

## **XXXIII Jornada Notarial Argentina**

*San Carlos de Bariloche – 20 al 22 de septiembre de 2018.*

**TEMA II – GARANTÍAS REALES:** Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del art. 2189 del CCCN. El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio. Hipoteca de parte indivisa. Hipoteca de superficie. Anticresis.

Coordinadoras:

Not. Silvia Maela Massiccioni.

Not. Natalia Martinez Dodda.

---

### **PAUTAS**

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, los operadores del derecho hemos asumido el ineludible desafío de aplicar e interpretar la nueva normativa, a veces con posiciones unívocas y en otros casos tomando partido por una u otra postura en los temas que se han sometido a debate doctrinario.

A casi tres años de la entrada en vigencia del código unificado, seguimos haciendo camino al andar, dilucidando los alcances de la norma –e incluso sus modificaciones posteriores- y aportando para escribir y re escribir esa misma doctrina que nos nutre y facilita nuestra tarea diaria de calificación y asesoramiento notarial.

#### **1. Introducción a los derechos reales de garantía.**

Las garantías reales constituyen un pilar fundamental para el desarrollo de la economía de un país.

La protección del crédito se adquiere de manera genérica en la medida que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores. Pero como dicha garantía colectiva no asegura, por sí misma, el pago de las deudas de un modo completo y eficaz surgen dos clases de garantías concretas: las personales y las reales. Con las primeras se reduce el riesgo del incumplimiento porque la garantía se extiende a otras personas; con las reales, la inseguridad se reduce aún más ante la individualización de los objetos o derechos y su realización por parte del acreedor insatisfecho (1)

Los derechos reales de garantía tienen como objetivo dar cierta dosis de seguridad adicional de cobro. El acreedor, al evitar la incertidumbre del pago, que no dependerá de eventuales cambios en el patrimonio del deudor, otorgará mayores plazos y reducirá los intereses. (2)

Si el crédito hipotecario se vuelve atractivo para ambas partes, acreedor y deudor, y aumenta el índice de otorgamientos, esto impacta -directamente- en objetivos claves para el crecimiento de una nación como lo son: el acceso a la vivienda, el desarrollo de la pequeña y mediana industria y el fomento de la construcción, entre otros.

El protagonismo del notariado en la instrumentación de este tipo de contratos, la importancia del asesoramiento para la elección de la garantía real apropiada según la finalidad del requirente, y la

tarea de interpretación de las modificaciones normativas que impuso el Código Civil vigente, y leyes posteriores, justifica ampliamente que nos aboquemos al estudio de esta temática.

## **2. Nueva técnica legislativa: disposiciones comunes.**

Los derechos reales de garantía están regulados en el Libro Cuarto, Título XII, que se divide en cuatro capítulos: el capítulo primero se refiere a las disposiciones comunes; el segundo a la hipoteca, el tercero a la anticresis y el cuarto a la prenda con registro. En esta Comisión abordaremos los tres primeros capítulos.

Proponemos comenzar el estudio de la materia analizando las llamadas “disposiciones comunes”, es decir la normativa aplicable a todos los derechos reales de garantía.

Coincidimos con Alterini cuando señala que es muy valioso que el Código Civil haya tomado “como propio el criterio del Proyecto de 1998” incluyendo las disposiciones generales atinentes a los distintos derechos reales como también lineamientos genéricos para algunos de ellos. (3)

La regulación de disposiciones comunes trae consigo indudables ventajas: permite sistematizar los principios generales, evita reiteraciones innecesarias y reduce el número de artículos que legislan sobre las garantías en particular.

Los derechos reales de garantía son los que se confieren convencionalmente al acreedor, sobre cosas o bienes de propiedad del deudor o de un tercero, que quedan afectados a garantizar el cumplimiento de un crédito. (4)

Estos derechos se rigen por normas imperativas que tienen en cuenta la gravitación social y económica de los mismos; son principios inderogables por la voluntad de las partes. Pero también, aunque en menor medida, están regulados por normas reglamentarias o supletorias, que permiten se filtre la autonomía de la voluntad de las partes. (5)

Sera relevante abocarnos al estudio de cada uno de los principios que rigen en materia de garantías reales y que están desarrollados en el capítulo correspondiente a las disposiciones comunes: convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, indivisibilidad.

## **3. Artículo 2.189.**

Entre las disposiciones comunes nos encontramos con el comentadísimo artículo 2.189, que se titula “Especialidad en cuanto al crédito”.

Proponemos abordar su estudio desde una doble óptica:

-por un lado, desglosar los diversos subtemas contenidos en dicha norma: el principio de especialidad en cuanto al crédito, el monto máximo garantizado y el plazo de la garantía;

-y por otro lado abordar la exégesis de este artículo en sus distintos momentos históricos: su antecedente en el código velezano, el texto normativo aprobado junto con la sanción del Código Civil

y Comercial de la Nación (con vigencia a partir del 1 agosto de 2015), y la reciente modificación introducida por la ley 27.271, que entró en vigor el 15 de septiembre de 2016.

