

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

sostenido en este trabajo, de una tarea que el escribano pudo haber celebrado, en sus comienzos, un contrato de locación de obra con el cliente, y más adelante devenir para él en obligatoria en virtud del deber de prestación, que es esencial a ella.

Por ello vamos a enunciar que este deber legal - de prestar función - se resuelve en dos obligaciones de distinta naturaleza: a) Obligación de medio: asistir y asesorar al cliente poniendo a su servicio todos los recursos técnicos del agente, pero sin comprometerse, en cuanto al fondo del asunto, a un resultado invulnerable. b) Obligación de resultado: lleva implícito el compromiso de autorizar un instrumento inobjetable desde el punto de vista formal.

El escribano, en el ejercicio de sus funciones fidehacientes, actúa como locador de obra intelectual; promete un resultado, o sea un documento formalmente válido y legalmente eficaz. Esta relación de locación comprende, como inherente al deber de consejo, la opinión idónea sobre la bondad del título. Se promete el resultado inmediato: realizar una obra intelectual, no así el resultado mediato; respecto de éste, la prestación tiene un límite: revierte en obligación de medios.

En la misma tesitura Trigo Represas(90)(250)dice: "Sin embargo, en lo atinente al estudio de títulos, el escribano sólo asume una obligación de medios y no responde si, habiendo aplicado su diligencia y conocimiento, no llegase a advertir la existencia de una transmisión a non dominio resultante de un acto fraguado. Esto ocurre, verbigracia, cuando una escritura antecedente del título aparece falsificada o en los de comparecencia, ante el notario, con documentos de identidad falsificados del aparente dueño, según títulos e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Concluimos, pues, que en las llamadas obligaciones de medio, naturalmente emergerá, probada la negligencia del profesional, una responsabilidad extracontractual.

***ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA EN CUANTO AL CRÉDITO(\*) (251)***

Coordinador  
JOSE M. R. ORELLE

Autores: AÍDA B. R. DE CELASCO ACUÑA, MIRTA CRISTINA MILONE, LILIANA N. RAPICAVOLI, MARIO A. YORDAN (h.), INDIANA CASTELLI, ALFREDO NOVARO HUEYO (h.), GUIDO BERMAN KAHN y ANA MARÍA VISCAY

**SUMARIO GENERAL**

I. Problemas vinculados con la accesoriedad y especialidad de la hipoteca, Esc. Aída B. R. de Celasco Acuña. II. Amplitud de los jueces para expedirse respecto a la especialidad, Esc. Mirta Cristina Milone. III. Algunas consideraciones acerca de las obligaciones condicionales y eventuales

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

como categorías susceptibles de ser garantizadas con hipoteca, Dres. Liliana N. Rapticavoli y Mario A. Yordán (h.). IV. Contratos bancarios y garantía hipotecaria, Dra. Indiana Castelli y Esc. Alfredo Novaro Hueyo (h.). V. Los pagarés hipotecarios y el reajuste, Esc. Guido Berman Kahn y Esc. Ana María Viscay.

**PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ACCESORIEDAD Y ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA**

AÍDA B. R. DE CELASCO ACUÑA

**SUMARIO**

Introducción. I. Accesoriedad. Efectos. Accesoriedad de la hipoteca. II. Especialidad. 1. Determinación en cuanto al objeto. 2. Determinación en cuanto al crédito. a) Obligación principal. b) Hipotecas constituidas para garantizar obligaciones eventuales.

**INTRODUCCIÓN**

Para llegar a establecer los problemas vinculados con la accesoriedad y especialidad de la hipoteca trataremos de fijar previamente el contenido y alcances de estos caracteres de que goza la hipoteca, señalando desde ya que ambos conceptos se encuentran estrechamente vinculados, interrelacionándose también las normas jurídicas que les son de aplicación.

**I. ACCESORIEDAD**

**Concepto**

La hipoteca es un derecho real, accesorio de una obligación principal a la que accede. Tal afirmación surge de los arts. 523, 524 y 3108 del Código Civil.

En efecto, el art. 523 dispone: "De dos obligaciones, una es principal y la otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra". Y el art. 524 dispone: "Las obligaciones son principales o accesorias, con relación a su objeto o con relación a las personas obligadas. Las obligaciones son accesorias respecto al objeto de ellas cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Accesorios de una obligación vienen a ser, no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o la hipoteca". Estos últimos son derechos reales con régimen jurídico propio (arts. 3108 y 3261) y constituyen también accesorios de la obligación principal.

**Efectos**

El principal carácter de las obligaciones accesorias consiste en que se

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

rigen por los mismos principios que la obligación principal de la que dependen. De ahí el adagio *Accessorium cedit principali*, lo accesorio sigue a lo principal.

De ese carácter fundamental de las obligaciones accesorias que hemos citado surgen consecuencias prácticas sumamente importantes, que en lo sustancial pueden sintetizarse como sigue:

1. El régimen legal de las cosas principales y accesorias (arts. 2327/8) es el mismo. "Son cosas principales las que pueden existir por «sí mismas y para sí mismas»". "Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen o a la cual están adheridas".

2. Como corolario lógico del mencionado principio, pueden citarse los efectos señalados por el art. 525:

a) Extinguida (o anulada, inválida, según Segovia, Machado, Salvat, Busso) la obligación principal, queda extinguida la obligación accesorio. En el caso de garantías reales, mientras la obligación principal no esté cumplida totalmente, la garantía permanece indivisible: el cumplimiento o extinción de la obligación en forma parcial no aparea la extinción parcial de la obligación accesorio de garantía (arts. 682, 3112, 3233).

b) Pero la extinción de la obligación accesorio no acarrea la extinción de la obligación principal. Ello es así porque lo accesorio no puede existir sin lo principal, pero lo principal no necesita de lo accesorio para subsistir.

c) La nulidad de la obligación principal produce la nulidad de la obligación accesorio, pero la nulidad de ésta no produce la de aquélla (art. 535).

### **Accesoriedad de la hipoteca**

En la hipoteca, el carácter de derecho accesorio que le es propio hace que ésta no pueda tener existencia sin una obligación principal que garantizar.

Este carácter de accesorio que reviste la hipoteca trae como consecuencia que en nuestro régimen legal ella no pueda tener existencia sin una obligación principal que garantizar. Por ello el art. 3187 dispone: "La hipoteca se extingue por la extinción total de la obligación principal, por alguno de los medios designados para la extinción de las obligaciones".

Este principio de accesoriedad al que nos estamos refiriendo nos ofrece un primer problema a resolver, que es la necesidad de establecer la identidad de la obligación principal.

En nuestra opinión, al constituirse la hipoteca, no debe perderse de vista que se trata de un derecho accesorio, y, por lo tanto, seguirá la suerte de lo principal. Si la existencia de lo accesorio depende de lo principal, es necesario determinar con precisión los alcances de la expresión "obligación principal", de lo que más adelante nos ocuparemos. No obstante, adelantamos como primera conclusión que si la obligación principal, de la cual depende la existencia de la hipoteca, consiste en un crédito en dinero, no existirá hipoteca sin un crédito en dinero a garantizar. "Sabido es que

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

otro carácter esencial de la hipoteca es la accesoriedad, por la cual no podemos cambiar 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, es un derecho creditorio" (Manuel Adrogué, Colegio de Escribanos, Seminario de Derecho Civil, 28/4/1980); y ese crédito, en nuestra opinión, puede ser actual o futuro: "crédito eventual - en esto existe coincidencia - no es un crédito actual sino un crédito futuro. Incluso, el crédito eventual es cualquier futuro no necesario" (op. cit.). "...en el derecho positivo argentino se pueden garantizar con hipotecas créditos futuros, es decir, que no existen y que inclusive pueden no llegar a existir jamás"; "...y la hipoteca es actual porque la norma dice que garantiza en forma tan completa como si se tratara de un crédito actual" (op. cit.).

## **II. ESPECIALIDAD**

Concepto: Uno de los requisitos esenciales que rigen a la hipoteca es el denominado "principio de especialidad" que está orientado a exigir la determinación o individualización del objeto de la hipoteca y el crédito garantizado por ella, en el acto constitutivo y cuya finalidad consiste tanto en la defensa del deudor como de los terceros.

La regulación jurídica de este principio se halla preceptuada en los arts. 3109, 3131, incs. 2º, 3º y 4º; 3132, 3133 y 3148 del Código Civil. De la normativa citada surgen con claridad los requisitos de especialidad que debe contener el acto constitutivo en cuanto al objeto (arts. 3109, 3131 y 3132); pero no tan claras resultan las disposiciones referidas a la especialidad en cuanto al crédito.

1. Determinación en cuanto al objeto: "No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas" (art. 3109); "El acto constitutivo debe contener:...3º) la situación de la finca y sus linderos y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentra" (art. 3131). A su vez, el art. 3132 dispone: "Una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble".

2. Determinación en cuanto al crédito: El art. 3109, al disponer: "No puede constituirse hipoteca sino... por una suma de dinero, también cierta y determinada", y el art. 3131, que establece: "El acto constitutivo debe contener... 2º) la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra, y 4º) La cantidad cierta de la deuda...", plantean un aspecto de la especialidad que ha dado origen a una doctrina bastante reciente y contradictoria, y la jurisprudencia, por el momento, es escasa. "Tocante al crédito de que se trata de asegurar, es necesario individualizarlo cuidadosamente, tanto para que sea conocida y publicada la afectación, como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores" (Lafaille, Tratado de Derechos Reales, t. II,

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

pág. 82).

La individualización y alcances del crédito cobran especial relevancia: 1º Si, como lo expusimos precedentemente, no se ha perdido de vista el aspecto de derecho accesorio que tiene la hipoteca - como accesorio que es, accede a una obligación principal - como consecuencia lógica correrá su suerte. 2º) En razón de que el defecto de especialidad de una constitución hipotecaria provoca la nulidad que puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo (art. 3148).

"Es necesario, bajo pena de nulidad y consecuente inoponibilidad de la hipoteca como título ejecutivo, individualizar el contrato que dio origen al crédito garantizado con aquélla, lo cual no se cumple si se omite consignar la fecha, naturaleza del contrato y archivo donde se halla" (J.A., 1966, I, 38), "o si sólo se alude imprecisamente a operaciones realizadas con anterioridad y a realizarse" (Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, 2/7/68, J.A., 1969, Res. 122.575), Citados Código Civil comentado, Trigo Represas - Salas, t. II, pág. 838.

El defecto de especialidad que acarrea la nulidad de la hipoteca es el segundo de los problemas que hemos encarado en el tema abordado. Defecto de especialidad en cuanto al crédito, pues es éste el que presentó mayores dificultades para la doctrina actual.

