

39 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE – MAR DEL PLATA 2015

CONCLUSIONES

TEMA 14 – DERECHOS REALES DE GARANTÍA

DISPOSICIONES COMUNES

HIPOTECA - ANTICRESIS

1.- En el capítulo 1 del Título XII se establecen las Disposiciones Comunes a todos los derechos reales de garantía, siguiendo el esquema de técnica legislativa establecido en los fundamentos: convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al objeto, especialidad en cuanto al crédito e indivisibilidad.

2.- HIPOTECAS ABIERTAS. El aspecto más novedoso en este capítulo es el que recepta el debate reflejado en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la validez de las llamadas “hipotecas abiertas”. En este sentido el artículo 3131 del Código velezano receptaba el principio de especialidad en cuanto al crédito exigiendo que para que la hipoteca garantice un crédito determinado debía individualizarse la causa al momento del nacimiento del derecho real de garantía. El acto constitutivo de la hipoteca debía contener la fecha y la naturaleza del contrato al que accede y el archivo en que se encuentra. Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil reiteradamente concluyeron que en el acto constitutivo debe constar la causa, origen o fuente de la obligación garantizada, no admitiendo en consecuencia las llamadas “hipotecas abiertas” donde la causa no estuviera individualizada.

El artículo 2189 del CCyCN reitera el principio de especialidad en cuanto al crédito exigiendo que el monto de la garantía se estime en dinero cumpliendo este principio con la expresión del monto máximo del gravamen. Pero respecto al crédito admite con claridad que puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente. De esta manera consagra como válidas las llamadas “hipotecas abiertas” donde el crédito y la causa del mismo nacen con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

3.- Antecedentes: las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 propusieron que una reforma legislativa admitiera estas hipotecas flexibilizando el concepto de especialidad en cuanto al crédito estableciendo alternativamente: a) una suma máxima y un plazo máximo o b) una suma máxima y una determinación suficiente de la causa. El proyecto de Unificación de los códigos del año 1998, en el artículo 2093 diferencia con toda claridad los derechos reales de garantía de créditos determinados y los de créditos indeterminados.

Si se trataba de créditos determinados bastaba la estimación del monto del crédito que coincidía con el monto del gravamen y si se trataba de créditos indeterminados era necesario indicar el monto máximo en todo concepto incluyendo capital, intereses, daños y costas y el plazo al que se sujeta que no podía exceder de 10 años.

Dos sistemas diferentes conforme se tratara de un tipo u otro tipo de crédito.

4.- MONTO DEL GRAVAMEN. El artículo 2189, fundado según sus autores en la protección de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, con la mirada puesta en terceros adquirentes u otros acreedores concurrentes, y para que éstos conozcan de manera certera el límite exacto de la afectación del valor del bien objeto de la garantía, establece que “en todos los casos” se trate de créditos determinados o indeterminados al momento de la constitución del derecho real de garantía, “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 y otros conceptos.

5.- INTERPRETACIÓN DE LA NORMA (art. 2189). La lectura de la norma, interpretada basándonos en su texto expreso, en los fundamentos del CCyCN y el objetivo finalista de sus autores, puede ser el sustento para una jurisprudencia que considere que en todos los casos el monto de la hipoteca será el límite de la garantía. En consecuencia para que los rubros contenidos en el art. 2193 queden cubiertos por la misma, será necesario constituir el gravamen por un monto que supere el del crédito y cubra intereses, daños y costas, conteniendo así la eventual liquidación final en caso de una ejecución.

6.- NORMA DISVALIOSA. Consideramos que el objetivo anunciado por los autores, brindar seguridad a los terceros, no es tal ya que éstos tienen en el documento de constitución del gravamen todos los elementos para hacer los cálculos que le permitan evaluar el monto que se adeuda en todo concepto, al momento en que lo requiera y si se ha iniciado un proceso de ejecución, es posible obtener la liquidación actualizada para su análisis.

Por el contrario respecto a los deudores y titulares del bien gravado, deberán enfrentar un costo tributario (sellos, tasa de inscripción etc.) superior por tener como base imponible un monto mayor al del crédito y frente a otros acreedores el bien estará gravado con un monto que no es representativo de la deuda real, sino la cobertura de una eventualidad de mora.

Asimismo exigirá a deudor y acreedor una “estimación” que implicar adivinar un monto final que incluya costos, honorarios y otros rubros que probablemente nunca se generen. Finalmente nadie resultará beneficiado, y por el contrario, el deudor será el principal perjudicado.

7.- Por lo expuesto y sin perjuicio de doctrinas que sostienen que la norma no se aplica a los créditos determinados conforme lo que surge del artículo 2193 y las normas en materia de privilegios, proponemos una modificación del artículo 2189, receptando la doctrina reflejada en el Proyecto de 1998, diferenciando los créditos determinados y los indeterminados y reservando a éstos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y la extensión de la garantía.

PLAZO DE LA GARANTÍA

El artículo 2189 del CCyCN en su último párrafo establece que los derechos reales de garantía deben prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años.

Este plazo máximo solo es aplicable a las hipotecas de créditos indeterminados que nacen con posterioridad a la constitución del gravamen ya que la misma norma aclara que aunque el plazo se encuentre vencido, la garantía seguirá protegiendo aquellos créditos que hubieran nacido antes del vencimiento del plazo y en los créditos determinados, éstos nacen en el momento de constitución del gravamen.

HIPOTECA SOBRE PARTE INDIVISA

El CCyCN en su artículo 2207 revitaliza la figura de la hipoteca sobre parte indivisa, ya que elimina la inseguridad que generaba la norma velezana (art. 3123) porque la partición del condominio del bien gravado, no es oponible al acreedor hipotecario de parte indivisa si no prestó su consentimiento expreso.

ACEPTACIÓN DE LA HIPOTECA

En la hipoteca conforme lo dispuesto por el artículo 2208 el acreedor puede aceptar este derecho a su favor posteriormente siempre que lo haga con la forma escritura pública y previo a la registración.

HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA

1.- Dinero y moneda son conceptos equivalentes y la moneda extranjera es dinero o moneda aunque no tenga curso legal en nuestro país. Nos remitimos a los fundamentos vertidos en el Tema 8.

2.- El principio de especialidad de las hipotecas en cuanto a que se exige que se constituyan por un monto cierto en dinero, queda en consecuencia cumplido en las hipotecas en moneda extranjera. Aún cuando se quisiera interpretar que no es dinero, es posible fundar su validez en el art. 2190 del CCyCN que admite que si falta alguna de las especificaciones del crédito sea posible integrarla con los elementos que surgen del acto constitutivo. En nuestro país el dólar tiene cotización diaria que se publica en distintos medios.

ANTICRESIS

- 1.- Concepto. Es el derecho real de garantía sobre cosas registrables cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda. No puede exceder de 10 años para inmuebles.
2. Utilización de la figura. Recomendamos brindar el asesoramiento respecto a su utilización en aquellos casos en que el acreedor no quiere depender de los pagos que realice el deudor sino percibir en forma directa sus acreencias.
- 3.- Normas contractuales. El contrato debe ser abarcativo de previsiones que impidan la duda en caso de conflicto durante la vigencia o la extinción del derecho real de garantía
- 4.- Privilegio. Tienen privilegio especial sobre los bienes gravados los créditos garantizados con anticresis (art. 2582 inc. e).

SUPERFICIE

Las finalidades de construcción, plantación o forestación no estructuran distintas categorías de este derecho real, por lo que podrían coexistir en cabeza de un mismo superficiario. La escritura de constitución debiera reflejarlo adecuadamente.

La facultad de hipotecar corresponde tanto al dueño como al superficiario, y en este último supuesto trátase de la variante sobre cosa ajena como sobre cosa propia. En cada uno de los tres casos, el alcance del derecho del adquirente en la eventual subasta estará limitado al derecho del ejecutado (artículos 2123, 2127, 2128 y principio general del artículo 399, CCCN). La duración de la hipoteca y de su inscripción será la que corresponde a su normativa específica (artículos 2189 y 2210, CCyCN), excepto que el vencimiento del plazo (convencional o legal) de la superficie se produjera antes que aquellos (artículos 2125, 2127, 2128 y principio general del artículo 399, CCyCN). La extinción de la superficie por una causal diferente al cumplimiento del plazo hará que subsista la hipoteca con el alcance que hubiera correspondido de haber persistido la superficie (artículo 2125, CCyCN).

No corresponde aplicar a la propiedad superficiaria la disposición del segundo párrafo del artículo 1965 del CCyCN, en tanto las normas de dominio revocable se extienden a esa variante de la superficie solamente en lo no modificado específicamente (artículo 2128, CCyCN), lo que sí ocurre en el caso (artículo 2117, CCyCN).

La superposición de la superficie y la propiedad horizontal está admitida en ambos sentidos. De esta manera, tanto puede el titular de una unidad de propiedad horizontal constituir superficie como el superficiario afectar a propiedad horizontal. En ambos casos, se deberán cumplir los presupuestos de cada uno de esos derechos reales.

USUFRUCTO

Persiste la posibilidad de establecerlo sobre parte material, confeccionando un croquis (artículo 1, inciso d, decreto 5479/1965 de la Provincia de Buenos Aires).

La posibilidad de enajenar el derecho va acompañada de su ejecutabilidad (que ya no se limita a los frutos). En la transmisión voluntaria, la vida del usufructuario primitivo sigue siendo el límite de duración del derecho del usufructuario actual (artículos 2142, 2152 y 2153, CCyCN); cabe concluir del mismo modo respecto a la transmisión forzosa, pese al cuestionable silencio legislativo (artículo 2144, CCyCN). En ambos casos, también se extinguirá el usufructo con la muerte del usufructuario actual. De la misma manera, las demás causales extintivas (artículos 1907, 2152 y concordantes, CCCN) se predicarán respecto del usufructuario actual. En todos los casos, sea usufructuario el primitivo o un sucesor, la extinción del usufructo hace adquirir inmediatamente el dominio pleno al nudo propietario, por consolidación (artículo 1907, CCyCN).

Acerca de la posibilidad de constituir hipoteca de parte del usufructuario, la tesis afirmativa se sostiene en la transmisibilidad y ejecutabilidad del derecho; la negatoria, en que no se ha incluido la hipoteca en la nómina de facultades del usufructuario (artículo 2242, CCyCN) ni en la de legitimados para constituir hipoteca (artículo 2207, CCyCN). Dada la estructura legal que impera en la materia de derechos reales, que abarca las facultades de cada uno (artículo 1884, CCyCN), y en la indudable existencia de derechos transmisibles pero no pasibles de hipoteca (como el uso: artículo 2156, CCyCN), esta última conclusión parece la adecuada. En este sentido se pronunciaron por mayoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, 1 al 3 de octubre de 2015).

Los derechos reales y personales que el usufructuario puede constituir durarán, como máximo, hasta la extinción del usufructo (artículo 2153, CCyCN).

USO Y HABITACIÓN

Para ambos, persiste la posibilidad de establecerlos sobre parte material, confeccionando un croquis (artículo 1, inciso d, decreto 5479/1965 de la Provincia de Buenos Aires).

El uso permite la constitución de derechos personales, lo que atribuye, entre otras, la facultad de locar. Todos los contratos celebrados se extinguirán junto con el uso. No es ejecutable el derecho real, sino solamente los frutos y en tanto excedan las necesidades del usuario y su familia.

La posibilidad de transmitir el derecho es controvertida. La postura negatoria se asienta en la prohibición de constituir derechos reales (artículo 2156, CCyCN). La afirmativa, en la aplicación supletoria de las normas del usufructo (artículos 2155, CCyCN). Esta última tesis resulta la más convincente,

fundamentalmente por el argumento contundente que proporciona el texto del artículo 1124, inciso a), del CCyCN.

La habitación no permite transmitirse, constituir derechos reales o personales, ni ejecutarse. Solamente atribuye la facultad de morar.

Ambos derechos reales ocuparán la función económica que otrora correspondía al usufructo, en los casos en que el donante pretenda resguardar su facultad a habitar el inmueble sin que pueda subastarse su derecho. Si no aspira a transmitir su derecho ni alquilar el inmueble, la figura adecuada es la habitación. En caso contrario, el uso. No obstante, si no se designa la extensión del uso y goce, se estipula constituido un usufructo (artículo 2154, CCyCN) que, como se señaló, es subastable. Estas implicancias exigen el adecuado asesoramiento e instrumentación.

Se conserva la habitación del cónyuge supérstite y se adiciona la del conviviente (artículos 2382 y 527, CCyCN). Es controvertido el origen legal o forzoso de este último, por la contradicción que dimana de los artículos 527 y 1894 del CCyCN.

SERVIDUMBRE

Persiste la posibilidad de establecerla sobre parte material, confeccionando un croquis (artículo 1, inciso d, decreto 5479/1965 de la Provincia de Buenos Aires).

Es necesaria la existencia de inmuebles dominante y sirviente tanto en la servidumbre real como en la personal, eliminando las inquietudes doctrinarias respecto a esta última.

Persiste la necesidad de explicitar el alcance de las facultades del titular del inmueble dominante, pues en caso contrario se interpretarán en favor del titular del sirviente.