### ***3.1) Principio de especialidad en cuanto al crédito.***

#### *Código de Vélez. Discusiones doctrinarias*

Resultará útil revisar el antecedente normativo en el sistema velezano, es decir los artículos 3109, 3131 y concordantes del Código Civil.

Será interesante estudiar las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se planteaban, durante la vigencia de dicho ordenamiento, respecto de la interpretación del principio de especialidad en cuanto al crédito.

En una apretada síntesis podemos señalar que *una parte de la doctrina* entendía que dicho principio se refería exclusivamente a la suma o monto garantizado, sosteniendo que la causa no estaba vinculada a este principio sino al de accesoriedad. Para *otro sector* la especialidad en cuanto al crédito se relacionaba no solo con el monto del gravamen, sino con el contrato o causa fuente del crédito garantizado. Siguiendo esta última línea de análisis no bastaba con expresar una suma de dinero cierta y determinada, sino que se requería la constancia de la causa (o fuente) de la obligación que garantizaba. En este mismo marco, incluir en el texto hipotecario una cláusula que estableciera “garantizar todas las obligaciones actuales o futuras que el deudor contraiga con el acreedor” no cumpliría con los designios de este principio.

En este punto habrá que adentrarse en el estudio de las llamadas “*hipotecas abiertas o de máximo*”, indagando sobre el cuestionamiento que la doctrina y jurisprudencia hizo sobre las mismas. Resultará de utilidad analizar su eventual sanción de nulidad, determinando si la misma se sustentaba en el incumplimiento del principio de especialidad en cuanto al crédito o la violación del principio de accesoriedad.

Será interesante abordar la evolución de la doctrinaria y jurisprudencia que empezaron a diferenciar las hipotecas “abiertas” (que garantizan obligaciones presentes o futuras pero individualizables) de las “muy abiertas” (que garantizan todas las obligaciones que puedan surgir entre deudor y acreedor, sin identificar la causa al momento de su constitución). (6)

Resultará de interés estudiar la temática de los llamados “*créditos eventuales*”, que son los créditos futuros cuya existencia no es segura, es decir que pueden o no llegar a existir (ejemplo: la hipoteca constituida en garantía del pago de valores locativos). Y analizar la validez de las garantías otorgadas en seguridad de estos créditos, pasándolo por el tamiz de ambas doctrinas antes relacionadas. (7)

#### *Artículo 2.189 (texto aprobado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015)*

En primer término es preciso reconocer que, si bien el artículo referenciado lleva el título “Especialidad en cuanto al crédito”, el texto de la norma fue mucho más allá de ese principio e incluyó las modificaciones más importantes aplicables a todos los derechos de garantía.

Habrá que indagar por cuál de las doctrinas reseñadas sobre los alcances del principio de especialidad tomó partido el legislador del 2015, teniendo en cuenta que hubo interpretaciones encontradas en este sentido.

La polémica giró en torno a determinar a qué tipo de créditos se refería el artículo 2189. Y cómo articulaba esta norma con el 2.187 y 2.193 del CCyC.

Un sector de la doctrina interpretó que el artículo 2189 se aplicaba a todos los derechos reales de garantía, tanto para los que garantizaban créditos indeterminados (abiertos) como para los que garantizaban créditos determinados, y ello tanto con respecto a la precisión del monto del gravamen como con relación al plazo de duración de 10 años. Otro sector entendió que dicha norma se aplicaba a ambos tipos de créditos, en lo concerniente a la cuantía del gravamen, y solo a los indeterminados, cuando hablaba del plazo. Una tercera postura interpretó que, a pesar de su imprecisión en la redacción, el artículo 2.189 era aplicable exclusivamente a los derechos reales constituidos en garantía de créditos indeterminados. (8)

En esta última posición se enroló el Doctor Jorge Alterini, entre otros, aplicando una interpretación finalista de la norma, entendiendo que de aplicarse el viejo artículo 2.189 a los derechos reales en garantía de créditos “determinados”, que son los que involucran a los préstamos hipotecarios para adquirentes de vivienda, tal imprescindible financiación hubiera sido -en la práctica- imposible. Y esto así porque no hubiera sido viable el otorgamiento de créditos hipotecarios -en nuestro país- bajo estas condiciones: si el plazo máximo fuera de 10 años; si el monto del gravamen no abarcara las múltiples y poco predecibles variaciones en el monto de los préstamos otorgados a largo plazo; y si los gastos para la constitución del gravamen hubieran aumentado considerablemente calculándose sobre el monto aumentado de la garantía, y no del préstamo.

*Artículo 2.189 (texto modificado por ley 27.271, que entró en vigencia el 16 de septiembre de 2016)*

El artículo en exégesis (2189) junto con el artículo 2.210, entre otros, tienen la particularidad de ser unas de las primeras normas que han sufrido modificaciones, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es por eso que proponemos analizar, comparativamente, el texto normativo original del 2.189 (que entró en vigencia con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación) y las modificaciones introducidas por la ley 27.271.

El nuevo texto del artículo 2189 coincide casi absolutamente con el del proyectado en 1998, que no había sido receptado por el código unificado del 2015.

Habrá que volver a analizar la correlación del artículo 2189 (en su actual redacción) con sus pares del mismo ordenamiento: artículos 2187 y 2193 (cuyo texto no se ha modificado).