**a) Obligación principal**

En este punto intentaré desarrollar una línea de pensamiento que en mi opinión obedece estrictamente al andamiaje jurídico, cuidadosamente elaborado por el codificador y que ratifica una vez más su total coherencia en la materia.

Si partimos de la idea de que la hipoteca es un derecho accesorio arts. 523/4, 3108), como lógica consecuencia debe acceder a una obligación principal, a la cual ampara.

¿Cuál es esa obligación? Es un crédito en dinero (art. 3108). De aquí en adelante, en mi opinión, la normativa referente a la institución que tratamos se halla en total concordancia con la referida a las obligaciones en general.

1. En efecto, al referirse el art. 3108 a "un crédito", lo hace entendiendo dicha expresión en su acepción más amplia, como derecho del acreedor (sujeto activo) de exigir del deudor (sujeto pasivo) la prestación debida (496). Ese vínculo jurídico, que es la obligación, ofrece, como sabemos, dos aspectos: uno activo y otro pasivo.

El acreedor posee la facultad de exigir algo y el deudor, un deber de dar, hacer o no hacer. Se trata de aspectos distintos de un concepto unitario: crédito y deuda, como si se tratara del anverso y el reverso de una moneda (497).

El análisis del aspecto pasivo de la obligación ha permitido al decir de Borda - a la doctrina alemana formular un distinguo entre deuda y responsabilidad, que son dos momentos sucesivos en la situación del deudor. El primero es el puro débito, el deber de cumplimiento que nace con la obligación. El segundo es la responsabilidad que sobreviene

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

después de incumplida la obligación. La deuda puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer; la responsabilidad se traduce en el pago de una suma de dinero".

Lo expuesto está de acuerdo con lo preceptuado por los citados arts. 496 y 497. En cuanto a lo expresado en último término, no es otra cosa que el efecto último y subsidiario que posee el acreedor incumplido, para no ser frustrado su derecho y que en nuestro derecho se halla plasmado en el art. 505, que dispone: "Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: ... 3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

"Es lo que se llama el efecto subsidiario, puesto que se trata de un remedio sucedáneo, reconocido por la ley al acreedor en vista de que no le ha sido posible lograr el cumplimiento de la prestación" (op. cit., pág. 43)

Es esta una solución subsidiaria y última y sólo debe acudir a ella cuando es absolutamente imposible obtener el cumplimiento efectivo del objeto mismo de la obligación, dado que las partes, al contraer la obligación, tienen en mira el cumplimiento de la prestación que es su objeto; por lo tanto, es necesario que ese objeto sea completo por todos los medios posibles y únicamente como último recurso acudir a las indemnizaciones en dinero.

En tal sentido, expresa Lafaille: "La indemnización específica procede en primer término y sólo a falta de ella, la pecuniaria" (Obligaciones, 1, 210).

El artículo 3108, al referirse a que "la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito, en nuestra opinión, toma la expresión "crédito" en sentido amplio, como facultad del acreedor de exigir la obligación debida por su deudor.

2. Si, como lo hemos expresado precedentemente, no hemos perdido de vista que la hipoteca es un derecho accesorio que se constituye para garantizar el cumplimiento de un crédito en dinero, surge con toda claridad que la existencia de la hipoteca encuentra su razón de ser, en el caso de incumplimiento por parte del deudor de la prestación debida: su deuda.

Por ello es que, tratándose de una obligación incumplida, la ley otorga al acreedor los recursos que determina el artículo 505 del Cód. Civil, que en última instancia se traducen en el reclamo de una suma de dinero y justifican, en mi opinión, la exigencia de la ley al establecer la necesidad de consignar en el acto constitutivo la suma cierta de la deuda (aspecto pasivo de la obligación), inc. 4º, art. 3131.

Pero la ley exige también la determinación del contrato al que accede la hipoteca que da origen o causa al crédito o derecho del acreedor (aspecto activo de la obligación), inc. 2º, art. 3131.

Es decir, que deben quedar perfectamente determinados en el acto constitutivo de la hipoteca los aspectos activos y pasivos de la obligación principal que ampara la garantía hipotecaria. Determinación del crédito y determinación de la deuda. El primero, a través de la determinación de la causa que da origen al crédito; la segunda, consignando la suma cierta de la deuda.

3. Como es sabido, el crédito o derecho del acreedor a la prestación

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

debida genera obligaciones en el deudor que pueden consistir en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer (art. 495). Este principio es de aplicación en el derecho hipotecario: El crédito de un acreedor que cuenta con una garantía hipotecaria puede tener como contraprestación obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Según el art. 3108, "la hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero...". ¿Significa que el derecho accesorio de hipoteca únicamente puede amparar obligaciones de dar suma de dinero? Sabemos que no es así, pues al respecto dispone la 2º parte del artículo 3109: "Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca", y el art. 3153: "La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples"; pero la sola referencia a una cantidad cierta en dinero no supe la falta de determinar la obligación principal, como se expresa en la VII Jornada de Derecho Civil celebrada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: "El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito no se limita al deber de expresarlo en una suma cierta y determinada, o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, sino que requiere la constancia de la causa (origen) y (fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto de la obligación garantizada).

**b) Hipotecas constituidas para garantizar obligaciones eventuales**

Se trata de uno de los supuestos del art. 3109 en los que debe declararse el valor estimativo de la obligación en una suma de dinero en el acto de constitución de hipoteca, es decir, el de las obligaciones eventuales. Este supuesto es el que ha dividido a las corrientes doctrinarias y ha dado cabida a las denominadas "hipotecas abiertas".

Nuestra opinión se inclina por la interpretación de que las obligaciones eventuales son aquellas obligaciones futuras de existencia no necesaria. No obstante, para que estas obligaciones puedan hallar su amparo en la hipoteca, es imprescindible que consten en el acto constitutivo el contrato, la causa o fuente de la obligación que dará origen a la hipoteca: "...si bien por obligación eventual debe entenderse cualquier obligación futura, al tiempo de la constitución de la hipoteca debe existir la causa fuente de la cual pueda emanar obligación", y esa causa fuente debe estar precisamente descripta en el acto constitutivo del derecho real conforme lo exige el artículo 3131, inc. 2º del Código Civil. Por último, y sobre ello no existe duda alguna, la obligación así entendida debe estar estimada en una suma determinada de dinero" (Julio C. Rivera, "Contratos bancarios con garantía real", L.L., 3/4/80).

¿Cómo se interpreta lo dispuesto en los arts. 3108 y 3109?

En mi opinión, la cuestión presenta dos aspectos que se interrelacionan y

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

complementan entre sí:

a) Uno referido a la naturaleza de las obligaciones amparadas en el primer momento en la obligación del deudor.

Las obligaciones - como quedó expuesto en el punto 1º - ofrecen dos momentos en la situación del deudor. El deber de cumplimiento que nace de la obligación y el de la responsabilidad que sobreviene después de incumplida la deuda pueden consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

La responsabilidad se traduce siempre en el pago de una suma de dinero. Por consiguiente, las obligaciones amparadas en el primer momento pueden ser la obligación de dar, de hacer o de no hacer, y estas obligaciones pueden ser actuales o futuras. Cuando la obligación no consista en la entrega de una suma de dinero, "basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca".

A este aspecto consideramos que se refiere la 2ª parte del art. 3109 del Código Civil.

b) El otro aspecto se vincula con el carácter accesorio que reviste este derecho y que se refiere al segundo momento que ofrece la obligación del deudor: el de la responsabilidad sobreviniente en caso de incumplimiento y que se trasluce siempre en el pago de una suma de dinero (inc. 3º, art. 505).

En este sentido, entendemos que debe interpretarse la expresión "en seguridad de un crédito en dinero".

Al decir de Manuel Adrogué, "vemos que no hay ninguna contradicción en el Código Civil, sino una total coherencia. En forma mediata se garantiza cualquier obligación; pero en forma inmediata, sólo sumas determinadas".

## **CONCLUSIÓN**

A través del tema que hemos abordado, referido a los problemas que plantean la accesoriedad y especialidad de la hipoteca, hemos arribado a las siguientes conclusiones que consignaremos a continuación.

Antes considero de singular interés destacar que los problemas de la accesoriedad y especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito convergen en la determinación de la obligación principal garantizada por la hipoteca.

1. Necesidad de determinar con precisión la obligación principal amparada por la hipoteca en razón de la accesoriedad del instituto. Si la obligación principal de la cual depende la existencia de la hipoteca consiste en un crédito en dinero a garantizar.

2. Necesidad de individualizar los elementos que integran el requisito de especialidad en la hipoteca. La especialidad, en cuanto al crédito garantizado, nos merece las siguientes aclaraciones, a manera de síntesis:

a) Interpretamos que la expresión "crédito" debe ser tomada en su acepción mas amplia, como obligación que da origen a una contraprestación del deudor y que ésta pueda consistir en una obligación



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

de dar, de hacer y de no hacer. Ese crédito, a su vez, puede ser actual o futuro.

b) Crédito y deuda, como elementos integrantes de la obligación, deben estar determinados en el acto constitutivo. El primero, a través de los elementos esenciales que permitan individualizarlo: sujeto, objeto y causa (fuente) - La sola expresión de la cantidad cierta de la deuda no sufre la falta de determinación de la obligación principal.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Adrogué, Manuel, "Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad de la hipoteca", L - L -, 1979, pág. 899.

Alterini, Jorge H., "Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias", Revista del Notariado, N° 726, 1972.

- "Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca", E.D., 7/8/79 y 8/8/79.

Busso, Eduardo B., Código Civil Anotado.

Cammarota, Antonio, Tratado de Derecho Hipotecario.

Causse, Jorge R., "Hipoteca", Revista Notarial, No 844, 1979, pág. 671.

Lafaille, Héctor, Tratado de Derechos Reales, Obligaciones, t. II. Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II. Machado, J. O., Exposición y comentario del Código Civil argentino. Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales.

Orelle, José M., "El principio de especialidad en las hipotecas en garantía de obligaciones reajustables", Rev. Notarial, N° 748, 1976, pág. 937.

Prayonen Dassen, Laquis, Tratado de Derecho Hipotecario.

Rezzónico, Luis María, Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil.

Rivera, Julio C., "Contratos bancarios con garantía real", L.L., 3/4/80.

- "La especialidad y la publicidad de la hipoteca frente a la revalorización de las obligaciones en dinero", L.L., 1977, pág. 929.

Salas - Trigo Represas, Código Civil comentado.

Salvat, Raymundo, Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales.

### **AMPLITUD DE LOS JUECES PARA EXPEDIRSE RESPECTO A LA ESPECIALIDAD**

MIRTA CRISTINA MILONE

A partir de los principios que se han analizado en el presente trabajo, acerca de los elementos que debe contener la escritura hipotecaria para cumplir con el principio de especialidad, cuya regulación jurídica se halla preceptuada en los artículos 3109, 3131, incs. 2º, 3º y 4º; 3132, 3133 y 3148 del Código Civil, se nos plantea el problema acerca de qué sucede en el caso en que esas enunciaciones no estén determinadas en el acto constitutivo hipotecario, o que estando enunciadas, sean defectuosas. A ésta se refiere el artículo 3133: "La constitución de la hipoteca no se anulará

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

por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca".

Trataremos en este trabajo, con la modestia que el mismo impone, de interpretar el grado de amplitud otorgada por el art. 3133 a los jueces, para expedirse sobre si se cumple o no con el principio de especialidad en la escritura hipotecaria. A modo de ensayo, adelantamos la premisa, sobre la que se desarrollará el trabajo, y es que, a nuestro criterio, la expresión "siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte" tiene un alcance limitado, y esta amplitud dada por el codificador en la norma debe encontrar su freno en el ensamble del art. 3133, dentro de los principios generales del derecho y de los principios del derecho hipotecario, en particular.

Partiendo de los principios generales, interpretar es estudiar el valor de la ley para comprender sus límites, alcance y vigencia. Este tema ha sido abundantemente tratado por la doctrina y jurisprudencia cuyas conclusiones podemos sintetizar de la manera siguiente:

1. El artículo 16 del Código Civil establece: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cosa fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

a) Interpretación gramatical: Es la primera de las interpretaciones a la que ha de recurrirse. Implica ajustarse a lo expresado literalmente, teniendo en cuenta su sentido a través del ordenamiento general del texto.

b) Interpretar por el espíritu de la ley es tener en cuenta, en primer lugar, el bien protegido por la norma, motivos que dieron lugar a su nacimiento y el momento histórico en que se dictó.

c) En el caso de vacío o laguna de la ley, pueden aplicarse los principios de leyes análogas con las que el caso en particular tenga afinidad y coherencia.

d) Por último, deberá atenderse a los principios generales del derecho.

En este sentido, el significado de la tarea de interpretación de la norma, por parte de los jueces, derivado de los principios generales del derecho, nos lleva a estar de acuerdo con quienes postulan una amplia libertad de los jueces con respecto a la interpretación de la ley, pero entendiéndola siempre dentro del contexto normativo, porque, a nuestro entender, el juzgador no debe emanciparse de la norma, porque esto conllevaría otorgarle funciones legislativas y/o administrativas, que están fuera de nuestro derecho, pues hacer una elaboración de más alcance implica una derogación del principio constitucional de división y equilibrio de los tres poderes.

"Las leyes deben interpretarse de la manera que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Constitución Nacional; L.L. N° 116 - 13, Salas, Código Civil comentado, pág. 16).

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

Por lo expuesto, entendemos que el juez, si bien posee una amplia libertad de interpretación de la norma, esa libertad encuentra un límite en la armonía de los principios generales de nuestro régimen jurídico hipotecario.

Como se observará a lo largo del tema desarrollado, partiendo de los principios generales sobre interpretación de las leyes para llegar a lo determinado en nuestro tema, entendiéndolo a este alcance de interpretación y comprendiéndolo inmerso en los principios del derecho hipotecario, queremos decir que esta facultad del legislador debe tener su finalidad en interpretar el instrumento constitutivo, pero, por vía de esta norma, no puede el juzgador llegar a interpretaciones de hecho que resulten extrañas al acto constitutivo hipotecario, porque estaría atentando contra el principio de especialidad, pues conlleva la carencia de la determinación de los elementos configurativos de la hipoteca.

Lafaille pone especial relieve en que el esclarecimiento deberá surgir del propio acto constitutivo (Lafaille, Derecho Civil, t. III, págs. 84/5). Así opina también Raimundo Fernández: "Sólo podrán tomarse como elementos de juicio las enunciaciones de la escritura" (Código Comentado, pág. 238, N° 343).

Hemos planteado, en el inicio de este ensayo, acerca del problema mencionado, con respecto a qué elementos y en qué magnitud deben estar determinados en la convención hipotecaria, para dar cumplimiento con el principio de especialidad, y es aquí, en el caso en que esas enunciaciones no estén determinadas en el instrumento hipotecario, o si estando enunciadas lo estén de manera defectuosa, en su relación con el artículo 3133, donde pensamos que surge el meridiano por donde pasa el tema para el entendimiento y alcance del mismo. Al respecto encontramos respuesta al problema planteado siguiendo a Lafaille, que dice: "Es decir, que se cumplan en la escritura(1)(252)pública las disposiciones anteriores sobre la determinación del llamado sujeto (de la hipoteca, o sea del crédito) y del llamado objeto de la hipoteca - o sea la cosa - . Y así, el artículo 3131 determina: El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: 1°) El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor; los de las personas jurídicas, por su denominación legal y el lugar de su establecimiento; 2°) la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra; 3°) la situación de la finca y sus linderos; y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentra; 4°) la cantidad cierta de la deuda. Ha sido tolerado por nuestra jurisprudencia que no se especifiquen linderos - lo que es explicable -, cuando se trata de una ciudad que tiene sus edificios numerados y determinados por calles, de modo que se individualiza bien la casa o inmueble de que ese trata. Eso podrá dar lugar, simplemente a observaciones administrativas del Registro, pero no produce la nulidad de la escritura hipotecaria porque la cosa está especificada o es susceptible de serlo fácilmente. Fallo "Estancia Victorica", Suprema Corte Nacional, 17 de julio de 1884, t. 27, pág. 69.

Como se observará surge a nuestro juicio, la necesidad de entender la normativa y el alcance del art. 3133 en su inserción con los principios

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

generales del régimen hipotecario, que lleva implícito el principio de especialidad, lo que significa la determinación de los elementos de la hipoteca; pero se nos presenta aquí lo que entendemos como el problema y el punto crítico del tema: ¿Cuándo se cumple con el principio de especialidad? y ¿Cuándo alguna omisión en el contrato constitutivo puede ser suplida por ese "conocimiento positivo" de parte del juzgador, sin que se derogue con ello el principio de especialidad?

Con respecto al primer interrogante planteado, seguimos el despacho aprobado por la comisión respectiva de las VII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en el año 1979, que expresa que: "El carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarlo en una suma cierta y determinada, o, en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca, sino que requiere la constancia de la causa (origen y fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto de la obligación garantizada).

En tal aspecto se ha tratado de precisar el sentido, la medida y el alcance de esa especialidad, y, en relación con ello, la magnitud de la amplitud de los jueces para expedirse respecto de la especialidad.

Con respecto al segundo interrogante planteado, seguimos a Alterini(2)(253), que dice: "Estoy persuadido de que «las designaciones prevenidas» que, según el artículo 3133, pueden faltar, son no sólo las incluidas en el artículo 3132, sino también las que trata el artículo 3131, que es la norma donde detalladamente se enuncian las designaciones que el «acto constitutivo debe contener»"(\*) (254).

Salvat(3)(255), con quien coincidimos, y en cuyas expresiones encontramos lo que, a nuestro parecer, es la respuesta al problema planteado, dice: "Es necesario, para que el artículo 3133 sea aplicable, que por el conjunto del contenido del acto pueda llegarse a la individualización absoluta del inmueble, porque si esta condición llegase a faltar, estaría violado el principio de la especialidad en cuanto al mismo y la constitución de la hipoteca sería nula, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3148"(\*\*) (256).

"Las omisiones relativas a las otras enunciaciones exigidas en el artículo 3131 no encuadran, por el contrario, en la disposición que acabamos de estudiar, sino que dan lugar a la nulidad del acto de constitución de la hipoteca: en el caso de omisión de los requisitos, a la designación del deudor y del acreedor, porque son requisitos esenciales para la validez de toda escritura pública (art. 1004, 1ª. parte). En el de omisión de los relativos al contrato que sirve de base a la garantía hipotecaria o de la cantidad cierta de la deuda, porque estaría violando el principio de especialidad en cuanto al crédito hipotecario (art. 3148)".

En tal sentido, se va delineando a modo de conclusión sobre el tema tratado que el esclarecimiento debe provenir del acto constitutivo(4)(257).

Creemos que en la actualidad se hace acuciante interpretar que lo relevante es que del conjunto del acto constitutivo surja, para que cumpla con la especialidad: a) Cuál es el inmueble; b) cuál es el crédito y a cuánto

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

asciende; c) con respecto a las obligaciones garantizadas, se cumple con la especialidad cuando la causa está mencionada de tal manera que de ella se puede seguir la entidad de las obligaciones garantizadas que genera. Y que el campo de acción de los tribunales, como ha quedado dicho, está limitado a interpretar en forma integral el instrumento constitutivo, para que de esa interpretación se estime y decida si la falta en la escritura hipotecaria de las enunciaciones mencionadas, o en el caso en que ellas sean defectuosas, vulnera o no el principio de especialidad; pero esto no mediante interpretaciones de hecho ajenas al acto, sino que es necesario, para que el art. 3133 sea aplicable, que se pueda seguir la interpretación por el conjunto del contenido del acto.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Mariani de Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, t. 1.  
Gatti, Edmundo, Teoría General de los Derechos Reales.  
Llambías, J. J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.  
Camarota, Antonio, Tratado de Derecho Hipotecario, 2ª. edición, págs. 190/192.  
Machado, José Olegario, Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. 8º, págs. 67/69.  
Peña Guzmán, Luis Alberto, Derecho Civil. Derechos Reales, t. III, Bs. Aires, 1975.

### **ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y EVENTUALES COMO CATEGORÍAS SUSCEPTIBLES DE SER GARANTIZADAS CON HIPOTECA**

LILIANA N. RAPICAVOLI y MARIO A. YORDAN (h.)

#### **SUMARIO**

I. Introducción. II. Cuestión obligacional. 1. Concepto de obligación. 2. Elementos esenciales de la obligación. Causa. 3. Obligaciones condicionales y eventuales. III. Cuestión hipotecaria. 1. Constitución de hipoteca en garantía de obligaciones condicionales y eventuales. 2. La causa como elemento esencial de la obligación. 3. Normativa del art. 3131, inc. 2º. Su doctrina. IV. Conclusiones.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El objeto de este trabajo es, partiendo de la noción primaria y técnica de obligación, llegar a desentrañar conceptos, alcances y peculiaridades de las obligaciones que ocuparán nuestro estudio, tendiente a armonizarlos con la preceptiva prevista por el Código Civil en materia hipotecaria, especialmente en punto a la determinación del significado y extensión de los términos contenidos en los arts. 3109, 3131, inc. 2º, 3153 y 3159 del citado Código, tema arduamente debatido en la actualidad por la doctrina

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

científica y la jurisprudencia interpretativa.

