

## HIPOTECA. ESPECIALIDAD. FALTA DE PRECISIÓN EN LA IDENTIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS\*

### HECHOS:

*El demandado en una ejecución hipotecaria adujo que la hipoteca era nula por incumplimiento del requisito de especialidad, al no estar debidamente individualizadas las obligaciones cubiertas por la garantía. La Cámara de Apelaciones, confirmando en lo sustancial el fallo de primera instancia, rechazó el citado planteo.*

*ción de las obligaciones garantizadas –se aludió al pago de ciertos productos y mercaderías suministrados y a suministrar, así como toda otra suma por cualquier concepto–, si por aplicación del principio de buena fe –art. 1198, Cód. Civil–, teniendo en cuenta la vinculación comercial de las partes y demás circunstancias del caso, no puede concluirse que el deudor ni un tercero pudieran ignorar el género de tales obligaciones.*

### DOCTRINA:

*Se cumple con el requisito de especialidad inherente a la hipoteca –art. 3133, Cód. Civil–, pese a la falta de precisión en la identifica-*

Cámara Nacional Civil, Sala C, abril 18 de 2002. Autos: “Esso S. A. c. Álvarez, Celia L.”

2ª Instancia. – Buenos Aires, abril 18 de 2002.

*Considerando:* I. Contra la resolución de fs. 152/153, que rechazó la excepción opuesta por la demandada y mandó llevar adelante la ejecución, alza sus

\*Publicado en *La Ley* del 27/08/2002, fallo 104.289.

quejas el apelante. El memorial obra glosado a fs. 158/159 y el traslado conferido a fs. 160 fue contestado a fs. 161/164.

A fs. 168 se dispuso, en calidad de medida para mejor proveer, la realización de un peritaje contable. El informe del contador designado al efecto obra agregado a fs. 177/185 y a fs. 198/200 la contestación a la impugnación formulada por la ejecutada (fs. 191/193).

II. La hipoteca integra un grupo de derechos reales accesorios en función de garantía, porque su existencia depende de otro derecho creditorio al que procura dar seguridad. Es decir que, sin duda alguna, el derecho real es accesorio del derecho personal. La accesoriedad de la hipoteca está consagrada o es presupuesta por el Cód. Civil en los arts. 524, 727, 802, 3108, 3109, 3111, 3115, 3121, 3128, 3131, incisos 2 y 4, 3151 al 3156, 3158, 3161, 3172, 3179, 1387, 3192, 3200, nota al art. 497. Significan estos arts. que la hipoteca es inseparable del crédito al que accede. Como consecuencia de ello, sigue la suerte del crédito que garantiza; así se extingue con la extinción del principal y la nulidad de la obligación entraña la de la hipoteca, pero no sucede a la inversa, por cuanto podría extinguirse o ser nula la hipoteca y subsistir el crédito (conf. Highton, Elena I., *Juicio Hipotecario*, t. 1, pág. 58 y autores aludidos en cita 1). De tal suerte, se ha sostenido que la invalidez de la hipoteca no provoca la de la obligación que garantiza, por simple aplicación de las normas que rigen las relaciones entre lo principal y lo accesorio (CNCiv., Sala D, 14/7/1975 –ED, 12-244; *La Ley* 121-660–; íd. Sala E, 31/7/61 –ED, 1-407–; íd. Sala C, 9/12/75 –ED, 68-384–).

Es conocida la directriz jurisprudencial orientada a sostener que entre las defensas oponibles en juicio ejecutivo hipotecario no puede ser admitida la nulidad de la hipoteca, pero es menester señalar que tal impedimento no es insalvable, pues desaparece si se trata de una nulidad absoluta y manifiesta, susceptible de ser declarada de oficio (conf. CNCiv. Sala D, 10/7/1973 –*La Ley*, 154-663–; íd. Suprema Corte de Mendoza, Sala I, del 27/5/83 –ED, 122-662–, citada en Highton, op. cit., t. 1, pág. 727, Núms. 33 y 34) (conf. esta Sala R. 333.992, 27/12/2002).

Luego, siendo que la ejecutada invocó que en el caso se incurrió en una infracción al principio de especialidad regulado en el Cód. vigente, corresponde analizar si tal infracción se verificó, aun cuando no se haya pedido concretamente la nulidad.