Nuevamente será necesario determinar por cuál de las doctrinas sobre la interpretación del principio de especialidad en cuanto al crédito se orientó el legislador de 2016, y cuáles son los créditos a los cuales se aplican las limitaciones en cuanto al monto y al plazo de la garantía. ¿Quedó cerrada ahora la polémica doctrinaria que se había generado en el 2015?

### **3.2) Monto máximo garantizado.**

#### Código de Vélez.

El artículo 3109 del Código Civil establecía: “No puede constituirse hipoteca.... sino por una suma de dinero cierta y determinada”

Por su parte el artículo 3111 del mismo ordenamiento rezaba: “Los costos y gastos, como los daños e intereses a que el deudor pueda ser condenado por causa de la inejecución de una obligación participen, como accesorio del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito.”

Para Vélez, si bien el monto del gravamen correspondía a la deuda inicial, al capital del crédito, el derecho real garantizaba no solo ese monto sino los intereses compensatorios, punitivos, costos, gastos, daños y otros que surjan en el proceso de ejecución, considerándolos accesorios del crédito originario. (9)

Otro punto interesante para analizar es el de las garantías constituidas en *moneda extranjera*. En un país como el nuestro, con la economía históricamente dolarizada, será de utilidad abordar las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se generaron -vigente el código de Vélez- en torno a resolver si las mismas cumplían o no con el principio de especialidad en cuanto al crédito. Descubriremos que la discusión giraba en torno a la calificación de las obligaciones en moneda extranjera: ¿qué tipo de obligaciones eran? Y podremos analizar el giro de la doctrina a partir de la sanción de la ley de convertibilidad (23.928) y los cambios introducidos a los artículos 617 y 619 del código velezano.

#### Artículo 2.189 (texto aprobado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015)

El artículo 2189, en sintonía con el código velezano, estableció la obligatoriedad de que el monto del gravamen sea estimado en dinero, cualquiera sea la obligación garantizada.

Sin embargo, el mismo artículo incorporó una innovación respecto del código de fondo anterior: el “máximo garantizado”. Y en este punto sí encontraremos una notoria diferencia con su antecedente velezano: el artículo 3.111. El 2.189 limitaba la garantía al monto del gravamen, por tanto cualquier monto que superara (sea por capital, intereses, costas, costos, etc..) sería quirografario, y no estaría cubierto por la garantía.

La doctrina de entonces discutió el criterio adoptado por el legislador del 2015. Se polemizó respecto de si el monto máximo garantizado era de aplicación a créditos determinados e indeterminados, o solo a estos últimos.

Como ya adelantamos, se analizaron los efectos prácticos que naturalmente derivarían de la aplicación de esta norma: la dificultad que tendría el acreedor para estimar un monto -al momento de la firma del contrato- que pudiera cubrir el total de la deuda al momento del cobro; los costos del contrato constitutivo, entre otras consecuencias nocivas.

Se discutió sobre la importancia de diferenciar el monto del gravamen del monto del crédito, la no exigencia de coincidencia entre ambos que dispone el 2189, y la diferencia con sus antecedentes normativos (proyectos de 1993 y 1998).

También en este contexto normativo se polemizó sobre las obligaciones en moneda extranjera, analizando si las mismas cumplían o no con el mandato del artículo 2189: “el monto de la garantía debe estimarse en dinero” (principio de especialidad en cuanto al crédito). Y surgieron distintas interpretaciones a partir de la lectura de los nuevos artículos 765, 766 y 772. Será interesante estudiar comparativamente el texto original del anteproyecto, y el final con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional. ¿El legislador del 2015 vuelve al concepto velezano? Podremos analizar los conflictos interpretativos que derivan del reenvío que hace el 765 a las “obligaciones de dar cantidades de cosas”. Y para este análisis, justamente, nos será de utilidad el repaso que hicimos previamente sobre la doctrina vigente con el Código de Vélez.

El estudio de las obligaciones en moneda extranjera nos llevará a la exégesis del artículo 2.190. Y las preguntas que entonces se hizo la doctrina fueron las siguientes: ¿Son válidas las hipotecas constituidas en dólares? Y si concluimos que son válidas, ¿puede el acreedor exigir la moneda extranjera pactada o debe aceptar la cantidad de moneda nacional de curso legal que permita adquirir el monto adeudado? ¿La disposición normativa que emerge del artículo 765 es de orden público? Esta discusión doctrinaria cobró importancia en el contexto histórico que rodeó la sanción del código unificado, vigente el llamado “cepo cambiario”, que restringió, en nuestro país, la adquisición de dólares estadounidenses.

*Artículo 2.189 (texto modificado por ley 27.271, que entró en vigencia el 16 de septiembre de 2016)*

La ley 27.271 tuvo un fuerte impacto en materia de derechos reales de garantía, a partir de la modificación de dos artículos medulares del Código Civil y Comercial de la Nación, como son el 2.189 y el 2.210.

Siguiendo el antecedente velezano y el 2.189 en su redacción originaria, la ley 27.271 establece que “el monto de la garantía debe estimarse en dinero”.