Advertimos que la meta que nos fijamos para el presente no es otra que la pretensión de efectuar una contribución más a la clarificación de tan trascendente cuestión, sin olvidar la existencia del objetivo final, que excede a ésta y aguarda la llegada de más autorizadas elaboraciones doctrinarias.

## **II. CUESTIÓN OBLIGACIONAL**

### **1. Concepto de obligación**

La obligación "es la relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor"(1)(258).

Es de hacer notar que la deuda, como deber jurídico del deudor emergente de la obligación, "tiene contenido patrimonial, pues recae sobre bienes susceptibles de valor (arts. 2311 y 2312, Cód. Civil) y sujeta el patrimonio del deudor a la satisfacción del crédito del acreedor"(2)(259).

### **2. Elementos esenciales de la obligación. Causa**

La doctrina señala como elementos esenciales de la obligación a aquellos cuya presencia es requerida como condición inexcusable para considerar una relación jurídica como obligación; la ausencia de alguno de ellos determina la inexistencia(3)(260)de dicha relación como tal.

Ellos son: sujeto (activo y pasivo), objeto y causa eficiente o fuente de la obligación(4)(261).

No nos detendremos, pues no es oportuno, a tratar todos y cada uno de estos elementos en particular. Sí, en cambio, lo haremos respecto del elemento causa, por considerarlo necesario a los efectos del presente.

Son los arts. 499 a 502 los que se dedican al tratamiento de la causa de las obligaciones en el Código Civil.

No es pacífica la doctrina en punto al alcance que se da al elemento causa en dichos artículos. En tanto algunos consideran que se refieren a la causa final de las obligaciones, entendida como el propósito que se ha tenido en mira al constituir las(5)(262), otros consideran que el primero de los artículos mencionados se refiere a la causa fuente y los siguientes a la causa fin o final(6)(263).

No obstante, existe un tercer criterio, al que adherimos, que afirma que el codificador, en los arts. 499 a 502 ha querido referirse a un solo y único concepto, cual es el de la causa eficiente o causa fuente(7)(264).

Se sostienen, al respecto, con el fin de avalar dicha convicción, los siguientes argumentos:

a) El codificador, en la sección dedicada a las obligaciones en general, legisla sobre la causa, por lo que es lógico pensar que se refiere a la causa eficiente de cualquier obligación y no a la causa final, que puede corresponder sólo a una clase de obligaciones, a saber, las que derivan de actos jurídicos.

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

b) Si, en la nota al art. 499, Vélez pone de resalto que "El Código francés y los demás Códigos que lo han tomado por modelo han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones", es lógico pensar entonces que la causa referida en dichos artículos refleja un mismo y único concepto.

c) El art. 792 y su nota revelan que esa comprensión uniforme de la causa era la del codificador, manifestando que "este artículo (792) y los siguientes son consecuencia necesaria de los artículos desde el 499 hasta el 504" (debió decir hasta el 502).

d) A la misma conclusión se arriba conjugando el art. 502 (que requiere que la obligación se funde en una causa lícita) y el art. 3129 y su nota, la que dice: "Hablamos de causa lícita de la obligación porque hay algunos actos y contratos que al mismo tiempo que están autorizados o que por lo menos no están prohibidos por la ley de un Estado, son ilícitos en otros...". Es obvio que aquí también el concepto de causa lícita mencionado en ambas normas responde al mismo y único concepto: es el acto o contrato que la origina, no disconforme con la norma jurídica.

En orden a las ideas expuestas, podemos afirmar que el art. 499 sienta el principio de necesidad de causa diciendo que "No hay obligación sin causa...", lo que implica que no es concebible una obligación que carezca de causa eficiente. Los arts. 500 y 501 establecen, por su parte, y como consecuencia del principio recientemente reseñado, los de presunción y falsedad de causa. En último término, y en punto a la validez de la obligación (nótese que los arts. 499 y 501 se refieren a la existencia de la obligación), el art. 502 requiere además que la causa sea legítima, diciendo que "la obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto".

Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas, se hace necesario proceder a la clasificación de las causas o fuentes de las obligaciones.

La doctrina tradicional, que recoge Vélez(8)(265), dice que hay cinco fuentes de las obligaciones: 1º los contratos o convenciones, 2º los cuasicontratos; 3º los delitos; 4º los cuasidelitos; 5º la ley.

Sin embargo, una doctrina más moderna, con mayor rigor científico, estima que debe ser tripartita la clasificación que se adopte, considerando que "los hechos que tienen esa energía jurígena, creadora de obligaciones, se advierte que son los actos de voluntad particular, los hechos ilícitos y la norma jurídica"(9)(266).

### **3. Obligaciones condicionales y eventuales**

Es muy vasta la clasificación que puede efectuarse de las obligaciones, ya se haga en función de la naturaleza del vínculo, del objeto, del sujeto, de la causa, de las modalidades, etc.

Mas, en virtud de la proyección que pretendemos darle al presente, circunscribiremos nuestra atención al texto del art. 3109 del Código Civil, para dispensar un especial tratamiento, dentro de las obligaciones en él previstas, a las condicionales y eventuales.

## **REVISTA DEL NOTARIADO**

### **Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

#### **A. OBLIGACIONES CONDICIONALES**

Dentro de la clasificación que atiende a las modalidades que pueden afectar a las obligaciones encontramos las obligaciones condicionales.

De conformidad con lo previsto en el art. 528 del Código Civil, podemos decir que "la condición es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto y futuro"(10)(267).

El hecho es incierto cuando es contingente, "que puede o no llegar" (art. 528). "La exigencia de que se trate de un evento futuro asegura la incertidumbre objetiva de la condición"(11)(268).

La condición puede, a su vez, ser de carácter suspensivo o resolutorio, ya se supedita al acontecimiento de ese hecho futuro e incierto, al nacimiento de una obligación (art. 545, Cód. Civil) o a la extinción (art. 553, Cód. Civil), respectivamente(12)(269).

En punto a los efectos que se derivan del cumplimiento de la condición, adelantemos que el art. 543 prescribe que "los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo", determinando la existencia de un derecho desde la fecha de celebración del acto (caso de la condición suspensiva), o su extinción como si nunca hubiera existido (condición resolutoria).

Advirtiendo la similitud que presenta el plazo con la condición - considerados como modalidades que pueden afectar a una obligación, en lo que respecta a que ambos están sujetos al acaecimiento de un hecho futuro se hace menester resaltar que, a diferencia de lo dicho en cuanto a la condición, en el plazo ese hecho es cierto o fatal, puesto que necesariamente ocurrirá, a pesar de que en determinados supuestos no se sabe cuándo (plazo incierto). En consecuencia, concebir una obligación como condicional implica hacer incierta su existencia misma, en tanto que, sujetándola a un plazo, sólo se difiere su exigibilidad, pero la existencia del derecho sujeto a plazo no se controvierte; es efectiva y segura.

Al decir de Guastavino: "En los derechos aplazados no existe incertidumbre acerca de la exigibilidad, que se prevé como necesaria en el futuro. Por el contrario, en los derechos condicionales la exigibilidad aparece como contingente, siendo incierta la eficacia respecto de la exigibilidad de la prestación principal"(13)(270).

#### **B. OBLIGACIONES EVENTUALES**

Introducirse en el análisis de la categoría de obligaciones eventuales implica estar persuadido de que se aborda un tema sutil, indócil, difícil de sistematizar. Su presencia y caracteres subyacen en distintas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Vélez, advertido de su existencia como categoría jurídica, la contempla, pero ni sistematiza ni regula sus peculiaridades y efectos, como lo hace con las obligaciones condicionales. Son eventuales, se ha afirmado, los derechos existentes cuyo ejercicio



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

depende de un presupuesto de hecho contingente, que puede o no ocurrir(14)(271). Se ha dicho también que estas obligaciones no tienen existencia real actual, ni siquiera como condicionales, sin que ello obste a que puedan llegar a existir plenamente(15)(272).

En punto a la ubicación de esta categoría de derechos y su correlativa obligación, en el proceso formativo de los derechos subjetivos, Guastavino, quien es quizá el que con mayor empeño y rigor científico se ha ocupado del tema en nuestra doctrina, los coloca dentro de la fase de las expectativas jurídicas, luego de las de derechos perfectos y pendientes. Ello, en virtud de que carecen de algún elemento necesario para la existencia o validez y de la exigibilidad de la prestación que importa su objeto principal(16)(273). En la última fase se encuentran, a juicio del citado autor, las expectativas fácticas, que conforman sólo la posibilidad abstracta de adquirir algún derecho subjetivo, que es el grado más primitivo del proceso evolutivo estudiado.

Se requiere, de esta clase de obligación, que posea actualmente una relación vinculatoria pasiva, aunque sea provisoria. Se ha dicho al respecto, que los derechos eventuales tienen eficacia "interna o intrauterina" por tratarse de derechos en gestación. Por ello, concluimos que corresponde desechar el concepto de eventualidad cuando ese vínculo pasivo interino no exista.

En este orden de ideas se atribuye una titularidad "preventiva" a los eventuales sujetos definitivos de la relación jurídica y una titularidad "interina" a los sujetos encargados de la conservación de los derechos o bienes concernientes a la situación de pendencia. Ocurrido el evento causa de la pendencia, o corroborada con seguridad la imposibilidad de su producción, la titularidad pasa a ser definitiva, cesando el estado de eventualidad y adquiriendo el derecho plena eficacia y existencia, o desapareciendo completamente(17)(274).

*C. COMPARACIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y EVENTUALES*

Ha sido prácticamente unánime la doctrina, tanto foránea como vernácula, al abordar la tarea de la caracterización de las obligaciones en cuestión, en considerar que proceder a la comparación de dichas obligaciones, como método de análisis, reporta las mayores beneficios tendientes a la debida distinción de uno y otro concepto.

Ello no implica desconocer que hubo quienes pretendieron asimilar ambas categorías, o, por lo menos, no establecieron una clara diferenciación, en opiniones vertidas genéricamente(18)(275). Este mismo criterio parecería ponerse de manifiesto en los arts. 1327, 1791, inc. 3º y 3961 del Código Civil, etc.; casos en los que se adoptó un criterio simplista, unificador, tendiente a incluir dentro de la categoría de derechos eventuales todos los derechos futuros e inciertos, sin reparar en las distintas consecuencias que se derivan, según que la incertidumbre recaiga sobre la existencia o eficacia del derecho, o sobre la determinación de los sujetos o el objeto. Llambías acoge esta última postura, considerando los derechos

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

condicionales como una especie del género derechos eventuales. Estos últimos comprenden, a su juicio, todos los supuestos de derechos sujetos al acontecimiento de un hecho futuro e incierto. Un derecho eventual no condicional es el que existe desde ya potencialmente, "pero que para pasar de la potencia al acto requiere un presupuesto de hecho aún no realizado: cuando se realice, el derecho pasará a ser actual(19)(276). En los condicionales, afirma que la adquisición o aniquilamiento se produce en forma retroactiva, en tanto que en los eventuales no condicionales, en forma irretroactiva.

