶ que el artículo 2211⁴⁷ del Proyecto “admite, a diferencia del régimen actual, aquello que nuestros tribunales autorizaron bajo el amparo de la autonomía de la voluntad y su incursión en el derecho público procesal”. Así, se admite pactar detalles relativos a la desocupación del inmueble, a la base del remate, a que el acreedor mantenga en su poder el título de adquisición del inmueble por el hipotecante de manera que, a falta de tales pactos u otros que se declararon admisibles, la interpretación será en el sentido de que las partes se someten al régimen procesal aplicable.

Finalmente señala Federico Causse:

La Ley 24.441 innovó en la materia al autorizar un procedimiento denominado extrajudicial, en el que, luego de habilitada

44. Art. 2210: “Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años si antes no se renueva”.

45. Art. 2204: “Cancelación del gravamen. Las garantías inscriptas en los registros respectivos se cancelan: a) por su titular, mediante el otorgamiento de un instrumento de igual naturaleza que el exigido para su constitución, con el que el interesado puede instar la cancelación de las respectivas constancias registrales; b) por el juez, ante el incumplimiento del acreedor, sea o no imputable, la resolución respectiva se inscribe en el registro, a sus efectos. En todos los casos puede requerirse que la cancelación se asiente por nota marginal en el ejemplar del título constitutivo de la garantía”.

46. CAUSSE, Federico J., ob. cit. (cfr. nota 32).

47. Art. 2211: “Convenciones para la ejecución. Lo previsto en este capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca reconocidas por leyes especiales”.

la vía judicialmente, el acreedor cumple per se la preparación y subasta extrajudicial del inmueble hipotecado [...] Pero también existen dispositivos legales que acuerdan la realización extrajudicial-administrativa de bienes hipotecados. Y son los casos de la ejecución seguida por entidades bancarias oficiales como el Banco de la Provincia de Buenos Aires y el actualmente privatizado Banco Hipotecario Nacional.

5.7. *El negocio fuente y las obligaciones que se garantizan*

Federico Causse señaló que

... la indeterminación de los créditos puede acaecer producto de una enunciación genérica o a través de una indeterminación que no prescinda del negocio fuente (la hipoteca en garantía de las obligaciones que nazcan en lo futuro con causa en determinada relación jurídica).

Esta circunstancia, directamente conectada con el principio de la accesoriedad que finalmente quedaría incorporado como norma sustancial en el régimen de los derechos reales de garantía, conlleva atender especialmente, en orden a la determinación de las obligaciones que quedarán garantizadas, aquellos contratos en los que el acaecimiento de algunas de ellas ocurra luego de haberse otorgado el acto constitutivo del gravamen.

Notas extendidas

41. Art. 2073: "Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tengas, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

42. Art. 2087: "Concepto. Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico o por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino". Art. 2088: "Bienes que lo integran. Con independencia de la naturaleza de los derechos que lo constituyen o transmiten y del régimen legal al que los bienes se encuentre sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados".

43. Art. 2103: "Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos". Art. 2110: "Inembargabilidad. Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por: a) créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros...".