El nuevo artículo toma posición sobre otro punto de debate al señalar que “el monto de la garantía... puede no coincidir con el monto del capital del crédito”.

Pero lo más relevante para destacar es que la norma establece ahora sí, con claridad meridiana, que la indicación del “monto máximo garantizado” es un requisito que se aplica exclusivamente para las garantías de créditos “indeterminados”.

Podremos indagar como afectó la ley 27.271 a las obligaciones en moneda extranjera. Es preciso señalar que para las operatorias UVIs la ley se posiciona en moneda nacional. El artículo 3 dice expresamente que “las operaciones de financiación para la vivienda, solo podrán captarse y liquidarse, desembolsarse y cancelarse, suscribirse y rescatarse respectivamente en pesos”. Será interesante “leer” nuevamente el artículo 765 en contraste con esta nueva disposición normativa, re-analizando los mismos conceptos: moneda de curso legal, viabilidad de las obligaciones en moneda extranjera, categorización de las mismas

### **3.3) El plazo.**

#### Código de Vélez.

En el Código Civil el derecho real de garantía no tenía plazo. El plazo solo se establecía para la obligación garantizada; mientras la obligación subsistía, el derecho real accesorio continuaba vigente. Por ese motivo la doctrina entendió que el plazo, en tanto no afectaba al gravamen, no tenía vocación registral (10)

El artículo 3197 establecía un plazo para la caducidad de la inscripción (y consecuentemente para la oponibilidad a terceros) pero no exigía plazo para el derecho real de garantía, y mucho menos fijaba un tope máximo.

Artículo 2.189 (texto aprobado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015)

Habrá que analizar la discusión doctrinaria que se planteó en torno a la interpretación de la última parte del artículo 2189 que establecía que para el caso que se venza el plazo previsto o el máximo habilitado, la garantía subsistía “en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”. Será útil compararlo con el texto del anteproyecto presentado por la comisión designada por el Poder Ejecutivo por decreto 191/11, que hablaba de créditos “incumplidos” (11).

Consideramos que será atinado comparar el texto normativo en exégesis con el del artículo 2093 del Proyecto de 1998, teniendo en cuenta que este último se refería claramente a créditos indeterminados (hipotecas abiertas).

Como ya adelantamos, también en este punto se planteó el debate doctrinario sobre el alcance de la norma: si el plazo de 10 años era para todo tipo de créditos o solo para los indeterminados. ¿El plazo de 10 años impactaba solo en las hipotecas “abiertas” y con relación a créditos que no hubieran nacido al vencimiento del plazo?

Artículo 2189 (texto modificado por ley 27.271, que entró en vigencia el 16 de septiembre de 2016)

En cuanto al plazo, la ley 27.271 vuelve a diferenciar entre créditos determinados e indeterminados, estableciendo que para los primeros no hay límite temporal, en tanto para los segundos el plazo no puede exceder los 10 años, superando el debate doctrinario que se había generado en el 2015.

Es importante señalar que el plazo no afecta al gravamen sino a la obligación que garantiza. Es por ello que el plazo no es un dato que tenga vocación registral (la garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo de la obligación garantizada)

## **4. Artículo 2210.**

### Código de Vélez.

El artículo 3151, con la reforma de 1968, establecía: “Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renovare.”

El artículo 3197 rezaba: “Los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados veinte años desde que fue registrada.”

Con la reforma de la ley 17.711 el código velezano extendió el plazo originario de diez años a veinte, y rezeptó el debate anterior a dicha norma que analizaba si lo que se extinguía era la hipoteca o los efectos de la registración, definiéndose por esto último.

La garantía podía ser reinscripta antes del vencimiento del plazo de 20 años, en cuyo caso conservaba la prioridad originaria.

El plazo era de caducidad, y no afectaba la garantía sino la registración.

La caducidad no se asimila a la extinción de la obligación garantizada ni a la cancelación de la hipoteca; la caducidad extingue los efectos de la inscripción por el mero transcurso del tiempo, como si nunca se hubiera inscripto, y en consecuencia no es oponible a terceros (12)

Ese plazo de caducidad contemplaba excepciones. Ya entonces la doctrina (y las disposiciones técnico registrales de algunos organismos inscriptores) habían establecido que si el acreedor hipotecario era una entidad cuya carta orgánica fijaba un plazo de caducidad especial, la hipoteca se consideraría vigente hasta la cancelación de su registración.

*Artículo 2.210 (texto aprobado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015)*

El artículo 2.210, en su anterior redacción, reiteraba los conceptos del código velezano, con las modificaciones de la 17.711: plazo de 20 años; caducidad que no extingue la hipoteca sino únicamente los efectos de su inscripción; posibilidad de reinscripción conservando la prioridad registral, antes del vencimiento del plazo.

Será interesante ahondar en el debate doctrinario que se planteó en torno a la correlación de este artículo con el 2189, analizando si los mismos eran contradictorios, en tanto el último establecía un plazo máximo de 10 años para la hipoteca. Y nuevamente se plantó en la escena del debate la diferenciación entre créditos determinados e indeterminados.