Hubo quienes, en tanto reconocieron la diversidad de regímenes y conceptos existentes en ambas categorías(20)(277), sin perder de vista por ello algunas similitudes que se pueden presentar, a saber, la subordinación en su eficacia principal a acontecimientos futuros, aunque mayor es en los eventuales, en los que también dicha subordinación alcanza a su existencia; asimismo, algunas características del régimen funcional de las obligaciones condicionales son aplicables, directamente o por analogía, a las eventuales (p. ej., art. 3159 del Cód. Civil).

Esta tesis diferenciadora tampoco está ausente en la normativa del Código Civil; en particular pueden mencionarse los arts. 872, 1446, 3109, 3153, 3159 y otros.

Salvat, comentando la distinción que al respecto establece el art. 872, dice que en este caso los derechos eventuales están considerados como aquellos que existen pero que puede o no llegar la oportunidad de ejercer(21)(278), citando como ejemplo la renuncia que podría efectuarse al derecho de reclamar la garantía de evicción (art. 2098, Cód. Civil). Respecto de los condicionales, manifiesta que ellos "están incorporados a nuestro patrimonio".

En otra parte de su obra, refiriéndose a los créditos eventuales, dice que son los que "actualmente no tienen existencia real, ni siquiera como condicionales, pero que pueden llegar a existir"(22)(279).

Busso, quien también se enrola dentro de la teoría diferencial de los derechos en cuestión, dice que en los condicionales el hecho futuro e incierto es un hecho extrínseco al contrato, ligado a él de un modo artificial, en tanto que en los eventuales el acontecimiento futuro e incierto es un elemento esencial del acto(23)(280).

Cammarota también acoge esta tesis, dando estos dos tipos de obligaciones como hipótesis legales distintas, previstas por el art. 3109 del Código Civil(24)(281).

Tratando de establecer la diferencia entre el derecho eventual y el sujeto a condición suspensiva - que son quizá los que más se aproximan en su conceptualización -, Busso, anotando el art. 546, dice que el derecho eventual "es un derecho que, si bien se halla provisto de su núcleo fundamental, carece sin embargo de uno o más de sus restantes elementos constitutivos a realizarse en lo futuro. El derecho suspensivamente condicionado, en cambio, resulta ser perfecto y plenamente válido en el aspecto ontológico, aun antes del cumplimiento de la condición"(25)(282).

La tesis que venimos desarrollando estableció la existencia de las

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

siguientes diferencias entre las obligaciones condicionales y las eventuales:

a) La condición resulta ser un elemento accidental, impuesto al acto por voluntad de las partes, es excepcional; en tanto que la eventualidad es un elemento necesario, impuesto por una norma legal o una necesidad material.

b) Los derechos condicionales siempre derivan de un acto jurídico, a los que se incorpora la modalidad de la condición; los eventuales pueden provenir no sólo de actos, sino también de hechos jurídicos, voluntarios o involuntarios, e inclusive naturales (arg. arts. 70 y 74 del Cód. Civil).

c) El derecho condicional es un derecho completo, en tanto que el derecho eventual tiene existencia actual en gestación, estando, no obstante, sujeto a perfeccionamientos; por ello puede decirse que la condición afecta sólo la eficacia principal del derecho, mientras que en los eventuales el elemento faltante afecta a la propia constitución, es decir, que hasta que no se realice dicho elemento, debe considerárselos incompletos en cuanto generadores de efectos jurídicos.

d) Asimismo, cuadra advertir que la conclusión del estado de eventualidad no significa necesariamente la atribución de la ventaja patrimonial contemplada, a diferencia de los efectos que implica el cumplimiento de la condición.

e) También se pone de manifiesto la diferencia conceptual existente y de régimen, al comprobar que el hecho futuro condicionante siempre debe ser incierto, mientras que en el derecho eventual ese hecho futuro puede resultar cierto. Por ejemplo, es eventual, no condicional el derecho a ser llamado a suceder mortis causa a otra persona; la muerte y la apertura del sucesorio son, bien que futuros, ciertos. La eventualidad estaría dada, entonces, en la existencia o no de vocación hereditaria del supuesto heredero al momento del deceso.

f) Coinciden los autores<sup>(26)</sup>(283) en afirmar que el derecho eventual funciona, en cuanto a sus efectos propios, en forma irretroactiva, marcando así otra diferencia de régimen. Hemos adelantado que los efectos de la obligación sujeta a condición operan en forma retroactiva al día en que se contrajo (arg. art. 543 del Cód. Civil), sin, por ello, dejar de advertir el paulatino abandono que la doctrina va haciendo de este principio<sup>(27)</sup>(284). Tal retroactividad, se ha afirmado, obedece a la común intención, expresa o tácita, de las partes. Otros objetaron este criterio de presunción de la voluntad de las partes sosteniendo que es más lógico pensar que, a falta de expresión de esa voluntad, los interesados han querido que tales efectos se produzcan a partir del acontecimiento de la condición<sup>(28)</sup>(285).

Dentro del ámbito de los derechos eventuales se ha considerado que su maduración total no les confiere eficacia retroactiva, ya que la relación jurídica queda completamente formada luego de ocurrido el evento<sup>(29)</sup>(286), sin perjuicio de que el principio de la irretroactividad puede verse desvirtuado en algunos supuestos por voluntad expresa o tácita de las partes<sup>(30)</sup>(287), por la vigencia de principios más específicos o preferibles, como el concerniente a la retroactividad de las ratificaciones y confirmaciones<sup>(31)</sup>(288).

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

El art. 577 del Código Civil conforma otra excepción, esta vez, al régimen retroactivo de la condición.

### **III. CUESTIÓN HIPOTECARIA**

#### **1. Constitución de hipoteca en garantía de obligaciones condicionales y eventuales**

El art. 3109 del Código Civil autoriza expresamente la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones condicionales y eventuales. En estos casos es necesario consignar el valor estimativo del crédito que se pretende asegurar en el acto constitutivo de la hipoteca.

En sentido concordante, el art. 3153 reza: "La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples".

Por su parte, el art. 3159 autoriza a los acreedores hipotecarios, sean sus créditos condicionales sean eventuales, a promover la acción de deterioro o devastación, tendiente a obtener la conservación del inmueble objeto de la garantía.

De dichas normas surge con absoluta claridad la posibilidad jurídica de constituir hipoteca en garantía de las obligaciones que ocuparon nuestro estudio. En este sentido la doctrina se halla conteste(32)(289).

Mas esta posibilidad no debe superar los alcances y efectos que hemos atribuido a lo largo de nuestro trabajo a esas obligaciones (condicionales y eventuales). Y decimos que no debe superar los alcances y efectos atribuidos por cuanto se ha pretendido - por extensión de conceptos, aprovechando la falta de una regulación normativa precisa que fije límites, caracteres y efectos, y la elaboración sutil que presupone su definición (en el caso de las obligaciones eventuales) - constituir el gravamen hipotecario con independencia del crédito que se quiere garantizar, aun antes de la existencia de su causa fuente(33)(290)(art. 3131, inc. 2º del Cód. Civil), pasando así el derecho hipotecario, de ser un derecho accesorio, a ser un derecho sustantivo, lo cual es imposible en el ordenamiento jurídico argentino, atento a los claros preceptos legales (arts. 524, 3108, 3131, inc. 2º del Cód. Civil)(34)(291).

#### **2. La causa como elemento esencial de la obligación**

Hemos dicho ya (Capítulo II, N° 2) que la causa es un elemento esencial de la obligación, lo que implica que su existencia es necesaria a efectos de reputar a una situación jurídica como tal (arts. 499 a 502 en la significación indicada).

Volvemos sobre el tema por cuanto, no obstante parecer obvia dicha afirmación, ha habido autores que han desconocido, al parecer, dicha pauta legal, pretendiendo, no sólo concebir obligaciones que - prescinden de la existencia de su causa fuente, sino también garantizar hipotecariamente esa concepción. Es así como han dicho: "Sostendremos en este trabajo la validez de la construcción de hipotecas de seguridad de obligaciones

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

eventuales; entendemos por tales cualquier clase de obligaciones futuras; validez que sostenemos con prescindencia de la existencia de precontratos, contratos o cualquier tipo de relaciones obligacionales entre las partes que determine el seguro advenimiento de la obligación a la que la garantía accederá"(35)(292).

Otros han dicho al respecto que "pueden garantizarse con hipoteca las obligaciones emergentes de una convención aún no concluida"(36)(293).

Es posible constituir hipoteca en garantía de obligaciones, reiteramos, sujeta a condición, o cuya existencia y/o eficacia dependa de un evento (obligaciones eventuales), pues, aun en estos casos y sujetas a ciertas modalidades, puede decirse, sin lugar a dudas, que hay obligación.

Pero lo que pretenden los autores que sustentan los criterios precedentemente reseñados (notas 35 y 36) es constituir una hipoteca en ausencia de una obligación garantizable, y ello, a mérito de la inexistencia de su causa fuente.

### **3. Normativa del art. 3131, inc. 2º. Su doctrina**

La clara disposición del artículo de referencia establece que la causa fuente de la obligación garantizada debe constar en el acto constitutivo de la hipoteca.

Ha sido Rivera quien con mayor precisión y rigor científico y doctrinario ha rebatido esa cuestionable doctrina reseñada en el punto anterior, sobre la base de la preceptiva del art. 3131, inc. 2º del Código Civil, fulminando con este criterio, al que adherimos, todas las hipotecas constituidas antes del contrato fuente(37)(294).

Manifiesta con acierto el mencionado autor que "se confunde obligación eventual con la causa fuente de la obligación. Nosotros admitimos que la obligación sea futura, que no haya nacido aún, pero nos resulta evidente que lo que debe inexorablemente existir a la época de la constitución de la hipoteca es el contrato u otra causa fuente de obligaciones de la cual aquélla pueda nacer"(38)(295).

Sostener lo contrario violenta el principio de especialidad(39)(296), el de accesoria y el estatutario del derecho real de hipoteca en el derecho argentino: el del rango de avance(40)(297). Los argumentos dados en contra, al respecto, sobre la base de la doctrina foránea, son inaplicables a nuestro ordenamiento jurídico hipotecario.

Contribuir a la clarificación de esa confusión, a la que Rivera hace referencia, entre obligación eventual y causa fuente de obligaciones, figura entre los objetivos de nuestro trabajo.

Los fundamentos esgrimidos en un reciente fallo(41)(298)acogen los principios expuestos y dan a la normativa legal la significación, alcances y efectos que, según expusimos, consideramos correctos.

En este sentido, Causse sostiene que la mecánica adoptada por las entidades financieras en lo que hace a la constitución de garantías hipotecarias vicia de nulidad a tales estipulaciones y afecta el gravamen por defecto de especialidad(42)(299).

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

**IV. CONCLUSIONES**

Del análisis de los puntos desarrollados a lo largo del presente trabajo, extraemos las siguientes conclusiones:

a) La causa es un elemento esencial de la obligación. Como tal, su presencia se presume, estimándose que no hay obligación sin causa que le dé origen.

b) Las categorías de obligaciones condicionales y eventuales no deben ser asimiladas; cada una importa conceptos distintos y un régimen jurídico diferencial.

c) Ambas son susceptibles de ser garantizadas con derecho real de hipoteca; ésta será válida en tanto se mantenga una conducta respetuosa de los límites que trasuntan cada una de esas categorías, especialmente la de obligaciones eventuales, y de las normas jurídicas previstas al efecto.

d) No es jurídicamente posible constituir gravamen hipotecario válido sin dar estricto cumplimiento a la preceptiva del art. 3131, inc. 2° del Código Civil. En este orden de ideas, la hipoteca que no cumpla con dicho recaudo será nula por defecto de especialidad. El contrato o cualquier otra causa fuente debe existir necesariamente a la fecha de constitución del gravamen. Sin perjuicio de lo dicho, no dejamos de reconocer que la realidad actual, financiera fundamentalmente, se resiente ante la carencia de un instituto integral que garantice acabadamente las operaciones crediticias, expectativa que otrora satisfacía la hipoteca.

Mas no creemos que la solución consista en tomarse de ella y forzar la interpretación de su articulado, tendiendo a revitalizar su utilidad, olvidando que el principio de celeridad, requerido en las transacciones mercantiles, no debe prevalecer en desmedro de otro pilar: el principio de seguridad.

Consideramos oportuno recordar las palabras del maestro Carnelutti: "La descomposición del derecho es un procedimiento necesario de nuestra ciencia; pero puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada por la conciencia de que, en esta forma, lo que nosotros observamos es más bien el cadáver del derecho que el derecho vivo, porque la vida, esto es, la realidad del derecho, no está en las partes singulares sino en el todo y, así, en su unidad. Para ver el derecho vivo es menester aún escalar lo más alto posible, donde el ojo pueda abarcar con mayor amplitud posible su inmensa realidad"(43)(300).

**CONTRATOS BANCARIOS Y GARANTÍA HIPOTECARIA**

INDIANA CASTELLI y ALFREDO NOVARO HUEYO (h.)

**SUMARIO**

Contrato de apertura de crédito. Naturaleza jurídica. Caracteres. Apertura de crédito en cuenta corriente. Hipoteca constituida en garantía de obligaciones nacidas de un contrato de apertura de crédito. Cuenta corriente. Cuenta corriente bancaria. Diferencias entre cuenta corriente

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

mercantil y bancaria.

El contrato bancario es el esquema jurídico de la operación bancaria; es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria(1)(301). La materia genuina en la operación bancaria es la intermediación en el crédito.

Las operaciones bancarias pueden ser típicas o accesorias. Dentro de las primeras incluimos todas las operaciones de intermediación en el crédito, ya sean activas - donde es el banco el que entrega - o pasivas, donde recibe; y dentro de las accesorias tenemos las operaciones que no son típicamente bancarias, pero que se las llama de ese modo porque las realiza un banco, como por ejemplo el servicio de cajas de seguridad, cambio de monedas, etc. El otorgamiento del crédito puede asumir diversas formas, pero en definitiva todas las operaciones bancarias típicas activas o pasivas se reducen a tres: mutuo, depósito irregular y apertura de crédito(2)(302). El depósito irregular es una operación pasiva; el mutuo no presenta problemas, por lo que nos dedicaremos al contrato de apertura de crédito.

#### **Contrato de apertura de crédito**

Muchas veces las personas saben que van a necesitar dinero, pero no cuánto ni cuándo. La obtención de un préstamo en dichas condiciones sería desventajoso para ellas, por lo que, en vez de concertar un préstamo, conciertan una apertura de crédito, contrato cuyo objeto no es el dinero, sino el crédito mismo. Garrigues lo define como aquel contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a tener a disposición de éste y a medida de sus requerimientos sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que permitan al cliente obtenerlo(3)(303), cita en su nota al Código Civil italiano, que en su artículo 1842 dice: "La apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un cierto período de tiempo o por tiempo indeterminado". La nota característica es la disponibilidad. En el mutuo, ella conduce a la restitución de las sumas entregadas; en la apertura de crédito se dispone del crédito mismo y, por tanto, la disponibilidad no conduce a la restitución sino a la entrega del dinero por el banco. El banco se obliga a dar crédito, se compromete a devenir acreedor del acreditado si éste así lo decidiera(4)(304). Una de las diferencias que tiene con el mutuo es que en éste hay un requerimiento actual de dinero, mientras que en la apertura de crédito es futuro y eventual, puede o no ocurrir, si bien el acreditado tiene la certeza de que contará con el dinero.

#### **Naturaleza jurídica**

Contrato autónomo, definitivo y consensual, cuyo objeto es la creación de una disponibilidad. Su ejecución consiste en poner a disposición del

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

acreditado una suma de dinero, independientemente de su utilización. Es un contrato que puede dar lugar a otros contratos. Estos contratos o negocios solutorios serán de existencia eventual, ya que su nacimiento dependerá de la voluntad del acreditado, y constituirán otros tantos negocios de crédito autónomos, independientes del contrato originario(5)(305). Se tiene así un contrato inicial y tantos y sucesivos contratos como sean los llamados actos de utilización y ejecución(6)(306). La doctrina y legislación modernas denominan a este contrato como un contrato de opción. El contrato de opción no es un contrato preliminar sino preparatorio, cuya eficacia no queda subordinada a una nueva declaración conjunta. El negocio que derivará de la opción sólo requiere la manifestación de voluntad del destinatario, por cuanto el consentimiento del promitente ha sido dado por anticipado y en forma irreversible(7)(307). La obligación que el banco asume de tener fondos a disposición del acreditado se concreta, de acuerdo con lo previsto en el contrato, en alguna de las prestaciones siguientes: a) entregando las cantidades que el cliente solicite en efectivo, dentro del límite pactado; b) pagando, en nombre y por cuenta del acreditado, deudas contraídas por éste; c) pagando los cheques que el acreditado gire; d) descontando letras de cambio que el acreditado le presente como tenedor; e) otorgando al cliente la prórroga de una deuda vencida, etc. Aunque estos negocios solutorios sean independientes respecto del contrato madre, nada impide que sean objeto de nuevas y específicas estipulaciones. La concesión de avales o fianzas son operaciones independientes de la apertura de crédito y no negocios solutorios. El hecho de que en la cuenta de crédito del cliente haya saldo a su favor que cubra el resultado de la operación no sería garantía suficiente para el banco, ya que de ese saldo podría disponer el cliente inmediatamente después de haber conseguido el aval y la aceptación del banco, con la consecuencia de que la operación quedaría en descubierto; por eso el banco para este tipo de operaciones adopta otras formas de garantías.

**Caracteres**

Además de ser un contrato autónomo, definitivo y consensual, es:

No formal: ante la ausencia de disposiciones específicas, puede acreditarse por cualquier medio de prueba mercantil (arts. 208 y 209 del Cód. de Comercio). Normalmente se celebra por medio de una solicitud impresa que firma el cliente y luego aprueba el banco. También puede aprobarse su existencia por actos repetidos de disponibilidad(8)(308).

Oneroso: la onerosidad no deriva del pago de intereses, ya que éstos no provienen de la apertura de crédito, sino de los negocios solutorios; tampoco deriva de la comisión, que puede pactarse o no; deriva de la presunción que establece el Código de Comercio de que los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos (Cód. de Comercio, art. 218, inc. 5°).

Unilateral: el acreditado no se obliga a nada, mientras no haya utilizado la



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

disponibilidad creada.

**Apertura de crédito en cuenta corriente**

Desde el punto de vista de la contabilidad, la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente, según que se conceda al acreditado el derecho de utilizar el crédito de una sola vez, aunque con entregas parciales, o se le conceda la facultad no sólo de utilizar el crédito en una o varias veces, sino de realizar reembolsos totales o parciales a fin de poder utilizar nuevamente el crédito una vez reintegrado y dentro del límite fijado en el contrato(9)(309). Quede claro que la adopción de la forma de la cuenta corriente en nada altera la naturaleza jurídica del contrato de apertura de cuenta corriente(10)(310). El aspecto que sale de lo común es la posibilidad de resurgimiento del crédito; a ello se le puede añadir la peculiar circunstancia de que este contrato se celebre sin plazo, es decir, que el deudor, a lo largo del tiempo, podrá hacer uso del crédito muchas veces, pero, pese a esa circunstancia de la posible regeneración del crédito, una vez extinguido, en virtud de la misma causa fuente, no existe agravio a los principios de la hipoteca que permita sostener su nulidad(11)(311).

**Hipoteca constituida en garantía de obligaciones nacidas de un contrato de apertura de crédito**

La mayoría de la doctrina nacional señaló como válida la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de un contrato de apertura de crédito: "La hipoteca consentida, para seguridad de un crédito abierto hasta la concurrencia de una suma determinada que se está en la obligación de suministrar, es válida y toma su rango desde la fecha de su inscripción, sin consideración de las épocas sucesivas del libramiento de los fondos, el que podrá ser probado por todos los medios legales(12)(312). Garrigues sostiene que no es dudosa la posibilidad de garantizar con hipoteca el saldo deudor de una apertura de crédito. Para cumplir con el requisito de la especialidad y accesoriedad, debe consignarse en el acto constitutivo de la hipoteca el contrato de apertura de crédito al cual accede y debe fijarse la suma máxima garantizada(13)(313). Pensamos que no es necesario enumerar en el acto constitutivo de la hipoteca los contratos solutorios que pueden surgir de la apertura de crédito.

**Cuenta corriente**

La denominación de "cuenta corriente" lleva en sí el germen de una enorme imprecisión, pues designa a veces un contrato específico que recibe también ese mismo nombre y a veces una mera forma de contabilidad.

**Cuenta corriente bancaria**

Habrá cuenta corriente bancaria toda vez que se convenga la ejecución

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

continuada de un contrato bancario apto para generar una disponibilidad; no es más que una modalidad de cumplimiento de ciertos contratos bancarios de crédito, consistente en prolongar su ejecución en el tiempo y registrarlos contablemente como una cuenta de gestión(14)(314). El fin buscado por las partes es facilitar la utilización de la disponibilidad. No podría existir cuenta corriente bancaria sin que medie previa o simultáneamente un depósito irregular o una apertura de crédito. Así, podemos decir que la cuenta corriente bancaria es un contrato accesorio. Si bien es cierto que parte de la doctrina extranjera afirma la autonomía de este contrato, más lo hace pensando en la importancia que el servicio de caja representa para el cliente(15)(315); pero resulta obvio que el servicio de caja en sí no puede representar para el banco el nacimiento de créditos garantizados con hipoteca. Así queda claro que, en tanto y en cuanto la cuenta corriente bancaria se aleje del servicio de caja y constituya la recolectora de todas las operaciones de crédito que el cliente tenga con el banco, no constituye un contrato autónomo(16)(316), por lo que concluimos que su saldo no puede ser garantizado con hipoteca, pues no es fuente de obligaciones que satisfaga el principio de especialidad y accesoriedad(17)(317). Admitir lo contrario sería aprobar las hipotecas abiertas, que no existen en nuestro derecho, pues las mismas atentan no solo contra el principio de la especialidad y accesoriedad, sino contra el principio de "rango de avance", por cuanto si se admite que cada vez que el deudor va cancelando las obligaciones garantizadas se incorporen otras nuevas a la hipoteca, las de rango inferior nunca avanzarán, pues la primera se renueva a sí misma constantemente mediante la alimentación que se le proporciona creando nuevos créditos que van a quedar cubiertos por hipoteca constituida anticipadamente(18)(318).

**Diferencias entre cuenta corriente mercantil y bancaria**

"La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo, por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo" (art. 771, Cód. de Comercio). La cuenta corriente bancaria es un acto accesorio; mientras que la mercantil es un contrato autónomo, en el que existe compensación diferida y concesión de crédito recíproco. "La compensación tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente" (art. 818, Cód. Civil). En la cuenta corriente bancaria no se puede hablar de compensación por cuanto no existe deudor y acreedor simultáneamente; no existen dos obligaciones que se extingan hasta donde alcance la menor, sino la variación cuantitativa de una única obligación. Por ejemplo, en un depósito irregular, el que debe en todo momento es el banco; el depositante será siempre acreedor hasta la restitución total. Cuando el cliente libra una

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

orden de pago, no se obliga frente al banco, sino que reduce su crédito; cuando el banco cumple, no nace un crédito a su favor, sino que disminuye el monto de su obligación de restituir. En todo momento hay una sola obligación y por tanto un solo acreedor y un solo deudor(19)(319). En la cuenta corriente mercantil, los créditos y las deudas originadas por cada una de las operaciones efectuadas por las partes quedan cancelados por su inclusión en la cuenta, perdiendo por completo su individualidad para transformarse en un mero elemento determinante del saldo que aquella arroje a su cierre(20)(320). Este efecto es el que el Código de Comercio califica como novación, en el art. 775 (la admisión en cuenta corriente, de valores precedentemente debidos por uno de los contratantes al otro, produce novación. La produce también, en todo crédito del uno contra el otro, por cualquier título y época que sea, si el crédito pasa a la cuenta corriente...). En la cuenta corriente bancaria, los créditos y deudas incluidos en ella conservan su individualidad y, por consiguiente, no se produce ninguna novación, subsistiendo la exigibilidad de dichos créditos, sus garantías, privilegios y plazos de prescripción. El crédito no queda desvinculado del contrato que lo origina. Al perder su individualidad los créditos y deudas ingresados en la cuenta sólo la compensación de las masas de debe y haber, que se verificará al cierre, fijará el saldo que establecerá la calidad de acreedor y deudor de cada una de las partes(21)(321).

En la cuenta corriente bancaria el carácter de acreedor y deudor de cada una de las partes queda determinado desde un principio.

La constitución de hipoteca en garantía del pago del saldo emergente de la cuenta corriente mercantil está expresamente prevista en el art. 786 del Cód. de Comercio. El saldo a que se refiere la ley es el definitivo, el que surge cuando el contrato concluye.

## **LOS PAGARES HIPOTECARIOS Y EL REAJUSTE**

GUIDO BERMAN KAHN y ANA MARÍA VISCAY

### **SUMARIO**

I. Consideraciones generales: a) la moneda constante; b) la inflación; e) los módulos de la indexación; la hipoteca y los pagarés hipotecarios. II. La ley 21309 y los pagarés hipotecarios reajustables: a) posibilidad de reajuste del valor originario de los pagarés; b) el principio de especialidad y su influencia respecto de la hipoteca y el pagaré hipotecario; c) formas de transmisión del pagaré hipotecario. III. Conclusiones.

I. Consideraciones generales: a) la moneda constante; b) la inflación; c) los módulos de indexación; la hipoteca y los pagarés hipotecarios.

Es universalmente aceptado por los economistas que el valor de la moneda es el que ésta tiene para poder con ella adquirir cualquier bien conforme a una medida preestablecida y convencionalmente aceptada por la

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

generalidad de quienes trafican.

Este criterio, que aparentemente puede ser rígido en un sistema económico en el que los bienes de cambio mantienen un valor constante en relación con la moneda elegida, se distorsiona en cuanto, para adquirir la misma cantidad de bienes, en un determinado lapso, es necesario disponer de mayor cantidad de dinero.

Va de suyo que para una moneda constante se requiere que correlativamente los bienes mantengan también en el tiempo un precio constante.

Pretender mantener los principios enunciados en la actualidad sería poco menos que volver a la época en que el hombre no había inventado la moneda, o que, ya conociéndola, la utilizaba exclusivamente como una medida de valor invariable para el intercambio de cualquier época.

La economía del mundo actual nos indica que la óptica mantenida durante muchos años respecto del valor constante de la moneda sufre los embates que se derivan de la primera y segunda guerra mundiales del siglo XX, además de los efectos de las crisis económicas, entre otras la del año 1929, por citar alguna.

Evidentemente, esto nos hace pensar que la moneda constante significa estabilidad y paz en las relaciones humanas y los pueblos. pero estamos ante una realidad innegable y reconocida en el mundo entero. La moneda de valor constante ya no existe, y el hombre, ingeniosamente, inventa otros métodos para reemplazar aquel valor y que le permitan subsistir dentro de un nuevo sistema económico fluctuante. ¿Cómo hacerlo? Inventa los índices correctores de valor moneda necesario para la adquisición de los bienes en relación con el tiempo de consumo de éstos y de su reemplazo. Es decir, que la indexación es el medio de defensa para contrarrestar la inflación; o, para decirlo de otro modo, la indexación pretende mantener el valor constante de la moneda en el transcurso del tiempo.

En alguna medida, las tasas de interés, aplicadas a los préstamos de dinero dentro del sistema económico del valor moneda constante, serían también el justo precio que el prestamista debería recibir como contraprestación<sup>(1)</sup>(322).

El grave problema inflacionario que se manifestó mundialmente y en nuestro país, agravado por el denominado "rodrigazo", y el desmesurado aumento de los precios y las tasas de interés, dio lugar a que se apelara a los más variados recursos, tendientes todos ellos a mantener la relación del valor constante de la moneda.

Los poderes gubernamentales se vieron en la necesidad de contemplar las serias consecuencias que trajo apareadas la inflación, y a nivel legislativo se dictaron leyes que normaron la forma de regulación indiscriminada que hasta ese momento se aplicaba en los distintos medios afectados: mercantiles, financieros, bursátiles, etc.

En principio, la casi olvidada teoría de la imprevisión, contemplada en nuestro sabio Código Civil, se revitalizó, y es numerosa la jurisprudencia que la aplicó razonablemente, ya que los damnificados se vieron obligados a recurrir a los órganos jurisdiccionales en salvaguarda de sus vulnerados

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

derechos, libremente pactados dentro de un sistema más o menos estable, pero que de pronto quedó trastocado por circunstancias que ninguna de las partes pudo prever.

La jurisprudencia está llena de fallos en los que aplican prudentemente la teoría de la imprevisión; y los jueces dictaron sentencias reajustando precio de venta, tasas convencionales y anulando inclusive contratos que las partes jamás hubiesen celebrado, de haber podido en alguna manera prever la catástrofe económica - financiera, que nos colocó a la cabeza de los países del mundo afectados por la inflación.

Los órganos jurisdiccionales no siempre pudieron satisfacer las demandas de las personas que a ellos se arrimaban requiriendo justicia. Era necesario modificar la legislación de fondo.

Para llenar este vacío, en buena hora se sanciona la ley 21309, del 7/6/76, que contempla el principio de especialidad de la hipoteca, pero divide la opinión respecto de la forma concreta de aplicación de las tasas (art. 6° de dicha ley) y la forma de indexación del capital prestado y su valor a moneda constante al momento de ser reintegrado al acreedor (art. 1°).

Sucesivamente, en el aspecto mercantil se sanciona la ley 21488, que actúa como un freno a las pretensiones del acreedor hipotecario en materia concursal(2)(323).

Hemos sostenido que la elección de módulos estabilizadores, libremente pactados, en cierta medida corrigen las variaciones que durante la vigencia del contrato hipotecario pueda sufrir la moneda en el transcurso del tiempo(3)(324); pero, como bien lo señala Alterini(4)(325)cuya opinión compartimos -, la elección de módulos estabilizadores en manera alguna puede restringirse, pues la imposición de índices legales, como podrían ser los elaborados por el INDEC, "cuya confiabilidad que en principio tienen esos índices, no siempre alcanza a los elaborados por entidades privadas sobre distintos aspectos del costo de vida"(5)(326).

La hipoteca es uno de los derechos reales creados y contemplados en sus diversos aspectos por el Código Civil.

De conformidad con el art. 2502 del Código, esta especie de derechos sólo puede tener origen en la ley. De allí la forma taxativa de la numeración que establece el art. 2503 y la imposibilidad de crear otros derechos, que, de existir, valdrán en última instancia como derechos personales, si como tales pudiesen valer, al decir del Código.

La hipoteca, de acuerdo con el art. 3108, "es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en Poder del deudor". Surge, así su carácter accesorio, derecho real dependiente de un derecho creditorio.

Y situándonos en el terreno que nos inquieta, encontramos la referencia a los pagarés en el art. 3202, que reza: "Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario - y con ellos el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de

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

hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos".

El legislador, en la nota al artículo precedentemente transcrito, nos remite al Código de Luisiana, artículos 3340 y siguientes, donde concretamente dos artículos solamente se refieren al tema en estudio, los artículos 3346 y 3348(6)(327). El Código de Comercio, en su art. 739, conforme a su redacción original, establecía al respecto: "Un vale, pagaré o billete a la orden, es una promesa escrita por la cual una persona se obliga a pagar por sí misma una suma determinada de dinero". Dicho artículo fue derogado por el decreto - ley 5965/63, incorporando el Título XI, Capítulo Primero, el que nos dice, en el art. 101, lo que un vale o pagaré debe contener; y el art. 102 dispone las salvedades que, en ausencia de los requisitos indicados en el artículo anterior, rescatarán la validez del pagaré en ciertos casos.

Este instituto, como se advertirá, no ha sido legislado especialmente ni por el derecho civil ni por el derecho comercial. Como título circulatorio que es, el pagaré hipotecario ha pretendido ser rescatado para sí por civilistas y comercialistas a través del tiempo.

Ahora bien, el pagaré hipotecario, pagaré con garantía hipotecaria o pagaré con derecho real de garantía, como se lo denomina, es una forma específica de pagaré; y como documento legislado en el art. 3202 del Código (Civil, tiene características propias que sólo pueden analizarse, vinculándolo a la hipoteca que los origina y a la cual acceden.

Este híbrido papel, apéndice de determinados contratos de hipoteca, en realidad representa un recibo de pago de cuotas convencionalmente pactadas entre el deudor y el acreedor hipotecario, y tiene poder cancelatorio (art. 3202 del Cód. Civil); pero, además, goza de la confianza para el tráfico comercial del respaldo de una garantía hipotecaria y circula transmitiéndose por vía de simple endoso, como si fuera un instrumento cartular de los contemplados en la legislación comercial.

El denominado "pagaré hipotecario", tácitamente así llamado y conocido por todos en nuestro medio, sólo tiene cabida en nuestro Código Civil; pero, por vía del endoso, se vuelca a la circulación como simple pagaré mercantil, aunque, para poder ser ejecutado, no le son aplicables las disposiciones de la ley en materia cartular.

Lógicamente, consideramos que el "Pagaré hipotecario" transmitido por endoso no goza de los beneficios de la garantía hipotecaria si puede ejecutarse aisladamente de ella. En realidad, para gozar de dicho beneficio, debería cederse mediante escritura pública, para que el cesionario de la hipoteca y los respectivos "pagarés hipotecarios" debidamente asentados en el Registro de la Propiedad puedan ser ejecutados.

Este documento tuvo un enorme auge antes de producirse la terrible inflación provocada por las circunstancias especiales que vivió el país a partir del ya recordado "rodrigazo", y que, además de otros perjuicios, sumió en la miseria a gran cantidad de acreedores, y especialmente llevó a la quiebra a muchas empresas constructoras, que de la noche a la mañana se encontraron con una cartera de papeles que en virtud del proceso de inflación perdieron poder adquisitivo, muy semejante a lo que ocurrió con el

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

marco alemán después de la primera guerra mundial.

En principio, el remedio a esta caótica situación llegó por vía de la ley 21309, que indudablemente tuvo en mira la defensa de los acreedores y deudores hipotecarios, al permitir el pacto de revalorizaciones o actualizaciones del capital adeudado.

Respecto del sistema cancelatorio de las hipotecas, reiteramos la facultad que brinda el art. 3202 del Cód. Civil al deudor o un tercero, de solicitarla cuando estuviesen pagados los pagarés en su totalidad. Nuestro sistema no admite cancelaciones parciales, como en otros regímenes.

II. La ley 21309 y los pagarés hipotecarios reajustables: a) posibilidad de reajuste del valor originario de los pagarés; b) el principio de especialidad y su influencia respecto de la hipoteca y el pagaré hipotecario; c) formas de transmisión del pagaré hipotecario.

La posibilidad de reajuste de los pagarés hipotecarios surge como una directa consecuencia de la recepción legislativa de los requerimientos propiciados por la jurisprudencia y la doctrina de la inserción de estas cláusulas en las operaciones garantizadas con hipoteca.

Estas cláusulas referidas a obligaciones dinerarias surgen de una convención de partes, para sujetar una operación a un módulo o índice estabilizador que permita paliar los momentos de inestabilidad económica y lograr el mantenimiento de la justicia conmutativa en los negocios jurídicos.

La hipoteca, como derecho real de garantía, accesorio de un crédito en dinero, constituido sobre bienes inmuebles, refiere a dos especialidades: la del crédito por una suma de dinero cierta y determinada y la de un inmueble expresamente determinado.

El problema de la especialidad de la hipoteca, aparentemente, parece no conciliarse adecuadamente con el de la indexación al que dicho contrato está íntimamente ligado. ¿Es que el requisito de la especialidad se considera cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria y la cláusula con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste y el tipo de interés pactado?

Si nos atenemos a la letra de la ley, si se expresa la cantidad cierta - originaria -, se mencionan los índices de actualización adoptados por las partes, los períodos de ajuste y el tipo de interés convenido, aparentemente se habrían reunido todos los requisitos de la especialidad para el contrato hipotecario en cuanto al crédito; pero para muchos ello no sería así, ya que por efectos de la indexación no se conocería el límite de valor del crédito a reintegrar o sea cuál es el "techo" que limita la cantidad cierta de la suma adeudada. De ser esto así, podría darse el caso de que, para integrar el principio de especialidad que respeta el art. 1° de la ley 21309, fuera menester establecer un monto máximo a devolver al acreedor hipotecario, que podría ser inferior al determinado por la aplicación de los índices de indexación.

¿Cómo juega, en consecuencia, el principio de especialidad frente a la emisión de los pagarés hipotecarios pactados en el contrato hipotecario?

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

Si, como dijimos anteriormente, el pagaré hipotecario circula libremente después de endosado y en el mismo se deja constancia de la cláusula de indexación pactada en la hipoteca y fielmente reproducida en el pagaré, en principio no habría ninguna duda para actualizar el valor del documento al momento de su exigibilidad. Esto, en cuanto al pagaré hipotecario, y la literalidad del mismo parecerían que no ofrecen mayores dudas; el monto es simple resultado de una operación matemática que libremente las partes decidieron utilizar al momento de realizar el contrato hipotecario.

Los pagarés hipotecarios y el reajuste han sido un tema tratado por los notarios en sus reuniones y encuentros. Reproducimos a continuación distintos despachos producidos en los últimos años con motivo de estos encuentros.

IX Reunión Jurídica Notarial de Santa Fe, 12 y 13 de agosto de 1977, parte pertinente, correspondiente al despacho producido sobre el Tema I: "Normativa sobre pagaré hipotecario. A nuestro juicio, bastaría una ley que estableciera los siguientes puntos: 1) Su remisión expresa basada en un contrato tipo, sin perjuicio de las particularidades extracambiales que regirán entre el acreedor y librador. 2) Que tal título esté regido por uno o varios índices oficiales preestablecidos con carácter taxativo. 3) Remisión a la legislación mercantil en lo concerniente a la cambial, y subsistencia de la civil para el negocio hipotecario. 4) Determinación de la competencia judicial para los casos de ejecución y/o litigio. 5) Creación de normas de procedimiento y registrales, que si bien por integrar la figura jurídica misma serán susceptibles de regulación nacional, para evitar conflictos derivados de nuestra organización federal deberán surgir de acuerdos interprovinciales o recepción del modelo central. Que hasta tanto se modifique la legislación positiva vigente, sólo cabe la posibilidad brindada por la ley 21309 con relación al crédito que, instrumentado en pagarés, se garantiza con el derecho real de hipoteca, no significando esto en manera alguna que tal situación se pueda reflejar en los pagarés, los que sólo circularán por el importe original y determinado que ellos consignan, quedando el crédito que pueda resultar como consecuencia de aplicar la cláusula de estabilización o reajuste, en cabeza del primitivo acreedor, quien para lograr su transmisión deberá recurrir a la cesión en la forma que prevé la legislación civil(7)(328).

Posición de los escribanos Farini y Garrone: 1. Que, dado el estado actual de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, se considera válido y favorable a la dinámica de la contratación la emisión de pagarés derivados de una hipoteca con cláusulas de reajuste. 2. Que las dificultades y desencuentros que se plantean a la doctrina y a la jurisprudencia son debidos a la manifiesta hibridez de la naturaleza jurídica de este título de crédito, al que puede definirse como pagaré "calificado o derivado". 3. Que toda la experiencia aprehendida en el uso del "pagaré hipotecario" sirve de abono para un manejo solvente de este nuevo instrumento nacido a la luz de la ley 21309. 4. Que la ley 21309 modifica en aspectos importantes los Códigos Civil y Comercial, pero de su contexto no puede inferirse la prohibición de instrumentaciones de deudas derivadas de mutuo



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

hipotecario, con pagarés de valor reajutable(8)(329).

VII Jornada de Derecho Civil, del 26 al 29 de setiembre de 1979. Parte pertinente, correspondiente al despacho producido por la Comisión IV, Recomendación N° 5, punto quinto: "A los pagarés hipotecarios, ingresados con la escritura, les son aplicables las cláusulas de estabilización regidas por la ley 21309".

VI Jornada Notarial de Entre Ríos, del 15 al 18 de mayo de 1980. Parte pertinente, correspondiente al despacho producido por la comisión que trató el tema II, punto séptimo: "Pagaré hipotecario. Con cláusula de reajuste: no existe inconveniente legal en librar un pagaré hipotecario de valor reajutable. Es aconsejable la inserción en el mismo documento de la cláusula estabilizadora pactada en la obligación a los efectos de una mejor información para su ulterior negociación o circulación. Asimismo, se aconseja que en el documento se permita la posibilidad de incluir la constancia del saldo actualizado cuando se pactan reajustes antes del vencimiento de la obligación general o cuando se negocia o transmite por endoso".

Finalmente, en la IX Convención Notarial de la Capital Federal, del 29 al 31 de mayo de 1980, también se pronunció sobre el particular el despacho aprobado por la Comisión N° 1, en su última parte, que dice: "En materia de pagarés hipotecarios se considera que la cláusula de estabilización que contiene la hipoteca tiene aplicación en dicho documento. Es aconsejable que la mención de la cláusula o su transcripción conste en el texto del pagaré".

III. En conclusión, consideramos la conveniencia de mantener la emisión del "pagaré hipotecario", por la facilidad que implica su cancelación por vía del endoso y que, repetimos, permite al deudor o a un tercero "cancelar" la hipoteca. Reiteramos que hacemos nuestros los despachos de las distintas reuniones precedentemente referenciadas, en el sentido de transcribir en el pagaré la cláusula de reajuste para permitir su correcta información y circulación.

## **ESCRIBANOS QUE SE DESTACAN**

**JOSÉ VICTORIANO CABRAL, EL NOTARIO FUNDADOR DEL COLEGIO DE  
ESCRIBANOS**

**EL ESCRITOR, UN ASPECTO DE SU VIDA POCO CONOCIDO POR LOS COLEGAS DE  
ESTE SIGLO**

***JOSÉ VICTORIANO CABRAL: ESCRIBANO Y ESCRITOR (\*) (330)***

**TOMÁS DIEGO BERNARD**

**SUMARIO**