

## HIPOTECA. NATURALEZA Y CARACTERES. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA. OBJETO\*

### DOCTRINA:

- 1) *El carácter de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, es decir, el monto por el que la finca responde hipotecariamente.*
- 2) *Resulta irrelevante determinar qué fue lo exactamente entregado en un mutuo con garantía hipotecaria –en el caso, Bónex– sino que lo importante es lo que debe devolverse, pues éste es el crédito garantizado.*
- 3) *La acción hipotecaria tiene la particularidad de que no se da*

*para poseer la cosa sino contra su valor, para hacerla vender y cobrarse la deuda y accesorios; en consecuencia, la hipoteca, salvo cuando se trate de obligaciones de dar sumas de dinero, no garantiza el cumplimiento específico de la obligación, sino el sucedáneo del objeto de ésta, es decir, los daños y perjuicios.*

Cámara Nacional Civil, Sala F, mayo 19 de 2000. Autos: “Saracco, Beatriz N. c. Otto Garde y Cía. S. A. y otro”.

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 19 de 2000.

La doctora *Highton de Nolasco* dijo:

I. El juez de primera instancia dictó sentencia a fs. 1369/1381, respecto de demanda ordinaria de redargución de falsedad ideológica de la escritura pública N° 132 del 1 de junio de 1988, suscripta entre la actora Beatriz N.

\* Publicado en *La Ley* del 27/2/01, fallo 101.594.

Saracco en calidad de deudora hipotecaria y Otto Garde y Cía. S. A. en calidad de acreedor hipotecario, en relación con un campo constituido por 6 fracciones de terreno de propiedad de la deudora, ubicado en el Partido de Esteban Echeverría, provincia de Buenos Aires, instrumento pasado por ante el escribano Eduardo Néstor Hirsch en acto que se realizó en oficinas del Banco General de Negocios S. A. La accionante demandó a Otto Garde y Cía. S. A. y al escribano Eduardo N. Hirsch contra quienes se desestimó la acción, habiéndose citado como tercero al Banco General de Negocios S. A., respecto de quien se rechazó la citación.

Impuso las costas a la vencida.

Apeló esa decisión la actora, quien expresó agravios a fs. 1472/1489, los que fueron contestados a fs. 1487/1489 por el escribano Eduardo N. Hirsch, a fs. 1491/1500 por Banco General de Negocios S. A. y a fs. 1502/1515 por Otto Garde y Cía. S. A.

Las críticas formuladas contra la sentencia se refieren a la falta de admisión y condena contra sus contradictores e insisten en la falsedad de la escritura pública, con argumentaciones que se analizarán.

II. De acuerdo con el escrito introductorio de la acción, Beatriz N. Saracco relata: que el 01/06/88 se constituyó en el Banco General de Negocios S. A. a fin de celebrar un contrato de mutuo con Otto Garde y Cía. S. A., sirviendo de garantía los inmuebles de su propiedad que detalla, ubicados en el Partido de Esteban Echeverría; que el acto escriturario fue otorgado por el escribano público Eduardo N. Hirsch; que su parte debía recibir 1.097.000 bonos externos serie 1982 y 338.000 bonos externos serie 1984, con determinados cupones adheridos; que dichos bonos externos nunca le fueron entregados; que por tal razón redarguye de falsa la cláusula donde aparece el dicho “recibe en este acto” y el dicho “sirviendo la presente de suficiente recibo y carta de adeudo”; que el día de la escritura nunca estuvieron los bonos externos en el Banco General de Negocios S. A.; que niega que los bonos externos determinados numéricamente en la escritura fueran de propiedad o estuvieran en posesión de la demandada en virtud de título legítimo o que el escribano fedatario los haya tenido en su poder y a la vista en el acto de extensión y suscripción de la escritura. Aclara haber promovido denuncia en causa penal, donde tomó conocimiento de que los cupones habían sido cobrados por personas e instituciones comerciales y bancarias allí precisadas. De ser nulo el contrato de mutuo por el andamio de la redargución de falsedad, pide la cancelación de la hipoteca.