*Artículo 2210 (texto modificado por ley 27.271, que entró en vigencia el 16 de septiembre de 2016)*

El texto actual del artículo 2.210 conserva la misma redacción de su versión original del 2015, con una única e importante modificación: en vez de 20 años, dice 35 años.

Habrà que indagar sobre la causa fin perseguida por el legislador con esta ampliación de plazo, considerando los objetivos de la ley 27.271.

Sera interesante fijar posición sobre las ventajas/desventajas de esta ampliación de plazo. Podremos indagar en la correlación que existe entre la modificación al artículo 2210 y lo dispuesto



por el artículo 13 de la ley, que en su inciso “j” fija como uno de los objetivos de la ley el propender a la extensión del plazo de los créditos hipotecarios (estableciendo como meta que alcancen los treinta y cinco años).

Será medular el análisis de esta norma en el marco de la eficacia temporal del derecho: artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este punto deberemos abocarnos al estudio del llamado “derecho transitorio”.

En este marco resultará útil indagar en la doctrina que se generó a partir de la modificación del año 1968 (ley 17.711) que extendió el plazo original del código velezano de 10 años a 20. Habrá que investigar cómo se interpretó, oportunamente, la aplicación del entonces vigente artículo 3 del Código Civil (antecedente del actual artículo 7 del CCyC). Deberemos preguntarnos si la publicidad del asiento registral es o no una situación jurídica existente en los términos de la ley.

Será necesario diferenciar los conceptos de prescripción y caducidad. Y también analizar la aplicación del artículo 2.537 del Código Civil y Comercial que trata sobre la modificación de los plazos de prescripción por ley posterior. ¿Las normas sobre prescripción pueden aplicarse analógicamente a las disposiciones sobre caducidad?

También habrá que indagar sobre las normas de los contratos de consumo y derecho del consumidor (artículos 1093, 1094, 1095 CCyC)

Y una vez munidos de la doctrina y legislación vigentes, y habiendo realizado el estudio comparativo de los antecedentes, deberemos fijar posición respecto de tres situaciones jurídicas relativas a la caducidad de los efectos de la inscripción: a) hipotecas para las que haya transcurrido el plazo de 20 años o más desde su inscripción, con anterioridad al 15 de septiembre de 2016; b) hipotecas inscriptas antes del 15 de septiembre de 2016, pero respecto de las cuales –a esa fecha- no hubiera transcurrido el plazo de 20 años; y c) hipotecas inscriptas con posterioridad al 15 de septiembre de 2016.

La calificación notarial estará directamente ligada a la posición doctrinaria que asumamos con relación a las tres situaciones empíricas antes mencionadas.

Será preciso analizar la postura adoptada por los Registros de la Propiedad Inmueble, compulsando las disposiciones técnico registrales vigentes en las distintas jurisdicciones.

## **5. Corolario: la Ley 27.271.**

### La finalidad de la ley.

Esta ley se tituló “Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda”

Entró en vigencia el 15 de septiembre de 2016, a poco de la promulgación del nuevo código, y su finalidad fue crear instrumentos de ahorro, préstamo e inversión llamados “unidades de vivienda” (UVIs).

Para su desarrollo se necesitaba una flexibilización del sistema diseñado por el Código para las obligaciones y para la garantía de los créditos que se viabilizan en el marco de dicha ley. La problemática radica en que las UVIs son unidades de cuenta que tienen un valor inicial

que se actualiza mensualmente. Esta modalidad podría colisionar con los preceptos de la ley 23.928 y con el principio nominalista del art. 766 del Código. (13)

Es por ello que la misma ley prevee, expresamente, en el Capítulo VI titulado “Adecuaciones normativas”, artículo 21, que las disposiciones de la misma se encuentran exceptuadas de lo dispuesto en los artículo 7 y 10 de la ley 23.928 y 766 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Habrá que indagar también en el texto del artículo 22 de la ley que define el principio de especialidad en cuanto al crédito, y se refiere a la inscripción en los Registros de la Propiedad.

Y finalmente adentrarse en el estudio del artículo 23, de la ley que dispone la modificación del artículo 2189 del Código de fondo.

En este punto será preciso abordar la diferencia entre ambos artículos (22 y 23), teniendo en cuenta que el primero pareciera definir el principio de especialidad en cuanto al crédito –exclusivamente- con referencia a los hipotecarios que surgirán en el marco de la ley y el segundo tendría la intención de extender esa misma definición a todos los derechos reales de garantía.

Habrá que tener en cuenta que el estudio de la ley 27.271 se complementa con la exégesis de la ley 25.827/16 y la Comunicación del Banco Central “A 6069”, que incorpora las llamadas UVAS o Unidades de Valor Adquisitivo actualizables por “CER”.

#### Obligaciones de valor/Deudas dinerarias. Cláusulas de actualización.

Haciendo un recorrido histórico, resultará interesante estudiar la normativa referente a cláusulas de estabilización o ajuste, haciendo hincapié en la discusión doctrinaria –vigente el código de Vélez- respecto de la validez o invalidez de las mismas, con apoyatura en el artículo 3.133 del Código Civil. Será preciso analizar también las modificaciones impuestas a posteriori por la ley 21.309, que admitió expresamente las hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a cláusulas de ajuste. Y finalmente los alcances de ley 23.928 (llamada “de convertibilidad”) que prohibió la utilización de cláusulas de actualización.

