

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reordenando los ramos ministeriales de manera que existan ministerios castrenses - uno del Ejército, otro de la Marina, y otro de la Aeronáutica - con las funciones naturales inherentes a los ministerios.

Tampoco requeriría reforma de la Ley Suprema, la creación, mediante ley, de un Consejo de Seguridad, integrado por representantes de cada una de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y eventualmente por otros funcionarios más, con funciones consultivas y de asesoramiento en la materia.

## **DOCTRINA**

### ***HIPOTECA(\*)***(202)

#### **MANUEL ADROGUÉ(\*\*)**(203)

DR. ADROGUÉ. Quiero agradecer al Colegio de Escribanos por haberme invitado a participar en este Seminario. Deseo también agradecer vivamente las palabras del doctor Álvaro Gutiérrez Zaldívar, de cuya amistad me enorgullezco. Sus cálidas palabras están sólo inspiradas por la amistad que recíprocamente nos profesamos.

Hoy vamos a tratar un tema de actualidad. Se trata de las hipotecas de seguridad en el derecho argentino, con particular referencia a las hipotecas de máximo. Próximamente, el 25 de abril va a aparecer en La Ley un artículo de los doctores Juan Carlos Amuy y Gutiérrez Zaldívar y quien les está hablando, exactamente sobre ese tema.

Vélez Sársfield, en su magnífico Código, trató de modificar profundamente el derecho hipotecario que recibió del derecho patrio y se esforzó por concluir con las hipotecas generales, por concluir con las hipotecas tácitas, y afirmó en forma precisa el principio de la convencionalidad de la hipoteca, por el cual no hay otra hipoteca que aquella que surge del contrato, llamado de ordinario convención hipotecaria, y también el principio de la especialidad, es decir, la determinación tanto respecto del inmueble cuanto respecto del crédito.

Sabemos también que en nuestro Código Civil está prohibida la hipoteca de hipoteca, es decir, la llamada subhipoteca. Está también prohibida la hipoteca de usufructo, la hipoteca de servidumbre. Estas figuras existen actualmente en algunos países. Nada de esto está consentido en el ordenamiento jurídico argentino, cuya nota principal a ese respecto es la simplificación del régimen hipotecario. Sin embargo, sería un error pensar que en el derecho positivo argentino no existen diversas modalidades de hipoteca que, al decir de un autor, no rompen la unidad central del derecho hipotecario, no obstante lo cual manifiestan regímenes distintos.

Sabido es que otro carácter esencial de la hipoteca es la accesoriedad, por la cual no podemos concebir un derecho de hipoteca desvinculado de un crédito. Toda vez que el derecho de hipoteca, como derecho subordinado que es depende de un derecho principal, ese derecho principal es un derecho creditorio.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Pero parecería que fuera necesario que nos adentráramos algo en la consideración del carácter de accesoriedad de la hipoteca para poder resolver si es cierto que en el derecho positivo argentino existen diversas modalidades de hipoteca con efectos marcadamente diversos.

Vamos a ver: si el principio de accesoriedad de la hipoteca fuera riguroso, fuera absoluto, no podríamos concebir jamás que la hipoteca garantizara un derecho futuro, es decir, de un derecho que no sea actual. Es decir que si el derecho de hipoteca fuera un derecho accesorio en sentido riguroso y absoluto, sería inconcebible la hipoteca en garantía de un crédito eventual o futuro, y sin embargo veremos que en el derecho positivo argentino es válida una hipoteca constituida en garantía de un crédito futuro o eventual.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo que acabamos de precisar, si fuera riguroso el principio de accesoriedad de la hipoteca, en tanto cuanto ese derecho futuro o eventual no aconteciera - es decir, no se hiciera actual -, la hipoteca debería revestir el mismo carácter. Debería ser futura o eventual. Y sin embargo hemos de ver que, contrariamente a eso, la hipoteca puede garantizar un crédito futuro, con lo cual en buena medida se está apartando del criterio riguroso del principio de accesoriedad; y en segundo término, la hipoteca constituida en seguridad de un crédito futuro o eventual no es hipoteca futura o eventual sino que es derecho hipotecario actual que toma rango desde la inscripción y con efecto retroactivo a la convención si se cumplen los plazos registrales.

Esta breve síntesis es para cuestionar esa afirmación, que no formula distinciones de ningún tipo en punto a que si la hipoteca fuera rigurosamente un derecho accesorio no podríamos concebirla desvinculada del crédito. Pienso que no hay mayores dificultades en tener esto por cierto, como que nuestro Código Civil alude expresamente a la hipoteca en garantía de créditos eventuales. Así, concretamente los artículos 3109 y 3153 - que vamos a leer rápidamente - lo prevén expresamente. El 3109, segundo apartado, dice: "Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual...", etcétera, etcétera. Y el 3153 es más categórico todavía en punto a la existencia actual de la hipoteca. Dice: "La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples". Y bien; esto es para que no creamos que es una construcción doctrinaria sin apoyo dogmático.

¿Y qué es un crédito eventual? Crédito eventual - en esto existe coincidencia - no es un crédito actual sino un crédito futuro. Incluso, el crédito eventual no es cualquier crédito futuro. Es un crédito futuro no necesario.

Vamos a dar un par de ejemplos para entender qué es un crédito futuro. Un crédito sujeto a término no es un crédito futuro. Es un crédito actual respecto del cual lo único que se ha diferido, postergado, es la exigibilidad. Cuando hablamos de un crédito futuro no es un crédito en el cual la exigibilidad esté postergada. Es un derecho creditorio que actualmente no existe.

Demos un ejemplo. Vamos a suponer que se va a constituir hipoteca en garantía de las obligaciones emergentes de los daños que pueden

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sobrevenir por el uso y goce de un locatario sobre un inmueble. El crédito es ostensiblemente futuro, porque no es ni probable que el locatario dañe la finca alquilada. Adviertan ustedes que no se trata de un crédito actual postergado en la exigibilidad. En absoluto. Se trata de un crédito futuro porque actualmente no existe; y además, futuro no necesario, es decir, eventual, porque es posible, si no probable, que nunca sobrevenga ese crédito porque nunca actúe el hecho ilícito desencadenante del daño que a su vez comprometa la responsabilidad del locatario.

Teniendo una idea aproximada de lo que es el derecho eventual - es decir, crédito futuro no necesario -, queremos señalar que en nuestro ordenamiento la hipoteca es actual. En realidad, ésta es la opinión prevaleciente en el derecho comparado. Inclusive, es la opinión netamente dominante en España.

Se ha dicho: ¿cómo va a ser la hipoteca actual si el derecho es eventual e inclusive si éste puede llegar a no nacer jamás? Claro; la posibilidad de que el efecto se anticipe a la causa ha sido señalada por autores del prestigio de Ihering: se dice que está en el orden natural de las cosas, e inclusive en el campo del derecho, que la causa preceda al efecto. Pero puede darse el caso de que el efecto preexista a la causa. Claro está; si con posterioridad la causa no sobreviene, el efecto quedará de lado. Ello no obsta a que en tanto y cuanto sobrevenga la causa, el efecto sea viable.

En punto a que la hipoteca es actual, la norma del Código es categórica. La hipoteca constituida en seguridad de un crédito eventual garantiza de una forma tan completa como si se tratara de un crédito simple, un crédito actual.

Es decir, a modo de primer par de conclusiones: una, que en el derecho positivo argentino se pueden garantizar con hipoteca créditos futuros, es decir, que no existen y que inclusive pueden no llegar a existir jamás; y la otra, que la hipoteca es actual, porque la norma dice que garantiza en forma tan completa como si se tratara de un crédito actual. E inclusive ustedes dirán: ¿cómo puede ser actual la hipoteca? Si el derecho es eventual, ¿cómo va a poder el titular del derecho de hipoteca, es decir, el acreedor hipotecario, interponer la acción hipotecaria si todavía no sobrevino el crédito?

