

TÍTULO XII
Derechos reales de garantía
CAPÍTULO 1

Disposiciones comunes

ARTÍCULO 2184.- Disposiciones comunes y especiales. Los derechos reales constituidos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo.¹

1. Introducción

1.1. Generalidades

La situación normal es que la persona deudora que ha contraído una obligación cumpla regularmente con la prestación debida a la persona acreedora (art. 724 de este Código)². En caso de incumplimiento de la obligación, la parte acreedora tiene acción para percibir la deuda (arts. 730, 736 y concs.) y agredir el patrimonio de la obligada que conforma la garantía común de los acreedores (art. 242). Sin embargo, sus bienes pueden ser insuficientes o acaecer el concurso o quiebra de la deudora, al que concurren todos sus acreedores en posición igualitaria a cobrar a prorrata sus respectivos créditos sobre el producido de la masa de bienes (art. 743).

En virtud de estas razones, la titular del crédito, a fin de reducir o limitar el riesgo que corre en caso de incumplimiento de la deudora, requiere el otorgamiento de una garantía patrimonial. Estas garantías son seguridades adicionales por las cuales la deudora o una tercera persona aportan bienes o patrimonios en garantía de una obligación.

Las garantías del crédito se distinguen en personales y reales. Las garantías personales son otorgadas por una persona distinta de la deudora quien garantiza el cumplimiento de la obligación con todo su patrimonio. Estas garantías no crean derecho de preferencia ni constituyen un privilegio a favor del acreedor, simplemente adicionan un derecho puramente personal lo que se denomina una segunda fuente de pago: por ej. la fianza para cualquier tipo de obligación y el aval para las obligaciones cambiarias. Su finalidad es transferir el riesgo del crédito a la persona garante quien también responde con su patrimonio (art. 743). Pero el riesgo de este tipo de garantía personal también lo constituye la insolvencia de esta segunda persona garante. Por esta razón la ley crea a las garantías reales que sortean estas dificultades, en tanto se afecta un objeto de existencia actual o determinado (cosa mueble o inmueble, un crédito o título valor) de manera preferente y excluyente al pago de la deuda.

En el espectro legal de las garantías reales se deben distinguir con precisión a los derechos reales de garantía que constituyen una especie con tipicidad legal propia. En esta línea de pensamiento, las XXVI Jornadas de Derecho civil (Lomas de Zamora, 2007) declararon:

Garantía real. 1° El concepto de garantía real no es unívoco. En un sentido amplio, se entiende por garantía real aquella que implica la afectación específica, a la satisfacción de un crédito de cosas, bienes o universalidades determinadas. 2° Garantía real y derecho real de garantía. Diferencia. No son estrictamente equiparables los conceptos “garantía real” y “derecho real de garantía”. Deben distinguirse los clásicos derechos reales de garantía sobre cosa ajena de otras figuras jurídicas (reales o personales) en las que también existe afectación de bienes, cosas o universalidades y que cumplen una función de garantía (*lease back*, modalidades resolutorias, dominio fiduciario en función de garantía, etc.).³

¹ Comentario a los arts. 2184 a 2187 elaborado por Alicia Puerta de Chacón.

² En este texto se utiliza la palabra “persona” para designar a las partes contratantes, con perspectiva de género, en tanto es inclusiva respecto de toda “persona humana” y también de la “persona jurídica” que es parte contratante de estos derechos patrimoniales

³ VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, Thomson Reuters, La Ley, Bs.As., 2020, pág. 770 a 771.

El ordenamiento legal contempla distintas garantías reales que tienen un régimen legal particular; por ejemplo, los warrants (Ley N° 9643), los debentures (Ley N° 19.550) y otras que recepta este Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), tales como el fideicomiso de garantía (Arts. 1680, 1685 y conchs.), el *lease back* como modalidad del leasing (Arts. 1227 y sgts.). También algunos derechos reales de garantía están preceptuados por leyes especiales: la hipoteca naval y la prenda naval (Ley N° 20.094 arts. 499 a 514) y la hipoteca aeronáutica (Código Aeronáutico Ley 17.285 arts. 52 a 57)⁴

1.2. Método. Disposiciones comunes y especiales

El Título XII del Libro Cuarto del Código, en cuatro Capítulos, regula a los derechos reales de garantía creados por la ley que son: la hipoteca, la anticresis y la prenda, conforme lo dispuesto por el art. 1887 incisos l), m) y n).

Se sigue el criterio metodológico que instituye el Título I de este ordenamiento que sistematiza las normas generales de los derechos reales. En tal sentido, el Capítulo I del Título XII establece las disposiciones comunes de los tres derechos reales de garantía receptados atinentes a los caracteres, la extensión en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, las facultades de la persona constituyente, la responsabilidad de la persona propietaria no deudora, la ejecución, la extinción y la cancelación.

Este método ha reducido significativamente el número de artículos con relación a los que establecía el Código civil derogado y facilita a la persona la búsqueda y lectura del régimen legal. Máxime que los caracteres de los derechos reales de garantías son comunes: convencionalidad (art. 2185); accesoriedad (art. 2186); especialidad del crédito (arts. 2187 y 2189); especialidad de la garantía (art. 2189); especialidad del objeto de la garantía (art. 2188); indivisibilidad (art. 2191) y publicidad (art. 1893).

Los caracteres que siguen siendo esenciales son: la convencionalidad, la accesoriedad y la especialidad en sus distintos planos, estos caracteres no pueden faltar bajo pena de nulidad absoluta de la garantía (art. 1884). En cambio, la indivisibilidad mantiene carácter natural porque puede o no existir, dado que es factible el pacto de divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados (art. 2191). En cuanto a la publicidad es un requisito que hace a la condición de eficacia del derecho real, porque es inoponible a los terceros interesados de buena fe si no tiene publicidad suficiente -posesoria o registral- según el régimen particular de cada uno de los tipos de derechos reales de garantía (art. 1893).

Las normas especiales de cada tipo de derecho real de garantía se tratan: en el Capítulo 2 la Hipoteca, el Capítulo 3 la Anticresis y el Capítulo 4 la Prenda. Precisamente la norma bajo comentario explicita el esquema metodológico.

Por su parte, el Capítulo 4 se compone de la Sección 1: Disposiciones generales, Sección 2: Prenda de cosas y Sección 3: Prenda de créditos. En cuanto a la prenda con registro si bien la recepta el Código en el Artículo 2220, su regulación ha quedado sujeta a la normativa del Decreto Ley N° 15.348/46 ratificado por la Ley N° 12.962 complementaria de este Código y el Decreto N° 897/95. También el régimen de la Ley 9.644/14 de Prenda Agraria y de la prenda automotor.

La Ley N° 27.271 denominada del Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda -que entró en vigencia el 15 de setiembre de 2016- introdujo dos importantes modificaciones al régimen de los derechos reales de garantía establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

El artículo 23 de la citada ley reemplaza el texto del Artículo 2189 del Código relativo a la “Especialidad en cuanto al crédito” y recepta con precisión las garantías abiertas de créditos

⁴ COSSARI, Nelson G.A. y COSSARI, Leandro N., Comentario al artículo 2184, en ALTERINI, Jorge (director); COSSARI, Nelson G.A. (director del tomo) y ALTERINI, Ignacio, E., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, 3ra. edición actualizada y comentada, ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, T ° X, Bs.As., 2019, págs. 478 a 488 y 492 a 496.

indeterminados. Y el artículo 24 de la ley reemplaza el texto del artículo 2210 del Código respecto del “Plazo de duración de la inscripción” de la hipoteca, extendiéndolo de veinte (20) años como establecía el Código a treinta y cinco (35) años conforme lo estatuye la mencionada ley.

2. Análisis

2.1. Aspectos estructurales. Naturaleza jurídica

De conformidad con las Disposiciones generales de los derechos reales, la hipoteca, la anticresis y la prenda son derechos reales sobre objeto ajeno (art. 1888) y accesorios de un crédito en función de garantía (art. 1889). Estos derechos reales, a diferencia de los derechos reales principales, necesitan de un crédito (obligación) para cumplir su función de garantía, por tal razón son accesorios (art. 2186).

Como tales, son creados y gobernados por normas de carácter estatutario, con fundamento en el orden público (art. 12). Estas normas estructurales atañen a los elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción. Es decir que las personas no pueden crear otros derechos reales de garantía ni modificar los previstos por la ley (arts. 1884 y 1887).

En esta materia rige imperativamente la tipicidad legal, salvo que la ley misma admita en algún aspecto la autorregulación del derecho por una norma de carácter reglamentaria. Por ejemplo, el artículo 2191 establece la indivisibilidad del derecho real de garantía, pero faculta a las partes para convenir su divisibilidad respecto del crédito y de los bienes afectados. También artículo 2226 dispone que la acreedora prendaria no tiene uso de la cosa prendada, salvo que lo consienta la parte deudora constituyente de la prenda.

Los derechos reales de garantía se manifiestan a través de los poderes jurídicos que confieren a la parte acreedora y que recaen directamente sobre el objeto gravado para obtener la satisfacción de la deuda garantizada (art. 1883). Estos derechos atribuyen las facultades de persecución y preferencia, con la finalidad de perseguir el bien gravado en poder de quien se encuentra y hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente (art. 1886). Tales atribuciones se ejercen en caso de incumplimiento de la parte deudora, mediante la ejecución de la garantía, cuyo objeto se subroga en el precio o indemnización u otra suma obtenida y se aplica al pago de la obligación garantizada, con el privilegio respectivo (art. 2194) y la consiguiente extinción de la garantía (art. 2203).

El otorgamiento de una hipoteca o de una prenda importa consentir anticipadamente la ejecución del objeto gravado ante el incumplimiento. Sea mediante la subasta del inmueble hipotecado, la venta o adjudicación acordada de la cosa prendada. La anticresis a diferencia de la hipoteca y de la prenda es una garantía autosatisfactiva, porque la posesión de la cosa se entrega a la acreedora o a una tercera persona designada por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda (art. 2212 y solo en la medida del monto o cobertura de la garantía establecida en el acto constitutivo. El principio de especialidad de la garantía rige para todos los derechos reales de garantía (art. 2189 2do. párrafo reformado por la Ley 27.271, art. 23).

Además, estas garantías, especialmente la hipoteca y la prenda, tienen un tratamiento especial en los casos del concurso y de la quiebra de la persona constituyente, que provoca la ruptura del principio de igualdad de trato de los acreedores (Ley 24.522 arts. 19, 21, 126, 129, 132, 209, 241 inc.4) y 242 inc.2).

Se debe tener en cuenta que la parte acreedora titular del derecho real de garantía también detenta poderes jurídicos con anterioridad a la eventual ejecución, porque la ley le reconoce medidas tendientes a mantener incólume el valor de la garantía si el constituyente realiza actos que son perjudiciales (Art. 2195).

La anticresis y la prenda son derechos reales que se ejercen por la posesión dado que el objeto se entrega a la acreedora o una tercera persona designada por las partes contratantes (arts. 2212 y 2219). En cambio, la hipoteca y la prenda registral cuentan con mayores ventajas, porque mantienen la posesión en poder de su propietaria (constituyente de la garantía), quien puede otorgar sobre el

mismo objeto ulteriores garantías. Tratándose de cosas registrables (la hipoteca sobre inmuebles y la prenda registral sobre cosas muebles registrables) la prioridad se determina por la fecha de su inscripción en el registro respectivo. No obstante, cabe señalar que si se trata de la prenda registral será necesaria la conformidad de la acreedora prendaria para constituir una nueva prenda (art. 7° Ley 12.962). Las garantías registrables confieren mayor seguridad al tráfico jurídico por su publicidad registral.

2.2. Aspectos funcionales

Cada una de estas garantías opera y presta utilidad en un ámbito social y económico específico. Así, la hipoteca se utiliza generalmente en las operaciones crédito a largo plazo amortización (compraventa con saldo de precio pagadero en cuotas, mutuo, suministro, locación, obra, servicio, etc.) y confieren gran seguridad de cobro, puesto que recaen sobre inmuebles que en una economía sana mantienen o incrementan su valor. Generalmente se utilizan para garantizar los créditos destinados a la adquisición, la construcción o refacción de viviendas, y en este aspecto cumplen una significativa función social; también o para la explotación económica, si se trata de inversiones en inmuebles con destino comercial, industrial o rural. Por esta razón las formalidades constitutivas son más rigurosas (escritura pública) y el plazo de duración de la inscripción se extiende actualmente a treinta años (art. 2210 reformado por Ley N°27.271), salvo las registradas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley (15/09/2016) cuya caducidad registral opera a los veinte años, salvo que se renovare la inscripción.

En cuanto a la anticresis este Código la aplica a los inmuebles y también a las cosas muebles registrables (automotores, embarcaciones, aeronaves, maquinarias, etc.), por lo que es una garantía con ductilidad para las partes contratantes del crédito, en el caso que la propietaria opte porque la posesión sea ejercida por la parte acreedora u otra a los fines de que obtenga los frutos de la cosa y satisfaga la deuda. De allí que dependerá de la naturaleza de su objeto el plazo de financiamiento y de cómo este se calza con el plazo de duración de la garantía⁵. Si es un inmueble el plazo máximo de duración del derecho es de 10 años y de la inscripción de 20 años y si es una cosa mueble registrable el plazo de duración máximo es de 5 años y de la inscripción de 10 años (arts. 2214 y 2218).

Por su parte, la prenda de cosas generalmente se aplica a contratos de corta duración (por ej. el préstamo con empeño de alhajas u otra cosa mueble de gran valor económico, como sucede actualmente con los dispositivos electrónicos).

En cuanto a la prenda de títulos valores (art. 2231) su duración depende de la del título valor preñado, del mismo modo que la prenda de créditos (art. 2232). La prenda de créditos y de títulos valores tienen una importancia vital en los diversos contratos bancarios y financieros (arts. 1378 y concs.) corto y mediano plazo, por su calidad de garantías autoliquidables preferidas por los operadores de crédito institucionales.

Respecto de la prenda sobre automotores, tan utilizada por las empresas industriales y proveedoras para financiar la adquisición, la ley establece, en consideración del demérito de su valor venal, el plazo de cinco años para la de caducidad registral y la pérdida del privilegio, salvo la reinscripción de la prenda (art. 23 Dec. Ley 15.348/46).

Otro aspecto de interés respecto de la funcionalidad de los derechos reales de garantía se da con las denominadas garantías abiertas o de créditos indeterminados y de monto máximo. Estas garantías desconocidas por el Código civil anterior y de intensa aplicación en los negocios bancarios y empresarios, fueron receptadas por el CCyC en el artículo 2189, norma que fuera remplazada posteriormente por la Ley 27.271 (art. 23) para dar mayor precisión a su régimen legal. Este tipo de derecho real de garantía real, proveniente del sistema germánico hipotecario, ha sido precisamente legislada para el ámbito bancario y empresario, a fin de asegurar las operaciones de crédito presentes y/o futuras que se gestan a lo largo del tiempo entre estas entidades de crédito y sus clientes, por esta

⁵ BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACON, Alicia, Anticresis ¿sí o no?, LA LEY 05/07/2021, 1 TR LALEY AR/DOC/1932/2021.

razón exigen la fijación de un monto máximo de cobertura y un plazo determinado que no exceda los diez años (remisión al comentario de la norma).

3. Avances doctrinarios

La lectura y aplicación de las normas de fondo –como las regulatorias los derechos patrimoniales- se realiza bajo el prisma de la Constitución Nacional y del control de convencionalidad de los tratados de derechos humanos⁶. El juez debe resolver mediante una decisión razonablemente fundada, interpretando la ley en los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento (arts. 1º, 2º y 3º CCyC).

En materia de derechos reales de garantía la protección de la persona humana como deudora y/o propietaria la vivienda hipotecada se ha manifestado principalmente en las situaciones de crisis económicas y sociales, las que suceden cíclicamente en el país. El legislador de la emergencia ha debido realizar grandes esfuerzos para mantener el equilibrio entre la tutela del crédito garantizado y la vivienda hipotecada.⁷ Recientemente, la emergencia pública sanitaria dirigida a detener la expansión del COVID-19, requirió el dictado de decretos de necesidad y urgencia a fin de garantizar los derechos fundamentales y humanos individuales y colectivos, entre ellos el DNU 319/2020 y el DNU 320/2020 para mitigar el impacto socioeconómico y atender la grave problemática de los créditos destinados a la adquisición de la vivienda y de los créditos prendarios instrumentados en Unidades de Valor Adquisitivo (UVA). Esta normativa dispuso el congelamiento de cuotas, suspensión de ejecuciones hipotecarias y prendarias, prórroga de los plazos de prescripción de las acciones, suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de instancia, prórroga de las inscripciones registrales de las garantías, entre otras medidas. La doctrina ha considerado que:

El problema central en materia de créditos hipotecarios y prendarios cuyos capitales se expresan en UVA aún está latente. En ese estadio, el derecho de los contratos, y en especial el de los contratos de consumo, exigen al operador jurídico una mirada atenta a la realidad económico-social, para adecuar y graduar con razonabilidad las respuestas jurídicas que se articulen frente a las situaciones que genera el peculiar, inédito y contingente momento histórico que el mundo atraviesa a causa del COVID-19, con grave riesgo para derechos humanos primarios como la vida o la salud.⁸

El derecho de consumo tiene una injerencia decisiva en la protección del consumidor del crédito hipotecario y del crédito prendario, frente a la posición dominante que ejercen los operadores de crédito. En estos casos existe una clara relación de consumo por lo que corresponde aplicar la Ley 24.240 y sus modificatorias y los Artículos 1092, 1093, 1384 y conchs. del CCyC. Además, el Artículo 7º del citado ordenamiento dispone que las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor.

4. Avances jurisprudenciales

Con esta orientación se inscriben los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en ejecuciones hipotecarias y prendarias, con posterioridad a la vigencia del CCyC. El alto Tribunal pondera el estado de desigualitario en que se encuentra la persona humana consumidora de crédito frente al poder empresario y financiero, máxime cuando está en juego su vivienda y elementos de trabajo y en situaciones asimétricas de gran vulnerabilidad y fragilidad.

⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Capítulo VI, en *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

⁷ PUERTA DE CHACÓN, Alicia y NEGRONI, María Laura, Comentario artículo 3109, en ZANNONI, Eduardo y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 2010.

⁸ FRUSTAGLI, Sandra A., Los créditos hipotecarios en Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) frente a la emergencia sanitaria: primeras reflexiones sobre el decreto 319/2020, en LA LEY 27/05/2020, 1., TR LALEY AR/DOC/1244/2020. Conf. ITURBIDE, Gabriela A., Reflexiones sobre el decreto 319 de congelamiento de cuotas y suspensión de ejecuciones hipotecarias y prendarias en UVA, en ADLA2020-6, 15, TR LALEY AR/DOC/1676/2020

En un pronunciamiento relativo al trámite del secuestro del bien prendado que establece el art. 39 de del Dec. Ley 15.348/46, la Corte admitió la queja por denegación del recurso extraordinario y sostuvo que

si bien es cierto que las cuestiones atinentes al trámite del secuestro prendario no habilitan la instancia del artículo 14 de la ley 48, por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, tal regla admite excepción en los asuntos en los cuales, como ocurre en el *sub lite*, lo resuelto ocasiona un gravamen de imposible reparación ulterior que permite equiparar el fallo apelado a un pronunciamiento definitivo. En efecto, privar al deudor —en la relación de consumo— de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional. Que, en tales condiciones, lo resuelto por la cámara afecta de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (artículo 18 de la Constitución Nacional), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, a fin de que los planteos sean nuevamente considerados y decididos mediante un fallo constitucionalmente sostenible (Fallos: 336:421, entre otros)⁹.

En otro caso, por voto de mayoría, desestimó el recurso de queja contra el rechazo del recurso extraordinario con fundamento en el art. 280 del CPCCN. En virtud del rechazo quedó firme la sentencia Superior Tribunal de Entre Ríos que confirmó la sentencia de cámara que rechazó la ejecución hipotecaria y admitió la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado con fundamento en el artículo 50 de la Ley 24.240, que establece un plazo de tres años. El tribunal valoró que la actora fallida se dedicaba a la construcción de viviendas, por lo que revestía el carácter de proveedora en los términos del artículo 2 de la Ley 24.240 y que debe aplicarse en su marco el criterio interpretativo más favorable al consumidor, en la litis adquirente del inmueble que gravó con hipoteca.¹⁰

En otra causa llevada a su conocimiento, la Corte hizo lugar a la queja y admitió el recurso extraordinario planteado por la curadora de la coejecutada declarada insana, en contra la sentencia que desestimo el planteo de nulidad de la ejecución hipotecaria de su vivienda. Esta parte petitionó que se anulara todo lo actuado con posterioridad a la decisión que dispuso que la deuda se abonara en moneda extranjera, con fundamento en que no fue notificada y se le impidió ejercer su derecho de defensa. La sentencia de cámara expresó que las nulidades procesales debían interpretarse en forma restrictiva y que la apelante había sido bien notificada de la sentencia de trance y remate dictada en el juicio principal y de su confirmación por la alzada; y que no era necesario notificarla de la posterior decisión que, de oficio, había revocado una anterior que pesificó la deuda y había ordenado su pago en moneda extranjera, por tratarse de una cuestión incidental articulada por los otros dos coejecutados. La Corte sostuvo que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos: 328:4832; 331:1859) y revocó la sentencia apelada declarando nulo lo actuado.¹¹

ARTÍCULO 2185.- Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo.

1. Introducción

Esta norma hace referencia a la convencionalidad, es decir a la causa jurídica que da origen al derecho real de garantía creado por la ley: hipoteca, anticresis o prenda. Se debe tener presente la

⁹ CSJN, 11/06/2019, “HSBC Bank Argentina SA c. Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario”, L.L., TR LALEY AR/JUR/17096/2019.

¹⁰ CSJN, 09/12/2015, “Ercon S.A. c. García, María Lorena s/ ejecución hipotecaria”, L.L., LALEY AR/JUR/87454/2015.

¹¹ CSJN, 22/12/2015, “Terruli, Jorge Miguel c. González, Manuel Enrique y otros s/ ejecución hipotecaria”, L.L., TR LALEY AR/JUR/62531/2015.

diferencia entre el acto de creación del derecho real que siempre es la ley (art. 1884) de la fuente o causa jurídica que da nacimiento a ese derecho en cada caso particular.

La causa o fuente de estos derechos reales solo puede ser la convención o acuerdo de las partes contratantes: de una parte, la constituyente de la garantía (propietaria deudora o no deudora) y, de la otra parte, la acreedora titular del derecho del derecho real de garantía.

El primer tramo de la norma es una disposición común a los derechos reales de garantía, en cambio lo atinente a los legitimados para constituir el derecho real de garantía real esta reglado en cada caso por las disposiciones particulares: la hipoteca (art. 2206), la anticresis (art. 2213) y la prenda (arts. 2219 y 2222). Es decir, no existe una coincidencia total entre los legitimados; por ejemplo, el usufructuario está facultado para constituir derecho real de anticresis sobre los frutos que le correspondan (Art.2213) pero no lo está para constituir una hipoteca sobre el inmueble dado en usufructo (art. 2206).

También las formas constitutivas de cada una de ellas están preceptuadas por las disposiciones particulares y dependen del régimen jurídico que corresponde al objeto de la garantía: la hipoteca (inmueble arts. 1017 inc. a) y 2208), la anticresis (si el objeto registrable es cosa mueble rige la legislación especial, por ej. el automotor y Dec. Ley N° 6582/58) y la prenda (arts. 2219 y 2222), si recae sobre automotor (art. 6 Dec. Ley 15.348/46 y arts. 17 y 19 Dec. Ley N° 6582/58).

2. Análisis

2.1. *Carácter esencial*

La convencionalidad es un carácter esencial de los derechos reales de garantía porque solo se constituyen por contrato. De acuerdo con el derecho real de garantía que se constituye, el contrato será hipotecario, anticrético o prendario.

Solo la persona titular del dominio o propiedad del objeto gravado tiene facultad para constituir el derecho real de garantía. Con relación a la titular del derecho real de usufructo tiene la facultad de constituir la anticresis porque a ella pertenecen los frutos (arts. 2141 y 2142), la misma facultad se reconoce a quien es titular del derecho de superficie (art. 2120).

Se debe tener en consideración que los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes que recaen sobre el objeto (art. 1888) y que conllevan a la imperfección del dominio o propiedad que ostenta la parte constituyente (arts. 1946 y 1964). La palabra carga o gravamen tiene un sentido eminentemente objetivo porque pone el acento en el objeto, es decir, en la sujeción de éste al pago de la deuda asegurada. La existencia de la carga real o gravamen se traslada con el dominio o propiedad de la cosa y ello importa el demérito de su valor económico. No es igual adquirir un inmueble hipotecado que libre de gravamen.

Este Código siguió los mismos lineamientos que el Código civil derogado, de no admitir las hipotecas legales, tácitas y generales sobre los todos bienes presentes y futuros de la persona obligada. Asistía razón a Vélez, que en la glosa explicaba que estas hipotecas arruinan el crédito y afectan la seguridad jurídica por la falta de especialidad del objeto, del monto y de publicidad (art. 3115 Cód. Civ.), apartándose del derecho francés que todavía las regula.¹²

¹² Código Civil de la República Francesa. Artículo 2400. Con independencia de las hipotecas legales derivadas de otros códigos o de leyes especiales, se concederá hipoteca legal sobre los siguientes derechos y créditos:

1o Los de un cónyuge, sobre los bienes del otro;

2o Los de los menores o adultos bajo tutela, sobre los bienes del tutor o del administrador legal;

3o Los del Estado, los departamentos, municipios y entidades públicas, sobre los bienes de los recaudadores y administradores contables;

4o Los del legatario, sobre los bienes de la sucesión, en virtud del artículo 1017; 5o Los indicados en el artículo 2331, puntos 2o, 3o, 5o, 6o, 7o y 8o.

Inclusive el CCyC es más estricto que Código civil de Vélez, tampoco recepta la prenda tácita que admitió el ordenamiento derogado en el artículo 3218 al disponer:

Si existiere, por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda.

Es así como los derechos reales de garantía se deben ajustar estrictamente al requisito de la especialidad, por cuanto requieren la constitución expresa por las partes contratantes con la determinación de crédito, del objeto gravado y del monto de la garantía, salvo lo dispuesto respecto de la especialidad para los créditos indeterminados (remisión al comentario del art. 2189 texto introducido por la Ley N° 27.271).

La convencionalidad no impide que el acto de constitución formal del derecho real de garantía se otorgue por la voluntad unilateral de la persona constituyente y luego sea aceptado por la parte acreedora con los mismos recaudos formales, perfeccionando el contrato. Este supuesto está previsto por el Artículo 2208 para la hipoteca, pero no existe impedimento para aplicar la misma formalidad para la anticresis y la prenda.

2.2. Prohibición de constitución judicial. Promesa de contrato

El juez no tiene facultad para ordenar imperativamente la constitución de un derecho real de garantía en seguridad de una obligación ni del cumplimiento de una sentencia. La disposición general del Artículo 1896 establece la prohibición de constituir derechos reales por decisión judicial, excepto disposición legal en contrario.

Distinto es el supuesto del contrato preliminar como la promesa de constituir el derecho real de garantía que se asume formal y expresamente por instrumento privado. Sin embargo, para que sea exigible judicialmente, debe cumplir con los recaudos que imponen los requisitos de accesoriedad y especialidad. No tendría efecto alguno; por ejemplo, si expresara sin más que se constituirá una hipoteca. El Artículo 994 dispone en su primer párrafo que: “Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo”.

En caso de que la promesa no se cumpla se aplica el régimen de las obligaciones de hacer (art. 995). La hipoteca exige la forma de la escritura pública (arts. 299 y 1017 inc. a) en este caso se aplica el Artículo 1018: “Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento”. Cabe aclarar que no es una hipoteca judicial, sino que existe un juicio de escrituración en que la parte condenada a escriturar no cumple y el juez actúa en representación de la obligada.

Una cuestión dudosa suscita el denominado boleto de compraventa inmobiliaria que se formaliza en instrumento privado y el plazo de caducidad que estatuye el artículo 994 que en el 2do. párrafo dice: “El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento”. La cuestión puede tener incidencia con respecto a la promesa de la compradora constituir una hipoteca o una anticresis para asegurar el pago del saldo de precio, dado que se trata de una cláusula usual en este tipo de contrato.

El interrogante es si el boleto de compraventa inmobiliaria es un contrato preliminar y está sujeto al plazo de caducidad¹³. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca

¹³ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., Comentario del artículo 995, en ALTERINI, Jorge (director); LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., (coordinador) y ALTERINI, Ignacio E., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, 3ra. edición actualizada y comentada, ed. Thomson Reuters La Ley, T ° V, Bs.As., 2019, págs.264 a 268. El autor manifiesta que el boleto de compraventa inmobiliaria está sujeto al plazo de caducidad, aunque postula diversas alternativas para establecer su vigencia.

2015), la Comisión de Contratos declaró por unanimidad que “el plazo de caducidad no alcanza al boleto de compraventa inmobiliaria en razón de que no se trata de un contrato preliminar”. Esta tesis se comparte, porque el boleto instrumenta el contrato de compraventa como contrato definitivo que se perfecciona por el acuerdo de voluntades (art. 1123). Por esta razón, si en el boleto consta la voluntad de constituir la hipoteca, la misma es una condición de la venta y tampoco está sujeta al plazo de caducidad.

El artículo 1108 transcrito concuerda con artículo 969 relativo a los contratos formales. Esta norma distingue los contratos en que la solemnidad es condición de validez del acto (por ej. donación), de los contratos en que la forma es requerida para que produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad; es decir, que éstos no quedan concluidos como tales mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, son contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Este segundo supuesto es aplicable al boleto de compraventa inmobiliaria.

2.3. Aspectos instrumentales

El contrato de constitución del derecho real de garantía reviste los requisitos de un título suficiente (art. 1892). Si bien no se trata de una adquisición derivada en sentido estricto, porque quien constituye la garantía no transmite su propio derecho, si lo hace derivativamente en razón de su titularidad. De ahí deviene la expresión constitución del derecho real de garantía y no adquisición o transmisión.

El Código dice: “Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real... Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto” (art. 1892).

Los requisitos objetivos del título suficiente son la finalidad constitutiva del derecho real de garantía y la forma que para cada caso establecen las normas particulares. En cuanto a los requisitos subjetivos son la legitimación de la persona constituyente y la capacidad. La ausencia de estos elementos determina la nulidad del acto.

En virtud de que los derechos reales de garantía son accesorios de un crédito, se debe distinguir el contrato que da origen al crédito garantizado (por ej. compraventa con saldo del precio, mutuo, suministro, locación, obra, servicio, etc.-) del contrato que constituye el derecho real de garantía. También la obligación asegurada puede tener su origen en acto jurídico unilateral (por ej. el reconocimiento de una deuda). Así mismo se deben distinguir los sujetos que intervienen en cada contrato, puesto que la garantía puede ser otorgada por una tercera persona que no es la deudora.

Respecto de la instrumentación se dan algunas variantes. Es factible que ambos contratos, el que da origen a la obligación y el que da origen a la garantía, estén contenidos en el mismo instrumento, en tal supuesto existe unidad instrumental. Esta formalidad se cumple; por ejemplo, con la escritura pública de la venta del inmueble que en forma simultánea constituye la garantía por el saldo de precio; también si es un contrato de mutuo y en el mismo instrumento se constituye la hipoteca o la prenda en garantía de la amortización de la deuda.

Distinto es que exista dualidad instrumental. Si ello sucede, es necesario que el contrato de constitución de la garantía cumpla con el requisito de la especialidad o individualización del crédito, si se trata de un crédito determinado; por ej. la hipoteca o la prenda se constituyen con posterioridad al contrato de crédito. Respecto de las garantías abiertas de créditos indeterminados (art. 2189 mod. Ley 27.271), en oportunidad de ejecutar la garantía se deberá acreditar la existencia del crédito y la habilidad ejecutiva del título que lo documenta, juntamente con el título ejecutivo de la garantía.

2.4. Aspectos subjetivos

La norma del artículo 1892 exige que el legitimado sea capaz. Con relación a la persona humana la regla es la capacidad de derecho (art. 22) y la capacidad de ejercicio (art. 23) que se presume inclusive cuando la persona se encuentra internada en un establecimiento asistencial (art. 31 inc. a).

2.4.1. *Mayoría de edad. Capacidad*

Tiene capacidad para contratar quien ha cumplido los dieciocho años (art. 25) o siendo menor de edad, se ha emancipado (art. 27) u obtuvo título profesional habilitante, con los alcances previstos por el ordenamiento (art. 30)¹⁴.

La persona menor de edad ejerce su derecho a través de sus representantes legales (art. 26). Difícilmente constituya un derecho real de garantía, porque los progenitores no pueden disponer de los bienes del hijo sin autorización judicial (art. 692), tampoco los tutores (art. 121) ni los curadores (art. 138). Es probable que se otorgue la prenda de una cosa mueble no registrable (ej. alhaja, computadora, celular, etc.). La ausencia de capacidad produce la invalidez del contrato y la declaración de nulidad que es relativa (art. 1000) por tanto susceptible de confirmación cuando se adquiera la mayoría de edad (art. 393).

2.4.2. *Asentimiento del cónyuge o conviviente*

Otro impedimento a la libertad dispositiva se presenta con los actos que requieren el asentimiento del cónyuge para la disposición jurídica de la vivienda familiar (constitución de una hipoteca o anticresis). La vivienda familiar tampoco puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Si el acto se otorga con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se le otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación a su cargo (arts. 456 a 458, 470, 471).

El asentimiento también es necesario para disponer de los muebles indispensables del hogar u objetos destinados al uso personal o laboral del otro cónyuge. En este caso el cónyuge que no dio el asentimiento puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad previsto por el artículo 462. Esta protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables alcanza al conviviente en el marco de una unión convivencial inscripta (art. 522).

2.4.3. *Ausencia de legitimación*

Este problema se presenta con alguna frecuencia con las personas jurídicas, si el otorgamiento del acto se realiza sin apoderamiento especial o representación suficiente (art. 147, 158 y concs.). Estos actos están afectados de nulidad relativa (art. 386).

Los conflictos de mayor gravedad se dan en los supuestos de las denominadas enajenaciones a *non domino*, cuando no existe autoría o intervención de la persona titular del objeto gravado en el otorgamiento del acto dispositivo (art. 392 2do. párrafo).

La jurisprudencia exhibe numerosos precedentes de personas que invocan una falsa identidad o un poder de disposición apócrifo y enajenan una cosa que es ajena como propia. Frente a estas maniobras dolosas, por más que el subadquirente sea de buena fe y a título oneroso no podrá adquirir por causa de la ley y constituir válidamente un derecho real de garantía. Si ello ocurriera, el acto de adquisición y el de constitución de la garantía adolecerían de nulidad absoluta, aunque otra postura doctrinaria los califica de inexistentes por ausencia de un elemento esencial que es el sujeto titular del derecho.

En cambio, es factible la convalidación dispuesta por el art. 1885 que preceptúa: “Si quien ha constituido transmitido un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”. La convalidación opera automáticamente, cualquiera sea la causa de adquisición (acto entre vivos, prescripción adquisitiva, sucesión por causa de muerte). En el régimen vigente la convalidación se aplica a la adquisición de todos los derechos reales, se supera el problema del Código civil derogado que exceptuaba de la convalidación al derecho real de hipoteca (remisión al comentario del artículo 2206).

¹⁴ Estas reglas de la capacidad no aplican a contratos de escasa cuantía (art. 684 del CCyC). También deberá tenerse presente el principio de autonomía progresiva (art. 26 del CCyC)

También el defecto de título por falta de autoría se puede sanear por el transcurso del tiempo por la prescripción adquisitiva breve, si el adquirente o el subadquirente es de buena fe con base en el justo título, ejerce la posesión ostensible y continua de la cosa inmueble durante diez años y si es una cosa mueble por dos años (art. 1898).

2.4.4. Vicios de la voluntad. Distinción con la violencia de género

Los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia) invalidan el acto jurídico fuente del crédito o de la garantía. El caso de violencia, bajo la modalidad de la fuerza física o intimidación que sufre la persona humana previsto por las normas del Código (arts. 276 a 278) se debe distinguir, de acuerdo con las circunstancias de hecho, con la violencia de género que experimenta la mujer por su condición de tal y se encuentra bajo el amparo del plexo normativo constitucional, convencional y legislativo de protección integral.

3. Avances doctrinarios

La violencia de género es la violencia contra la mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada y que consiste en una forma de discriminación.¹⁵

Es factible que, en una relación conyugal, convivencial o parental la mujer se encuentre sometida al poder de dominación del hombre y que esta circunstancia determine que se sienta forzada o intimidada para otorgar actos dispositivos en relación a sus bienes patrimoniales. Por hipótesis, podría ser constreñida a otorgar una hipoteca sobre un inmueble que les es propio en garantía de una deuda de su esposo, conviviente o su persona de su entorno.

En estas situaciones de asimetría de poder, de acuerdo con la directiva constitucional se aplican los tratados de derechos humanos, en particular la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) suscripta por Argentina el 17/07/1980 y aprobada por la Ley N°23.179. También, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención Belem do Para” aprobada por la Ley 24.362 de 1996, en cuyo artículo 1°. Expresa que debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Y en el artículo 2° que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica.

Además Argentina ha dictado la Ley N°26.485 de Protección Integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, cuyas disposiciones son de orden público (art. 1°) y que define a la violencia contra las mujeres “a toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”. Esta normativa se complementa con la Ley N° 27.499 denominada Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado.

La doctrina autoral considera

acertado y justo el término empleado por el legislador basándose en una “relación desigual de poder”, ya que es justamente el pilar en el cual se asientan las parejas atravesadas por una crisis violenta, donde el hombre ejerce un poder de superioridad sobre la mujer. En efecto, vemos una relación donde hay un desequilibrio de poder, quien manipula la relación es quien tiene preeminencia en la misma, de manera que la parte más débil se encuentra en inferioridad de condiciones¹⁶.

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres, en RDF:90, 19, TR LALEY AR/DOC/1694/2019

¹⁶ BENTIVEGNA, Silvana Andrea, *Violencia familiar*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pág. 29.

Estos casos sometidos a decisión judicial deben ser juzgados con perspectiva de género¹⁷.

4. Avances jurisprudenciales

La Suprema Corte de Justicia mendocina resolvió con perspectiva de género un interesante caso de violencia física, psicológica y económica o patrimonial perpetrada por el marido en contra de su esposa, a quien luego de un mes de inferirle un feroz ataque físico, le requirió firmar un instrumento notarial donde ella renunciaba a derechos patrimoniales, reconociendo que los bienes que habían adquirido eran con fondos que pertenecían como propios de su esposo¹⁸. No obstante, que en este juicio no estaba involucrado ningún derecho real de garantía, es un precedente importante que aplica la mirada de género respecto de la invalidez de un acto jurídico que desplaza a las normas del CCyC relativas a los vicios de la voluntad.

Conforme los términos de la traba de la litis, la mujer inició un proceso a fin de que se declarara la nulidad de la escritura pública en la que formuló el reconocimiento, con fundamento en el vicio de consentimiento; adujo que tenía discusiones con su marido, que él hablaba de noche dormido, descubriendo situaciones personales suyas, lo cual la llevó a enfermarse física y psíquicamente en forma muy acentuada. La acción fue resistida y la sentencia de primera instancia rechazó la acción, considerando que el instituto de la nulidad se debe aplicar con suma prudencia y de modo restrictivo. El juez tomó en consideración la fecha de realización del acto, cuando había cesado la vida en común, y valoró el testimonio del escribano y su secretaria que dijeron que no vieron señales, signos de violencia o temor que pudieran inclinar la voluntad de la actora.

Articulada la apelación por la actora, el fallo del tribunal *ad quem* expresa que la violencia sufrida por la demandante en forma previa al otorgamiento del acto condicionó su voluntad, por cuanto luego de haber sido maltratada y golpeada, en escaso tiempo, otorgó el acto impugnado sin que se borrarán las huellas dejadas por la violencia; valora preponderantemente la pericia psiquiátrica (no cuestionada por la demandada) que constata la existencia de un trastorno adaptativo mixto en la actora con ansiedad y estado de ánimo depresivo en respuesta a un estresante psicosocial identificable, en este caso, el conflicto conyugal y sus secuelas. En tal entendimiento, el tribunal juzga lógico inferir que su voluntad se hubiera quebrado y pudiera acceder a cualquier pretensión del victimario quedando demostrada la intimidación. En consecuencia, revoca la sentencia y declara la nulidad con fundamento en la existencia de la violencia como vicio de la voluntad en el acto impugnado.

La Corte entiende en el recurso extraordinario deducido por la demandada, en la sentencia invoca el principio *Iura Novit Curia* y de oficio califica el caso como violencia de género, lo subsume en las normas de los tratados internacionales de protección de la mujer aprobados por la Nación y la Ley N°26.485 y rechaza el recurso, declarando la nulidad del acto impugnado.

ARTÍCULO 2186.- Accesoriedad. Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.

La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.

ARTÍCULO 2187.- Créditos garantizables. Se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley.

1. Introducción

El Código otorga a la hipoteca, la anticresis y la prenda la naturaleza de derechos reales de

¹⁷ MEDINA, Graciela, Juzgar con perspectiva de género: ¿por qué jugar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?, en DFyP 2015 (noviembre), 04/11/2015,3, TR LALEY AR/DOC/3460/2015.

¹⁸ SCJ, Mendoza, Sala I, Aguirre, 27/12/2019, “Gerardo s/ Recurso extraordinario provincial”, SJA 03/06/2020, 87 JA 2020-II, TR LALEY AR/JUR/58019/2019.

garantía sobre objeto ajeno (art. 1883 y 1888) que son accesorios de un crédito en “función de garantía” (art. 1889). Su finalidad consiste en asegurar el cumplimiento de una obligación que es el derecho principal (art. 724). Esta obligación o crédito, según el lado que se mire, puede ser de cualquier clase como ilustra el artículo 2187.

La accesoriedad de los derechos reales de garantía es un carácter esencial porque la ley no los admite como derechos principales o autónomos, en el sentido que puedan valer independientemente del crédito que garantizan o que pertenezcan a la titular del objeto gravado como un bien en su patrimonio.

El sistema instaurado por Vélez en esta materia fue de base romanista que consagra para estas garantías la regla de la accesoriedad que se mantiene en el derecho vigente. No se reconoce la existencia de un tipo de derecho como la deuda territorial del derecho alemán (*Grundschuld*) que es un derecho territorial no accesorio totalmente diferente al derecho real de garantía, ni tampoco la “hipoteca del propietario” con rango fijo que sobrevive al crédito y se incorpora como un derecho autónomo al patrimonio del propietario¹⁹.

Sin embargo, las tendencias modernas en materia de garantías flexibilizan el principio de accesoriedad acorde las necesidades del tráfico comercial. La doctrina extranjera respecto de la hipoteca explica que existe una relación finalística entre crédito e hipoteca y pone énfasis en la “dependencia funcional” de la garantía y en el desarrollo funcional del crédito, que son nociones que permiten comprender la accesoriedad en las nuevas figuras asegurativas del crédito, como sucede con las garantías de máximo de créditos indeterminados que incorpora el CCyC (art. 2189 redacción originaria y su reforma por Ley N° 27.271).

2. Análisis

2.1. Concepto. Dependencia funcional

La norma en análisis dispone que los derechos reales de garantía son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La accesoriedad significa “dependencia” en el sentido que no es posible transmitir el derecho real de garantía sin el crédito que asegura, porque el objeto gravado está afectado precisamente a satisfacerlo. En cambio, a la inversa, la cesión del crédito conlleva la garantía.

Pero es importante comprender que la conexión o vinculación de subordinación entre el crédito y el derecho real de garantía no es absoluta, sino que tiene sus matices. Tampoco lo era en el Código de Vélez. La dependencia del derecho real de garantía al crédito no es de carácter estructural, sino que es funcional. No es necesaria la existencia de la obligación garantizada para constituir la garantía. El derecho real de garantía se puede constituir en seguridad de un crédito eventual, condicional (art. 2187) e inclusive indeterminado (art. 2189). Si el crédito no llegara a existir la garantía constituida es inoponible (arts. 396 y 397).

Se avizora que el régimen legal vigente imprime cierta elasticidad al concepto de accesoriedad. El Código civil anterior sentó la regla de la accesoriedad con la fórmula: “la obligación principal es la razón de ser de la garantía y extinguida la obligación principal queda extinguida la accesoría” (arts. 523 y 524 C. Civ.). En cambio, el art. 856 de este Código describe el concepto de accesoriedad con mayor amplitud y dice: “Obligaciones principales son aquellas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor”.

¹⁹ ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, trad. Pérez González, Blas y Alguer, José, Ed. Bosch, Barcelona, 2da. ed., 195, T ° III-2, p. 176 y ss.

La hermenéutica del precepto indica que los derechos reales de garantía dependen de uno de estos aspectos del crédito: el régimen jurídico, la eficacia o el desarrollo funcional de la obligación.

2.2. Créditos garantizables

El artículo 2187 dispone que puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer.

Toda clase de prestación puede ser asegurada (art. 725): dar dinero (ej. mutuo, compraventa, etc.), dar una cosa (obligación de género, por ej. permuta, locación, suministro, etc.), hacer (por ej. obra, servicio) o no hacer (abstenerse de realizar un acto jurídico, por ej. no enajenar en los casos permitidos art.1 972)

Ciertamente que la garantía depende de la modalidad del acto jurídico que da origen a la obligación (plazo, condición, cargo) y de su finalidad. Si la obligación está sujeta a una condición o a un plazo resolutorio también lo estará el derecho real de garantía. Sin perjuicio de que la obligación pueda no estar sujeta a condición alguna y si estar pactada esa modalidad para el derecho real de garantía (por ej. la hipoteca sujeta a un plazo resolutorio que la extingue antes que la obligación).

Generalmente este tipo de garantía asegura obligaciones a plazo o sea que su cumplimiento está diferido en el tiempo. Si se trata de un mutuo con destino a la adquisición de un inmueble, en que la obligación es amortizable a un plazo alongado, la garantía adecuada será la hipoteca. Si se garantiza la compra de un automotor a mediano plazo, es usual la prenda con registro. Si la deudora es propietaria de una cosa registrable fructífera podrá darla en anticresis para que la acreedora satisfaga la obligación (por ej. un animal con pedigrí para reproducción).

La norma establece que “al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”. Es importante distinguir a los créditos determinados de los créditos indeterminados en la constitución de los derechos reales de garantía que son la excepción a que refiere la ley.

La determinación del crédito en sus elementos esenciales importa el cumplimiento estricto del carácter de especialidad del crédito y a la vez es la cristalización de carácter de accesoriedad de la garantía. Ello, por cuanto en oportunidad su constitución se conoce con precisión cuál es el crédito que asegura. Dado que la diferencia con el crédito indeterminado está especificada en el Artículo 2189 se remite su comentario.

2.3. Efectos

La accesoriedad produce consecuencias jurídicas. El derecho real accesorio es dependiente del crédito principal y sigue las vicisitudes del crédito. Si el crédito es inexistente, inválido o ineficaz también lo es la garantía. Además, la prescripción de la acción personal emergente del crédito impide la ejecución de la garantía²⁰.

Estos efectos no operan a la inversa, por esta razón la norma expresa que la extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito dado que es el derecho principal.

²⁰ SCMza., 29/12/2009, “Atuel Fideicomisos Sociedad Anónima En J° N° 38.227/10.102 Atuel Fideicomisos S.A. C/ Guillen José Luis y otro P/ Hipotecario p/ Insconstit-casación”, Expte. 95177, DJ 2010-1782. Una ejecución hipotecaria se entabló contra quienes constituyeron la hipoteca, sin requerir de pago previamente a la deudora conforme la ley de rito, y obtuvo sentencia favorable. Con posterioridad la deudora y las constituyentes plantearon incidente de prescripción que el superior tribunal admitió, en los fundamentos dijo: “La demanda contra los constituyentes de la hipoteca no interrumpió el curso de la prescripción respecto del deudor principal La hipoteca es accesorio de una obligación principal; si ésta se extingue, la hipoteca no puede vivir sola, independientemente de la deuda principal. La fortaleza de la cosa juzgada y el valor seguridad jurídica en el que ella se asienta se debilita frente a hechos posteriores, objetivos, que avalan una de las características de la hipoteca, cual es la accesoriedad y que tienen causa en otra figura jurídica que también encuentra fundamento en la seguridad jurídica”. En <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=1663926817>

El artículo 857 consagra los efectos de la accesoriedad, en tanto preceptúa: “La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal en contrario”.

2.4. Excepciones

La norma que se glosa y el artículo 856 prevén excepciones a la regla de la accesoriedad. No siempre la extinción de la obligación principal extingue el derecho real accesorio de garantía. Algunas de estas excepciones estaban previstas en el sistema anterior pero el nuevo ordenamiento incorpora otros supuestos.

2.4.1. Novación convencional

La extinción de la obligación principal por novación se produce por el cambio de alguno de los elementos esenciales de la obligación: los sujetos, el objeto o la causa- fuente. Sin embargo, la garantía subsiste si la parte acreedora expresa la reserva de la misma, siempre que la constituyente participe en el acuerdo novatorio. El artículo. 940 establece: “Efectos. La novación extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio”. Esta solución guarda paralelismo con los arts. 803 y 804 del Código civil anterior.

El art. 935 explicita que cualquier modificación accesorio de la obligación primitiva no comporta novación; tales las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cumplimiento de la obligación (por ej. la prórroga de plazo, el plazo de gracia, el pago parcial, el fraccionamiento de la deuda, la quita o remisión parcial, la modificación de la tasa de interés, la entrega de títulos, etc.). Estas modificaciones de la obligación suelen ser frecuentes en los convenios de refinanciación de deuda.

2.4.2. Novación legal. Art. 55 LCQ

El art. 941 dispone se aplican supletoriamente las normas de la novación convencional a los supuestos en que la novación se produce por disposición de la ley.

Un caso de novación legal en que resulta de aplicación del art. 55 de la Ley 24.522 (LC) que expresa: “Novación. En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios”.

La hermenéutica de esta norma ha provocado soluciones dispares en la jurisprudencia durante la vigencia del ordenamiento anterior, especialmente en situaciones que la garantía real es constituida por la propietaria no deudora. Un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires sentenció al respecto:

En virtud de la novación derivada-de la homologación del acuerdo preventivo logrado por el garantido, corresponde declarar extinguida la garantía hipotecaria otorgada por el fiador de la deuda contraída por el concursado, pues aun cuando el acreedor hubiere formulado expresa reserva de que la novación no implicaría la extinción de la hipoteca, el tercero hipotecante no prestó conformidad para que el efecto novatorio no alcance a dicha garantía. Por aplicación de lo establecido en el art. 804 del Código Civil, cuando el hipotecante no es el deudor de la obligación principal, debe requerirse su conformidad para que el efecto novatorio no alcance a dicha garantía.²¹

2.4.3 Novación legal. Letra hipotecaria Ley 24.441

Otro supuesto de novación legal contempla el art. 37 de la Ley 24.441 para la letra hipotecaria. La emisión de la letra hipotecaria extingue por novación la causa la obligación garantizada y da

²¹ SCBA, 11/06/2008, “Norberto Antonio Galassi S.A. c. B.B.V. Banco Francés S.A. SCBs As”, LL JUR/4381/2008. En contra CCiv.Com. Santa Fe, sala I, 28/10/2008, “Nuevo Banco De Santa Fe S.A. c. Laboratorios Baher SRL y otros”, IMP2009-5 (marzo), 429, AR/JUR/19015/2008.

nacimiento a una nueva obligación. La letra hipotecaria es un título hipotecario completo que contiene una promesa de pago de deuda abstracta, (título valor) con la hipoteca incorporada (remisión al comentario del art. 2208 pto.1 c.)

2.4.4. *Traslación del derecho real de garantía al saldo de la cuenta corriente*

Los artículos 1407 y 1439 admiten garantizar el saldo de la cuenta corriente y de la cuenta corriente bancaria con hipoteca, fianza, prenda o cualquier otra clase de garantía. En este supuesto el crédito asegurado es el saldo resultante de la liquidación de la cuenta. Se trata de un crédito eventual que está determinado en la causa por el contrato de cuenta corriente, donde consta el plazo para la determinación del saldo y el monto máximo de la garantía. El artículo 1434 relativo a las garantías de créditos incorporados admite que “Las garantías reales o personales de cada crédito incorporado se trasladan al saldo de cuenta, en tanto el garante haya prestado su previa aceptación”.

En este caso la garantía real en su origen asegura un crédito determinado que no es el saldo de la cuenta corriente (por ej. un mutuo, un suministro de mercadería, etc.) sino que se incorpora al movimiento de la cuenta y se traslada al saldo final resultante de la misma, siempre que la constituyente lo autorice expresamente. La movilidad de la garantía no opera de pleno derecho, sino que la traslación se produce por la compensación recíproca de créditos y débitos en la cuenta. Por esta razón se opina que no es un caso de novación sino de compensación.