El magistrado analiza que Beatriz N. Saracco no discute la celebración del acto escriturario, sino que nunca le fueron entregados los bonos externos, hace mérito de la sentencia dictada en causa penal y de la nutrida prueba rendida en autos, y llega a la conclusión de haber recibido la actora los Bónex.

III. La actora funda el gravamen que le produce la sentencia en el principio de especialidad de la hipoteca debido al error de numeración de 8 láminas de bonos externos. Aduce que el juez no ha tenido en cuenta los decretos que disponen que los bonos externos para su validez deben estar numerados; que no

se contempló que la demandada no tuvo registradas en su inventario las láminas de bonos externos; que el error hace a la identidad y existencia de los bienes supuestamente entregados en mutuo. Además, se queja porque el juzgador dice que no hubo insinceridad en el contenido del instrumento público, ya que hubo entrega de títulos; que de toda la prueba surge que los Bónex no le fueron entregados sino que le fueron mostrados en una mesa; que no se cumplió con la tradición de los títulos; que el contrato de mutuo es un contrato real; que la tradición de la cosa dada en mutuo debe ser probada por quien la invoca y la demandada no la probó; que de los certificados resulta que la hipoteca anterior estaba cancelada con fecha 26/05/88 y extinguida la obligación hipotecaria; que los bonos externos no le fueron entregados ni ingresaron a su patrimonio; que nunca dio orden de vender al Banco General de Negocios S. A.

Los agravios responden a la sentencia de acuerdo con la abundante prueba traída por la contraria, de acuerdo con la cual en el acto escriturario los bonos externos se encontraban en el Banco General de Negocios S. A. y sobre la mesa, fueron cambiados por dólares estadounidenses, se pagó a diversos acreedores y la actora se llevó el resto.

IV. La sola lectura de la expresión de agravios sería suficiente para declarar desierto el recurso, pues los fundamentos fácticos y jurídicos son diversos de los oportunamente consignados. Y el agravio que intenta introducir otros elementos es absolutamente extemporáneo como tema de controversia.

El principio de congruencia constituye la columna vertebral del dispositivismo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se debaten en aquél (conf. Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, pág. 142, Buenos Aires, 1983; Serantes Peña, Oscar Enrique y Palma, Jorge Francisco, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, pág. 82, Buenos Aires, 1983). Además, el art. 277 del Cód. Procesal expresamente pauta la situación de los poderes de la magistratura que conoce en grado de apelación, al indicar que “el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia”.

V. De todos modos, cabe señalar que no sólo la diferencia en la mención de algunos números en 8 láminas con relación a otras 297 cuya denominación era correcta carece de importancia, sino que nada tiene que ver con el principio de especialidad de la hipoteca; y que procederá a tratar el punto para una mejor defensa y dadas sus connotaciones de orden público.

Digo así en una interpretación amplia de la pretensión y por si el escrito inicial, cuando dice que los Bónex nunca estuvieron en el Banco General de Negocios S. A., quería significar que no lo estuvieron 8 láminas mal enumeradas.

Cabe señalar que –tal como surge del auto de sobreseimiento definitivo de fs. 1301/1309, causa penal que tengo a la vista (autos “Saracco, Beatriz N. s/ querrela, imputado García Badaraco, Juan Carlos”, que tramitan ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 18, Secretaría N° 156), confirmado a fs. 1327– el error de transcripción se refiere a un número en cifras de

siete dígitos –dos, en dos supuestos– donde en casi todos los casos, algún 8 fuera confundido con un 9 o un 3.

La diferencia de algún número en 8 láminas se encuentra entre las 305 láminas que fueron consignadas en la escritura redargüida de falsa y los datos asentados en las planillas aportadas por Banco General de Negocios S. A. referidas a los Bónex correspondientes a la actora; a mi entender, igualmente que al del juez penal y el *a quo*, las mínimas diferencias sólo responden a un error en atención a la voluminosidad de títulos contados; y concuerdo en que las 8 láminas en las cuales se erró en la numeración no se encontraban a la fecha 01/06/88 en el Banco General de Negocios S. A. sino en diferentes instituciones o particulares, al ser ajenas a las negociadas; aunque sí lo estaban las restantes 297 láminas cuya numeración era correcta; y las 8 con el número rectificado.