Será interesante introducirnos en el estudio de las deudas dinerarias (obligaciones de dar dinero) y las deudas de valor (obligaciones de valor).

El deudor cumple la obligación dineraria si paga la cantidad de dinero debida, en cambio cumple la obligación de valor si paga la suma de dinero representativa de la utilidad o valor abstractos a los que tiene derecho el acreedor. (14)

La teoría de las obligaciones de valor se elabora como respuesta a las consecuencias indeseadas que presentaba la estricta aplicación del principio nominalista propio de las obligaciones dinerarias en épocas de importante depreciación monetaria. (15)

El código de Vélez no preveía expresamente la obligaciones de valor; el Código unificado de 2015 las reguló en el artículo 772.

Habrá que precisar en qué tipo de obligaciones se aplica la prohibición de actualización de la ley 23.928 y en cuáles no.

#### Para debatir

Analizar si la posibilidad de implementar cláusulas de ajuste solo se aplica a las hipotecas incluidas en la ley 27.271, en la Comunicación del Banco Central A 6069 (UVAS) y Ley 25.827/16, o es posible extenderlas a todos los préstamos que no enmarcan dentro de esas operatorias, que en caso contrario seguirían afectados por la prohibición de los artículos 7 y 10 de la ley 23.398 y el artículo 766 del CCyCN.

#### Publicidad de la hipoteca y duración de la inscripción a partir de la ley 27.271.

Será de interés analizar lo establecido en el artículo 22 de la ley, en relación a los efectos de la inscripción respecto de terceros: ¿cuál es la intención del legislador al repetir un concepto general ya establecido en el código de fondo para todos los derechos reales? Advertiremos que el artículo 22 pareciera ir más allá, al hacer referencia a la publicidad de la cláusula de actualización del artículo 6 de la ley, legislando una suerte de publicidad “especial” para las hipotecas que se otorguen en el marco de esta normativa.

### **6. Hipoteca de parte indivisa.**

#### Código de Vélez.

El Código Civil admitía, en los artículos 3.123 y 2.678, que cada uno de los condóminos hipotecara su parte indivisa sobre un inmueble común o una parte materialmente determinada. Sin embargo, esta posibilidad se veía neutralizada en la práctica dado que los efectos de la hipoteca quedaban subordinados al resultado de la partición o licitación entre los condóminos y no tenía efecto alguno en el caso que el inmueble se adjudicara a otro copropietario. (16)

Para el Código Civil que el bien se encontrara hipotecado no era óbice para que se pudiera declarar judicialmente la división de condominio (la cual tiene efectos declarativos). En consecuencia cada condómino debía considerarse como si hubiera sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que se le adjudicó y como que nunca tuvo ningún derecho sobre lo que le tocó a los restantes condóminos (artículo 2695). (17)

Conforme a la normativa velezana si el bien hipotecado no era adjudicado al hipotecante, la hipoteca se extinguía porque no tenía efectos, aunque subsistía el crédito.

Será de utilidad indagar en las distintas posiciones doctrinarias sobre el derecho que tenía el acreedor hipotecario en caso de hipoteca de parte indivisa: ¿derecho sujeto a condición suspensiva? ¿derecho no sujeto a ninguna condición? ¿derecho sujeto a condición resolutoria?

Deberíamos recordar qué pasaba en la práctica con estas hipotecas: si eran aceptadas o no por los acreedores hipotecarios (fundamentalmente por las entidades bancarias) y en caso de ser aceptadas bajo qué condiciones o con qué resguardos.

En otro orden de ideas, podrá analizarse la constitución de hipoteca sobre parte materialmente determinada, y las dificultades que conllevaba la aplicación práctica de esta figura.

Artículo 2.207 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La primera parte del artículo reitera lo que establecía su antecedente: la legitimación del condómino para hipotecar su parte indivisa.

La segunda parte pareciera superar la discusión doctrinaria vigente con el Código de Vélez.

Habría que analizar, comparativamente, los textos normativos de ambas normas.

Recomendamos estudiar: la relación que hay entre la hipoteca de parte indivisa y la partición entre condóminos; la oponibilidad de la partición al acreedor hipotecario; la participación del acreedor en la partición.

Será útil determinar cómo procederá el acreedor hipotecario en caso de ejecución.

¿Qué ocurre en caso que se adjudique al hipotecante el total del bien gravado en una parte indivisa?

Y analizar también el supuesto de la venta de la parte indivisa hipotecada.

Del análisis comparativo con el texto de la norma anterior surgirá también la diferencia respecto a la constitución de hipoteca sobre parte materialmente determinada.

## **7. Hipoteca de superficie**

### **7.1) *Introducción al derecho real de superficie.***

Será preciso orientar nuestro estudio, en primer término, al análisis del derecho de superficie en sentido genérico.