A ese respecto, hay que hacer un distinguo. En la hipoteca hay dos fases: la faz de seguridad y la faz de ejecución. La que acontece desde el comienzo es la faz de seguridad. Es decir, a partir del momento en que se constituye el derecho de hipoteca en garantía de un crédito eventual, existe derecho actual de hipoteca, la prueba más evidente es que el Código Civil argentino, en el artículo 3159 - que vamos a ver ahora - acuerda la acción de deterioro o de devastación aunque el crédito garantizado sea eventual. Dice el artículo 3159: "Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios éstos podrán, aunque sus créditos sean condicionales o eventuales, pedir la estimación de los deterioros causados, y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Es decir que aunque el crédito no haya sobrevenido porque no exista literalmente crédito, si el propietario de un inmueble hipotecado llegara a demoler la propiedad, de suerte tal que se comprometiera la seguridad hipotecaria, puede el titular de un crédito eventual - es decir, crédito futuro no necesario sino posible -, por vía del artículo 3159, desencadenar la acción de deterioro y solicitar o que traiga otro inmueble para sujetarlo hipotecariamente a la seguridad de ese crédito, o la estimación judicial del valor de los deterioros y su depósito.

Esto, según pensamos, es una prueba palmaria de que verdaderamente la hipoteca es actual. Claro que no va a poder sobrevenir la acción hipotecaria, porque esta acción tiende a la conversión del inmueble a través de su valor en metálico, y para poder provocar la conversión del valor del inmueble en dinero es necesario no sólo que el crédito exista - sea actual - sino además exigible.

Por otra parte, notemos que lo mismo acontece en un crédito actual sujeto a término. No se puede desenvolver la acción hipotecaria. Tiene que ser exigible el crédito. Pero se puede actuar la acción de deterioro, la acción de devastación, es decir, la faz de seguridad. Con lo cual esta faz sobreviene, tratándose de un crédito futuro, en la misma forma que la faz de seguridad tratándose de un crédito actual. Claro, siempre que el crédito actual esté diferido, es decir, postergado, que no sea exigible.

Esto permite afirmar que si bien es cierto que en el derecho positivo argentino la hipoteca es un derecho subordinado, existe una cierta interdependencia entre el crédito y la hipoteca. Ordinariamente se ha pensado que, en realidad, siendo el crédito el derecho principal y la hipoteca el derecho subordinado, el único que proyecta efectos respecto del otro es el principal sobre el subordinado. Parece una regla de la lógica: la suerte del derecho principal, el derecho creditorio, proyecta efectos sobre el derecho hipotecario subordinado; pero no a la inversa. Hemos visto que esto no es cierto, porque como acabamos de probar - según creo -, puede haber derecho subordinado actual no obstante que no existe derecho creditorio, y vamos a ver cómo no existe mera subordinación del derecho de hipoteca al crédito, sino interrelación. Es decir, el derecho de crédito se proyecta sobre la hipoteca y la hipoteca puede proyectarse sobre el crédito. Este es el punto que permite distinguir las hipotecas de tráfico de las hipotecas de seguridad. Esta terminología - hipotecas de tráfico o hipotecas de seguridad - es ajena a nuestra legislación. Pero es ajena también a la legislación española y a la italiana. Y sin embargo la doctrina española sostiene que, por supuesto, en el derecho positivo español existen la hipoteca de seguridad y la hipoteca de tráfico; y tal vez el principal exponente, Roca Sastre, afirma que está en la naturaleza de las cosas el distingo entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad. Cuanto seguirá de esta exposición tenderá a probar que en el derecho positivo argentino no sólo es posible sino que procede el distingo entre las hipotecas de tráfico y las hipotecas de seguridad y que inclusive el distingo es realmente muy importante.

Claro está, podríamos pensar: ¿pero cómo es posible que nuestros autores

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

tradicionales, digamos Camarotta, Raymundo Fernández, Salvat, Lafaille, por citar a algunos de los más importantes, no hayan visto con claridad el distingo a que estamos aludiendo? Pensamos que el problema es así: la distinción entre las hipotecas de seguridad y las hipotecas de tráfico, propiamente sobrevino como consecuencia de la reforma civil y registral del año 1968. Es justamente a través de las leyes 17711 y 17801 que se hace el distingo entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad.

Vamos a hacer una breve reflexión para que podamos distinguir la hipoteca de tráfico de la hipoteca de seguridad. El distingo, según enseña toda la doctrina, parte de la incidencia que tiene el sistema registral sobre el crédito. En la hipoteca de tráfico el régimen registral se proyecta sobre el crédito. En cambio, en la hipoteca de seguridad, el régimen registral nunca se proyecta sobre el crédito. En las dos clases de hipotecas encontramos que se trata de un derecho subordinado. Sin embargo, el desenvolvimiento del derecho registral provocó ese distingo tajante entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad.

Quiero aclarar que el origen del distingo está en el derecho alemán. Ustedes saben también que propiamente el mayor desarrollo del derecho registral se ha visto a través de la legislación y la doctrina germana, a punto tal que en el derecho español, que tanta influencia ha tenido y tiene sobre el nuestro en materia registral, sus expositores confiesan que lo que se ha hecho fundamentalmente fue recoger la doctrina y la legislación germana para volcarlas sobre el derecho español o para conformar dicho derecho.

Algún autor señala - y con razón - que el distingo entre la hipoteca de seguridad y la hipoteca de tráfico solamente sobreviene cuando se presenta un tercero protegido por la fe del registro. Si no se presenta un problema de tercero protegido por la fe del registro no hay ningún distingo entre la hipoteca de seguridad y la hipoteca de tráfico, porque reiteramos que el distingo entre ellas es que en la hipoteca de tráfico la fe registral se proyecta sobre el crédito.

Vamos a dar un par de ejemplos para que lo entendamos mejor. Para que se dé la hipoteca de tráfico es necesario que se trate de un crédito actual, no de un crédito futuro o eventual; y además que ese crédito actual esté perfectamente delineado en su causa, su entidad o su extensión en la convención hipotecaria, es decir, en el contrato constitutivo de la hipoteca o en el instrumento al cual formula remisión la convención hipotecaria.

El ejemplo típico sería una obligación existente, diferida en el tiempo, es decir, una obligación a plazo y, para simplificar más, subordinada a un término cierto. Y bien; lo que motiva el asiento registral no es sólo el derecho de hipoteca. ¿Cómo va a ser el derecho de hipoteca si ese derecho es subordinado y no puede entrar en el circuito registral sino vinculado a un crédito? No podemos provocar o motivar un asiento registral de una hipoteca si no la vinculamos a un crédito. Lo que ocurre es que cuando la vinculación es estrecha y surge del asiento registral en el cual se perfila un crédito actual, debidamente distinguido en su causa, extensión y entidad, da motivo a una hipoteca de tráfico, donde la seguridad dinámica se proyecta sobre el crédito hipotecario.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Todos sabemos y todos hemos leído, hablado y discutido de esa tensión que existe entre la seguridad estática y la seguridad dinámica. La seguridad estática es la seguridad del propietario. En definitiva, el derecho romano - fundamentalmente de bases individualistas - apuntó a la seguridad estática, a la seguridad del propietario quiritario.

Por distintas aguas transitó el derecho germano. Este ha tenido desde siempre un contenido notablemente más social, y progresivamente fue desarrollando la protección de la seguridad dinámica, es decir, la seguridad de tráfico por vía de amparar a los terceros.

Claro está que esta tensión entre la seguridad estática y la seguridad dinámica provoca inexorablemente el sacrificio de uno. Como que los derechos reales son exclusivos - y particularmente el de dominio - y que es incompatible la titularidad plural en él, si el dominio lo tiene uno, necesariamente no lo tiene otro y por lo tanto habrá que sacrificar en esa ecuación o a la seguridad estática o la dinámica.