Pero ello es totalmente extraño a la especialidad de la hipoteca, sea en cuanto a la cosa, sea en cuanto al crédito. La actora invoca la especialidad en cuanto al registro.

Respecto de este requisito del derecho real de garantía, el art. 3109 del Cód. Civil dispone: “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 su valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca”.

La especialidad es carácter esencial de la hipoteca, por lo cual su importancia en un sistema que como el nuestro adopta el *numerus clausus*, principio conforme el cual los derechos reales sólo pueden ser creados por ley (art. 2502, Cód. Civil), es fundamental; pues si el derecho creado no cumple con alguno de estos caracteres esenciales no será hipoteca; y por ende tampoco será derecho real; y en ello hay involucradas cuestiones de orden público no disponibles. Como la determinación legal de los derechos reales permitidos implica fijar la naturaleza y extensión del contenido de cada uno de ellos, la modificación por los particulares del contenido de algún derecho real permitido podría llegar a configurar la pretensión de constituir un nuevo derecho real, no admitido por la ley. Y ello ocurre cuando se modifica un carácter esencial del derecho real (Highton, Elena I., *Hipoteca. La especialidad en cuanto al crédito*, págs. 49/50, Ed. Ariel, 1981, y págs. 175/177, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000; Gatti, Edmundo, en Bueres-Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. V, págs. 296/305, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997).

El requisito de la especialidad juega en un doble aspecto: especialidad en cuanto a la cosa que sirve de garantía y especialidad en cuanto al crédito garantizado.

El concepto de principio de especialidad es expresión que denota un criterio singularizador o particularizador que revela un designio de concreción, de especificación o determinación. Aplicado a la publicidad inmobiliaria registral

—a fin de acercar el concepto al agravio de la actora—, responde al afán de organizarla con claridad. Y como los elementos primarios de esta publicidad son la finca y los derechos que sobre ella recaigan, de ahí que el principio de especialidad impere directamente o se manifieste sobre el elemento finca, objeto de la inmatriculación registral y sobre el elemento derecho real inmobiliario, objeto principal del título o acto registrable (Roca Sastre, Ramón María - Roca Sastre Muncunill, Luis, *Derecho hipotecario*, t. II, pág. 394, Barcelona, 1979).

La especialidad en cuanto al objeto consiste en la individualización de la cosa o cosas afectadas a la garantía. La determinación del objeto es requisito general y común a todos los derechos reales. Las cosas deben ser determinadas; el ejercicio de un poder no es concebible ni posible sobre cosas indeterminadas. En el caso, no existe duda sobre cuáles son los inmuebles hipotecados, específicamente detallados en la escritura.

De acuerdo con la doctrina nacional predominante, la especialidad en cuanto al crédito significa la individualización del mismo en una suma cierta y determinada de dinero.

Se considera así que el carácter de 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), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada (Recomendación N° aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979).

Por nuestra parte, hemos considerado que la especialidad en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen, es decir, el monto por el que la finca responde hipotecariamente, en tanto que la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa, entidad y magnitud no está vinculada al carácter de la especialidad de la hipoteca sino a la accesoriedad (Highton, ob. cit., págs. 59/78, 117/122, 141/180, 191/202 y jurisprudencia en apéndice de edición 2000).

Pero debe distinguirse entre el monto del crédito y el monto del gravamen. La cifra en que se ha estimado el crédito indica la parcela de valor del inmueble que se encuentra especialmente afectada al pago del mismo. El gravamen hace a la responsabilidad con la cosa, el crédito hace a la prestación que debe cumplir el deudor.