Habría que indagar sobre la aplicación práctica y utilidad de este derecho real. El derecho de superficie posibilita que tierras improductivas, por falta de capital de trabajo de sus titulares, privados o públicos, ingresen al circuito de la producción.(18)

Tendremos que analizar los antecedentes normativos:

-la prohibición vigente en el código velezano, y los fundamentos que esgrimía el codificador para sostenerla;

-las modificaciones introducidas por la ley 25.509, que entró en vigencia en diciembre de 2001 e incluyó -en el Código Civil- el derecho de superficie forestal, recogiendo el reclamo de los doctrinarios que se habían expresado sobre el tema, y de numerosos congresos y encuentros jurídicos de carácter nacional e internacional;

-y las normas que regulan la figura -actualmente- en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 2114 y ss), que declama la admisión del derecho de superficie en el sistema de los derechos reales de nuestro ordenamiento jurídico.

Al realizar este recorrido histórico doctrinario nos encontraremos también con la clásica discusión respecto si el derecho de superficie es un derecho sobre cosa propia o cosa ajena, de donde derivan las dos modalidades de este derecho (hoy artículo 2115 del CCyC).

Descubriremos que fue un puntapié importante para esta evolución legislativa el estudio del derecho comparado, donde esta figura se aplica frecuentemente a la construcción, pues se visualizan ventajas tales como: que no es necesario invertir en un terreno (lo que se abone en concepto de superficie siempre es menor que el valor del terreno); que se aísla la tierra de los riesgos del negocio; que el propietario del inmueble sin capital para invertir no se encuentra obligado a venderlo; y que es posible enajenar o gravar el vuelo o el sobrevuelo sin afectar el terreno. (19)

Será de utilidad diferenciar los conceptos de propiedad superficiaria y derecho de superficie, analizando las dos modalidades que surgen del artículo 2.115 del CCyC. Asimismo diferenciar a los sujetos de esta relación jurídica: superficiario y propietario del suelo, y las distintas facultades que la normativa vigente les acuerda a cada uno de ellos.

## ***7.2) Hipoteca de superficie.***

### *Código de Vélez y Proyectos de reforma.*

En cuanto a la hipoteca del derecho de superficie el debate doctrinario giraba en torno al siguiente interrogante: ¿es posible constituir derecho reales sobre otro derecho real? Y en este recorrido histórico será enriquecedor analizar el artículo 3120 del Código de Vélez, que claramente tomaba postura en sentido negativo, en contraste con los artículos 2188 y 2206 del Código Civil y Comercial (22)

También será de utilidad comparar el texto normativo del artículo 2.120 del CCyC con los proyectos de reforma de 1987, 1993 y 1998: ¿consideraban válida la hipoteca del derecho?.

### *Ley 25.509 de Superficie Forestal (año 2001)*

Siguiendo el esquema de estudio hasta aquí propuesto, consideramos que resultará interesante abordar el artículo 2 de la ley 25.509, que es el antecedente del actual artículo 2.120 CCyC, y establecía la posibilidad de gravar el derecho de superficie con derecho real de garantía.

En ese entonces la doctrina discutía sobre el alcance de dicha norma, interpretando algunos que la posibilidad de gravar con derecho real de garantía se circunscribía a la propiedad superficiaria.

Sera útil adentrarnos en esa discusión doctrinaria y las consecuencias prácticas de adoptar una u otra postura, que podía hacer fracasar la finalidad perseguida por el legislador: el financiamiento de la forestación.

### *Artículo 2120 (texto aprobado con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015)*

El artículo 2.120 convalida expresamente la posibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de superficie y sobre la propiedad superficiaria. Concepto que se ratifica en el artículo 2206, que incluye al superficiario entre los legitimados para gravar con hipoteca, y en el artículo 1883 que dispone que el objeto del derecho real puede consistir en un bien taxativamente

señalado por la ley. Esta lectura comparativa se completa con la exégesis del artículo 2.188 (que incluye a los derechos como posible objeto de los derechos reales).

Será importante estudiar el derecho de superficie sobre parte determinada (artículo 2.116 CCyC) y la diferencia entre parte indivisa y parte material, físicamente determinada. En el ámbito notarial será menester contar con normas registrales y catastrales que acompañen esa determinación de una parte material.

Haremos hincapié en el cambio de criterio que plantea el ordenamiento vigente al otorgar al superficiario la posibilidad de hipotecar no solo la propiedad fiduciaria, sino también el derecho de plantar, forestar o construir.

Tendremos que analizar si es posible hipotecar mientras se está construyendo y si la hipoteca se extenderá a lo que se construya con posterioridad a su constitución (extensión del derecho).

Habrá que estudiar la temática del plazo del derecho de superficie (mínimo/máximo), relacionándolo con la garantía.

Abordaremos la extinción del derecho de hipoteca en relación a la extinción del derecho de superficie y las consecuencias de la ejecución de la garantía por el acreedor hipotecario.

Debemos tener en cuenta que el artículo en exégesis, a diferencia de sus antecedentes, no habla de “hipoteca” sino de derechos reales de garantía”, por lo que sería factible gravar el derecho de superficie con anticresis, o fideicomiso de garantía, por ejemplo.

## **8. Anticresis.**

### *Código de Vélez y Proyectos de reforma.*

Deberemos abordar la exégesis de los artículos 3239 (que hablaba del derecho real de anticresis) y 3240 (que se refería al contrato de anticresis), ambos del Código Civil.

Contribuirá a nuestro estudio la comparación de la anticresis con la prenda, analizando similitudes y diferencias.

Podremos indagar en la utilización de esta figura vigente el código velezano, y los motivos de su escasa aplicación práctica.

Será de utilidad analizar también el proyecto de 1998, puntualmente el artículo 2128 de ese texto.

### *Código Civil y Comercial de la Nación.*

Abordaremos las características de esta figura a partir de la exégesis del artículo 2.212.

Será de utilidad definir el objeto de este derecho, que puede recaer sobre toda cosa registrable, y compararlo con lo dispuesto en el código velezano.

Podrá compararse la figura en análisis con la prenda definida en el artículo 2.219.

Será medular el análisis de la posesión, que puede entregarse al acreedor o a un tercero, y la facultad de percibir los frutos para imputarlos a la deuda, como modo de extinguirla.

Siendo un derecho desmembrado, será interesante analizarlo comparativamente con otros derechos reales que están signados por las mismas características como el uso, usufructo y habitación.

Habrá que determinar los sujetos legitimados para constituirla (artículo 2213), teniendo en cuenta la innovación que este artículo representa en relación con su antecedente velezano que hablaba exclusivamente de “propietario” (artículo 3.241 Código Civil).

Deberemos preguntarnos por la ejecución: ¿puede el acreedor anticresista ejecutar la cosa ante el supuesto de no poder cobrarse de los frutos? Siendo el anticresista un acreedor del usufructuario, ¿le son aplicables las reglas generales que los facultan a emplear los medios necesarios para el cobro del crédito? (artículo 2.144, entre otros).

Será importante estudiar el plazo máximo impuesto para esta garantía (artículo 2.214), y las diferencias con su antecedente velezano. Indagar sobre las opiniones doctrinarias vigentes en torno a la conveniencia o no de fijar un plazo y los fundamentos.

En este contexto analizar la contradicción entre el artículo 2.214 y el antiguo 2.189 (previo a la reforma de la ley 27.271).

Deberemos compulsar el artículo 2.218 que legisla sobre la caducidad de la inscripción, diferenciándose de su antecedente velezano.

También será materia de análisis los derechos y deberes del acreedor (artículos 2.213, 2.214, 2.215 y 2.216 del CCyC).

Podremos preguntarnos si la anticresis funcionará como garantía accesoria a la hipoteca.

Y finalmente proponer casos de aplicación práctica de esta figura, analizar su utilidad, y conveniencia para darle cauce a determinados emprendimientos o negocios jurídicos.

## **9. Conclusiones.**

Entonces, haciendo un breve racconto, en esta Comisión nos abocaremos al estudio de:

-artículo 2.189, principio de especialidad en cuanto al crédito, monto de la hipoteca y extensión de la garantía, créditos determinados e indeterminados, plazo;

-artículo 2.210, plazo de caducidad, diferencias entre caducidad y prescripción, aplicación del derecho transitorio, correlación con el artículo 2.537 del CCyC;

-el impacto de las modificaciones introducidas a ambos artículos por la ley 27.271;

-hipoteca de parte indivisa, relación con la partición, oponibilidad al acreedor hipotecario;

-la hipoteca de superficie y la anticresis, que constituyen para el notariado un verdadero desafío por tratarse de instrumentos “remozados” legislativamente, y que a la fecha han tenido escasa aplicación práctica.

Consideramos que, en algunos casos, el uso de determinadas figuras como la que nos ocupan depende de su conocimiento, del asesoramiento correcto de los operadores del derecho y de su consecuente aplicación a aquellos negocios o créditos que se ajusten a las ventajas que cada garantía real puede aportar. (21)

*Frente a este desafío de nuestro tiempo no podemos, no sabemos, quedarnos como espectadores, debemos ser protagonistas.*

---

#### REFERENCIAS

- (1) Franchini, María F.. El principio de especialidad en los derechos reales de garantía, el plazo de inscripción de la hipoteca y otras consideraciones en torno a la ley 27.271. ADLA 2016-33,73.
- (2) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 483
- (3) Alterini, Jorge. Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código, LL 2012-E-898. Citado en Código Civil y Comercial Comentado, ob. cit. Página 485
- (4) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 485
- (5) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 483
- (6) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 509
- (7) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 509
- (8) Alterini, Jorge H. Alterini, Ignacio E. Ahorro, crédito de valor e hipoteca. Primeras reformas al Código Civil y Comercial. LL 03/10/2016, 1. Página 6.
- (9) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 514
- (10) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 511
- (11) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 517
- (12) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 621
- (13) Franchini, María F., ob. cit. Página 2
- (14) Alterini, Jorge H. Alterini, Ignacio E. ob. cit. Página 2
- (15) Alterini, Jorge H. Alterini, Ignacio E. ob. cit. Página 2
- (16) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 603
- (17) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 603/4
- (18) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 281
- (19) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 285
- (20) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 315
- (21) Código Civil y Comercial...Coordinador: Clusellas, ob. cit. Página 628