Esto que es por todos conocido, tratándose de los derechos reales tiene una dimensión de mucho interés, que es la que queremos destacar hoy, en el crédito hipotecario. Fijémonos que el derecho hipotecario, como figura básica, es un derecho subordinado a un crédito. Pero claro está que jamás va a poder actuar la acción hipotecaria quien no es titular de un derecho de crédito en forma actual. Quiere decir que para poder actuar a acción hipotecaria hay que ser simultáneamente titular de un derecho real, de hipoteca, y titular de un derecho de obligación, derecho de crédito. Y quien no reúna en su cabeza, en su pertenencia, en su titularidad, los dos caracteres - es decir, ser titular de un derecho real y de un derecho creditorio - no puede actuar la pretensión típica del derecho real; es decir, no se puede provocar la ejecución de una hipoteca sino por parte de quien es simultáneamente titular de un crédito.

De ahí advertimos que la tensión entre la seguridad dinámica y la seguridad estática - propia de todo el sistema de los derechos reales - se da con una modalidad singular en el derecho de hipoteca, porque en este derecho no sólo nos interesa saber si el que constituyó la hipoteca es propietario. Sí; eso es muy importante. Tenemos una norma, el artículo 3126, que impide la convalidación. Sin embargo, nos tiene que interesar también, para que este señor sea titular de un derecho de hipoteca, tratándose de una hipoteca ya constituida, que tiene que ser en forma actual o eventual acreedor. Si no es en forma actual o eventual acreedor, no es titular del derecho de hipoteca.

Por lo tanto, fijémonos en la reforma de 1968. Cuando el art. 2505 dice que para la oponibilidad a terceros es necesaria la registración de los títulos por los cuales se adquieren, modifican, transfieren o extinguen derechos reales sobre inmuebles, cabe preguntarse: ¿Y también la hipoteca? Afirmamos que sí.

Vamos a dar un ejemplo para ver adónde apuntamos cuando afirmamos el necesario distingo entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad. Vamos a suponer que pedimos un certificado de dominio al Registro de la Propiedad y que de este certificado surge claro que el señor "A" es titular de un crédito hipotecario por un millón de pesos y que el asiento de esa

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hipoteca es el inmueble sito en las calles tal y cual. Ahora; el artículo 22 de la ley nacional registral nos dice que la plenitud o restricción de los derechos inscriptos se prueba por los certificados. El artículo 2505 del Código Civil dice que la adquisición o transmisión de derechos reales - y si consideramos el artículo 2º de la ley nacional registral, se aclara que también la extinción de los derechos reales sobre inmuebles - debe motivar un asiento para poder ser oponibles a terceros.

El problema no se limita a la constitución del derecho de hipoteca sino a la transferencia de ese derecho. Para poder transferir un derecho de hipoteca es necesario ceder el crédito. Pero para que esa cesión de crédito tenga efectos reales - respecto del inmueble - es necesario que se proceda a la registración, es decir, a la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad.

La pregunta consiste en lo siguiente: ¿Y qué pasa si se ha cedido válidamente, conforme al derecho civil, un crédito hipotecario, pero no se manifestó la cesión en el Registro de la Propiedad y, con posterioridad, el ex titular del derecho hipotecario, ex acreedor, porque lo acaba de ceder - él cedió el crédito -, aprovechando que el cesionario no ha presentado a la inscripción el instrumento - es decir, el testimonio de la escritura pública de cesión del crédito - y que está vencido el término para presentarlo, procede a ceder nuevamente ese crédito a un tercero? E incluso más, ¿si aprovechando que el cesionario no ha presentado a la inscripción la cesión del crédito, alegremente cancela la hipoteca? Es decir, directamente otorga la escritura de cancelación de la hipoteca.

El problema consiste en saber qué ocurre en caso de divorcio entre las normas vinculadas al derecho registral y las normas vinculadas al derecho civil. Este es el problema que se presenta tratándose de las hipotecas de tráfico. A modo de anticipo diremos que tratándose de las hipotecas de tráfico, no las de seguridad, la fe pública del registro se proyecta sobre el crédito hipotecario, de suerte tal que las modificaciones del crédito - verbigracia, cesiones del crédito, extinción del crédito por pago o renuncia, o modificaciones como el pago por subrogación - no perjudican al tercero registral si no han tenido entrada al Registro de la Propiedad.

Esto no ocurre tratándose de las hipotecas de seguridad. En éstas no se desvincula nunca el crédito de la hipoteca. Observemos - según acabamos de ver - en la hipoteca de tráfico la seguridad dinámica del crédito - y hay un autor español, un notable civilista, notarialista y registralista que pone el acento en esta seguridad - que opera tratándose del crédito sobre base real.

El planteo es así: ¿Cómo vamos a amparar el crédito hipotecario si no protegemos al acreedor hipotecario? Pero acreedor hipotecario no es sólo aquel que celebró la convención hipotecaria en origen con el propietario del inmueble, sino que también lo es el que adquirió por cesión que le hizo un tercero.

Fijémonos que la seguridad dinámica del crédito apunte fundamentalmente no ya al derecho hipotecario adquirido por sucesión constitutiva de su propietario, sino el derecho hipotecario adquirido por cesión que de un

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

crédito le hizo un tercero. Voy a dar un ejemplo para ver en qué medida, si existe falta de conformidad entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral, ello trae grandes consecuencias no sólo en el plano de los derechos reales de uso y goce, sino también en el de los derechos reales de garantía, concretamente del derecho de hipoteca y en tanto se trate de una hipoteca de tráfico y no de hipoteca de seguridad.

Para eso creo que sería útil hacer una breve digresión en punto a que todo cuanto se está hablando está estrechamente vinculado con la función que cumple la publicidad registral.

Se ha conceptualizado a la publicidad como un sistema de divulgación de situaciones jurídicas para la protección de los derechos y la seguridad del tráfico. Es decir, para tener en qué confiar. Permanentemente estamos realizando actos de fe, continuamente. Con algunos de ustedes nos conocemos; con otros no. Y aquellos que no me conocen, ¿cómo saben si soy Adrogué o quién soy? Permanentemente estamos confiando porque nos estamos basando permanentemente en las apariencias y justamente para dar seguridad dinámica, el ordenamiento jurídico ampara en la titularidad de un derecho real a quien ha confiado con fundamento en una apariencia.

Pero esa confianza con fundamento en una apariencia sólo cobra sentido en tanto cuanto esté afirmada sobre una constancia registral. Por eso se ha dicho que toda la dinámica del tráfico se vuelve necesaria cuando hay falta de concordancia entre la realidad extrarregistral y la realidad registral. Porque si todos los propietarios y titulares de derechos reales sobre inmuebles hubieran inscripto sus derechos en forma válida en el Registro de la Propiedad, de suerte tal que no hubiera ningún propietario que omitiera la inscripción, y que además solamente hubieran entrado títulos válidos y firmes, no podría ocurrir nunca ninguna dificultad, porque el registro sería exacto y completo.

Pero es que todos los problemas sobrevienen cuando el registro es inexacto o incompleto. Es inexacto cuando entró al Registro de la Propiedad un título inválido o inestable, y es incompleto cuando no entró al Registro de la Propiedad un título válido y firme. De eso, precisamente, estamos hablando. Se trata de una cesión de crédito hipotecario perfectamente válida, porque el cedente era acreedor hipotecario. Hizo una cesión en forma válida, un negocio jurídico válido. Hizo un contrato válido. Se ha cumplido la forma de ley: la escritura pública y además se ha notificado al deudor cedido.

¿Pero qué es lo que acontece? Ocurre que el crédito se transfirió, sin ninguna duda, en forma válida y eficaz. Pero ese crédito era un crédito hipotecario y el derecho hipotecario - es decir, el crédito en su incidencia real - solamente proyecta efectos respecto del tercero registral en tanto y cuanto haya entrado en el Registro de la Propiedad. Si no ha motivado un asiento registral no tiene incidencia respecto del tercero registral.