De acuerdo con los arts. 3109 y 3153 pueden garantizarse con hipoteca toda clase de créditos. Se trata en el presente de obligaciones que no consisten en dar sumas de dinero que tiene curso legal en la República Argentina, en su subclasificación de obligaciones de dar cosas, en el caso, bonos externos de la República Argentina. No interesa cuáles fueron los Bónex que entregó la acreedora, pues pueden devolverse los mismos pero igualmente otros de la misma especie, calidad y cantidad, por un valor nominal efectivo igual al recibido en ese acto, el cual está expresamente detallado. Éste es el crédito al cual accede la hipoteca (o para algunos, la expresión de los datos de la obligación garantizada para cumplir con la especialidad). Es como si el acreedor entrega-

ra un inmueble o mercadería y el deudor garantizara el crédito con hipoteca. Es irrelevante qué fue exactamente lo entregado, lo importante es lo que debe devolverse, pues éste es el crédito garantizado.

Además, según los propios decretos de emisión de bonos externos serie 1982 y 1984 invocados por la apelante, sin perjuicio de que se los imprime y deben tener una numeración, conformándose registros numéricos de la emisión, los bonos externos son títulos al portador y negociables en Bolsa (decs. 140/82 y 3405/84). En forma similar al papel moneda, que se emite con un número, lo cual no le quita fungibilidad.

De no ser así, no podría denominar la actora al contrato como un mutuo, ya que éste exige que la cosa sea consumible o fungible aunque no sea consumible; se basa en la devolución de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad; a tal punto que la cosa dada pasa a ser de la propiedad del mutuario (arts. 2240, 2241, 2245, 2250, Cód. Civil).

El Codificador permite asegurar con hipoteca todo tipo de obligaciones, entre ellas una como la de autos; y para cumplir con el principio de la especialidad en cuanto al crédito, el art. 3109 da la solución: basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. El crédito puede, en definitiva, ser mayor o menor que el monto del gravamen; es decir, que la estimación no fija la suma del crédito exigible; salvo que se hubiera estipulado como cláusula penal, en cuyo caso se mantiene inmutable para el supuesto de incumplimiento, independientemente de que el perjuicio sea mayor o menor.

Mas cabe destacar que la acción hipotecaria tiene la particularidad de que —a diferencia de otras acciones reales— no se da para poseer la cosa sino contra su valor, para hacerla vender y cobrarse la deuda y accesorios. En consecuencia, la hipoteca, salvo cuando se trate de obligaciones de dar sumas de dinero, no garantiza el cumplimiento específico de la obligación, sino el sucedáneo del objeto de la obligación, es decir, los daños y perjuicios (arts. 505, inc. 3º, y 3111, Cód. Civil).

Y en cuanto a la especialidad referida al gravamen (o al crédito), el instrumento de constitución indica categóricamente que, a los fines de los arts. 3109 y 3184 del Cód. Civil y 1º de la ley 21309, la cantidad cierta de la deuda originaria se determina en la suma de 5.944.652,50 australes, por aplicación a los bonos externos de la cotización en el Mercado de Valores.

VI. Es muy relevante que la propia Beatriz N. Saracco reconoció, al absolver posiciones, que los bonos externos estaban en el Banco General de Negocios S. A., en una mesa, al tiempo de firmar la escritura pública de constitución de hipoteca.

De acuerdo con el texto de la sentencia dictada por el *a quo*, reconoció que suscribió la escritura pública en carácter de deudora hipotecaria, que el escribano leyó en voz alta la escritura, que se realizó una hipoteca y se recibieron Bónex, que sobre la mesa había una cantidad determinada de Bónex, que le encargó al escribano Bagú la asesorara con relación a la hipoteca, que en la lectura de la escritura se puso énfasis al detalle de que los bonos se encontraban en un paquete sobre la mesa respecto del cual estaban sentados, que la nume-

ración de los Bónex era chequeada bajo la mirada atenta de Bagú, que la escritura fue firmada por el acreedor, la absolvente, los testigos y el escribano Hirsch. En sus aclaraciones, Saracco insistió en que los bonos externos quedaron arriba de la mesa.

Nada de esto discute ahora en los agravios, que se limitan a una interpretación sobre el concepto jurídico de la entrega de la cosa, a fin de empeñarse en la posición asumida en su escrito introductorio de no haber recibido los bonos externos en ese acto.

Tacha la apelante de errónea, arbitraria y alejada de todo derecho a la afirmación del magistrado en cuanto a que hubo entrega de títulos, ya que afirma que de toda la prueba surge que los bonos externos no le fueron entregados sino que le fueron mostrados sobre la mesa y que inmediatamente fueron retirados por personal del Banco General de Negocios S. A.; que no se le hizo entrega de los Bónex y, por lo tanto, no se cumplió con la tradición de los títulos.

Hace mérito la actora de ser el mutuo un contrato real, por lo cual no se perfecciona hasta efectuada la entrega por tradición de la cosa prestada.

Aparte de ser inadecuada –frente a una escritura pública cuya redargución de falsedad intenta– su interpretación en cuanto a la carga de la prueba, pues claramente debe probar la actora en contrario a lo que surge del instrumento notarial que hace plena fe (arts. 993/995, Cód. Civil), es también equivocado su concepto del modo en que se adquiere la posesión que debe hacerse por tradición.

VII. En cuanto a lo primero, el valor probatorio del instrumento público, en particular del que tiene la calidad notarial de escritura pública, es de grado superlativo.

En este sentido, merecen plena fe los actos cumplidos por el escribano o en presencia del escribano en ejercicio de sus funciones, presunción de veracidad que se constituye *a priori*, lo cual significa que el legislador sustrae del juez la comprobación de la certeza del hecho mientras al documento no se lo impugne por acción de falsedad (art. 993, Cód. Civil). Asimismo, la normativa se refiere al valor probatorio de las enunciaciones relacionadas con el hecho o acto jurídico que es el contenido del negocio y, en consecuencia, de las manifestaciones de las partes. El funcionario no garantiza la verdad del contenido de las exposiciones que hacen los interesados, sino que la fe otorgada al instrumento público se circunscribe a los hechos materiales percibidos o comprobados por el notario, y es auténtico el hecho de haberse efectuado la declaración y accesoriamente queda autenticado su contenido en conexión de simultaneidad con la comparecencia, lectura y demás hechos presenciados o ejecutados por el notario (art. 994, Cód. Civil). También hacen plena fe las cláusulas enunciativas no relacionadas con el objeto principal del negocio jurídico, que son aquellas que se refieren a manifestaciones accesorias (art. 995, Cód. Civil). En el caso, se ataca la autenticidad interna, la verdad sustancial, al invocarse la falsedad ideológica del documento; es decir que se atacan los hechos que el escribano enuncia como cumplidos (Armella, Cristina, en Bueres-

Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. II-C, págs. 55/63 y sus citas, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999).

Claramente, la carga de la prueba en contra de la fe del instrumento público la tiene la actora (art. 377, Cód. Procesal).

VIII. En cuanto a lo segundo, es decir, la adquisición de la posesión, también la interpretación de la actora se contraponen a concretas normas civiles.

Si bien el art. 2373 del cuerpo legal indica que la posesión se adquiere por la aprehensión de la cosa con la intención de tenerla como suya, el siguiente art. 2374 aclara que: “La aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla”.

Estos artículos siguen a Savigny, quien explica que otros autores han tomado el acto físico de aprehensión en el sentido de contacto inmediato y no han admitido sino dos especies de aprehensión según el objeto: tomar una cosa con la mano si es mueble y poner el pie sobre ella si se trata de un inmueble; sin embargo, hay un hecho que concurre con el contacto físico y es la posibilidad de hacer de la cosa lo que uno quiera, la facultad de disponer libremente de la cosa, aun sin el contacto con la cosa; y esto es suficiente. La aprehensión, en consecuencia, debe entenderse en sentido amplio. Cuando la cosa está poseída y la toma de posesión es bilateral o derivada, con consentimiento del actual poseedor (supuesto diverso a la adquisición unilateral contra la voluntad del poseedor), basta la presencia de la cosa y la posibilidad física de disponer de ella para que quede adquirida (Savigny, Frédéric Charles de, *Traité de la possession en droit romain*, págs. 179/188, 7ª ed., Bruselas, 1866; Highton, Elena I., *Derechos reales, I - Posesión*, págs. 36/7, 104/116, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984).