Cuando está en juego lo relativo a la validez de la hipoteca por la ausencia de un elemento esencial, no es posible, con sustento en objeciones formales, desatender cuestiones que hacen a la esencia de la existencia misma de un derecho real, vertebrado en disposiciones donde el interés público trasciende las meras expectativas e intereses de los particulares (conf. Suprema Corte de Mendoza, Sala I 23/5/1983 –ED, 107-95– entre otros).

Es sabido que la especialidad es uno de los caracteres esenciales de la hipoteca y es tan significativa su importancia, que se la presenta como complemento ineludible de la publicidad y sustento necesario del principio cardinal de la

prioridad (conf. Alterini, Jorge Horacio, “Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca” –ED, 88-799 y sgtes.–).

La especialidad se manifiesta con relación al objeto y también con relación al crédito, siendo este último aspecto el que ha cuestionado C. I. C. S. A. En tal sentido, la especialidad en cuanto al crédito impone que la garantía hipotecaria alcance a determinado crédito. Esta nota surge inequívoca del art. 3131, inciso segundo del Cód. Civil, que prevé que el acto constitutivo debe contener “la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra” y al tiempo de la toma de razón en el registro debe referirse a “la calidad de la obligación o contrato” (art. 3139). Por ello es que no puede constituirse una hipoteca en garantía de todos los créditos que pudiesen deberse sin otra precisión. Es necesario indicar que el crédito proviene, por ejemplo, de tal préstamo. La hipoteca, que es un derecho accesorio, debe estar unida a un derecho determinado” (conf. Alterini, op. cit., pág. 800 y sus citas).

Por otra parte, la especialidad con relación al crédito también requiere que se indique el monto del crédito (art. 3131 inc. 4º, Cód. de fondo), extremo que en el particular supuesto de autos se encontraría satisfecho pues en el convenio hipotecario celebrado por las partes se dejó expresa constancia del monto de constitución del gravamen (conf. fs. 3/10).

Ya en las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, reunidas en octubre de 1982, la Comisión N° 2 abordó la temática de las hipotecas abiertas, arribando a las siguientes conclusiones: “I. las llamadas hipotecas abiertas comprenden los supuestos de reserva de rango concurrente a favor de los sucesivos beneficiarios de la reserva hasta cubrir su monto total y también el de hipotecas constituidas en garantía de créditos indeterminados. II. El carácter accesorio del derecho real de hipoteca es esencial en la legislación argentina. III. También es esencial el principio de especialidad en cuanto al crédito que abarca tanto la necesidad de garantizar créditos determinados, cuanto la indicación del valor estimativo de la cobertura hipotecaria. 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 (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 licitud de la causa del crédito). VI. Los principios señalados en los apartados anteriores rigen aunque se interpretara –alternativa no aceptable– que la determinación de la causa del crédito atañe a la accesoriedad y no a la especialidad. VII. No obstante el mecanismo de convalidación previsto en el art. 3133 del Cód. Civil aplicable a la especialidad respecto del inmueble y del crédito, su operatividad exige inexorablemente que la causa del crédito asegurado se infiera exclusivamente “del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca”. VIII. El principio de especialidad en cuanto al crédito debe observarse igualmente cuando las hipotecas garantizan las obligaciones resultantes de los con-

tratos de apertura de créditos, simples o en cuentas corrientes, y de los saldos en cuenta corriente. IX. La hipoteca constituida en violación del principio de especialidad es de nulidad absoluta[...]

En el XI Congreso Nacional de Derecho Registral, constituido en Bariloche, del 7 al 9 de octubre de 1999, la primera de las conclusiones arribadas en relación a la especialidad en cuanto al crédito, expresó que “el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresar el monto de la garantía en una suma de dinero cierta y determinada, sino que requiere la individualización de la causa del crédito que se garantiza”.

Incluso, aun quienes sostienen que la hipoteca por créditos indeterminados no se opone al principio de especialidad, sino al de accesoriedad, también requieren que para el cumplimiento de este otro requisito de la hipoteca se indique con precisión la obligación o crédito a que accede. La hipoteca no es accesoría a algún crédito sino a un crédito determinado; los restantes acreedores y el deudor deben poder constatar la identidad entre el crédito garantizado y aquel cuyo cobro se pretende (conf. Highton, Elena I., “La especialidad y la accesoriedad de la hipoteca con particular referencia a las hipotecas abiertas, en *JA*, 1981-I-724 y sgtes.).

A la luz de los principios expuestos y de los elementos acompañados a este juicio, corresponde dilucidar si en el caso se ha cumplido o no con el principio de la especialidad requerido por nuestro sistema legal vigente.

En efecto, de la escritura agregada a fs. 3/10 surge que la actora y la demandada, el 14/12/94 comparecieron ante un escribano público y celebraron un negocio hipotecario, en el cual se consignó “Celia Luján Álvarez, expone: que con el objeto de asegurar y garantizar hasta la suma de noventa mil dólares estadounidenses billetes el pago de las mercaderías y productos que la compañía Esso Sociedad Anónima Petrolera Argentina le ha suministrado o pueda suministrarle en lo sucesivo, así como el pago de cualquier otra suma de dinero o intereses y gastos que adeuda o pueda adeudar a la expresada compañía por cualquier concepto, grava especialmente, con derecho real de hipoteca en primer grado, hasta la suma indicada” el inmueble allí descrito. Luego de la descripción del inmueble y otras especificaciones de estilo, refirió que Celia Luján Álvarez “formaliza la presente escritura de hipoteca a favor de la referida Compañía, que deja sujeta a las condiciones siguientes: ‘primera’: Queda expresamente convenido entre las partes que esta hipoteca subsistirá mientras la deudora adeude alguna cantidad a la Compañía acreedora o tuviera con ésta alguna obligación que cumplir, cubriendo también esta garantía hipotecaria las sumas que, según las constancias que arrojen los libros de la Compañía acreedora, la señorita Celia Luján Álvarez adeuda o pueda adeudar a Esso Sociedad Anónima Petrolera Argentina, a raíz de la cuenta corriente en vigor, que comprende las operaciones de suministro de productos de la Compañía, en consignación y en venta, reservándose Esso Sociedad Anónima Petrolera Argentina el derecho de clausurar esta cuenta corriente y exigir el pago del saldo en cualquier momento así como el pago de cualquier otra obligación u obligaciones existentes y, en su defecto, ejecutar la garantía hipotecaria procediendo eje-

cutivamente contra el inmueble gravado según lo prescripto en la cláusula ‘quinta’ de esta escritura, considerándose que la deudora ha incurrido en mora cuarenta y ocho horas después de recibida la intimación extrajudicial de pago”. También se consignó: “‘Tercera’: a los efectos de justificar las sumas que la deudora adeuda o llegara a adeudar de acuerdo a lo expuesto, bastarán las facturas extendidas a su nombre que no hayan sido pagadas o las planillas de ventas, documentos, pagarés, etc., firmados o endosados por la deudora o bien la certificación contable extendida por contador público, doctor en ciencias económicas, u otro profesional universitario debidamente habilitado para tales funciones por los respectivos colegios de graduados en ciencias económicas con jurisdicción en el lugar donde se emita dicha certificación... Se deja constancia que en el caso de pagarés librados a favor de Esso Sociedad Anónima Petrolera Argentina, la mora se producirá por la falta de pago a su vencimiento[...].”

Dispone el art. 3133 del Cód. Civil que 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 enunciaciões del acto constitutivo de la hipoteca.

Es claro que –aun superando la postura de quienes consideran que el art. 3133 sólo se refiere a las designaciones a las que alude el art. 3132 precedente y no a los elementos que requiere el art. 3131 (conf. Alterini, op. cit. –ED, 84-802 y sigtes.–), de todos modos a estar por la letra del art. 3133 del Cód., el legislador ha querido que las designaciones faltantes surjan del propio instrumento de constitución del gravamen.

De ahí que, de no surgir de los términos de la convención hipotecaria pautas precisas con relación al género de obligaciones garantizadas, no será posible mediante una interpretación extensiva, sostener que determinado título hipotecario cumple con el requisito de la especialidad. Ello sin perder de vista lo expresado en los dos párrafos que preceden, lo que obliga al cuidadoso análisis de las circunstancias que presenta cada caso particular.

En la escritura en estudio se dijo que la hipoteca garantizaría el “pago de mercaderías y productos que la Compañía [...] le ha suministrado o pueda suministrarle en lo sucesivo, así como el pago de cualquier otra suma de dinero o intereses y gastos que adeuda o pueda adeudar [...] por cualquier concepto”. La precisión inicial relativa al pago de mercaderías y productos de la acreedora no se mantiene cuando se alude a “cualquier otra suma de dinero o intereses y gastos que adeuda o pueda adeudar a la expresada Compañía por cualquier concepto”. Sin embargo, en la cláusula primera (fs. 4 vta.) se hizo mención a la “cuenta corriente en vigor”, que comprendía “las operaciones de suministro de productos de la compañía, en consignación y en venta”, mencionándose nuevamente en sentido más lato “cualquier obligación u obligaciones existentes”.

Si bien puede advertirse que los contratantes no han expresado con total claridad todas y cada una de las obligaciones que se encontrarían comprendi-

das en la garantía hipotecaria, se considera que, en el caso, con las enunciaciones de la escritura es posible tener por cumplido el requisito de la especialidad.

Es sabido que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Tal la expresión del art. 1198 del Cód. Civil, que consagra un principio cardinal del derecho civil. La pauta que ordena el legislador no puede pasarse por alto, pues, aun cuando la regulación de los Derechos Reales es predominantemente imperativa, ello no obsta que en los casos particulares, se prescinda de normas que integran el ordenamiento sustantivo, en tanto no colisionen con directivas de orden público.

En el caso, no parece razonable aceptar que el deudor ignorara el género de obligaciones que se encontraban cubiertas por la hipoteca. A tal efecto, el contrato alude a la existencia de una cuenta corriente en vigor. Es clara, además, la alusión a una relación comercial que consistía en el suministro de mercaderías propias de la actividad de las partes (conf. fs. 3 vta.) y es razonable que de esa relación surjan obligaciones de abonar sumas de dinero como las que allí se mencionan o que se devenguen intereses y se generen gastos, también mencionados en la escritura. Al final de la cláusula tercera se estipula lo relativo a la falta de pago respecto de pagarés librados a favor de la actora.

Desde la óptica apuntada, independientemente de las objeciones que formula la deudora con relación a la conformación del crédito que se pretende ejecutar –aspecto que se analizará más adelante– no parece creíble que, de conformidad con la directriz del art. 1198 citado, el contratante, que no negó haber constituido la hipoteca, ignore que el crédito ejecutado se corresponde con las obligaciones a que alude la escritura hipotecaria.

Dado que en la observación del principio de especialidad no sólo se encuentran en juego intereses de los particulares, sino, además, el de terceros, corresponde preguntarse si las enunciaciones que serían suficientes para el deudor también permitirían a cualquier interesado conocer con exactitud el alcance de la cobertura hipotecaria.

En la escritura inscripta se determinó el modo de venir en conocimiento de la extensión de la garantía, al aludirse a las constancias que arrojen los libros de la Compañía acreedora, enunciación que cobra valor si se tiene en consideración que en el informe pericial agregado en autos, el contador público designado por el tribunal concluyó que los libros de la acreedora son llevados en legal forma (conf. fs. 182, apartado “b1”, *in fine*). Para así concluir, no escapa a la consideración del tribunal que la ejecutada impugnó el dictamen de fs. 177/185. Es que, las impugnaciones formuladas a fs. 191/193 fueron satisfactoriamente respondidas por el experto (ver especialmente fs. 198/200).

Aquí es útil recordar que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjektivos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél. Esto es así porque la función del perito es la de suministrar al magistrado elementos técnicos que son ajenos a su formación jurídica y que se suponen son del conocimiento de aquél; pues si

bien no están obligados por los dictámenes periciales, tampoco pueden ser dejados de lado (conf. Falcón, Enrique M., *Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado-Concordado-Comentado*, t. III, pág. 417 y sus citas).

Luego, pese a los reparos que pueda merecer la latitud de algunos de los términos de la convención hipotecaria, se considera suficientemente resguardado el interés de terceros, quienes mediante la publicidad del título, tienen los elementos necesarios para conocer con precisión la afectación del inmueble al derecho real de garantía de que se trata y su extensión. Máxime cuando en el caso, la determinación de la correspondencia de lo adeudado con los libros comerciales de la acreedora se encuentra respaldado por la certificación contable prevista por las partes en el contrato (fs. 14/18) y por la labor pericial que corroboró esa certificación.

Es oportuno agregar, volviendo sobre los términos de la contratación, que cuando una persona realiza un acto de la envergadura del de autos, consistente en gravar con hipoteca un inmueble de su propiedad por un importe de u\$s 90.000 y, a tal efecto, conviene que la certificación de un contador será suficiente para justificar las sumas adeudadas y habilitar la vía ejecutiva, no puede pensarse que la voluntad expresada, respecto de la cual no se alegó vicio concomitante con la celebración del acto o que no fuera representativa de la verdadera decisión de la incidentista, pueda ser modificada al arbitrio unilateral de una de las partes.

Ni en la pieza de oposición de excepciones, ni en la expresión de agravios se han brindado razones que obsten a que el detallado informe contable acompañado a la demanda, expedido por un contador público nacional –tal como se previó al celebrar el negocio– no se compadezca con las registraciones de la empresa ejecutante.

Las impugnaciones formuladas al trabajo pericial de fs. 181/185 han sido satisfactoriamente respondidas por el experto a fs. 198/200, quien ratificó, con sobrados argumentos, que la acreedora lleva sus libros en legal forma y que la certificación contable que encabezó la promoción de estos obrados se corresponde con la contabilidad de la acreedora.

Los cuestionamientos orientados a desconocer la existencia de la deuda y de la relación comercial entre la actora y la demandada importan ignorar hasta la existencia misma de documentos extracartulares que llevan la certificación de escribano público (ver los cuatro pagarés acompañados a fs. 19/26, aludidos en la certificación contable de fs. 14/18), connotación que, de haber correspondido entrar en el análisis particularizado de cada negocio enmarcado en la relación jurídica de las partes, restaría sustento al planteo.

El principio de la buena fe no admite que un contratante, cuya voluntad no ha sido viciada, se ponga en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En términos alusivos al contrato firmado, si el deudor consideró suficiente la certificación surgida del examen de los libros comerciales de la contratante, no puede luego, en conducta diametralmente opuesta a la sostenida al celebrar el contrato, pretender desvirtuar las expectativas de comportamiento futuro de la contraria y resistir la ejecución

por el mero arbitrio del cuestionamiento de las cuentas existentes entre las partes.

En otras palabras, el principio de buena fe no resiste la idea de que un contratante dote a la otra parte de un instrumento eficaz para la ejecución y que, cuando se pone en marcha el mecanismo previsto o se hace valer el documento, se pretenda cuestionar la base de la contratación sin alegar la existencia de un vicio de la voluntad, al momento del acuerdo.

Queda a la ejecutada la vía ordinaria posterior, debidamente resguardada a tenor de lo prescripto por el art. 553 del Cód. Procesal, ámbito en el cual podrán discutirse en detalle las cuestiones que hacen a la causa de las obligaciones asumidas en el contrato, que exceden el natural y estrecho marco de conocimiento del ejecutivo. De este modo se brinda respuesta a la queja de que la jueza no entrara en el análisis detallado de la certificación contable.

Recuérdese que la inhabilidad de título es viable, en principio, en caso de que se cuestione la idoneidad jurídica de aquél, sea porque no figura entre los mencionados por la ley, fuere porque no reúne los requisitos a que ésta condiciona su fuerza ejecutiva, o porque el ejecutante o el ejecutado carecen de legitimación sustancial en razón de no ser las personas que figuran en el título como acreedor o deudor (conf. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, pág. 424; Fenochietto Arazi, *Cód. Procesal...*, t. 2, com. art. 544, N° 7, pág. 745; CNCivil, Sala A, c. 46.627 del 10/5/89, Sala E, expte. N° 200.868, *in re* “Banco Río de la Plata S. A. c. Rodríguez Larreta, Enrique y otro s/ ejecución hipotecaria”, 19/7/96, *Gaceta de Paz* del 10 de septiembre de 1996).

Luego, a los fines de esta ejecución, despejada la cuestión relativa a la validez de la hipoteca por los fundamentos vertidos *supra*, es suficiente para acreditar la existencia de la deuda y habilitar la vía ejecutiva la escritura hipotecaria acompañada a la demanda y la certificación contable corroborada por el experto que se expidió en autos.

III. Dice el apelante que en la sentencia se omitió considerar la fecha de la mora y la tasa de interés a aplicar.

Por directiva legal, la sentencia de remate sólo podrá determinar que se lleve la ejecución adelante, en todo o en parte, o su rechazo (art. 551, párr. 1°, Cód. Procesal). Por ello no habrá de darse tratamiento a la cuestión relacionada a los intereses debido a que es una cuestión que corresponde dilucidar al tiempo de la liquidación.

En cambio, corresponde acoger la queja vertida en torno de la falta de pronunciamiento en relación con la fecha de mora.

En ese entendimiento, habrá de estarse a los términos del título creado por las partes, especialmente en la cláusula primera, cuando se pactó que en caso de ejecutarse la garantía hipotecaria, se consideraría que la deudora “ha incurrido en mora cuarenta y ocho horas después de recibida la intimación extrajudicial de pago”. Al no haberse aportado prueba que refleje tal requerimiento, se considerará que la mora se produjo cuarenta y ocho horas antes de la intimación de pago (fs. 141/142).

Por estos fundamentos, con el alcance indicado, habrá de confirmarse la re-

solución apelada, con costas a cargo de la ejecutada, que resultó sustancialmente vencida.

Por ello, se resuelve: confirmar, con el alcance expuesto en el punto III, la resolución de fs. 152/153. Con costas (art. 69, Cód. Procesal). — *Jorge H. Altérini*. — *José L. Galmarini*. — *Fernando Posse Saguier*.

## NOTA A FALLO

### ESPECIALIDAD EN LA HIPOTECA

Por **M. Genoveva Heguy**

Los caracteres de la hipoteca pueden ser esenciales o naturales. Son esenciales aquellos sin los cuales la hipoteca dejaría de ser tal. La especialidad en cuanto al crédito y al objeto de la hipoteca es de carácter esencial.

Dado el carácter de *numerus clausus* de nuestro sistema en cuanto a los derechos reales, si el derecho creado no cumple con alguno de estos caracteres esenciales no será hipoteca y, tampoco, derecho real.

En el fallo que comentamos, el carácter de especialidad está analizado en cuanto al crédito garantizado.

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, sino que requiere la constancia de la causa, origen o fuente, entidad y magnitud de la obligación garantizada<sup>1</sup>.

La especialidad señala la responsabilidad a que el objeto sobre el que recae la hipoteca está afectado. Las hipotecas no se inscriben sino por una cantidad determinada, entendiéndose por especialidad en cuanto a la hipoteca la especificación de la responsabilidad de cada finca.

Por su parte, Highton<sup>2</sup> considera que la especialidad en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, es decir, el monto por el que la finca responde hipotecariamente, en tanto 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.

Debe distinguirse entre el monto del crédito y el monto del gravamen. A pesar de que normalmente coinciden, en algunos casos la cifra por la que se encuentra gravado el bien indica un límite máximo y no la cifra real y precisa del crédito. Si bien el crédito está determinado, su monto puede no conocerse y es posible que el mismo sea superior al monto del gravamen. El gravamen hace a la responsabilidad con la cosa, el crédito hace a la prestación que debe cumplir el deudor.

(1) Recomendación N° 5, aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979.

(2) Highton, Elena I., *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*.

Otra corriente doctrinaria, para cumplir el mentado principio, exige no solamente la determinación expresa y cierta de la deuda sino también la constancia de la causa, entidad y magnitud de la obligación garantizada. Enrolándose en esta postura, el último proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, en su artículo 2093, expresa: “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”.

A pesar de que coincidimos en que la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa, entidad y magnitud está vinculada al carácter de la accesoriedad, esta diferenciación es puramente teórica, ya que si bien son entidades autónomas, no se concibe que una hipoteca tenga existencia si no se ha cumplido con ambos requisitos: especialidad y accesoriedad.

Consecuentemente, más allá de no coincidir con lo sentado en el fallo en cuanto se lo trata como cuestionado al carácter de especialidad, es preciso determinar si el crédito que garantizaba la hipoteca de auto estaba o no determinado en la escritura de constitución.

Nuestro Código permite asegurar con hipoteca todo tipo de obligaciones, ya sean eventuales, condicionales, puras y simples, obligaciones a plazo u obligaciones con cargo y, para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al crédito, el artículo 3109 da la solución: “Basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca”.

El crédito objeto de este análisis vale encuadrarlo como un crédito eventual, es decir que en el momento de constituirse la hipoteca, el crédito no tenía una existencia segura ni necesaria, pero las partes la prevén como posible, como por ejemplo la apertura de créditos. La obligación es futura pero la hipoteca no lo es. La obligación a que accede la hipoteca está determinada en sus elementos. Esta institución permite la concesión del crédito con rapidez, fluidez y economía, sin estar sujeto a la tramitación necesaria para petitionar el dinero ni para la constitución de la hipoteca.

En el fallo comentado no se trata de una hipoteca constituida por todos o cualquier crédito futuro, sino por los créditos o el crédito que nazca de ese contrato al que accede la hipoteca, que es ni más ni menos que el normal giro comercial que poseía la demandada con Esso.

Si a efectos de girar debe requerirse permiso, no hay concesión de créditos y no hay obligación eventual sino simplemente futura. La hipoteca cuestionada garantiza el saldo final y no cada uno de los créditos individuales que se incorporan a la cuenta. Hay una unidad basada en un contrato normativo de la conducta y obligaciones de las partes. Es decir que no se trata de una hipoteca de créditos indeterminados, sino que hay una predeterminación de los créditos garantizados a que accede el derecho real.

El crédito que garantiza la hipoteca que se analiza puede asimilarse a las llamadas hipotecas abiertas. En ellas, la especialidad en cuanto al crédito impuesta por la ley obliga a circunstanciar, aun en las obligaciones futuras o eventuales, la causa (fuente), entidad y extensión de las mismas, resultando insuficientes las cláusulas genéricas relativas a las obligaciones pasadas, presentes o fu-

turas entre las partes. Por eso, la garantía general hipotecaria no es válida en nuestro derecho. La hipoteca debe precisar la causa fuente de la obligación, 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 referiría la garantía es notoriamente insuficiente para su preservación.

En el caso en estudio se estableció que la hipoteca garantizaría el pago de ciertos productos y mercaderías suministrados y a suministrar, así como toda suma de dinero y, además, se aludía a la relación comercial que consistía en el suministro de mercadería propia de la actividad de las partes. Si bien no hay una claridad absoluta en la determinación de la causa, se puede considerar por cumplido el requisito de la especialidad, basada en el principio de buena fe con el que han de interpretarse y ejecutarse los contratos y en el hecho de que la demandada consintió en gravar con hipoteca un inmueble de su propiedad y convino que sería suficiente para justificar las sumas adeudadas y habilitar la vía ejecutiva, la certificación contable. No puede luego, por su sola voluntad, modificar esa voluntad pactada, porque de hacerlo demuestra que la misma, en ese momento, estuvo viciada.

El requisito de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito tiene por objeto dejar perfectamente circunscripta la hipoteca en resguardo de un crédito perfectamente individualizado; así lo prescribe el artículo 3109 del Código Civil. Es necesario que el crédito resulte cuidadosamente individualizado, tanto para conocimiento como para publicidad de la afectación, de modo de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores.

Tal como ha sido concebida la norma contenida en el inciso 2º del artículo 3131, no cabe duda de que el contrato a que accede la hipoteca debe ser anterior a su constitución o, al menos, ha de haberse concertado en el mismo momento.

La exigencia del artículo 3109 del Código se estableció para resguardo del deudor, así como también 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. Consulta igualmente el interés de la comunidad porque, al evitar la generalización de los gravámenes, se evita la inmovilidad de los bienes inmuebles que constituyen el patrimonio de los deudores.

Las circunstancias relacionadas están cumplidas en el crédito al cual accede la hipoteca que analizamos, porque los terceros pudieron conocer que la hipoteca garantizaba las operaciones del normal giro comercial que la demandada poseía con la compañía acreedora.

Cabe agregar, en relación con la nulidad peticionada por la demandada, que para las nulidades en general impera un criterio restrictivo y el principio de conservación de los actos. Es decir que en el caso, habiendo datos sobre el crédito tendiente a cumplir en la escritura constitutiva de la hipoteca, la ga-

rantía puede salvarse. Si bien los datos pueden ser vagos, los tribunales podrán considerar cumplidos los requisitos legales cuando se logre suplir la omisión o imprecisión de modo tal de llegar a saber sin duda alguna cuál es el crédito<sup>3</sup>.

En el caso, a través del contenido de la escritura hipotecaria, se puede venir en conocimiento positivo de la designación faltante por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca.

Concluimos, consecuentemente, que la hipoteca constituida posee los elementos esenciales que prescribe nuestra normativa, por lo que coincidimos con lo resuelto en el fallo, a pesar de arribar al resultado a través de un análisis diferente de los puntos controvertidos.

---

(3) Alterini Jorge H., “Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad de la hipoteca”, *ED*, 84-799.