Por eso vemos que el problema está, una vez más, en la falta de concordancia entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral y es lo que da motivo al distingo entre las hipotecas de seguridad y las de tráfico. Y



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

decimos que en las hipotecas de tráfico se ofrece una buena seguridad dinámica. Es decir, tratándose de una hipoteca de tráfico, el que adquiere un derecho hipotecario puede confiar en la publicidad registral. En cambio, en la hipoteca de seguridad no; tendrá que confiar sólo en el derecho civil.

Y fijémonos, correlativamente, que así como da gran seguridad dinámica al tercero, la hipoteca de tráfico da una escasa seguridad estática. Y observemos que en la hipoteca de tráfico el propietario del inmueble hipotecado se puede ver en el trance de tener que pagar dos veces. Y vaya un ejemplo para tratar de probar que en la hipoteca de tráfico, porque da buena seguridad al tercero protegido, si hay falta de conformidad entre la realidad jurídica civil - la cesión del crédito - y la registral - porque no se inscribió el crédito -, el propietario se puede ver expuesto a pagar un crédito extinguido.

Lamentablemente, para hacerlo claro tenemos que dar un ejemplo en el cual interviene una cantidad de personas. Porque el que está expuesto a pagar dos veces no es el deudor hipotecario. No. Es el propietario del inmueble hipotecado. Les pido que tratemos de hacer un esfuerzo para ver si recordamos el ejemplo. Lo vamos a dar con la máxima simplicidad, pero con todos los elementos que permitan comprenderlo bien.

Un señor "A" es propietario de un inmueble. Ese señor "A" tiene un amigo "B". Este señor "B" le debe dinero a "C". Claro: "B", amigo de "A", le dice: Tú eres propietario y yo no. ¿Por qué no me haces el favor de constituir hipoteca en seguridad de la deuda que yo tengo con "C"? Porque en estas condiciones es posible que la refinancie, o me baje de tasa de interés, o inclusive me dé el crédito, pues de lo contrario no me lo va a conceder.

Repetimos los elementos que tenemos: "A" es propietario, "B" es un deudor y "C" es un acreedor. "A" constituye hipoteca en favor de "C" en seguridad del crédito que tiene "C" contra "B". Tenemos entonces una situación en la cual hay un propietario de un inmueble hipotecado que no es deudor, "A"; tenemos a "B", que es deudor, y a "C", que es acreedor.

¿Y qué puede ocurrir? Vamos a suponer que la hipoteca se constituyó válidamente y que además se inscribió en el Registro de la Propiedad. No hay ninguna dificultad. Hay concordancia total entre la realidad civil y la realidad registral. La realidad civil, porque constituyó la hipoteca un propietario. Lo hizo mediante un negocio jurídico válido. Se cumplió la forma establecida por la ley. No hay problemas de capacidad, etc. Quiere decir que hay total coincidencia entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral. ¿Pero qué hace - según hemos visto - el acreedor hipotecario? Este acreedor es "C". Este acreedor hipotecario es titular del derecho real de hipoteca que grava la propiedad de "A" y es titular de un crédito que se proyecta sobre "B". Quiere decir que su derecho de hipoteca se proyecta sobre el patrimonio de "A", porque éste es el propietario del inmueble hipotecado; y su derecho de crédito se proyecta sobre el patrimonio de "B", porque el deudor es "B" y no "A".

¿Qué hace este señor "C"? Este, acreedor hipotecario, cede su crédito a "X". Lo hace por escritura pública, un negocio jurídico válido; él es acreedor. Pero esta cesión de crédito de "C" en favor de "X" no se presenta al

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Registro de la Propiedad.

La primera pregunta es: ¿"X" es acreedor hipotecario? En rigor de verdad es acreedor hipotecario, porque como la publicidad es declarativa, en realidad, si se cumplió válidamente con la norma sobre cesión de créditos, y como el derecho de hipoteca es un derecho subordinado, al cederse el crédito se cedió la hipoteca.

Quiere decir que el cesionario sería el nuevo acreedor hipotecario. Incluso tomó la precaución de notificarle la cesión del crédito al deudor. Recordemos que el deudor era "B".

¿Qué puede ocurrir? Puede sobrevenir un evento que puede ser muy desagradable. Si la cesión de "C" a "X" no se presentara a inscripción, ¿qué puede suceder? Fijémonos que "X", el adquirente, es el principal interesado en que se haga pública la cesión. Pero en ese caso puede suceder que si "C" es un defraudador, puede llegar a ceder ese mismo crédito a "Z". Por supuesto, con la total ignorancia del escribano que va a autorizar la segunda cesión. El va al escribano y le manifiesta que se ha puesto de acuerdo y que va a ceder el crédito a "Z". El escribano, antes de autorizar la escritura, pide certificado de dominio y autoriza la escritura. Si se autoriza la escritura sobre la base de un certificado de dominio, del cual surge que la propiedad de "A" está gravada en garantía de ese crédito, del cual el titular es "C", y si "Z" presenta en tiempo a inscripción su cesión - no obstante que su causante, es decir "C", no era acreedor hipotecario porque previamente había cedido el crédito a "X" - "Z" se convierte en acreedor hipotecario.

El problema es: ¿Y quién paga ese crédito? El que lo paga no es el deudor, sino el propietario, porque lo que se trasladó es la proyección del derecho real sobre el crédito. Acá hay total coincidencia entre la doctrina española - como hemos visto, legislativamente no está previsto -, la doctrina italiana y la alemana. El único que sufre este desacuerdo es el propietario del inmueble. No es el deudor.

Antes de concluir con esto podríamos preguntarnos: ¿Qué ocurre si los dos han notificado? Porque podríamos pensar: el problema no pasa por la inscripción. ¿No pasará por la notificación al deudor cedido? ¿El que vence sería el que primero notificara al deudor cedido? El deudor cedido, en el caso de que hablamos, es "B". Según la norma del Código Civil sobre cesión de créditos, en caso de concurrencia de dos cesionarios sucesivos, tiene preferencia el que primero tiene la aceptación de la cesión o la notificación.

La doctrina enseña que tratándose de una cesión de créditos hipotecarios, en una hipoteca de tráfico, va a vencer aquel que inscribió previamente en tanto sea de buena fe. "Z" tiene que haber ignorado la cesión anterior. Va a vencer el que inscribió primero, con prescindencia de que haya notificado antes o después al deudor cedido.

Recordemos, en pocas palabras, que en el régimen de nuestro derecho civil, para ceder un crédito se requiere un negocio jurídico hecho por escrito. Claro que si el crédito consta en un instrumento público - estamos hablando de un crédito hipotecario - la forma, según el artículo 1184, incisos 1º y 3º es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la escritura pública. Cumplida la forma y siendo un negocio jurídico válido, se trasladó el derecho creditorio y con él - siendo la inscripción declarativa - se trasladó el derecho de hipoteca.

Pero para la oponibilidad al deudor cedido es necesaria la notificación al deudor o la aceptación. Y dice el Código que para que la cesión tenga efectos respecto de terceros es necesario que la notificación o la aceptación consten por acto público.

Pero el problema es: ¿Basta ahora que la notificación o aceptación sea por acto público para proyectar efectos respecto del tercero registral? No tenemos ninguna duda de que no; que para que la cesión del crédito se proyecte respecto del tercero registral, ese título debe entrar en el Registro de la Propiedad, porque el artículo 22 de la ley nacional registral es categórico y coincide a ese respecto con el artículo 2505 del Código Civil y el 2º y el 20 de la mencionada ley.

- Luego de un breve intervalo.

DR. ADROGUÉ: Vamos a comenzar respondiendo a dos preguntas. Las voy a leer previamente. Aclaro que hay otras - pocas más - pero vinculadas al tema que vamos a desarrollar luego. Por eso, me parece mejor responder a las relacionadas con el que acabamos de decir.

Dice así: "Con la solución dada por el doctor Adrogué quedaría protegido «Z», por su inscripción efectuada en término, frente a «X», que no inscribió pero sí notificó. No se está protegiendo al tercero sino a la parte ("Z" es parte y no tercero)". Y entonces viene la pregunta: "¿Por qué se aplica en este caso la teoría de la apariencia?".

Respondemos. En primer lugar, para poder proteger a "Z" es necesario - según pienso que lo hemos dicho - que no sólo haya inscripto la cesión del crédito, sino que además se hayan cubierto todas las exigencias del derecho civil. Señalamos que la notificación que ha formulado el deudor cedido ("B") puede ser anterior o posterior a la otra notificación, pero nunca hemos dicho que no haya que notificar. Más aún; toda la situación de amparo al tercero registral presupone el cumplimiento de las normas del derecho civil excepto el vinculado a la pertenencia del derecho.

Por tanto, lo que hemos dicho es que la diferencia entre "X", que no está protegido, y "Z" que está protegido, es que "Z" inscribió y "X" no.

En punto a que "Z" sea parte y no un tercero, se trata de un problema de comprensión del sistema y por eso señalamos: ¿quiénes son los que se oponen? Los que se oponen en el caso que acabamos de mencionar, son "Z" y "A". El tercero registral es "Z" respecto de "A". Por eso dijimos: el que va a estar expuesto a pagar es el propietario del inmueble hipotecado. Por eso, las cesiones no inscriptas y las cancelaciones o decir, las satisfacciones del crédito sin inscripción de la cancelación - y los pagos por subrogación sin inscripción registral, así como las renunciaciones sin dicha inscripción, proyectan efectos en favor del tercero registral. Y el que soporta esa situación dañosa, ni qué hablar que no es el cedente, ni tampoco el deudor, sino el propietario del inmueble hipotecado. Por eso, no es parte

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sino tercero. En todas las hipótesis de que hemos hablado, siempre se trata de un tercero. Lo que ocurre es que previamente tenemos que tener bien en claro quién se beneficia por el régimen y quién se perjudica, y vamos a ver que nunca la relación entre ellos es una relación de partes; siempre es una relación de terceros.

Todos somos partes o terceros, según el encuadre donde estemos. No sé si esto es suficientemente claro. Acá creo que resulta evidente que no puede ser parte, porque jamás ha existido un vínculo contractual entre "Z" y "A", y creo que habíamos aclarado que el que se ve expuesto a tener que pagar es "A", que es el propietario del inmueble hipotecado.

Una segunda pregunta dice: ¿El endoso de un pagaré hipotecario transmite también la garantía?

A modo de introducción señalamos lo siguiente. Por supuesto, el endoso de un pagaré hipotecario transmite la garantía y no es necesario inscribir la transferencia en el Registro de la Propiedad. En la segunda parte de esta breve exposición se iba a hacer referencia a cuáles son los supuestos comprendidos dentro de la hipoteca de seguridad.

Queremos aclarar que la hipoteca en garantía de títulos circulatorios es siempre hipoteca de seguridad y nunca hipoteca de tráfico. ¿Por qué? - ustedes dirán - ; ¿usted no acaba de decir hace un momento que en realidad lo que caracteriza a la hipoteca de tráfico es la proyección de los efectos registrales sobre el crédito? Pero estos efectos se proyectan porque en realidad el crédito entró al asiento registral, toda vez que se trata de un crédito actual perfilado en su causa, extensión, etc.

Pero acontece lo siguiente. No obstante que el crédito, instrumentado en un título de crédito en un pagaré, por ejemplo -, es un crédito actual - solamente diferida su exigibilidad -, no motiva una hipoteca de tráfico sino de seguridad. Justamente, a razón de ser de las hipotecas en garantía de títulos circulatorios es facilitar la comercialización del crédito. El acreedor quiere que su crédito esté instrumentado en un título circulatorio - concretamente, un pagaré - porque quiere tener la posibilidad de obtener anticipos, descuentos, cesiones sobre ese crédito. Y fijémonos que en estas hipotecas de seguridad en garantía de títulos circulatorios, la apariencia no se manifiesta en el registro sino en el título cartular. En los títulos circulatorios el derecho se encarnó en un papel y para estar legitimado es necesario exhibir el pagaré.

Por eso, si una persona quiere ceder un crédito hipotecario habiéndose oportunamente librado un pagaré, no se va a legitimar con un certificado del Registro de la Propiedad en ninguna medida. Se va a legitimar con la tenencia de ese pagaré, de haber sido o extendido en origen a su nombre, o endosado a su nombre o endosado en blanco. En esa forma él acredita que es titular de un crédito.

Para que el pagaré sea hipotecario tendrá que existir la atestación, en el mismo cuerpo del documento o en su prolongación, de que se trata de un pagaré hipotecario.

Es claro que para mayor seguridad del cesionario, es decir, del endosatario, será prudente pedir un certificado de dominio, de suerte tal

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que se informe que verdaderamente hay una hipoteca que se ha constituido para la seguridad de esos títulos, de que ese pagaré no sea falso.

Pero propiamente esto apunta a por qué en los pagarés hipotecarios se debe inscribir al tiempo de la constitución y sin embargo las sucesivas transferencias no se inscriben. Aclaro que éste es un tema bastante estudiado en la doctrina española y en la italiana y creo que las razones son bastante claras. Para poder convertir un título de crédito en hipotecario, es necesario que surja del mismo título de crédito que se trata de un título que instrumenta también un derecho hipotecario. Y para eso no bastaría la anotación marginal del escribano. Si para la oponibilidad a terceros de una hipoteca se necesita la intervención del Registro de la Propiedad, es natural que, como que ese crédito nació en origen instrumentado a través de un título circulatorio, conste en el mismo cuerpo de ese documento que ha tomado intervención el Registro de la Propiedad. Pero justamente, como los interesados, para facilitar la circulación, lo han excluido de la dinámica registral para sujetarlo a las normas ágiles y de gran celeridad de los títulos valores, la circulación de estos títulos de crédito se traslada con total prescindencia a asientos registrales ulteriores.

Ahora vamos a continuar aludiendo a las hipotecas de seguridad a perfilar cuáles son los supuestos que comprende para, con posterioridad responder a estas preguntas.

Según hemos visto, entonces, las hipotecas de tráfico son aquellas en las cuales la seguridad del Registro de la Propiedad no sólo cubre al derecho real sino que también cubre el derecho creditorio, de suerte tal que en las hipotecas de tráfico las modificaciones del derecho creditorio que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad no proyectan efectos respecto del tercero registral.

Nada de esto ocurre en las hipotecas de seguridad. Fijémonos entonces que el carácter de accesoriedad de la hipoteca, o de derecho subordinado, tiene un régimen distinto en las hipotecas de seguridad y en las de tráfico. Porque en las de tráfico se puede desvincular en buena medida el crédito del derecho real. En el ejemplo que hemos dado al concluir la primera parte de esta exposición, hemos visto que "C", que no era más acreedor hipotecario porque había cedido su crédito a "X", sin embargo al cederlo nuevamente a "Z" convirtió a "Z" en acreedor hipotecario; y ese acreedor hipotecario puede reclamar a través de la acción hipotecaria a "A", que es el propietario.

Es decir: acá ocurre que no obstante que "C" no era titular de un crédito, transmitió un derecho mayor que el que tenía. Por supuesto, es una quiebra del principio del nemo plus iuris, del artículo 3270, de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que gozaba. Y vemos entonces que, no obstante no haber derecho creditorio, puede sobrevenir el derecho real. Es decir, que hay una clara quiebra del principio de accesoriedad. Nada de esto ocurre en las hipotecas de seguridad.

¿Por qué se llaman hipotecas de tráfico y de seguridad? Se llaman hipotecas de tráfico porque están llamadas a circular. ¿Por qué? Porque no sólo el derecho real motiva un asiento, sino porque el asiento del derecho

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

real cobija también al crédito; y al cobijar a ambos proyecta sobre el crédito, relativamente, algunos de los efectos registrales.

Es decir: la hipoteca de tráfico está llamada a circular porque el que adquiere un derecho creditorio en una hipoteca de tráfico no se ve expuesto a sorpresas. Si adquiere de una persona que está legitimada registralmente para disponer, sabe que va a adquirir un crédito, y si no está válidamente transferido el crédito (por haber sido cedido previamente) no le podrá reclamar al deudor cedido pero sí al propietario y por tanto va a poder provocar la subasta del inmueble. El va a estar seguro de que, si cumplió con todo el sistema registral, se verá amparado. Por eso, las hipotecas que motivan cesiones - como dijo el doctor Gutiérrez Zaldívar al dar su ejemplo -, las hipotecas ordinarias, son las hipotecas de tráfico, en garantía del saldo de un precio de compraventa, en garantía de un mutuo, etc. Todas esas hipotecas son de tráfico. Hay buena seguridad y son las que de ordinario motivan cesiones. Si el cesionario cumple con las normas del derecho civil, es decir, si se hace por escritura pública, se notifica al deudor cedido y se inscribe en el Registro de la Propiedad, está seguro de que las modificaciones no inscriptas no se van a proyectar en su perjuicio.

Ahora bien; en el supuesto de las hipotecas de seguridad, contrariamente, el principio de accesoriedad es riguroso, completamente riguroso. El que en una hipoteca de seguridad cede un crédito, si no era verdaderamente titular de ese crédito el cesionario no adquiere nada. ¿Y cuáles son las hipotecas de seguridad? Aquellas que están desamparadas por el derecho registral, porque están sólo amparadas por el derecho civil. Ustedes dirán: ¿que distingo tajante estamos haciendo entre el derecho registral y el derecho civil? Es claro; hay un principio tajante que las distingue: el nemo plus iuris, el principio cardinal del derecho civil, es que "nadie puede transmitir lo que no tiene, el 3270. Y el principio cardinal del derecho registral es exactamente el contrario: la apariencia en favor de un tercero registral acuerda derechos aunque el disponente no los tenga. Esta no es una construcción nuestra - ojalá lo fuera -, sino que estamos simplemente siguiendo una doctrina muy asentada en el derecho comparado, de distingo neto entre el derecho civil y el derecho registral a ese respecto. Estamos también aludiendo a los principios que lo informan. No queremos con eso quebrar la unidad del ordenamiento jurídico. Es evidente que son sectores y son formas de hablar las que utilizamos.

En cambio - según hemos visto -, en la hipoteca de seguridad el principio de accesoriedad o de derecho subordinado es claro. No se puede transmitir lo que no se tiene y si el supuesto acreedor hipotecario resulta que había cedido anteriormente el crédito o que había sido satisfecho - es decir, no era más acreedor hipotecario -, su cesionario no habrá adquirido mejores derechos que los que él tenía. ¿Y cuáles son estos casos? Son todos los supuestos de hipotecas en garantía de lo que no es obligación dineraria: son todas hipotecas de seguridad, ninguna de tráfico. Cualquier hipoteca no dineraria, cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. De las obligaciones de dar, excluimos las de dar sumas de dinero. Es decir, todas las hipotecas en garantía de obligaciones de hacer o de no hacer son

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de seguridad, e inclusive las hipotecas en garantía de obligaciones de dar, que no sean de dar sumas de dinero, son hipotecas de seguridad. E inclusive aún las hipotecas en garantía de obligaciones de dar sumas de dinero, si esas sumas están instrumentadas en títulos valores, también son hipotecas de seguridad y no de tráfico, y el motivo es que se ha separado la apariencia, se la ha divorciado del Registro de la Propiedad para crearse un sistema de apariencia propio de los títulos valores. Concretamente, los pagarés hipotecarios y los debentures con garantía especial, donde en el caso del que adquiere y recibe el debenture, si es transmisible por endoso - por supuesto, debidamente endosado -, la publicidad se cobija en el mismo instrumento.

Claro está que por razones de seguridad - aunque los riesgos en una cesión de ese tipo son mucho menores que en un pagaré - parecería razonable, para saber si oportunamente fue inscrita conforme a los datos que surgen del mismo instrumento, pedir un certificado que acredite las condiciones del dominio.

Es decir entonces que todos estos supuestos de obligaciones no están cubiertos por el régimen de las hipotecas de tráfico, con lo cual vean ustedes que propiamente el régimen que acabamos de desarrollar en el primer tramo de nuestra exposición, es decir, las hipotecas de tráfico, que son las ordinarias, no cubre todos los supuestos de créditos hipotecarios, ni remotamente. Cubre solamente algunos.

Y bien; una de las especies de las hipotecas de seguridad es la llamada hipoteca de máximo, hipoteca maximal o hipoteca de maximum o hipotecas maximales. ¿Y qué es esto? En realidad, la obligación garantizada es de dar sumas de dinero, pero lo que ocurre es que de ordinario no son obligaciones actuales; son obligaciones eventuales, y esas obligaciones eventuales están sujetas a un tope, que es el techo del cual no puede pasar salvo el riesgo de quedar sin cobertura hipotecaria.

Aclaremos también que la hipoteca de crédito abierto se manifiesta igualmente en el supuesto de que en la convención hipotecaria se instrumente un contrato por el cual el propietario recibe o recibirá en etapas sucesivas, a medida que se vaya progresando o se vaya desarrollando la obra que se construirá, y contra presentación de determinados certificados, ciertas cantidades, que el acreedor debe ir suministrándole. Esta hipoteca de crédito abierto también es una hipótesis de hipoteca de seguridad, no de tráfico, con lo cual está, en buena medida, marginada de la protección a que aludimos previamente.

Vamos a ceñirnos un poco a las hipotecas de máximo, de suerte tal de poder abordar de inmediato algunos de los problemas vinculados con las hipotecas constituidas muchas veces en seguridad de créditos en favor de entidades financieras, bancos o no.

Por supuesto - según hemos visto - se pueden constituir hipotecas en seguridad de créditos eventuales. Aclaremos que crédito eventual es futuro y no necesario, basta que sea posible, es decir no es necesario que sea probable que el eventual acreedor se convierta en acreedor actual. Basta que exista esa posibilidad. Claro está; si no existe la posibilidad de que el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

acreedor eventual se convierta en acreedor actual, esa hipoteca sería inválida y la razón es que la hipoteca está ordenada a la garantía de un crédito, y si por hipótesis no es posible el crédito, la hipoteca es nula. Si en origen es imposible el crédito, si llega a darse la imposibilidad de que sobrevenga el crédito, se va a extinguir la hipoteca, porque la hipoteca no puede garantizar un crédito que por hipótesis jamás puede sobrevenir. Pero esto no significa que sea necesario que el crédito sea probable; basta que sea posible.

Y ustedes dirán: ¿qué es posible? Yo diría, siguiendo a un eximio autor italiano: es el problema general de la regla jurídica. La regla jurídica ampara intereses que merecen cobertura social. Lo que es insólito, lo que es amoral, contrario a las buenas costumbres, no merece amparo.

Por tanto, no se pueden dar reglas generales de cuándo un crédito es posible o imposible. Parecería más un problema de sentido común, sobre todo en falta de regla específica. Pero claro está que debe ser socialmente tutelable. Debe existir un interés que merezca la protección del aparato estatal.

Un problema lamentablemente generalizado en estas hipotecas de máximo es la tremenda indeterminación. Es lo que se llama la garantía general hipotecaria. Y todo esto se vincula con una de las preguntas sobre las obligaciones presentes, los descuentos en cuenta corriente. Hay algunas cláusulas que dicen: obligaciones pasadas, presentes o futuras. Pienso que ese tema está prácticamente resuelto. El año pasado, en las Séptimas Jornadas de Derecho Civil, que acontecieron en Buenos Aires, en la Facultad de Derecho, hubo una conclusión inequívoca. La especialidad de la hipoteca respecto del crédito requiere la determinación de la causa, extensión y magnitud. En virtud de eso, en falta de especialidad, la hipoteca es nula y la nulidad es absoluta. El motivo es que el Código exige la especialidad tanto respecto del inmueble como respecto del crédito. Quiere decir que habrá que describir a la obligación u obligaciones eventuales.

Esto significa que la cláusula de la garantía general hipotecaria, que algunos países admiten, no es admitida en el derecho argentino. ¿Por qué? Porque se opone abiertamente al principio de especialidad respecto del crédito.

Vamos a destacar un poco qué es esto de la causa, entidad y extensión. Se alude a que en la convención hipotecaria o en el instrumento al cual formula remisión dicha convención - que es el contrato formalizado entre el propietario del inmueble y el acreedor -, debe describirse la obligación, es decir, el crédito. La obligación es el lado pasivo y el crédito el lado activo de una misma realidad creditoria.

Se debe describir; ¿pero qué se debe describir? Acabemos de apuntar: en su causa, entidad o extensión. ¿Qué es su causa? Es la fuente del crédito. ¿Cuál puede ser? Un contrato de préstamo, de mutuo; un contrato de alquiler, la obligación del locatario de pagar; un contrato de compraventa, contrato de suministro, etc., etc.

Esa es la fuente, pero habrá que describirla. También habrá que describir la entidad de la obligación. Verdaderamente, no el por qué se adeuda; ésta es la causa. Está bien; se adeuda porque oportunamente ha existido un hecho



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ilícito del cual se derivó la obligación de reparar, que también se puede garantizar con hipoteca; o porque se formalizó un contrato, o porque se va a formalizar un contrato.

La entidad es: ¿qué se debe? Se debe una suma de dinero.

Fijémonos que acá puede, en forma actual, ignorarse cuál es el monto de la obligación; e inclusive, si la obligación es futura, no sólo se ignora el monto - porque no hay monto actual - sino que inclusive puede llegar a no haber monto, porque la obligación futura, si es eventual, puede no sobrevenir.

Esto se soluciona - lo dice el mismo Código en el artículo 3109 - por vía de destacar el valor estimativo de la hipoteca. Destacar en una cifra tope el monto total.

Debemos hacer un distingo para poder entender adecuadamente cómo es que el Código Civil dice, en el artículo 3108, que la hipoteca se constituye en seguridad de un crédito en dinero, y en el 3109 parece que dice una cosa completamente distinta, desde que se puede garantizar cualquier tipo de obligación de dar, de hacer o no hacer. Creo que el distingo es simple y claro. Para que pueda operar la fase de ejecución en una hipoteca es necesario siempre que haya una obligación incumplida. Si no lo hay, jamás puede operar la fase de ejecución de la hipoteca. Esta fase es la que se ventila a través de la acción hipotecaria.

Quiere decir que tiene que haber un incumplimiento. ¿De qué obligación? De la que habla el artículo 3109, que es una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

Ahora, con motivo del incumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, se ha generado la responsabilidad del deudor culpable. Esa obligación de resarcir es propiamente la que está garantizada por hipoteca en todos los casos. Y la obligación de resarcir siempre se resuelve en el pago de una suma determinada de dinero.

Por eso, en forma mediata la obligación garantizada puede ser cualquiera; en forma mediata o indirecta, una obligación de dar, hacer o no hacer. Pero en forma inmediata o directa, siempre la obligación garantizada es una suma determinada de dinero, porque lo único que podemos solicitar al juez es la subasta del inmueble para convertirlo en dinero y cobrarnos sobre ese inmueble. Para ello va a ser necesaria esa conversión.

Claro está que la conversión es automática cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero. Si la obligación mediatamente garantizada por hipoteca es la de restituir el dinero recibido con motivo del mutuo, o de la obligación de pagar el saldo de precio de una compraventa, por el incumplimiento del deudor actuó la fase de ejecución de la hipoteca. Y propiamente la obligación del deudor incumplidor es resarcir al acreedor el daño que le causó; y el daño que le causó con motivo del incumplimiento de la obligación de dar sumas de dinero debe resarcirlo pagando el capital adeudado con más los intereses derivados de la mora.

Vemos entonces que no hay ninguna contradicción en el Código, sino una total coherencia. En forma mediata se garantiza cualquier obligación, pero en forma inmediata sólo sumas determinadas. Es lo que dice el artículo 3109 en correlato con el art. 3108.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Hemos visto entonces que en la hipoteca de máximo hay un monto tope el cual no se puede infringir, bajo riesgo de estar exento de la cobertura. Esa suma tope del valor estimativo no afecta propiamente al crédito. Afecta sólo a la responsabilidad hipotecaria. Es decir, si el acreedor eventual resulta acreedor actual por una suma superior a la de la cobertura hipotecaria, no va a dejar de ser acreedor por el monto del exceso. En absoluto. Es acreedor, pero acreedor quirografario. El solamente podrá beneficiarse por la cobertura hipotecaria hasta el monto máximo.

Es decir que el valor estimativo de la hipoteca alcanza a la responsabilidad hipotecaria, no al monto del crédito desde el ángulo del derecho creditorio.

Otro punto vinculado a las hipotecas de máximo es el siguiente. En primer lugar, en el trabajo que realicé con los doctores Gutiérrez Zaldívar y Amuy que saldrá el próximo 25 de abril en La Ley - según les comenté -, sobre este mismo tema del que estamos hablando, uno de los problemas que se destacan es que, en nuestra opinión, se pueden garantizar con esta hipoteca de seguridad no sólo obligaciones eventuales, es decir, obligaciones futuras no necesarias y que pueden o no sobrevenir con mayor o menor posibilidad. Creemos más; consideramos que inclusive la causa de la obligación garantizada puede ser futura y no actual. Les aclaro que esto no ocurre en el derecho italiano. El Código Civil italiano exige que la relación jurídica sea actual, y la doctrina, tanto la comercial - especialmente la que estudia el tema desde el ángulo de los contratos bancarios -, como la doctrina civil y registral, sostiene que en el derecho italiano la causa debe ser actual.

Voy a dar un ejemplo para que se comprenda la diferencia entre la causa actual y la futura, no ya la obligación actual o futura, cosa que hemos visto en la primera parte de la exposición.

Supongamos un acuerdo con un Banco, en el cual éste tiene la prerrogativa de suministrarnos dinero. En ese contrato de préstamo, que además no lo vincula al Banco, la liquidación de la suma final puede canalizarse a través de una cuenta corriente bancaria, lo cual por supuesto no es necesario; pero sin embargo, la apertura de crédito en cuenta corriente es la más complicada. Por eso vamos a hacer algunas referencias. La apertura de crédito simple no presenta grandes dificultades y por eso en buena medida vamos a soslayarla.

¿Qué puede ocurrir? Que la causa sea futura. ¿Por qué? Por el contrato por el cual el Banco se compromete a suministrar el dinero no se celebró todavía. Más aún; el Banco no estaría obligado - si del contrato surge - a entregar el dinero sino que lo único que se hace es programar u ordenar su situación jurídica.

Dice un autor: a veces para poder llegar a ser deudor hay que ofrecer antes garantías al acreedor y a veces hay que ofrecer garantías reales, porque si no el futuro acreedor no se interesa en la posibilidad de comenzar a discutir la posibilidad de ser acreedor. Puede ser que uno quiera un crédito por una suma muy importante y la entidad, o el sujeto o persona jurídica que estaría dispuesta a resultar acreedora no esté resuelta ahora a comenzar a realizar las gestiones preparatorias de un crédito - tal vez un estudio de mercado -,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

prescindiendo de estudio del título, para ver si esa empresa estaría en condiciones de restituir ese préstamo a 4 ó 5 años, y el desembolso sea cuantioso.

Y la entidad bancaria puede decir que no está dispuesta a comenzar a realizar erogaciones para comenzar a indagar la posibilidad del crédito si no se garantiza la oportuna restitución de todo, no sólo del préstamo - si se da - sino inclusive de las erogaciones preparatorias y por eso el futuro deudor tenga ya que constituir hipoteca en garantía de un crédito que puede o no sobrevenir.

En nuestra opinión, en tanto se describa con precisión la causa, entidad y extensión del crédito que puede eventualmente surgir y cuya causa no es actual, no hay obstáculo en el ordenamiento jurídico argentino, el cual muy claramente, y sin distinguo, dice que se puede garantizar con hipoteca, en forma tan completa, el crédito eventual como el actual.

Si a ustedes les parece bien, pueden si lo desean formular algunas preguntas sobre el tema, que da para mucho y es prácticamente imposible tratarlo con alguna seriedad o detenimiento en una o dos horas. Además, en nuestra modesta opinión, no se puede comprender cabalmente lo que estamos exponiendo sin la previa introducción vinculada a las hipotecas de tráfico y a las de seguridad.

Para terminar, creo - sin perjuicio de que podamos quedarnos, si les parece bien y están dispuestos a hacer preguntas - que ahora vamos a entender claramente por qué la hipoteca de máximo, es decir, la hipoteca en garantía de una apertura de crédito, por ejemplo, o de una apertura de crédito no ya simple sino en cuenta corriente, es una hipoteca de seguridad y no hipoteca de tráfico.

¿Por qué es así? Es muy claro que la seguridad del Registro de la Propiedad, tratándose de cesiones no registradas, o de extinciones no registradas, no se proyecta sobre ese crédito porque la vida del crédito en una hipoteca de seguridad se inicia, desenvuelve y extingue fuera del campo registral. El crédito que tiene el Banco nace fuera del Registro de la Propiedad, se transfiere fuera de ese Registro y se extingue también fuera de él.

De la misma forma ocurre en un título circulatorio. Se trasladó, se endosó el pagaré y no hay constancia en el Registro de la Propiedad. Se satisfizo el pagaré y no hay constancia en el Registro de la Propiedad. Y eso no es grave, porque en la hipoteca de seguridad la fe pública del Registro no se traslada al crédito por la simple razón de que los asientos que motiva la hipoteca de seguridad no son asientos bivalentes sino univalentes. Sólo valen para el derecho real de hipoteca.

Y ustedes dirán: ¿Y en qué medida valen? En todas las hipotecas de seguridad o de tráfico, la intervención registral es importante desde el lado de la garantía real sobre el inmueble. Es decir, si está hipotecando un no propietario, en el supuesto del 2505 o del 1051, puede tener seguridad incluso adquiriendo a non domino el derecho hipotecario. Pero tratándose de las hipotecas de seguridad, si lo que se ha cedido es a non domino, no tiene el favor o la seguridad registral.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

PREGUNTA: Quería saber cuál era su opinión de las hipotecas de seguridad. Usted habló de las hipotecas de máximo, de que debían tener un tope. Quería saber su opinión cuando ese tope se indexaba de acuerdo con alguno de los índices que se aplican.

DR. ADROGUÉ: A pesar de que hay alguna opinión distinta, creo que el tema es relativamente claro. Si no hay dificultades para actualizar un crédito, no vemos que pueda haberlas para actualizar el valor estimativo de la hipoteca. Claro está que el parámetro que permita actualizarlo, es decir, indexarlo o ajustarlo, debe ser suficientemente claro no sólo en las relaciones de quienes intervinieron en la convención hipotecaria, sino respecto de terceros. Tengamos muy en cuenta que todos éstos son derechos reales y por lo tanto proyectan efectos erga omnes, y todas las exigencias vinculadas a la especialidad respecto del crédito y del inmueble no se limitan a las relaciones entre partes sino que tienen proyección erga omnes desde que inciden sobre el inmueble que es asiento de la hipoteca.

PREGUNTA: Con relación a las Jornadas de Derecho Civil, usted desarrolló el concepto de causa, fuente y entidad. Aunque sea brevemente ¿podría desarrollar el concepto de magnitud?

DR. ADROGUÉ: Pienso que resulta bastante claro que la obligación inmediatamente garantizada, en todos los casos, es una suma de dinero. Hay un autor italiano que en un magnífico libro sobre derecho concursal dice: que en definitiva lo que responde es un patrimonio, siempre el ordenamiento jurídico resuelve todo en una suma de dinero. No es que estemos tremendamente monetizados. Es la forma de concluir con un problema de responsabilidad patrimonial: convertirlo todo en una suma de dinero. De ahí que la estimación es una suma precisa, por supuesto en moneda argentina. Sin embargo, esa suma precisa, en moneda argentina, la podemos estabilizar.

PREGUNTA: En los casos de contrato de apertura de créditos rotativos, es decir, cuando el tomador de fondos cancela una parte o la totalidad de su primer endeudamiento y puede renovarlo, y aún durante el tracto de ese contrato, puede ocurrir que durante un lapso no debe y no exista corriente crediticia entre acreedor y deudor, pese a que se mantenga en vigencia la garantía hipotecaria. ¿Cómo soluciona el problema de la base del rango?

DR. ADROGUÉ: En un valioso trabajo del doctor Julio César Rivera aparecido hace muy pocos días, preocupado el doctor Rivera por el problema del rango progresivo, que es el que existe en nuestro derecho, él piensa que no puede garantizarse con hipoteca si la causa no es actual. Según hemos dicho, creemos que no es así, porque no hay ninguna norma en el derecho argentino que lo imponga. En cambio, sí existe en el derecho italiano. Y también piensa que no sería factible que existan entregas por parte del deudor y movimientos por los cuales puede estar fluctuando permanentemente, hasta el cierre de la cuenta corriente, el monto garantizado.

Aclaremos lo siguiente. En lo personal no entiendo cómo podemos sostener que se puede garantizar con hipoteca la apertura del crédito en cuenta corriente y simultáneamente negar que están excluidos de la cobertura

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hipotecaria en el supuesto de fluctuaciones, porque justamente, según enseña toda la doctrina comercialista, la característica de la cuenta corriente es la oscilación del saldo deudor, y el motivo por el cual en las aperturas de crédito interesa al acreditado que sea en cuenta corriente es el rebajar el costo de un préstamo.

Por ejemplo, una empresa o un particular necesitan un dinero, pero no permanentemente. Lo necesitan por cuatro días y luego no lo necesitan más y por lo tanto no quieren cargar con el peso financiero de tener en su poder atesorado dinero que pueden devolver. Por lo tanto, lo restituyen, lo reembolsan al Banco. Ese es el motivo que justifica las aperturas de crédito en cuenta corriente. Es decir, las oscilaciones del saldo deudor hasta el cierre final, para facilitar una operación financiera.

Por otra parte, el Código de Comercio expresamente permite garantizar con hipoteca la cuenta corriente. Aclaro que es la cuenta corriente mercantil, no se refiere a la cuenta corriente bancaria. Sin embargo, desde muy antiguo hay fallos y los autores están contestes en que se puede garantizar con hipoteca, en el derecho argentino, la apertura de crédito en cuenta corriente bancaria.

Por eso, creemos que si se admite la primera premisa, de que la apertura de crédito en cuenta corriente garantizada con hipoteca es válida en nuestro derecho, no se comprende cómo se puede sostener, simultáneamente, que no estaría garantizada porque existe la posibilidad de que el acreditante reembolse al acreditado, en determinado momento, sumas de dinero, para bajar el costo financiero de la operación.

***EFICACIA DE LA MONEDA EXTRANJERA COMO CLÁUSULA DE REAJUSTE EN CONTRATACIONES SOBRE INMUEBLES(\*) (204)***

EDUARDO A. CLARIÁ

**SUMARIO**

I. Introducción. II. Estado de la cuestión. III. Compraventa. Su naturaleza jurídica en la cuestión. IV. Hipoteca. Su naturaleza jurídica. V. Puntos de coincidencia. VI. La moneda extranjera como cláusula de reajuste. VII. Las cláusulas de reajuste en general. Características. VIII. Teoría de las cláusulas de reajuste. IX. Hipótesis de un modelo ideal. X. Aporte desde el punto de vista notarial al modelo ideal. XI. Eficacia de la contratación en moneda extranjera como cláusula de reajuste. XII. La moneda extranjera no es aconsejable como cláusula de reajuste. ¿Siempre? XIII. Conclusiones. Bibliografía.

**I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo responde al tema II de la VI Jornada Notarial de Entre