En la extensa nota al art. 2374 el Codificador explica que la posibilidad física de tomar la cosa o de disponer de ella, según dice Savigny, puede existir sin el contacto; que la ley romana dice que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente; que en la adquisición de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficción, reemplazar la aprehensión real.

La actora ha reconocido que vio los bonos externos y que estaban sobre la mesa, es decir, en su presencia. Con ello, tomó posesión de los Bónex, a tal punto que inmediatamente dispuso de ellos, conforme a las nutridas probanzas no controvertidas, cambiándolos por dólares estadounidenses. De todos modos, incluso tal compra de moneda extranjera es ajena a la redargución de falsedad, pues lo que interesa es que no se comprobó en contrario respecto de la recepción y tradición jurídica de los bonos externos en favor de Beatriz N. Saracco, sino que se ratificó lo que emerge de la escritura.

IX. Otras argumentaciones referidas a una previa cancelación de la hipoteca para la cual debió destinar los dólares estadounidenses no hacen tampoco a la cuestión de la falsedad de la escritura; sin perjuicio de lo cual ha sido explicado y acreditado que los acreedores habían firmado sin cobrar, estando



presentes para hacerlo en el Banco General de Negocios S. A. en el acto del 1-6, por sí o por representante, junto a su escribana que no había terminado el trámite de liberación respecto de los certificados.

Todo lo cual, y si mi voto es compartido, me lleva a propiciar se confirme la sentencia en todo lo que decide, con costas (art. 68, Cód. Procesal).

Por análogas razones a las aducidas por la vocal preopinante, los doctores *Burnichón* y *Posse Saguier* votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en todo lo que decide. Las costas de la alzada se imponen a la parte actora (art. 68, Cód. Procesal). — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Burnichón*. — *Fernando Posse Saguier*.

## NOTA A FALLO

### LA ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

Por **Leonardo Schestenger**

Los caracteres de la hipoteca se clasifican en esenciales y naturales. Los caracteres esenciales son aquellos que la distinguen y hacen a la existencia misma de la hipoteca y que, de no encontrarse presentes, la hipoteca dejaría de ser tal<sup>1</sup>, mientras que los caracteres naturales son aquellos que subsisten en tanto la voluntad de los contratantes no decida lo contrario, por lo tanto, su existencia no es condición de vida de la hipoteca.

Según nuestro régimen positivo vigente, la convencionalidad y la especialidad son consideradas caracteres esenciales de la hipoteca. La indivisibilidad es considerada como carácter natural, en tanto la accesoriedad para algunos autores es esencial, mientras que para otros no constituye un carácter propiamente dicho, sino que hace a la naturaleza jurídica de la hipoteca.

Sin perjuicio de lo aquí expuesto, tanto la doctrina nacional como la extranjera se han encargado de construir distintas posiciones respecto a los caracteres<sup>2</sup>.

#### La especialidad como carácter esencial

Nuestro derecho exige como requisito para dar cumplimiento al carácter esencial de la especialidad del derecho real de hipoteca la determinación precisa del inmueble gravado<sup>3</sup> así como la de la suma que fija la responsabilidad hipotecaria, y como es precisamente una condición esencial del derecho real

(1) Es fundamental la importancia en un sistema como el nuestro que adopta el *numerus clausus*, principio conforme al cual los derechos sólo pueden ser creados por ley, del mismo modo que tampoco pueden desnaturalizarse los derechos reales existentes; ya que de ser así no nos encontraríamos frente a una hipoteca ni tampoco frente a un derecho real.

(2) Así, para Highton constituyen caracteres esenciales: la convencionalidad y la especialidad; para Greco son esenciales la accesoriedad y la especialidad, y para Colombo la hipoteca es un derecho real convencional, accesorio de un crédito en dinero, especial en su doble acepción e indivisible.

de hipoteca, la falta o insuficiencia de estas determinaciones es sancionada en el artículo 3148 con la nulidad absoluta, aunque si la falta o insuficiencia de datos se refiere a los requisitos establecidos por el inciso 3º del artículo 3131, conforme al artículo 3133 no se anulará la hipoteca, siempre que pueda subsanarse la omisión incurrida. Sin embargo, corresponde aclarar que la misma especialidad que exige el Código respecto del inmueble no la exige respecto del crédito, bastando para dar cumplimiento a dicho requisito con la sola fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen frente a los que va a responder el inmueble. Aunque en la doctrina no todos los autores coinciden con ello, ya que para algunos se cumple con la especialidad cuando se individualiza el crédito o cuando se especifican todos los elementos de éste, con expresa mención de su causa; o cuando se consigna el importe de la obligación garantizada. Pero no debe ser confundido el crédito con la hipoteca, por lo tanto, debemos recordar que el cumplimiento de la fijación de la responsabilidad hipotecaria se encuentra relacionado con el derecho real de garantía y no con el crédito garantizado. Por ello, para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al crédito, debemos seguir la solución que aporta el artículo 3109 cuando expresa que “basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca”, es decir, en el acto constitutivo se deberá determinar cuál es la suma cierta por la que se está gravando el inmueble, la cual puede o no coincidir con el monto del crédito, y esa suma cierta que resulta de la estimación inicial constituye el límite máximo del crédito oponible (por publicidad, artículo 3135) a otros acreedores por el cual va a responder hipotecariamente el inmueble. El crédito, en definitiva, puede ser mayor o menor que el monto del gravamen.

Es, entonces, la falta de determinación de ese gravamen la que lleva consigo la nulidad de la hipoteca. Conforme a lo expuesto, cabe aclarar que hay autores que concluyen su postura negando la existencia de una pretendida especialidad en cuanto al crédito, que exige que éste (como obligación principal) se encuentre determinado en sus elementos esenciales en el acto constitutivo de la hipoteca. Si así fuera, se estaría confundiendo el derecho real de hipoteca (accesorio) con la obligación principal (el crédito).

### El caso en análisis

Atento a lo precedentemente expuesto y con justa razón, poco trascendente (a los efectos del cumplimiento de la especialidad) va a resultar si coinciden o no los números de los bonos externos entregados al deudor al momento de suscribir la escritura hipotecaria, ya que (además de ser fungibles) lo que realmente sí va a resultar trascendente y esencial es haber cumplido con el principio de especialidad de la hipoteca, determinando con precisión cuál será el

---

(3) El artículo 3131, en su inciso tercero, dice expresamente que “El acto constitutivo de la hipoteca debe contener...3º. La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre; 4º. La cantidad cierta de la deuda”.

monto frente al cual el inmueble va a responder. Y si aun se quisiera respetar la postura de aquellos autores que, confundiendo crédito con hipoteca, entienden que la determinación del crédito al que accede el derecho real<sup>4</sup> es un requisito esencial para el cumplimiento de la especialidad, no debemos olvidar que en el presente caso el derecho real de hipoteca accedió a un contrato de mutuo y, como tal, éste consiste en un contrato en el que la cosa entregada por el acreedor es fungible y consumible. Basta, entonces, con la devolución por parte del deudor de una cantidad de cosas de la misma especie y calidad para dar por cumplida su obligación, de allí que se concluyera que: “Es irrelevante qué fue exactamente lo entregado, lo importante es lo que debe devolverse, pues éste es el crédito garantizado”.

---

(4) Tal como determinó la Recomendación aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1979, en las que se resolvió que para el cumplimiento de la especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito se requiere, además de la expresión del valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada.