

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA HIPOTECA GENÉRICA() (393)*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RAÚL R. GARCÍA CONI, ELSA KIEJZMAN y WOLFRAM LÜTHY

SUMARIO

I. Generalidades. II. De las nulidades en las llamadas "hipotecas abiertas".
1. Introducción. 2. Derechos reales. 3. De la hipoteca. 4. De la "hipoteca abierta". 5. La propuesta. 6. Jurisprudencia consultada.

I. GENERALIDADES

El derecho real de hipoteca está destinado a garantizar un crédito en dinero (art. 3108, Cód. Civil). El crédito podrá ser anterior (reconocimiento de deuda preexistente), coetáneo (mutuo) o futuro; en este último supuesto el derecho real es cronológicamente anterior al crédito y hasta puede ocurrir que éste se mantenga como expectativa y no llegue a configurar como derecho personal

El Código Civil dedica noventa y cinco artículos al capítulo de las hipotecas (3108 al 3203) más otros cinco en la sección privilegios. En la primera serie emplea la palabra inmueble, como objeto hipotecario, en la mitad del articulado, lo cual es lógico por cuanto la hipoteca mobiliaria no está regida por ese Código, que sólo utiliza la expresión bienes muebles registrables en sus artículos 1277 y 4016 bis.

Estos dos artículos nacen de la reforma del Código Civil del año 1968. La expresión bienes muebles registrables que encontramos en ellos receipta una orientación doctrinaria de los últimos años, pero que no es más que consecuencia lógica de los principios de nuestro centenario Código. Vélez Sársfield impone la registración de la hipoteca, registración que ya era obligatoria desde la Real Cédula de 1803. Cuando aparecen otros bienes registrables, sobre ellos se establece la hipoteca. Es el caso de los buques y las aeronaves. Es más que evidente la posibilidad y necesidad de aplicar legislaciones similares a cosas tan similares como buques, aeronaves y automotores. Son cosas que se desplazan, que se registran, están en el comercio, tanto el vendedor como el acreedor por mutuo como por saldo de precio necesitan recibir una garantía eficaz. La hipoteca lo es. La prenda impone como razón de ser la entrega de la cosa, a similitud del anticresis. Cuando se quiso aplicar la prenda a los automotores y los fondos de comercio, hubo que inventar una prenda sin desplazamiento, desvirtuando la garantía. Esa garantía se la sustituyó por un registro prendario que no tenía anotada la propiedad de los bienes gravados, sino solamente su gravamen. La burla se hacía demasiado fácil. Hubo que juntar entonces los registros de automotores con los prendarios. El resultado fue un engendro que, a semejanza de los que produce la naturaleza en plantas y animales indebidamente cruzados, resultó estéril.

A diferencia de la inmobiliaria, que requiere escritura pública (art. 3128, Cód. Civil) "cuando no se hubiere extendido en el mismo oficio de hipotecas" (art. 3138 íd., modificado por normas registrales), la hipoteca mercantil puede hacerse por instrumento privado sobre buques (art. 501, ley 20094) o sobre aeronaves (art. 49, ley 17284) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No existen en nuestra legislación otras hipotecas mobiliarias que las mencionadas (buques y aeronaves), pero ha sido estudiada y se aspira a obtenerla para automotores y para fondos de comercio, en cuyo caso su denominación sería de "hipoteca mercantil", para no descartar el mayor patrimonio que caracteriza al fondo de comercio, que no son precisamente sus bienes muebles sino "los objetos inmateriales susceptibles de valor" que no son cosas (art. 2312, Cód. Civil) y que integran su patrimonio, como el "nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística" (art. 1º, ley 11867).

Algunos autores asimilan la prenda con registro a la hipoteca mobiliaria, pero, como lo hace notar Cámara, son más sus diferencias que sus similitudes(1)(394).

La versatilidad de la hipoteca supera ampliamente la de la prenda inscribible, debido a las limitaciones de ésta en cuanto a quiénes pueden ser acreedores, al grado del gravamen y a la transmisibilidad de la cosa objeto de la garantía (arts. 5º, 7º, y 9º, ley 12962).

Además, en la hipoteca inmobiliaria es posible la reserva, la renuncia, el compartimiento, la posposición y la permuta del rango (art. 3135, Cód. Civil y 19, ley 17801) y estas ventajas podrían extenderse a otras hipotecas, a condición de que se constituyan por escritura pública para que su fecha inicial sea indubitable y pueda beneficiarse con el instituto de la retroprioridad (art. 5º, ley 17801).

La hipoteca, cualquiera sea su especie, deberá cumplir con el principio registral conocido como determinación o especialidad, del que analizaremos sus tres aspectos, para que se aprecien sus alcances y limitaciones.

La primera determinación a considerar es la de los sujetos negociales: parte acreedora y parte deudora, cada una de las cuales puede ser singular o plural (una o más personas) y a las que habrá que identificar. Si el acto es escriturario la "fe de conocimiento" asegurará el cumplimiento de este requisito, bajo la responsabilidad del escribano autorizante.

Con respecto a la descripción de las cosas, éstas deben ser "especial y expresamente determinadas" (art. 3109, Cód. Civil) y la hipoteca "se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble..." (art. 3110 íd.). Señalamos como excepción a este principio el caso del debenture con garantía flotante (art. 327, ley 19550) y lo mismo ocurre con la prenda flotante (art. 14, ley 12962).

El tercer aspecto es el de la especie del derecho garantizado (que puede ser una obligación pretérita, presente o futura) y dentro de este derecho merece especial detenimiento el precio o monto del crédito al que la hipoteca accede. En principio la hipoteca inmobiliaria (como la prenda), debía constituirse "por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constitutivo de la hipoteca" (art. 3109, Cód. Civil).

Además de lo expuesto la hipoteca responde por "los costos y gastos, como los daños e intereses..." (art. 3111, Cód. Civil), éstos por dos años (art. 3936, íd.).

Para superar el marco restrictivo del citado artículo 3109 y para que las cláusulas de reajuste salgan del campo de los derechos personales e ingresen en el de los reales, fue preciso una ley, la 21309, que abarca a las hipotecas y a las prendas registrables. Confiamos en que esta ley de emergencia, dictada en época de cruda inflación, será derogada tan pronto retornemos al nominalismo previsto en el art. 619 del Código Civil.

Tenemos entonces que para la hipoteca puede haber pluralidad de deudores y acreedores (identificación de los sujetos), pluralidad de inmuebles (descripción de la cosa), monto determinado o determinable, y puede haber también una pluralidad de créditos garantizados por el citado derecho real.

Quiere decirse así, que es la convención de partes lo que fija el marco del o de los negocios jurídicos (inclusive futuros) que encuadran (o encuadrarán) en la garantía hipotecaria como especie del derecho.

El deudor, que debe ser propietario del bien hipotecado (arts. 3119 y 3126, Cód. Civil), puede afectar el o los inmuebles gravados en garantía de toda clase de créditos, a condición de que los mismos se enumeren en forma explícita, ya que la nómina de negocios jurídicos involucrados tienen carácter taxativo(2)(395).

No basta desde luego que alguien diga que hipoteca en equis grado el inmueble... en garantía de todas las deudas que tiene o contrajere con... (casi siempre un Banco), por cualquier concepto. Podría afirmarse que tal hipoteca es nula, pues no se especificó integralmente "la naturaleza del contrato a que accede" (art. 3131, inc. 2°, Cód. Civil) y aun cuando se hubiere indicado "la cantidad cierta de la deuda" (inc. 4°, art. cit.), o su determinabilidad (ley 21309).

Con abstracción de la mencionada nulidad, queremos destacar que la referida hipoteca de ninguna manera puede ser oponible a otros acreedores en cuanto a los negocios jurídicos no explicitados.

La razón de tal inoponibilidad es obvia, pues "la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos... sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones..." (art. 22, ley 17801) registrales, en las que, desde luego, no puede publicarse lo que no figura en los asientos del Registro.

La condición del asiento registral es su oportuna publicidad, si bien dentro de la técnica del folio real se superpone la publicidad material (exhibición del asiento) con la publicidad formal (expedición de certificaciones), ello no significa que el Registro (que no es enciclopedista ni de contratos) anote ni informe todos los negocios Jurídicos consignados, como tampoco lo hace con respecto a las cláusulas hipotecarias. En tales hipótesis, al remitir a la escritura constitutiva de la hipoteca, el Registro brinda la oportunidad de que los interesados busquen en la fuente el dato que necesitan.

Para las cláusulas de reajuste, por ej., es suficiente con que el Registro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consigne "la ley 21309" y en lo que atañe al consentimiento conyugal, cuando no figura, le basta con que el autorizante de la escritura manifieste que "no es de aplicación el art. 1277 del Código

La conclusión a que llegamos y que no suscita controversias doctrinarias, es que la hipoteca genérica o "abierta" tiene viabilidad negocial e inscriptiva, siempre que, a texto expreso, figuren en la escritura constitutiva todos los créditos involucrados, cumplimentándose el principio de determinación o especialidad.