3. Avances doctrinarios

La doctrina extranjera respecto de la hipoteca explica que las tendencias modernas flexibilizan el principio de accesoriedad acorde las necesidades del tráfico comercial y ponen en un pie de igualdad el crédito y garantía. Se habla de una relación de coordinación y no de subordinación entre el crédito y la hipoteca y ello permite la subsistencia de la garantía luego de la extinción del crédito garantizado a fin de asegurar nuevos créditos²².

Se visualiza un proceso de germanización del derecho hipotecario. Este fenómeno se da también con la carta hipotecaria (*cédule hypothécaire*) del derecho suizo que puede constituirse a favor de la acreedora o a de la misma propietaria del inmueble mediante su declaración unilateral; y en el caso de extinción absoluta de la deuda se puede reutilizar el título para otra deuda futura²³. Este título hipotecario no guarda analogía con la letra hipotecaria de la Ley N° 24.441, porque en el derecho argentino satisfecha la obligación instrumentada en la letra se extingue la hipoteca.

Cabe señalar que también el derecho hipotecario francés ha dado un paso importante para dotar de mayor plasticidad a la hipoteca con relación al crédito. La *Ordonnance* n° 2006-346 de 2006 incorpora al *Code* civil la denominada hipoteca recargable (*hypothèque rechargeable*)²⁴. La hipoteca

²² REY PORTOLÉS, Juan M., La hipoteca como Derecho Real divorciable del Crédito garantizado, Estudios varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas embargo, en Colegio Registradores de la Propiedad Mercantiles de España, Madrid, 1995, p. 281.

²³ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, ps. 11 y ss.

²⁴ Code Civil. Artículo 2422: “La hipoteca podrá afectarse posteriormente a la garantía de créditos diferentes a los mencionados en la escritura constitutiva, siempre que esta lo prevea de forma expresa. En este caso, el constituyente podrá ofrecerla en garantía, dentro del límite del importe previsto en la escritura constitutiva y mencionado en el artículo 2423, no solo al acreedor original, sino también a un nuevo acreedor, aunque aún no se hubiese pagado al primero. El acuerdo de reutilización que el constituyente celebre con el acreedor original o con el nuevo acreedor deberá formalizarse en virtud de acta notarial. Bajo pena de inoponibilidad frente a terceros, esta acta se publicará de acuerdo con las modalidades previstas en el artículo 2430. En dicha publicación deberá indicarse el orden de prelación de los acreedores inscritos sobre la hipoteca reutilizable. Lo dispuesto en el presente artículo es de orden público, y cualquier cláusula en contrario se tendrá por no puesta”. Traducción de VALDÉS BLANQUED, Jesús y FELDMAN Fernando, (intexto traducciones) revisión: Juriscope asesoramiento jurídico: Prof. E. Muñoz Espada, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valladolid y Prof. José J. Hualde Sánchez, Catedrático de derecho civil de la Universidad del País Vasco (San Sebastián - Gipuzkoa), presidente de la APDC. Disponible en [chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcglclefindmkaj/https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf](https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf)

recargable en su origen garantiza uno o varios créditos determinados, pero cuando los créditos desaparecen en todo o en parte, se puede reutilizar para garantizar, con su rango de origen, otras deudas que el constituyente pueda contratar frente al acreedor originario o frente a otro acreedor posterior²⁵. La extinción del crédito inicialmente garantizado no extingue la hipoteca, sino que ella subsiste en favor de los créditos recargados, manteniendo el rango registral (rango fijo) por el monto en que fue constituida. La inscripción puede tener una duración de 50 años que supera la de 35 años que regía anteriormente. Esta hipoteca no es asimilable a la hipoteca del propietario del derecho alemán, porque no ingresa al patrimonio de la constituyente, sino que la hipoteca subsiste a favor de otra u otras acreedoras. La doctrina explica que el objetivo de esta hipoteca es paliar los efectos del sobreendeudamiento del deudor²⁶, de este modo puede ampliar el capital o tomar un nuevo crédito en mejores condiciones para cancelar el anterior sin el costo de constituir una nueva hipoteca. Por otra parte, evita que el deudor quede prisionero una entidad bancaria, permitiendo el juego de la libre competencia entre los bancos al ofrecer créditos más ventajosos para la deudora.

4. Avances jurisprudenciales

La forma en la que funciona el principio de accesoriedad ha sido recientemente tratada por los tribunales²⁷ que recuerdan que “las vicisitudes de la garantía no afectan a la obligación principal (cfr. Belluscio-Zannoni, “Código Civil...”, t. 12, págs. 191 a 192)”. La ejecutada pretendía que “la extinción de la hipoteca por causa de la subasta realizada en la ejecución de expensas del inmueble asiento del gravamen (art. 3196 CC), comportó asimismo la extinción a su respecto del crédito garantizado”. El tribunal dispuso la inadmisibilidad de la pretensión si no se demostró que la acreedora hipotecaria hubiera percibido la totalidad de la deuda.

Por ello, el tribunal destacó que

si el ejecutante de autos no llegó a cobrarse del producido de la subasta por existir créditos de grado preferente y ser insuficientes los fondos, no es posible tener por cancelado el crédito derivado de la obligación personal que vincula a las partes, que se mantiene incólume e intactas las posibilidades legales con que cuenta el acreedor para agredir el patrimonio del deudor, excepto la prerrogativa que le acordaba la garantía real extinguida.

En otro pronunciamiento parece confundirse la accesoriedad sustancial entre el crédito y la garantía con la independencia estructural y el propio sistema de oponibilidad que tienen los derechos reales.²⁸

El caso trataba de una entidad financiera cesionaria de un crédito originalmente garantizado con hipoteca que pretendió la verificación del crédito como privilegiado, siendo que la cesión se otorgó por escritura pública pero no se inscribió dicha cesión en el registro inmobiliario. El juez del concurso verificó el crédito con carácter quirografario y declaró la inoponibilidad de la garantía hipotecaria, por lo cual la entidad apeló y la Cámara desestimó su pretensión. La acreedora interpuso recurso extraordinario de casación, que fue admitido por la Corte Suprema de Tucumán, por mayoría. El fundamento de la mayoría para admitir el recurso es la innecesariedad de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario por cuanto no hay perjuicio para los deudores del constituyente atento no haber un cambio sustancial de la obligación subyacente.

En los derechos personales rige el principio de la libertad de formas (art. 284) pero ese principio no se traslada a los derechos reales de garantía cuyo objeto sea un inmueble (art. 1017 inc. a). Es así

²⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther, “La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español”, ob. cit., ps. 128 y ss.

²⁶ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad, en Centro de Estudios. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pág. 176. Conf. DAGOT, m, “L’ hypothèque rechargeable”, Litec, París, 2006, ps.13 y 62. BELLUSCIO, Augusto, El nuevo Derecho francés de las garantías, Rev. Jurisprudencia Argentina 2007-II-902.

²⁷ CNCiv Sala G, 5/06/2017, “B. I. B. A. SA c/ K. C. G. y otro s/ Ejecución hipotecaria”, disponible en https://abogados.com.ar/archivos/2bc767_B.-I.-B.-A.-SA-c-K.-C.-G.-y-otro-s-Ejecucion-hipotecaria.pdf

²⁸ CS de Tucumán, sala civil y penal, 01/04/2015, “Hispania S.A. s/ concurso preventivo. Incidente de revisión promovido por Standard Bank Argentina S.A., TR LALEY AR/JUR/1920/2015.

que, en opinión de quien realiza este comentario, la cesión del crédito transmite la garantía siempre que se cumpla con la forma impuesta legalmente para la constitución, transmisión y oponibilidad de los derechos reales. En este sentido, se coincide con la opinión de la minoría que dice:

El carácter accesorio del privilegio hipotecario no importa relevar al acreedor de la carga de inscribir la hipoteca en el registro inmobiliario a los fines de su oponibilidad a terceros interesados, entre los que se incluye a los acreedores del deudor. De ello se deriva que es inoponible a los acreedores del deudor concursado la hipoteca cuya cesión no se encuentra inscrita en el registro inmobiliario. Conforme a lo considerado, no resulta arbitraria la sentencia impugnada en cuanto afirma que interesa legítimamente a los acreedores del deudor concursal conocer a los demás acreedores con vocación a integrar el pasivo concurrente, máxime si estos invocan un privilegio especial a su favor, en atención a la especial consideración que les otorga la ley concursal en cuanto a la no suspensión de intereses (art. 19, LCQ), petición de concurso especial (arts. 126 y 209, LCQ), prelación de cobro (art. 241, LCQ) y extensión de la preferencia (art. 242, LCQ), entre otros. Como así también resulta razonable y por lo tanto no es arbitraria la sentencia recurrida en cuanto sostiene que el privilegio hipotecario resulta claramente inoponible a los restantes acreedores, por el juego armónico de los arts. 2505 y 3135, C.C. y arts. 2, 20, 21 y ss. de la Ley N° 17.801.

ARTÍCULO 2188.- Especialidad en cuanto al objeto. Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo.²⁹

1. Introducción

El texto legal sienta el carácter de la “especialidad objetiva” del derecho real de garantía, también denominado principio de “determinación” o “individualización” del objeto gravado con la garantía.

Cabe recordar, que el sistema adoptado en el derecho nacional se aparta del derecho extranjero que admite las hipotecas legales y generales sobre todos los bienes de la deudora (comentario art. 2185) y consagra a la especialidad como un carácter esencial del derecho real de garantía (comentario art. 2184).

El carácter de especialidad comprende diferentes planos u órbitas: con relación al objeto de la garantía, al monto de la garantía y al crédito garantizado como regla. Por esta razón, se distingue la especialidad “objetiva”, que es la relativa a la individualización del objeto gravado, la especialidad del “monto de la garantía” y la especialidad del crédito denominada “subjética o crediticia” que se refiere a la determinación del crédito asegurado.

La individualización de cada uno de estos elementos, en el acto constitutivo del derecho real de garantía, conforman los pilares fundamentales de la seguridad jurídica que confiere en el tráfico de los bienes. Tanto las personas que intervienen en el contrato o convención que da origen a este derecho real (contrato hipotecario, contrato anticrético o contrato prendario), como las que son terceras con interés legítimo sobre esos bienes, tienen interés en conocer cuál o cuáles son los bienes objeto de la garantía, la obligación u obligaciones que aseguran y el monto o cobertura por el que responde ese bien (independientemente del monto de la obligación) dado que -en tal medida- la acreedora titular de la garantía detenta el poder de ejecución con los atributos de exclusión y preferencia. En virtud de que estos caracteres están impuestos en el interés de las partes y el interés general, la ausencia de cualquiera de ellos acarrea la nulidad absoluta del derecho real de garantía (arts. 386 y 387), sin perjuicio del supuesto que contempla el artículo 2190.

2. Análisis

2.1. Cosas y derechos

²⁹ Comentario a los arts. 2188 a 2211 elaborado por Alicia Puerta de Chacón y María Laura Negroni.

Tanto las cosas como los derechos son susceptibles de ser objeto de los derechos reales de garantía. El artículo bajo comentario se conjuga con el artículo 1883 relativo al objeto de los derechos reales que expresa “Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”.

A partir de esta premisa corresponde afirmar que el derecho real de garantía puede recaer sobre: la totalidad de una cosa; una parte material determinada de la cosa divisible; el espacio aéreo y/o el subsuelo de un inmueble con independencia del suelo; la parte indivisa del derecho real de cotitularidad plural y sobre un bien patrimonial que no sea una cosa si la ley lo permite.

En efecto, el derecho de superficie en cuanto derecho de plantar, forestar o construir sobre un inmueble que es ajeno puede ser objeto de hipoteca (arts. 2114, 2120 y conchs.), todavía no existe la construcción, la plantación o la forestación, pero el derecho real de superficie sí y puede ser gravado por la garantía hipotecaria que recae sobre el derecho de superficie. Por su parte la propiedad superficiaria: la construcción, plantación o forestación produce la división material y jurídica del inmueble en suelo, subsuelo y superficie o vuelo como unidades inmobiliarias independientes que pueden pertenecer a distintas personas y cada una de ellas puede ser objeto de un derecho real de garantía de hipoteca, de anticresis y los frutos aún pendientes también de una prenda fija registral (art. 10 De. Ley 15.348/46 ratif. Ley N° 12.962).

2.2. Existencia actual

El dispositivo legal exige que el objeto tenga existencia actual. Es decir que estos derechos no pueden recaer sobre un objeto futuro que no exista o pueda llegar a existir, tampoco si todavía no se hubiere incorporado al patrimonio de la persona constituyente. Por ejemplo, no es factible que la persona que adquiere por boleto de compraventa inmobiliaria un lote en un barrio proyectado constituya sobre el mismo una hipoteca, pues aún no es dueña; y menos aún, que ese lote tenga el carácter de inmueble dividido si no está aprobado el loteo por la autoridad administrativa catastral; todavía es parte del inmueble de mayor superficie.

Además, debe ser un bien que se encuentre en el comercio conforme lo dispone el artículo 234 y no exista una prohibición de disponer en los supuestos que la admite la ley. Por ejemplo, si pesa sobre la propiedad fiduciaria la prohibición de enajenar (arts. 1688 y 1703) o sobre la donataria (art. 1972 2do. y 3ro. Párrafo) le está vedado constituir el derecho real de garantía.

2.3. Individualización

El precepto también exige que el objeto se encuentre individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo. El vocablo “adecuadamente” significa sea posible conocer cuál es el objeto de la garantía con las especificaciones enunciadas en el acto constitutivo (art. 2190). En razón de que esta norma es común para todos los derechos reales de garantía, la individualización del objeto requiere la remisión a las disposiciones particulares de cada uno de ellos.

Si consiste en una hipoteca, el inmueble debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización (remisión al comentario del art. 2209). Esta norma también resulta de aplicación a la anticresis inmobiliaria (art. 2214) y al derecho de superficie y a la propiedad superficiaria (arts. 2114 a 2116) que requieren la determinación del inmueble.

Si el objeto es una cosa divisible rige el artículo 228. Por ejemplo, si se trata de una hipoteca o una anticresis sobre una parte material determinada del inmueble, es necesario que la división o fraccionamiento se ajuste a las disposiciones administrativas locales y se especifique con precisión la parte del inmueble que es objeto del derecho real de garantía. En este caso, se considera que desvirtúan la facultad de ejercicio del derecho real sobre parte material de una cosa todas las disposiciones locales que exigen el fraccionamiento con carácter previo a la constitución de la

garantía y que tiene por efecto –desde el momento mismo de la constitución- la existencia de un nuevo objeto, con las consecuencias jurídicas y tributarias que ello acarrea. Cuando se dice que la parte gravada por la garantía debe ajustarse a las disposiciones administrativas locales nos estamos refiriendo a que, en el caso de ejecución forzada el adquirente pueda, en esa oportunidad, fraccionar efectivamente el inmueble y darle alta catastral y jurídica. A los efectos procesales, creemos perfectamente posible ejecutar “parte de mayor extensión”.

Cabe señalar que las cosas registrables son perfectamente individualizables por la matrícula que les confieren los registros de la propiedad organizados bajo la técnica del folio real, como es el caso de los inmuebles y los automotores. El automotor además de la matrícula registral (patente), como es una cosa compuesta de autopartes tiene otros elementos identificatorios. El Decreto. Ley N° 6582/58 del Régimen jurídico del automotor en el art. 20 inc. dispone “Elementos de individualización del vehículo, los que serán determinados por la reglamentación, incluyendo: marca de fábrica, modelo, número de chasis y/o motor, tipo de combustible empleado, número de ejes, distancia entre los mismos, número de ruedas en cada eje, potencia en caballos de fuerza, tipo de tracción, peso del vehículo vacío, tipo de carrocería, capacidad portante”.

También los animales de pura raza están perfectamente individualizados en los registros genealógicos y selectivos reconocidos (art. 11 Ley N° 22.939 y art. 1° Ley N° 20.378 Equinos sangre pura de carrera) en los que consta su origen y calidad.

Mayor dificultad se puede presentar en el caso de ciertas cosas muebles que son de naturaleza fungible si se constituye sobre ellas derecho de prenda, no así los créditos que contienen mayores elementos para su identificación (sujetos activo y pasivo, prestación, monto si es un crédito dinerario).

Respecto de la “prenda fija” con registro el Decreto-Ley N° 15.348/46 ratificado por Ley N° 12.962 (LPR) en el artículo 11 inc. d) dispone respecto de

las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados. Si la prenda recae sobre ganados, éstos serán individualizados mediante indicaciones sobre su clase, número, edad, sexo, grado de mestización; marca, señal, certificado o guía con mención del número de inscripción, fecha de ésta, oficina en que la marca o señal está registrada y la que haya expedido la guía o certificado. Si se trata de otros bienes, la individualización será lo más especificativa posible en cuanto a cantidad, calidad, peso, número, análisis, marca de fábrica, patente, controles a que estén sujetos y cualquiera otras particularidades que contribuyan a individualizar los bienes. Se considera que la prenda de un fondo de comercio no incluye las mercaderías del negocio; y que comprende las instalaciones, contratos de locación, marcas, patentes y enseñas, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, industrial y artística.

Además, se da la variante de la “prenda flotante” con registro “sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial” (art. 14) y que requiere “individualizar los bienes prendados, específicamente si son fungibles o no, determinado en el primer caso su especie, calidad, graduación y variedad” (art. 15 inc. d). La normativa de la prenda flotante se aplica también a los establecimientos de objeto financiero sobre los créditos que conforman su actividad (Decreto N°897/95).

3. Avances doctrinarios

La cuestión del objeto del derecho real se debatió en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2001³⁰. En aquella oportunidad los ponentes manifestaron que el Código civil entonces vigente legislaba derechos reales sobre derechos, tales como los casos del usufructo de créditos (arts. 2838, 2903 a 2906 C. Civ.) y la prenda de créditos (arts. 3204 y 3209 C. Civ.), siempre que los créditos estuviesen representados por sus respectivos instrumentos. Pero en realidad la “cosificación”

³⁰ XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 23 a 25 de setiembre de 2001).

del crédito mediante el instrumento constituye una mera ficción para sostener que el objeto es una cosa, lo cierto es que el objeto del derecho real realmente es el crédito.

En los fundamentos del Anteproyecto 2012 antecedente del CCyC, los integrantes de la Comisión redactora³¹ hacen hincapié en el valor económico de los bienes sean corporales o no, al respecto dicho texto dice:

Las nociones jurídicas de bien, cosa y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socioeconómicos de nuestro tiempo. En relación al bien, como dijimos, la tradición legislativa identifica a los bienes con la valoración económica. Para este fin, no es determinante si son materiales (cosas) o inmateriales, porque lo que interesa es que tengan valor, y este elemento, para la letra del Código Civil y, en su interpretación para la mayoría de la doctrina, es económico y no afectivo. Para aportar mayor claridad a esta cuestión habría que señalar que, desde el punto de vista económico, los objetos pueden tener o no valor patrimonial. Si tienen valor económico, pueden, a su vez, entrar en el comercio y tener precio, que surge de la oferta y la demanda. En el Código Civil, la noción de bien está estrechamente vinculada a este enfoque económico. Por lo tanto, si se sigue utilizando este vocablo en su sentido técnico tradicional, no podría aplicarse a los bienes ambientales, o al cuerpo, o partes del cadáver.... En cuanto al vocablo “patrimonio”, da lugar al distingo entre bienes patrimoniales y extramatrimoniales. Habitualmente se considera que el patrimonio es un atributo de la persona, y está integrado por bienes, es decir, que tiene valor económico. Estos conceptos tienen un campo de aplicación específico que deseamos mantener por su tradición y grado de conocimiento, pero también debemos agregar otras categorías que contemplen los nuevos supuestos (parágrafo 7.3).

Y respecto a la posibilidad de que un bien no corporal sea objeto del derecho real, agrega “se acepta que el objeto pueda consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena, o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido”.

ARTÍCULO 2189 (texto modificado por el art. 23 de la Ley N° 27.271). Especialidad en cuanto al crédito: En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa.

El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

1. Introducción

2.1. Distinción de especialidad

Esta norma contempla la especialidad del crédito y la especialidad del monto de la garantía. En la constitución de los derechos reales de garantía, en razón de ser derechos reales accesorios en función de garantía de un crédito, resulta necesario distinguir la especialidad del crédito de la especialidad del monto de la garantía.

El derecho principal es el crédito que consiste en un “derecho personal” y el derecho accesorio es el “derecho real de garantía”, cada una de estas dos órbitas jurídicas tienen sus propios elementos y régimen jurídico. Los derechos personales están gobernados por las normas del Libro Tercero de este Código y los derechos reales por las que contiene el Libro Cuarto. Se debe tener presente que el

³¹ Dra. Elena Highton de Nolasco, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci y Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

régimen jurídico de las obligaciones está inmerso en el principio de la autonomía de la voluntad (Art. 958) mientras que en los derechos reales domina por el principio del orden público (Arts. 12 y 1884).

Los elementos esenciales del crédito son: a) los sujetos o personas (acreedora y deudora); b) el objeto (la prestación de dar, hacer o no hacer) y c) la causa-fuente (por ej. contratos de ejecución o cumplimiento continuado o diferida en el tiempo, tales como el mutuo, la compraventa con saldo de precio, la locación, servicio, suministro, etc.-).

Distintos son los elementos que conforman la estructura del derecho real de garantía son: a) el sujeto o persona (acreedor/a), b) el objeto determinado de la garantía (cosa o bien), c) la causa-fuente (contrato hipotecario, anticrético o prendario celebrado por la parte acreedora y la parte propietaria del objeto de la garantía que puede ser la deudora o una tercera persona que garantiza la deuda ajena; y d) la suma de dinero que expresa el monto o cobertura de la garantía que es la medida, magnitud o *quantum* de la responsabilidad en que el objeto de la garantía está afectado a la satisfacción de la deuda y que puede o no coincidir con el monto del capital del crédito.

También el abordaje de la especialidad del crédito y del monto de la garantía requiere distinguir tres fases cronológicas en el reconocimiento de los derechos reales de garantía (Art. 7). Los que se constituyeron durante la vigencia del Código Civil que todavía existen, los constituidos a partir de la vigencia del CCyC y los posteriores a partir de la reforma del Artículo 2189 del CCyC por el artículo 23 de la Ley N° 27.271 que entró en vigencia el 15 de setiembre del año 2016.

2.2. Redacción originaria del CCyC

El Artículo 2189 en la redacción originaria expresaba:

Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; más en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

Esta norma estatuyó los derechos reales de garantías de “monto máximo” para todo tipo de crédito, tanto para los créditos determinados como para los créditos indeterminados, existieren o no. Es indudable que el interés del legislador de 2015 fue priorizar la seguridad jurídica dinámica y establecer para todos los derechos reales de garantía el requisito del “monto máximo” de la garantía comprensivo del capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

Pero esta solución legal fue cuestionada para los créditos determinados, particularmente para las obligaciones de dar sumas de dinero en las que la garantía cubre el capital, los intereses y los costos, costas y demás rubros pactados. Tampoco se conocía con certidumbre, dada la redacción poco feliz de texto, si todas las garantías quedaban sujetas al plazo de vigencia de diez (10) años o si ese plazo solamente resultaba aplicable a las garantías de máximo de créditos indeterminados. El precepto generó el rechazo generalizado de la doctrina e inclusive de entidades bancarias y del notariado³². Es así que se imponía necesariamente su reforma.

2.3. El art. 2189 vigente incorporado por la Ley 27.271

³² BONO, Gustavo y PUERTA de CHACON, Alicia, La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de 2012: Propuesta de ajuste de la normativa proyectada, en ed. Revista La Ley 2012-E-1233, TR LALEY AR/DOC/4997/2012. DODDA, Zulma, Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos Reales de Garantía. Hipoteca., en Rev. Jurisprudencia Argentina 2012-IV-1305, TR LALEY AR/DOC/9518/2012. ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel, Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”), en Rev. La Ley 2015-E, 1006, TR LALEY AR/DOC/3382/2015.

Esta ley denominada “Casa de Ahorro. Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda” reforma el texto de la norma originaria del CCyC y toma como antecedente el art. 2093 del Proyecto de Código Civil Unificado al Código de Comercio de 1998.

Si bien el rótulo del artículo refiere a la “especialidad en cuanto al crédito”, también contempla la “especialidad del monto de la garantía”. El primer párrafo de la norma sienta el principio de especialidad del crédito determinado en la constitución de la garantía y concuerda con el texto del art. 2187.

El segundo párrafo refiere a la especialidad del monto de la garantía o cobertura de la garantía que debe estimarse en dinero y deja en claro que puede o no coincidir con el monto del capital del crédito si es dinerario. Y el tercer párrafo incorpora las garantías de máximo de créditos indeterminados existan o no al momento de constitución de la garantía (garantías abiertas).

2.3.1. Especialidad del crédito determinado (garantía cerrada)

Cuando se trata de un crédito que está determinado, al momento de constituir la garantía se debe cumplir con el recaudo de su individualización. Un sector de la doctrina titula a los derechos reales de garantía de créditos determinados como garantías cerradas (por oposición a las de créditos indeterminados que reciben el nombre de garantías abiertas).³³

El primer párrafo de esta norma y el artículo 2187 exigen que en el acto constitutivo de la garantía se determine el crédito garantizado en todos los elementos esenciales que son: los sujetos (acreedora y deudora), el objeto (prestación, si la obligación es dar dinero el monto) y la causa- fuente (el contrato o acto jurídico que da nacimiento a la obligación). La circunstancia de que el crédito no exista al tiempo de la formalización del contrato de garantía, porque es eventual o condicional, no implica que el crédito esté indeterminado, sino que estará determinado siempre que su causa-fuente conste en el respectivo título de la garantía. Por ejemplo, la hipoteca que se constituye en garantía del saldo deudor que arroja la cuenta corriente o la apertura de crédito en cuenta corriente, es un crédito eventual y su causa está determinada por el contrato de cuenta corriente y/o de apertura de crédito. La particularidad de estas garantías es que se constituyen por un monto máximo de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2189 2do. párrafo, pero no se identifican con las garantías de máximo de los créditos indeterminados.

2.3.2. Especialidad del monto de la garantía

El monto de la garantía debe estimarse en dinero cualquiera sea la clase de la obligación garantizada y puede no coincidir con el monto del capital si la obligación es de dar dinero. En este supuesto el monto de la garantía puede ser provisional o de máximo (también denominado fijo o definitivo).

El monto de la garantía es “provisional o determinable” si comprende expresamente el monto capital, la determinación de los intereses (compensatorios, moratorios o punitivos), los costos, las costas, etc. Los intereses deben estar establecidos por la tasa respectiva (porcentaje) o deben ser determinables (por ej., el tipo de tasa activa o tasa pasiva que aplica un banco determinado), los períodos de aplicación (mensual, trimestral, anual etc.), el número de cuotas de capital e intereses y el sistema de amortización de la deuda (francés, alemán, etc.). Además, la especificación de los supuestos de las obligaciones en moneda extranjera y de las obligaciones de dar sumas de dinero ajustadas por UVIs o UVAs a que se analizan en el comentario del artículo 2193.

En consecuencia, la especialidad provisional de la garantía debe estar expresamente pactada y oscila en la medida que crece el monto del crédito y se cumple siempre que sea factible determinar en cualquier momento el importe total a que asciende la deuda con los ajustes, intereses y demás conceptos establecidos y que determinan la extensión de la cobertura de la garantía.

³³ ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel, op. cit. Rev. La Ley 2015-E, 1006. VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, op. cit., ps. 781 y ss.

Pero las partes pueden convenir, aun cuando es una obligación dineraria, un “monto máximo” como medida límite de afectación de la cosa al pago de la deuda y que puede ser un importe menor a ésta. Puede ser que la garantía la otorgue otra persona en seguridad de una deuda ajena y el constituyente fije un valor tope por el que responde el bien de su propiedad.

La estimación del monto máximo de la garantía se da en los casos de las obligaciones de género (de dar cosas), de hacer y de no hacer. Las partes deberán calcular para fijar el monto de la garantía no solo el valor de la obligación sino también los daños que provoque el posible incumplimiento.

También se requiere establecer un monto máximo con las obligaciones de dar dinero que son eventuales porque se desconoce si existirán o no y, en su caso, cuál será su monto (por ej. el saldo deudor de la cuenta corriente, las prestaciones incumplidas del contrato de suministro de mercaderías, los alquileres impagos de la locación, etc.).

La garantía de monto máximo puede resultar inferior al monto de la obligación. En esta hipótesis, por la diferencia en más, el crédito revestirá carácter común o quirografario y no gozará de la garantía. Por ejemplo, la hipoteca cubre hasta la suma de \$2.000.000 y la deuda con intereses, gastos y costas resultó de \$2.800.000, se subasta el inmueble por \$3.000.000 y los fondos ingresan a la ejecución hipotecaria. La acreedora hipotecaria (y sus abogados por los honorarios) solo cobran de esos fondos la suma de \$2.000.000 y deberán concurrir con los demás acreedores comunes para percibir el saldo de los \$800.000 restantes, en la medida que alcance el remanente de \$1.000.000 para todas las acreedoras comunes o a prorrata de los respectivos créditos. Por el contrario, si el monto estimado para la garantía de \$2.000.000 supera el monto de la deuda, porque se abonaron ochenta de las cien cuotas del crédito, seguramente el saldo menor de la deuda queda totalmente cubierto por el monto máximo de la garantía y el remanente si no hay otras personas acreedoras se le entrega a la constituyente de la garantía. Queda claro, entonces, que la garantía de “monto máximo o fijo” se aplica también a los créditos determinados (garantías cerradas)³⁴.

Si el objeto de la garantía es una cosa registrable, el monto de la garantía que consta en el título ejecutivo de la garantía (título hipotecario, certificado prendario) se debe inscribir en el asiento de inscripción de la garantía para su publicidad y oponibilidad a los terceros interesados de buena fe (art. 1893 y remisión al comentario del artículo 2210 pto.1 fallo Ferrosider). Su ausencia en el acto constitutivo acarrea la nulidad absoluta de la garantía (arts. 386 y 387).

2.3.3. Especialidad de los créditos indeterminados (garantía abierta)

El Código civil de Vélez no receptó los derechos reales de garantía de créditos indeterminados. La especialidad del crédito exigía conocer con exactitud de la causa- fuente de la obligación (art. 3131). Sin embargo, durante las últimas décadas de su vigencia, los bancos y numerosas empresas proveedoras de mercaderías y de servicios constituyeron hipoteca o prenda en seguridad de los múltiples negocios que realizaban con sus clientes, recibiendo en la jerga judicial la denominación de “garantías abiertas” de créditos indeterminados. Estas garantías estaban previstas en el derecho alemán y admitidas luego por la legislación española a las que la doctrina de ese país la calificó como hipotecas globales, flotantes o paraguas³⁵.

Esta tipología de derecho real de garantía guarda una diferencia estructural con la garantía de crédito determinado, porque al momento de la constitución no se conocen los créditos garantizados que pueden o no existir en tanto operan en un ámbito económico específico. Se trata de una garantía anticipada a posibles negocios a concertar entre la acreedora y la deudora que mantienen relaciones comerciales duraderas. Al no estar contempladas por el por el Código civil anterior, numerosos fallos

³⁴ PUERTA DE CHACÓN, Alicia, Accesoriedad y Especialidad de los Derechos Reales de garantía. Antes y después del Código Civil y Comercial de la Nación y la reforma posterior de la Ley 27.271, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2018-2, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 371.

³⁵ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, Hipoteca flotante, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliariol, Madrid, año 2004, N° 685, p. 2516. CORDERO LOBATO, Encarna, La Hipoteca Global, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997, Madrid, p. 18 y ss.

las declararon nulas de nulidad absoluta, por violentar las normas estatutarias de los derechos reales (art. 2502 C. Civ.) puesto que no especificaban los créditos asegurados en el título constitutivo. Estas garantías emplean fórmulas genéricas, tales como “la hipoteca garantiza “todas las obligaciones presentes y futuras del deudor por cualquier causa, razón o título”; o bien, enuncian los posibles negocios a realizar (por ej. las hipotecas de los bancos hacen referencia a que la hipoteca aseguraba los préstamos personales, descuentos de documentos, sobregiros en cuenta corriente, saldo de deuda de tarjetas de crédito, etc.).

El cuestionamiento de su admisibilidad y la necesidad de su reconocimiento legal dio lugar a un intenso debate autoral, con posiciones antagónicas y matizaciones: la tesis rígida que las prohibía, la tesis intermedia que las admitía si existía una enumeración genérica de los posibles negocios y la tesis flexible que las identificaba con las obligaciones eventuales. Tales cuestionamientos se visibilizaban en los pronunciamientos divergentes de la jurisprudencia³⁶. La conveniencia de acogerlas era evidente, en tanto favorecen la celeridad de los negocios y bajan los costos del endeudamiento, toda vez que una garantía asegura globalmente todos los créditos que se pueden generar durante un plazo estipulado entre las partes contratantes en la relación comercial. Era necesaria una reforma legislativa en materia de derechos reales de garantía para su reconocimiento expreso³⁷.

Es así como el CCyC las admitió en la norma bajo comentario en su redacción originaria depurada luego por el texto que introdujo la Ley N° 27.271. El párrafo tercero de la norma las admite expresamente, en tanto dice que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; más en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos. El requisito de la especialidad en cuanto a los créditos indeterminados se cumple, si en el acto constitutivo de la garantía consta el monto máximo de la garantía y el plazo cierto de su vigencia que no puede exceder de diez años. Por tanto, quedan comprendidos en la cobertura los créditos nacidos durante el plazo previsto. Tratándose de una hipoteca, el acreedor mantiene el rango registral durante ese plazo e impide el rango de avance de posteriores hipotecas.

En realidad, la individualización del crédito se cumple posteriormente en la fase “dinámica” de la ejecución, si se incumplen el o los créditos que nacieron en el plazo estipulado y se reclama su cobro. En definitiva, la realización de la garantía depende del desarrollo funcional del crédito conforme se indica al analizar el carácter de accesoriedad de los derechos reales de garantía (remisión al comentario del artículo 2186).

Respecto de la anticresis, la autora de este comentario ve gran dificultad para su implementación como garantía de créditos indeterminados. La anticresis es una garantía autoliquidable, que requiere para su ejercicio la existencia de un crédito determinado, a efecto de aplicar los frutos de la cosa anticrética a la satisfacción de la deuda (art. 2212). Caso contrario, se avizora que este tipo de garantía podría generar situaciones de abuso para la deudora o constituyente

³⁶ Acerca de las diversas posturas autorales, BORETTO, Mauricio, *Hipotecas Abiertas*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 36 y ss. El autor analiza meticulosamente la problemática de las hipotecas abiertas en la jurisprudencia nacional y local. ALEGRÍA, Héctor, *Hipotecas abiertas*, Rev. Derecho Privado y Comunitario, Hipoteca T ° II - 2010-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 9 y ss. entre otros autores.

³⁷ Recomendación N° 5 de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Universidad de Buenos Aires en 1979. Este criterio se reitera en el Despacho de la Comisión N° 4 las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 realizadas en Lomas de Zamora en las que recomienda además la incorporación legislativa de las garantías de máximo. Al respecto los despachos expresan: III.- Hipoteca. La llamada Hipoteca abierta. *De lege lata*. Hipoteca. Especialidad. Se reitera, en lo pertinente, la declaración de la VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1979), en cuanto a que el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el “valor estimativo” en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente). *De lege ferenda*. En una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente: a) Una suma máxima y un plazo máximo o b) Una suma máxima y una determinación suficiente de la causa.

de esta garantía abierta (si es una persona humana vulnerable y no una empresa), en cuanto puede carecer de medios para conocer si realmente existe el crédito que está cobrando la acreedora con la explotación económica de la cosa registrable que dio en anticresis.

2. Avances doctrinarios y avances jurisprudenciales

Se detecta la tendencia permisiva de la jurisprudencia actual en declarar la validez de las hipotecas abiertas de créditos indeterminados constituidas con anterioridad a la vigencia del CCyC³⁸.

El problema más espinoso de la tipología de estas garantías no fue resuelto por el CCyC, que es el relativo a la ejecutividad del título del crédito para habilitar la ejecución de la garantía³⁹.

El crédito indeterminado no consta en el título hipotecario o en el certificado prendario. Para habilitar la vía de la ejecución hipotecaria o prendaria es necesario acompañar, a más del título del derecho real de garantía, el título del crédito. Y este título también debe ser ejecutivo, emitido por el deudor o conformado por él. Por ejemplo, la letra hipotecaria, un pagaré comercial, el certificado contable de saldo deudor de la cuenta corriente bancaria que cumple el procedimiento de conformidad de la deudora (art. 1406) o de la cuenta corriente (art. 1440). No puede tratarse de un instrumento otorgado unilateralmente por la acreedora mediante un certificado notarial o contable, salvo en los casos que la ley lo dispone expresamente (remisión comentario art. 2211).

También en estos casos se pueden dar situaciones de gran desprotección e inequidad para la deudora, si se liquida incorrectamente la deuda por la acreedora, especialmente cuando el sistema de amortización de la deuda incluye capital e intereses y no se determina que pagos se aplicaron a uno u otro rubro o se computaron intereses no devengados o se capitalizaron de manera indebida. Casos como estos también requieren una mirada con perspectiva de género y de protección a la parte más vulnerable en la vía ejecutiva judicial y extrajudicial.

ARTÍCULO 2190.- Defectos en la especialidad. La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo.

1. Introducción

La norma sigue a la solución prevista en el art. 3133 del Código civil anterior. Los defectos de la especialidad no siempre conducen a declarar la nulidad del acto constitutivo del derecho real de garantía. La norma refiere a que se omita alguna de las especificaciones del objeto o del crédito y que el juez puede integrarlas con las constancias existentes en el acto constitutivo sin tener que acudir a documentación extraña.

2. Análisis

Se ha expuesto en el comentario de los dos artículos precedentes que: los datos relativos a la determinación del objeto de la garantía, de los elementos esenciales del crédito determinado (sujetos, objeto y causa), del monto de la garantía y los establecidos para la especialidad de los créditos determinados (monto máximo y plazo de vigencia de la garantía) son recaudos esenciales que no

³⁸ CNCiv., Sala B, 21/10/2019, “Los Grobo Agropecuaria SA c. Inversora Logan SA y otro s/ Ejecución hipotecaria”, LALEY 2019-F, 191 SJA 01/01/2020, 61 JA 2020-I, TR LA LEY AR/JUR/33322/2019. Al respecto el tribunal dijo que la convención hipotecaria que tiene por objeto garantizar los saldos de la cuenta de gestión de titularidad del ejecutado tiene fuerza ejecutiva, en tanto solo se requiere para ello que en el instrumento constitutivo se establezca el monto y extensión del crédito, aunque su determinación concreta se haga por medios extrahipotecarios, en el caso, por un certificado emitido por un profesional contador público.

³⁹ Conf. PIROVANO, Pablo A., La hipoteca de seguridad nuevamente bajo la lupa de la justicia, LA LEY 03/07/2018 , 7. LA LEY 2018-C , 526, TR LALEY AR/DOC/1277/2018. MACAGNO, Ariel A., Liquidez de la deuda en los créditos indeterminados garantizados con hipoteca. Una certificación contable que trae aparejada ejecución, LA LEY 27/06/2018, 3. LA LEY 2018-C, 468, TR LALEY AR/DOC/1275/2018. ITURBIDE, Gabriela A., Reflexiones sobre la especialidad en cuanto al crédito, hipotecas abiertas, UVIs y UVAs”, LA LEY 10/06/2019, 10/06/2019, 1 - LA LEY2019-C, 949, TR LALEY AR/DOC/1776/2019.

pueden ser omitidos porque conllevan a la nulidad absoluta del acto constitutivo de la garantía (arts. 386 y 387).

Este precepto tampoco hace referencia a defectos subsanables por otros documentos ni a nulidades relativas.

Los defectos admisibles comprendidos en la norma bajo comentario son imprecisiones en la redacción del texto, designaciones que son vagas o no se encuentran incorrectamente posicionadas en las cláusulas, datos incompletos pero que se pueden conocer por las demás enunciaciones que contiene el acto. El magistrado/a puede conocer los requisitos de la especialidad objetiva, del crédito y de la garantía mediante la interpretación integral del contenido del documento sin caer en un excesivo rigorismo formal y de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 3 de este Código.

La jurisprudencia que aplicó el artículo 3133 del Código civil anterior declaró, en algunos casos, válidas ciertas escrituras hipotecarias en las que de manera incompleta, defectuosa o desordenada se cumplían las condiciones de fondo del acto.

La Corte Federal en el caso “Estancia Victoria” consideró cumplido el requisito de la especialidad objetiva a pesar de la información incompleta de la individualización del inmueble (art. 3131 C. Civ.). La escritura hacía referencia a que se gravaba la “Estancia Victoria”, del departamento de San Gerónimo de la provincia de Santa Fe sin precisar correctamente la ubicación del inmueble, pero los datos relativos al dominio del inmueble se juzgaron suficientes para la identificación del predio hipotecado⁴⁰.

Un fallo de la Corte mendocina resolvió que los pagarés hipotecarios que documentaban la deuda hipotecaria por un monto superior al capital pactado en la escritura de hipoteca cumplían con el requisito de la especialidad, en tanto el tribunal interpretó que los documentos incluían en la suma líquida de los intereses compensatorios cuya tasa se encontraba determinada en la escritura de hipoteca⁴¹.

Cabe señalar que la corriente jurisprudencial permisiva que rechazó los planteos de nulidad de las denominadas hipotecas abiertas durante la vigencia del Código civil anterior se valió también de la disposición del artículo 3133 para interpretar el crédito era determinable si existía en la escritura

⁴⁰ CSJN, 17/7/1884, in re “Marino Alvarado c. Carlos Treacher y Banco Nacional de Santa Fé s/tercería de mejor derecho”, en Fallos 27: 69. El máximo tribunal resolvió declarar la procedencia de la acción de tercería de mejor derecho opuesta por el acreedor que invocó el derecho de hipoteca a su favor contra dos bancos acreedores embargantes del inmueble que negaron la existencia de la misma. La escritura hipotecaria objeto de la litis solamente refería que el constituyente “venía a afectar su responsabilidad personal y muy especialmente con sus intereses rurales que posee por la mitad indivisa en la estancia denominada *Victoria*, departamento San Gerónimo, de esta provincia” (Santa Fe); otra cláusula de la escritura hacía mención al campo donde está la “estancia de cuatro y media leguas, edificios, corrales y potreros”, de los cuales hace una estimación en dinero y animales. No obstante que la escritura no expresaba la palabra hipoteca sobre ese inmueble, ni daba mayores precisiones respecto de los linderos, la Corte entendió que “era efectiva la existencia y la ubicación de la finca” y que “podía venirse en conocimiento de sus linderos” por las “escrituras de la finca total”.

⁴¹ SCJMza., sala I, 4/12/2000, “Rizzo, Vicente c. El Solar de los Abuelos S. A”, TR LALEY AR/JUR/3739/20. El voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo: Los jueces de grado han interpretado las cláusulas negociales y de ellas han derivado que la diferencia entre los 230.000 dólares prestados y los 254.000 que deben restituirse configuran los intereses compensatorios pactados. a) ¿Estaban autorizados por las leyes de fondo para realizar esta interpretación? No dudo que la respuesta es afirmativa: Aunque con rigor extremo se afirmase que más allá de lo dispuesto por el art. 3152 Cód. Civil (que se refiere a los intereses devengados con anterioridad a la constitución de la hipoteca), también los intereses compensatorios a devengar con posterioridad y hasta el momento del pago deben estar específicamente previstos en la escritura hipotecaria, los jueces pudieron derivar “por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca” que la diferencia entre ambas sumas eran los intereses compensatorios pactados.

de hipoteca una enumeración de las obligaciones garantizadas que pudieren resultar de la vinculación comercial preexistente entre las partes llevadas mediante una “cuenta de gestión”.

ARTÍCULO 2191. Indivisibilidad. Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.

El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías.

Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés.

1. Introducción

Este artículo refiere al carácter natural de la indivisibilidad de los derechos reales de garantía. Ello supone que todos y cada parte de los objetos gravados se encuentran afectados al pago de toda y cada parte de la deuda.

Este carácter se manifiesta como carga y como derecho real. La garantía es indivisible como *carga* porque la totalidad del o de los objetos gravados, y cada parte de ellos, responde por el todo de la deuda y cada parte de ella; y es indivisible como *derecho real* porque la acreedora garantizada, aunque haya percibido parte de la deuda, está facultada para perseguir y ejecutar la totalidad del objeto gravado hasta hacer efectivo el saldo pendiente.

Esta facultad puede ser renunciada por la acreedora, o las partes al momento del otorgamiento de la garantía o con posterioridad pueden pactar la divisibilidad y, por ende, la liberación parcial de o de los objetos gravados. En el ámbito de los derechos reales, pocas son las normas que admiten margen a la autonomía de la voluntad; esta es una.

En virtud de que se trata de una cláusula *reglamentaria* que no compromete el orden público, el/la juez/a también tiene la facultad de morigerar este principio.

En los contratos paritarios, la divisibilidad suele pactarse, pero en los contratos de adhesión y de consumo esta convención está ausente.

Una norma similar, aunque referida a los privilegios, se puede encontrar en el Art. 2576.

2. Análisis

2.1. Divisibilidad material del objeto

Se debe distinguir la indivisibilidad de la garantía con la posibilidad de dividir materialmente el objeto gravado, en particular si se trata de un inmueble.

La garantía puede recaer sobre varios bienes o sobre un objeto materialmente divisible como un lote, un campo. Sin embargo, el principio de indivisibilidad concibe unitariamente al objeto del derecho real de garantía.

Las consecuencias son: a) Si el objeto se divide materialmente, la garantía se mantiene sobre todas y cada una de las partes o fracciones resultantes del mismo. Si se trata de un inmueble que es sometido al régimen de la propiedad horizontal construido con la asistencia de un crédito hipotecario, cada una de las unidades individuales que lo conforman (departamentos, locales, cocheras, etc.) se encuentran gravadas por la hipoteca que recae sobre el inmueble originario y la acreedora hipotecaria puede ejecutar todas o cualquiera de las unidades para cobrar la totalidad de su crédito. b) El cumplimiento parcial de la obligación no autoriza a extinguir parcialmente el gravamen.

2.2. Divisibilidad de la deuda

La garantía asegura el cumplimiento total de la obligación (art. 2193) cualquiera sea la naturaleza divisible o indivisible de la obligación (arts. 805 y 813). Pero la garantía es indivisible aun cuando las prestaciones garantizadas sean divisibles o susceptibles de cumplimiento parcial (por ejemplo, la devolución en cuotas de un mutuo, el suministro de mercaderías en diferentes plazos, el pago del precio de la compraventa a plazos, etc.). En estos casos, la garantía subsiste en su totalidad hasta el cumplimiento total del contrato, sin que se libere el gravamen de manera proporcional al cumplimiento de la obligación.

2.3. Pluralidad de sujetos

La pluralidad de personas acreedoras o deudoras tampoco obsta el carácter indivisible de la garantía. La indivisibilidad opera sus efectos en todos los supuestos de cotitularidad pasiva y/o activa de la obligación, tanto cuando es originaria como cuando es sobreviviente, se trate en este último supuesto de la sucesión *mortis causa* o de la cesión *entre vivos* del crédito garantizado⁴².

Así, si una de las personas deudoras paga una parte de la deuda, la garantía no se extingue proporcionalmente. La acreedora conserva el gravamen sobre todo el objeto y podrá realizarlo para cobrarse lo que aún se le deba.

Por su lado, el ejercicio de la acción de cobro contra una de las codeudoras mancomunadas no interrumpe la prescripción respecto de las otras⁴³. En todos los supuestos que existan varias codeudoras, se trate de una obligación solidaria o simplemente mancomunada, no se puede exigir la liberación y cancelación de la garantía hasta que la obligación principal no se encuentre totalmente cumplida.

En sentido inverso, si existen varias personas coacreedoras, la que recibe el pago de la parte que le corresponde en el crédito no está autorizado para extinguir parcialmente la garantía ni la parte deudora podrá exigir la cancelación sin la concurrencia de todas las acreedoras⁴⁴; en esta situación, las restantes personas acreedoras pueden demandar el cobro de su porción ejecutando la garantía sobre la totalidad del bien gravado.

2.4. Indivisibilidad y condominio

Los derechos reales de garantía son indivisibles también en el caso de constitución por condóminos/as. *Cada parte* de la cosa gravada está afectada al pago de la totalidad de la deuda y esa *parte* puede ser material o ideal⁴⁵.

Aun cuando originalmente sea una persona la titular de un derecho de dominio que haya otorgado una garantía, si por cualquier circunstancia, como la muerte de la titular, la propiedad del objeto recae sobre más de una persona, la garantía subsiste sobre la totalidad del objeto; el resultado es el mismo si el bien gravado se vende o se dona por la propietaria de manera conjunta a dos o más personas.

Si los/las condóminos/as codeudores/as constituyen una garantía sobre la cosa en condominio, cada uno/a responde por el todo de la deuda, en virtud de carácter indivisible de la hipoteca.

En este sentido, los tribunales han dicho

El hecho de que parte de lo debido al acreedor hipotecario se hubiera pagado al subastarse el inmueble en la quiebra de un condómino, no habilita al comprador en subasta a exigir la

⁴² DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, La cotitularidad en el crédito hipotecario, TR LALEY 0003/009475.

⁴³ CCiv.Com. y Lab. de Rafaela, 02/08/2002, “Uncoga Fed. de Coop. Agropec. Coop. Ltda. c. Toledo, Omar J. y otra”, TR LALEY AR/JUR/3233/2002.

⁴⁴ CNCivCom., Lomas de Zamora, Sala I, 03/07/2012, “Borda, Graciela Viviana c. Ruger, Marta Margarita s/cancelación de hipoteca”, TR LALEY AR/JUR/33928/2012.

⁴⁵ HIGHTON, Elena, en BUERES Alberto y HIGHTON Elena, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, 2da. Edición, 2004, Tomo 5C, p. 290.

cancelación del gravamen previo a escriturar a su nombre la porción indivisa, mientras la deuda no esté totalmente satisfecha, pues debe soportar la garantía sobre la totalidad del bien⁴⁶

Y que

El desistimiento del acreedor de la ejecución contra uno de los deudores/as –condóminos del inmueble hipotecado- no afecta el derecho a subastar el 100% del inmueble gravado, toda vez que se pactó expresamente la solidaridad de la deuda hipotecaria y no se dejó sin efecto en ninguna cláusula la indivisibilidad del bien. No afecta el derecho del acreedor hipotecario a subastar el 100% del bien sujeto a condominio, el hecho de que la sentencia por la que se decretó la venta del bien se haya dictado contra sólo uno de los deudores hipotecarios⁴⁷.

En posición contraria, la Corte mendocina expresó que

La resolución que en una ejecución hipotecaria ordenó subastar todo el inmueble gravado con hipoteca y rechazó la oposición planteada por la heredera de una de las tomadoras del crédito es arbitraria, pues, habiendo la ejecutante desistido de la acción contra la difunta con motivo de la percepción del seguro de vida y no habiendo hecho valer sus derechos en el juicio sucesorio, no puede válidamente a posteriori invocar el principio de indivisibilidad de la hipoteca, el cual es renunciable por el acreedor⁴⁸.

2.5. Efecto registral de la indivisibilidad

La indivisibilidad de los derechos reales de garantía sobre cosas registrables obsta a la cancelación registral si el pago de la deuda es parcial.

Una derivación de este principio se da cuando se han librado letras hipotecarias (art. 48 de la ley 24.441); en este caso es menester la presentación de la totalidad de los títulos para proceder a la cancelación registral del derecho real.

Aun así, la oponibilidad y la divisibilidad son renunciables, razón por la que se ha dicho que la falta de pago del total del crédito no priva de validez a la conformidad prestada por la acreedora para la cancelación de la hipoteca,

... como la inscripción beneficia a la persona acreedora, no existe impedimento alguno para que renuncie lisa y llanamente a esa ventaja. La indivisibilidad de la hipoteca es una prerrogativa del acreedor tendiente a lograr la plena satisfacción de su crédito, motivo por el cual puede ser renunciada y al no tratarse de una cláusula reglamentaria que no compromete el orden público, las partes pueden –en la convención hipotecaria o con posterioridad a ella- liberar parcialmente la hipoteca⁴⁹.

2.6. Facultades de la parte acreedora

Si la garantía comprende varios bienes, es facultad de la acreedora solicitar la ejecución de todos, uno o algunos, *con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías*.

El derecho de opción que tiene la acreedora puede ocasionar perjuicios a terceras personas; por ejemplo, en el caso de enajenación de alguno de los bienes de una propietaria no deudora, cuando existen otros bienes que permanecen en el patrimonio de la deudora.

Otro conflicto se suscita con quienes sean acreedores/as de rango posterior o acreedores embargantes de fecha posterior, que tampoco pueden detener la ejecución, lo que pone en peligro la posibilidad de cobro de su crédito en la eventualidad de que el precio obtenido en la subasta sólo alcance para abonar a la acreedora hipotecaria de grado preferente. En esta situación, a las terceras personas les queda la posibilidad del pago por subrogación.

⁴⁶⁴⁶ CNCom, Sala A., 09/08/2013, “Defilippis, Fernando Oscar s/ quiebra”, TR LALEY AR/JUR/60455/2013.

⁴⁷ CCiv. y Com., Morón, Sala II, 29/04/2003, “Lando, Luis A. c. Ferreyra, Mirtha H.”, TR LALEY AR/JUR/2341/2003.

⁴⁸ SCMza., Sala I, 04/10/2012, “Equity Trust Company (Arg.) S.A. – Fiduciaria del Banco de Galicia S.A.- c. Fernández, Víctor Hugo s/ ejec. hipotecaria s/ inc. cas.”, TR LALEY AR/JUR/52706/2012.

⁴⁹ CNCiv, Sala A, 16/09/2014, “H N., M. y otros c. G. L., G. E. s/ cancelación de hipoteca”, TR LALEY AR/JUR/50073/2014.

Además, en muchas ocasiones, la venta simultánea o en bloque resulta ruinosa para las mismas partes, acreedora y deudora, toda vez que la ejecución separada permite obtener un mayor valor de realización de los bienes. Así, el perjuicio a la deudora que habita en el inmueble hipotecado o desarrolla en el mismo una actividad económica es por demás evidente, máxime ante la existencia de otros bienes gravados.

2.6. División judicial

La norma que se comenta, faculta al juez/a a disponer la división a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés.

Ante petición de parte, con anterioridad a la enajenación el/la magistrado/a podrá decidir la mejor forma de conciliar los intereses de la propietaria ejecutada y la acreedora sea que ordene la enajenación en lotes o si la garantía comprende bienes separados, la enajenación escalonada o progresiva, siempre que de ello no se siga lesión a la acreedora.

Aunque la norma refiera a la petición de la deudora o acreedora, se considera que el/la juez/a también puede disponer de oficio la división si existen motivos razonables debidamente fundados. El límite al ejercicio de esta facultad judicial está dado por el interés legítimo de la acreedora, quien no puede ser perjudicada por trámites periciales o administrativos costosos, si ellos ocasionan una significativa dilación, obstaculización o tornan más dispendiosa la ejecución del bien gravado; también en este aspecto el/la magistrado/a debe atender los estándares que pautan el ejercicio regular de los derechos.

También entendemos que esta forma de realización puede ser solicitada por cualquier persona que acredite un interés y sufra un perjuicio injustificado ante la indivisibilidad. Así, podrá solicitar la división de la realización una acreedora embargante o de rango posterior, o incluso la propietaria no deudora, excluida en la glosa de la norma.

La doctrina coincide en que este supuesto no constituye una verdadera excepción a la indivisibilidad de los derechos reales de garantía, sino de una mera atenuación de este principio, porque el gravamen se mantiene sobre la totalidad del bien gravado sin que se cancele registralmente hasta que se satisfaga plenamente la acreencia garantizada; por esta razón, se habla de la humanización del principio de indivisibilidad⁵⁰.

En realidad, en numerosas ocasiones la venta en lotes o escalonada procura obtener un mejor valor de realización no sólo en el interés de la ejecutada para que no sufra una ejecución ruinosa innecesaria, sino también de todos/as los/as acreedores/as concurrentes a la ejecución que obtienen mejores posibilidades de cobro de sus acreencias y, en general, por las razones económicas y sociales que justifican impedir la adquisición de bienes a un valor muy por debajo del precio de mercado que solo favorece las maniobras especuladoras de las “ligas” que se presentan habitualmente como oferentes en las subastas judiciales.

2.7. Pacto de división

En virtud que la indivisibilidad es un carácter natural de la garantía, las partes pueden acordar en la convención constitutiva del gravamen o con posterioridad a ella la división, liberación y cancelación parcial del gravamen.

La liberación parcial de la hipoteca puede alcanzar una parte materialmente determinada del objeto si es susceptible de división parcial o una cuota-parte indivisa. Si los derechos reales se pueden constituir sobre el todo o una parte material, por el todo o una parte indivisa (Art. 1883) se pueden liberar de la misma manera.

⁵⁰ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Tratado de Derecho Hipotecario, Derecho hipotecario sustancial*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, Tomo I, p. 224.

A los efectos de evitar dificultades interpretativas, resulta conveniente que el pacto establezca con precisión el procedimiento de división o fraccionamiento.

Si el bien gravado es registrable, a los efectos de la oponibilidad, el acuerdo de divisibilidad deberá inscribirse en los registros respectivos.

2.8. Prorrateo del saldo

Luego de la subasta simultánea de los bienes gravados, y una vez satisfecho el crédito de quien resulte acreedora de grado preferente, si existe remanente de precio y concurren otras personas acreedoras hipotecarias o prendarias y/o embargantes de fecha ulterior sobre los distintos bienes será necesario determinar la proporción en que el valor de cada bien ha contribuido en la suma líquida final para hacer la distribución (art. 2202 inc. c).

ARTÍCULO 2192.- Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Sin embargo, no están comprendidos en la garantía:

a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual;

b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

1. Introducción

Este artículo refiere a la extensión de la garantía con relación al objeto. La norma refleja las consecuencias jurídicas del principio de la accesoriidad y debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones que contiene el Título II, Capítulo I, especialmente los artículos 225 a 233. También debe meritarse la extensión del derecho de la persona que constituye la garantía. Así, si es el titular del dominio será de aplicación el artículo 1945, si la garantía la otorga una persona titular del condominio se aplicarán también los artículos 1985 a 1990, etc.

La norma bajo comentario dispone que los accesorios físicamente unidos a la cosa gravada – salvo que al momento del otorgamiento de la hipoteca o al momento de la accesión estén gravados con prenda o sean propiedad de terceros-, las mejoras y las rentas debidas quedan comprendidos en la garantía. La solución legal es lógica porque los accesorios participan de la misma naturaleza jurídica de cosa gravada y recién cuando se separan adquieren la naturaleza de cosas distintas con autonomía jurídica propia.

2. Análisis

2.1. Accesorios unidos físicamente

Quedan comprendidos en la garantía los accesorios que están unidos a la cosa inmueble gravada principal de manera orgánica (tierra, aguas piedras, árboles, peces, etc.) y los que de manera artificial el hombre ha adherido con carácter de perdurable (edificaciones, instalaciones eléctricas, cañerías, conductos, sanitarios, pisos, mamparas, vidrios, puertas, equipos de calefacción y de aire, postes, etc.). En este sentido, una sentencia expresa que forman parte del objeto hipotecado...los revestimientos adheridos a las paredes de una finca⁵¹.

La disposición comprende los accesorios que existían al momento de otorgarse la garantía, como los posteriores, ya que la extensión del gravamen alcanza a las mejoras.

Para que los accesorios queden incluidos en la garantía deben mantenerse unidos al bien gravado, por adhesión física perdurable. Si las cosas accesorias son separadas y enajenadas a título oneroso a una tercera persona de buena fe, la acreedora no puede perseguirlas (art. 1895). Si las cosas

⁵¹ CNCiv., Sala L, 30/10/1998, “Bowers Alejandro y otro v. Quinquela S.A.”, TR LALEY 1/52679.

separadas todavía no han sido entregadas, como la persona que las adquiere todavía no es propietaria de ellas por falta de la tradición (art. 750), la acreedora puede pedir las medidas cautelares necesarias para conservar sus derechos, solamente si esta separación compromete el valor de la garantía (art. 2195).

Pero la garantía no comprende las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario (art. 226 segundo párrafo). Este código no admite el supuesto de “accesión moral” por lo que las cosas que no se encuentran adheridas corporalmente pero que el propietario ha colocado para el servicio del inmueble (por ejemplo, el mobiliario de la empresa, las maquinarias de la fábrica, el ajuar del hotel, los toneles o vasijas de la bodega, las cámaras frigoríficas, etc.) no se encuentran incluidas en la garantía.

Cabe preguntarse si puede pactarse la extensión del gravamen a los accesorios afectados a la explotación del inmueble o a la profesión del propietario. En el derecho extranjero esta convención se encuentra admitida. Así, la Ley Hipotecaria española admite las cosas inmuebles *por destinación*, cuando exista pacto expreso de extensión de la garantía hipotecaria⁵². Sin embargo, algunos precedentes, aún sin pacto expreso, consideran que las maquinarias y las instalaciones para la extracción de agua de pozo, para la explotación agrícola, para el riego por aspersión y toda maquinaria ubicada en la finca para satisfacer sus necesidades y la explotación industrial son cosas inmuebles a las que se extiende la hipoteca⁵³. En cambio, para la jurisprudencia italiana, la hipoteca de un establecimiento industrial se extiende a las maquinarias, sólo cuando éstas asuman la naturaleza de accesorios, en el sentido de que estén físicamente conectados, formando una cosa compleja⁵⁴.

En nuestro país, pareciera que no se puede pactar la extensión del gravamen, porque uno de los elementos de los derechos reales de garantía es el objeto sobre el que recae (art. 2188) y los elementos de los derechos reales conforman su estructura (art. 1884), la que no se puede modificar por voluntad de las partes.

2.2. Derechos accesorios o conexos

Si la garantía se constituye sobre un inmueble al que acceden en condominio cosas indispensables al uso común de varios inmuebles (art. 2004), la garantía se extiende al condominio. Dado que en estos casos el condominio puede ser de origen legal (art. 1894), la garantía comprende a las cosas accesorias aun cuando el título constitutivo de la hipoteca o la anticresis omita especificarlas.

Las servidumbres activas que constituyen una ventaja para el inmueble aprovechan al valor del inmueble gravado con hipoteca o anticresis; rige el principio de inherencia, conforme el cual la servidumbre sigue el dominio del inmueble (art. 2165).

También queda comprendida en la garantía la calidad de socio o asociado si el objeto gravado es un inmueble que forma parte de un conjunto inmobiliario y este no se encuentra sometido a la propiedad horizontal especial⁵⁵.

⁵² MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Tercera edición, Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, T. 2, p. 142.

⁵³ SAAVEDRA MONTERO, Eva, *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 34 y ss.

⁵⁴ CICERO, Cristiano, *L'Ipotecca*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 83.

⁵⁵ Un interesante caso de jurisprudencia refiere a la ejecución hipotecaria de un inmueble integrante en un club de campo, cuyo dominio se transmite por efecto de la subasta judicial conjuntamente con la calidad de socio del club. La Cámara expresa: “El hecho de que la venta de un inmueble en pública subasta implique la transferencia de la calidad de socio de un club al nuevo adquirente no implica que la deuda que exista por esa calidad de socio tenga el privilegio otorgado al crédito por expensas comunes de acuerdo al art. 17 de la ley 13512, en tanto el bien no se encuentre sometido al régimen de propiedad horizontal”. C2da. Civ. Com., La Plata, 12/03/2003, “Club del Carmen S.A.”, TR LALEY AR/JUR/2695/2003.

Asimismo, se ha admitido la legitimación de la acreedora hipotecaria para embargar el monto indemnizatorio debido por los daños que causó el derrumbe del inmueble gravado por excavaciones en el colindante y que disminuyeron su valor⁵⁶.

2.3. Frutos naturales e industriales. Productos

La norma no alude a los frutos naturales o industriales del bien gravado lo obedece a que mientras los frutos están pendientes, forman parte integrante de la cosa, y consiguientemente están incluidos en la garantía. Igual solución corresponde con los productos.

Sin embargo, con respecto a la percepción de los frutos y de los productos corresponde distinguir la situación antes, durante y con posterior al ejercicio de la acción hipotecaria o prendaria.

Antes de la ejecución, la acreedora carece de derecho sobre los frutos y productos. La propietaria conserva la facultad de gozar y disponer de ellos (Art. 2195), salvo que la percepción de los frutos se realice de una manera perjudicial para la garantía y ello disminuya su valor. Si al momento de la ejecución de la hipoteca los frutos ya fueron separados, se trate de frutos naturales o industriales, son cosas muebles que quedan fuera de garantía y la acreedora carece de acción para perseguirlos.

Durante el trámite de ejecución, la acreedora puede solicitar el embargo de los frutos que se encuentran en poder de la constituyente y si son perecederos puede solicitar la venta y el depósito judicial del precio.

Los frutos pendientes al momento de la subasta dispuesta en la ejecución corresponden a la adquirente en subasta.

La ley de prenda con registro argentina contempla la prenda sobre los frutos pendientes o en pie y los productos de un inmueble (art. 10 de la ley 12.962 mod. Dec. 897/95); en consecuencia, si sobre ellos recae una doble garantía (prenda e hipoteca) la prioridad se determina por la fecha inscripción de estos derechos.

2.4. Mejoras

La mejora es la modificación material del objeto que aumenta su valor y que se produce con posterioridad a la constitución de la garantía.

La mejora queda comprendida en la garantía, provenga de un hecho de la naturaleza o sean incorporadas por el trabajo de una persona, sea o no la constituyente del gravamen. Y en este último caso, quien realiza la mejora no podrá ejercer el derecho de retención⁵⁷ ante la pretensión de subastar el objeto de la garantía. Eventualmente, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente (Art. 2592 inc. d).

2.5. Ventajas por extinción de cargas

La extinción de las cargas que gravan el bien gravado aprovechan a la acreedora. Tales son los casos de extinción de las servidumbres prediales, las garantías precedentes, el derecho de usufructo, etc.

⁵⁶ C.Civ.Com., La Matanza, sala 1ra., 27/12/2000, “Marquilla S.A. y Stacor S.A. v. Andrade, Silvana M. y otros”, inédito.

⁵⁷ “El derecho real de hipoteca se hace extensivo a las construcciones o *mejoras artificiales*, aunque hayan sido introducidas por el hecho de un tercero (conf. art. 3110, Cód. Civil), sin desconocer la obligación del titular del dominio de indemnizar al poseedor por el mayor valor que resulta del inmueble hipotecado (art. 3160, Cód. Civil), ya que ellas pasan a pertenecer al dueño del inmueble. La colisión de intereses entre el retenedor y el acreedor hipotecario se resuelve en función del momento en que se operó el nacimiento de cada derecho, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3149 del Cód. Civil, la hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, a partir de su toma de razón (conf. art. 3934 cit.), mientras que el privilegio reconocido al derecho de retención por el art. 3946 del mismo Código tiene prevalencia sobre los privilegios especiales inclusive el hipotecario si ha comenzado a ejercerse “desde antes de nacer los créditos privilegiados”. CCiv., Sala A, 11/11/1991, “Molina, Mirta c. Silva, Emilia A.”, TR LALEY AR/JUR/85/1991.

2.6. Rentas

El artículo dispone que las rentas debidas están incluidas en la garantía (alquileres, intereses, etc.). Pero la garantía no se extiende a los alquileres que ya fueron percibidos por la propietaria porque conserva el poder de administración del inmueble.

Para hacer efectivo el derecho de la acreedora garantizada sobre las rentas es menester que la deudora se encuentre en mora y se inicie la ejecución, disponiéndose el embargo y la notificación a la locataria para que no pague a la locadora⁵⁸; si la locataria también está en mora, la acreedora puede requerir el depósito judicial de los alquileres⁵⁹.

El derecho de cobro preferente y excluyente de la acreedora garantizada se ejerce sobre el valor de realización; por esta razón si los fondos obtenidos en la subasta del bien se depositan a plazo fijo, el privilegio de la acreedora se extiende a los intereses correspondientes⁶⁰.

2.7. Bienes no comprendidos en la garantía

El artículo excluye de la garantía:

- los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por la deudora (propietaria constituyente) esté autorizada por un vínculo contractual.

- los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

Estas exclusiones se justifican en la necesidad de resolver la preferencia de dos garantías con objeto diverso. La disposición se vuelca por el principio primero en el tiempo, mejor en el derecho.

Tampoco deben incluirse en la garantía las adquisiciones hechas por la propietaria de inmuebles colindantes para unificarlos con el inmueble gravado. Pero, si se trata de un inmueble gravado en el que existe un error de superficie, la rectificación notarial y registral del objeto aunque se registre con posterioridad al gravamen tiene efecto respecto de la garantía. Por el contrario, si no se trata de la rectificación de un error sino de una anexión, aún cuando se adquiera por la usucapión, la garantía no se extiende a esta superficie.

Si el bien gravado es un inmueble en el que se desarrolla una actividad comercial, las utilidades de la actividad le pertenecen a la propietaria constituyente quien conserva las facultades de uso, goce y disposición porque no se consideran “rentas debidas”. La jurisprudencia reconoce esta interpretación⁶¹. Un decisorio dictado en el trámite de una ejecución hipotecaria revoca la resolución que ordena el embargo sobre las utilidades del establecimiento hotelero embargado. La Cámara entiende que la actividad hotelera de la deudora dista de constituir una figura semejante a la locación o arrendamiento, por lo que está ausente el extremo legal que autorice a considerar dichas utilidades como incluidas en la extensión de la garantía; que el propietario conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, incluida la de cobrar alquileres; y que el acreedor no ha denunciado que como consecuencia de la consentida actividad que se desarrolla en el inmueble hipotecado pueda verse disminuida la garantía afectada al crédito, ni ha probado que el inmueble, las cocheras, las habitaciones o los locales comerciales hayan sido objeto de contratos de locación independientes de la explotación hotelera, por lo que cabe revocar la providencia cuestionada.

⁵⁸ AREÁN, Beatriz, *Derechos Reales*, Hammurabi, Bs. As., 2003, T. 2, p. 833.

⁵⁹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Tratado de Derecho Hipotecario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, T.I, p. 479.

⁶⁰ SCJMendoza, Sala I, 27/10/2004, “El Aguaray S.A. p/conc. prev. hoy quiebra s/inc. de casación”, TR LALEY AR/JUR/5059/2004. CNCom., Sala D, “Venancio Ortiz e Hijos S.R.L. s/quiebra s/incidente de distribución de fondos”, inédito.

⁶¹ CNCiv., Sala B, 18/02/2004, “Hostal de Lago S.A. c El Rápido Argentino Cía. De Microómnibus S.A.”, TR LALEY AR/JUR/1478/2004.

Pero si el bien gravado es una acción o cuota social, la prenda se extiende a los dividendos devengados durante el período de vigencia de la prenda y a los aumentos de capital que no tienen una contrapartida patrimonial proporcional al valor de las participaciones.

ARTÍCULO 2193.- Extensión en cuanto al crédito. La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención.

1. Introducción

Esta norma refiere a la extensión del derecho real de garantía con relación al crédito. Para su debida comprensión requiere tener en claro la distinción entre la especialidad del crédito y la especialidad de la garantía y que el monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito (art. 2189 2do. párrafo).

Se parte del supuesto fáctico del cobro judicial del crédito que está asegurado por el derecho real de garantía (crédito hipotecario, anticrético o prendario). Generalmente el cobro judicial obedece a que la parte deudora incumplió la obligación garantizada y la acreedora ejecuta judicialmente la garantía. También puede darse el supuesto de la realización del bien gravado por un tercero (art. 2197) o la declaración de quiebra de la deudora o de la constituyente de la garantía. O bien, el caso en que la deudora fue privada del plazo de la obligación porque se realizaron actos que disminuyeron el valor de la garantía por la constituyente sea la deudora o una tercera persona (art. 2195).

Otra cuestión para tener en consideración es que el precepto contempla el cobro de una suma de dinero. En principio, parece que se trata de un crédito determinado de dar suma de dinero que goza de una garantía de monto provisional o determinable. Pero la norma también se aplica cuando el crédito era inicialmente indeterminado por tratarse de una garantía abierta de monto máximo y que luego se determina porque nació durante el plazo de vigencia de la garantía, la deudora incurre en mora y la acreedora ejecuta la garantía. Es decir que, en el entendimiento de quien comenta este precepto, el mismo se aplica tanto a los créditos determinados como a los que inicialmente eran indeterminados pero que han nacido bajo el amparo de la garantía abierta de monto máximo, se determinan y luego se incumplen.

En razón de lo expuesto, esta disposición es aplicable a la garantía de monto provisional o determinable como a la garantía de monto máximo. Además, comprende a los créditos dinerarios y no dinerarios con garantía de máximo. Será el tope máximo o fijo de la garantía el que determine en qué medida o *quantum* se cobra íntegramente o no el crédito (remisión comentario Art. 2189). Es decir que no se comparte el criterio que limita la aplicación de la norma solamente a los créditos dinerarios determinados de monto provisional.

2. Análisis

2.1. Garantía de monto determinable o provisional

En el caso de obligaciones de dar dinero generalmente el monto de la garantía coincide con el monto del capital, con más los accesorios pactados o legales. El monto de la garantía crece en función de los accesorios determinados o determinables del crédito. La solución de esta norma no ha variado con respecto a los artículos 3111 y 3152 del Código civil anterior.

La cobertura de la garantía se extiende al capital adeudado. También comprende los intereses posteriores a su constitución. Estos son los intereses compensatorios que quedan comprendidos en la garantía si están expresamente pactados (art. 767). Una cláusula que no determina la tasa del interés compensatorio o la deja librada a la posterior voluntad unilateral de la parte acreedora compromete la especialidad de la garantía y acarrea la nulidad parcial de la cláusula de los intereses por falta de individualización. La especialidad está impuesta en el interés de las partes contratantes y de los terceros que deben conocer con certeza en cualquier tiempo el monto a que asciende la garantía. Por

tanto, respecto de estos intereses en el acto constitutivo de la garantía se debe explicitar la tasa respectiva (porcentaje) o deben ser determinables (por ej., el tipo de tasa: variable o fija, tasa activa o pasiva que aplica un banco determinado), períodos de aplicación (mensual, trimestral, anual etc.), número de cuotas de capital y de intereses, sistema de amortización de la deuda (francés, alemán, etc.) y si los intereses son capitalizables (art. 770 inc. a).

Estas especificaciones son indispensables, porque si se produce el incumplimiento de la deudora que abonó parte de las cuotas, puede suceder que la caducidad del plazo provoque el pago de un saldo de cuotas que incluyan intereses de períodos aún no transcurridos. En este caso es probable que en la ejecución de la garantía por ese saldo sea viable el planteo de la inhabilidad de inhabilidad del título, según lo ha resuelto en estos casos la jurisprudencia⁶².

Además, los/as jueces/zas pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses sea excesivo (art. 771).

La norma establece que la garantía se extiende a los *daños*. En principio, cabe interpretar que son los daños que provoca el incumplimiento de la deudora. En este rubro quedan comprendidos los *intereses moratorios* (art. 768). Estos intereses cuando están expresamente pactados se denominan usualmente intereses punitivos porque superan al interés compensatorio y funcionan como una cláusula penal (art. 767). Es usual en los contratos bancarios, por ejemplo, el mutuo con garantía hipotecaria que se pacte la tasa del interés punitivo equivalente a la tasa del interés compensatorio con más un cincuenta por ciento.

Si los intereses moratorios no están pactados corren a la tasa que dispongan las leyes especiales y, en subsidio a las tasas que fijan las reglamentaciones del Banco Central (Art. 768 inc. b) y c)). Estas tasas son susceptibles de ser conocidas, por ende, cumplen con el recaudo de la especialidad.

En cuanto a las costas posteriores que provoca el incumplimiento son conceptos que también están establecidos por las leyes especiales de cada jurisdicción. Las costas comprenden los honorarios profesionales de los abogados, procuradores, peritos que intervienen en el juicio (aranceles profesionales) y los costos o gastos causídicos (tasas de justicia, aforos, derechos, aportes, etc.) que se generan en el proceso judicial y con motivo del mismo (anotación de cautelares en los registros de los bienes gravados).

La norma que se glosa distingue los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención. Es factible que la garantía se constituya con posterioridad al nacimiento de la obligación y haya devengado intereses; o bien, que se refinance una obligación incumplida que en su origen no gozaba de garantía y que en razón de la prórroga que se concede a la deudora se constituya el derecho real de garantía. En estos supuestos esos rubros que se han devengado con anterioridad a la constitución de la garantía, se deben liquidar y designar en una suma cierta como lo disponía el art. 3152 del Código civil anterior, del mismo modo los otros rubros enunciados a efecto de cumplir acabadamente con la especialidad del crédito (monto de la obligación) y de la garantía (monto de la cobertura).

Si existe concurrencia de acreedores sobre el precio de subasta o venta, el Código prevé el *privilegio especial* de los intereses y su límite. El artículo 2582 inciso e) consagra el privilegio

62 Fallo citado. SCJMendoza, Sala I, 04/12/2000, “Rizzo, Vicente c. El Solar de los Abuelos S. A.”, TR LALEY AR/JUR/3739/20. El voto de la Dr. Kemelmajer de Carlucci agrega: no desconozco jurisprudencia que admite la excepción por inhabilidad de título en las ejecuciones hipotecarias “cuando en la escritura que instrumenta el derecho real se estipula que el capital será devuelto en un número determinado de cuotas, en las que se hayan incluido los intereses calculados sobre saldos deudores sin mencionarse su tasa, razón que impide determinar qué porción de cada cuota está destinada a amortizar el primero y cuál corresponde a los segundos. El fundamento de tal decisión obedece a que al hacerse valer el pacto de caducidad de los plazos no se pueden reclamar intereses por los períodos no transcurridos por cuyo motivo la suma adeudada no era líquida ni fácilmente liquidable por una simple operación matemática, excediendo la determinación de la misma al marco del examen del título ejecutivo que se presentaba así inhábil para admitir la ejecución (Cám. Nac. Civil, sala A, 14/6/1979, LL 1980-A, 646, N° 35.443-S)”.

especial para los *créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento*. En cuanto a la extensión del privilegio el artículo 2583 incisos b) y c) establece que “Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito y a los intereses correspondientes a los DOS (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio y las costas”. Así mismo el artículo 2585 contempla la reserva de gastos para atender los “correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización del bien”. En el caso del concurso y la quiebra rigen los privilegios dispuestos por los artículos 241 inc. 4) y 242 inc. 2) de la Ley N° 24.522 de Concursos.

En definitiva, cuando el crédito determinado goza de una garantía de monto provisional o determinable y así está expresamente pactado en el acto constitutivo con la especificación de todos los rubros que comprende el crédito y la garantía, si los fondos obtenidos en la subasta son suficientes, la garantía cubrirá totalmente el crédito.

2.2. Garantía de monto máximo o definitivo

La garantía de máximo fija un tope fijo a la cobertura que no admite variación. Según los casos, la garantía asegura créditos determinados y también a los inicialmente indeterminados. Inclusive a los créditos dinerarios o no dinerarios.

2.2.1. Crédito determinado no dinerario, de dar, hacer o no hacer

Si se trata de un crédito determinado no dinerario de dar, hacer o no hacer (art. 2187) o su monto es desconocido como sucede con el crédito eventual del saldo deudor de la cuenta corriente, el monto de la garantía debe estimarse en dinero y más allá de esa cifra el crédito reviste carácter quirografario.

Un caso ejemplificativo de una garantía de máximo de obligaciones alternativas (de dar cosas y dinero) resolvió un tribunal, que rechazó la acción por cancelación de hipoteca por no haber cumplido el deudor con todas las obligaciones garantizadas por la hipoteca. La actora en el carácter de fiduciaria compró un inmueble y en garantía del pago del saldo de precio y de todas las obligaciones asumidas constituyó hipoteca sobre el mismo por la suma de U\$S 430.000, monto que se comprometió a abonar parte en efectivo y el saldo, a opción del acreedor, en tres unidades funcionales destinadas a vivienda a construirse en el predio en cuestión con sus respectivos espacios guardacoches. Además, se acordó una multa diaria de U\$S 500 en caso de retardo del cumplimiento de la obligación. La magistrada de grado consideró que la multa se encontraba adeudada porque la entrega de las unidades no se ajustó a lo debido, el pago no incluyó la multa y, en consecuencia, rechazó la demanda por no cumplir con los principios de integridad e integralidad del pago. El actor apeló e invocó que la garantía hipotecaria cesó al haber cumplido la obligación principal contraída consistente en la entrega de las tres unidades funcionales. La Cámara rechazó el recurso con fundamento en el monto máximo de la cobertura hipotecaria consistente en la suma U\$S 430.000 que constituye el valor de la prestación (efectivo y unidades funcionales) con más los U\$S 500 diarios de la cláusula penal por causa del incumplimiento tardío en la entrega de las unidades funcionales. Dado que la hipoteca era fecha anterior a la vigencia del CCyC, pero el fallo se dictó con posterioridad, la Cámara aplicó Código civil anterior por imperio del art. 7 del nuevo Código. No obstante, en los fundamentos relaciona las normas relativas a la especialidad del crédito y la especialidad y extensión de la garantía hipotecaria con las del CCyC en su redacción actual, en tanto considera que:

la solución no hubiera variado por las normas del nuevo Código, porque la especialidad del crédito y el límite por el cual responde el deudor se encuentra en el art. 3109 del Código civil que es concordante con el art. 2189 del nuevo Código y en el art. 3111 del Código Civil de la extensión de la garantía hipotecaria se mantiene en la normativa actual del art. 219”.

2.2.2. Garantías abiertas de créditos inicialmente indeterminados

En cuanto a las garantías abiertas de créditos inicialmente indeterminados, una vez que el crédito se determina, sea o no dinerario, se cobrará con los fondos de la subasta en la medida que lo permite el monto máximo de la garantía.

2.3. Garantía hipotecaria de monto ajustable

La Ley N°27.271 que entró en vigencia el 15 de setiembre de 2016 introdujo significativas modificaciones al régimen hipotecario del CCyC⁶³. Crea las UVIs que son las Unidades de valor Vivienda (art. 1°) aplicables a los préstamos hipotecarios a 35 años para la adquisición, construcción y/o ampliación de la vivienda familiar única y permanente (Art. 9°) y dispone que el valor inicial en pesos de la UVI será determinado por el BCRA. Este valor equivale a la milésima parte del valor promedio del metro² construido con destino a vivienda: 1.000 UVIs = 1 metro cuadrado. Dicho valor es actualizado mensualmente a través del índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC y puede llevar tasa fija o variable (art. 6). La ley excepciona lo dispuesto en los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias y de lo establecido en el art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 21). Los Registros de la Propiedad Inmueble inscribirán los gravámenes, dejando constancia que los importes cubiertos por la garantía se encuentran sujetos a la cláusula de actualización del art. 6.

De acuerdo a estas disposiciones, la hipoteca debe constituirse en una cantidad de dinero equivalente a la cantidad de UVIs según su valor al día del otorgamiento del préstamo y la deudora debe abonar las cuotas del préstamo conforme el valor de las UVIs según su valor al día de cada vencimiento. Por esta razón, se comparte la opinión de que no es propiamente un crédito de dar dinero ajustable, sino que es una obligación de valor UVIs de conformidad a lo dispuesto por el Art. 772 del CCyC. En definitiva, la deudora (o propietaria no deudora) deberá desobligarse entregando la misma cantidad de UVIs que recibió, pero según el valor al día del pago.

El mismo trato es aplicable a las UVAs (Unidad valor adquisición) que dispone la Comunicación N° 6069/16 BCRA y que se actualiza diariamente por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) basado en el índice de precios al consumidor. Este índice fue creado por el Decreto N°214/2002 de la legislación de emergencia y vinculado a las obligaciones del sistema financiero.

2.4. Garantía en moneda extranjera

El Código establece el régimen de las obligaciones en moneda extranjera en dos normas aparentemente contradictorias. El art. 765.- Concepto.

La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Y el art. 766. “Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.”

Con respecto a la interpretación de estas normas se adhiere a la doctrina sentada en los despachos de mayoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en 2015. La Comisión N° 2 respecto de las obligaciones en moneda extranjera *De lege lata* declaró: 12.1- La obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero. 13.1.- El artículo 765 del Código Civil y Comercial determina una obligación facultativa. 14.1- El equivalente de la moneda extranjera se determinará al tipo de cambio pactado (en tanto resulte lícito conforme las reglas del mercado cambiario en vigencia) y al momento del pago. 15.1- La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva.

En razón de lo expuesto es válida la constitución de la garantía real en moneda extranjera porque es dinero; y que las partes pacten que la deudora se desobligue entregando la cantidad pactada de esa

⁶³ ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel, Ahorro, crédito de valor e hipoteca. Primeras reformas al código civil y comercial, TR LALEY AR/DOC/3017/2016. ITURBIDE, Gabriela A, Sistema de Ahorro para el Fomento de la Inversión en Vivienda--Unidades de vivienda (UVIs)—Creación— Función—Condiciones generales— Fideicomisos financieros para préstamos hipotecarios—Modificación de la Ley 26.994, en Rev. Anales de Legislación Argentina, LL, N° 30-noviembre 2016.

moneda; o en la ejecución la acreedora cobre en moneda de curso legal en la cantidad necesaria para adquirir la moneda extranjera al valor real del mercado.

En cuanto a la tasa de interés aplicable, tratándose de mutuos hipotecarios pactados en dólares estadounidenses, se ha determinado que la tasa de interés que corresponde fijar es la del ocho por ciento (8%) anual, directa, comprensiva de los punitivos y compensatorios. Ello en la inteligencia que, la acreedora, con esta tasa -que se juzga adecuada a la regla moral- encontrará apropiado resarcimiento por los perjuicios derivados de la mora en un marco de razonabilidad, acorde con la situación existente, a las actuales condiciones de la economía del país y atendiendo especialmente a las tasas que imperan en el mercado respecto de este tipo de créditos. También se evita, de ese modo, que el incumplimiento reporte beneficio al deudor moroso por el transcurso del tiempo⁶⁴.

ARTÍCULO 2194. Subrogación real. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.

En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante.

1. Introducción

La subrogación supone la sustitución de alguno de los elementos de una relación jurídica preexistente. En las relaciones jurídicas que se anudan entre el crédito y la garantía, las sustituciones podrían ser de muy variada índole: de las personas vinculadas en la relación crediticia, del otorgante de la garantía, del objeto gravado, del crédito mismo. Por ejemplo, un supuesto de subrogación legal subjetiva se presenta cuando una tercera persona distinta de la deudora paga el crédito garantizado (arts. 2202 y 914).

Esta norma refiere a un supuesto específico de subrogación real u objetiva, a la sustitución del objeto de la garantía por dinero que tiene por causa una indemnización, resultado de un evento que ha provocado la extinción total o parcial, material o jurídica del bien gravado. Parece que la disposición normativa no alcanza cualquier sustitución objetiva mientras exista la facultad de persecución propia de la inherencia del derecho real de garantía. Si, por ejemplo, la persona constituyente transmite por venta el objeto de la garantía, y por ende este objeto sale de su patrimonio y en su lugar ingresa el precio recibido, las facultades de persecución de la acreedora garantizada siguen a la cosa y el adquirente será responsable en la medida que conocía el gravamen. Pero lo cierto es que este artículo no se limita a decir que los bienes que ingresan al patrimonio del titular del bien gravado sean solo indemnizaciones; expresamente incluye la palabra *precio*.

Sin duda, este precepto se aplica a los casos en que, por las circunstancias fácticas relativas al objeto, es imposible perseguir la cosa –porque ya no existe jurídica o materialmente-. Y en este caso, las facultades de la acreedora no se detienen si el objeto de la garantía se extingue, total o parcialmente porque alcanzan al monto de dinero que sustituya al objeto en el patrimonio de la persona titular del bien gravado.

Tampoco se trata de un caso de subrogación por portabilidad financiera (sustitución del crédito garantizado y de la acreedora), aún no previsto en nuestro ordenamiento. Esta sustitución del crédito tiene como propósito dar respuesta a las deficiencias de refinanciamiento de los créditos de consumo, hipotecarios o dirigidos a las *pymes*, medidas en términos de costos y tiempo, para facilitar especialmente el tránsito de las garantías de una proveedora inicial de créditos a la nueva financista, sin tener que acudir a la constitución de nuevas garantías. En España, por ejemplo, la ley 5/2019 que regula los contratos de crédito inmobiliario, permite la subrogación hipotecaria de la acreedora sin su consentimiento, por la voluntad de la deudora y la nueva entidad financiera. Esto hace que el mercado de créditos hipotecarios sea competitivo y los costos decrezcan.

⁶⁴ CNCiv., Sala J., 19/02/2020, “Labayos, Oscar Benjamin c. Rueda, Nora Gladys y otro s/ Ejecución hipotecaria”, TR LALEY AR/JUR/185/2020.

Esta norma admite la subrogación del objeto de la garantía, no del crédito ni del acreedor garantizado.

No se encuentra previsto en esta disposición la subrogación del objeto gravado por otro de la misma naturaleza, lo que abarataría costos y parece no concordar con otras disposiciones de este mismo código (art. 248). Si se puede sustituir el régimen tuitivo de la vivienda, bien podría sustituirse la hipoteca constituida por el saldo de precio de esa vivienda, sin necesidad de afectar el valor de venta de la primera o recurrir a una nueva garantía al momento de adquirir la segunda vivienda.

2. Análisis

2.1. Efectos

La subrogación real de la garantía que dispone la norma es de origen legal y opera de pleno derecho. La traslación de los derechos de la acreedora a los montos percibidos en lugar del bien gravado no requiere declaración judicial alguna. Existen varias normas que prevén la aplicación específica de este precepto, como en la ley 24.522 de concursos y quiebras, la ley 17.418 de seguros, ley 21.499 de expropiaciones.

En este sentido, no deja de ser un supuesto de subrogación real, las facultades que se le otorgan a la acreedora en el caso de subasta del bien gravado por parte de una tercera persona (Art. 2197).

En la quiebra, la hipoteca o la prenda se trasladan de pleno derecho al precio obtenido por la enajenación del bien (art. 206 ley 24.522). En caso de que la conservación del objeto gravado con prenda o hipoteca importe un beneficio evidente para la masa de acreedores, la sindicatura puede requerir al juez/a autorización para pagar íntegramente el crédito prendario o hipotecario con los fondos líquidos existentes en el expediente (art. 126 ley 24.522).

El segundo párrafo de la norma que se comenta se justifica plenamente por la posibilidad de constituir una garantía sobre parte material de una cosa (Art. 1883) o sobre un inmueble para la hipoteca y la anticresis. Si, desde su origen una garantía se puede constituir sobre parte material, la extinción parcial del objeto no puede suponer la extinción total de la garantía. Esta subsiste sobre la parte material que no se extinguió.

2.2. Indemnización por seguros

La indemnización debida por la aseguradora del bien gravado es sustitutiva del demérito sufrido por la cosa por causa del siniestro asegurado (incendio, inundación, derrumbe, vandalismo, accidente de tránsito, etcétera). Así se ha dicho:

... sí ante el siniestro que afectó al bien pignorado, se ha operado la subrogación real por el pago efectuado por la aseguradora, el privilegio de la prenda, legítimamente se traslada a la indemnización sufragada, en la medida del interés emergente de su crédito. En tal contexto, el acreedor prendario tiene derecho a ser pagado en primer término postergando el derecho del deudor prendario asegurado hasta tanto se cancele su crédito (cfr. arg. esta CNCom., Sala B., *in re* "Cova Darío c. Lua Seguros La Porteña S.A s. ordinario", del 30/06/08).⁶⁵

Si se trata una garantía que recae sobre un inmueble es un supuesto de subrogación real parcial de la garantía, en razón de la subsistencia del inmueble.

El art. 84 de la ley 17.418 impone a la acreedora hipotecaria y prendaria la carga de notificar la aseguradora la existencia de la garantía, con el fin de que no pague la indemnización sin previa noticia a la acreedora para que ésta formule oposición en el plazo de siete días. A falta de acuerdo entre partes, la aseguradora debe consignar judicialmente la suma debida y el/la juez/a debe resolver en procedimiento sumarísimo.

Ni esta norma ni la ley 17.418 exigen que la deudora se encuentre en situación de incumplimiento al momento en que ocurre el siniestro. Si no hay incumplimiento o el plazo

⁶⁵ CNCom, Sala A., 06/09/2013, "Camicha, Carlos Darío c. Provincia Seguros S.A. s/ ordinario", TR LALEY AR/JUR/73006/2013.

suspensivo no ha ocurrido parece que corresponde la consignación judicial de la indemnización, porque no ingresa en los supuestos de caducidad del plazo dispuestos por el Artículo 353.

Antes de la vigencia de este código se discutía la naturaleza de esta sustitución del objeto. Algunos autores negaban que se trate de un caso de subrogación real y entendían que era un complemento; especialmente en el caso de la hipoteca porque ésta no puede recaer sobre créditos. Hoy, por la disposición de esta norma, la discusión está zanjada.

2.3. Indemnización por expropiación

La expropiación por causa de utilidad pública produce la subrogación real del objeto gravado por el precio de aquélla. El derecho de la acreedora garantizada se traslada a la suma de dinero que se debe a la persona expropiada en concepto de indemnización (art. 28 ley 21.499). Según esta directiva, la acreedora garantizada no puede continuar con la ejecución del bien gravado afectado a expropiación.

ARTICULO 2195.- Facultades del constituyente. El constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía. Si esto ocurre, el acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente.

ARTICULO 2196.- Inoponibilidad. En caso de ejecución, son inoponibles al acreedor los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía.

1. Introducción

Los derechos reales de garantía son, para la persona que los otorga, un gravamen y como tales, la restricción que impongan al derecho de propiedad de la constituyente –sea o no la deudora- debe interpretarse restrictivamente.

Las facultades de la acreedora garantizada son más amplias en las garantías que suponen el desplazamiento del objeto a la esfera de la acreedora o una tercera persona, como la prenda y la anticresis. En cambio, son notablemente reducidas en la hipoteca y la prenda con registro, porque la constituyente conserva la posesión.

Así, la constituyente conserva todas las facultades inherentes a su derecho y que sean compatibles con la garantía que constituyó.

Las facultades que conserva la propietaria, en principio, autorizan la realización de cualquier tipo de acto jurídico sobre el objeto, desde la enajenación, a título oneroso o gratuito, hasta abdicar del derecho, o constituir otros derechos reales, como posteriores derechos reales de garantía, servidumbres, usufructos, etc.; también, en el caso de la hipoteca y la prenda con registro puede otorgar derechos personales como la locación, el comodato, etc., o puede continuar con el uso, goce y explotación económica del objeto y realizar actos materiales de disposición sobre el mismo (refacciones, ampliaciones u otras modificaciones). En el caso de la prenda con desplazamiento y la anticresis, sus facultades materiales se ven sensiblemente disminuidas por la transmisión de la posesión a la acreedora garantizada o al tercero designado.

2. Análisis

2.1. Límites a las facultades de la constituyente

La norma establece que la persona constituyente no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía. Ello significa que la constituyente puede disminuir el valor del objeto sobre el que recae la garantía, pero su límite es el valor de la garantía. Si disminuye el valor de la garantía causa un perjuicio a la acreedora, pero si el objeto tiene un valor que supera el de la garantía, puede realizar cualquier acto.

Frente a una garantía debidamente constituida y suficientemente publicitada el único modo en que los derechos constituidos por la propietaria con posterioridad al otorgamiento de la garantía le sean oponibles es que la acreedora haya otorgado su consentimiento para la afectación.

En el caso de la garantía hipotecaria, las cuestiones más controvertidas, que incluso suelen ser incluidas como cláusulas limitativas para la propietaria en la convención, son las relativas a la enajenación o constitución de derechos reales sobre el inmueble hipotecado, la locación del mismo y la obligación del constituyente de desalojar el inmueble antes del perfeccionamiento de la subasta.

Las limitaciones convencionales insertas en las escrituras hipotecarias e impuestas por el acreedor deben ser revisadas también a la luz de las normas del derecho del consumo, porque normalmente las operaciones de crédito con garantía hipotecaria son contratos de adhesión en los que el dador del crédito dispone las condiciones de contratación.⁶⁶

En este sentido, es usual que la parte acreedora inserte en las escrituras de hipoteca la prohibición de enajenar el inmueble gravado. La cláusula genérica de no enajenar el objeto asiento de la garantía es nula (art. 1972) por lo que, la enajenación que realice la propietaria en contradicción con lo pactado es válida.

Además de la expresa prohibición del artículo 1972, los derechos reales de garantía, como todos los derechos reales, tienen una estructura típica que no puede ser modificada por la voluntad de las partes (art. 1884) y toda duda sobre la extensión o el modo de ejercicio de un gravamen debe interpretarse a favor del titular del bien gravado (art. 1888). La prohibición genérica de transmitir el derecho real de la constituyente solo puede tener origen legal (art. 1906).⁶⁷

Ciertamente no se juzgó conforme a derecho ni con perspectiva de género en un caso en el que una pareja había solicitado un mutuo con garantía hipotecaria a una entidad financiera⁶⁸. Las circunstancias fácticas eran las siguientes. Al solicitar el mutuo, la pareja había decidido que el inmueble que se adquirió y sobre el que se constituyó la garantía fuera 30% propiedad del varón y 70% propiedad de la mujer. Luego la pareja se separó y acordaron que la mujer reembolsara la inversión que había realizado el varón para adquirir la propiedad exclusiva del inmueble. Como la escritura de constitución de la garantía prohibía la enajenación, solicitaron al Banco autorización para transferir el 30%. El Banco denegó la autorización y los tribunales intervinientes avalaron esa negativa.

Con relación a la prohibición de constituir otros derechos reales se aplican los mismos principios. La preferencia en el tiempo es la que determina el grado de oponibilidad y eficacia de cada uno. A este resultado arribó un tribunal que intervino en un proceso concursal al revocar la decisión errada del inferior⁶⁹. En la causa se cuestionó la hipoteca en segundo grado constituida por la deudora en violación con lo convenido con la acreedora hipotecaria de primer grado. El juez de primera instancia declaró verificado el crédito con carácter quirografario y rechazó el privilegio especial hipotecario en segundo grado pretendido por la acreedora, con fundamento en que el instrumento por el cual se constituyó la hipoteca en primer grado a favor de una entidad bancaria había establecido la imposibilidad de constituir una hipoteca en segundo grado. La Cámara entendió correctamente que

⁶⁶ La Audiencia Provincial de Barcelona en un fallo de 15 de octubre de 2020 (2177/2020) ha puntualizado que es contrario a la buena fe exigir el permiso previo del banco para locar o prohibir el arriendo por un precio inferior al que represente la cuota de amortización e intereses del préstamo. En la sentencia recuerda que el Supremo ha avalado las limitaciones en la facultad de arrendar, pero no en todas las condiciones y en términos absolutos. Y bajo esta premisa, el tribunal declara nula la cláusula del préstamo hipotecario en la que se establece una prohibición de arrendar la finca hipotecada sin consentimiento previo del Banco y, en ningún caso, por una renta inferior a la cuota de amortización. Disponible en <https://icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/2224/AP%20BARCELONA.pdf>

⁶⁷ ALTERINI parece admitir que “las cláusulas reglamentarias de estos derechos reales pueden comprender prohibiciones, obligaciones, autorizaciones, etc., como cláusulas de prohibición de la locación”, en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ra edición actualizada y aumentada, Thomson Reuter La Ley, Buenos Aires, pág. 568

⁶⁸ CNApel, Sala A, 19/02/2010, “A., C. y otros v. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, TR LALEY 1/87936.

⁶⁹ CNCom., Sala D, 29/10/2004, “Cable S.A. s/inc. de rev. en: Nielsen, Enrique G. s/quiebra”, TR LALEY AR/JUR/4750/2004.

corresponde verificar el crédito con privilegio especial hipotecario en segundo grado pues la circunstancia de que se haya pactado que la deudora no constituiría otro derecho real sobre el inmueble hipotecado, no invalida la garantía hipotecaria pactada en segundo grado, sino que sólo la torna inoponible al acreedor hipotecario en primer grado, por lo cual la acreedora hipotecaria en segundo grado sólo podrá hacer efectivo su privilegio una vez que se encuentre satisfecho el crédito del primero y sus accesorios.

También conserva la constituyente la posibilidad de afectar el inmueble al régimen de protección de la vivienda (art. 244). La afectación posterior será inoponible a la acreedora. En cambio, la constitución de una garantía con posterioridad a la afectación del inmueble al régimen tuitivo de la vivienda requerirá la conformidad del conviviente o cónyuge. Esta conformidad conduce a que el inmueble pueda ser objeto de la garantía comprometida y la acreedora pueda ejecutar la vivienda (art. 250)⁷⁰.

La prohibición de arrendar el inmueble hipotecado, la de darlo en comodato, o constituir otros derechos personales también son cláusulas habitualmente insertas en la escritura hipotecaria. Respecto de la oponibilidad del contrato de locación posterior a la constitución y registración de la hipoteca, cabe distinguir si existe prohibición de alquilar o que esta prohibición no se haya convenido expresamente.

La escritura hipotecaria inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble tiene suficiente publicidad para los terceros (art. 2 de la ley 17801). Esta inscripción coloca a cargo de quien contrata con relación al inmueble la averiguación de sus condiciones de goce y disponibilidad⁷¹. En consecuencia, el contrato de locación celebrado entre la constituyente y la locataria en violación a lo pactado en la escritura de hipoteca resulta inoponible a la acreedora hipotecaria, en virtud de que la locataria no puede invocar buena fe. Los pronunciamientos judiciales son acordes a la esta solución⁷². La misma solución se ha hecho extensiva a quien resulta ser comprador en subasta del inmueble⁷³.

La inoponibilidad de la locación posterior al otorgamiento del gravamen hipotecario fue expresamente receptada por el artículo 38, segundo párrafo, de la ley 24.441. Exista o no convención en la escritura de hipoteca, para la hipótesis de emisión de letras hipotecarias, “la locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre la letra o sus cupones”.

Si en la convención hipotecaria no se hubiere establecido la prohibición de alquilar, la regla es que la propietaria puede administrar libremente el inmueble hipotecado y consecuentemente puede locar. No obstante, este principio tiene la limitación del detrimento del valor de la garantía, siendo ésta una cuestión de hecho que se debe resolver de acuerdo a las características particulares de cada caso⁷⁴.

⁷⁰ CNCiv., Sala J, 22/11/2019, “Molczadzki, Nestor Gabriel c. Baca Pilco, Maria Lidia s/ Ejecución hipotecaria”, TR LALEY AR/JUR/44495/2019.

⁷¹ CNCiv., Sala F, 5/02/96, “Neumann, Ricardo c/Pérez, Graciela”, L.L. 1997-D, 86, AR/JUR/1037/1996.

⁷² CámApel CivCom. Rosario, 08/11/2000, “Bedetti, Fabián A. s/conc. esp. en: El Poderoso S. A. s/quiebra”, TR LALEY AR/JUR/1440/2000. En el mismo sentido CCivComTrabyFamilia, Villa Dolores, 18/03/2002, “Mancuso, Delia A. s/quiebra”, TR LALEY AR/JUR/3820/2002; CNCiv, Sala A, 05/11/2002, “Suárez, Pablo y ot. c/Alet, Jorge”, TR LALEY 70055776; CámApelCivCom. Azul, Sala II, 23/02/1998, “Banco Río de La Plata c. Endere, José E. y otra”, TR LALEY AR/JUR/3959/1998; CNCiv, Sala H, 13/05/1996, “Nijax S. A. c. Salazar, Teresa, M.”, TR LALEY AR/JUR/2804/1996.

⁷³ CCivCom. Córdoba 8aNom, 10/03/2004, “Shell Cía. Arg. de Petróleo S.A. Shell CAPSA c. Carmignani, Julio César y otro”, TR LALEY AR/JUR/779/2004. En el mismo sentido SCBsAs, 07/03/2005, “Hernández Sánchez, Eugenio c. Caserta, Juan y otros. P. Incidente de desocupación”, inédito; CNCiv, Sala D, 13/03/1990, “Ricciardi, Raúl c/Chiapetta, María”, TR LALEY AR/JUR/1307/1990; CNCiv., Sala B, 27/12/1995, “Compañía de Comercialización c/Complejo Pesquero Marplatense”, TR LALEY AR/JUR/1993/1995.

⁷⁴ MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1989, p. 88. En este sentido, se declaró la inoponibilidad del contrato de locación realizado por un plazo de diez años CApel.Concepción del Uruguay, Sala Civil y Com., 06/08/03, “The First National Bank of Boston c/Rubel, Eduardo”, TR LALEY AR/JUR/5433/2003.

Las pautas orientadoras de la jurisprudencia para determinar la oponibilidad de la locación son, entre otras, que el plazo sea usual, que el precio pactado responda a los precios de plaza, y que no se hayan percibido los alquileres anticipadamente⁷⁵

Una corriente doctrinal restrictiva entiende que, si la locación se celebró con posterioridad a la constitución del gravamen, aún en el caso de que no exista cláusula prohibitiva o disminución del valor del inmueble, la primera es inoponible a la acreedora hipotecaria⁷⁶. En cambio, una postura intermedia entiende que la locación resulta inoponible si es posterior a la intimación judicial de pago o abandono⁷⁷, pero si el contrato tuviere fecha cierta anterior a la intimación, la locación es oponible al acreedor y a los adquirentes en subasta.

Lo cierto es que, si no existe perjuicio para la acreedora, las facultades de la propietaria del bien gravado no deben ser conculcadas, más aún cuando el gravamen se extiende a las rentas debidas (Art. 2192), concepto que incluye los cánones locativos no percibidos.

2.2. Desocupación anticipada. Ley 24.441

El inicio de la ejecución hipotecaria no priva la propietaria del uso y goce del inmueble hipotecado, sino hasta que el inmueble se subaste y la adquirente deba ser puesta en posesión del mismo. Existe consenso respecto de la invalidez de la cláusula incluida en la convención hipotecaria que obliga a la propietaria a desocupar el inmueble gravado antes de que se perfeccione el acto de la subasta judicial.

La polémica se presenta en el caso de la ejecución especial de la hipoteca de la ley 24.441 (arts. 52 y ss.) y que conlleva la facultad de la acreedora de solicitar la desocupación inmediata del inmueble (art. 54) independientemente de la calidad de la ocupante, para subastarlo posteriormente libre de ocupantes (arts. 57, 58, 59 y 60).

Un sector de la doctrina⁷⁸ y de la jurisprudencia⁷⁹ sostiene la constitucionalidad de estas normas, en el entendimiento de que se trata de un sistema convencionalmente aceptado por las partes y que se encuentra en el ámbito de renunciabilidad de derechos patrimoniales, sin que sea violatorio de la Constitución Nacional⁸⁰. Otra posición afirma que las normas de la ley 24.441 que habilitan la desocupación anticipada sin sentencia previa repugnan los principios constitucionales.⁸¹

La inserción convencional de esta cláusula en los mutuos hipotecarios, abordada desde la perspectiva de los vulnerables, no parece superar la manda constitucional. El ordenamiento jurídico debe ser interpretado en su conjunto y no se debe soslayar en el caso concreto las normas que tutelan a consumidores y usuarios.

2.3. Facultades de la acreedora

La facultad de persecución característica de los derechos reales permite a la acreedora perseguir el objeto de la garantía de manos de quien se encuentre, cuando la propietaria lo hubiere transmitido o de cualquier modo se hubiere desprendido de la tenencia o posesión. La preferencia le otorga prelación conforme el tiempo de su constitución, frente a otros derechos reales o personales que afecten el objeto de la garantía. Por ello se ha dicho que la inscripción de un inmueble del acervo

⁷⁵ SC Mendoza, Sala I, 29/12/92, “Scarel, Oscar c/Gómez, Gladys B.”, L.L., TR LALEY 941009.

⁷⁶ LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. V, *Tratado de los Derechos reales*, t. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1945, p. 111; PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., *Tratado de Derecho Hipotecario*, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, Tomo I, p. 541.

⁷⁷ MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1989, p. 89

⁷⁸ HIGHTON, Elena I.; MOSSET ITURRASPE, Jorge; PAOLANTONIO, Martín I. y RIVERA, Julio Cesar, *Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441*, op. cit., p. 328.

⁷⁹ CNCiv. Sala E, 07/10/2004, “HSBC Bank Argentina c. Sen, José”, inédito.

⁸⁰ HIGHTON, Elena I.; MOSSET ITURRASPE, Jorge; PAOLANTONIO, Martín I. y RIVERA, Julio Cesar, *Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441*, op. cit. 1995, p. 335.

⁸¹ CNCiv., Sala D, 30/11/2001, “Rikower, Martha y otros c. Morón, Hugo y otro”, TR LALEY AR/JUR/1056/2001. En el mismo sentido CNCiv., Sala D, 05/10/2000, “Saragusti, Diana I. c/ Bonifacio, Ricardo Mario s/ejecución hipotecaria”, en *Revista de Derecho Procesal 2001-2 Procesos de ejecución-II*, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 321/324

hereditario en favor de los herederos no puede estar sujeta a la previa citación de los acreedores hipotecarios.⁸²

Las facultades de la acreedora dependerán del desplazamiento de la posesión de la cosa gravada. Es difícil pensar que en la anticresis y en la prenda pueda haber actos materiales que supongan la disminución de la garantía cuando es la acreedora quien detenta materialmente el objeto asiento de la garantía. Si puede ocurrir que, por actos jurídicos, la propietaria del bien gravado disminuya el valor de la garantía.

En el caso de la hipoteca y la prenda con registro, derechos que no desplazan la posesión, las facultades de la acreedora se limitan a vigilar que el valor de la garantía no se altere en su detrimento. Si ello ocurre, la norma establece que la acreedora puede “requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente”.

También, como otra forma de mantener incólume la garantía, la acreedora hipotecaria tiene las acciones reales respecto del inmueble gravado cuando su titular ha sido desposeído o turbado (Art. 2248). Por su lado, acreedora prendaria y anticresista, por su calidad de poseedores de la cosa gravada gozan de las acciones posesorias.

2.3.1. Actos no consumados. Medidas conservatorias

Para preservar el valor de la garantía ante actos de inminente producción de la constituyente o de terceros, la acreedora prendaria o anticresista goza de la acción posesoria de mantener (Art. 2242 segundo párrafo). La acreedora hipotecaria goza de las acciones reales (Arts. 2262, 2264). Cualquiera sea la garantía, la acreedora está facultada a interponer la acción preventiva de daño ante acciones u omisiones antijurídicas (Art. 1711), y el elenco de medidas tutelares anticipatorias o cautelares que contenga cada uno de los ordenamientos procesales locales. También la acreedora goza de esta prerrogativa si su crédito fuera condicional (Art. 347).

2.3.2. Actos consumados. Medidas restitutorias

Ante actos consumados que supongan la disminución del valor de la garantía la acreedora puede estimar la disminución y exigir su depósito o puede exigir la constitución de otra garantía. Para gozar de estas facultades, no es necesario que los actos lesivos provengan de la propietaria o que la disminución acaezca por su dolo o culpa. Si objetivamente existe una disminución del valor de la garantía, se habilita a la acreedora a solicitar medidas restitutorias.

Estas facultades operan a favor de todos los acreedores, aunque los créditos a los que acceda la garantía sean a plazo, condicionales o eventuales, o la garantía misma sea condicional o sujeta a un plazo. Las facultades que la norma le otorga a la acreedora cobran real importancia en el supuesto garantías de créditos condicionales o eventuales, porque en este caso la acreedora no cuenta con la facultad de solicitar el decaimiento de los plazos.

2.3.3. Medidas ejecutorias

Si el cumplimiento de la obligación se encuentra diferido, ante actos de disminución del valor de la garantía, la acreedora puede solicitar judicialmente la privación del plazo. Ello por cuanto la disminución del valor puede suponer un incumplimiento contractual. En caso de proceder esta pretensión, la acreedora podrá ejecutar la garantía como si el plazo estuviera vencido.

La parte deudora puede liberarse de la pretensión de decaimiento de los plazos ofreciendo el depósito del valor de la disminución u otra garantía, sobre todo si el bien gravado no es de su propiedad y los actos que provocaron la disminución no le son imputables. Si a criterio de la/el magistrado/a que interviene en la estimación de los deterioros, la seguridad dada por la deudora es suficiente, la acreedora pierde la facultad de anticipar la ejecución.

⁸² CNCiv., Sala L, 06/07/2018, “R., A. F. y otro s/ sucesión ab-intestato”, TR LALEY AR/JUR/42890/2018

Los supuestos de solicitud de decaimiento del plazo deben diferenciarse de los casos de caducidad. Sin necesidad de solicitud judicial caduca el plazo en el caso de quiebra de la deudora (art. 353) o cuando el bien gravado se subasta en otra ejecución (art. 2197).

ARTICULO 2197.- Realización por un tercero. Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente.

Si el crédito está sujeto a condición suspensiva, puede requerírsele que ofrezca garantía suficiente de la restitución de lo percibido en la extensión del artículo 349 para el caso de frustración de la condición.

1. Introducción

El asiento de la garantía, como todo bien que se encuentra en el patrimonio de una persona, no está exento de la agresión de quienes resulten acreedores de la propietaria.

Las garantías reales justamente determinan una sujeción especial y expresa del objeto de la garantía a la satisfacción del crédito. El poder de agresión, en principio, se manifiesta con la realización del valor del bien y actúa en caso de incumplimiento de la obligación asegurada.

Pero, aún ante la inexistencia de incumplimiento actual, esta sujeción conforma el haz de facultades de la parte acreedora si otra persona agrede el bien gravado. Se adelanta la facultad de realización como si hubiera incumplimiento.

Entonces, la acreedora que asegura su acreencia con un derecho real de garantía no necesita haber iniciado el respectivo juicio ni demostrar el incumplimiento de la deudora.

Si el objeto de la garantía se subasta por la facultad que ejerce cualquiera acreedora, la acreedora garantizada puede ejercer su preferencia.

2. Análisis

2.1. Crédito sujeto a plazo suspensivo

La caducidad del plazo otorgado a la deudora se puede producir por variar circunstancias (art. 353). Una de ellas es la realización en subasta del bien gravado solicitada por otra acreedora antes del cumplimiento del plazo. En esta hipótesis, es una facultad de la acreedora garantizada dar por caduco el plazo y cobrar, en la distribución de fondos, en la medida de la preferencia que le otorga el tiempo de constitución de la garantía y con el privilegio que le corresponda (art. 2582 inc. e).

Como el beneficio del plazo se presume establecido en favor de la obligada (art. 351) deben descontarse los intereses compensatorios no corridos. Es en este momento que se juzgará el cumplimiento de la especialidad crediticia en relación a la precisa determinación de los elementos que permitan establecer el monto de intereses corridos hasta el momento de efectuar la liquidación.

Como lo determina el artículo 2193, la cobertura de la garantía se extiende a los intereses compensatorios determinados o determinables (tasa fija o variable) y el cabal cumplimiento de la especialidad impone que, para el caso de tratarse de intereses determinables, se haya establecido expresamente los períodos de cálculo y sistema de amortización. Si el instrumento en el que se otorga la garantía no contiene las cláusulas necesarias para determinar la amortización del capital y los intereses compensatorios no devengados, la garantía adolecerá de una nulidad parcial.

Si no se puede determinar el monto de los intereses compensatorios no devengados, la titular de la garantía, en la subasta realizada por el tercero, tendrá derecho a cobrar solo el capital garantizado.

2.2. Crédito sujeto a condición suspensiva

En el caso que el objeto de la garantía sea subastado por alguien distinto de la acreedora garantizada, y la obligación esté sometida a condición suspensiva, se aplican los mismos principios.

La acreedora puede concurrir al remanente y cobrar con la preferencia que le corresponda, como si la condición hubiere acaecido. Pero, la deudora o incluso otros acreedores/as desplazados/as que tuvieren interés, pueden requerírsele a la acreedora garantizada que ofrezca garantía suficiente de la restitución de lo percibido en la extensión del artículo 349 para el caso de frustración de la condición.

No queda claro si la garantía que se le puede exigir a la acreedora de una obligación sujeta a condición suspensiva es en la extensión del artículo 349 o si, ante la frustración de la condición la acreedora debe devolver en la extensión del artículo 349 –lo recibido, sus accesorios, pero no los frutos percibidos-, o ambos supuestos.

En cualquier caso, las consecuencias de la aplicación del Artículo 349 cuando se trata de una acreedora que recibe un monto de dinero producto de la distribución de fondos de un bien subastado no parecen ajustarse a la realidad económica de nuestro país. La literalidad de estas normas induce a pensar que, cuando la acreedora cobre anticipadamente una suma determinada de dinero, y luego la condición no se cumpla, debe restituir el capital recibido, sin los frutos percibidos. Ello por cuanto el artículo 349 impone la restitución del objeto recibido “con sus accesorios, pero no los frutos percibidos”, y los intereses de una suma de dinero indudablemente ingresan en la categoría de frutos.

En opinión de quien comenta este supuesto, parece más apropiada a la naturaleza de la obligación sujeta a condición suspensiva la solución que proponía el derecho derogado. La acreedora que tenía una garantía sujeta a condición suspensiva no cobraba anticipadamente, porque ni siquiera era acreedora, pero podía exigir, en el marco de las medidas conservatorias de su crédito, un depósito del monto garantizado o los/as acreedores/as que concurrían a la distribución podían ofrecer una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido en el caso que la condición se cumpliera (art. 3156 Cód. de Vélez).

La segunda parte de la norma exorbita las facultades que tiene una acreedora de obligación sujeta a condición suspensiva. Conforme el artículo 347 la acreedora tiene la posibilidad de ejercer facultades conservatorias de su derecho, pero el cobro excede la mera conservación. Por eso, se ha dicho que la acreedora garantizada, en este caso, mantiene la inexigibilidad del crédito condicional⁸³. No se coincide con esta opinión. De la literalidad de las normas involucradas, y aun cuando no sea la mejor solución, se desprende que, si el crédito condicional no está garantizado, la acreedora solo tiene facultades conservatorias, pero si el crédito condicionado se encuentra garantizado con un derecho real de garantía, la acreedora goza de la facultad de cobrarlo, como si la condición hubiere operado.

2.3. Derecho al remanente

El derecho de la acreedora garantizada se ejerce sobre el remanente de la subasta, una vez realizada la reserva de gastos (art. 2585). Esta reserva no se limita a los juicios universales, sino que alcanza a todo tipo de proceso liquidatorio en el que exista una concurrencia de acreedores/as.

Así, en la ejecución individual a la que concurra la acreedora garantizada para ejercer la facultad que le otorga la norma que comentamos, antes de cobrar deberán descontarse los gastos causídicos de cobro preferente frente a todos los acreedores/as⁸⁴. Ello se justifica en el beneficio que este gasto reporta a la acreedora garantizada.

ARTICULO 2198. Cláusula nula. Es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía.

⁸³ SAUCEDO Ricardo J., en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo V, p. 834.

⁸⁴ Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, 19/05/2015, “C. N. E. c. V. J. s/ ejecución hipotecaria”, TR LALEY AR/JUR/19816/2015.

1. Introducción

Como contrapartida de las facultades de persecución y preferencia que otorgan los derechos reales de garantía, en principio, la parte acreedora no puede adquirir o vender por sí el objeto de la garantía ni decidir unilateralmente la forma de realización del bien.

El pacto comisorio otorgaría a la parte acreedora la facultad de hacer suyo el bien dado en garantía por la deudora, en el caso de que incumpla con la obligación pactada entre las partes. En la hipoteca, la anticresis y la prenda dicho pacto supone la posibilidad de que la parte acreedora haga suyo el bien sobre el que recae el derecho real de garantía en caso de incumplimiento de la obligación que se garantiza.

Se trata de un pacto que a priori permitiría la apropiación del bien dado en garantía escapándose a la solución habitual que es el proceso judicial de realización del bien, de carácter público y abierto a terceros postores.

En nuestro derecho, salvo contadas excepciones, el pacto comisorio se encuentra prohibido y este es el principio que plasma la norma. La parte acreedora no puede adquirir o disponer el bien gravado en una modalidad o bajo condiciones distintas a las previstas por la ley.

Los fundamentos tradicionales de esta prohibición son: la necesidad de seguir las formalidades procesales en aras del efectivo ejercicio del derecho de defensa para evitar el abuso de la posición dominante de la acreedora y el respeto a la condición de igualdad de los/las acreedores/as respecto del patrimonio de la deudora como prenda común.

Sin perjuicio de ello, esta prohibición genérica se ha acotado. Las exigencias de nuevas modalidades en la actividad económica imponen la tendencia a que la garantía no sea el valor del bien realizado en un proceso de ejecución sino el propio bien, desde el nacimiento de la obligación (fideicomiso de garantía, lease back, cesión de créditos, etc.)

Las legislaciones extranjeras, en general, también prohíben la adquisición del bien gravado por parte de la acreedora. El artículo 1884 del Código Civil español establece que "El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto contrario es nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble". Pero para la prenda la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la validez de la ejecución sobre imposiciones bancarias a plazo mediante la aplicación directa de la compensación por parte de la entidad de crédito acreedora

Con respecto al Código Civil italiano, su artículo 2774 dispone "Es nulo el pacto por el cual se conviene que, faltando el pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o entregada en prenda pase al acreedor. El pacto es nulo, aunque sea posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda".

El Código Civil francés originalmente dispuso la ineficacia (nulidad) del pacto comisorio en el contrato de prenda. El artículo 2078 del *Code* establece "Toda cláusula que faculte al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella sin las formalidades legales, es nula". Pero la ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, entre otras reformas introducidas al derecho de garantías en Francia, suprimió la prohibición del pacto comisorio tanto para la prenda como para la hipoteca, permitiendo a las partes convenir, al momento de la constitución de la garantía o con posterioridad, que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la acreedora se convierta en dueña de la cosa dada en garantía. El valor de los bienes dados en garantía se determina por peritos, nombrados de común acuerdo por las partes o judicialmente. De esta manera, si el valor de la cosa es superior al monto de la obligación garantizada, la diferencia corresponderá a la deudora.

En la práctica, lo que en realidad se permite es el pacto comisorio en su modalidad de pacto marciano, o sea, que la parte acreedora pueda adjudicarse el objeto de la garantía o venderla a un tercero siempre que se establezca un procedimiento de valoración del mismo que excluya la situación de abuso para la deudora.

En este mismo sentido, la Directiva europea 2014/17/UE de contratos de crédito para consumidores respecto de inmuebles de uso residencial permite un pacto privado que establezca la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera a la acreedora para saldar la deuda. Ello porque esta directiva pone el foco en promover mayores controles en la contratación, otorgando facilidades a los consumidores, para que logren el acceso a un conocimiento adecuado de los datos que les permita la correcta formación de su voluntad.

Se advierte, en definitiva, que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para la deudora.

Nuestro país ha transitado carriles similares a los extranjeros. El procedimiento de ejecución extrajudicial del Decreto-ley 15.348/46 de prenda con registro (art. 39) y del título V de la ley 24.441 para hipotecas ya marcaron una tendencia a flexibilizar la necesidad del procedimiento judicial para la realización del valor de la garantía. Este código hace lo propio para el derecho real de prenda (Art. 2229).

2. Análisis

Esta norma determina que si no existe previsión legal expresa, la acreedora no podrá imponer a la deudora una forma de ejecución distinta a la que se prevé para cada derecho real, bajo sanción de nulidad. Además, la acreedora no podrá directa o indirectamente apropiarse de objeto de la garantía.

Toda cláusula que contenga la constitución de la garantía que suponga la adquisición del objeto gravado por parte de la acreedora será nula. La nulidad, en este caso, es parcial y no afecta la constitución misma de la garantía.

Ello se justifica en que los derechos reales de garantía son derechos sobre cosa ajena (art. 1888) y su estructura es preponderantemente de orden público (art. 1884).

Pero, siguiendo los procedimientos de ejecución o realización del valor previstos por las normas procesales, la acreedora puede ser autorizada a adquirir en la subasta, ser eximida del pago de seña y compensar su crédito con el producido obtenido en la misma. Ello así siempre que la acreedora abone todo otro crédito cuyo pago prevalezca al que se ejecuta (arts. 921, 923, 924).

El derecho de la ejecutante a ser dispensada de abonar la seña en caso de resultar compradora del objeto que se subasta está condicionado a que no existan otros/as acreedores/as que invoquen un derecho preferente al pago. Puede otorgarse esta eximición, pero aclarando que la ejecutante, luego adquirente debe asumir el compromiso de abonar todo otro crédito cuyo pago prevalezca al que se ejecuta. Esta exención no implica todavía una compensación extintiva definitiva de obligaciones, sino un trámite preparatorio de aquélla; es sólo una compensación parcial y provisoria.⁸⁵

El derecho de compensar en la subasta se encuentra condicionado a la inexistencia de otros/as acreedores/as preferentes y sólo puede determinarse al momento de la realización del proyecto de distribución de fondos, ya que es esa la oportunidad en que se fija el orden de prelación de los créditos. La acreedora adquirente podrá lograr la adjudicación definitiva del inmueble depositando el importe de los créditos preferidos.

ARTICULO 2199.- Responsabilidad del propietario no deudor. El propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen.

1. Introducción

La relación jurídica que plantean los derechos reales accesorios en función de garantía contiene dos elementos: el crédito y el derecho real (hipoteca, anticresis o prenda). El Código admite

⁸⁵ HIGHTON, Elena, *Juicio Hipotecario*, 2da. edición, Hammurabi, 1996, Vol. 2, p. 226.

la posibilidad que las personas que intervienen en uno y otro elemento de la relación sean distintas y que el sujeto pasivo del crédito no sea necesariamente quien constituye el gravamen.

También puede ocurrir que la propiedad del objeto sobre el que recae la garantía –haya sido o no de la parte deudora- sea transmitida a una tercera persona sin asumir participación alguna en la deuda. Los caracteres de persecución y preferencia de los derechos reales hacen posible que la constituyente siga gozando de la facultad de disponer jurídicamente del inmueble sin que la parte acreedora sufra ningún perjuicio, en tanto el derecho real esté debidamente publicitado.

Estos casos, el Código los reúne en la denominación “propietario no deudor” porque tienen en común que no son partícipes del crédito y su responsabilidad patrimonial es la misma. De este modo deja de ser relevante haber intervenido o no inicialmente en la constitución del derecho real de garantía.

Tercero que constituye la garantía es la persona que inicialmente otorga el gravamen para asegurar el cumplimiento de una deuda ajena y acuerda con la parte acreedora las cláusulas en el acto que instrumenta la garantía. La norma le llama tercero porque no ingresa en la relación obligacional, pero obviamente no es ajeno al gravamen. También se le ha llamado tercer constituyente o constituyente no deudor.

Por su lado, quien adquiere el inmueble gravado sin obligarse no otorga el gravamen ni es sujeto pasivo de la relación obligacional, sino que, al adquirir la propiedad del objeto de la garantía, tiene cierto grado de responsabilidad por efecto de la oponibilidad y persecución de los derechos reales de garantía. A esta persona, el Código de Vélez lo llamaba tercer poseedor y lo diferenciaba de quien no constituía el gravamen, pero adquiría un inmueble gravado asumiendo la obligación, al que llamaba tercer adquirente.

La disposición armoniza los efectos de las obligaciones y de los derechos reales. La existencia de la obligación no se presume (art. 727) por lo que la asunción de deuda por parte de la persona que constituye la garantía o de quien adquiere un objeto gravado debe surgir claramente del vínculo obligacional. No se puede inferir.

Esto fue lo que se resolvió en un caso en el que la acreedora pretendió extender la responsabilidad a la propietaria no deudora por el saldo insoluto que había quedado luego de la ejecución hipotecaria. Los dueños de un inmueble habían constituido una hipoteca en garantía de las deudas comerciales que una sociedad tiene contraídas con la parte acreedora. En la ejecución hipotecaria, el inmueble gravado fue rematado, pero resultó un saldo insoluto. Por ese saldo la acreedora impetró demanda ordinaria contra el principal obligado y contra las personas dueñas del inmueble, en su condición de "avalista en garantía de las deudas comerciales". La Cámara luego de realizar una medulosa distinción entre la fianza y la hipoteca constituida por terceros, concluyó “Es necesario que en el acto jurídico se exprese con total claridad si el tercero asume la deuda más allá del compromiso hipotecario, es decir, si se compromete explícita e indubitadamente de manera personal y en modo exorbitante al gravamen facilitado, lo que no se aprecia en el caso”⁸⁶.

2. Análisis

2.1. Límite de la responsabilidad patrimonial

La norma dispone que la propietaria no deudora “responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen”.

Para entender este precepto hay que hacer una lectura muy atenta del artículo 2189. Pareciera que la responsabilidad tiene dos límites, el valor de realización del bien y el monto máximo del gravamen que se establece en el acto constitutivo. Pero en realidad el monto dependerá del tipo de

⁸⁶ CNCom., Sala A. 29/08/2002, “Molinos Juan Semino S.A. c. Colormax S.R.L. y otro”, TR LALEY AR/JUR/1783/2002.

garantía que se ha otorgado, siempre con el límite del valor del bien gravado y no con el resto de los bienes que se encuentran en el patrimonio de la propietaria no deudora.

Funcionarán estos dos topes si se trata de garantías de máximo; esto es que por imposición legal o por convención de las partes se determine que la responsabilidad de quien constituye la garantía alcanza hasta el monto determinado en la constitución. O sea que, para determinar la medida de la responsabilidad hay que observar primero la especialidad de la garantía. Si se trata de una garantía abierta o si las partes han convenido un tope en la responsabilidad patrimonial de quien constituye, funciona la literalidad de esta norma.

Cabe recordar que una garantía abierta –de créditos inicialmente indeterminados- siempre es de máximo. Es requisito de validez de las garantías abiertas que establezcan un monto máximo garantizado en todo concepto. También, y aun cuando se trate de garantías *cerradas*, -de créditos inicialmente determinados- la garantía es de máximo si la obligación garantizada es futura, eventual, alternativa o sujeta a condición suspensiva o si las partes contratantes convinieron un monto máximo de responsabilidad. Ello así en tanto el monto de la garantía puede no coincidir con el monto de capital del crédito (art. 2189).

En cambio, si se trata de una garantía cerrada –de créditos ciertos e inicialmente determinados- y no hay convención al respecto, el monto de la responsabilidad solo se determina provisionalmente, y alcanza todos los conceptos que determina el Artículo 2193⁸⁷. En este caso no funciona el doble límite que impone la norma, sino que la responsabilidad se extiende el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento y los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención. Ello así siempre que se cumpla el principio de especialidad crediticia; que, en cualquier momento, cualquier persona pueda determinar cuáles son esos intereses y daños debidos porque se encuentran suficientemente individualizados en el acto constitutivo.

En todos los casos, cualquiera sea el tipo de garantía, el valor de realización o el objeto mismo que es asiento de la garantía es el máximo de la responsabilidad de la propietaria no deudora. Su responsabilidad no alcanza la totalidad de su patrimonio, por lo que no resulta asimilable a un fiador. Ello no obsta a que, por un acto expreso de voluntad, asuma tal carácter, en cuyo caso su responsabilidad queda ampliada en los límites de lo convenido.

En razón que únicamente responde con el objeto gravado, si luego de la realización del valor quedara un saldo insoluto, no puede la acreedora pretender el cobro persiguiendo otros bienes del patrimonio de la propietaria no deudora. Pero en el caso que del resultado de la realización quede un excedente, una vez pagado íntegramente el crédito de la acreedora garantizada y los gastos causídicos, ese excedente le pertenece a la propietaria no deudora.

2.3. Funcionamiento del tope: honorarios profesionales

La Suprema Corte de Mendoza tuvo oportunidad de fallar en un proceso en el que se pretendió sobrepasar el límite de la responsabilidad de la propietaria no deudora. La parte actora, mandatario y patrocinante en el proceso de ejecución hipotecaria llevado en contra de una constituyente no deudora pretendieron escindir los efectos de la sentencia recaída en el principal: por un lado, la condena principal, y por el otro las costas. En la ejecución hipotecaria la hipotecante no deudora fue condenada en costas, y esa decisión pasó en autoridad de cosa juzgada. Entonces, las abogadas iniciaron ejecución de honorarios pretendiendo cobrarse sobre otros bienes del patrimonio de la condenada en costas, distintos del inmueble hipotecado. La Corte mendocina tuvo que recordarles a las partes pretendientes que la obligación del tercero hipotecante, derivada de la relación material, se limita al valor del bien hipotecado y que sólo responde hasta el valor del bien gravado, no pudiendo ser

⁸⁷ VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, op. cit., pág 808

perseguido en forma personal sobre el resto de los bienes. Remarcó el tribunal que esta limitación rige también respecto de las costas que son accesorias de la sentencia.⁸⁸

ARTICULO 2200.- Ejecución contra el propietario no deudor. En caso de ejecución de la garantía, sólo después de reclamado el pago al obligado, el acreedor puede, en la oportunidad y plazos que disponen las leyes procesales locales, hacer intimar al propietario no deudor para que pague la deuda hasta el límite del gravamen, o para que oponga excepciones.

El propietario no deudor puede hacer valer las defensas personales del deudor sólo si se dan los requisitos de la acción subrogatoria.

Las defensas inadmisibles en el trámite fijado para la ejecución pueden ser alegadas por el propietario no deudor en juicio de conocimiento.

1. Introducción

Para comprender el procedimiento de ejecución contra la persona propietaria no deudora es elemental distinguir la acción personal que emerge del crédito (derecho principal) de la acción real ejecutiva que origina el derecho real de garantía (derecho accesorio).

En el caso que la obligación principal garantizada no sea debidamente cumplida, la acreedora debe intimar de pago previamente a la deudora. Antes de dirigir la acción contra la propietaria no deudora (constituyente o quien adquirió posteriormente el objeto sin asumir la deuda), con todos los inconvenientes y molestias que ello significa, es justo advertir y reclamar el pago a la deudora, quien será siempre responsable de los perjuicios que se ocasionen a la propietaria no deudora (art. 2202).

Como la relación crediticia existe entre las partes deudora y acreedora, y la deudora no es quien constituye la garantía, permanece siempre obligada y, como tal, llamada a responder de las legítimas exigencias de la acreedora que reclama el pago del crédito y sus intereses. La acreedora requiere, conforme a lo estipulado, a su deudora la solvencia de lo debido y, en principio, no le interesa quien resulte titular actual de la garantía, pues la persigue en poder de quien se encuentra⁸⁹.

Una opinión autoral expone que la deudora morosa siempre tiene que ser previamente intimada de pago porque la acción hipotecaria tiene carácter mixto, personal contra la parte deudora obligada al cumplimiento de la deuda y real dirigida al objeto de la garantía propiedad del constituyente o adquirente posterior, y tramita en un solo y mismo juicio⁹⁰. Es decir que, en principio, la propietaria no deudora no puede ser requerida de pago directamente sin haberse intimada la deudora personalmente obligada⁹¹.

Sin embargo, no todos los códigos procesales reglamentan de la misma manera la situación procesal de la propietaria no deudora; a veces se la considera codemandada y se la debe intimar de pago conjuntamente con la deudora.

⁸⁸ SCJ Mendoza, 03/11/2003, "D'Gregorio, Stella Maris y Ot. en j 149.553/28.221 D'Gregorio, Stella Maris y Ot. c/ Trentacoste, María Cristina p/ Ejec. Hon. s/ Inc. Cas", inédito.

⁸⁹ Conf. CAMMAROTA, *Tratado de Derecho Hipotecario*, Segunda Edición considerablemente aumentada, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1942, nota n° 151, p. 322/323.

⁹⁰ KIPER, Claudio, *Manual de derechos reales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 556. En el mismo sentido, HIGHTON, Elena, *Juicio Hipotecario*, 2° edición actualizada y ampliada, Editorial Hammurabi, tomo 1, p. 43: "El acreedor hipotecario posee un derecho mixto, compuesto por dos elementos de naturaleza totalmente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal y tiene, además, un derecho real en garantía de su crédito. Esto parece obvio, y sin embargo debe tenerse claro, pues se olvida al abordar temas concretos, como por ejemplo, la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, la necesidad de intimación de pago al deudor, la conformación del título ejecutivo, la posibilidad o no de constitución de hipotecas por créditos indeterminados y consecuencias de una eventual nulidad de estas "hipotecas", etc."

⁹¹ STJ de Corrientes, 22/08/2016, "Velázquez Fernando, Olivarez Celsa Apolinaria y Toledo Ramón Alberto C/ La Prudencia S.R.L. S/ Ejecución Hipotecaria", inédito. En el mismo sentido, CCivCom. Santa Fe, Sala I, 31/08/1999, "Viajes Futuro S. R. L. c. Meynet de Monasterolo, Nélida V.", TR LALEY AR/JUR/2518/1999

También se ha dicho, en referencia al Código de Vélez, que a la constituyente debe dársele, por lo menos, la intervención de quien adquiere una cosa ya gravada sin obligarse personalmente. Pero también puede otorgársele una intervención más destacada, inicial en el juicio. Esta intervención inicial no significa que deba quedar incluido en la sentencia de condena, atento que su responsabilidad personal es limitada⁹².

Una postura aislada sostenía que la ejecución hipotecaria podía ser promovida solamente contra la constituyente del gravamen, porque el deudor principal no es parte ni firmante del contrato hipotecario⁹³. Ante la nueva legislación, el autor sostiene que el hipotecante no deudor forma parte de la litis porque el acreedor ejerce simultáneamente y en un solo juicio dos acciones, la personal y la real⁹⁴.

En cualquier hipótesis, la deudora principal debe ser traída al juicio no sólo en defensa de sus propios derechos, sino también de los de la propietaria no deudora, quien puede desconocer si la deudora pagó o no el crédito o hubiere ocurrido algún evento que provocara la extinción del principal⁹⁵ y consecuentemente, del gravamen.

En principio, la ejecución no puede dirigirse en primer término contra la propietaria no deudora. Pero una vez vencido el plazo que la ley procesal otorga a la deudora, la acreedora garantizada tiene ya el derecho de encauzar su acción contra la propietaria no deudora, citándola para que pague la deuda hasta el límite del gravamen, o para que oponga excepciones. Aun así, la propietaria no deudora no debe quedar propiamente incluida en la sentencia de condena. No deben existir contra ella condenaciones personales, porque no es obligada personal, sino en razón de la cosa gravada.

La propietaria no deudora, si no paga, puede oponer las excepciones propias y las de la deudora, en la medida que se den las condiciones de ejercicio de la acción subrogatoria (Arts. 740 y 742).

También, y aunque esta norma no lo diga, la propietaria no deudora puede abandonar el objeto (Art. 1907).

Del mismo modo, la propietaria no deudora goza del proceso ordinario posterior, si la vía elegida por la actora no le permite el ejercicio de todas las defensas que goza.

1.1. Oportunidad de la citación

La norma que se comenta dice que la citación a la propietaria no deudora se debe realizar “sólo después de reclamado el pago al obligado pero también dice que se realizará en la oportunidad y plazos que disponen las leyes procesales locales”.

El problema es que los códigos procesales tienen distintos momentos, a veces no coincidentes con esta norma, para citar a la propietaria no deudora.

Algunos códigos procesales permiten su participación inicial, otros permiten la citación solo después de dictada la sentencia de trance y remate contra la deudora, otros concomitantemente con la deudora. En realidad, los códigos procesales locales no pueden modificar el plazo del Código de fondo y establecer un requisito como es el de obtener la previa sentencia de trance y remate contra la

⁹² HIGHTON, Elena, en BUERES Alberto, HIGHTON Elena, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Editorial Hammurabi, 1997, Tomo 5, p. 1370. En el mismo sentido CNFed. Civ. y Com., Sala II, 26/04/00, “BANCO DE LA NACION ARGENTINA C/ BOMBAL, ROSA YOLANDA Y OTRO S/ EJECUCION HIPOTECARIA”, Dial-AF22F8. “...Es cierto, pues, que a los fines de encontrarse habilitada para enderezar su reclamo contra él, la actora debía intimar previamente al deudor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3163 del C.C. No obstante, ello no significa que antes se deba ejecutar al sujeto pasivo de la obligación, por el contrario, de acuerdo con el texto de la ley, basta con la intimación, exigencia que en la especie cabe juzgar debidamente satisfecha. No se advierte qué perjuicio le habría irrogado al excepcionante la citación inicial que se le efectuara, en tanto contó con amplia oportunidad de defenderse”.

⁹³ ARRAGA PENIDO, Mario, *Hipoteca: Relaciones entre el hipotecante no deudor y el tercer poseedor en el Código Civil ante la reforma de la ley 24.441*, en J.A. 1997-I-793, p. 800.

⁹⁴ ÁRRAGA PENIDO, Mario, *Derechos reales de garantía*, Astrea, 2019, p. 115

⁹⁵ GOLDENBERG, Alicia, *Ejecución Hipotecaria*, Ediciones La Rocca, Bs. As., 1.999, p. 165/6

deudora ejecutada para poder, después, citar a la propietaria no deudora. La acreedora hipotecaria, ante un perjuicio o la pérdida de alguna defensa, podría tachar de inconstitucional estas disposiciones por ir en contra de una norma de fondo, o según las circunstancias atenerse al dispositivo procesal (por ejemplo, si la deudora opuso excepciones que tienen que ser sustanciadas y quizás con éxito lo que redundará en una innecesaria citación al tercer poseedor)⁹⁶.

Una observación que se puede hacer para salvar las diferencias de las leyes locales es que la reclamación a la deudora no necesariamente tiene que realizarse judicialmente, por lo que la anticipación puede ser en el ámbito extrajudicial, para luego dirigir la acción en contra de la deudora y la propietaria no deudora conjuntamente⁹⁷, o como lo determinen otras las normas locales⁹⁸, primero a la deudora y luego a la propietaria no deudora.

1.2. Intervención de la propietaria no deudora en el proceso

La intervención de la propietaria no deudora se impone durante el proceso de ejecución porque conforma, con la deudora, un litisconsorcio impropriamente necesario o anómalo pasivo⁹⁹; si se pretende hacer recaer los efectos de la sentencia en el objeto gravado propiedad de quien no es deudora, hay que traerla a juicio.

Las consecuencias de este litisconsorcio son relevantes. Ante la hipótesis que el/la juez/a, al momento de dictar sentencia, advierta que la propietaria no deudora no fue oportunamente citada debe declarar la nulidad de lo actuado, retrotrayendo el procedimiento a la intimación de pago y citándola para defensa a "posteriori" del requerimiento infructuoso de la deudora¹⁰⁰. Si no se demandó a la propietaria no deudora ni se integró la litis con ella, debe rechazarse la pretensión de ejecución forzada. El rechazo se impone por defecto en la proponibilidad subjetiva de la pretensión (ausencia de legitimación sustancial pasiva)¹⁰¹. Si se dictó sentencia sin haberse otorgado la intervención de ley a la propietaria no deudora debe declararse la nulidad de la sentencia ejecutoria y del procedimiento¹⁰². Esta nulidad cabe ser declarada aún de oficio.

En numerosas ocasiones se suele librar mandamiento conjunto en contra de la parte deudora y de la propietaria no deudora. Si se trata de normas procesales locales que admiten el llamado conjunto a responder, nada podrá hacer la propietaria no deudora. Pero, en el caso de leyes locales que determinen la previa intimación judicial a la deudora, como lo establece el artículo que se comenta, la propietaria no deudora podrá plantear la nulidad del procedimiento. Para ello deberá probar su interés, las defensas que hubiere podido interponer si se hubiera intimado previamente a la deudora. En definitiva, esta intervención "anticipada" debe provocar daño. De lo contrario, la pretensión de nulidad debe ser rechazada porque, en definitiva, se está otorgando el derecho a ser oído y parte en el proceso¹⁰³.

⁹⁶ En este sentido, aunque en referencia al Código de Vélez KIPER, Claudio, *Código Civil comentado, Derechos reales* III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 396.

⁹⁷ C.P.C.C. Santa Fe, art. 511.

⁹⁸ CPCC de la Nación art. 599; CPCCyT de Mendoza, art. 240 inc V; CPCyC de Córdoba, art. 528. Después de dictada la sentencia monitoria CPCyC de Chaco art. 609. Después de dictada la sentencia de trance y remate CPCyC Prov de Buenos Aires, art. 597; CPCyC de Corriente art.599, CPCyC Entre Ríos art. 584; CPC La Rioja art. 313; CPCCyF de Misiones art. 569.

⁹⁹ MARTÍNEZ, Hernán J., *Procesos con sujetos múltiples*, tomo 1, Ediciones La Roca, 1994, p. 106.

¹⁰⁰ RANDICH MONTALDI, Gustavo E, *Derecho real de hipoteca y un supuesto de aplicación del litisconsorcio necesario*, LLGran Cuyo 2002, 486, TR LALEY AR/DOC/3909/2001.

¹⁰¹ MARTÍNEZ, Hernán J., *Procesos con sujetos múltiples*, tomo 1, Ediciones La Roca, 1994, p. 202

¹⁰² MARTÍNEZ, Hernán J., *Procesos con sujetos múltiples*, tomo 1, Ediciones La Roca, 1994, p. 204

¹⁰³ CámNacApel. en lo Civil, Sala K, 14/12/2004, "Y.P.F. S.A. c. Albon S.R.L. y otro", TR LALEY AR/JUR/4658/2004. En este pronunciamiento se dijo: "es oportuno recordar que dentro de los requisitos para la procedencia de la nulidad existe el principio de trascendencia y el interés jurídico en la declaración derivada del perjuicio que le ha ocasionado el acto presuntamente irregular. Siendo que la invalidación debe responder a un fin práctico, resulta inconciliable con su índole la nulidad por la nulidad misma o para satisfacer un mero interés teórico (cfr. FALCÓN, Enrique M., *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, Tomo I, p. 276)."

Pero, si se demandó únicamente a la propietaria no deudora, ésta puede oponerse al progreso de la demanda por la inhabilidad de título¹⁰⁴. Ello por cuanto no se ha cumplido con la carga del emplazamiento previo a la deudora principal para que pueda procederse ejecutivamente. Tal omisión, torna inhábil el título y consecuentemente admisible la excepción. La ausencia de autonomía de la garantía por la necesaria vinculación con el crédito -accesoriedad- y la naturaleza mixta de la acción hipotecaria o prendaria así lo imponen. Pero si el proceso continúa sin la presencia de la deudora, en cualquier momento esta se puede presentar y oponer las defensas que estime pertinentes. Así ocurrió en un caso en el que la acreedora inició la acción únicamente contra la propietaria no deudora; se dictó sentencia sin advertir la ausencia de la obligada. Siete años después de dictada la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en contra de los propietarios no deudores, pero no encontrándose subastado aún el inmueble hipotecado, se presenta la deudora en la ejecución y solicita la prescripción de la deuda y la consecuente extinción de la hipoteca. En su fallo, el máximo tribunal de Mendoza hace prevalecer el principio de accesoriedad frente a la alegada violación de la estabilidad de la cosa juzgada¹⁰⁵. Y este pronunciamiento es correcto porque en nuestro derecho no puede existir una hipoteca sin un derecho creditorio al cual sirva de garantía, dado el carácter accesorio que la legislación impone al derecho real de garantía.

Entonces, la acreedora debe demandar a la deudora, y luego, en la hipótesis que éste no pague, requerir de pago a la propietaria no deudora, para que esta pague o excepcione.

1.3. Naturaleza de la responsabilidad de la propietaria no deudora

Existe cierto consenso respecto a la naturaleza de la responsabilidad de la propietaria no deudora. Ella responde concurrentemente, la causa no es la obligación principal, sino su propia obligación condicionada al incumplimiento de la obligación principal. En ese sentido le es aplicable la Sección 8va del Capítulo 3 del Libro Tercero, derechos personales de este Código¹⁰⁶.

En relación a la prescripción liberatoria, la aplicación de las normas de las obligaciones concurrentes tiene ciertas complicaciones.

Cabe distinguir la prescripción extintiva de la acción que nace del crédito, de la prescripción de la acción hipotecaria. Como las acciones siguen la suerte y normalmente la naturaleza de los derechos que actúan, si prescribe la acción crediticia -principal- en contra de la deudora, la misma suerte va a correr la acción hipotecaria -accesoria- en contra de la deudora o de quienes garantizaron la deuda con responsabilidad limitada. En las legislaciones, como la nuestra, en las que la acción hipotecaria no tiene un plazo establecido de prescripción, la interrupción de la acción contra la propietaria no deudora no interrumpe el plazo de prescripción de la acción principal. No cabe ninguna duda que el crédito tiene vida propia e independencia y no puede en consecuencia verse afectado por el ejercicio de la acción real.

¹⁰⁴ CSJ de Tucumán, 04/02/2003, "Torres de Porcel Carmen Isabel vs. Soria Manuel Edgardo s/ Ej. Hipotec", inédito, en la cual que se sostuvo "... corresponde hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título deducido por el tercero constituyente de la hipoteca al haberse enderezado la ejecución en su contra sin intimar de pago al deudor principal pues no es procedente la ejecución hipotecaria promovida sólo contra el tercero constituyente o hipotecante no deudor, quien no puede ser condenado en forma directa y autónoma". Id SAI: SUV0000874. En ese fallo se citan los siguientes pronunciamientos: CNCiv., Sala H, 08/05/2002, "Y.P.F. S.A. c. Ramos, Roberto R.", TR LALEY AR/JUR/1158/2002; en igual sentido, CNFed.Civ. y Com., Sala I, 11/12/2001, "Caja Complementaria de Prev. para la Actividad Docente c. Dinar Líneas Aéreas S.A.", TR LALEY AR/JUR/723/2001; Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, 18/08/1997, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S. A. c. Ané, Miguel A.", TR LALEY AR/JUR/92/1997. Cám Apel en Documentos y Locaciones de Tucumán, Sala I, 08/03/2007, "Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán c. El Corcel S.A", TR LALEY AR/JUR/1608/2007.

¹⁰⁵ SC J de Mendoza, Sala I, 29/12/2009, "Atuel Fideicomisos S.A v. Guillén, José L. y otro", TR LALEY 70058260

¹⁰⁶ La Dra. Highton entiende que el hipotecante asume otra obligación, cual es la de pagar subordinada a la condición que el deudor no pague y limitada al monto de la cosa hipotecada. La Suprema Corte de Mendoza ha dicho que es un caso de responsabilidad sin deuda. SCJ Mendoza, 03/11/2003, "D' Gregorio, Stella Maris y otro en j 149.553/28.221 D' Gregorio, Stella Maris y otro c/ Trentacoste, María Cristina p/ Ejec. Hon. s/ Inc. Cas", inédito.

En la relación inversa, en la hipótesis que la acreedora hubiera iniciado la acción personal contra la deudora, y el cobro de su acreencia hubiera resultado infructuoso, no podrá iniciar la acción hipotecaria contra la propietaria no deudora, en el caso de haber transcurrido más de cinco años de haberse tornado exigible la deuda (arts. 851 inc. e) y 2560).

Cierto es que el derecho real de garantía subsiste hasta tanto se extinga por una causa propia o por vía de consecuencia. Pero el régimen que, a pesar del principio de accesoriedad, tienen los derechos reales de garantía impide que pueda escaparse de los principios generales del ordenamiento jurídico, entre ellos el de la prescriptibilidad de las acciones y el de la relatividad de la interrupción de la prescripción. A estos argumentos cabe agregar el relativo a la naturaleza de la responsabilidad de la hipotecante. Lo manifestado dista de ser pacíficamente admitido¹⁰⁷. En el derecho chileno se han admitido jurisprudencialmente ambas posturas¹⁰⁸.

El concurso de alguna de las personas involucradas en la relación crediticia o en la relación real también genera cierto desasosiego. La jurisprudencia ha dicho que la ejecución hipotecaria o prendaria está subordinada a la verificación de créditos. Si la verificación ya fue decidida antes de que terminar la ejecución, ésta queda supeditada al alcance de la sentencia verificatoria; “si se admitió el crédito, la ejecución continuará por el monto admitido, y si el crédito fue declarado inadmisibles, corresponde el archivo de la ejecución...”¹⁰⁹. Otro fallo afirma que la verificación en el concurso de la deudora no interrumpe la prescripción respecto del tercer constituyente concursado¹¹⁰.

También en el ámbito concursal de la deudora, se ha dicho que la solicitud de verificación presentada por la parte acreedora no suple la necesidad de cursar intimación previa a la propietaria no deudora. Si bien la verificación efectuada por la acreedora en la quiebra de la deudora comprueba la existencia de la deuda no suple la intimación porque la verificación no supone la promoción de una demanda contra la concursada, ni una intimación de pago de lo debido, sino que solo se solicita a la sindicatura su inclusión en la nómina de acreedores para que el/la juez/a declare la existencia del crédito. (art. 37 de la ley 24.522)¹¹¹. Al verificar no existe una pretensión de condena o ejecutoria sino solo declarativa.

En opinión de quien escribe este comentario, la solicitud de verificación en el concurso de la deudora suple la intimación previa que debe efectuarse en los términos de la norma que se comenta. Si bien este proceso no puede asimilarse a la intimación de pago, tampoco puede sostenerse que la concursada pueda pagar ante una nueva intimación. Ello sería sustraer este crédito del principio de paridad de acreedores. Sería tanto como exigirle a la acreedora la realización una formalidad de imposible cumplimiento.

ARTICULO 2201.- Derecho al remanente. Una vez realizado el bien afectado por la garantía, el propietario no deudor tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen, con exclusión del precedente propietario y de los acreedores quirografarios.

¹⁰⁷ En contra, aunque en relación al Código de Vélez, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Hipoteca constituida por un tercero y prescripción extintivas, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-2, Hipoteca, II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 53.

¹⁰⁸ RAMOS PAZOS, René, De las Obligaciones, en Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 440/441.

¹⁰⁹ GRAZIABILE, Darío, Verificación Concursal de Créditos, en Erreius, p. 547. SCJ de Mendoza, 15/05/2018, “Banco Macro S.A. En J° 250724/51292 Banco Macro S.A. C/ Establecimiento Antonio Isgro y Cía. S. A. y otros P/ Ejecución Hipotecaria P/ Recurso Ext”, disponible en http://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/todo/180515_Banco.php#r150518

¹¹⁰ SCJ de Mendoza, sala I, 13/08/2012, “Sindicatura del Bco. Gral. de Neg. S.A. J° 15.555/12.865 Melfa D. D. J° 8.094 Melfa 15.554/12866 Ciaramitaro de Melfa: 8.264/12.879 Sind. Bco. Gral. P/ Ej. Sent. S/ Cas”, disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=2796947711>

¹¹¹ CNCiv., sala K, 30/06/2005, “Inversiones Tres Pinos Limitada y otros c. Haras Manquehue S.A”, LA LEY 21/11/2005, 10 - LA LEY 2005-F, 447, CNCiv., sala K, 23/12/2003, “Esso Petrolera Argentina S.R.L. c. Palermo, José y otro”, LA LEY 2004-B, 995 - IMP 2004-A, 1344.

1. Introducción

Como corolario de la limitación de la responsabilidad, la persona que constituye una garantía o adquiere un bien gravado con un derecho real de garantía sin involucrarse en la relación crediticia principal, luego de la realización de la garantía tiene derecho a recibir el monto que exceda el límite de responsabilidad (Art. 2199).

Este monto lo recibe por su calidad de propietaria del bien y en función al mayor valor obtenido en la realización del asiento de la garantía respecto de la liquidación final de lo adeudado y el límite de su responsabilidad. El monto efectivamente recibido por la propietaria no deudora deberá deducirse en la hipótesis que se hagan las reclamaciones que faculta el artículo 2202.

2. Análisis

Para determinar la existencia de remanente debe verificarse la citación, por los medios que en cada caso correspondan, a todos los acreedores que tengan un derecho preferente u oponible sobre el bien que se realiza. Así, podrán participar de la distribución de fondos todas las personas acreedoras de la propietaria, porque este bien integra la garantía común (art. 242). También podrán ejercer sus derechos ante la distribución de fondos, las acreedoras de la precedente propietaria que tengan un derecho preferente sobre el bien, por ejemplo, el consorcio respecto de la deuda de expensas, o una acreedora embargante con cautelar vigente anotada con anterioridad a la transmisión. Incluso, la propietaria precedente podrá concurrir ante la eventualidad de ser acreedora por el saldo de precio del bien; pero concurre al remanente por su calidad de acreedora de la actual propietaria, no por su calidad de propietaria precedente.

El artículo que se comenta dispone que están excluidos del remanente el precedente propietario y los acreedores quirografarios. La exclusión respecto de la persona que era propietaria del bien se justifica fácilmente; ya no lo es, por lo que ningún derecho tiene aun cuando hubiera constituido la garantía. En relación a los acreedores quirografarios se refiere a aquellos/as que eran acreedores/as de la precedente propietaria y de la deudora que no constituyó la garantía. Pero los/as acreedores/as quirografarios/as de la propietaria no deudora no quedan excluidos y tienen derecho a agredir cualquier bien del patrimonio de su deudora.

De acuerdo al sistema de ejecución de la garantía será la forma en la que la propietaria no deudora recibe el remanente. Si se trata de una ejecución judicial, el remanente lo recibirá por orden del juez/a interviniente. Lo mismo si se trata de una ejecución extrajudicial de la ley 24.441, atento que la acreedora practicará la liquidación y dentro del plazo de cinco días de realizada la subasta deberá “depositar el remanente del precio a la orden del juez” (art. 60 de la ley 24.441). En la ejecución de una prenda, el remanente lo recibirá de la acreedora, luego de rendidas las cuentas (Art. 2230).

ARTÍCULO 2202. Subrogación del propietario no deudor. Ejecutada la garantía o satisfecho el pago de la deuda garantizada, el propietario no deudor tiene derecho a:

- a) reclamar las indemnizaciones correspondientes;**
- b) subrogarse, en la medida en que procede, en los derechos del acreedor;**
- c) en caso de existir otros bienes afectados a derechos reales de garantía en beneficio de la misma deuda, hacer citar a sus titulares al proceso de ejecución, o promover uno distinto, a fin de obtener contra ellos la condenación por la proporción que les corresponde soportar según lo que se haya acordado o, subsidiariamente, por la que resulta del valor de cada uno de los bienes gravados.**

1. Introducción

En el artículo 2199 se determina la medida de la responsabilidad de quien constituye el gravamen o adquiere una cosa gravada sin asumir la posición de parte deudora. En esta norma se determinan los efectos de la ejecución de la garantía o del pago de la deuda para quien ha constituido

un derecho real de garantía por deuda ajena o para quien ha adquirido una cosa gravada sin asumir personalmente la deuda.

El artículo que se glosa contempla las facultades de la persona propietaria no deudora contra la deudora y también contra otras personas que hayan otorgado alguna garantía en favor de la misma deuda.

Las distintas acciones que tiene quien paga o quien sufre la ejecución del bien asiento de la garantía se enmarcan en lo que genéricamente se denomina acciones de regreso, supuesto que se presenta cuando varias personas se encuentran vinculadas pasivamente al cumplimiento de una obligación y ésta es pagada por alguna o algunas de las personas obligadas, pero no por todas. La vinculación pasiva puede responder a una sola causa o pueden ser obligaciones concurrentes (Art. 850) como es el caso en el que se encuentra la propietaria no deudora.

2. Análisis. Derechos de la propietaria no deudora

Quien paga o es ejecutada sin ser parte deudora puede:

2.1. Reclamar las indemnizaciones correspondientes

En este supuesto ingresan todas las posibles acciones de reembolso contra la o las deudoras y en la medida que determinen las relaciones internas que las unen pasivamente. Se trata de acciones directas (art. 736), no subrogatorias.

La acción de reembolso es de difícil procedencia si no existe ejecución contra la deudora. Debe existir un alto grado de certeza para que prospere la acción directa. Las vicisitudes que pueden impedir el reclamo de la acreedora garantizada impactan en la facultad de solicitar el reembolso. Así, puede que el proceso sea nulo o caduque o existan circunstancias sustanciales que impidan condenar a la deudora (prescripción, nulidad sustancial, etc.).

Pero lo cierto es que si la propietaria sufrió la ejecución forzada del asiento de la garantía puede reclamar a la parte deudora el precio del mismo, íntegramente, y cualquiera haya sido el resultado de la subasta. El detrimento patrimonial que sufre la constituyente de la garantía es el objeto de la indemnización. Ingresar en este rubro el menor valor de la cosa gravada obtenido en subasta, en relación a su precio de mercado¹¹². Pero, para esta hipótesis parece prudente que la propietaria no deudora pruebe su imposibilidad de afrontar el pago sin ejecución forzada o la ausencia de notificación anterior a la ejecución por parte de la acreedora.

También parece referirse este inciso al reclamo de los perjuicios que sufrió efectivamente la propietaria no deudora ejecutada o pagadora y que no hubiera sufrido si el obligado hubiera cumplido en tiempo y forma la obligación garantizada. Será entonces objeto de reembolso, el capital y los intereses compensatorios y objeto de indemnización, la cuantía que resulte pagada en concepto de intereses moratorios, gastos causídicos, honorarios profesionales y toda suma que abonó la propietaria y exceda el capital y los intereses compensatorios pactados.

Pueden ingresar en el reclamo de las indemnizaciones correspondientes las mejoras que la propietaria no deudora hubiera realizado en la cosa asiento de la garantía. La propietaria no puede, ante la acreedora garantizada ejercer la retención o concurrir como acreedora por el mayor valor que tiene el objeto de la garantía en relación al valor que tenía al momento de la constitución de gravamen. Si el objeto, por la acción de la propietaria, tiene mayor valor, se beneficia la acreedora (Art. 2192). Pero este beneficio redundará también en un beneficio a la deudora. Por ello, la propietaria podrá también reclamar el mayor valor por las mejoras por ella introducidas.

2.2. Subrogarse en los derechos de la acreedora

Quien paga sin ser deudora, puede quedar subrogada en los derechos de la acreedora a quien ha desinteresado. De esta manera, quien paga queda habilitada indirectamente para ejercer los derechos

¹¹² ÁRRAGA PENIDO, Mario, *Derechos reales de Garantía*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 112.

que tenía la acreedora, con dos limitaciones: solo puede reclamar lo efectivamente pagado deducido el remanente en el caso que hubiera habido subasta (art. 919 inc. a) y, en las acciones de reembolso, solo puede reclamar a cada obligada la cuantía que corresponda conforme las relaciones internas que las vinculan (art. 919 inc. b).

La facultad de subrogarse no depende de un acuerdo interno ni responde únicamente a la situación de haber constituido una tercera persona la garantía. Siempre que una persona que no sea la parte deudora desinterese a una acreedora, le asiste la posibilidad de subrogarse respecto de las deudas que hubiera solventado, para recuperar lo pagado. Los efectos del pago se reducen a la extinción del crédito, pues la acreedora cobra, pero no se produce la liberación de la deudora que continúa obligada. Así, en el pago con subrogación, una tercera persona sustituye a la acreedora en la relación obligacional.

Obviamente que el pago realizado por la propietaria no deudora supone la extinción del derecho real de garantía por confusión. Pero la propietaria del bien que se encontraba gravado conserva la prelación y el privilegio acordado al gravamen extinto, para hacerlo valer frente a otras personas acreedoras concurrentes (Art. 914). Por ejemplo, si un inmueble está gravado con varias hipotecas o embargos, quien paga sin ser deudora se coloca en la posición de la hipoteca que se extinguió frente a las otras acreedoras hipotecarias o embargantes posteriores.

Si la deudora se concursa, la propietaria no deudora, aún antes de la ejecución para poder subrogarse en los derechos de la acreedora deberá verificar su crédito como eventual porque le alcanzan los efectos del proceso universal. Si la acreedora verificó su crédito, obviamente como quirografario porque en el concurso de la deudora no tiene garantía, el límite de la subrogación será el monto verificado. Si la acreedora no verifica el crédito oportunamente (art. 56 ley 24.522) el crédito se extingue, y por ende la garantía sigue su suerte (art. 2186).

2.3. Reclamo a las personas co-garantes

En relación a las co-garantes, la propietaria no deudora puede reclamar la contribución al pago de la deuda en la medida que se haya acordado en la vinculación interna (art. 851 inc. h)). Si no existe acuerdo, esta norma establece que la contribución al pago se podrá reclamar en la medida “que resulta del valor de cada uno de los bienes gravados”. Este criterio, aunque sigue el Código de Vélez, se aparta de las normas de las obligaciones de sujeto plural pasivo (art. 841). Esta imposición de contribución no igualitaria podría explicarse porque los/las co-garantes no son co-deudores/as y su interés se circunscribe al bien afectado a la garantía. Pero lo cierto es que a las obligaciones concurrentes –supuesto en el que se encuentra la propietaria no deudora- se les debería aplicar subsidiariamente las normas de la solidaridad (art. 852).

Para que sea operativa esta facultad deben darse las siguientes circunstancias: se debe tratar de la misma deuda; deben existir varias personas obligadas concurrentes; deben existir varias cosas gravadas en garantía de esa deuda; las propietarias de las cosas gravadas deben ser personas distintas y la acreedora no debe haber perseguido a todas las personas obligadas, sino a alguna o algunas.

Si la acreedora inicia la ejecución contra todas las personas que garantizaron la deuda, el criterio de distribución será, para la parte acreedora, el que resulte en proporción al valor de cada uno de los bienes gravados. Internamente quedan las acciones de reembolso, conforme lo que hubieran pactado las distintas garantes. Pero si la parte acreedora no inicia la ejecución contra todas las personas que hayan gravado un bien, las co-garantes que por la citación de la propietaria ejecutada originalmente se incorporen al proceso, responderán en la medida que sus defensas prosperen o no.

Este tercer inciso contiene una opción que consagra el principio economía procesal. La propietaria no deudora puede citar a las co-garantes al proceso en el que se persigue a ejecución de la cosa de su propiedad o puede iniciar un proceso autónomo. No es frecuente encontrar normas procesales que determinen la oportunidad para citar a las co-garantes a la ejecución, por lo que esta citación podrá hacerse en cualquier momento mientras se encuentre en trámite el proceso principal en el que se persiga el cobro de la deuda. Pero la citación no debe suponer obstaculizar el trámite de

la ejecución. Y cierto es que determinar la proporción en la que debe responder cada co-garante conforme el valor de los bienes que cada uno gravó, puede ser algo engorroso.

También debe meritarse que cada co-garante tendrá en la ejecución la facultad de oponer las excepciones que estime corresponder, hayan sido o no ejercidas por la deudora o por la propietaria no deudora inicialmente ejecutada. En este supuesto, se aplican las disposiciones del Artículo 851 del CCyC.

Cabe advertir que la prescripción, su interrupción o suspensión, no tiene efectos expansivos respecto de las personas obligadas concurrentes (art. 851 inc. c). Así, por ejemplo, si una de las partes citadas opone la prescripción y esa defensa no había sido opuesta por la deudora ni por la propietaria inicialmente citada, la parte acreedora cobrará íntegramente, pero la citada no será patrimonialmente responsable. Esta circunstancia también afecta la procedencia de la acción de reembolso de la propietaria no deudora originalmente ejecutada.

ARTÍCULO 2203. Efectos de la subasta. Los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado, si sus titulares fueron debidamente citados a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencias que les correspondan sobre el producido para la satisfacción de sus créditos.

1. Introducción

La extinción de los derechos reales de garantía puede ocurrir por causas que afectan directamente a estos derechos o por vía de consecuencia y aplicación del principio de accesoriedad (art. 2186).

Las causas directas de extinción no se reflejan sobre el crédito que mantiene plena validez y pueden ser, por ejemplo, la renuncia al derecho real por parte de la persona acreedora; la extinción del derecho de propiedad del que era titular la propietaria constituyente por revocación, resolución o nulidad; la confusión de las calidades de acreedora y constituyente del gravamen; la destrucción o pérdida del objeto gravado (art. 1907). También se extingue el derecho real de garantía si la cosa objeto del gravamen es adquirida de modo originario por una persona distinta de la constituyente y la fecha a la que se retrotrae la adquisición es anterior a la constitución del gravamen.

Por aplicación del principio de accesoriedad, los derechos reales de garantía se extinguen por la extinción total y definitiva del crédito que garantizan (remisión al comentario del Artículo 2186).

2. Análisis

2.1. Efectos de la subasta

La hipoteca y, en alguna medida la prenda, son derechos reales de garantía que otorgan a la acreedora la facultad de realización del valor del objeto asiento de la garantía¹¹³. Si por incumplimiento de la obligación garantizada, la acreedora hace uso de las facultades de ejecución, la efectiva realización de la subasta supone la extinción del derecho real accesorio; pero solo del accesorio, porque bien puede suceder que la obligación principal no se extinga sino parcialmente. Este efecto es propio de la subasta judicial o de cualquier forma admitida por la ley de realización de valor (arts. 2211 y 2229)

Lo mismo sucede si una tercera persona subasta el objeto de la garantía, por el motivo que sea. El derecho de la acreedora garantizada se traslada al producido de la subasta, por subrogación real, en la medida y con la prelación que supone el ejercicio del privilegio que otorga su derecho real de garantía y la oponibilidad registral que mantenga la garantía al momento de distribuirse los montos obtenidos en la ejecución.

¹¹³ No se incluye a la anticresis porque es dudoso que la parte acreedora tenga, como facultad propia del derecho real que garantiza su crédito, la posibilidad de realizar la cosa anticrética. Como cualquier acreedora, podrá ejecutar cualquier bien del patrimonio de su deudor. Pero esta posibilidad no es por su condición de titular de un derecho real de anticresis (ver comentarios del 2215)

Para ejercer este derecho sobre el valor, la acreedora debe ser debidamente citada a la ejecución.

2.2. Citación a la ejecución

De la norma no se infiere que la finalidad de la notificación sea que la acreedora (hipotecaria o prendaria) sea citada para defender el precio de realización o que quien resulte adquirente obtenga una rápida aprobación de la subasta. La finalidad es que la parte acreedora comparezca –si lo desea– para hacer valer sus derechos; y ese derecho es que su crédito se haga efectivo con la preferencia indicada en la ley sustantiva. Por ello pareciera que la oportunidad de la citación es el momento anterior a la subasta, pero dependerá de cada ordenamiento procesal local. Su efectiva comparecencia puede prolongarse hasta el momento de distribución de los fondos.

Aun así, es admisible que la acreedora citada pueda constatar la regularidad del procedimiento de subasta, verificar las condiciones en la que se rematará el bien gravado para evitar un perjuicio en el cobro de la acreencia y, por supuesto, participar en el proyecto de distribución de fondos obtenidos en la subasta, momento en el que hará valer su preferencia y privilegio.

La condición para que opere la extinción del derecho de garantía es la oportuna y debida citación de la acreedora garantizada. Quien compra en subasta, persona extraña al crédito que causa la ejecución y también al vínculo obligacional-real entre la acreedora garantizada y el propietario subastado, debe recibir el bien libre de cargas si se cumplieron las citaciones de los acreedores con garantía real.

La publicación edictal no reemplaza la comunicación al titular de la garantía, la que deberá efectuarse al domicilio real o al constituido en el contrato en el que se otorgó el gravamen.

¿Qué sucede si no se notifica debidamente a la acreedora garantizada? El gravamen sigue vigente, sin que se afecte la validez de la subasta. Así se ha dispuesto cuando:

- La subasta del 50% indiviso del inmueble no fue notificada a la acreedora hipotecaria (cuya garantía recae sobre todo el inmueble) en su domicilio (ni real, ni legal, ni procesal) sino que fue informada al juez que intervenía en la ejecución hipotecaria mediante oficio, el que con un decreto dijo: "Por recibido. Agréguese con noticia de la parte actora"¹¹⁴.

- La notificación ha sido realizada en un lugar que ninguna vinculación tiene con la hipoteca, sino que ha sido practicada por un medio no previsto en el Código Procesal Civil. Se trata de un oficio, dirigido indeterminadamente "al gerente del Banco Francés" dejado en una sucursal distinta a la que se fijó como domicilio especial en la escritura hipotecaria¹¹⁵.

De esta manera, quien resulte adquirente en subasta debería controlar previamente la validez y eficacia de los actos preparatorios de la misma porque, caso contrario, el gravamen le es oponible. Aun así, en algunos precedentes se otorga al adquirente en subasta la opción de rescindir el acto de subasta o adquirir el bien subastado con la garantía¹¹⁶.

Hay una hipótesis en que la omisión de la citación no afecta la validez de la subasta ni es oponible a quien resulte adquirente. Ello ocurre cuando el/la registrador/a omite de informar la existencia del gravamen debidamente inscripto. En ese caso, las consecuencias del error del Registro no tienen que sufrirlas la adquirente en subasta.

La preferencia de los derechos reales de garantía afecta la posibilidad de eximir a la adquirente en subasta de consignar el precio. Si esta persona pretende compensar su crédito, deberá igualmente depositar el monto de los créditos preferentes. Pero, si la subasta es sobreseída, las acreedoras preferentes no podrán oponerse ya que sus derechos quedan protegidos dado que el bien o bienes

¹¹⁴ SCJ de Mendoza, Sala I, 11/11/2009, "Recursos S.R.L. c. Volpe América y otros", TR LALEY AR/JUR/50717/2009

¹¹⁵ SCJ de Mendoza, Sala I, 1/04/2008 "Banco Francés en J° 94.633/32255 Banco Río de La Plata C/ Francisco Baeza y Otros P/ Ejec. Cambiaria.S/Cas", disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=08199158&ta=sc>

¹¹⁶ SCJ de Mendoza, Sala I, 05/12/2001, "Verdenelli, César A.", TR LALEY 30010602.

subastados continúan en el patrimonio de la ejecutada y los/as acreedores/as conservan entonces su garantía¹¹⁷.

ARTÍCULO 2204. Cancelación del gravamen. Las garantías inscriptas en los registros respectivos se cancelan:

a) por su titular, mediante el otorgamiento de un instrumento de igual naturaleza que el exigido para su constitución, con el que el interesado puede instar la cancelación de las respectivas constancias registrales;

b) por el juez, ante el incumplimiento del acreedor, sea o no imputable; la resolución respectiva se inscribe en el registro, a sus efectos.

En todos los casos puede requerirse que la cancelación se asiente por nota marginal en el ejemplar del título constitutivo de la garantía.

1. Introducción

La cancelación de un gravamen es la actividad registral que se traduce en un asiento extintivo y publicita la pérdida de la situación registral de un derecho de garantía. Registralmente es un asiento negativo, accesorio¹¹⁸ y definitivo¹¹⁹ que determina la pérdida de vigencia de otro asiento determinado; sustancialmente produce la inoponibilidad y la pérdida de la preferencia de un derecho inscripto.

La cancelación de un gravamen puede ser total o parcial, lo que se corresponde con la posibilidad de pactar la divisibilidad “de los bienes afectado a la garantía” (art. 2191 tercer párrafo). Puede ser voluntaria (inc. a de este artículo) o por orden de autoridad judicial (inc. b).

La cancelación se diferencia de la caducidad (arts. 2210, 2218 del CCyC, art. 23 decreto-Ley N° 15.348/46, art. 19 inc. a decreto- ley 6582/58) por cuanto esta última opera por una causal interna del registro que no requiere rogación o actividad alguna de las personas o del registro que se reflejada en un asiento.

2. Análisis

2.1. Cancelación voluntaria

La cancelación voluntaria debe resultar de un instrumento de igual naturaleza que el de la constitución del gravamen, en el que conste el consentimiento de la persona en favor de quien se constituyó el gravamen. No se trata de un consentimiento material sino formal y no depende de la extinción de la obligación principal garantizada. Como la inscripción beneficia a la parte acreedora – le otorga preferencia y oponibilidad a su derecho-, no existe impedimento alguno para que renuncie lisa y llanamente a esa ventaja sin que ello signifique la extinción del crédito.¹²⁰

Hacen excepción al principio de identidad de forma:

- el art. 48 de la Ley N° 24.441. En este caso la cancelación de la inscripción de la hipoteca se puede hacer a pedido de la deudora mediante la presentación al Registro de las letras y cupones.

- el art. 25 inc. b) del Decreto ley N° 15.348/46. El acreedor o el dueño de la cosa prendada pueden solicitar la cancelación adjuntando certificado de prenda endosada por su legítimo tenedor.

- el art. 25 inc. c) del Decreto ley N° 15.348/46 que dice:

El dueño de la cosa prendada puede pedir al Registro la cancelación de la garantía inscripta adjuntando el comprobante de haber depositado el importe de la deuda en el Banco oficial más

¹¹⁷ CCiv.Com. de Mercedes, sala I, 13/04/2010, “Bressan, Ricardo v. Bonnafoux, Sadi P. y otra”, TR LALEY 70060709.

¹¹⁸ Supone la existencia de un asiento anterior determinado que hay que cancelar.

¹¹⁹ La cancelación no puede anotarse provisionalmente.

¹²⁰ CNCiv., Sala H, 16/09/2014, “N., M. y otros c. G. L., G. E. s/ cancelación de hipoteca”, TR LALEY AR/JUR/50073/2014.

próximo al lugar donde está situada la cosa, a la orden del acreedor. El encargado del Registro notificará la consignación al acreedor mediante carta certificada dirigida al domicilio constituido en el contrato. Si el notificado manifestara conformidad o no formulara observaciones en el término de diez (10) días a partir de la notificación, el encargado hará la cancelación. En el caso de que objetara el depósito, el encargado lo comunicará al deudor y al banco para que ponga la suma depositada a disposición del depositante quien puede promover juicio por consignación.

Esta última modalidad es de uso frecuente cuando la deudora ha cumplido con su obligación, pero la parte acreedora prendaria no entrega del certificado de cancelación, por haberlo extraviado o simplemente por demoras en su entrega. Entonces, quien sea titular de la cosa prendada hace uso de este mecanismo, también denominado cancelación de la inscripción de prenda por consignación administrativa. En la práctica funciona con un depósito de carácter simbólico, que puede ser reemplazado por una nota con carácter de declaración jurada, que provoca la notificación a la acreedora y la consecuente actividad registral.

Una particular forma de cancelación voluntaria, en la que no existe propiamente identidad de forma, es la que surge como consecuencia de la subasta realizada en el marco de la ejecución extrajudicial prevista en la Ley 24.441. El art. 63 de esta ley dispone que el título de quien resulta adquirente en esta subasta lo constituye la protocolización de las actuaciones extendida por escribano designado por la acreedora, sin que sea necesaria la comparecencia de la parte ejecutada, y que contenga constancia de la intimación a la deudora en los términos del artículo 53, la notificación del artículo 59; la publicidad efectuada y el acta de la subasta. Llegadas estas actuaciones al Registro por rogatoria notarial o judicial para inscribir la transmisión del dominio por la subasta, éste debería cancelar el gravamen porque la adjudicación en subasta extingue la garantía.

En este caso, parece que la cancelación voluntaria no es una facultad, sino una imposición. En este sentido se ha dicho que la cancelación de la hipoteca debe hacerse por el mecanismo previsto por la Ley 24.441, pues siendo que todo el proceso tramitó por la vía de la ejecución hipotecaria extrajudicial, “no existen motivos para que luego se busque utilizar el andarivel de la ejecución hipotecaria clásica; máxime cuando en el mismo título con el que se consagró la garantía se previó dicha posibilidad. El art. 63 de la ley 24.441 indica que, “...La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado...”¹²¹.

2.2. Cancelación forzosa

La cancelación forzosa o por orden judicial se da ante la negativa, imposibilidad, incapacidad o ausencia de la parte acreedora. En estos casos, el/la juez/a deberá verificar las causales que se invocan para provocar la cancelación registral del gravamen. Las causales extintivas del gravamen pueden ser propias de su constitución –por ejemplo, un título insuficiente- o por la extinción o ineficacia de la obligación principal a la que accede el gravamen. Cuando se extingue el crédito garantizado por el derecho real de garantía, quien era acreedora se convierte en deudora del acto de cancelación del mismo.

Al proceso de cancelación judicial deben ser citadas todas las personas acreedoras en favor de las cuales se otorgó el gravamen. Ello aun cuando la obligación sea mancomunada porque prima el carácter indivisible de la garantía¹²² (art. 2191). Si, en cambio, se pactó la divisibilidad de la garantía y la obligación principal es mancomunada, no se requiere la participación de todas las acreedoras en el proceso; la cancelación parcial es procedente respecto de los que fueron citados porque se trata de obligaciones particulares independientes entre sí (art. 825).

¹²¹ CNCiv., Sala B, 20/02/2017, “Gesualdo, Benjamín Donato y otro c. Castro, Marcela Miriam y otro s/ ejecución especial ley 24.441”, TR LALEY AR/JUR/126/2017.

¹²² CCiv.Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 03/07/2012, “Borda, Graciela Viviana c. Ruger, Marta Margarita s/cancelación de hipoteca”, TR LALEY AR/JUR/33928/2012.

El proceso judicial de cancelación no necesariamente debe ser autónomo. De hecho, la mayoría de las veces que la cancelación sea de origen judicial será consecuencia de una resolución principal. En este sentido, se ha dicho que no es necesaria una demanda incidental o independiente del proceso, cuando la cancelación sea consecuencia del agotamiento del juicio ejecutivo, en cuyos supuestos, debe librarse la orden directamente desde el tribunal interviniente.¹²³

La subasta de toda la cosa gravada, aun si no se trata del juicio en que se persiga el cumplimiento de la obligación garantizada, produce una situación particular. La rogatoria de cancelación puede tener origen judicial, pero si el juez no lo ordena expresamente, el registro igualmente debería cancelar. La adjudicación de la cosa gravada determina la pérdida del dominio por parte del titular subastado y consecuentemente, la cancelación de esas inscripciones de dominio y la extinción de la garantía (Art. 2203). En este sentido, el XI Congreso Nacional de Derecho Registral (Bariloche, 1999). concluyó: "En el caso de extinción de la hipoteca por subasta, los registros deben tener por canceladas las hipotecas que gravan el inmueble al calificar los documentos que instrumentan la transmisión del dominio originada en la subasta pública".

La subasta de una parte alícuota o material de la cosa subastada, en principio no provoca la cancelación del gravamen, por aplicación del carácter indivisible del mismo. En este sentido, pero en referencia al Código de Vélez se dijo que "En virtud del principio de indivisibilidad de la hipoteca – art.3112, Cód. Civil- la subasta de la mitad indivisa del inmueble no puede significar la cancelación del privilegio que recae sobre la totalidad del bien a favor del acreedor hipotecario, quien no ha sido satisfecho en su integridad".¹²⁴

También puede solicitarse la cancelación del gravamen en el marco de un proceso en el que se declare una adquisición originaria, por ejemplo, una prescripción adquisitiva. En este caso, la procedencia de la cancelación dependerá del efecto retroactivo de la sentencia que declare la adquisición y la fecha de constitución del gravamen. Pero, la cuestión de la preferencia y oponibilidad no puede ser calificada por el/la registradora sino por el/la juez/a.

2.3. Rango de avance

En el derecho argentino el rango hipotecario es móvil o ascendente, ello significa que cancelado el asiento de hipoteca la o las posteriores en el rango ascienden al siguiente grado registral (por ej. cancela la hipoteca de primer grado y la de segundo grado asciende al primero). Esta movilidad no requiere de un nuevo asiento registral, sino que se establece automáticamente y se determina por simple lectura y análisis de las cancelaciones en el respectivo folio o matrícula registral. Sin perjuicio de los negocios dispositivos del rango hipotecario (art. 19 de la Ley N° 17.801 Registro de la Propiedad Inmueble).

CAPITULO 2

Hipoteca

ARTICULO 2205. Concepto. La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

1. Introducción

En este Código la hipoteca es la protagonista visible de las transformaciones como medio de financiamiento, primordialmente en los caracteres esenciales de la accesoriedad y de la especialidad del crédito. Este fenómeno se manifiesta en el derecho europeo continental de base romanista, frente al avance progresivo de la germanización que consagra una hipoteca independiente. La tendencia a

¹²³ CNCiv, Sala E, 06/07/2018, "A. V., J. c. G., E. A. y otros s/ Ejecución hipotecaria", TR LALEY AR/JUR/32368/2018.

¹²⁴ CNCom, Sala A, 09/08/2013, "Defilippis, Fernando Oscar s/ quiebra", TR LALEY AR/JUR/60455/2013.

flexibilizar estos aspectos de los derechos reales de garantía también se refleja -en alguna medida- en el derecho latinoamericano.

Se advierte que en las últimas décadas el desenvolvimiento de esta garantía real actúa en distintos ámbitos –social, económico y financiero- y esta operatividad ha compelido a su adecuación para mantenerla viva como una garantía competitiva de los nuevos negocios internos e internacionales, aún a costa de alterar la tipicidad tradicional consagrada por la codificación decimonónica.

En el ámbito funcional, la hipoteca ha mantenido y acrecentado el impulso originario de asegurar el crédito para el acceso a la vivienda, en tanto es la garantía real más idónea para el otorgamiento del préstamo a largo plazo de amortización. También, la ejecución de la hipoteca que ha sido otorgada en función de las necesidades de vivienda de ocupación permanente de la sociedad es motivo de regulaciones especiales tuitivas de un sector que puede ser vulnerable. El derecho de consumo tiene una injerencia decisiva en la protección del consumidor del crédito hipotecario, frente a la posición dominante que ejercen los operadores de crédito y a la volatilidad del mercado hipotecario en los negocios financieros.

En su proyección social se ha transformado en una figura tuitiva especial, la denominada hipoteca revertida o inversa posibilita la conservación de la vivienda y, primordialmente, atiende las necesidades de la persona humana vulnerable o de edad avanzada y retirada de la actividad laboral, que requiere de mayores recursos económicos.

En la órbita empresarial, la hipoteca asiste el financiamiento duradero de los procesos económicos de producción de bienes, provisión de mercaderías, prestación de servicios y, especialmente el apoyo crediticio permanente que recibe el empresario como cliente bancario. Estas operatorias han forzado el cambio legislativo que flexibiliza la hipoteca accesoria y de crédito determinado, y reconocen a las denominadas hipotecas globales, abiertas, de máximo o de créditos indeterminados, así como la hipoteca recargable o reutilizable adoptada por el derecho francés.

Además, se ha convertido en una herramienta fundamental en el circuito económico-financiero de la securitización o titulización de activos hipotecarios de los bancos y las entidades financieras. Estos bienes respaldan la emisión de títulos cotizables en el mercado de valores (hipoteca secundaria o subhipoteca) para la captación y movilización de capitales en las economías globalizadas. Las interrelaciones que acarrearán estos negocios transnacionales requieren de títulos hipotecarios con cierto grado de abstracción causal y de simples formalidades que faciliten su transmisión y circulación.

En particular, en los mercados integrados, los expertos estudian la génesis de una hipoteca comunitaria que tenga la aptitud de superar los particularismos de las legislaciones internas, tal como acontece con la llamada “Eurohipoteca” de la UE para asegurar los créditos transfronterizos¹²⁵. Un escenario menos complejo se presenta en América latina con el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) con la finalidad de arbitrar un título hipotecario común, en razón de las raíces comunes de la legislación civil, sin que existan diferencias sustanciales en el derecho hipotecario de los estados miembros (Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay y Venezuela) y de los países asociados (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú)¹²⁶.

A no dudar, el crédito hipotecario es un motor dinamizador de la economía y ha tenido un desarrollo exponencial en la mayoría de los países desarrollados y en vías de desarrollo.

¹²⁵ MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, ps. 11 y ss.

¹²⁶ VÁZQUEZ, Gabriela A., Mercosur e hipoteca. Hacia la armonización legislativa, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T ° 2010-1 Hipoteca, págs. 233 y ss. La autora realiza un minucioso análisis comparativo del derecho hipotecario de los países integrantes del Mercosur y advierte que la problemática que se palpa en el Viejo Continente no se trasladaría al espacio del Mercosur pues la accesoriedad como carácter esencial de la hipoteca, es una constante en las legislaciones internas de la región.

Sin embargo, el funcionamiento de la hipoteca como herramienta del mercado financiero depende de las políticas económicas que aseguren estabilidad, desarrollo y trabajo para que quienes toman créditos hipotecarios puedan atender puntualmente el pago de las obligaciones garantizadas. En las agudas situaciones de crisis económica y gran volatilidad del mercado hipotecario el legislador de la emergencia económica y social ha debido realizar grandes esfuerzos para mantener el equilibrio entre la tutela del crédito hipotecario y de la vivienda hipotecada (comentario art. 2184).

2. Análisis

2.1. Concepto

El concepto legal de hipoteca refleja la naturaleza y los elementos estructurales de la misma: es un derecho real de garantía sobre cosa ajena, el asiento es el valor de realización de uno o más inmuebles individualizado que permanecen en poder de la persona constituyente¹²⁷, accede a una obligación, adquiere eficacia en la fase del incumplimiento de la obligación ya individualizada, otorga a la parte acreedora la facultad de persecución y preferencia para el cobro sobre el producido del inmueble .

Este concepto queda un poco estrecho si se analiza el objeto sobre el que recae la hipoteca. La norma refiere exclusivamente a inmuebles que continúan en poder de constituyente, pero el Art. 2120, por ejemplo, admite que el titular del derecho de superficie pueda constituir una hipoteca, que es un bien no material (art. 1883).

También se observa la expresión “constituyente” porque éste puede transmitir su derecho y el bien hipotecado permanece en poder del adquirente que es nuevo “titular”¹²⁸.

2.2. Naturaleza jurídica

La cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca en épocas pasadas despertó polémica en la doctrina nacional, aun cuando era claro que la ley crea a la hipoteca como derecho real¹²⁹. El dilema se suscita porque no existe en la hipoteca la nota de inmediatez física entre la persona titular de la hipoteca y la cosa, puesto que es un derecho que no se ejerce por la posesión y no atribuye facultades materiales sobre ésta. Estas circunstancias impiden que se apliquen a este derecho real los institutos de la tradición y de la usucapión, tan específicos de los derechos reales¹³⁰. Sin embargo, la falta de poderes materiales sobre el inmueble no constituye un impedimento que altere la naturaleza del derecho real de hipoteca. Es cierto que la titular de la garantía carece de la posesión del inmueble hipotecado, que permanece en poder de quien es propietaria, a diferencia de lo que sucede con los derechos de prenda y anticresis. Los poderes que confiere la hipoteca son poderes jurídicos que recaen directamente sobre la cosa y que consisten en la posibilidad de ejercer las acciones conservatorias y ejecutorias, con los atributos propios de los derechos reales: el derecho de preferencia y de persecución¹³¹.

¹²⁷ En este Capítulo se utiliza la palabra “persona” para designar a las partes contratantes, con perspectiva de género, en tanto es inclusiva respecto de toda “persona humana” y también de la “persona jurídica” que es parte contratante de estos derechos patrimoniales.

¹²⁸ ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E.- ALTERINI, María E., *Tratado de los Derechos Reales. II. Parte Especial*, Thomson Reuters-La Ley, 2018, p. 838/9. Conf. VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, Thomson Reuters. La Ley, Bs.As., 2020, ps. 823.

¹²⁹ FERNANDEZ, Raymundo L., *Tratado de la hipoteca, la prenda y los demás privilegios*, L. Rubino, Bs. As., 1941, t.1, ps.115 y 116.

¹³⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1998, p. 295 y ss.-

¹³¹ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, T. I, 7° edición actualizada, ZAVALÍA, Buenos Aires, 2004, p. 89; HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Dirección: BUERES, Alberto J., Coordinación: HIGHTON, Elena I., T. 5C, 2° Edición, Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 216; AREÁN, Beatriz, *Derechos Reales*, 2, 6° Edición renovada y ampliada, Hammurabi, Bs. As. 2003, p. 815; ÁRRAGA PENIDO, Mario O., *Código Civil Comentado*, Dirección: KIPER, Claudio, T. III, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 209.

La hipoteca afecta al inmueble de manera directa, preferente y excluyente al pago de la obligación garantizada. Se trata de un derecho real sustantivo que confiere a su titular la facultad de perseguir el inmueble contra cualquiera que lo tenga en su poder y demandar judicialmente su venta, con la finalidad de aplicar el producido de la subasta al pago de la deuda garantizada impaga. Estos poderes se ejercitan mediante la acción hipotecaria para hacer efectivo su derecho, que es una acción real y además su titular está legitimado activamente para ejercer las acciones reales reivindicatoria, confesoria y negatoria. El Artículo 2248 último párrafo dice: “Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares han sido desposeídos o turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión”.

2.3. Legislación complementaria del CCyC

Este Capítulo establece el régimen particular del derecho real de hipoteca. Esta normativa se integra con otras disposiciones contenidas en las leyes complementarias del Código Civil que regulan aspectos específicos del derecho de hipoteca, tales como la Preamotación Hipotecaria de las operaciones con garantía hipotecaria realizada por los bancos oficiales o mixtos (decreto-ley 15.347/46 ratificado por ley 12.962) y la Ley N° 18.307 de Anotación Hipotecaria; la Ley N° 24.441 llamada ley del Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción que crea y establece el régimen legal de la letra Hipotecaria (arts. 35 a 49) y el régimen especial de ejecución especial de la hipoteca (arts. 52 a 67); las Leyes N° 25.728, N° 26.103, N° 26.167 y sus modificatorias de Refinanciación Hipotecaria de las obligaciones hipotecarias pesificadas; la citada Ley 27.271 que modificó el plazo de duración de la inscripción de la hipoteca (art. 24) previsto en el Art. 2210 de este Código; los DNU 319/2020 y el DNU 320/2020 dictados de la emergencia sanitaria COVID-19, etc.

En materia comercial la Ley N° 19.550 contempla la hipoteca constituida en seguridad de emisión de debentures cuyo plazo registral de caducidad amplía a cuarenta años (art. 333) y la Ley N° 23.962 de emisión de obligaciones negociables (art. 3). Por su parte, la Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras y sus modificatorias regula la hipoteca inmobiliaria en la situación del concurso y de la quiebra del constituyente respecto de la radicación de las ejecuciones hipotecarias (arts. 21 y 132), la carga de verificar el crédito y la preferencia hipotecaria (arts. 32, 126 y 200), el curso de los intereses del crédito hipotecario (arts. 19 y 129), la ejecución por remate no judicial (art. 23 y 210), el concurso especial de la hipoteca en el caso de la quiebra (arts. 126 y 209), la suspensión del remate (art. 24 y 210), el rango fijo de la hipoteca ineficaz (art. 123); el privilegio del crédito hipotecario (arts. 241 inc. 4°, 242 inc. 2°, 243 inc. 1°, 245), etc.-

En tanto, el Código Aeronáutico prevé la hipoteca de las aeronaves y de los motores de aeronaves inscriptos (arts. 52 a 57), y la ley 20.094 de Navegación regula la hipoteca naval sobre los buques de diez o más toneladas y artefactos navales (arts. 499 a 514), teniéndose presente que estos ordenamientos jurídicos utilizan el vocablo hipoteca para designar la garantía real sin desplazamiento que recae sobre estas cosas muebles registrables.

ARTICULO 2206.- Legitimación. Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie.

1. Introducción

Una de las condiciones de validez del derecho real de hipoteca es la legitimación de la persona constituyente. Conforme las disposiciones de este artículo se encuentran legitimadas para constituir la quienes son titulares de los derechos de dominio, condominio, propiedad horizontal, propiedad horizontal especial y superficie. Por aplicación del principio de convalidación que alcanza a todos los derechos reales (Art. 1885), la legitimación podrá ser inicial o sobreviniente.

Pero ¿qué sucede con las hipotecas constituidas por sujetos no legitimados antes de la vigencia del CCyC, pero cuya ejecución es posterior?

Una autorizada opinión dice: “si de acuerdo a la ley vigente, los hechos no tenían fuerza suficiente para engendrar o constituir una relación jurídica, esa relación no ha nacido, no está constituida, no es una relación existente; una ley posterior que no exige los elementos que le faltaban no puede vivificarla, hacerla nacer, excepto que sea retroactiva.”¹³² Y agrega en otra obra, con cita de Roubier, que la regla es que la nulidad o validez de un acto se juzga según la ley vigente al momento de la realización del acto¹³³.

Entonces, la hipoteca constituida por quien no era el propietario antes de la vigencia del CCyC queda alcanzada por la sanción de nulidad dispuesta por el art. 3126 del Cód. de Vélez, porque la nulidad que predicaba la ley anterior era absoluta. La convalidación de la hipoteca solo alcanza a las hipotecas constituidas a partir de la vigencia del CCyC, más aún respecto de los terceros (art. 1885).

2. Análisis

El artículo debe analizarse conforme las condiciones especiales en las que se encuentre ejerciendo su derecho cada persona legitimada, así como también cabe referir a la situación de titulares de derechos reales no enumerados en la norma.

2.1. Hipoteca del dominio y de la propiedad horizontal

El dominio perfecto confiere a su titular todas las facultades jurídicas y materiales sobre la cosa que constituye el objeto, dentro de los límites previstos por la ley, entre ellas la de hipotecar el o los inmuebles que le pertenecen. (art. 1941).

Las mismas facultades tiene el titular del derecho real de propiedad horizontal común sobre la unidad o unidades funcionales (arts. 2037 y 2045) y en los conjuntos inmobiliarios el titular de la propiedad horizontal especial (arts. 2075).

2.2. Hipoteca de la nuda propiedad

El titular de la nuda propiedad conserva todos los derechos compatibles con sus obligaciones, en particular, la facultad de disposición jurídica (arts. 2121, 2151, 2180). Tiene la facultad de constituir una hipoteca posterior, pero los derechos de la parte acreedora se verán constreñidos en la medida de las limitaciones de la nuda propiedad.

Esto no significa que la hipoteca esté condicionada a la extinción de la superficie o el usufructo o que, ante la eventualidad del incumplimiento de la obligación garantizada, no se pueda ejecutar el inmueble asiento de la hipoteca. La persona titular de la hipoteca conserva todas las facultades de ejecución, pero ante la subasta, la superficie, el usufructo y la servidumbre subsisten y le son oponibles a la parte adquirente. Si se ejecutara el inmueble con prescindencia del derecho real sobre cosa ajena, la subasta es inoponible al titular de este derecho¹³⁴. Si la servidumbre, el usufructo o la superficie se extinguen, la hipoteca se extiende a las mejoras introducidas (art. 2192).

Ahora, si la hipoteca posterior al usufructo recayera no sobre la nuda propiedad, sino sobre la propiedad plena, para tener efecto inmediato, se requerirá del consentimiento de la usufructuaria. Esta es la interpretación de la XXVII Jornada Notarial Argentina del año 2005 que concluyó que resulta válida la convención por la cual el titular de derecho de usufructo cede su prioridad registral al titular del derecho de hipoteca, conforme con lo previsto por el artículo 19 de la ley 17.801. También ha sido la interpretación que han hecho los tribunales ya antes de la vigencia del CCyC.

¹³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución, en RDPC 2015 Número Extraordinario. Claves del Código Civil y Comercial, pág. 151

¹³³ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 91.

¹³⁴ En este sentido, PEPE, Marcelo Antonio y del OLMO, M., Hipoteca sobre inmueble gravado con usufructo, LA LEY 2007-F, 1167, TR LALEY AR/DOC/3007/2007. Los autores sostienen que la facultad de ejecutar la hipoteca del inmueble afectado con usufructo ya es pacífica en la doctrina y realizan una completa cita de la misma (ver cita 48 del trabajo).

Tanto la facultad de la nuda propietaria para constituir hipoteca, como los efectos de la misma ante el consentimiento de la usufructuaria han sido materia de análisis por los jueces¹³⁵.

2.3. Hipoteca fiduciaria

En principio la titular del dominio fiduciario tiene la facultad de gravar el inmueble fideicomitido cuando lo requiera los fines del fideicomiso y sin el consentimiento de los demás intervinientes en el contrato de fideicomiso (art. 1688). Los “fines” del fideicomiso surgirán expresa o implícitamente del contrato.

Pero el contrato puede contener una prohibición expresa (que podrá ser genérica o específica para hipotecar) o puede requerir la conformidad de la fiduciante, beneficiaria o fideicomisaria. Esta conformidad podrá abarcar a todas, o solamente a algunas, o a cierta cantidad dentro de cada categoría de personas. En cuanto a la cláusula prohibitiva debe estar inscrita en la matrícula o folio registral para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe (art. 1893 y arts. 2 y 22 Ley 17.801).

Si se ha constituido un condominio fiduciario, la hipoteca debe ser otorgada por todos los cotitulares fiduciarios “conjuntamente”, salvo pacto en contrario (art. 1688). Por ello, cada persona cofiduciaria no puede constituir hipoteca sobre su cuota parte, salvo expresa autorización contractual.

2.4. Hipoteca del dominio revocable

No es necesario que la constituyente de la hipoteca tenga un dominio pleno o perfecto para poder gravar el inmueble. Pero lo cierto es que la imperfección del dominio que ostenta tiene su necesario reflejo en el derecho real de garantía.

A la hipoteca que grava un dominio sujeto a plazo o condición resolutoria le son oponibles los efectos de la extinción del derecho revocable (art. 1966). La revocación tiene efecto retroactivo salvo pacto en contrario o disposición de la ley (art. 1967) por lo que la hipoteca se extingue. Para que se produzcan estos efectos respecto de los terceros es necesario que la cláusula resolutoria esté contenida en el mismo título constitutivo e inscrita en la matrícula o folio registral.

Ahora, cuando se trata de condiciones resolutorias “implícitas”, como la revocación de la donación por inejecución de los cargos o por ingratitud (art. 1569), la revocación no produce efectos contra la parte acreedora, porque al contrato de donación le son aplicables las disposiciones comunes a todos los contratos, y este Código dispone que la revocación como forma de extinción unilateral del contrato tiene efectos solo para el futuro (art. 1079 inc. a)). Distinto es el caso de reversión de la donación, porque esta cláusula debe ser expresa (art. 1566) y el efecto retroactivo se encuentra previsto por la remisión a las normas del dominio revocable (art. 1567).

Quien enajene bajo condición suspensiva tiene plena facultad de hipotecar la cosa, siempre que no haya aún efectuado la tradición, porque es a partir de este momento que pierde su dominio. La hipoteca así constituida no queda sujeta a ninguna condición ni es oponible a su titular la posterior concreción de la enajenación.

2.5. Hipoteca de titular registral sin posesión

Los supuestos más conflictivos respecto de la validez del gravamen hipotecario constituido por quien ostenta una titularidad registral pero no tiene posesión son dos, a saber: a) el inmueble sometido a una pretensión adquisitiva por prescripción; y b) el inmueble enajenado por boleto de compraventa.

2.5.1. Inmueble adquirido por prescripción adquisitiva

La oponibilidad de la hipoteca a la prescribiente dependerá del momento al que se retrotraiga la declaración judicial de adquisición por prescripción veinteañal. El artículo 1905 dispone que el juez en su sentencia debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la

¹³⁵ CCivCom 1a Mar del Plata, Sala II, 11/07/1996, “Banco Edificadora Olavarria c. Demattei de Basterrechea, Yoseli y otros”, TR LALEY AR/JUR/5152/1996; CNCiv., Sala A, 24/05/1983, “R. de R., I. y R. P”, TR LALEY AR/JUR/1812/1983.

adquisición del derecho. Si la hipoteca fue constituida antes de esa fecha, será oponible a la prescribiente. Si lo fue después, la hipoteca deviene ineficaz por ausencia de legitimación de quien la otorgó. La norma en comentario requiere la titularidad dominial a los efectos de constituir un gravamen hipotecario. Por ende, quien no es propietaria no puede constituir una hipoteca válida.¹³⁶

Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2019, para futuras modificaciones legislativas, recomendaron por unanimidad que la sentencia declarativa de adquisición de prescripción larga tenga efecto retroactivo al tiempo del comienzo de la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

*2.5.2. Inmueble enajenado por boleto de compraventa*¹³⁷

Quien ha enajenado un inmueble por boleto de compraventa ostenta una titularidad registral que difiere de la realidad posesoria. Por su lado, la acreedora hipotecaria no ejerce su derecho por la posesión, razón por la cual, en la mayoría de los casos desconoce la realidad posesoria del inmueble sobre el que asienta el gravamen hipotecario.

La postura jurisprudencial mayoritaria privilegia la posesión anterior fundada en el boleto de compraventa en desmedro de la hipoteca constituida en fecha posterior, es la acreedora hipotecaria quien tiene el deber de constatar el estado posesorio del inmueble en forma previa a la constitución del gravamen¹³⁸.

Otra posición considera que cabe distinguir entre los derechos reales que se ejercen por la posesión y los que no se ejercen por ella, como la hipoteca. En el conflicto con la acreedora hipotecaria de fecha posterior reconoce la superioridad de este derecho real y desplaza a la adquirente con boleto. La hipoteca no requiere de la tradición del inmueble como modo de constitución y no existe norma legal que le imponga el deber de constatar el estado posesorio¹³⁹.

Por esta interpretación se pueden encontrar algunos pronunciamientos como el siguiente:

Es oponible al adquirente por boleto de compraventa de un inmueble, a quien se le admitió el pedido de escrituración, la hipoteca constituida a favor de quienes han promovido el concurso especial del vendedor de aquel bien raíz, aun cuando la garantía haya sido constituida con posterioridad al boleto de compraventa, dado que el vendedor, al conservar el dominio del bien, tiene facultades para constituir el gravamen.¹⁴⁰

2.6. Hipoteca del condómino

Esta situación se analizará en la glosa del artículo 2207.

¹³⁶ PUERTA DE CHACÓN, Alicia, Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal, en Revista de Derecho privado y Comunitario 2015-1, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 113 a 117.

¹³⁷ La hipoteca constituida con anterioridad a la suscripción del boleto de compraventa es perfectamente válida y oponible al adquirente, por cuanto éste, ante las constancias registrales, no podría alegar su buena fe. El supuesto conflictivo es el de la hipoteca constituida con posterioridad a la suscripción del boleto de compraventa.

¹³⁸ CNCiv., Sala C., "Todros", 21/11/78. Rev. EL DERECHO 83-295 y LA LEY 1982-A-119. Conf. CNCiv., Sala B., 24/04/97, "Vainikoff Luis", en Rev. La Ley 1997-F p. 225; CCivCom. de Rosario, sala I, 18/04/2006, "Scarabelli, Adela C. c. Curatolo", Aída y ot. LA LEY Litoral 2006 (agosto), 938. CNCom., sala E, Vázquez Estévez, José E, 20/04/2007. El tribunal dijo: En el caso, el acreedor hipotecario es una entidad bancaria oficial que aceptó como garantía del préstamo otorgado a "La Ganga" y al fallido una serie de inmuebles (locales) situados en un complejo comercial y no podía desconocer, con un mínimo de diligencia, que dichas unidades estaban ocupadas por terceros que los habían adquirido por boleto de compraventa y habían abonado todo o parte de los precios pactados, lo que hubiera sido fácilmente comprobable con la constatación del estado de ocupación del bien en cuestión (ver en similar sentido, CSJN, 11/12/1986, "Compañía Financiera Universal v. Provincia de Santiago del Estero", Fallos 306:2029 e "Inverfin S.A. v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 308:2461).

¹³⁹ PUERTA DE CHACÓN, Algunos conflictos actuales entre posesión y registro, en Revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Estudio de Derechos Reales en Homenaje al Profesor Dr. Luis O. Andorno, Fascículo N°9, 28/02/2007, págs.28 a 31, JA 2007-I-1084.

¹⁴⁰ CNCom., sala A, 04/04/2007, "Borda, Esteban s/quiebra s/conc. esp. prom. por: Kobistyj Daniel y otros" 04/04/2007, TR LALEY AR/JUR/2254/2007.

2.7. Hipoteca superficiaria

El Código establece en el Artículo 2120 que "... el titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitado en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie...". La hipoteca queda sujeta en su existencia al mismo evento resolutorio que la superficie, aspecto que obviamente debe ser considerado por la otorgante del crédito que aceptará esta garantía real.

La hipoteca del derecho real de plantar, forestar y o construir recae sobre un bien de naturaleza inmaterial y ajeno. En esta fase del derecho de superficie el objeto del derecho real de hipoteca tiene elasticidad, ya que se va extendiendo a los rubros previstos por el art. 2192 en la medida que estén comprendidos en el derecho de superficie y se vayan ejecutando las plantaciones, forestaciones o construcciones. La constitución de esta hipoteca requiere cumplir con algo más de precisión el principio de especialidad objetiva en cuanto a la individualización de la plantación, forestación u obra a realizar. En caso de ejecución forzada de la garantía por incumplimiento de la deudora, la subasta habrá de recaer sobre el derecho de superficie y será la adquirente en subasta quien deberá cumplir con las obligaciones estipuladas en el título constitutivo del derecho de superficie y así lograr la adquisición de la propiedad superficiaria.

Esta garantía puede ser de interés para la dueña del suelo que constituye la superficie a título oneroso, cuando el precio pactado ha de ser satisfecho en cuotas con vencimientos en plazos alongados o diferido en el tiempo.

La hipoteca de la propiedad superficiaria tiene como particularidad que se extingue al momento del cumplimiento del plazo legal o convencional al que se sujetó la propiedad superficiaria. A la extinción de la propiedad se aplican los efectos resolutorios del dominio revocable. En consecuencia, la propietaria del suelo hará suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125). Pero, si la propiedad superficiaria "se extingue con anterioridad al plazo legal o convencional los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie". Resulta acertada la subsistencia de la hipoteca no obstante la extinción de la superficie, caso contrario bastaría la mera renuncia de la superficiaria para frustrar el derecho de hipoteca. De esta manera en los casos de extinción anticipada, los gravámenes constituidos en favor de terceros subsisten por el plazo de constitución de la superficie. La expresión "gravando separadamente las dos parcelas" pone de manifiesto la división jurídica y material del inmueble que produce la constitución del derecho de superficie, así como la posibilidad de coexistencia de una hipoteca que grava la superficie y otra que grava el suelo, constituida por la nuda propietaria.

Una cuestión dudosa se presenta con la extinción del derecho de hipoteca y el principio de subrogación real respecto de, si la acreedora hipotecaria puede hacer efectivo su derecho sobre las indemnizaciones que la titular del suelo deba al superficiario. En el derecho italiano existe norma expresa para el supuesto en que la hipoteca se extinga por el vencimiento del término: "Las hipotecas que tienen como objeto el derecho de superficie se extingue en el caso de devolución de la superficie al propietario del suelo por el transcurso del término. Pero si el superficiario tiene derecho a una compensación, las hipotecas inscritas contra él se resuelven sobre dicha compensación". El artículo 2125 nada dice, pero la solución es la misma de acuerdo al principio de subrogación que real está consagrado con alcance general para los derechos reales de garantía (art. 2194).

El Artículo 2120 faculta al titular a "transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario". Esta hipoteca en su origen puede recaer sobre el derecho real de construir a los fines de obtener el financiamiento para la ejecución de la obra y luego, a su finalización, por el efecto expansivo de la garantía, se extiende a cada una de las unidades construidas (art. 2192). En los casos de la hipoteca global sobre el derecho real de construir un edificio

en propiedad horizontal, es muy probable que el acreedor que financia el emprendimiento inmobiliario otorgue el crédito por tramos, conforme el avance de la obra. También que las partes contratantes hayan previsto el pacto de divisibilidad de la hipoteca (art. 2191 3er. párrafo), con la finalidad que, al concluir la obra, y a medida que se comercialicen las unidades funcionales, la acreedora hipotecaria asista individualmente los créditos que tomen quienes las adquieran. En este caso cada adquirente constituirá la hipoteca superficiaria individual sobre la unidad funcional adquirida y coetáneamente se procederá a la cancelación parcial de la hipoteca superficiaria global relativa a esa unidad funcional.

2.8. ¿Hipoteca del usufructo?

La norma que se comenta no incluye al usufructuario entre el elenco de legitimados para constituir hipoteca. Los argumentos que sostendrían la negativa son las siguientes: a) Es un derecho sobre cosa ajena; b) el derecho real de hipoteca, al igual que los típicos derechos reales, no pueden tener por objeto otros derechos, sino que solo pueden recaer sobre cosas ciertas y determinadas; c) la constitución de un derecho real de hipoteca importa el ejercicio actual de una facultad de disposición jurídica que excede los derechos reales desmembrados.

Esta posición ya está siendo revisada por la doctrina. En la XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2015 el dictamen de la minoría dispuso que dada la transmisibilidad del derecho real de usufructo y su gravabilidad con anticresis (art. 2142 del CCyC), el usufructuario tiene la facultad de hipotecar. Y para futuras modificaciones legislativas se recomendó por mayoría que se incluya, de manera expresa, la facultad de la usufructuaria de hipotecar.

No tiene demasiado sentido mantener una postura restrictiva si se admite la transmisibilidad del usufructo. La prohibición de hipotecar derechos no se aplica en el caso del derecho real de superficie, que en esta modalidad es un derecho sobre cosa ajena, y al que, ante la ausencia de convención se le aplican las normas del usufructo.

Aun así, la eventual admisión de la hipoteca del usufructo debe ajustar también las normas sobre el asiento de la garantía y el privilegio especial que corresponde (Art. 2582 inc. e). El asiento del privilegio no podrá ser la cosa hipotecada sino los derechos de uso, goce y disposición jurídica que goza el usufructuario. De lo contrario, el acreedor/a del usufructuario podría ejecutar más allá de los derechos de su constituyente.

2.9. Hipoteca del tiempo compartido

Antes de su afectación los bienes que se quieran someter a este derecho real deben estar libres de los derechos reales de garantía. La propietaria afectante puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación con los efectos previstos en el Artículo 2093.

El artículo 12 de la ley 26.356 admitía las hipotecas preexistentes sobre el inmueble que se afectaría al Sistema Turístico de Tiempo Compartido (STTC) si eran en garantía de obligaciones originadas en mutuos destinados a la construcción de los inmuebles, pero estas hipotecas no eran oponibles a los derechos adquiridos por los usuarios de ese sistema en consonancia con la regla de la intangibilidad de los mismos. La norma ha sido derogada por la Ley 26.994 y el régimen vigente no contempla este supuesto de excepción. La doctrina había observado la utilidad este precepto, difícilmente podía darse en la práctica el supuesto previsto en ella, dado que las limitadas posibilidades de ejecución de la hipoteca preexistente, desalentaba el otorgamiento de los mutuos hipotecarios para la construcción de esos complejos¹⁴¹.

¹⁴¹ Conf. TRANCHINI, Marcela H., *Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?*, en JA. Número especial, Estudios de Derechos Reales con referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, p. 78; MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA Adriana, *El tiempo compartido en el Proyecto de Código*, en LA LEY 2013-C, 679.

Pero lo difícil de dilucidar es si la usuaria del tiempo compartido, como titular de un derecho sobre “cosa propia” (art. 1888) está legitimada para constituir una hipoteca. La respuesta a esta cuestión dependerá de otra pregunta ¿cuál es el objeto del derecho? ¿El bien afectado; el período temporal de disfrute como bien inmaterial; o el bien y el tiempo integran la estructura?¹⁴². Todo dependerá del objeto afectado y la regulación que las mismas partes realicen del derecho otorgado.

Usualmente, en este sistema, la unidad afectada puede ser flotante y el turno variable. El “alojamiento fijo” otorga el derecho sobre la misma unidad dentro del complejo turístico durante los períodos temporales cíclicos y el “alojamiento flotante” confiere al usuario el derecho de usar y disfrutar un tipo de alojamiento o vivienda de determinada categoría dentro del complejo turístico pero que no necesariamente es el mismo cada año. También el turno puede ser mutable, en tanto la semana o lapso temporal adquirido se puede disponer en distintos días y meses de los años calendario sucesivos¹⁴³. Normalmente el sistema de alojamiento fijo suele ir unido al sistema de período fijo y el de alojamiento flotante a los sistemas de período flotante. En los sistemas turísticos, el usuario es titular del lapso temporal del período de disfrute (semana, quincena, mes) y tan es así que el artículo 2093 inc. a) refiere a que el emprendedor comercializa los “períodos de disfrute”. En cambio, la denominada “multipropiedad” concibe una cuota parte temporal de un derecho de titularidad plural. El Código ha creado un derecho real de tiempo compartido de estructura muy particular. Es un derecho real sobre objeto propio (período de disfrute), que no guarda en su estructura la comunidad de objeto típica del condominio o de la denominada multipropiedad y cuyo contenido es el uso o aprovechamiento de los bienes afectados por el propietario de ellos al sistema de tiempo compartido. El *período de disfrute* es un objeto inmaterial de valor económico y ello es lo que importa, no si el objeto es corporal o incorporeal, sino que tenga valor económico¹⁴⁴.

Por su lado, por remisión a las disposiciones generales de los derechos reales, el derecho de la usuaria se caracteriza como un derecho transmisible (arts. 1906 y 2277).

Entonces, la admisión de la facultad del titular del período de disfrute para constituir una hipoteca dependerá de la posibilidad de cumplir con la especialidad objetiva (art. 2188 y 2209). Y ello depende de la naturaleza del bien afectado a tiempo compartido y de la regulación que realicen las partes. La seguridad para los terceros requerirá que el período de disfrute sea fijo y se trate de un derecho en el que se haya afectado un inmueble.

2.10. Hipoteca del cementerio y del derecho de sepultura

Con relación a la propietaria afectante, el artículo 2104 establece que, a partir de la habilitación por parte de la municipalidad local, el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía. No refiere a que el inmueble se encuentre libre de gravámenes ni de embargos para la afectación. Pero, si se impide la constitución de derechos reales de garantía luego de la afectación, no deberían existir gravámenes ni embargos al momento de la afectación. En caso de conflicto entre los acreedores de la propietaria del cementerio y los derechos reales de sepultura

PUERTA DE CHACÓN, Alicia, Sistemas turísticos de tiempo compartido. Insuficiencias de la Ley 26.356 desde la óptica de los derechos reales, en JA Número Especial Estudio de Derechos Reales, 25/11/2009. p. 49 y JA 2009-IV-1159.-

¹⁴² PUERTA DE CHACÓN, Alicia, Tiempo compartido. Un “derecho complejo” en el Código Civil y Comercial de la Nación, en Revista Jurisprudencia Argentina número 12, 2015-III-03.

¹⁴³ El artículo 3° de la Ley 26.356 de los STTC expresa: “Período de Uso. Son las fechas que le corresponden a un usuario en un STTC. Su extensión puede establecerse mediante las siguientes unidades de medidas, sin perjuicio de las que en el futuro determine la Autoridad de Aplicación: 1.- Unidad de Medida Temporal. Es la extensión del período de uso contado en días, semanas o meses. La unidad de medida temporal puede ser determinada o determinable, de tal modo que: – Si el uso corresponde durante las mismas fechas de los años calendarios sucesivos, dará lugar a un período temporal fijo. – Si corresponde dentro de una temporada o entre determinadas fechas del año calendario, a elección del usuario y sujeto a disponibilidad, el período temporal será flotante. 2.- Unidad de Medida por Puntos. Es aquella mediante la cual se adquieren derechos de uso canjeables y con equivalencias preestablecidas, entre un conjunto de prestaciones en diferentes unidades o STTC, con capacidad de alojamiento y turnos de extensión variables”.

¹⁴⁴ LORENZETTI, Ricardo L., Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, LA LEY 2012-C, 581.

que se constituyan con posterioridad a la afectación, se interpreta que es de aplicación la inembargabilidad dispuesta por el Artículo 2110.¹⁴⁵

Un tribunal de comercio ordenó la subasta del inmueble afectado a cementerio privado y revocó la sentencia del inferior que dispuso el levantamiento del embargo sobre las parcelas ocupadas. Se consideró que la medida de embargo se había trabado sobre la totalidad del predio, sin perjuicio del encuadre legal que debía otorgarse a los sepulcros y de la relación jurídica existente entre el titular del cementerio y los titulares de los respectivos sepulcros¹⁴⁶. Es decir que la ejecución se debía realizar en el todo, sin perjuicio de que el sucesor particular debía respetar los derechos sobre las sepulturas ocupadas concedidos a terceros.

Si se analizan las características del derecho de la titular de la parcela, la posibilidad de constituir hipoteca se circunscribirá a garantizar el cumplimiento de los créditos identificados en el Artículo 2110, este es, saldo de precio de compra, construcción de sepulcros y expensas.

ARTICULO 2207. Hipoteca de parte indivisa. Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso.

1. Introducción

Las facultades que tiene el condómino sobre la cosa le corresponden por una parte indivisa (art. 1983). La parte indivisa de un inmueble puede ser hipotecada por cada condómino sin que se requiera el consentimiento de los demás (art. 1989). La hipoteca sobre la totalidad de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, solo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos (art. 1990)

Consecuentemente, las posibilidades que se pueden presentar son las siguientes:

- a) que todas las personas cotitulares del condominio constituyan conjuntamente una hipoteca sobre todo el inmueble;
- b) que una o algunas constituyan una hipoteca sobre la parte indivisa que les pertenece o sobre una parte de su parte indivisa;
- c) que una o alguna constituyan una hipoteca sobre todo el inmueble;
- d) que una o algunas –pero no todas- constituyan una hipoteca sobre una parte materialmente determinada del inmueble.

La norma solo refiere al punto b) la hipoteca de la parte indivisa.

2. Análisis

2.1. Hipoteca sobre parte indivisa

La hipoteca que grava la parte indivisa (o ideal) de quien la constituye es perfectamente válida, conforme las disposiciones contenidas en el artículo en glosa y en el artículo 1989. En ambas normas, la ley refiere a la inoponibilidad de efectos de la partición.

Cabe recordar que la partición en nuestro derecho tiene efecto declarativo (art. 2403) pero, los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la comunidad, “conservan sus efectos a consecuencia de la partición”, sea quien sea adjudicataria (art. 2403 último párrafo). Entonces, cualquiera sea la modalidad de la partición, sus efectos no son retroactivos si la hipoteca fue constituida por quien, al momento del otorgamiento, tenía derecho a otorgarla. Se debe tener presente

¹⁴⁵ PUERTA de CHACÓN, Alicia, Comentario del Artículo 2104, en BUERES (director) y MARIANI de VIDAL (coordinadora), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, Tº 4 B, ps. 268/9.

¹⁴⁶ CNCom., sala F, 17/11/2009, “López, Omar B. c. Aquino, Alicia Francisca y otro”, inédito.

que la hipoteca existe sobre la parte indivisa, aunque se adjudique la totalidad de la cosa, en virtud del carácter de la especialidad del objeto.

La existencia y eficacia de esta hipoteca ya no está subordinada al resultado de la partición.

La ejecución forzada anterior a la partición es perfectamente posible y ninguna intervención les cabe a las otras cotitulares en este proceso. Llegada la subasta, la adquirente se erigirá en condómina en la extensión que correspondía a la ejecutada. Lo que se ejecuta y subasta es solo la parte indivisa hipotecada, aun cuando el gravamen sea indivisible.

2.2. Hipoteca sobre todo el inmueble por voluntad unánime

En esta primera hipótesis cabe preguntarse si se trata de una solo hipoteca o son tantas como partes indivisas conformen el condominio. Tal como señala Highton¹⁴⁷, el tratamiento debería ser como si fuera una sola hipoteca constituida por una sola persona. Esta solución deriva del principio de la indivisibilidad de la hipoteca consagrado (Art. 2191). Entonces, cada parte indivisa responde no solo por la deuda contraída por cada titular de la misma, sino por la deuda contraída por las demás, como si fuera tercera constituyente. Como la carga es indivisible, hasta el consumo de la cosa hipotecada, todos responden por el todo. Pero agotado el asiento de la garantía, las ex-cotitulares, salvo pacto expreso, responden por el saldo insoluto en forma mancomunada.

2.3. Hipoteca sobre todo o parte material del inmueble sin unanimidad

Conforme la naturaleza del derecho real de condominio, esta hipoteca debe calificarse como inválida. Sin la unanimidad no se pueden ejercer actos de disposición jurídica o material de toda la cosa o alguna parte determinada (art. 1990). Esta prohibición se aplica aun cuando se hubiere convenido el uso y goce exclusivo y excluyente de la cosa o una parte de ella (art. 1987) porque, las facultades de uso y goce obviamente no se extienden a la disposición jurídica que supone el otorgamiento de una hipoteca.

Ahora bien, si la partición tiene efectos declarativos (art. 2403) y la adjudicataria pasa a ser titular como si nunca hubiera existido condominio, la hipoteca por ella constituida sobre todo el inmueble no puede ser nula y tendrá plenos efectos. Pero si esta hipoteca fue constituida por otra condómina distinta de la adjudicataria en la partición, ella sigue siendo nula, por ausencia de legitimación en el otorgante.

La eventual registración de una hipoteca sobre la totalidad del inmueble o sobre partes materialmente determinadas solo puede ocurrir por un error. Estos casos se presentan con frecuencia en el registro inmobiliario y dan lugar a una inscripción provisional para que se subsane el defecto, con el ingreso del documento en que consta la conformidad de quienes integran la totalidad del condominio (art. 1990 y art. 9 inc.) Ley N° 17.801).

ARTICULO 2208. Forma del contrato constitutivo. La hipoteca se constituye por escritura pública excepto expresa disposición legal en contrario. La aceptación del acreedor puede ser ulterior, siempre que se otorgue con la misma formalidad y previamente a la registración.

1. Introducción

Remisión al comentario del artículo 2195.

2. Análisis

2.1. Formalidad

El otorgamiento de una hipoteca debe realizarse por convención autorizada en escritura pública. Ello surge también por la aplicación del Artículo 1017 inc. a). La obligación principal que se garantiza

¹⁴⁷ HIGHTON Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, año 1997, Tomo 5, pág. 1275.

deberá cumplir las formas impuestas para cada tipo de contrato, primando la libertad de formas (Art. 1015).

La promesa de otorgar hipoteca puede ser demandada judicialmente (Arts. 969 y 1018) porque la forma no está impuesta bajo sanción de nulidad.

Antes de la vigencia de este Código se había manifestado un criterio flexible para la constitución de hipotecas que garantizaban el cumplimiento de los acuerdos concursales. El fundamento estaba dado por el art. 3128 del Código civil anterior, que hacía referencia para la formalidad de la constitución de la hipoteca a la escritura pública o a “documentos que servían de título al dominio o derecho real”. Pero la norma vigente no mantiene ese texto, solo hace la salvedad que expresamente lo disponga la ley disponga otra forma de constitución.

Se ha admitido que en aquellos supuestos en que el juez hubiera dispuesto la subasta con pago del precio a plazo, la hipoteca que garantiza el saldo de precio podría constituirse mediante documento judicial¹⁴⁸. Aquí no se afecta el principio de convencionalidad.

Si le está vedado al juez ordenar unilateralmente la hipoteca (Art. 1896) como forma de asegurar el cumplimiento de una resolución. En virtud de ello, es objetable la resolución de un magistrado del fuero penal que concedió la exención de prisión al imputado bajo caución real, sin cumplimentar la forma escrituraria, cuya toma de razón fue practicada en virtud de la insistencia judicial¹⁴⁹.

La Preanotación Hipotecaria contemplada por el Dec. ley 15.347/46 ratificado por ley 12.962 y la Anotación Hipotecaria dispuesta por la Ley N°18.307 tampoco alteran el carácter convencional de la hipoteca. Estas anotaciones registrales si bien son ordenadas por los bancos oficiales mediante oficio al Registro Inmobiliario, requieren el consentimiento del tomador del crédito y propietario del inmueble.

En cuanto a la hipoteca que garantiza la emisión de debentures (art. 333 de la ley 19.550) y la emisión de obligaciones negociables (art. 3 de la ley 23.962) exigen la manifestación de voluntad del emisor con todos los requisitos para la constitución de la hipoteca y la toma razón de ella en el registro. Los titulares de los títulos aceptan la garantía especial de la emisión con la adquisición.

Por último, la norma que se comenta prevé la posibilidad de otorgar la oferta y la aceptación de la hipoteca por instrumentos separados, pero ello no modifica la forma de la instrumentación, ya que se demuestra la existencia del acuerdo -la formación del consentimiento- solo con la escritura pública.

2.2. Hipoteca “electrónica”

La contratación de los servicios financieros a distancia se conecta con la formalización de la hipoteca mediante el empleo de las nuevas tecnologías.

La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo de Comercialización a distancia de servicios financieros propicia entre las medidas a adoptar para el crédito contratado a distancia una probable “hipoteca electrónica” Los operadores de crédito, especialmente los bancos, aspiran una mayor celeridad en el proceso de constitución de la hipoteca y la reducción de los costos mediante la digitalización de sus servicios en la contratación a distancia.

Esta Directiva armoniza la legislación de los Estados miembros respecto de los servicios financieros contratados a distancia, entendiendo por contrato de distancia el celebrado entre un proveedor y un consumidor mediante técnicas de comunicación que no requieren la presencia física simultánea de las partes contratantes, como el fax o internet, siempre que versen sobre servicios prestados por entidades de crédito, compañías de seguros o empresas de inversión.

La hipoteca electrónica se convierte en un documento digital y el fedatario público que controla la legalidad e identidad de los sujetos tiene participación como notario electrónico. Para buscar la

¹⁴⁸ VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020 pág. 827.

¹⁴⁹ CASABÉ, Eleonora, Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial, en Revista del Notariado, Número 882, pág. 115.

seguridad preventiva del acto electrónico hay que acudir a este notario digital que acredite y verifique la identidad y capacidad de los intervinientes, con la posibilidad de ponerse en contacto entre notarías de distintos países; evaluar el contenido del negocio y proponer las modificaciones pertinentes; extendiendo las copias certificadas del acto celebrado a través de sus claves secretas. El notario centraliza toda la información y la dirige a la oficina bancaria, al cliente, la tasadora, a la Hacienda pública o al Registro de la Propiedad, y todo ello de forma telemática.¹⁵⁰

En Argentina la forma escrita y con firma digital puede cumplirse con el soporte electrónico o similar (arts. 289 a 301 y Ley N°25.506 de Firma digital), en respuesta a los recaudos de escritura y soporte documental (art. 6 ley 25.506), siempre que se asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento. Ello implica que la firma digital no significa firma auténtica sino tal vez o presumiblemente auténtica (art. 288). Son admisibles y gozan de eficacia probatoria los documentos notariales digitales: a) otorgados entre presentes ante notario aun cuando suscriban con firma digital; y b) los otorgados a distancia ante notarios diferentes con competencia territorial en el lugar de comparecencia de cada declarante y utilizando una plataforma notarial segura, aun cuando suscriban con firma digital). Se considera conveniente el dictado de una ley nacional que prevea una plataforma notarial nacional (VPN) para interconexión, exclusiva para notarios registrados. Lo que no se encuentra admitido es el protocolo digital y su habilitación requiere una reforma del Código y las normativas locales.¹⁵¹

2.3. La letra hipotecaria de la Ley 24.441. Hipoteca secundaria o subhipoteca. Forma

Un avance significativo del derecho argentino en materia hipotecaria, que flexibiliza los caracteres de la accesoriedad y de la especialidad de la hipoteca con relación al crédito, se produce con la creación de un nuevo título hipotecario denominado “letra hipotecaria” que incorporó la ley 24.441 de 1994 del “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” (LF).

Esta ley experimentó sucesivas derogaciones parciales, pero el régimen legal de las letras hipotecarias y el procedimiento de ejecución especial de la hipoteca mantienen su vigencia luego de la sanción del CCyC.

La letra hipotecaria es un título valor completo con garantía hipotecaria (art. 35 LF) que lleva en sí misma incorporada la hipoteca con habilidad ejecutiva, es decir que, para su ejecución, no requiere de la escritura pública de hipoteca, tal como sucedía con pagarés o letras de cambio con garantía hipotecaria que ya no están previstos en el ordenamiento vigente (art. 3202 del Cód. de Vélez).

La letra hipotecaria es un título hipotecario dotado de gran seguridad de cobro por dos razones: solamente corresponde a hipotecas de primer grado (art. 36 LF) y su emisión extingue por novación de la causa eficiente de la obligación que era asegurada por la hipoteca (art. 37 LF). La hipoteca inicial es una hipoteca accesorio de un crédito determinado en todos sus elementos esenciales y debe otorgarse por escritura pública consintiendo la emisión de las letras. Sin esta hipoteca no es posible emitir las letras hipotecarias, pero una vez emitidas la o las letras (concomitantemente con el otorgamiento de la hipoteca o con posterioridad) extinguen la relación jurídica subyacente por el cambio de la causa, es decir que la hipoteca pasa a asegurar el pago de una promesa de pago de deuda abstracta. El efecto de la novación legal opera automáticamente y da nacimiento a una nueva obligación con la incorporación de la hipoteca a dicho título valor (art. 44 LF). La inexistencia de la causa desplaza todo tipo de conflicto causal en el caso de ejecución, aun entre los obligados directos. En el aspecto estructural como título valor se asemeja más a un pagaré (con librador y tomador) que a una letra de cambio (con girado aceptante) no obstante su denominación.

¹⁵⁰ ANGUITA RÍOS, Rosa María, Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria, en Colección Monografías de Derecho Civil, Vol. IV Propiedad y Derechos Reales, Ed. Dykinson. S.L., Madrid, 2006, págs. 94 y ss.

¹⁵¹ BRESSAN, Pablo E., El ejercicio de la función pública notarial en el ámbito virtual, en Ponencia presentada en las XVIII Jornada Notarial Iberoamericana.

La letra o las letras hipotecarias son emitidas por la parte deudora o constituyente de la hipoteca a favor de la acreedora (una o por cada cuota de amortización e intereses) y deben ser intervenidas por el registro de la propiedad inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, con la firma del escribano/a y del funcionario/a autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. En su texto se individualiza la deudora, la acreedora, el inmueble gravado, el monto de la obligación, los intereses, la amortización y el lugar de pago (Art. 39 LF).

Este título se transmite por endoso nominativo y sin responsabilidad de quien endosa (Art. 40 LF). El derecho real de hipoteca incorporado a la letra se rige por las disposiciones del Código Civil y Comercial en materia de hipoteca (Art. 44 LF) y al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio (Art. 46 LF).

En cuanto a la instrumentación, las letras pueden ser documentales (con o sin cupones) o escriturales (constar en un registro) en cuyo caso debe expedirse un certificado de inscripción¹⁵². Las letras escriturales se explican en el fideicomiso financiero (Art. 49 LF), porque constan en el registro de la sociedad fiduciaria emisora de los títulos (bonos, cédulas, etc.-) que se comercializan en el mercado de valores y que respaldan las letras hipotecarias que se encuentran en el patrimonio fiduciario de la sociedad emisora.

2.4. La “hipoteca secundaria” o “subhipoteca”

Las letras hipotecarias, que integran el patrimonio separado de la emisora fiduciaria (una entidad bancaria o una persona jurídica especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores) conforman la garantía y el respaldo de los títulos cotizables emitidos en masa (títulos de deuda o certificados de participación en fondos comunes de inversión) destinados al mercado de capitales para captar fondos líquidos de inversores¹⁵³. Por esta razón las letras hipotecarias que se emiten a favor de los bancos generalmente devienen del financiamiento de un emprendimiento constructivo que genera una cartera de hipotecas homogéneas (con idéntico monto, tasa de interés, plazo de amortización, etc.-) que puedan respaldar una emisión seriada de títulos de deuda o certificados de participación en fondos comunes de inversión con la garantía las letras hipotecarias el patrimonio fiduciario del emisor (Art. 49 LF). Este circuito jurídico-financiero posibilita el flujo de fondos para el financiamiento de nuevos proyectos constructivos y el otorgamiento de nuevos créditos hipotecarios¹⁵⁴.

Cabe señalar que el calificativo de hipoteca secundaria o subhipoteca obedece a que no son los inmuebles hipotecados la garantía de la emisión de los títulos o bonos que adquieren las personas suscriptoras en el mercado de valores. La garantía de quienes invierten en ellas son las letras hipotecarias que se encuentran alojadas en el patrimonio fiduciario separado de la emisora.

Esta operación de convertir las hipotecas (letras hipotecarias) en títulos cotizables (bonos, cédulas, certificados) se denomina securitización o titulización, que consiste en un circuito jurídico financiero con la finalidad de movilizar los activos hipotecarios de los bancos para obtener fondos líquidos destinados al otorgamiento de nuevos créditos.

Sin embargo, se opina que la letra hipotecaria solamente debería ser regulada para los acreedores institucionales sometidos al contralor estatal como sucede en el derecho extranjero. La posibilidad que da la ley argentina para su aplicación indiscriminada por cualquiera y para cualquier

¹⁵² PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, Letras hipotecarias. Ley 24.441, en ZANNONI y KEMELMAJER de CARLUCCI, *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Ed. Astrea, Tº 12, págs. 742 y ss. Y la bibliografía citada por la autora.

¹⁵³ PAOLANTONIO, Martín E., Securitización de crédito hipotecarios, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Hipoteca II- 2010-2, pág. 203

¹⁵⁴ DE HOZ, Marcelo, Hipoteca en garantía de emisión de títulos de deuda dentro del marco de un fideicomiso financiero destinado al desarrollo de emprendimiento inmobiliario, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Hipoteca II- 2010-2, págs. 117 y ss.

tipo de negocio de crédito, a lo que suma el efecto novatorio, hace que la libradora (deudora o constituyente de la hipoteca) quede en situación de peligro restándole posibilidades defensivas basadas en la causa del crédito. En este entendimiento, se opina que tanto las letras hipotecarias como el procedimiento especial de ejecución de la hipoteca (arts. 52 a 67 LF) deberían contemplarse solo para los bancos, cooperativas y demás operadores de crédito institucionales sometidos al control del Estado. El Código debió regular los pagarés hipotecarios que tan importante aplicación tuvieron durante la vigencia del derecho anterior al amparo del art.3202 del Cód. civil.

ARTICULO 2209.- Determinación del objeto. El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización.

1. Introducción

Esta norma es la aplicación del art. 2188 de especialidad en cuanto al objeto, con las particularidades propias del asiento de esta garantía, al que se remite.

2. Análisis

En la actualidad es más segura la correcta individualización del inmueble por los datos que constan, no sólo en los títulos antecedentes, sino también los que surgen de la realidad catastral (mensuras, relevamiento parcelario) y de la realidad registral (asiento de matriculación e inscripciones).

La enumeración de los datos que indica la norma para la determinación del inmueble objeto de la garantía es meramente enunciativa, si falta alguno (por ej. un error en las medidas perimetrales o colindancias) no se afecta la validez del acto constitutivo de la hipoteca. La finalidad que persigue la especialidad objetiva es conocer con certeza cuál es el asiento de la garantía y su ubicación y extensión territorial. Si esa finalidad se cumple del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo (Art. 2192), la hipoteca es válida.

De todos modos, se debe tener presente que el derecho de quien constituye la garantía nace del título de dominio o propiedad sobre el inmueble, si estos datos no coinciden con los de la realidad física (por ej. se posee una superficie mayor) sólo se hipoteca la superficie del título. En su caso, por la diferencia poseída será necesario obtener otro título, sea por contrato o la acción judicial que corresponda (prescripción adquisitiva, deslinde, escrituración, etc.-).

ARTICULO 2210.- Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco años, si antes no se renueva. (texto según art. 24 de la ley 27.271)

1. Introducción

La publicidad de la hipoteca es un requisito que hace a su eficacia. Esta publicidad se cumple mediante la inscripción del título en el registro inmobiliario con efecto declarativo (art. 2do. Ley N° 17.801 reforma Ley 26.994).

La hipoteca se constituye por la convención; la registración le confiere publicidad y oponibilidad a terceros. Si la hipoteca no está inscrita es inoponible. Pero cabe preguntar quiénes son las personas que se pueden prevaler de la falta de inscripción. De conformidad con el Artículo 1893 son las personas extrañas al acto, que ostentan un interés legítimo sobre el inmueble y que son de buena fe. La buena fe consiste en no conocer ni haber podido conocer la existencia de la hipoteca obrando con la debida diligencia.

2. Análisis

2.1. Caducidad. Reinscripción

El ejercicio efectivo de las facultades de persecución y preferencia dependen de la oportunidad, exactitud y vigencia de la inscripción de la hipoteca. El emplazamiento del título constitutivo se otorga por la fecha del acto, en el caso que se hayan cumplido los plazos de otorgamiento y presentación del título, o por la fecha y número de presentación al registro para su inscripción (arts. 5 y 17, 19, 24 Ley N°17801). La exactitud del asiento determinará la cuantía y extensión del gravamen. En esta medida será la posibilidad de oponer la preferencia lograda y perseguir la cosa para su ejecución.¹⁵⁵

El asiento de la hipoteca tiene actualmente una vigencia de treinta y cinco años, si antes de su vencimiento no se reinscribe. La caducidad opera en forma automática, sin necesidad de petición alguna. Importa la pérdida de pleno derecho de la preferencia y facultad de persecución con relación a terceros, entre ellos quien es embargante o la persona que adquiere el inmueble sin obligarse personalmente. Asimismo, provoca la pérdida del privilegio en la ejecución individual o colectiva, por lo que el crédito reviste carácter de quirografario¹⁵⁶. Si la inscripción de la hipoteca caduca permite proceder como si el gravamen no existiera.

La reinscripción anterior a la ocurrencia del plazo de caducidad permite mantener la prioridad registral originalmente obtenida. El registro no tiene facultades jurisdiccionales por lo que, ante esta rogatoria, no puede oponerse, cualquiera sea el devenir registral del inmueble.

Sobre la técnica registral y los efectos de la adquisición originaria de un inmueble hipotecado se presentó un caso muy interesante en Córdoba que dio lugar a votos divididos¹⁵⁷. En 1996 se constituyó e inscribió una hipoteca de un inmueble cuyo titular, dos años después, cayó en un proceso falencial. El acreedor verificó su crédito y se declaró en la sentencia el privilegio especial del mismo. Al intentar liquidar el bien asiento del privilegio, se advirtió que el inmueble objeto de garantía hipotecaria había sido transferido a un tercero, lo que motivó el inicio de la acción de ineficacia concursal por parte de la sindicatura, que obtuvo resolución favorable en el año 2015. Atento que la garantía hipotecaria estaba próxima a caducar, se libró o a los fines de la reinscripción, lo que fue observado por el Registro, porque el inmueble cuya matrícula señalaba el oficio figuraba transferido en juicio de usucapión.

En la técnica registral que se utilizó en este caso, parece que la adquisición originaria supuso suprimir –dar de baja– la matrícula anterior y generar una nueva, sin gravámenes, con el inmueble adquirido por prescripción, cuyo primer titular es el prescribiente. Ello pudo hacerse solo por la extralimitación de la competencia del registro o por la insuficiencia de la sentencia que declaró la

¹⁵⁵ En el famoso caso Ferrosider, en el que se había inscripto una hipoteca por un monto sensiblemente menor al determinado en el título, el tribunal dijo “El acreedor hipotecario debe soportar las consecuencias dañosas de la errónea inscripción registral del gravamen por parte del Registro de la Propiedad Inmueble frente a la embargante en una ejecución, toda vez que la finalidad de la creación del sistema de registros públicos ha sido la de establecer un mecanismo seguro y generalizado de publicidad de los derechos reales en materia inmobiliaria, siendo la clave de su funcionamiento, la cognoscibilidad potencial “ergo omnes” que tiene el asiento registral. Si tal conocimiento no se da, sea por culpa, error u omisión del registro o de sus dependientes o cualquier otra causa atribuible al escribano, al propio interesado o incluso, a caso fortuito o fuerza mayor, no será oponible frente a terceros, quienes podrán actuar con arreglo a lo que surge del informe recibido, pues aunque esta solución resulte rigurosa para el acreedor hipotecario que de buena fe constituyó un derecho real de garantía de su crédito y que así se ve limitado por un obrar que no le es atribuible, en la forma en que ha quedado planteado el conflicto, no es posible resolverlo sin sacrificar los intereses de alguna de las partes, por lo que cabe estimar justo hacer prevalecer los derechos resultantes de la apariencia jurídica y la buena fe registral, que son los que mejor se compadecen con la seguridad del tráfico y la finalidad de publicidad que tienen los registros inmobiliarios; por otro lado oponer a terceros derechos con un alcance que no surge de los registros públicos afectaría seriamente el régimen establecido por la Ley 17801 art. 21 y sigs., en desmedro de la seguridad jurídica”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 05/07/2002, “Ferrosider S.A c. Fademet S.R.L. y otros”, TR LALEY AR/JUR/3067/2002.

¹⁵⁷ CCiv.Com. 7a Nominación Córdoba, 07/09/2018, “YPF S.A. c. Dirección del Registro General de la Provincia de Córdoba – recurso de apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal”, TR LALEY AR/JUR/88007/2018.

¹⁵⁷ CCiv.Com. 7a Nominación Córdoba, 07/09/2018, “YPF S.A. c. Dirección del Registro General de la Provincia de Córdoba – recurso de apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal”, TR LALEY AR/JUR/88007/2018.

adquisición por prescripción ya que, no surge claramente, pero se infiere, el acreedor hipotecario no tuvo intervención en la prescripción adquisitiva.

Entonces, aun cuando se haya inscripto una adquisición del inmueble por usucapión –modo de adquisición originario- la técnica registral no puede suponer suprimir los antecedentes del dominio; el registro no tiene función jurisdiccional y no puede dirimir las contiendas de oponibilidad y preferencia.

Existen regímenes especiales en los que la inscripción de las hipotecas no caduca. Es para algunos acreedores en particular, dispuestos por normas especiales y que tienen como fundamento la protección y abaratamiento del crédito institucional, el que usualmente tiene función social. Así ocurre con las hipotecas en favor del Banco de la Nación Argentina, el Banco Hipotecario, algunos bancos provinciales, algunas instituciones estatales provinciales de fomento de la vivienda. En cada caso, se deberá verificar la existencia de esta prerrogativa en la norma que les dio origen (cartas orgánicas, leyes de fundación). Las hipotecas alcanzadas por estas normas especiales perdurarán en el registro hasta que se ruegue su cancelación.

3. Avances doctrinarios. Modificación de la ley 27.271

La sanción de la Ley N° 27.271 introdujo modificaciones al régimen hipotecario estatuido originalmente por el CCyC. Entre otras cuestiones, extendió los efectos del registro de hipotecas de 20 años a treinta y cinco años. Alongar el plazo tiene un sentido social de protección de la vivienda y abaratamiento del costo del crédito.

La aplicación de esta norma a las hipotecas ya inscriptas dio lugar a un intercambio de ideas entre la doctrina y a posiciones disímiles en los distintos registros inmobiliarios provinciales.

Un criterio amplio sostenía que las inscripciones hipotecarias que se encontraran vigentes al día 15 de septiembre de 2016 caducarían a los 35 años a contar de su toma de razón de conformidad con lo previsto en el Artículo 2210 del CCyC, modificado por la ley 27271. Por su lado, las inscripciones cuyo plazo de caducidad hubiere operado antes del 15 de septiembre de 2016, se consideraban caducas y sin efecto alguno. Tomaron inicialmente esta posición los registros de CABA, Buenos Aires, Córdoba.

Esta posición se fundó en que el plazo de caducidad de la inscripción debe entenderse como una situación no agotada en el tiempo (Art. 7 CCyC) afectando a todas aquellas relaciones jurídicas que se encuentran vigentes en su registración al 15 de setiembre 2016, con excepción de los gravámenes hipotecarios a favor de los organismos que cuenten con regímenes de caducidad diferentes (Disposición Técnica Registral N°017/16 Prov. Bs. As; Disposición Técnico Registral N°20/16 de CABA).

El otro criterio que se postuló fue la aplicación del plazo extendido de treinta y cinco años solo a las hipotecas que se constituyan a partir de su entrada en vigencia, es decir desde el 15 de setiembre del 2016. Las hipotecas registradas con anterioridad a esa fecha caducan a los veinte años. En esta posición se enrolaron los registros de Rosario, Santa Fe, Mendoza, Neuquén, entre otras.

Los fundamentos que se esgrimieron desde esta perspectiva eran que la modificación de esta norma no es el supuesto de aplicación de la nueva ley a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes (art. 7). La solución contraria importa la aplicación retroactiva de la ley y afecta derechos adquiridos por el constituyente y en especial por terceros (adquirentes, acreedores/as hipotecarios, embargantes, etc.). Además, afecta el rango de avance y priva de la facultad de prevalerse del plazo de 20 años a quien contrató u obtuvo un emplazamiento registral con anterioridad a la ocurrencia de la caducidad.

Conforme los artículos 1 y 2 del CCyC se puede recurrir por analogía al artículo 2537, relativo a la forma de aplicar los plazos de prescripción ante la vigencia de nuevas leyes. Esta norma dispone que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por la ley anterior. Esta interpretación es coherente y armónica con el resto del Código, ya que

propende la libertad de circulación de los bienes y seguridad jurídica del tráfico. En general, son líneas directrices de este Código la protección del tercero, la reducción plazos de prescripción de las acciones, la estabilización de situaciones que penden de un plazo u otra modalidad (plazo máximo de 10 años del dominio revocable, prescripción decenal en caso de donación inoficiosa, etc.-).

La solución que propone el criterio amplio es disvaliosa por cuanto favorece solo al acreedor no diligente que no reinscribió la hipoteca; no es coherente con la realidad económica del financiamiento de los créditos y genera dispendio de actividad notarial y judicial innecesario para la cancelación de las hipotecas extinguidas.

4. Avances jurisprudenciales

4.1. Duración del plazo de inscripción

La desinteligencia entre los registros provocaba una grave situación, la caducidad de la hipoteca dependía del criterio registral de cada jurisdicción provincial. Las decisiones de los jueces pusieron claridad a esta cuestión del derecho de fondo.

Hubo pronunciamientos posteriores coincidentes respecto a la modificación del Artículo 2210 orientados a establecer que una hipoteca otorgada antes de la vigencia de la ley 27.271 conservaba los efectos de la registración por el plazo de 20 años. La extensión del plazo a 35 solo alcanza a las hipotecas constituidas con posterioridad a la vigencia de la ley.¹⁵⁸

Los argumentos son más o menos coincidentes y discurren por los siguientes carriles:

- La publicidad del asiento registral no debe entenderse como una situación jurídica no agotada en el tiempo.
- La aplicación analógica de las previsiones que el art. 2537 contiene para la prescripción.
- La aplicación retroactiva del plazo de caducidad del asiento registral establecido por la nueva ley 27.271 puede afectar derechos subjetivos amparados por garantías constitucionales.

La inmediata aplicación de la ley significa su aplicación para el futuro, para los efectos aún no cumplidos (hechos en curso), como consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo. Su límite de aplicación se encuentra dado por el principio de irretroactividad, donde las situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas y los efectos producidos (hechos cumplidos) se rigen por la ley anterior.

Estos precedentes terminaron produciendo la modificación del criterio sostenido por el Registro de Capital Federal, que por Disposición 12/21 de fecha 3 de diciembre de 2021 estableció que solo será aplicable el plazo de 35 años a que hace referencia el Artículo 2210 del CCyC a aquellas hipotecas registradas a partir del 15 de septiembre de 2016. Las inscripciones hipotecarias efectuadas con anterioridad al 15 de septiembre de 2016, solo se conservan por el término de 20 años, si antes no se renovarían.

4.2. Caducidad registral

Un pronunciamiento judicial afirma que, si ocurre la caducidad de la inscripción de la hipoteca, la titular unilateralmente puede rogar nuevamente la inscripción del gravamen. La inscripción rogada luego de la caducidad registralmente tiene los efectos de nueva inscripción; la hipoteca pierde el emplazamiento registral originario y pasa a tener el que corresponde a la fecha de petición de la reinscripción. Por ello se ha dicho que “La reinscripción de la hipoteca puede hacerse valer aun vencido el término de la primera inscripción —35 años, en virtud del art. 2210 del Cód. Civ. y Com.,

¹⁵⁸ CNCiv., Sala L, 02/2019, “Gole, Juan C. c. Registro de la Propiedad Inmueble Expte. 242/18 s/ recurso directo a Cámara”, inédito; Id. 10/08/2020, “Galickas, Rubén Oscar c/ Registro De La Propiedad Inmueble Expte 242/19 s/ RECURSO DIRECTO A CÁMARA”, inédito y 04/2021, “S M c/ Registro de la Propiedad del Inmueble Expte. 169/2020 s/Recurso Directo A Cámara”, inédito. En el mismo sentido Sala C, 11/05/2021, “Roth, Manuela Eva y otros c. Registro de la Propiedad Inmueble Expte.100/20 s/ recurso directo a cámara”,TR LALEY AR/JUR/18969/2021; 10/2020, “Bennasar, Pablo Francisco C/ Registro de la Propiedad Inmueble Exp. 27/2020 s/Recurso Directo A Cámara”, inédito.

reformado por la ley 27.271—, aunque con los efectos de una nueva, sin que sea necesaria la intervención ni la conformidad del deudor, quien no podrá tampoco oponerse a ella.”¹⁵⁹

En otro precedente se ha dicho que, los efectos de la inscripción o su ausencia no alcanzan a los participantes del acto, o a aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real (art. 1893 último párrafo). Entre las partes acreedora, deudora y constituyente, la hipoteca no inscrita tiene plenos efectos, aunque, la ausencia de inscripción o su caducidad, en algunos Códigos procesales supone la pérdida de la vía ejecutiva¹⁶⁰.

En razón de las disposiciones que impiden la caducidad automática del asiento de la hipoteca, la Corte Suprema tuvo que pronunciarse en este sentido. Dijo

La sentencia que consideró que la hipoteca se encontraba caduca, por lo que no resultaba exigible el crédito frente al tercero adquirente, debe ser dejada sin efecto, porque la alzada ha prescindido de aplicar el art. 29 de la ley 21.799 (t.o. ley 25.299) que prevé expresamente que los efectos del registro de la hipoteca durarán hasta la completa extinción de la obligación. Tal manda legal — contenida en la Carta Orgánica del BNA— constituye una excepción a la solución prevista por los arts. 3151 y 3197 del entonces vigente Cód. Civil, que establecían que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguían pasados veinte años desde que fue registrada; excepción —establecida en beneficio del BNA— que no resulta contraria a principios de orden público.¹⁶¹

ARTICULO 2211.- Convenciones para la ejecución. Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca, reconocidas por leyes especiales.

1. Introducción

La eficacia de una garantía se funda no solo en la inalterabilidad del valor del asiento, sino también en los mecanismos de realización. El crédito hipotecario siempre ha sido objeto de regulación especial, al punto que, más allá de la posibilidad de recurrir a procesos ordinarios para obtener el cobro y ejecutar la garantía, las normas locales y algunas normas especiales determinar procesos monitorios, ejecutivos o con marcada posposición del derecho de defensa e intervención judicial limitada (arts. 52 a 67 Ley N° 24.441).

Los recaudos que deberá cumplir el ejecutante dependerán del tipo de garantía que se haya constituido, pero no debe olvidarse que la ejecución supone la existencia necesaria de dos elementos en la relación jurídica hipotecaria: el crédito y la hipoteca.

La relación crediticia existe entre la parte deudora y acreedora y aquella permanece siempre obligada y, como tal, llamada a responder de las legítimas exigencias de la acreedora, que reclama el pago del crédito y sus intereses. Además, se debe incorporar al proceso quien es titular actual del inmueble asiento de la garantía, pues la persigue en poder de quien se encuentra. Pero en cualquier hipótesis, la deudora principal debe ser traída al juicio no sólo en defensa de sus propios derechos, sino también de los de la propietaria no deudora, quien puede desconocer si la deudora originaria pagó o no el crédito al que la hipoteca accede¹⁶².

¹⁵⁹ CNCom., Sala F, 07/11/2017, “Verruto, Mirta Beatriz s/ quiebra”, LA LEY 12/12/2017, 8, LA LEY 2017-F, 430 RCCyC 2018 (marzo), 197, TR LALEY AR/JUR/78101/2017.

¹⁶⁰ CCC 5ta Mendoza, 14/02/2020, “Malbeck SACIFI C/ Cannizzo, Osvaldo José S/ Ejecución Hipotecaria Especial”, el pronunciamiento la Cámara expresó “... al haber caducado la garantía que tenía como objeto el inmueble, el presente proceso deviene inoficioso, más allá de si el Sr. Cannizzo siga o no manteniendo deuda con Malbeck SACIFI —como entiende la parte actora al momento de contestar los agravios— puesto que ello excede el objeto de proceso, por lo que deviene innecesario emitir pronunciamiento al respecto y así debe ser declarado, disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=7536571850>

¹⁶¹ CSJN, 03/12/2020, “Banco de la Nación Argentina c. Unzain, Henrri Manuel y otra s/ ejecución hipotecaria”, TR LALEY AR/JUR/65218/2020.

¹⁶² Para hacer un repaso de las vicisitudes de la ejecución hipotecaria en el supuesto de existir un propietario no deudor ver NEGRONI, María Laura, Implicancias del principio de accesoriedad de la hipoteca, en LLGran Cuyo 2010 (abril), 223, TR LALEY AR/DOC/1251/2010

2. Análisis

2.1. Título ejecutivo

La relación crédito-hipoteca puede otorgar la posibilidad de recurrir a la vía ejecutiva, porque si bien la hipoteca ha sido otorgada por escritura pública, y como tal goza de plena fe, el crédito puede estar instrumentado en la misma escritura o puede surgir de otro instrumento, anterior, concomitante o posterior a la instrumentación de la hipoteca. La obligación puede reunir los recaudos de ejecutividad que imponen las normas procesal -ser líquido y exigible- o no, y de ello dependerá la vía procesal que podrá elegir la titular de la garantía.

La hipoteca es sólo un accesorio de la obligación y su sola vigencia no puede bastar para llevar adelante una ejecución, ante la insuficiencia del título de la obligación a la que accede. Previo a la ejecución de una deuda debe procederse a su determinación, no pudiendo recurrir derechamente a la ejecución de la garantía integrándola con un título carente de ejecutividad propia. Los presupuestos de la apertura del juicio ejecutivo consisten en la existencia previa de deuda líquida y exigible, sin cuya concurrencia no puede procederse ejecutivamente prescindiendo del hecho de que el crédito esté o no garantizado.

La vía ejecutiva también depende de las condiciones de la constituyente, porque si es consumidora o vulnerable, en principio no se podrá recurrir a la ejecución privada hipotecaria de la ley 24.441.

La conformación del título ejecutivo dependerá de las leyes especiales, las procesales locales y de la convención de las partes, en cuanto sea admisible¹⁶³.

En la hipoteca ordinaria de créditos inicialmente determinados es usual la ejecutividad surja del mismo título; obligación e hipoteca suelen estar contenidos en la misma escritura pública. Si se trata de obligaciones garantizadas con hipoteca que han sido incorporadas a una cuenta corriente (Art. 1430), “la garantía se traslada al saldo de la cuenta, en tanto el constituyente haya prestado su conformidad” (art. 1434). Además, el Código establece que el saldo puede demandarse por la vía ejecutiva si el resumen de cuenta en el que consta está suscripto con firma del deudor certificada por escribano o judicialmente reconocida, o si el resumen está acompañado de un saldo certificado por contador público y notificado mediante acto notarial fijándose la sede del registro del escribano para recepción de observaciones en el plazo 10 días. En este caso, el título ejecutivo queda configurado por el certificado notarial que acompaña el acta de notificación, la certificación de contador y la constancia del escribano de no haber recibido observaciones y la escritura de hipoteca (Arts. 1440 y 2208).

Si se trata de la ejecución de una letra hipotecaria de la ley 24.441, el título valor con garantía hipotecaria es “completo” y lleva incorporada la hipoteca con habilidad ejecutiva. Su ejecución no requiere de la escritura pública de hipoteca. Ello porque su emisión extingue por novación la causa de la obligación que era asegurada por la hipoteca (art. 37 LF). La hipoteca inicial es una hipoteca accesorio de un crédito determinado en todos sus elementos esenciales y debe otorgarse por escritura pública en la que el constituyente consiente la emisión de las letras. Sin esta hipoteca no es posible emitir las letras hipotecarias, pero una vez emitidas la o las letras se extingue la relación jurídica subyacente por el cambio de la causa y se aplican los principios de la ley cambiaria. El efecto de la novación legal opera automáticamente y da nacimiento a una nueva obligación con la incorporación de la hipoteca a dicho título valor (art. 44). La inexistencia de la causa desplaza todo tipo de conflicto causal en el caso de ejecución, aun entre los obligados directos.

Para la hipoteca ajustable por UVIs, el art. 22 de la Ley N° 27.271 dispone que será título que trae aparejada ejecución, la constancia del saldo deudor a la fecha de mora (importe ajustado) más el título en el que se instrumentó la obligación originaria. Debe suponerse que “el título en el que se

¹⁶³ Algunos Códigos procesales admiten la creación autónoma convencional de títulos ejecutivos. (art. 232 inc. j del CPCCYT de Mendoza).

instrumentó la obligación originaria” está contenido en la escritura de otorgamiento de la hipoteca. Si no es así, el título ejecutivo se conforma con la constancia de saldo deudor ajustado, el instrumento que contiene la obligación y la escritura de otorgamiento de la hipoteca.

El problema se presenta en las hipotecas abiertas, de créditos inicialmente indeterminados. De alguna manera hay que vincular el crédito a la hipoteca. Esta realidad requiere concertar algún mecanismo para la determinación de la deuda y su liquidez.

Una postura permisiva sostiene que no se compromete la vía ejecutiva cualquiera sea la forma de conformación del título ejecutivo. Si “las partes hubieran pactado en la convención hipotecaria la forma o medio a través del cual se iba a determinar la deuda. Y si lo hubieran hecho, no queda más que reputar suficiente la certificación emitida, pues mal podría desconocerse su valor cuando ha mediado expresa conformidad en el acto de constitución de la garantía”¹⁶⁴ En este sentido parecen ir las decisiones judiciales¹⁶⁵.

Quienes suscriben este comentario sostiene una postura menos permisiva. En nuestra opinión es necesario algún mecanismo de conformación del título ejecutivo por parte del deudor cuando la ley no le reconoce en forma expresa la facultad de creación del título al acreedor¹⁶⁶. La conformación del título ejecutivo por parte del acreedor de forma unilateral parece exorbitar las facultades de posponer el debate judicial, máxime si las hipotecas abiertas se otorgan en favor de cualquier tipo de acreedor, no solamente en favor del acreedor institucional controlado.

Se considera admisible la vía ejecutiva de la hipoteca abierta, si las partes pactaron en el título hipotecario un mecanismo de conformación del monto y las obligaciones que se pretenden ejecutar, con participación y conocimiento de la deudora, al estilo del que se dispone en la cuenta corriente (art. 1440). De lo contrario, se puede vulnerar el derecho de defensa porque no hay forma de determinar el cumplimiento del principio de accesoriedad de la hipoteca, el que no se debe presumir.

En cualquier caso, las limitaciones defensivas que supone la vía ejecutiva deben meritarse en función de las especiales circunstancias de cada caso. Cuando se encuentra comprometida la vivienda familiar, los jueces deben extremar las medidas de protección, por simple mandato constitucional y convencional. Más aún si en la vivienda reside una persona hipervulnerable. Así, si reside una persona con discapacidad mental, se ha declarado nulo todo lo actuado sin que esta haya sido representada en juicio, pues ello vulnera seriamente su derecho de defensa¹⁶⁷.

2.2. Ejecución de la Ley N° 24.441 (LF)

En el caso de haberse pactado en el acto de otorgamiento de la hipoteca, esta ley permite recurrir a un procedimiento especial en el que la intervención judicial es muy acotada, se hayan o no emitido letras.

¹⁶⁴ MACAGNO, Ariel A. Germán., Liquidez de la deuda en los créditos indeterminados garantizados con hipoteca. Una certificación contable que trae aparejada ejecución, en LA LEY 27/06/2018, 3, LA LEY 2018-C, 468, TR LALEY AR/DOC/1275/2018. En el mismo sentido, PIROVANO, Pablo A., La hipoteca de seguridad nuevamente bajo la lupa de la justicia, en LA LEY 03/07/2018, 7, LA LEY 2018-C, 526, TR LALEY AR/DOC/1277/2018. CNCiv., Sala B, 21/10/2019, “Los Grobo Agropecuaria SA c. Inversora Logan SA y otros/ Ejecución hipotecaria”, TR LALEY AR/JUR/33322/2019.

¹⁶⁵ CNCiv., Sala B, 18/04/2018, “YPF SA c. Distribuidora Sur SA s/ ejecución hipotecaria”, LA LEY 11/06/2018, TR LALEY AR/JUR/15283/2018. Conf. CNCom., Sala E, 11/04/2019, “Agco Argentina SA c. Plenasio, Juan Carlos s/ Ejecutivo”, TR LALEY AR/JUR/20959/2019 y CNCiv., Sala B, “Los Grobo Agropecuaria SA c. Inversora Logan SA y otro s/ Ejecución hipotecaria”, en cita anterior.

¹⁶⁶ BONO, Gustavo A. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, La Garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código, en LA LEY 04/10/2012, 1, LA LEY 2012-E, 1233, TR LALEY AR/DOC/4997/2012

¹⁶⁷ CSJ, 22/12/2015, “Terruli, Jorge Miguel c. González, Manuel Enrique y otros s/ ejecución hipotecaria”, LA LEY 29/02/2016, 7 LA LEY 2016-A, 552 DJ 20/04/2016, 31 DFyP 2016 (junio), 181 con nota de Alejandro F. BOSCH MADARIAGA (h.) ED 266, 482, TR LALEY AR/JUR/62531/2015

Si se emitieron letras, el acreedor puede optar por el mecanismo que las leyes locales dispongan para los títulos ejecutivos porque a la letra hipotecaria le son aplicables subsidiariamente las normas del Decreto ley 5965/63. El plazo de prescripción de la acción cambiaria es de tres años.

También, el portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede elegir ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de la ley (art. 45). La constancia del pacto de ejecutividad especial debe encontrarse reflejado en la letra.

El procedimiento prevé la intervención judicial para ordenar el lanzamiento (art. 54) y aprobar o rechazar la liquidación presentada por el acreedor, luego de realizada la subasta (art. 60). El marco defensivo del deudor se circunscribe a plantear la inexistencia de la mora, o de la intimación de pago, o que no se hubiera pactado la vía elegida; o que existieran vicios graves en la publicidad. En estos casos el juez ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta (art. 64).

Este procedimiento ha sido duramente cuestionado, en particular en lo atinente al lanzamiento previo de la deudora. Pero lo cierto es que, tal vez por la limitación de los gastos, que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito, no ha sido muy utilizado.

2.3. Incidencia de los derechos del consumidor

Cabe preguntarse si los derechos de la persona hipotecante que se califique como consumidora pueden afectar la vía de ejecución. Parece que sí, al menos la vía de la ejecución especial extrajudicial.

Aunque referido al procedimiento especial de la ley de prenda con registro (art. 39 Decreto Ley N° 15.348/46 ratificado por Ley N°12.692) ha habido, al menos, dos pronunciamientos. En el primero, la mayoría consideró la norma que faculta al proveedor para secuestrar y subastar extrajudicialmente el bien gravado sin que el deudor tenga la oportunidad de ser oído con anterioridad a la medida, no es aplicable a las relaciones de consumo. La minoría entendió que la eventual vulneración de los derechos del consumidor por medio de cláusulas abusivas o afectación de la defensa su subsanarían con el proceso ordinario posterior habilitado expresamente por la legislación.¹⁶⁸

Luego, la Corte nacional, en otro caso, amparó los derechos del consumidor. Dijo "... privar al deudor -en la relación de consumo- de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado, podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el artículo 42 de la Constitución Nacional..." si se acepta que las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que, ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del favor debilis (artículo 3° de la ley 24.240), constituye lógica derivación de lo anterior, que la cámara debió analizar y considerar la aplicación -bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario- de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas "...que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte".¹⁶⁹

2.4. Hipoteca revertida o inversa. Tutela de la persona humana mayor

Es una hipoteca que asegura un crédito cuya finalidad consiste en asistir a la persona humana en sus últimos años de vida, cuando se ha retirado de la actividad laboral. Tiene su origen en el derecho anglosajón (*reverse mortgage*) y garantiza un préstamo de dinero, generalmente en cuotas periódicas, destinado a las personas retiradas de la actividad laboral para atender su subsistencia, con la cobertura de su propio inmueble.

¹⁶⁸ CC y CJunín, 02/02/2017, "Fiat Crédito Cía. Financiera SA c. De Natale, César L. s/ acción de secuestro (art. 39, ley 12.962)", TR LALEY AR/JUR/30/2017.

¹⁶⁹ CSJN, 11/06/ 2019, "Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la CNCom., "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario", TR LALEY AR/JUR/17096/2019.

La característica distintiva de esta hipoteca es la modalidad del crédito garantizado porque su pago se aplaza luego del fallecimiento de la constituyente de la hipoteca. A esta circunstancia se debe la denominación de hipoteca revertida o inversa. Quienes heredan a la obligada tienen la opción de restituir los fondos prestados y retener el inmueble o permitir que el mismo sea vendido o ejecutado, con derecho al remanente una vez abonados gastos, intereses, y capital.

La indeterminación de la fecha de vencimiento del crédito y de la cuantía de la deuda impactan el carácter de especialidad crediticia de la hipoteca. A diferencia del crédito hipotecario decreciente que es el que normalmente se amortiza con el pago en cuotas de capital e intereses, en este tipo de garantía el préstamo probablemente sea creciente, desconociéndose además cuál será el momento final de la deuda, porque depende de la vida de la deudora y/o beneficiaria. Algunos autores se preguntan si debe ser una hipoteca ordinaria o una hipoteca de máximo¹⁷⁰.

Es un préstamo hipotecario especial, pues no pueden realizarse devoluciones periódicas durante la vida de la beneficiaria, garantizándose una obligación futura y mortis causa; se trata de una hipoteca que se podría denominar de endeudamiento o desamortización, en contrapartida con las hipotecas ordinarias o de tráfico, que son de amortización¹⁷¹.

La doctrina nacional ha puesto atención en esta hipoteca tuitiva y se plantea si es viable su constitución en la normativa nacional vigente¹⁷². La Comisión de Derechos Reales de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁷³, resolvió por unanimidad su viabilidad en el régimen hipotecario argentino pues no afecta el orden público propio de los derechos reales, por tratarse de una mera matización del crédito garantizado. Para el caso que se difundiera el negocio en el mercado argentino, se recomienda el dictado de normas legales orientadas a la protección del prestatario y sus sucesores.

CAPITULO 3

Anticresis

ARTICULO 2212.- Concepto. La anticresis es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.¹⁷⁴

1. Introducción

La anticresis es un derecho real de garantía, por ende, necesariamente convencional, accesorio y especial, que recae sobre cosas ajenas registrables cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.

La regulación dispone que es un derecho real y de garantía, por lo que le son aplicables, en lo pertinente, las disposiciones comunes a estos derechos reales (art. 2184 y sgtes.), que se ejerce por la posesión de la cosa (art. 1909) y que otorga la facultad de percibir los frutos para imputarlos al pago de la deuda. Por esta última facultad se puede calificar a la garantía como inmediatamente auto satisfactiva ya que la parte acreedora no tiene que esperar el incumplimiento de la obligación para cobrarse de los frutos.

¹⁷⁰ MARTINEZ ESCRIBANO, Celia, *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, pág. 206.

¹⁷¹ ÁLVAREZ, Henar, *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*, ed. Lex Nova, Valladolid, España, 2009, pág. 63.

¹⁷² SERVENTE, Alberto G., *La Hipoteca Revertida*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, pág. 10.

COSSARI, Nelson y LUNA, Daniel, La denominada hipoteca inversa o revertida. Mutuos hipotecarios exigibles post mortem, en Rev. La Ley 2007-F, 941, TR LALEY AR/DOC/3076/2007; ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, Hipoteca "post mortem", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T ° 2010-II- 113; CALEGARI DE GROSSO, Lydia, La hipoteca revertida y las desventajas de su instrumentación" en Revista Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/013439.

¹⁷³ Realizadas por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 27, 28 y 29 de septiembre de 2007.

¹⁷⁴ Comentario a los arts. 2112 a 2218 elaborados por María Laura Negroni.

A diferencia de la hipoteca y la prenda, la anticresis tiene plena eficacia funcional desde su constitución, durante el tramo del cumplimiento de la obligación y aún también antes de la exigibilidad de la deuda. La hipoteca, en cambio, solo asegura el tramo de la responsabilidad ante el incumplimiento del principal; lo mismo, en principio, sucede con la prenda. Por ello, la doctrina extranjera ha sostenido que la anticresis es un derecho real de goce con función solutoria, más que un derecho real de garantía¹⁷⁵.

Debe distinguirse la anticresis que se constituye como derecho real del pacto anticrético como convenio causal que transmite la posesión a un acreedor y le da la facultad de apropiarse de los frutos producidos por una cosa. En el ámbito de la autonomía de la voluntad de los derechos personales, el pacto anticrético es perfectamente viable y no necesariamente antecede a la constitución del derecho real. En el escenario de los derechos personales, la anticresis no tendrá las limitaciones relativas al objeto. Ese pacto anticrético tiene carácter real en el caso de la constitución de una prenda, salvo pacto en contrario (art. 2225).

Cabe preguntarse si el pacto anticrético incorporado a la hipoteca puede también tener efectos reales o si, pueden constituirse simultáneamente los derechos reales de hipoteca y anticresis para asegurar una misma deuda en favor del mismo acreedor y sobre el mismo objeto. Si el derecho de anticresis no conlleva la facultad de realización de valor¹⁷⁶, la constitución de la hipoteca vendría a darle al acreedor anticresista la facultad de ejecutar la cosa.¹⁷⁷

Durante la vigencia del Código de Vélez era posible que el mismo acreedor acumulara una anticresis y una hipoteca sobre el mismo inmueble (art. 3256 del Cód. Civil), y así se lo propiciaba desde la doctrina¹⁷⁸. Hoy, esta opción es discutible: no está expresamente permitido y es un elemento estructural de la hipoteca que el inmueble continúe en poder del constituyente, lo que evidentemente no ocurre con la anticresis y el pacto anticrético. Solo podrá constituirse anticresis e hipoteca sobre el mismo inmueble si los acreedores son distintas personas o los otorgantes son titulares de distintos derechos (por ejemplo, que el titular de dominio otorgue hipoteca y el titular del usufructo otorgue una anticresis) o se trata del mismo constituyente, pero el objeto de la garantía es distinto o se trate de garantizar distintos créditos. Para salvar el inconveniente la doctrina propone la admisión de la hipoteca o prenda con registro con pacto de anticresis¹⁷⁹.

La constitución simultánea de anticresis e hipoteca no puede ser confundida con la extensión de la hipoteca a los frutos y rentas del inmueble (art. 2192) lo que tampoco es un pacto anticrético. Esta extensión de la garantía en cuanto al objeto no conlleva la posesión para la explotación económica del inmueble, ni percepción de los frutos sino tan solo otorga el derecho a que esos frutos o rentas puedan ser embargados en el marco de la ejecución de la garantía.

2. Análisis

2.1. Asiento de la garantía

¹⁷⁵ ALEGRE DE MIQUEL, Jorge, Derecho de anticresis: naturaleza y función, Atelier, Barcelona, 2017, citado ALBRIÉU, Oscar, Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera, en RCCyC 2021 (agosto), 16/08/2021, 277, TR LALEY AR/DOC/2039/2021

¹⁷⁶ Esta es la posición que sostiene quien realiza este comentario y es desarrollada en la glosa del art. 2215.

¹⁷⁷ El derecho francés, desde la modificación del año 2009 conjuga los beneficios de la hipoteca con los de la anticresis en la figura que denomina *prenda inmobiliaria*. El elemento esencial del contrato no es ya la percepción de los frutos sino la afectación del bien inmueble al pago de la deuda; el acreedor anticrético ante el incumplimiento pueda solicitar judicialmente que le sea entregado el inmueble en concepto de pago, previa su valoración por un perito designado por las partes o por la autoridad judicial, y sin perjuicio de que el acreedor deba pagar el exceso por la diferencia de valor si ésta fuera superior al importe de la deuda. Desde el año 2006 hasta el año 2009 esta misma figura se denominaba *contrato de anticresis*.

¹⁷⁸ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, Anticresis - un instituto vigente, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1986, pág. 58; VILLEGAS, Carlos G., Las garantías del crédito, Ed. Rubinzal-Culzoni, 3ra. ed. actualizada, Bs. As., 2007, Tomo II, pág. 293.

¹⁷⁹ GUARDIOLA, Juan J. y URBANEJA Marcelo E., Repensando la anticresis, Ed. Visión Jurídica, 2021, págs. 50, 99 y 121.

El objeto sobre el que puede constituirse la garantía debe tener la naturaleza de cosa o se le deben poder aplicar las disposiciones referentes a las cosas (art. 16), debe ser susceptible de posesión (art. 1912), fructífero (art. 233) y registrable (art. 1890), circunstancias que limitan considerablemente la aplicación del instituto. Pero aun cuando el asiento de la garantía sean las cosas registrables, las facultades de acreedor se limitan a los frutos, tema que será tratado en el comentario del art. 2215.

Parece conveniente que los frutos que produzca la cosa sean valorados en forma previa al otorgamiento de la garantía, para eliminar por un lado el factor aleatorio y proteger tanto al acreedor y como al deudor.

Así, no podrán ser objeto de esta garantía los bienes como las acciones de sociedades anónimas¹⁸⁰ y las cuotas de sociedades de responsabilidad limitada porque no se encuentran expresamente señalados como objeto de este derecho (art. 1883). Las acciones de sociedades anónimas pueden calificarse como títulos valores, y en cuanto tales no quedan comprendidos entre los bienes y cosas registrables (art. 1815). Además, aun cuando exista una registración, ésta opera en el seno de la propia sociedad sin que cualquier persona pueda acceder a esa información sin orden judicial o interés legítimo acreditado. El carácter registrable de una cosa se refiere a la registración en registros obligatorios y públicos, cuyo acceso no puede ser denegado al público en general ya que el fundamento de la oponibilidad a terceros es justamente esta característica que hace necesario que el registro sea público. Por su lado, la naturaleza jurídica de la cuota social no participa de la naturaleza del título valor y si podría calificarse como registrable, pero no como una cosa ya que representa una parte ideal del capital social de la sociedad.

Se coincide con los autores que señalan que debe revisarse el objeto, pudiendo ampliarlo a cosas productivas¹⁸¹. También se considera que existe un universo de bienes no fungibles –algunos digitales- perfectamente individualizables, fructíferos y, en algún contexto, registrables, que podrían ser objeto de esta garantía, pero que, dadas las limitaciones del concepto de cosa y la naturaleza registrable que impone la norma suponen una flexibilidad extrema de interpretación poco habitual en los derechos reales.

Pocos años han pasado desde la vigencia de la nueva legislación civil y comercial, pero existe un salto abismal en el mundo digital, que no deja de ser un mundo patrimonialmente real. Así, el tiempo de pensar si los NFT, por ejemplo, son bienes o cosas o se le pueden aplicar las disposiciones referentes a las cosas, si son registrables o no a pesar de su perfecta individualización, nos impide ofrecerlos con cierta seguridad como objeto de este derecho real de garantía, aun cuando es evidente su trascendencia patrimonial. Tal vez pueda predicarse que es viable que un NFT pueda ser asiento de una prenda anticrética, en tanto la prenda puede tener por objeto los créditos instrumentados y cosas muebles no registrables. Pero en este escenario se discutirá si se encuentra “instrumentado” un NFT en los términos de los arts. 2232 y 287 del CCyC

2.2. Créditos garantizables

El objeto asiento de la garantía, el desplazamiento de la cosa, los deberes y facultades del “poseedor anticresista” y los plazos máximos determinan una vinculación muy particular con el principal. No será recomendable –ni aplicable- esta garantía para asegurar cualquier tipo de crédito, aun cuando desde la teoría así se pueda predicar (art. 2187).

Si se focaliza el análisis en el objeto, un acreedor aceptará esta garantía no por el valor de la cosa asiento de la misma, sino por su capacidad de generar rendimientos en forma inmediata o más o menos rápida. También la capacidad fructífera de la cosa debería justipreciarse ante la aparente imposibilidad de solicitar su ejecución ante el incumplimiento de la obligación y los plazos máximos determinados en el art. 2214.

¹⁸⁰ En contra GAGLIARDO, Mariano, Anticresis de acciones en el Proyecto de Reforma, en LA LEY 19/04/2013, 19/04/2013, 1 - LA LEY 2013-B, 1147, TR LALEY AR/DOC/4618/2012

¹⁸¹ BONO, Gustavo A. y PUERTA de Chacón, Alicia, Anticresis ¿sí o no?, en LA LEY 05/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1932/2021.

Además, al tratarse de cosas registrales los costos de constitución –escritura pública para el caso de inmuebles, art 1017 inc. a- e inscripción hacen presumir que deberá tratarse de créditos cuya cuantía justifique este aseguramiento. Pero si todo depende de la capacidad de la cosa de generar frutos en un plazo medianamente corto, se produce cierta contradicción.

En cuanto al administrador anticresista sea el acreedor o un tercero, debe meritarse que la eficacia de la garantía dependerá de su gestión, que deberá ejercer la misma actividad que el constituyente o al menos, tener la pericia suficiente para obtener frutos de la cosa objeto de la garantía. Esta última circunstancia determina que la anticresis sea una garantía poco apta para créditos bancarios o institucionales¹⁸².

Por aplicación de las disposiciones comunes (art. 2187) la anticresis podría asegurar cualquier tipo de crédito, pero parece más adecuada para obligaciones de género (art. 762) o de hacer (art. 773).¹⁸³ También desde el punto de vista meramente teórico podría decirse que la anticresis puede garantizar créditos indeterminados (art. 2189), pero en esta hipótesis el acreedor estaría facultado a percibir frutos aún antes de la existencia misma de la obligación. Una garantía abierta normalmente supone asegurar créditos futuros e indeterminados en su causa y cuantía. Salvo que las partes sepan certeramente cuáles serán esos créditos, la anticresis parece no amoldarse a la indeterminación¹⁸⁴.

Tampoco parece amoldarse a créditos cuya exigibilidad se encuentre diferida en el tiempo o están sujetos a condición suspensiva, porque, de nuevo, el acreedor debería percibir los frutos y conservarlos hasta que el crédito sea exigible o la condición se cumpla¹⁸⁵. No parece una situación eficiente ni segura para el constituyente, quien ante la inexigibilidad o incumplimiento de la condición tendrá que reclamar la devolución de los frutos.

Las dificultades que se plantean son mayores si concurren estas circunstancias: la constitución de la garantía por un tercero y la inexigibilidad de la deuda. Como la anticresis tiene función de pago en forma inmediata a su constitución, el constituyente deberá transmitir el derecho a percibir los frutos al acreedor o al tercero designado, quien los conservará hasta la exigibilidad de la deuda. Hasta allí, no puede haber pago, porque no hay exigibilidad. Y si esto último no ocurre, si la obligación garantizada no se trona exigible, el tercer constituyente no podrá invocar la subrogación o los efectos de haber pagado como tercero (arts. 881 y 882 del CCyC). Al único que podrá reclamar la devolución de los frutos es al acreedor, no al deudor garantizado.

Por eso se ha sostenido que no es una garantía apropiada para créditos indeterminados, futuros, eventuales o sujetos a condición suspensiva.¹⁸⁶ En este sentido se ha dicho que:

la aplicación práctica de la anticresis -y dejando de lado lucubraciones propias del gabinete- hace razonablemente necesaria la existencia de un crédito determinado de existencia actual (derecho principal) al momento de la constitución de la anticresis (derecho real accesorio), es decir, la

¹⁸² No existiría este inconveniente si se ampliara el objeto de la garantía a bienes individualizados (títulos valores, NFT, etc.) cuya registración no responda exclusivamente a la actividad registral estatal o dependiente del Estado

¹⁸³ La Dra. Puerta y el Dr. Bono plantean algunos escenarios posibles y dicen “Puede que la obligación de dar no sea de una suma de dinero, sino de dar una cosa cierta o también de obligaciones de dar cantidades cosas (p. ej. quintales de soja, hectolitros de vino, etc.-) y que se pacte como objeto de la garantía precisamente el inmueble productor, puesto que el acreedor o el tercero (quien se dedica a la misma actividad económica que el dueño de la cosa anticrética) lleva a cabo la explotación comercial del establecimiento....También se puede aplicar a una obligación de hacer, por ejemplo, en el marco de una locación de servicios. Supongamos que el deudor transportista tiene dificultades para cumplir las obligaciones asumidas por problemas de falta de personal, podrá constituir una anticresis sobre la flota de camiones y que el acreedor o el tercero satisfaga la acreencia realizando el transporte con los camiones del deudor” BONO, Gustavo A. y PUERTA de CHACÓN, Alicia, *Anticresis ¿sí o no?*, en LA LEY 05/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1932/2021.

¹⁸⁴ GUARDIOLA, Juan José y URBANEJA, Marcelo Eduardo, op. cit., pág. 52.

¹⁸⁵ Sin pronunciarse sobre la practicidad o no de la cuestión, Albrieu sostiene en este sentido que el producido debe mantenerlo el acreedor en su poder hasta que se resuelva la situación. En ALBRIEU, Oscar, *Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera*, en RCCyC 2021 (agosto), 277, TR LALEY AR/DOC/2039/2021

¹⁸⁶ COSSARI, Nelson G. y COSSARI Leandro, R. N., *Comentario Artículo 2212, en Código Civil y Comercial Comentado. Ob. Tratado Exegético*, 3ra. ed., ed. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2019, T ° X, págs. 631/632.

imputación al pago con los frutos de la cosa anticrética, requiere la existencia de un crédito líquido, exigible y determinado.¹⁸⁷

En cuanto a la posibilidad de constituir anticresis en favor de varios créditos, la cuestión no es muy fácil. El artículo en comentario refiere al aseguramiento de “una deuda”. Si se trata del mismo acreedor con varios créditos se debería determinar en el contrato la forma de imputación. Si los contratantes no lo hacen se aplica el art. 902 del CCyC.

La posibilidad de constituir anticresis en favor de más de un acreedor, sin convenio entre acreedores, es posible si la garantía se constituye sobre parte material determinada o se otorga una coposesión¹⁸⁸ o se conviene el uso y goce alternado (art. 1987). De nuevo, en este caso parece prudente convenir la forma de imputación de los frutos.

2.3. Modalidades de la anticresis

Esta garantía puede adoptar distintas modalidades.

2.3.1. Anticresis compensatoria y anticresis de amortización

Conforme el destino que se pacte respecto de los frutos se suele llamar anticresis compensatoria parcial a la que asigna a los frutos la finalidad de compensar exclusivamente los intereses del crédito. La anticresis compensatoria parcial carece de función solutoria inmediata; la deuda principal existirá siempre, por más frutos que produzca el objeto de la garantía. La anticresis compensatoria es total si el uso y los frutos obtenidos de la cosa anticrética compensan todos los rubros del crédito (gastos necesarios de conservación, gastos útiles, intereses y capital).

Los efectos de la anticresis compensatoria total son eximir al acreedor de la obligación de administrar la cosa para obtener frutos, eximirlo de la obligación de rendir cuentas y trasladar al acreedor la obligación de pago de los gastos y cargas que se deban por la cosa durante la vigencia del contrato. Esta modalidad simplifica completamente la garantía.

En cambio, se llama anticresis extintiva o de amortización a aquella en la que la percepción de los frutos sirve para deducir el capital en cuanto excedan los intereses.

La anticresis compensatoria tiene un indudable factor aleatorio para la parte acreedora, pero permite mantener inalterable el capital. En tiempo de inestabilidad monetaria esto es una gran ventaja para el deudor. Huelga decir que compensación parcial solo es posible para garantizar créditos que generen intereses.

El art. 3246 del C. Civ. expresamente preveía la anticresis compensatoria parcial cuando expresaba: “... Las partes pueden, sin embargo, convenir que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad o hasta determinada concurrencia”. La ausencia de norma similar ha generado ciertas dudas.

La admisión de la anticresis compensatoria dependerá de si se considera que el orden de imputación que dispone el art. 2215 es o no estatutario. Los Dres. Alterini consideran la regla de la imputación al pago es de orden público y las partes no pueden pactar en contrario; ergo, la anticresis compensatoria no es admisible en nuestro derecho. Por el contrario, la postura mayoritaria se pronuncia afirmativamente, en razón de que se trata de una cláusula reglamentaria de la obligación garantizada, que se enmarca en el principio de autonomía de la voluntad, sin perjuicio de que se trata de contrato aleatorio (Cossari, Kiper, Arraga Penido, Guardiola, Urbaneja).

En opinión de quien suscribe este comentario la anticresis compensatoria es admisible en nuestro ordenamiento. Funda esta posición la alusión a la autorización, como facultad del acreedor que dispone la norma en comentario, la posibilidad de imputar el pago a la deuda principal aun cuando

¹⁸⁷ BONO, Gustavo A. y PUERTA de CHACÓN, Alicia, Anticresis ¿sí o no?, LA LEY 05/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1932/2021

¹⁸⁸ ITURBIDE, Gabriela, Comentario Artículo 2217, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, T° 4 B, pág. 512.

la obligación genere intereses (art. 900) y la letra del art. 1884. Además, el orden de imputación previsto en el art. 2215 se establece como un derecho del acreedor, no como una obligación. Aun así, no podrá pactarse esta modalidad si se pretende garantizar el cumplimiento de alguna de las obligaciones comprendidas en el art. 930 del CCyC.

2.3.2. *Anticresis de tope mínimo y tope máximo*

Se entiende que también es un elemento reglamentario –no estructural- convenir un máximo o un mínimo de afectación de los frutos a la deuda; también se pueden convenir ambos topes. Esta modalidad se puede acordar tanto en la anticresis extintiva como en la compensatoria. La facultad surge del art. 2189 que establece que el monto de la garantía puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Esta opción es particularmente conveniente para el constituyente que no quiere comprometer totalmente la capacidad fructífera del asiento de la garantía y puede limitar el alea propio de este contrato.

2.4. *Sujetos que pueden intervenir*

Como en los demás derechos de garantía, en este caso las relaciones jurídicas principal y accesoria pueden anudarse entre la parte acreedora y la parte deudora o puede intervenir un tercero en la constitución de la garantía.

A su vez, el desplazamiento del objeto puede convenirse en favor del acreedor o de un tercero. Este tercero que recibe la cosa no la recibe él en anticresis ni tiene la facultad de administrarla, sino que puede calificarse como tenedor, representante de la posesión del acreedor anticresista.¹⁸⁹

ARTICULO 2213.- Legitimación. Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.

1. Introducción

La disposición determina quienes son las personas legitimadas para constituir la garantía que, como ya se dijo, pueden coincidir con el rol de deudor en la relación creditoria principal o puede ser distintos sujetos.

La ampliación en la legitimación respecto de los demás derechos de garantía tiene su fundamento en los derechos que se otorgan a la acreedora (ver comentario al artículo 2215).

2. Análisis

La constitución de este derecho real no escapa a las previsiones contenidas en el artículo 1892 del CCyC. El contrato constitutivo debe cumplir las formas impuestas, que en caso de inmuebles será la escritura pública (art. 1017 inc. a) y el modo dependerá de las previsiones legislativas conforme la naturaleza del objeto.

La titularidad de un derecho real que otorgue las facultades de uso y goce de la cosa es una de las condiciones de fondo esenciales para la validez del acto constitutivo de la garantía. De la ausencia de este requisito deviene su nulidad.

La garantía podrá otorgarla el deudor o un tercero, caso en el que el constituyente asume una responsabilidad que se limita a la capacidad fructífera del asiento de la garantía (art. 2199). La función solutoria que supone este derecho es un elemento que lo caracteriza y que no se encuentra previsto

¹⁸⁹ HERNÁNDEZ MORENO, en referencia al derecho español, califica al tercero que recibe la cosa como servidor de la posesión del acreedor anticresista. Funda esta posición en la circunstancia que en el derecho de anticresis el acreedor debe tener el control económico de la finca, pero no requiere la posesión efectiva que puede estar perfectamente en manos de un tercero. HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso, De la Anticresis, en Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pág. 1931, citado por ALEGRE de MIQUEL, Jorge, La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña, Tesis doctoral, Barcelona, setiembre de 2013, disponible en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

en la prenda y la hipoteca. Por ello la posición del tercero constituyente no es idéntica a los terceros que constituyan otros derechos reales de garantía. La anticresis entra en funcionamiento de forma inmediata a su constitución, exista o no incumplimiento o exigibilidad de la obligación garantizada.

Se considera a la propiedad horizontal especial incluida en la nómina de titulares de derechos reales legitimados para la constitución de la anticresis por cuanto a este derecho le son aplicables las normas de la propiedad horizontal (art. 2075).

El titular de la nuda propiedad, sea por el otorgamiento de una superficie o un usufructo, solo podrá gravar la cosa en la medida que no turbe los derechos previamente otorgados (arts. 2121 y 2151). Parece entonces que este propietario no goza de la facultad de constituir anticresis porque su facultad de disponer libremente encuentra como límite aquellos gravámenes que, por ejercitarse sólo mediante actos posesorios, resultan incompatibles con el goce simultáneo del derecho del superficiario o del usufructo, lo que no ocurre si se lo afecta sólo con una hipoteca.

En el caso que las cosas estén sometidas al condominio o a la copropiedad horizontal puede constituirse anticresis por uno o varios de los comuneros, aunque no reúnan la totalidad de la copropiedad. El poseedor anticresista deberá ejercer su derecho en el marco de la copropiedad del o de los constituyentes y no podrá estar en mejor situación que éstos, salvo que, conjuntamente con el otorgamiento de la garantía, el resto de los condóminos otorgue un convenio de uso y goce en los términos del artículo 1987.

La legitimación del usufructuario, ya admitida en el Código de Vélez (arts. 3241 y 3242) es compatible no solo con el derecho del usufructuario a los frutos, sino también con la transmisibilidad del mismo por actos entre vivos (arts. 2129 y 2140) y la posibilidad de ejecución por los acreedores del usufructuario (art. 2144).

La temporalidad del derecho del constituyente se refleja en la duración de la garantía, como lo determina la segunda parte del artículo que se comenta. Hace excepción a esta norma la constitución de anticresis por el titular del dominio fiduciario siempre que su constitución se ajuste a los fines del fideicomiso y no se encuentre prohibida en el contrato (arts. 1688, 1704 y 1705).

Más allá de su duración ¿es distinto el derecho del anticresista constituido por un titular de un derecho sobre cosa propio que el derecho del anticresista constituido por el titular de un derecho sobre cosa ajena? Deberíamos decir que no, pero Albrieu¹⁹⁰ sostiene que esta respuesta dependerá de la consideración que se realice sobre el asiento de la garantía y el asiento del privilegio.

Si el asiento de la garantía y el privilegio es la cosa, la anticresis constituida por un usufructuario no tendría privilegio ni otorgaría al acreedor la facultad de realización del valor de la cosa, porque el usufructuario no tiene disposición jurídica de la cosa, en esa extensión. En cambio, si la anticresis la constituyó un titular de dominio, la garantía y el privilegio abarcarían, además, la cosa misma, o su precio. El autor considera que es una interpretación sin fundamento en texto alguno del código “Si el privilegio que analizo se extendiera hasta la cosa fructífera, es evidente que la anticresis constituida por el usufructuario hará excepción de este alcance, lo que debería inexorablemente llevar a admitir un doble régimen de la preferencia”.

ARTICULO 2214.- Plazo máximo. El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis, se acaba con su titularidad.

1. Introducción

El artículo contempla un plazo de diez años para inmuebles y cinco para muebles. Pero lo cierto es que no se alcanza a comprender si el plazo es de duración del derecho de garantía o de duración del desplazamiento de la cosa en favor del acreedor o el tercero designado por las partes

¹⁹⁰ ALBRIÉU, Oscar, Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera, en RCCyC 2021 (agosto), 16/08/2021, 277, TR LALEY AR/DOC/2039/2021.

para ejercer la facultad de usar y gozar de la misma. Ello así porque la duración de los efectos de la inscripción de este derecho se duplica conforme lo determina el artículo 2218.

Puede pensarse, entonces, que el acreedor tiene durante los plazos que determina esta norma las facultades de uso y percepción de los frutos que dispone el artículo siguiente. A la extinción de estos plazos deberá restituir la cosa a su propietario, aún cuando la garantía subsista por el plazo de duración de la inscripción.

2. Análisis

La desmembración del uso y goce que supone la anticresis tiene el límite temporal dispuesto por la norma; diez años para inmuebles y cinco para muebles registrables. Como en todos los casos en que existen desmembraciones, el derecho impone un tiempo para no prolongar la indisponibilidad material de la cosa en cabeza del titular del derecho real sobre cosa propia.

La distinción de los plazos que impone el legislador puede fundarse en los conceptos de obsolescencia y vida útil probable de las cosas. Como no existe ni siquiera en la materia tributaria un plazo de amortización de muebles, el legislador debió disponer un tiempo razonable para no prolongar indebidamente la imposibilidad de uso y goce por parte de su titular. Aun así, se considera que los plazos son un tanto breves.

Estos plazos deben distinguirse de los plazos de caducidad registral de la inscripción (art. 2218).

A diferencia de la hipoteca de créditos determinados, que no tiene un plazo de duración autónomo y subsiste mientras exista la obligación que garantiza, este derecho, por el desplazamiento y la desmembración, es de tiempo limitado.

Alterini¹⁹¹ considera que los plazos máximos que dispone esta norma sólo tienen efecto para la anticresis de créditos indeterminados y no para la anticresis de créditos inicialmente determinados. En este último caso, el autor sostiene que las partes pueden fijar libremente plazos de mayor extensión.

Más allá de la dificultad práctica de la anticresis de créditos indeterminados, se considera que la determinación de plazos máximos -duración- en todos los derechos reales desmembrados es un elemento estructural que escapa a la autonomía de la voluntad (art. 1884) por lo que los plazos que determina este artículo son imperativos para todo tipo de anticresis.

La extinción de la anticresis no dependerá únicamente del plazo establecido en la norma. Por el principio de accesoriedad, su extinción natural será por vía de consecuencia; extinguida la obligación fenece la garantía. Pero pese a la accesoriedad respecto de la obligación en cuya garantía se constituye, la anticresis mantiene cierta autonomía como derecho independiente. Puede establecerse un plazo de duración distinto del establecido para el crédito o sujetarse a condición resolutoria, con lo que llegado el plazo o cumplida la condición se extingue la anticresis al margen que subsista la obligación sin la cobertura de la garantía real que hasta entonces tenía. Pero es de suponer que la anticresis se constituya por el plazo máximo permitido.

También puede extinguirse antes del plazo si el constituyente es el titular de un derecho real temporal. Difícil será que el acreedor acepte esta garantía si el derecho del constituyente está sometido a plazo extintivo determinado y cierto de vencimiento anterior al plazo de constitución de la garantía. Pero puede ocurrir que el derecho real del titular esté sujeto a una condición o plazo determinado incierto o a un plazo indeterminado.

Por aplicación de las disposiciones comunes, pareciera que la anticresis se extingue en el caso que el objeto asiento de la garantía sea subastado, siempre que el acreedor anticresista haya sido citado a la ejecución (art. 2203). Pero la aplicación de este principio es opinable. La anticresis es, a

¹⁹¹ ALTERINI, Jorge H.; ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, María E., *Tratado de los Derechos Reales*, II. Parte Especial, Ed. La Ley, 2018, ob. cit., p. 882. Conf. VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, ps. 866/867.

la par que una garantía, un derecho de uso y goce, y la preferencia será eficaz si se le permite al acreedor continuar percibiendo los frutos hasta la extinción de la anticresis. Tal como sucede si se subasta una propiedad gravada con usufructo; el adquirente deberá soportar el usufructo hasta su extinción.

Asimismo, se extingue la garantía por incumplimiento del acreedor anticresista de los deberes impuestos por el art. 2216.

ARTICULO 2215.- Derechos del acreedor. El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor.

1. Introducción

Si bien el artículo se titula “derechos del acreedor” debe advertirse que esta norma contiene derechos y obligaciones y que su destinatario es el acreedor, pero puede serlo también el tercero designado por las partes en el contrato. De forma correlativa, el artículo contiene el derecho del deudor o del tercer constituyente de exigir la rendición de cuentas.

En esta norma se patentiza el carácter solutorio y auto liquidable de la garantía. Es que este derecho real contiene el goce de la cosa, sujeta los frutos en garantía y puede ser también un medio de pago si el rendimiento del asiento de la garantía lo permite.

El interrogante que plantea es si los derechos del acreedor anticrético son únicamente los que establecen esta norma o si, por el contrario, goza de otros derechos como la posibilidad de realización de valor del asiento de la garantía y el derecho de retención de la cosa, lo que se analizará en esta glosa.

2. Análisis

2.1. Uso y goce

La primera facultad que tiene el poseedor anticresista es justamente recibir la posesión y conservar esta relación de poder hasta la extinción de la obligación principal o el cumplimiento del plazo, lo que ocurra primero.

La posesión le confiere al acreedor una verdadera administración del inmueble, de facultades variables que dependen de las circunstancias de hecho que en cada caso concurren en la cosa gravada, dirigidas a la explotación económica de ésta.¹⁹² El límite de esta administración lo establece el segundo párrafo del artículo 2216.

Al acreedor anticresista, pero no al tercero designado en el contrato, se le otorga el derecho a hacer suyos los frutos y para poder obtener los frutos o rendimientos de la cosa resulta necesario tener un derecho de goce. Pero la finalidad de la transmisión de la posesión es la obtención de esos frutos, no prioritariamente el goce.

Por fruto debe entenderse las utilidades que genera la cosa sin alterar su sustancia (art. 233), conforme su naturaleza o el destino económico de la cosa. El destino económico tiene carácter subjetivo y quien lo determina es el propietario. En este sentido se ha dicho que

... el destino económico señalado por el propietario, habrá de ser respetado por los demás titulares de derechos de disfrute o de explotación que se constituyan después. Tales derechos habrán de ejercitarse, sin alterar aquel destino.... Cuando no exista una especial fijación o señalamiento de un especial destino, debe presumirse que este destino económico es el que corresponde a las cosas

¹⁹² GUILARTE ZAPATERO, Vicente, De la Anticresis, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, 2ª Edición, EDERSA, Madrid, 1990, Tomo XXIII, págs., 646 y 648

de igual naturaleza, medido por la vía de la costumbre o de los usos (destino objetivo o funcional).¹⁹³

Cabe preguntarse cuál es el fruto que tiene derecho a percibir el acreedor si el constituyente de la garantía destinaba la cosa en locación a pesar de producir frutos naturales. Según la doctrina, depende del momento en el que se constituyó la anticresis. Si previamente a su constitución no existía contrato de locación, los frutos que perciba el acreedor serán naturales. Si, por el contrario, el objeto ya estaba alquilado, el acreedor anticrético recibiría los frutos civiles, aun cuando ello no sea económicamente ventajoso.

El uso directo y personal que el anticresista haga de la cosa, utilizándola él mismo según su destino, incluido el de morar en ella si tiene un destino habitacional, se considera como fruto, ya que debe meritarse este uso directo como “alquiler que otro pagaría” (art. 2216). Y cualquier uso que del objeto haga el acreedor deberá ser económicamente valorado en la rendición de cuentas.

Los gastos de percepción de frutos y conservación de la cosa, en los términos del art. 2217, constituyen un límite para el acreedor anticresista en la apropiación de los frutos. Ello porque está obligado a aplicar parte de los frutos obtenidos al pago de los gastos necesarios realizados para su obtención; el constituyente anticrético transmite lo mismo que él hubiera obtenido de seguir siendo el poseedor de la cosa, el excedente, los rendimientos netos.

Los frutos pendientes al momento de la extinción de la anticresis corresponden al constituyente (art. 1935), salvo que el acreedor tenga derecho a ejercer la retención de la cosa y opte por percibirlos. Pero en este caso, solo tiene derecho a la percepción de los frutos naturales (art. 2590).

2.2. Imputación

El artículo expresa que los frutos se perciben y se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor. La norma concuerda con lo dispuesto en el art. 903.

Si la anticresis garantiza más de una obligación entre las mismas partes, ellas pueden convenir la forma de imputación. Si no lo hubieren hecho, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo del pago, esto es, al momento de la percepción de los frutos por parte del acreedor, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace (art. 900). Si el deudor no ejerce esta facultad en momento oportuno será el acreedor quien determine la forma de imputación, con las limitaciones establecidas en el art. 901. A falta de convención, ejercicio de la opción por parte del deudor o el acreedor, la imputación deberá hacerse en la forma que establece el art. 902.

2.3. Retención anticrética y derecho de retención

El acreedor anticresista no goza del derecho de retención si la causa que invoca para ello es la o las obligaciones garantizadas. Ello por cuanto el derecho de retención no se encuentra previsto expresamente dentro del plexo de derechos del acreedor anticresista, como si lo preveía el Código de Vélez.

La retención anticrética es la reacción de algunos ordenamientos jurídicos ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Es un efecto de la garantía en el tramo de la responsabilidad. Y es una institución distinta del derecho de retención que goza todo acreedor de una obligación cierta y exigible.

En este sentido Mariani de Vidal dice que

el derecho de retención del anticresista conferido por el Código de Vélez no resultaba equiparable al derecho de retención de su art 3946, sino que constituía el contenido de su derecho real; mientras que en el derecho de retención propiamente dicho, la cosa ha sido entregada al acreedor por un título distinto al que sustenta la retención y no en garantía de una deuda (22). En la

¹⁹³ DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, *Derecho de cosas*, 7ª edición, 5ª reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid 2005, pág. 298.

retención del anticresista no concurre el requisito de la existencia de una deuda "en razón de la cosa" (art 2587)¹⁹⁴.

Y, dicho sea, parece que no tiene sentido establecer un contrato de garantía si el deudor puede recuperar el objeto de la garantía antes de haber satisfecho todos los pagos de las obligaciones garantizadas.

Aun así, se puede sostener que el acreedor anticresista o el tercero designado en el contrato solo puede hacer valer el derecho de retención no por su calidad de anticresista sino por haber afrontado gastos en beneficio del objeto asiento de la garantía. La retención se ejerce una vez extinguida la garantía por cumplimiento de la obligación principal o por ocurrencia del plazo convenido.

El acreedor podrá retener hasta el pago de lo que se le adeude en razón de la cosa y siempre que se trate de una obligación cierta y exigible (art. 2587). Entonces, esta retención podrá ser ejercida por los gastos necesarios para la conservación de la cosa y los gastos útiles que hubiera hecho el poseedor hasta la concurrencia de su mayor valor (art. 2217).

Como el ejercicio de la retención supone la extinción previa de la anticresis, el acreedor ya no podrá usar la cosa, salvo pacto en contrario (art. 2591) y tendrá la facultad de percibir solo los frutos naturales, aunque no está obligado a hacerlo (art. 2590). El constituyente de la garantía es quien, por la misma extinción de la garantía, goza de las facultades de administración y disposición de la cosa (art. 2592 inc. c).

Los Dres. Puerta y Bono¹⁹⁵ expresan que este derecho de retención se limita en el tiempo; lo goza el acreedor durante la vigencia del plazo de inscripción que dispone el art. 2218. Esta opinión puede fundarse en la necesidad de justificar la duración de los efectos de la inscripción más allá del plazo de la anticresis. Pero, si se considera que el anticresista no tiene derecho de retención por su calidad de tal, sino exclusivamente por ser acreedor en razón de la cosa, el derecho a retener se extingue en el momento y por las causales que determina el art. 2593 del CCyC, se encuentren o no vigentes los plazos de inscripción, incluso si nunca se hubiera rogado la inscripción del gravamen. De lo contrario este acreedor estaría en peores circunstancias que un acreedor quirografario.

2.4. Realización de valor con efectos reales

De la lectura del Capítulo 3 del Título XII del Código no surge que el acreedor anticresista tenga la facultad autónoma de realización de valor de la cosa asiento de la garantía. Su derecho se circunscribe a la percepción de los frutos. El acreedor anticresista podrá incoar una acción para cobrar su crédito como todo acreedor (art. 730) pero no tendrá una acción con garantía real ni gozará de una ejecución acelerada que persiga la cosa fructífera.

El artículo 2198 del CCyC sanciona con la nulidad cualquier cláusula que permita al acreedor disponer del bien gravado fuera de las modalidades previstas por la ley para cada derecho real de garantía. La ausencia de norma en el capítulo de la anticresis impulsa a juzgar que la insuficiencia de los frutos para saldar la deuda en el plazo convenido no genera la posibilidad de ejecución de la cosa anticrética.

El derecho del anticresista, como acreedor preferente, se limita a la facultad de percibir los frutos. Si no hay frutos, no hay preferencia. Ello impulsa a pensar que el asiento de la garantía anticrética, en realidad no es la cosa, sino los frutos. Pero, como no se puede constituir un derecho real de garantía sobre cosas futuras (art. 2188) no queda otra opción que disponer que el asiento de la garantía es la cosa mueble registrable o inmueble fructífera, pero limitando las facultades del acreedor a la percepción de esos frutos.

¹⁹⁴ MARIANI de VIDAL, Marina, Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial, en LA LEY 23/02/2015, 1, LA LEY 2015-A, 984, TR LALEY AR/DOC/518/2015.

¹⁹⁵ BONO, Gustavo A. y PUERTA de CHACÓN, Alicia, Anticresis ¿sí o no?, en LA LEY 05/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1932/2021.

La única posibilidad de acción de carácter real se daría en la hipótesis que, durante la vigencia del contrato, el acreedor anticresista no haya podido percibir los frutos por la acción ilegítima del constituyente de la garantía o de un tercero. Aquí si habrá persecución, en la medida que estos subsistan, y preferencia; pero sobre los frutos, no respecto de la cosa.

No se concuerda completamente con la opinión de los Dres. Bono y Puerta. Ellos dicen: "...si al cabo de la extinción del derecho, o si por los términos de la contratación los frutos no cubren la deuda según el plan de amortización establecido, el acreedor conserva, además de la facultad de retención, el poder de accionar judicialmente por el saldo de lo debido, reclamando la subasta de la cosa..." Y luego agregan que

... la omisión de una norma especial no implica el desconocimiento de esta facultad que estaba prevista en el ordenamiento vigente (art. 3251 Cgo. Civil). Caso contrario, si no pudiera cobrar con los frutos se lo condenaría al impago de la deuda. Consideramos que esta atribución resulta implícita en el art. 2220 primer párrafo de este CCyC, y en definitiva, no por anticresista deja de ser acreedor de manera que con independencia de la existencia de la garantía, cuenta con las prerrogativas de todo acreedor...

En opinión de quien realiza este comentario, el acreedor anticresista no tiene la facultad que preveía el artículo 3251 del Código de Vélez. Obviamente sí tiene la facultad de "emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado" (art. 730) pero sin efecto real respecto de la cosa inmueble o mueble registrable; sin preferencia ni persecución de la cosa anticrética. Su derecho real se limita a percepción de los frutos, con todo el alea que ello implica.

Sin duda alguna, la anticresis constituida por un titular de derecho de usufructo no otorga al acreedor anticresista la facultad de realización de valor de la cosa porque el usufructuario tiene la obligación de restituir la cosa al nudo propietario (art. 2150).

Ahora bien, si el objeto de la garantía es subastado por un tercero expresa el CCyC que "el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente" (art. 2197). Como el derecho real del anticresista se proyecta sobre los frutos, en la hipótesis de subasta la preferencia solo podrá ser eficaz si se le permite al acreedor continuar percibiéndolos hasta la extinción de la anticresis, salvo que el rendimiento futuro de la cosa anticrética sea cierto y determinado.

Entonces, el acreedor anticresista podrá cobrar con preferencia solo si los frutos futuros son ciertos y determinados –situación poco probable pero no imposible¹⁹⁶-. Si no hay certidumbre de la cuantía de los frutos futuros, el acreedor no podrá cobrar en oportunidad de realizarse la distribución de fondos obtenidos en la subasta y adquirente deberá soportar la anticresis hasta su extinción¹⁹⁷. Esto es la consecuencia ordinaria de la realización de un objeto sobre el que pesa una desmembración de la propiedad (art. 1986)¹⁹⁸.

2.5. Cesión del crédito. Efectos

Como cualquier acreedor, el anticresista puede ceder su crédito, y con ello se transmite la garantía (art. 2186). Pero la cesión del principal, salvo autorización expresa del constituyente de la garantía no suscita la transmisión de la posesión de la cosa al cesionario. Si para el caso de cesión de crédito prendario no se faculta al cedente o a quien tenga la cosa prendada a entregarla al cesionario (art. 1625), esta facultad tampoco la tendrá en anticresista cedente.

¹⁹⁶ Así por ejemplo si la cosa dada en anticresis se encuentra alquilada a un canon cierto durante el plazo que resta a la anticresis, el acreedor podrá invocar la caducidad del plazo y cobrar con preferencia los cánones locativos futuros, como si estuvieran percibidos.

¹⁹⁷ Conf. ALBRIÉU, Oscar, Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera, en RCCyC 2021 (agosto), 16/08/2021, 277, TR LALEY AR/DOC/2039/2021.

¹⁹⁸ Así lo dispone, por ejemplo, el art. 2165 segundo párrafo, para el caso de la extinción de la superficie antes del vencimiento del plazo.

La cesión del crédito dejará al acreedor cedente como poseedor porque la transmisión de la posesión en garantía tiene un componente de confianza; se transmite a ese sujeto por las cualidades que él tendrá en la administración de la cosa.

La entrega de la posesión a un tercero sin el consentimiento del constituyente de la garantía hará incurrir al acreedor anticresista en un supuesto de incumplimiento de sus obligaciones y lo obligará a restituir la cosa (art. 2216 último párrafo).

2.6. Privilegio

De la lectura del artículo 2582 y la interpretación que se ha sostenido en la glosa de este capítulo parece razonable sostener que el acreedor anticresista tiene un privilegio especial en la ejecución individual sobre la cosa asiento de la garantía, pero limitado en su cuantía a los frutos que debió percibir si no hubiera ocurrido la ejecución. La garantía del anticresista es el desplazamiento de la posesión para la percepción de los frutos, no el valor de la cosa fructífera. Entonces, el privilegio no debería tener mayor entidad que la garantía.

Ante la ejecución individual, su derecho preferente le permitirá continuar con la percepción de los frutos futuros hasta la extinción de la anticresis o considerar caduco el plazo y cobrar con preferencia en la medida que la cuantía de los frutos futuros sea cierta. Pero el privilegio especial no parece que alcance al valor de la cosa más allá del valor de los frutos futuros.

Albrieu¹⁹⁹, con argumentos muy convincentes, sostiene que el acreedor anticresista no tiene privilegio especial sobre la cosa productora de frutos. Funda su posición en las siguientes razones: el artículo 2582 inc. e) no determina los bienes asiento del privilegio; los privilegios son materia de interpretación estricta; el privilegio no es compatible con el régimen de la anticresis que otorga el uso y derecho a los frutos de la cosa, pero no el derecho real de propiedad de la cosa o el derecho a obtener la satisfacción del producido de la venta de la cosa; la interpretación restrictiva de las gravámenes y el principio de presunción en favor de propietario contenido en el art. 1888.

Advierte el autor que conocer el alcance del privilegio y el asiento de la garantía es de fundamental importancia para el constituyente no deudor. "... el constituyente deudor, de una u otra forma, responderá siempre con la cosa fructífera, variando, según el alcance que le demos a la legislación sobre privilegios, la situación del acreedor...". Pero el constituyente ajeno a la relación crediticia podrá correr el riesgo de perder su derecho de propiedad o solamente deberá esperar la extinción de la anticresis para recuperar la perfección de su derecho, conforme sea la interpretación que en definitiva se realice del art. 2582.

En cuanto a la extensión del privilegio de los créditos con garantía real, el artículo 2583 incisos b) y c) establece que los mismos se extienden al capital del crédito, los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio y las costas.

Si hay acuerdo autoral sobre la inexistencia de privilegio en el concurso y la quiebra porque la ley 24.522 no lo instituye expresamente (art. 239 de la ley 24.522).

Durante la vigencia del Código anterior, el acreedor anticresista invocaba en sede concursal el privilegio del retenedor (art. 241 inc. 5 de la ley 24.522), por la retención anticrética que le conferí el art. 3245 del Código de Vélez. Pero como en el ordenamiento vigente el acreedor anticresista no goza de retención anticrética, sino solo de las facultades que confiere el derecho de retención de todo acreedor (art. 2587), no parece que pueda invocarse este privilegio²⁰⁰ excepto por los gastos necesarios para la conservación de la cosa y los gastos útiles que hubiera realizado el acreedor, pero no por la deuda garantizada.

¹⁹⁹ ALBRIÉU, Oscar, Acerca de la anticresis, la griega que está sola y espera, en RCCyC 2021 (agosto), 16/08/2021, 277, TR LALEY AR/DOC/2039/2021.

²⁰⁰ MARIANI de VIDAL, Marina, Sobre los privilegios especiales en el Código Civil y Comercial, en LA LEY 23/02/2015, 1, LA LEY 2015-A, 984, TR LALEY AR/DOC/518/2015.

ARTICULO 2216.- Deberes del acreedor. El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.

Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor.

El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.

1. Introducción

En este artículo se establece el plexo de deberes del acreedor anticresista que se hacen extensivos al tercero designado en el contrato. Esta extensión al tercero no significa liberar al acreedor, porque, como ya se manifestó, se considera al tercero tenedor en nombre del anticresista.

A pesar de que de la lectura del primer párrafo parecería que existen facultades y no deberes para el acreedor, lo que en realidad se establece es una facultad en la forma de explotar la cosa para percibir los frutos. Pero no es facultativo del acreedor tomar o no la posesión o realizar o no actos materiales sobre el objeto de la garantía. El acreedor debe tomar la posesión, porque de lo contrario el derecho real no se constituye y debe realizar por sí o por otro en su nombre actos materiales que supongan la obtención de frutos.²⁰¹ La característica diferencial de esta garantía es justamente el desplazamiento de la cosa para la obtención inmediata de frutos, de la forma que elija el acreedor y con las limitaciones que la misma norma establece. Las facultades que suponen la forma de explotación han sido comentadas en la glosa del artículo anterior, al que se remite.

Los efectos del incumplimiento de los deberes del acreedor anticresista acarrearán la extinción de la garantía y la consecuente obligación de restituir la cosa a quien tenga derecho a ella.

2. Análisis

2.1. Alteración de la sustancia o el destino

El acreedor anticresista, salvo pacto en contrario, no puede alterar el destino que tenía la cosa. En esta cuestión parece que le son aplicables a la anticresis las interpretaciones que se realizan para el usufructo, en cuanto el usufructuario tampoco puede alterar la sustancia o el destino de la cosa. Pero, en el usufructo, la prohibición de alteración de la sustancia es un elemento estructural, situación que no se replica en la anticresis; de lo contrario no se permitiría el pacto en contrario. Ante la ausencia de pacto, queda entonces librado a la razonabilidad la posibilidad de alteración del destino o la sustancia.

²⁰¹ En este sentido la Dra. Solange Doyhargabal Casse comenta un caso resuelto en Francia. Una sociedad hotelera internacional había recibido un préstamo para adquirir bienes situados en tres islas. La acreedora aceptó como garantía esos mismos bienes en anticresis, pero convino dejarlos en manos de la deudora la que se comprometió a pagar una indemnización por ocupación trimestral cuyo monto correspondía a los vencimientos periódicos del mutuo. Cuando la deudora dejó de cumplir fue demandada por la acreedora anticrética. La Corte de Pappetee en 2001 resolvió en contra de la demandante, argumentando que el desapoderamiento no era suficiente para caracterizar anticresis, sino que se requería que éste fuera continuo y se acompañara de actos positivos del acreedor que testimoniaran su voluntad de mantener la tenencia, pues de lo contrario la anticresis se extinguía. Llegado a Corte de Casación, ésta modificó el fallo de la instancia anterior al sostener que aún si el propietario no pagaba las indemnizaciones de ocupación, continuaba poseyendo los inmuebles por cuenta del acreedor anticrético. Este pronunciamiento dio lugar a un cambio legislativo. Ahora la anticresis en Francia tiene grandes similitudes con la hipoteca porque no se exige el desplazamiento de la cosa. DOYHARGABAL CASSE, Solange, El contrato de anticresis, disponible en <http://repositorio.ugm.cl/bitstream/handle/20.500.12743/772/EL%20CONTRATO%20%20DE%20%20ANTICRESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Si las partes nada dicen al contratar, el acreedor anticresista “debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar transitoriamente los emolumentos de su derecho disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva del objeto de derecho. En otras palabras: no puede perjudicar al nudo propietario”²⁰²

2.2. Administración para obtener frutos

Este deber del acreedor anticresista es justamente el que lo diferencia de los demás derechos reales. El acreedor se convierte en poseedor con una manda determinada, la obtención de frutos para imputarlos a la deuda. En la anticresis el eje está puesto en la obtención de frutos y no en el goce de la cosa. Por eso se ha dicho que “Frente a la libertad en el goce y disfrute del usufructuario, el acreedor anticrético tiene que administrar con diligencia y obtener todos los rendimientos posibles de la cosa...”²⁰³

La norma que se comenta dispone que la administración debe respetar las reglas del contrato de mandato. Pero no todas las normas del mandato le son aplicable. En la anticresis, el interés en la administración es tanto del deudor como del acreedor y existe conflicto de intereses al punto que el mandatario-acreedor anticresista hace suyo los frutos, el acreedor no representa al constituyente, no existe onerosidad por la administración en sí misma ni se puede exigir retribución, el constituyente de la garantía no tiene la facultad de revocar sin causa el “mandato”, la renuncia del acreedor supone perder la garantía y la muerte o incapacidad del acreedor anticresista no extinguen el contrato.

Entonces, las reglas del mandato que se aplican a la administración anticrética son las relativas a las obligaciones del mandatario contenidas en el artículo 1324, excepto en lo que concierne a poner a disposición del mandante-constituyente de la garantía la recepción de valores (art. 1324 inc. e) y la entrega de ganancias (art. 1324 inc. g); las relativas a las obligaciones del mandante contenidas en el artículo 1328 excepto el inciso d; las relativas a la obligación de rendir cuentas contenida en el art. 1334.

La administración del objeto de la garantía genera la obligación de rendir cuentas, en la forma que establece el art. 856 del CCyC. La aprobación de las cuentas puede ser tácita, conforme lo establece el art. 862. Pero esta obligación depende de la modalidad de la anticresis. No se debe rendir cuentas si se trata de una anticresis compensatoria.

En función del plazo que se hubiera convenido para el ejercicio de la anticresis, puede considerarse que es un contrato de ejecución continuada. De ello deviene que las cuentas deberán ser rendidas no solo al extinguirse la anticresis sino también al finalizar cada período o anualmente (art. 861).

Si la cosa no generó frutos, obviamente no tendrá que rendir cuentas, pero si demostrar la razón por la que no hubo rendimiento. Como se dijo más arriba, el interés en la administración es de ambos sujetos de la relación: el deudor para liberarse de la obligación, el acreedor para cobrar.

2.3. Responsabilidad del acreedor anticresista

Se aplican las normas generales de la responsabilidad civil (Título V, capítulo I) y en particular el art. 1936 relativo a la responsabilidad del poseedor.

ARTICULO 2217.- Gastos. El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.

²⁰² GIL DI PAOLA, Jerónimo A., Dinámica y extinción del usufructo, en RCCyC 2017 (febrero), 31, TR LALEY AR/DOC/3974/2016.

²⁰³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derechos Reales*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, Tomo II, pág. 217 citado por ALEGRE de MIQUEL, Jorge, La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña, Tesis doctoral, Barcelona, setiembre de 2013, disponible en https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/126533/TESI_JORGE_ALEGRE_DE_MIQUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto.

1. Introducción La transmisión de la detentación material de la cosa supone disponer sobre el régimen de gastos.

Atento que los sujetos involucrados en la constitución de esta garantía pueden no circunscribirse a la parte acreedora y deudora –caso en el que, por ejemplo, las partes hayan designado a un tercero conforme las facultades que otorga el artículo 2212- cabe advertir que la forma de imputación de los gastos, contribuciones y cargas solo alcanza al acreedor, al deudor y al propietario no deudor, si el mismo existiere.

2. Análisis

El artículo distingue los gastos de conservación, los gastos útiles, las contribuciones y las cargas del inmueble.

Los gastos necesarios para la conservación son a cargo del titular de la cosa, subsistan o no; los gastos útiles solo si aportan mayor valor al objeto asiento de la garantía. La solución coincide con el art. 1938.

Las contribuciones y las cargas debe pagarlas el acreedor, pero la obligación del acreedor debe entenderse como una obligación frente a terceros distintos del deudor porque, conforme lo determina la imputación ordenada en el art. 2215 es el deudor quien a fin de cuentas asume todos los gastos. El acreedor solo debe atender o adelantar estos gastos hasta que se formule la liquidación. Aun así, parece prudente entender que esta obligación del acreedor solo alcanza a las contribuciones y cargas ordinarias. En cualquier circunstancia, habrá que estar a las disposiciones de las normas fiscales en cuanto a la determinación del sujeto pasivo del impuesto, entendiendo que el acreedor anticresista es poseedor legítimo y titular de un derecho real sobre cosa ajena.

No cabe incluir en las cargas a las que refiere la norma a todos aquellos gravámenes que supongan la sujeción del bien al cumplimiento de una obligación, como una hipoteca, aun cuando esos gravámenes sean anteriores a la propia constitución del derecho de anticresis.

Nada obsta a que las partes convengan una forma distinta de asunción de gastos o reclamo de las mejoras.

El régimen para atender los gastos, contribuciones y cargas que dispone la norma es aplicable a la anticresis de amortización y recae sobre el acreedor anticrético con el límite de los frutos que efectivamente haya producido la cosa. En cambio, no se aplica en la anticresis compensatoria, supuesto en el que el acreedor pasará a ser el responsable del pago.

ARTICULO 2218.- Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva.

1. Introducción

La norma que se comenta determina el plazo y la forma de otorgar oponibilidad al derecho real de anticresis. Dado que el objeto sobre el que recae esta garantía es necesariamente registral, el acceso a los registros especiales respectivos determina su cognoscibilidad.

Aun así, el régimen registral especial del objeto sobre el que recaiga la garantía será el que determine los efectos y alcances de la registración.

Los plazos que esta norma determina -diez años para muebles registrables y 20 para inmuebles- difieren de los plazos de duración de la garantía, conforme artículo 2214, a cuyo comentario se remite.

2. Análisis

La inscripción o anotación registral de la anticresis le otorga oponibilidad en los términos del art. 1893 del CCyC.

Si la garantía se constituya sobre un automotor, cuyo régimen de inscripción del dominio es constitutivo, la registración de la anticresis no tiene tal carácter. Así parece si se advierte que el régimen registral constitutivo solo alcanza a la transmisión del dominio (art. 1 del t.o por Dec. 1114/97) pero es declarativo para el caso de la inscripción de la prenda (art. 4 Decreto-Ley N° 15.348/46).

La distinción entre los plazos de la garantía y los plazos de la vigencia de la inscripción solo se justifica para la hipótesis que el acreedor debe perseguir los frutos por haberlos percibido ilegítimamente el constituyente o un tercero. Ello porque la anticresis no otorga la facultad de realización de la cosa sino el derecho a la posesión de la cosa para percibir los frutos. Satisfecho o no el crédito, el anticresista debe devolver la cosa. No puede realizarla, no puede retenerla.

Pero, para la posición doctrinal que considera que la anticresis otorga la facultad de ejecutar la cosa, el plazo de vigencia de la inscripción es el límite temporal para que el acreedor ejerza sus prerrogativas hasta hacerse íntegro el pago de la deuda.

El artículo 1893 consagra la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe de los derechos reales que gozan de publicidad suficiente, sea la inscripción registral o la posesoria, según el caso. En este caso, precisamente, la anticresis debidamente registrada goza de ambos tipos de publicidades, con el efecto de oponibilidad, inclusive, a los terceros interesados de buena fe. Y mientras dure el plazo de inscripción, el acreedor podrá hacer valer el derecho de retención y el privilegio que le ha sido concedido por la ley²⁰⁴.

CAPITULO 4

Prenda

SECCIÓN 1ª

Disposiciones generales

ARTICULO 2219.- Concepto. La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.²⁰⁵

1. Introducción

La prenda forma parte del grupo de los derechos reales que se establecen para cumplir una función de garantía.

Ya en el derecho romano se conocía este derecho real, constituido por el deudor que entregaba al acreedor la posesión de una cosa a cuya devolución aquél se comprometía una vez abonada la obligación garantizada.

Ninguna norma del Código contiene previsión especial -o referencia alguna- para el caso de que la constituyente de la garantía o la acreedora prendaria sea una mujer. De tal modo, derogado como está el Cód. de Comercio y carentes de vigencia las incapacidades que padeciera la mujer en otros tiempos²⁰⁶, su capacidad legal a los fines que aquí interesan se rige por los principios generales.

²⁰⁴ BONO, Gustavo A. y PUERTA de CHACÓN, Alicia, Anticresis ¿sí o no?, en LA LEY 05/07/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1932/2021.

²⁰⁵ Comentario a los arts. 2219 a 2237 elaborado por Alejandra Noemí Tevez.

²⁰⁶ TEVEZ, Alejandra Noemí, Acerca de la perspectiva de género en la ley mercantil o el derecho comercial desde una perspectiva de género, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Abeledo Perrot, RDCO 251-685 (D), ISSN 1851-1805.

Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación de las normas internacionales o domésticas sobre protección integral de las mujeres contra la violencia (CEDAW, Belem do Pará, ley 26.485).

El art. 2219 define el derecho real de prenda con desplazamiento, establece la aplicación de la teoría del título y modo suficientes para su constitución, impone la forma escrita del contrato y prohíbe constituirla por una parte indivisa.

2. Análisis

Con el fin de garantizar la obligación principal, el Código contempla dos tipos de prenda: 1. La prenda común, con desplazamiento, en la que el constituyente entrega la cosa al acreedor; y 2. La prenda con registro, sin desplazamiento o no posesoria.

La primera se rige por las disposiciones del propio Código. La segunda, en cambio, es regulada por legislación especial (decreto-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/1963, t. o. decreto 897/1995).

La prenda común es el derecho real de origen convencional, accesorio de una o más obligaciones, que se ejerce por la posesión, con desplazamiento de cosas muebles no registrables. Para que se configure es requisito indispensable que el constituyente -sea o no deudor de la obligación garantizada- entregue la cosa al acreedor prendario o a otra persona designada de común acuerdo, quien ejerce su posesión reconociendo la propiedad en cabeza del primero. A las cosas muebles que carecen de un régimen registral y son susceptibles de ser prendadas, se equiparan los créditos del constituyente, que también pueden ser gravados de acuerdo con la definición legal.

Los caracteres de la prenda son los siguientes: 1. es un derecho real; 2. recae sobre una cosa mueble o un crédito instrumentado que son ajenos; 3. es accesorio (pues depende de un derecho creditorio al que debe su existencia) y 4. su función es asegurar el cumplimiento de una obligación.²⁰⁷

El contrato prendario, por su parte, presenta las siguientes características: (i) es formal solemne relativo (arts. 285 y 2219), pues debe tener la forma de un documento escrito, público o privado, con fecha cierta -sólo de ese modo resulta oponible a terceros; arg. art. 2222-;(ii) es innominado (art. 970); y (iii) es bilateral, pues las partes se obligan recíprocamente -el constituyente, a entregar, y el acreedor prendario, a restituir la cosa prendada-.

La legitimación para la constitución de la prenda corresponde al propietario de la cosa y, en caso de comunidad o condominio, a la totalidad de los copropietarios.

3. Avances jurisprudenciales

La prenda común tiene una larga tradición histórica -existe desde el derecho romano²⁰⁸- y reconoce desde su génesis la idea de que el titular de un bien mueble pueda gravarlo en garantía a fin de satisfacer necesidades de financiamiento, con la ventaja de no sustraer ese bien de la función productiva o de utilidad que le es propia. Sin embargo, esta figura fue quedando reducida a estrechos límites, y en su evolución ha facultado al deudor prendario para disponer libremente incluso de las cosas fungibles gravadas, con la condición de su reposición por otras de igual calidad²⁰⁹.

La diferencia básica entre la prenda con registro y la prenda común radica en la posesión de la cosa prendada: en la primera, el bien gravado permanece en poder del deudor o tercero en seguridad de una deuda ajena, en tanto que en la segunda la cosa pasa a manos del acreedor o de un tercero²¹⁰.

²⁰⁷ CORNA, PABLO MARIA, La prenda. Caracteres y otros aspectos, en Revista de Derechos Reales, número 14, julio 2016, IJ-CV-147.

²⁰⁸ MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derechos Reales*, 7ma. Ed. Actualizada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2004.

²⁰⁹ CNCom, Sala A, 21/04/2016, "HSBC Bank Argentina SA c/ Fajardo Silvina Magalí s/secuestro prendario", elDial.com – AA985E.

²¹⁰ CNCom, Sala A, 3/05/2016, "Portillo Vilma Andrea y otro c/ Banco Finansur SA y otros s/ordinario", inédito.

ARTICULO 2220.- Prenda con registro. Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.

1. Introducción

El art. 2220 prevé la existencia del derecho real de prenda con registro, que no se rige por sus disposiciones sino por la ley especial.

2. Análisis

La prenda con registro es el derecho real sobre una cosa ajena, en función de garantía, que recae sobre uno o más derechos o cosas muebles registrables o no, que permanecen en poder de su propietario, pero que quedan afectadas al cumplimiento de una o más obligaciones por la inscripción y publicidad registral del contrato.

A diferencia de lo que sucede en la prenda común, aquí el objeto gravado permanece en poder del propietario, lo cual permite su afectación al circuito productivo. La entrega efectiva de la cosa es reemplazada por la inscripción registral de la garantía (como sucede, por ejemplo, con la de automotores y créditos prendarios).

El Código se ocupa de regular exclusivamente la prenda con desplazamiento. De allí que el art. 2220 remite a la legislación especial que rige la prenda con registro (en esencia, el decreto-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/1963, t. o. decreto 897/1995).

3. Avances jurisprudenciales

Los tribunales han destacado la importancia que tiene en esta prenda la inscripción del contrato en el registro correspondiente: ella constituye la publicidad que suple la desposesión del deudor en la prenda ordinaria. Así, ese acto pone de manifiesto de manera cierta e indubitable el derecho real frente a terceros, exhibiendo el estado jurídico en que queda emplazada la cosa. Se trata de una formalidad exigida en interés público, que facilita la liberación del deudor, permite la evolución del crédito con más eficacia y sirve para que el adquirente de cosas afectadas por prenda pueda estar seguro de que no pesa sobre ellas un gravamen prendario. La inscripción puede ser solicitada por las partes -en especial, el acreedor prendario como principal interesado-, por el escribano público en caso de formalizarse el acto por escritura pública, o por cualquiera que tenga interés en asegurar el derecho prendario.

Son caracteres de la prenda con registro: (i) la accesoriedad, (ii) la indivisibilidad, (iii) la especialidad y (iv) la convencionalidad. La prenda es accesorio porque está sujeta al crédito que la genera y sigue las vicisitudes de aquél, por tratarse de una obligación subsidiaria cuya suerte es paralela a la principal -de donde si el crédito es nulo, la garantía no nace, por resultar ineficaz-. La indivisibilidad prendaria determina que cada una de las cosas prendadas y todas juntas responden por cada suma debida y por el total de la deuda, aunque ésta debiera pagarse por partes, pues la divisibilidad de la deuda no afecta la indivisibilidad de la prenda. El principio de especialidad de la prenda consiste en la individualización precisa del bien prendado -especialidad objetiva- y del crédito garantizado -especialidad subjetiva-. Y la convencionalidad supone que este contrato siempre tiene como origen un contrato; no puede emanar de la ley ni constituirse tácitamente ²¹¹.

El aludido principio de especialidad objetiva permite diferenciar o excluir el bien prendado de la generalidad de los bienes que integran el patrimonio del deudor; en tanto que la determinación

²¹¹ CNCom, Sala A, 3/05/2016, “Portillo Vilma Andrea y otro c/ Banco Finansur y otros s/ordinario”, inédito.

precisa del crédito u obligación garantizada, de su lado, tiene en miras no solo la adecuada protección del propio deudor sino también la de los terceros²¹².

En otro orden de ideas, en la ley de prenda con registro (decreto-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/1963, t. o. decreto 897/1995) la ejecutividad de otros bienes distintos del prendado tiene carácter subsidiario (cfr. art. 37). Por tal razón, sólo procede en caso de insuficiencia de la garantía o de desaparición del bien. De allí que haya sido considerado prematura la agresión de otros bienes del deudor y procedente la adopción de medidas previas a fin de verificar la posibilidad de ejecución de la garantía del crédito²¹³.

Respecto del trámite del secuestro prendario previsto por el art. 39 como procedimiento abreviado a fin de obtener la venta del objeto pignorado, cierto precedente jurisprudencial negó que infrinja el derecho de defensa, (art. 18 CN), así como el derecho de propiedad (art. 17 CN). En este sentido, fue dicho la pérdida de la propiedad que sufre el deudor se conjura con el pago de la obligación que originó la ejecución y que aquél puede hacer valer sus derechos con toda amplitud en la acción ordinaria posterior²¹⁴.

Sobre la aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor (ley 22.240, modificada por la ley 26.361) a la ejecución prendaria (y, en particular, al secuestro prendario), la jurisprudencia reciente no es pacífica. En efecto, en tanto algunos precedentes descalifican la primacía de la legislación consumeril por entender que cabe estar a la ley especial, otras decisiones jurisprudenciales otorgan prevalencia al régimen protectorio del consumidor. El debate no es menor: así pues, en determinados supuestos, se ha cuestionado la constitucionalidad del mecanismo del secuestro prendario o se ha pretendido dar intervención al deudor en el curso del trámite -posibilidad ésta última vedada en la ley de prenda con registro.

En la primera orientación, fue dicho que la ejecución extrajudicial que persigue el secuestro prendario previsto por el art. 39 de la ley de prenda con registro es un sistema contractualmente aceptado que no está en contradicción con legítimas políticas públicas. Ello porque la 12.962 es una ley especial que regula específica y exclusivamente la prenda con registro, en tanto que la ley 24.240 constituye una ley general que regula aquellas convenciones que configuran un contrato de consumo. Por tal razón, cualquier cuestionamiento a la constitucionalidad de la primera debe ser desestimado²¹⁵. Por lo mismo, fue juzgado inadmisibile el rechazo *in limine* del secuestro prendario²¹⁶ así como la bilateralización del procedimiento con el deudor, con invocación de la normativa consumeril²¹⁷. Ello, sobre la base de considerar que en el trámite del secuestro prendario no cabe examinar otra cuestión que no sea aquella relativa a la eficacia y realización del secuestro, aun cuando pueda evidenciarse en el instrumento de prenda una operación de financiación para la adquisición de un automóvil y la existencia de una relación de consumo²¹⁸; y en tanto la ley de defensa del consumidor resulta complementaria y no sustitutiva de la legislación especial²¹⁹. De allí que fuera decidido que, lejos de

²¹² CNCom, Sala F, 14/09/2021, “Banco de Inversión y Comercio Exterior SA c/ Molino Cañuelas SA s/ejecución prendaria”, inédito.

²¹³ CNCom, Sala E, 19/04/2017, “Cooperativa de Crédito La Capital Ltda. c/ Estrada, Rocío Maribel y otros s/ejecución prendaria”, inédito.

²¹⁴ CNCom, Sala A, 12/03/2021, FCA Compañía Financiera SA c/ Hernández Meneces, José Abelino s/secuestro prendario”, TR LALEY AR/JUR/1900/2021.

²¹⁵ CNCom, Sala A, 3/11/2015, “HSBC Bank Argentina SA c/ Juárez, Enrique L. s/secuestro prendario”, inédito; Íd., 10/3/2016, “HSBC Bank Argentina SA c/ Fernádes, Cristian Daniel s/secuestro prendario”, inédito; id. Íd., 30/08/2019, “HSBC Argentina SA c/ Lema, Sonia Mabel s/secuestro prendario”, Id SAIJ: FA19130849.

²¹⁶ RINAUDO, ANA JOSEFINA, El contrato de prenda con registro a la luz del art. 36 de la ley de defensa del consumidor, en Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios número 22, julio 2019, IJ-DCCLII-513.

²¹⁷ CNCom, Sala B, 22/12/2016, “HSBC Bank Argentina SA c/ Frías Lorena de los Ángeles s/secuestro prendario”, inédito.

²¹⁸ CNCom, Sala B, 22/02/2017, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/ Roa Carlos Alberto s/secuestro prendario”, inédito.

²¹⁹ CNCom, Sala B, 17/07/2015, “Cotuli, Fernando Gabriel c/ Zurich Argentina Cía. de Seguros SA y otro s/ordinario”, inédito.

dejarla sin efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a ratificar la norma del art. 39 de la ley de prenda con registro, a la cual remite expresamente el art. 2220²²⁰.

Contrariamente, para otra parte de la jurisprudencia reciente el secuestro directo sin audiencia del deudor cuando éste es consumidor, así como la subsiguiente facultad del acreedor de rematar el bien para cobrarse lo adeudado sin ningún tipo de control, contradice los postulados básicos que inspiran el derecho de consumo. Ello porque cercena el derecho de información que la ley asegura al consumidor en ocasión de contratar (art. 1384 y 1388 CCyC). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación²²¹ sostuvo que “privar al deudor -en la relación de consumo- de todo ejercicio de derecho de defensa en forma previa al secuestro del bien prendado podría colocarlo en una situación que no se condice con la especial protección que le confiere el art. 42 de la CN”. Por esa razón, el Alto Tribunal consideró que cabe integrar las normas prendarias y consumeriles para dar preeminencia a “la más favorable para el consumidor”, como expresión de *favor debilis* (art.3 de la ley 24.240) y evaluar “la aplicación -bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario- de la regla prevista en el art. 37 inc. b de la ley 24240”.

En esa línea, fue juzgada la primacía del estatuto del consumidor por sobre la ley de prenda con registro, fundada en la armonización entre las normas procesales y sustanciales y en la jerarquía constitucional de la ley de defensa del consumidor²²². Y también fue decidido que, para constatar en forma previa el incumplimiento del deudor-consumidor y los alcances de la obligación asumida, resulta pertinente adoptar un procedimiento idóneo que asegure su intervención en el trámite del secuestro prendario²²³.

ARTICULO 2221. Posesión. Los derechos provenientes de la prenda sólo subsisten mientras el bien afectado se encuentra en poder del acreedor o del tercero designado. Se reputa que el acreedor o el tercero continúan en posesión de la prenda cuando media pérdida o sustracción de ella o hubiera sido entregada a otro con obligación de devolverla.

Si el acreedor pierde la posesión de la cosa, puede recuperarla de quien la tiene en su poder, sin exceptuar al propio constituyente de la prenda.

1. Introducción

Como la prenda común requiere el ejercicio de la posesión de la cosa, la entrega voluntaria sin que se pacte el reintegro al acreedor importa la extinción de la garantía.

Paralelamente, el acreedor prendario detenta las acciones que le permiten recuperar la posesión de la cosa de cualquiera que la tenga sin derecho -inclusive, el propio dueño-.

2. Análisis

El acreedor prendario debe limitarse a conservar la cosa pignorada hasta tanto su crédito sea satisfecho. De allí que no puede -salvo pacto en contrario- usarla ni gozar de ella.

La norma prevé que la prenda subsiste mientras la cosa gravada esté en poder del acreedor o del tercero designado. Sin embargo, si aquél pierde la posesión, puede recuperarla: es que, en su

²²⁰ CNCom, Sala A, 23/4/2019, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Ifran Javier Gastón s/secuestro prendario”, inédito; íd., Sala B, 13/06/2019, “Rombo Compañía Financiera SA c/ Quiroga Bazoalto Ríame s/secuestro prendario”, inédito.

²²¹ CSJN, 11/06/2019, “HSBC Bank Argentina SA c/ Martínez, Ramón Vicente s/secuestro prendario”, Id SAIJ: FA19000117.

²²² CNCom., Sala E, 16/05/2019, “HSBC Bank Argentina SA c/ Álvarez Rodríguez, Maximiliano s/secuestro prendario”, Id SAIJ: FA 19130207.

²²³ CNCom., Sala F, 15/09/2021, “Banco Comafi SA c/ Paz, Manuel Alejandro s/secuestro prendario”, L.L., AR/JUR/140471/2021; íd., 23/08/2021, “HSBC Bank Argentina SA c/ García, Dora Claudia s/secuestro prendario”, L.L., AR/JUR/125945/2021.

carácter de poseedor legítimo, cuenta con la protección que le otorga el ordenamiento legal a tal efecto.

ARTICULO 2222. Oponibilidad. La prenda no es oponible a terceros si no consta por instrumento público o privado de fecha cierta, cualquiera sea la cuantía del crédito. El instrumento debe mencionar el importe del crédito y contener la designación detallada de los objetos empeñados, su calidad, peso, medida, descripción de los documentos y títulos, y demás datos que sirven para individualizarlos.

1. Introducción

La prenda común es un contrato formal no solemne que requiere, a efectos de ser oponible a terceros, ser documentado en instrumento público o privado de fecha cierta. Adicionalmente, el artículo establece el contenido obligatorio del contrato de prenda.

2. Análisis

La instrumentación pública o privada del contrato de prenda es la forma impuesta por la ley al acto constitutivo de la prenda como requisito de validez.

Las partes deben, además, dar fecha cierta al instrumento, a fin de poder oponer la prenda a terceros interesados de buena fe. Si el contrato se confecciona por escritura pública, como ella constituye un instrumento público, hace plena fe de la fecha de su otorgamiento (cfr. art. 296 inc. a).

La segunda parte de la norma contempla el principio de especialidad en cuanto al crédito y en cuanto al objeto. Respecto de lo primero, en el contrato de prenda debe constar el importe del crédito, es decir, el importe dinerario de la garantía. Y en cuanto a lo segundo, se exige que en aquel contrato se consigne detalladamente cuál es el objeto afectado a la garantía prendaria con los datos necesarios para individualizarlo.

ARTICULO 2223.- Prendas sucesivas. Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común. La prioridad entre los acreedores queda establecida por la fecha de su constitución. No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos de esta regla y establecer otro orden de prelación para sus derechos, a fin de compartir la prioridad o autorizar que ésta sea compartida.

1. Introducción

El Código regula la concurrencia de prendas sobre la misma cosa y establece la pauta para determinar la prioridad de los distintos acreedores prendarios. Permite además la celebración de convenios sobre el rango.

2. Análisis

Existe la posibilidad de que se constituyan dos o más gravámenes prendarios sobre un mismo bien, sucesivamente a favor de diversos acreedores. Ello así, si el acreedor consiente en poseer el bien para ambos o si es entregado en custodia a un tercero en interés común. Se requiere la aceptación del acreedor o del tercero de poseerla en interés del nuevo acreedor.

En cuanto a la prioridad de los acreedores para el cobro de sus créditos en caso de prendas sucesivas, rige la regla de la prioridad temporal: el rango de los distintos titulares se determina por la fecha de constitución del gravamen prendario (con título y modo). Es decir, estará en mejores condiciones aquél acreedor cuyo gravamen sea cronológicamente anterior al de los restantes titulares de la garantía real. Tal es la solución aplicable salvo pacto en contrario, pues el artículo en comentario admite posibles acuerdos sobre la posición preferente que pueden celebrar los acreedores prendarios.

Prenda de cosas

ARTICULO 2224. Prenda de cosa ajena. Si el acreedor que recibe en prenda una cosa ajena que cree del constituyente la restituye al dueño que la reclama, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. Si el deudor no lo hace, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación principal aunque tenga plazo pendiente; si el crédito está sujeto a condición se aplica el artículo 2197.

1. Introducción

La prenda de cosa ajena en favor de un acreedor de buena fe genera para el deudor constituyente la obligación de reemplazar la garantía sobre otra cosa del mismo valor.

2. Análisis

Quien constituye la garantía prendaria debe ser el propietario legítimo del objeto pignorado. Sin embargo, si esto no fuese así y el acreedor prendario es de buena fe -es decir, ignora que la cosa prendada es ajena- y a instancias de su dueño se la restituye, puede exigir de su deudor la entrega de otro bien de igual valor en su reemplazo.

En caso de que éste último no recomponga la garantía, el acreedor está facultado a declarar caduco el plazo de la obligación principal y exigir su inmediato cumplimiento.

Cabe recordar que, en tanto el Código prohíbe la constitución de prenda sobre una parte indivisa (art. 2219), tampoco puede prendarse una cosa parcialmente ajena; en uno y en otro caso, la prenda es nula.

ARTICULO 2225. Frutos. Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.

1. Introducción

La norma contempla la posibilidad de que la cosa prendada genere frutos o intereses, e impone al acreedor el deber de percibirlos y, en su caso, aplicarlos a la cancelación de la deuda garantizada.

2. Análisis

La prenda comprende la totalidad de la cosa gravada, incluidas todas sus piezas, componentes y partes existentes al momento de su constitución o que sobrevengan (art. 2192). Quedan comprendidos todos los aumentos o acrecimientos, naturales o artificiales, que la cosa experimente.

La prenda que recae sobre una cosa que produce frutos es denominada por la doctrina “prenda anticrética”, en tanto conjuga ambas figuras.

Los frutos que genera la cosa prendada deben ser percibidos por el acreedor e imputados a la cancelación de la deuda garantizada, primero a gastos e intereses y luego a capital. La misma regla rige en caso de que el objeto prendado genere intereses, situación que se plantea en el caso de la prenda de créditos regulada a partir del art 2232 -como se verá-.

Sin embargo, esta solución es supletoria de la voluntad de las partes, que pueden pactar lo contrario. Así, pueden aquéllas acordar que el acreedor no perciba los frutos o intereses, o inclusive modificar la imputación prevista en la norma.

ARTICULO 2226. Uso y abuso. El acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor, a menos que el uso de la cosa sea necesario para su conservación; en ningún caso puede abusar en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo.

El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a:

a) dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida;

b) pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor;

c) reclamar daños y perjuicios.

1. Introducción

El Código establece los supuestos excepcionales en que el acreedor prendario está facultado a usar la cosa pignorada. Además, regula las consecuencias del incumplimiento al principio general de abstención de uso y de la utilización abusiva.

2. Análisis

El acreedor prendario no puede -a diferencia del acreedor anticresista- usar o servirse de la cosa gravada. Tal es el principio general.

Sin embargo, esa regla cede si media autorización expresa del propietario, si la cosa produce frutos (conf. art. 2225) o si aquél uso resulta necesario para su conservación.

De todos modos, en los supuestos en que el acreedor está legalmente habilitado para servirse de la cosa, no puede ejercer su facultad de modo abusivo ni en perjuicio del objeto gravado. En caso de incumplimiento del deber genérico de abstención o del uso abusivo de la cosa gravada, el deudor tiene tres posibilidades: (i) dar por extinguida la garantía y obtener la restitución del objeto gravado -supuesto en el cual la obligación principal subsiste, pero sin su accesorio-; (ii) pedir que la cosa se entregue a un tercero depositario; y (iii) reclamar los daños y perjuicios irrogados por la conducta del acreedor prendario -lo cual supone la vigencia del gravamen-.

ARTICULO 2227. Gastos. El deudor debe al acreedor los gastos originados por la conservación de la cosa prendada, aunque ésta no subsista.

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor de la cosa.

1. Introducción

El acreedor prendario tiene derecho al cobro de los gastos que hubiere hecho a fin de conservar la cosa pignorada, aunque la misma se extinga con posterioridad. El Código establece los alcances de esta obligación de reembolso a cargo del propietario.

2. Análisis

El deber de conservación importa que el acreedor prendario deba incurrir en gastos necesarios, entendiendo por tales aquellos que irroguen las mejoras de mantenimiento y los indispensables para conservar la cosa en el estado en que se encuentra al constituirse el gravamen.

Tales gastos deben ser pagados por el propietario al acreedor que los hizo, aunque la cosa luego se extinga. Se trata de erogaciones que el constituyente de la prenda hubiera debido hacer de haber mantenido la cosa en su poder, para evitar su deterioro, pérdida, desvalorización o destrucción.

ARTICULO 2228. Venta del bien empeñado. Si hay motivo para temer la destrucción de la prenda o una notable pérdida de su valor, tanto el acreedor como el constituyente pueden pedir la venta del bien. Asimismo, el constituyente puede recabar la devolución de la prenda sustituyéndola por otra garantía real equivalente y, si se presenta ocasión favorable para su venta, requerir la autorización judicial para proceder, previa audiencia del acreedor.

La cosa empeñada puede también venderse a petición de otros acreedores. En tal caso, como en los anteriores, el privilegio del acreedor prendario se ejerce sobre el precio obtenido.

1. Introducción

El Código prevé distintos supuestos de venta del objeto pignorado que no aparecen fundados en incumplimientos del deudor. Se incluyen los siguientes casos: (i) la venta anticipada para evitar la pérdida, el deterioro o disminución del valor del objeto gravado, o fundada en la ventaja económica

que resulte en atención al mayor valor adquirido; (ii) la sustitución de la cosa gravada por otra, de valor equivalente; y (iii) el pedido de venta hecho por otros acreedores del constituyente del gravamen.

2. Análisis

Existe la facultad de solicitar la venta de la cosa prendada o la sustitución de la garantía, aunque no medie incumplimiento alguno, en caso de que ello sea beneficioso para preservar el valor en el patrimonio del propietario o la relación de cobertura que resulta de la garantía, o para evitar un daño innecesario al propietario o sus acreedores.

Las tres hipótesis de venta de la cosa prendada que regula el artículo buscan armonizar los diversos intereses en juego: los del acreedor, los del constituyente y los de los acreedores de este último.

La venta produce la desafectación de la cosa a la prenda y el privilegio del acreedor se traslada por subrogación real al precio obtenido.

ARTICULO 2229.- Ejecución. El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa deba encontrarse.

Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización.

Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que:

- a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor;**
- b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.**

A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso.

El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación.

1. Introducción

Frente al incumplimiento del deudor, el acreedor se encuentra facultado a ejecutar la garantía prendaria. El Código reglamenta esa venta, previendo procedimientos alternativos de enajenación en función del carácter autoliquidable de la garantía y del tipo de bien de que se trate. En ese contexto, se contemplan mecanismos objetivos y transparentes de valuación y realización del objeto pignorado.

2. Análisis

De acuerdo con la letra de la norma y sus antecedentes legislativos, es claro que el procedimiento de venta es extrajudicial; es decir, se trata de una facultad del acreedor que resulta ejercitable sin la intervención de los tribunales. Se propicia así una ejecución rápida en el tiempo y con reducción de costos, en beneficio de los intereses del ejecutante, del deudor y del propietario.

En punto a esto último, debe señalarse que constituye recaudo indispensable para proceder a la ejecución la intimación previa al deudor y al propietario (art. 2200). La omisión de este requisito vicia al procedimiento de nulidad.

El artículo contiene, en sustancia, la misma regla prevista por el viejo art. 585 del Código de Comercio: contempla la posibilidad de vender en subasta pública el objeto prendado previa publicidad en el boletín oficial del lugar en el que la cosa debe estar. También faculta a las partes a pactar libremente quién realizará la venta, cómo se fijará el valor base y cuál será el procedimiento a seguir.

Además de la posibilidad de recurrir a la subasta pública, el acreedor está facultado a: (i) adjudicarse la cosa según su valor al tiempo del vencimiento de la obligación conforme estimación de un experto (designado en el contrato o por el proceso que el acuerdo permita o por el juez a pedido del acreedor); (ii) acudir al procedimiento de venta previsto en el contrato (siempre que se respete el principio establecido en el art. 2198); y (iii) adquirir la cosa prendada (cualquiera sea el procedimiento utilizado). En este último caso, se aprecia que el Código se aparta del principio clásico del derecho civil que vedaba al acreedor apropiarse de la cosa prendada (cfr. arts. 3223 y 3224 Cód. Civ.) y se enrola en el régimen del derecho comercial que no contenía aquella prohibición.

Pese a la amplitud de la norma, cabe interpretar que no puede pactarse *ab initio* que la cosa sea adjudicada al acreedor por el importe de la deuda. Y ello pues el valor de transferencia debe resultar de un ámbito de negociación o del que resulte corriente en el mercado de que se trate.

En el supuesto de “título u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos” se permite la venta en tales mercados al valor de cotización.

Cabe señalar que los procedimientos previstos en la ley son meramente supletorios de la voluntad de las partes y, salvo pacto en contrario, el acreedor puede optar por cualquiera de ellos.

3. Avances jurisprudenciales

La jurisprudencia reciente ha señalado que según el Código cualquier acreedor puede adquirir la cosa prendada por la compra que haga en subasta extrajudicial, en venta privada o por su adjudicación directa. Con lo cual, se acentúa el carácter autoliquidable de la prenda como uno de sus rasgos más sobresalientes²²⁴.

Sobre el punto, ha sido dicho que la normativa sigue de cerca las prescripciones que contenía el art. 585 del Cód. Com., y que las extiende a todo tipo de prenda sin distinciones²²⁵.

Ello, no obstante, como señalamos antes con referencia a la prenda con registro, el proceso de ejecución puede suscitar cuestionamientos desde el punto de vista de su constitucionalidad o desde la necesidad de bilateralizar el trámite confiriendo previa intervención al deudor. Ello así, en resguardo del debido proceso y de la tutela del derecho de propiedad (arts. 17,18 y 19 de la CN) y, con mayor razón, si la prenda se constituye para garantizar un contrato de consumo. Remitimos, al respecto, al comentario al art. 2020.

ARTICULO 2230. Rendición de cuentas. Efectuada la venta, el acreedor debe rendir cuentas, que pueden ser impugnadas judicialmente, pero ello no afecta la validez de la enajenación.

1. Introducción

Se regula la actuación del acreedor posterior a la ejecución prendaria y se le impone la obligación de rendir cuentas.

2. Análisis

Una vez efectuada la venta de la cosa prendada, el acreedor debe rendir cuentas respecto de la misma.

²²⁴ CNCom, Sala F, 26/08/2017, “Banco Santander Río SA c/ Rojas Cintia Gabriela s/secuestro prendario”, inédito.

²²⁵ CNCom, Sala A, 21/04/2016, “HSBC Bank Argentina SA c/ Fajardo Silvina Magalí s/secuestro prendario”, elDial.com – AA985E.

La norma es novedosa. Su antecedente más cercano es, acaso, el art. 23 de la ley 24.522 de concursos y quiebras, relativo a las ejecuciones por remate no judicial instadas por acreedores titulares de créditos con garantía real (como los prendarios) ²²⁶.

La rendición de cuentas debe hacerse privadamente (no se trata de una rendición de cuentas *judicial*), al deudor y al propietario; y se rige, salvo pacto en contrario, por lo previsto en los arts. 858 a 864. Aquéllos pueden impugnar judicialmente las cuentas; sin embargo, ello no obsta a la validez de la enajenación.

ARTICULO 2231.- Documentos con derecho incorporado. La prenda de títulos valores se rige, en lo pertinente, por las reglas de la prenda de cosas.

1. Introducción

Se prevé para la prenda de títulos valores la aplicación de las reglas de la prenda de cosas. La solución es lógica, si se tiene en cuenta que el art. 1815 establece en su segundo párrafo que los títulos valores, por efecto, sean entendidos como cosas muebles no registrables.

2. Análisis

La prenda de títulos valores se constituye mediante el denominado “endoso en garantía”, regulado en el art. 1845. El mismo no transmite al endosatario la propiedad del crédito, que continúa siendo de propiedad del endosante; sin embargo, lo legitima para ejercer todos los derechos inherentes al título valor. La cláusula “en garantía”, “en prenda” o similar, suprime el efecto traslativo del endoso. El endosatario ejerce los derechos que surgen del título valor en interés propio, pese a que reconoce la propiedad del título en su endosante, y tiene privilegio prendario para cobrarse de la suma que obtenga la correspondiente al crédito garantizado, para luego rendir cuentas al endosante. En virtud del carácter autónomo del derecho del endosatario, este permanece inmune a las defensas que el demandado pueda oponer, fundadas en sus relaciones con el endosante o contra anteriores portadores, a menos que el endosatario, al recibir el título, lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquel.

SECCIÓN 3ª

Prenda de créditos

ARTICULO 2232. Créditos instrumentados. La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido.

La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado.

Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.

1. Introducción

El Código regula la prenda de créditos separadamente, dado que el sistema es distinto al de la prenda de cosas: su objeto es particular y requiere ciertas especificaciones.

²²⁶ ARTICULO 23.- Ejecuciones por remate no judicial. Los acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada o, en su caso, de los socios con responsabilidad ilimitada, deben rendir cuentas en el concurso acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los VEINTE (20) días de haberse realizado el remate. El acreedor pierde a favor del concurso, el UNO POR CIENTO (1%) del monto de su crédito, por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior. El remanente debe ser depositado, una vez cubiertos los créditos, en el plazo que el juez fije. Si hubiera comenzado la publicación de los edictos que determina el artículo 27, antes de la publicación de los avisos del remate no judicial, el acreedor debe presentarse al juez del concurso comunicando la fecha, lugar, día y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito. La omisión de esta comunicación previa vicia de nulidad al remate. La rendición de cuentas debe sustentarse por incidentes con intervención del concursado y del síndico.

Sin embargo, las reglas de la prenda cuyo objeto son cosas muebles no registrables (arts. 2224 a 2231) son de aplicación supletoria; y también lo son las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía (arts. 2184 a 2204) así como las disposiciones generales a los derechos reales (arts. 1882 a 1907).

2. Análisis

El objeto de la prenda es el crédito y no el instrumento que lo prueba. Sin embargo, es requisito esencial para que se constituya la prenda de crédito que el mismo conste instrumentado.

La exigencia de que el constituyente de la prenda entregue los documentos probatorios del crédito que estén en su poder se debe a la necesidad de colocarlo en una posición que le impida interferir en el ejercicio de las facultades del acreedor prendario. Si los documentos continuaran en su poder el constituyente podría, por ejemplo, remitir la deuda entregándolos al deudor (art. 950). Como lo pignorado es el crédito, si su instrumento probatorio (entregado al acreedor o a un tercero, en su caso) desaparece o se perjudica, la prenda subsiste.

La prenda de créditos constituye una excepción al principio de que el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de una cosa (art. 1883). Habiéndose notificado la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito prendado, este debe entregar al acreedor prendario la cosa que debe al constituyente (art. 877). La “prenda de crédito” devendrá por subrogación en “prenda de cosa” cuando el deudor del crédito pignorado pague.

Si bien el Código se refiere a la prenda de “créditos” y no a la prenda de “derechos” o de “bienes inmateriales”, sería posible la constitución de prenda sobre patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio o derechos de autor, por ejemplo. Por otro lado, la legislación societaria admite la prenda de acciones de sociedades anónimas y de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada. En punto a esto último, el régimen de prenda de acciones sería un régimen de prenda con registro — en el sentido amplio que esta expresión tiene en el marco del artículo 2220—, regido por la legislación especial (art. 219 de la ley general de sociedades y normas que lo complementan)²²⁷.

La regla es que, cumplido el requisito de su instrumentación, todos los créditos pueden ser objeto de prenda. En doctrina se ha considerado que no es necesario que el crédito sea actual, pudiendo prendarse los créditos futuros o eventuales (siempre que resulten de una convención concluida y que puedan probarse, por medio de un instrumento que exista actualmente y que sea entregado para que la prenda nazca), aunque el criterio no es pacífico²²⁸.

No pueden ser prendados los siguientes bienes: a) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres e hipotecas (aunque sí puede prendarse el crédito garantizado con hipoteca, siempre que esté instrumentado); b) las indemnizaciones que corresponden al constituyente por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; c) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; y d) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes (art. 744, inc. h).

ARTICULO 2233.- Constitución. La prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado.

1. Introducción

La notificación de la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito prendado constituye un requisito esencial.

2. Análisis

²²⁷ CABANELLAS, GUILLERMO, *Prenda de acciones*, en LA LEY 2016-C, ISSN 0024-1636.

²²⁸ En contra: ALTERINI, JORGE H., *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, 3ª Edición actualizada y aumentada, La Ley, Buenos Aires, 2019, T. X, pág. 705.

No basta, para que la prenda sobre el crédito nazca, con la celebración del contrato (por instrumento público o privado, con fecha cierta para ser oponible a terceros) y la entrega del título que lo instrumente. Es que debe notificarse, por instrumento público o privado de fecha cierta, la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito pignorado (arg. art. 1620). Si tal requisito no se cumple, no nace el derecho real de prenda (aunque sí el contrato de prenda) ni siquiera entre las partes y, por lo tanto, el acreedor no puede invocar frente a terceros las ventajas que derivan del mismo.

Esta notificación tiene por objeto que el deudor cumpla con la prestación debida al titular de la garantía. De allí que, si estando debidamente notificado, el deudor paga al acreedor cedente, paga mal; y, en cambio, si no fue notificado y paga al acreedor primigenio, paga bien y nada puede serle reclamado.

ARTICULO 2234. Conservación y cobranza. El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Se aplican las reglas del mandato.

Si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda.

Si la prestación percibida no es dineraria el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicándose el artículo 2229.

1. Introducción

El Código establece que es obligación del acreedor prendario cobrar el crédito prendado, de modo similar a la regla sentada por el art. 587 del Cód. Com.

2. Análisis

El acreedor prendario debe conservar el crédito y cobrarlo. A estos supuestos se aplican las reglas del mandato, pues el titular de la garantía no es propietario del crédito: el dueño es el mandante, y el acreedor es el mandatario.

El acreedor prendario debe cobrar el crédito si la prestación es en dinero, con los límites que se hayan establecido en el contrato prendario. En cambio, si el crédito prendado no consiste en una suma de dinero (es una “prestación no dineraria”), debe proceder a la venta de la cosa de acuerdo con lo previsto por el art. 2229.

ARTICULO 2235.- Opción o declaración del constituyente. Cuando la exigibilidad del crédito pignorado depende de una opción o declaración del constituyente, el acreedor prendario puede hacer la respectiva manifestación, por su sola cuenta si su propio crédito es exigible, y de común acuerdo con aquél en caso contrario.

Si la opción o la declaración corresponden al deudor del crédito dado en garantía, sólo producen efecto si se comunican al propio acreedor y al prendario.

Son válidos los pactos en contrario que celebran el acreedor prendario y el constituyente de la prenda.

1. Introducción

El Código contempla que la exigibilidad del crédito prendado dependa de una opción o declaración que deba efectuar alguna de las partes de la relación obligacional a la que el crédito pignorado accede.

2. Análisis

En tal supuesto, establece el precepto en comentario que si dependen del acreedor primitivo (constituyente de la garantía), el titular de la prenda puede hacerlas por su cuenta, en tanto la obligación asegurada sea exigible; o de común acuerdo con el primero en caso contrario.

Si dependen del deudor del crédito cedido en garantía, solo son eficaces en tanto las comunique fehacientemente a ambos acreedores, el constituyente del gravamen y el actual o prendario.

La regulación prevista es meramente supletoria de la voluntad de las partes. En efecto, si el contrato de prenda prevé otra solución, ella debe aplicarse.

ARTICULO 2236.- Participación en contrato con prestaciones recíprocas. Si el crédito prendario se origina en un contrato con prestaciones recíprocas, en caso de incumplimiento del obligado prendario el acreedor puede enajenar forzosamente la participación de aquél en dicho contrato, sujeto a las limitaciones contractuales aplicables.

Si la cesión de la participación del constituyente está sujeta al asentimiento de la otra parte de tal contrato, y éste es negado injustificadamente, debe ser suplido por el juez.

Por participación se entiende el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.

1. Introducción

El Código contempla las facultades del titular de la garantía real en el supuesto en que el crédito prendado integre un contrato con prestaciones recíprocas

2. Análisis

Si el crédito transferido en garantía forma parte de un contrato con prestaciones recíprocas, es claro que involucra a terceros que no han sido parte de la relación obligacional garantizada. En tal caso, se dispone que, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor prendario puede proceder a la venta forzada de la participación de aquél, como modo de hacer efectivo el gravamen, respetando las limitaciones contractuales aplicables del acuerdo base.

Asimismo, si para dicha disposición se exigiera la conformidad de la contraparte (no obligada por la garantía real) y ésta la negara injustificadamente, el acreedor prendario puede requerir la autorización judicial a fin de obtener la transferencia.

ARTICULO 2237.- Extinción. Extinguida la prenda por cualquier causa sin haberse extinguido el crédito dado en prenda, el acreedor debe restituir el instrumento probatorio del crédito prendado y notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado.

1. Introducción

El Código establece cuáles son los deberes que debe cumplir el acreedor prendario en caso de extinción de la prenda sin haberse extinguido el crédito prendado: (i) restituir el instrumento probatorio del crédito pignorado; y (ii) notificar la extinción de la prenda al deudor.

2. Análisis

Si la obligación principal continúa vigente y la prenda se extingue por cualquier causa, el acreedor (que quizás ya no es tal) debe restituir al titular del crédito pignorado lo mismo que recibió del constituyente cuando se constituyó la prenda, en el mismo estado, ya que su deber de conservación rige tanto respecto del crédito pignorado como de los instrumentos que se le entregaron.

Es que una vez extinguida la prenda, cesa el derecho de poseer del acreedor prendario, que debe proceder a devolver todos los instrumentos que estén en su poder. Además, el acreedor debe notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito pignorado, a efectos de que lo pague (arg. art. 877) y evite abonarle al titular primigenio (en cuyo caso, pagaría “mal”). Si el acreedor no notifica la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado, aunque el titular del crédito haya recibido el instrumento probatorio, el deudor no queda habilitado para pagar el crédito a su titular y debe consignar el pago, dado que se encuentra imposibilitado de realizar un pago válido por causa que no le es imputable (art. 904, inc. c).