Preferimos la denominación de hipoteca genérica a la de hipoteca abierta, pues también hay apertura en la reserva de grado prevista en los arts. 3135 del Cód. Civil y 19 de la ley 17801.

Una situación distinta y no relacionada con la hipoteca que tratamos en este trabajo es la especie de hipoteca abierta que consiste en que un acreedor hipotecario de monto determinado consiente en que con su mismo rango se constituyan más hipotecas hasta una suma máxima indicada, las que compartirán el grado (art. 19, ley 17801). Este tipo de hipoteca es perfectamente legal pero se ha desprestigiado cuando hace ya varios años se cometieron reiterados abusos y transgresiones utilizando ese tipo de hipotecas. Se constituían hipotecas hasta un máximo que superaba el autorizado, y recién cuando el Registro de la Propiedad observaba al título, se procedía a cancelar parcialmente alguna de las hipotecas para encuadrarse dentro del monto máximo establecido. Ello llevó a que el sistema fuere mal visto. Inexplicablemente el art. 133 del decreto 2080/80 (reglamentario de la ley 17801 para Capital Federal) restringe la reserva de rango, que puede utilizarse una sola vez.

También se ha llamado hipoteca abierta a aquella que se constituía por un monto determinado, habitualmente para fines de edificación de vivienda, pero cuyo monto de préstamo el deudor iba recibiendo por entregas parciales a medida que progresaba la edificación. EL Banco Hipotecario Nacional utilizó frecuentemente ese tipo de hipoteca. Aquí se constituía una hipoteca por un monto determinado, en garantía de préstamos a recibir posteriormente o de dinero que se percibía sólo parcialmente en el momento de otorgarse la escritura hipotecaria, obligándose el acreedor a entregar el resto en un futuro. Hay en ese tipo de contratación una similitud con la hipoteca objeto de este trabajo, por cuanto se otorga un derecho real en garantía del pago de una deuda que sólo existirá en un futuro previsible.

En la hipoteca común no existen dificultades en la ejecución del crédito garantizado e inclusive si la hipoteca no ha sido inscripta (por cualquier observación registral), cabe la posibilidad del juicio ejecutivo propio del documento auténtico (escritura pública). En cambio en la hipoteca omnicomprendiva de muchos negocios jurídicos futuros, de alguna manera se invierte la carga de la prueba, la que estará a cargo del acreedor en cuanto al nacimiento de la obligación. Por esa razón tal tipo de hipoteca se concentra en bancos que toman los recaudos suficientes para el reconocimiento de sus créditos.

Para paliar estas dificultades nosotros sugerimos que se recurra al "pagaré hipotecario", el que una vez emitido podrá ser reservado por el deudor para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entregarlo al acreedor a medida que crezca el crédito.

Los pagarés hipotecarios, que según el Código Civil "deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario" (art. 3202), pueden resultar de mucho mayor utilidad si se suprime su pasaje por el Registro, como lo establece el Código de Luisiana (fuente del cit. art.); lo postuló la VI Reunión Interamericana de Ahorro y Préstamo (Río de Janeiro, 1968) y el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal, pues debe bastar con la atestación del escribano para determinar el nexo entre el pagaré y la escritura a que accede.

Se ha propuesto agregar al art. 36 de la ley 17801, en lo que atañe a la cancelación de inscripciones y anotaciones, el siguiente párrafo: "Si se tratare de hipotecas y se hubiera emitido al respecto pagarés debidamente relacionados en la escritura, estén éstos registrados o no, bastará para la cancelación que se presenten los correspondientes pagarés, en los que debe figurar la nota de correlación firmada por el notario autorizante de la hipoteca, o su reemplazante legal"(3)(396). Además de la hipoteca para inmuebles, buques, aeronaves y todos los bienes registrables, el desarrollo actual de las transacciones privadas y especialmente bancarias requiere que se analice con seriedad y de pronta aplicación, institutos como el leasing sobre todos los bienes registrables, el derecho de superficie sobre inmuebles, el usufructo vitalicio, y el fideicomiso.

Todos ellos fomentarán una mayor movilidad del crédito, sea por parte de los bancos o los particulares, y asegurarán a los interesados un más fácil acceso a la propiedad de viviendas, de automotores, de negocios...

II. DE LAS NULIDADES EN LAS LLAMADAS "HIPOTECAS ABIERTAS"

1 . Introducción

Capítulo aparte merece el tratamiento de las nulidades declaradas en sede judicial sobre en instituto que ha dado en llamarse "hipoteca abierta". Ya que sólo basta recorrer el repertorio de cualquier obra jurisprudencial local para advertir el elevado porcentaje de sentencias que recaen sobre las instrumentaciones aludidas, invalidándolas invocando la falta de cumplimiento con las normas legales vigentes en la materia propia de las hipotecas.

Frente a esta situación, en que nos encontramos involucrados profesionalmente, constituye un deber en esta ocasión el volver a recorrer el derecho positivo y la abundante doctrina que se ha venido sucediendo respecto del tema en examen, con el objeto de colaborar en la erradicación de aquellas "malas prácticas" que aplicadas a las instrumentaciones hipotecarias restan la "seguridad" a estos actos públicos.

2. Derechos reales

La totalidad de la doctrina de los autores es conteste en que el sistema del numerus clausus que rige en materia de derechos reales, habida cuenta de encontrarse interesado en ello el orden público, limita el campo de la voluntad de los particulares restándole a aquellas convenciones que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desdeñan la letra de la ley el carácter de reales e incluso en ciertas oportunidades el de personales.

3. De la hipoteca

El principio de especialidad, receptado en los arts 3109, 3131 y 3148 del Cód. Civil, establecido como una de las condiciones de validez para la instrumentación del derecho real de hipoteca impone el deber de individualizar el inmueble que sirve de garantía como el crédito al que accede. Ello con el expreso propósito de brindar "seguridad" tanto al deudor como al acreedor y a los terceros, ya que de esa manera los interesados podrán valorar la extensión de la garantía y con ella la capacidad de endeudamiento del deudor, sirviendo estas variables de aporte esencial para la actividad crediticia.

Tal especialidad, en el derecho de hipoteca, se evidencia, por una parte, en cuanto al objeto del derecho constituido por el inmueble que sirve de garantía, y por otra parte, al crédito, nexa principal al cual habrá de acceder la hipoteca. En lo atinente al objeto, se refiere a los inmuebles y a aquellos muebles registrables que la normativa autoriza (verbigracia: buques y aeronaves); sobre el particular huelga todo otro comentario. Por el contrario, la crisis se desencadena sobre el crédito, y aquí corresponde que nos remitamos al segundo principio, el de la accesoriedad. Conforme al inc. 2º del art. 3131 del Cód. Civil, no se refiere a la forma - si deviene de una escritura pública o de un acto público o de un instrumento privado - sino que tal principio apunta a la naturaleza del derecho que sirve de fundamento a la hipoteca. Recordemos que la hipoteca no es lo principal, sólo lo accesorio del que le da razón de ser: así, en su caso, ha de ser el mutuo; en otras oportunidades será un contrato de cuenta corriente, bancaria o mercantil, con apertura de crédito, el que permitirá el nacimiento de la garantía constituida a favor del acreedor.

4. De la "hipoteca abierta"

Cierta doctrina de autores ha creído ver en la reserva de rango, art. 3135, y en las obligaciones eventuales, segundo párrafo del art. 3109, el sustento necesario para idealizar una nueva categoría de hipotecas llamándolas "abiertas".

Mas, como ya hemos expresado al hablar de los derechos reales - párrafo 2 del presente capítulo - , el margen de libertad para la voluntad de los particulares se encuentra restringido, permitiéndoles la normativa expuesta ciertas "disponibilidades" que en modo alguno pueden cimentar la creación de una nueva categoría.

La reserva de rango permite al deudor, con la expresa conformidad del acreedor, reservar para una futura hipoteca un grado preferente, determinándose ya de antemano el monto a que ésta podrá alcanzar.

Las obligaciones eventuales deben emerger necesariamente de un nexa contractual que le dé su sustento, independientemente de que la obligación eventual pueda en el futuro llegar a nacer alguna vez.

Tales variables, la del rango y la de la eventualidad, carecen de la entidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legal suficiente para desvirtuar los principios de especialidad y accesoriedad, las que, en toda instrumentación que pretenda dar "seguridad", deben estar presentes.

La totalidad de las instrumentaciones que son objeto de sentencias nulificantes presentan la siguiente estructura:

- a) Las constancias corrientes que deben contener las escrituras públicas, a saber, lugar y fecha del acto así como la identificación y carácter con el que intervienen las partes.
- b) El monto máximo de la garantía, o, en el supuesto del segundo párrafo del art. 3109, el valor estimativo de dicha garantía.
- c) La exacta individualización del inmueble dado en garantía.
- d) Y una fórmula, un tanto vaga, que se refiere de modo genérico a todas las obligaciones cualquiera fuera su naturaleza" que emergen de un "préstamo" o "crédito" sin mayores precisiones.

La instrumentación expuesta no consigna el requisito exigido por el inc. 2° del art. 3131 a saber, fecha y naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra, ya que la mera enunciación de todas las obligaciones, en relación directa con la eventualidad, no puede constituir a la hipoteca en su propio presupuesto, dado que, reiteramos, la hipoteca es siempre accesorio de un contrato que le da la razón de ser.

Obviamente la confusión interpretativa de dicha tendencia es la responsable de la claudicación de hipotecas que, como la precedentemente expuesta han intentado enrolarse en la supuesta apertura de la hipoteca.

Por ello, no sería aventurado afirmar que la denominada hipoteca abierta, a la luz de la abundante jurisprudencia, carece de sustento en la normativa vigente.

5. La propuesta

En síntesis, la hipoteca que sea apta para garantizar toda relación contractual lícita, independientemente de que la llamemos cerrada o abierta, debe contener los extremos exigidos por la ley que comulgan con los principios de especialidad y accesoriedad. Por ello, la estructura instrumental de la hipoteca que se constituye en garantía de una relación contractual debe contener ineludiblemente; a) Las constancias corrientes que deben contener las escrituras públicas, a saber, lugar y fecha del acto así como la identificación y el carácter con que intervienen las partes.

b) EL monto máximo de la garantía, o, en el supuesto del segundo párrafo del art. 3109, el valor estimativo de dicha garantía.

c) La exacta individualización del inmueble dado en garantía.

d) En el supuesto de que el nexo contractual sea anterior a la hipoteca, debe individualizárselo con su fecha, su naturaleza y archivo en que se encuentra. En tanto, si el contrato "principal" fuera simultáneo a la instrumentación hipotecaria, sería aconsejable instrumentar dicho contrato juntamente con la hipoteca.

En definitiva: es ineludible que el crédito garantido esté indubitablemente individualizado. Si se tratare del saldo en cuenta corriente, ésta debe estar citada con su numeración, con la expresa indicación de las condiciones en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que el titular de la cuenta podrá girar sobre ella y demás recaudos que permitan individualizar la futura deuda, su procedencia, origen y monto. Reunidos los extremos antes citados y desterradas las malas prácticas, no habrá lugar a nuevas nulidades para la hipoteca, y la "seguridad" negocial estará reestablecida.

6. Jurisprudencia consultada

- a) C.Apel. C.C. Rosario, Sala 1º, abril 27 - 1967, "Chiesa Hnos. Ltda. c/Curtiembre Andino SRL" (E.D., t. 19, pág. 451).
- b) C.Apel. C.C. Morón, Sala 1º, junio 12/1980, "Cía. Financiera Morón SA c/Central Camping SRL" (E.D., t. 89, pág. 428).
- c) C.I., C.C., La Plata, Sala 1º, 15/10/81, "Interplast SA c' Salaberry, Carlos E." (E.D., t. 99, pág. 506).
- d) C.N.Comercial, Sala B, noviembre 11 - 1981, "Electro Aislante SA" (E.D., t. 97, pág. 636).
- e) C.Apel. Junín, 29/10/81, "Banco Junín SA c/Abraham, Camilo y otro" (J.A., f. n° 31.443, 1982 - 11 - 675).
- f) S.C. Mendoza, Sala 1º, mayo 23 - 1983, "Cofyrco Cía. Fin. SA" (E.D., 107, pág. 93).
- g) S.C. Mendoza, Sala 1º, 23 - 5 - 1983, "Soberana SA s/quiebra" (J.A., 1983 - IV - 207).
- h) C.I. C.C. y Minería, San Juan, agosto 9 - 1983, "SA, Com. Ind. Bodegas y Viñedos Abrago" (E.D., t. 107, pág. 101).
- i) S.C. Mendoza, Sala 1º, abril 5 - 1984, "Banco de Previsión Social" (E.D., t. 109, pág. 639).

LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CAUCIÓN DE TÍTULOS Y ACCIONES(*) (397)

MARTA E. GOLDFARB, EVELYNA M. KLEIN, RITA E. VINDVER y ARTURO E. M. PERUZZOTTI

SUMARIO

I. Introducción. II. Naturaleza de las instituciones jurídicas que se configuran en esta actividad. III. El escribano como depositario de las acciones y títulos prendados, IV. Aspectos a tener en cuenta. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN