

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

**San Carlos de Bariloche
20 a 22 setiembre 2018**

“HIPOTECAS EN GARANTÍA DE CRÉDITOS FUTUROS E INDETERMINADOS”

TEMA II

GARANTÍAS REALES

Coordinadores: Natalia Martinez Dodda

Silvia Malea Massiccioni

AUTORES : ELBA FRONTINI

MARIELA GATTI

escribaniafrontini@hotmail.com

escribaniamoreagatti@gmail.com

Tel. 02234463591

Colegio de Escribanos de la Pcia. de Buenos Aires

PONENCIAS

- El principio de especialidad de la hipoteca consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria. El principio de accesoriedad se cumple indicando la obligación o crédito a que accede la hipoteca.
- Es posible hipotecar no sólo la propiedad superficiaria sino también el derecho real de superficie (conf. Arts. 2120, 2188 y 2206 del CCyCN), en este último caso el objeto de la hipoteca es el derecho real de superficie. Para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto en este caso, lo que debe individualizarse es el derecho real de superficie, sin perjuicio de establecer adecuadamente el objeto de este último, que sí será el inmueble. La extensión, plazo y extinción de la hipoteca irán unidos a los del derecho de superficie.
- El artículo 2189 del CCyCN vigente da por concluida la discusión doctrinaria y jurisprudencial, admitiendo en nuestro ordenamiento jurídico las llamadas "hipotecas abiertas de máximo".
- En virtud a lo prescripto por los art. 2187 y 2189 del CCyCN respetando los principios de accesoriedad y especialidad, es posible garantizar con hipoteca obligaciones presentes o futuras, de uno o varios créditos, determinadas o indeterminadas
- El principio de especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas en garantía de créditos determinados (cerradas) se cumple con la expresión de los sujetos, el objeto y su causa en el contrato constitutivo.-
- El principio de especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas en garantía de créditos indeterminados, se cumple con la expresión del

monto máximo del gravamen y un plazo máximo que no puede superar los diez años..

- La hipoteca constituida en garantía de una obligación futura no infringe el principio de accesoriedad ni puede ser considerada como un supuesto de quiebra del mismo. El reconocimiento legal expreso de esta variante hipotecaria muestra la flexibilidad interpretativa que permite la configuración del principio de accesoriedad en nuestro derecho
- La posibilidad de garantizar obligaciones futuras será coherente con las exigencias del principio de accesoriedad en la medida en que las obligaciones objeto de la cobertura puedan considerarse determinables.

Hipoteca de crédito abierto o recargable

- El contrato de “crédito abierto” se caracteriza por su unicidad causal, que se instrumenta por medio de una serie de obligaciones a cargo de las dos partes a lo largo de la vida del contrato. Dicha unicidad causal justifica el contrato en cuestión ante el principio de accesoriedad, por cuanto la hipoteca se constituye en garantía de la obligación de devolución del saldo resultante de la ejecución del contrato de cuenta corriente (y no de cualquiera de las disposiciones realizadas en el marco del mismo), obligación futura e indeterminada en cuanto a su importe. Por consiguiente, desde el punto de vista formal, conforme a los arts. 2186/87/89 del CCyCN, la hipoteca aseguraría una cuenta corriente de crédito (aunque con un modo de amortización peculiar) como “hipoteca de máximo” y podría ser ejecutado por el acreedor si al vencimiento definitivo del término fijado no se hubiere reintegrado el saldo de la cuenta

Hipoteca Flotante o global

- La accesoriadad de la hipoteca flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituir la en garantía de —todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor sin más precisión. Se hace imprescindible identificar, cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda.
- La especialidad estaría respetada al ser necesario determinar las exigencias del art. 2189 del CCyCN de precisar el montante hipotecario con el monto máximo garantizado y fijar un plazo que no exceda los diez años.
- A pesar de apartarse de las características de la hipoteca clásica, la flotante se constituye a favor de un determinado acreedor (o acreedores) para la seguridad de obligaciones determinadas o determinables. Si estas quedan identificadas de forma inequívoca, de modo que no queden dudas en cuanto al ámbito de la cobertura, cabe entender que la existencia (aun hipotética) de las obligaciones ha quedado lo suficientemente acreditada como para justificar la constitución de la garantía desde el punto de vista del principio de accesoriadad.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

2.1 Especialidad en cuanto al objeto

2.2 Especialidad en cuanto al crédito

3. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

3.1 .Créditos Garantizables.

3.2 Obligaciones Eventuales O futuras

4. ANÁLISIS DE HIPOTECAS SOBRE CREDITOS INDETERMINADOS

4.1. Hipotecas sobre “créditos Abiertos” o Hipoteca recargable

4.2 Hipoteca Flotante o Global

4.3 Análisis final

*“Nunca Consideres al estudio como una obligación,
sino como una oportunidad para penetrar
en el bello y maravilloso mundo del saber”*

Albert Einstein

1- INTRODUCCIÓN

En el primer Capítulo del Título XII del Libro Cuarto del Código Civil y Comercial (CCyCN) se establecen las “Disposiciones Comunes” a los Derechos Reales De Garantía, siguiendo la metodología utilizada por el legislador para regular otras instituciones, que parte de normas genéricas aplicables al conjunto, para luego determinar las reglas particulares de cada instituto, reduciendo el número de artículos y sistematizando los principios generales.

La técnica legislativa aplicada al capítulo citado no incluye una definición genérica de los derechos reales de garantía, apartándose de sus antecedentes inmediatos (Proyectos de Unificación de 1993 y 1998) y limitándose a conceptualizar cada uno de ellos en su regulación particular. La definición que proponían era: “ los derechos reales de garantía son los que solo pueden constituirse por contrato formal, en seguridad de créditos, y que además de las

facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar bienes y de percibir los créditos sobre su producido”¹

Dentro de las disposiciones comunes, el nuevo ordenamiento legisla sobre los principios de convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al objeto, especialidad en cuanto al crédito e indivisibilidad, definiéndolos como caracteres inherentes a todos los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis).

Doctrinariamente, estos principios rectores, han sido divididos en “Esenciales” y “Naturales”.

Los Naturales son aquellos caracteres que si bien derivan del derecho, su existencia no es condición de vida del mismo, no son de orden público y pueden ser dejados de lado por las partes. Se incluyen en esta clasificación a la Indivisibilidad y a la Publicidad.

El principio de indivisibilidad, definido por el artículo 2191 del CCyCN, “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.” La misma norma permite convenir la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados, y faculta a disponerla judicialmente a pedido de parte interesada.

El requisito de la publicidad es inherente a todos los derechos reales y está incluido en las disposiciones comunes a ellos (art. 1893 CCyCN), implica que no serán oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (registración o posesión según el caso).

Los caracteres Esenciales, en cambio, son permanentes y sustanciales, cualidades que distinguen al derecho real de garantía y cuya ausencia obsta a la existencia del mismo. Son caracteres esenciales: Convencionalidad, Accesoriedad y Especialidad.

¹ Art. 2090 Proyecto de Código Civil y Comercial 1998.
mpus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/libro5.htm

El artículo 2185 del CCyCN establece que “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”, reconociendo como única fuente a la convención, es decir al acuerdo de partes, y descartando la constitución por vía legal e incluso judicial.

El Código Civil y Comercial mantiene el principio de accesoriedad consagrado en el sistema adoptado por Vélez Sársfield, determinando que los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin éste último y se extinguen con él (art. 2186 CCyCN). El derecho real no existe en forma independiente, sino que está unido a la obligación que garantiza, cuya fuente puede ser variada².

El principio de especialidad debe ser analizado desde su doble aspecto: especialidad en cuanto al objeto y especialidad en cuanto al crédito.

La norma contenida en el artículo 2188 del CCyCN establece que el objeto del derecho real de garantía (conceptualizado en el artículo 1883) puede consistir en cosas o derechos, y que en ambos casos han de ser actuales, ciertos y determinados, y estar adecuadamente individualizados en el acto constitutivo.

El principio de especialidad en cuanto al crédito se cumple individualizando el crédito garantizado con indicación de los sujetos, el objeto y la causa en el acto constitutivo, debiendo estimarse en dinero el monto de la garantía.

“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” (art. 2189 CCyCN).

El objeto del presente trabajo es analizar la posibilidad de otorgar Hipotecas sobre obligaciones futuras y obligaciones indeterminadas a partir de

²DODDA, Zulma A., *Derechos Reales de Garantía, Comentario al artículo 2186, en Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, 1º ed. Tomo 7, pág. 490. Editorial Astrea- Fundación Editora Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

la nueva legislación y sus posteriores modificaciones, abordaremos el examen de los principios de accesoriedad y especialidad, en cuantos caracteres esenciales del derecho real de hipoteca en particular.

2.PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.-

El civilista español Jerónimo González y Martínez afirmaba que cuando “en los albores del régimen hipotecario el principio de publicidad se oponía a las hipotecas clandestinas, el de especialidad apareció como una reacción contra las hipotecas generales; entendiéndose como tales a aquellas constituidas sobre los inmuebles de un determinado deudor sin referencia específica a cada una de las fincas. Al adquirir dicho término más amplitud de la que correspondía a la antítesis «general- especial», posteriormente fue sustituido por el principio de determinación, que hoy día ya no se concreta en la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trasciende el sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos”³.

Esta reflexión sintetiza la evolución del principio de especialidad en el derecho civil español, estableciendo su origen en la determinación del objeto de la hipoteca para luego extenderse a la faz “subjetiva” (crédito garantizado).

El principio de especialidad impone la necesidad de determinar la naturaleza y la extensión del derecho real, y tratándose de la hipoteca, “y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.)”⁴. En una relación de subordinación con respecto a la obligación principal, la hipoteca no puede darse por determinada si no es en relación con esta última.

³GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ., J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, t. I (Derecho Hipotecario), págs. 529-530Ed. Civitas, 2ª edic., 2009

⁴USINSKAITE Alvyda. *Garantía Hipotecaria De Obligaciones Futuras: Principios Clásicos Y Formas Contractuales Modernas* Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho-
eprints.ucm.es/13877/

2.1 Especialidad en cuanto al objeto.

La ***especialidad en su aspecto objetivo*** responde a la naturaleza de los derechos reales de garantía que se ejercen sobre cosas o derechos actuales que constituyen su objeto (conf. Arts. 1883 y 2188 CCyCN). El derecho real de hipoteca recae sobre uno o más bienes inmuebles existentes a la fecha de constitución, exigiéndose que se encuentren “adecuadamente” determinados en el contrato constitutivo estableciendo su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización (arts. 2188 y 2209 CCyCN).

El principio de especialidad en cuanto al objeto en el derecho real de hipoteca se encuentra íntimamente relacionado con las normas catastrales provinciales y las registrales que establecen los datos con los que los bienes deben individualizarse.

Comentario aparte merece la posibilidad de hipotecar no sólo la propiedad superficiaria sino también el derecho real de superficie (conf. Arts. 2120, 2188 y 2206), en este último caso el objeto de la hipoteca es el derecho real de superficie y no el inmueble. El superficiario puede hipotecar su derecho a edificar, plantar o forestar y a medida que se edifique, plante o foreste, la propiedad superficiaria quedará afectada a la garantía hipotecaria. Siguiendo los conceptos esbozados, se infiere que, para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto en este caso, lo que debe individualizarse es el derecho real de superficie, sin perjuicio de establecer adecuadamente el objeto de este último, que sí será el inmueble. La extensión, plazo y extinción de la hipoteca irán unidos a los del derecho de superficie.

2.2. Especialidad en cuanto al crédito.

El principio de **especialidad en su aspecto subjetivo**, ha sido de especial discusión doctrinaria en los análisis de los artículos 3131, 3109, 3153 del Código Civil de Vélez.

Para una parte de la doctrina el principio de especialidad en cuanto al crédito se refiere únicamente a la fijación del monto garantizado, es decir a la determinación de la responsabilidad hipotecaria, la suma a la que la garantía se extiende. La individualización de la causa fuente, entidad y magnitud de la obligación garantizada no responden al principio de especialidad sino al de accesoriedad. Ello no significa que considera la validez de las hipotecas en las que no se individualiza la causa, sino que la nulidad se funda en el incumplimiento del principio de accesoriedad.

Esta postura, que parte de la clara diferenciación entre el derecho creditorio y el derecho real de hipoteca, entiende que el *principio de especialidad se cumple estableciendo el monto por el que se extiende la garantía real, que determina el límite de la responsabilidad del bien*⁵.

La especialidad consiste en la fijación de la afectación hipotecaria, limitando la responsabilidad que el propietario del bien asume, situación que resulta más clara cuando el inmueble dado en garantía pertenece a un tercero ajeno a la relación obligacional garantizada. Recordemos que en este supuesto el tercero queda obligado sólo hipotecariamente, es decir que responde con el inmueble afectado y hasta el valor estimado al constituirse el derecho real de hipoteca.

Para otra postura, 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

⁵HIGHTON Elena "Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito", Depalma Buenso Aires, 2000. Para esta autora la individualización del crédito y más aún la expresión de la causa se relacionan con el carácter de accesoriedad de la hipoteca y no con el de especialidad en cuanto al crédito, por ello este último se cumple con la fijación de la responsabilidad hipotecaria.-

BORDA Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales Buenso Aires 1975

PAPANO, Ricardo J. Y osts. Derecho Civil. Derechos Reales- Tomo 2, 2º Edición -Editorial Astrea Buenso Aires 2004-

constitución del gravamen sino que requiere la individualización de la causa (origen o fuente) que se garantiza⁶.

Para esta interpretación es tan significativa la importancia de la especialidad que se la presenta como complemento ineludible de la publicidad y sustento necesario del principio de prioridad; protege al deudor y a los terceros, evita el despojo y limita la responsabilidad del primero estableciendo en forma inequívoca el privilegio que confiere la afectación frente a los demás acreedores.

El Artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación regula este principio y, en su redacción originaria (Ley 26.994) receptó la tesis que entiende que la especialidad en cuanto al crédito se cumple con la fijación del monto o responsabilidad del gravamen.

La norma 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; mas 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 redacción se apartaba de su antecedente en el Proyecto de 1998 (art. 2093)⁷ generando una serie de inquietudes e interpretaciones contradictorias por la falta de claridad en el texto.

⁶Recomendación aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil, Bs.As. 1979. En igual sentido LAFAILLE opina que la especialidad en cuanto al crédito no se limita a la exigencia de fijar su importe en una suma cierta y determinada de dinero, sino que es necesario individualizarlo para que sea conocida y publicada la afectación (Tratado de los derechos reales, vol. III). En igual sentido RIVERA, Julio César en "Contratos bancarios con garantía real", L.L. 1980-B, pag.856. Este mismo autor, que interpreta restrictivamente la ley positiva en este aspecto, reconoce que el tráfico moderno requiere dejar de lado el principio de especialidad en cuanto al crédito.

El análisis literal de la norma conducía a un régimen unívoco aplicable para todos los créditos sin establecer ninguna diferenciación entre determinados e indeterminados, ello significaba que en todos los casos el monto del gravamen era límite máximo de la garantía incluyendo capital, intereses, costas, multas y otros conceptos, estableciendo además, la obligatoriedad de fijar un plazo al que la garantía debía sujetarse. La doctrina que llegaba a esta conclusión se apoyaba en los fundamentos expuestos por los propios autores del Código, quienes sostenían que se había tenido en mira la “seguridad jurídica dada por la exteriorización de cuánto cubre la hipoteca”, entendiendo que antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento “el tercero interesado no conocía cuál era el verdadero monto garantizado, pues los intereses y costas se pueden elevar a más del doble del gravamen originario inscripto”⁸.

Una interpretación más “flexible” planteaba una pluralidad de regímenes⁹, sosteniendo que las exigencias de monto máximo y plazo se referían a los gravámenes constituidos en garantía de créditos indeterminados. Esta postura sostenía que el artículo 2189 constituía una excepción admitida por la ley, basándose en la última frase del artículo 2187. De esta manera concluía que la determinación del plazo máximo sólo era exigida para las garantías que accedieran a créditos cuyos elementos no estuvieran adecuadamente individualizados desde el origen. Con el mismo criterio interpretaban que las referencias del artículo 2189 a “todos los casos” y “por todo concepto” en relación al máximo de la garantía, aludían también a los

⁷ Proyecto de Código Civil 1998. ARTÍCULO 2093.- 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 del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si éste no es dinerario. 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

⁸DODDA, Zulma A., *Derechos Reales de Garantía, Comentario al artículo 2193*, en *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, 1° ed. Tomo 7, pág. 549. Editorial Astrea- Fundación Editora Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

⁹ALTERINI, Jorge Horacio-ALTERINI, Ignacio Ezequiel .Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”). La ley 05/10/2015-E, 1006.

créditos indeterminados, ya que para los determinados el artículo 2193 expandía la garantía hacia intereses, daños y costas.

Estas discrepancias doctrinarias y sus consecuentes implicancias prácticas llevaron a la modificación del artículo 2189. Con la sanción de la Ley 27.271 “Sistema para el Fomento de la Inversión en Vivienda” el texto de la norma en exégesis reproduce casi literalmente su fuente del Proyecto de 1998 (art. 2093). Dispone: “El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.” y que si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, el instrumento constitutivo debe contener la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, establecer que la garantía que se constituye es de máximo y fijar el plazo a que se sujeta, que no puede exceder de diez (10) años. Ante el vencimiento del plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

La reforma determina la aplicación de dos regímenes diferentes ya sea que se trate de derechos reales que garanticen créditos en los que todos sus elementos (objeto, sujetos y causa) se encuentren debidamente individualizados desde el origen (determinados o cerrados), o que su causa se establezca o nazca con posterioridad a la constitución del gravamen (créditos indeterminados o abiertos). Para estos últimos es necesario determinar el monto máximo garantizado por todo concepto (responsabilidad hipotecaria) y fijar un plazo que no exceda los diez años. Consideramos que el plazo exigido se refiere al derecho real de garantía y no al crédito al que accede, ya que la propia norma determina que “la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia” lo que conduce a inferir que estos últimos no están sujetos a plazo alguno.

La importancia del límite temporal se pone de manifiesto ante la posibilidad de garantizar créditos indeterminados, ya que el derecho real podrá receptar todas las obligaciones que vayan surgiendo entre acreedor y deudor durante su vigencia. Por eso, establecer un plazo resguarda la capacidad de

endeudamiento del constituyente de la garantía real quien, de lo contrario, quedaría sujeto al peligro de "vivir endeudado".

Por el contrario, cuando la garantía se constituya en seguridad de créditos claramente determinados desde su origen, en los que el capital, intereses compensatorios y punitivos y demás obligaciones garantizadas surgen del instrumento constitutivo, bastará "con una liquidación aritmética para saber cuál es el monto garantizado con el derecho real, aún cuando no coincida con el del gravamen"¹⁰, extendiéndose la garantía al capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también a los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento (conf. Art. 2193 CCyCN).

En síntesis, las garantías reales pueden garantizar créditos determinados o indeterminados, y en este último caso necesariamente deben constituirse como garantías de máximo.

En consecuencia, la modificación del artículo 2189 del CCyCN da por concluida la discusión doctrinaria y jurisprudencial, admitiendo en nuestro ordenamiento jurídico las llamadas "hipotecas abiertas de máximo".

Es receptado el criterio de amplia jurisprudencia, que falló en favor de la validez de la hipoteca abierta. Así la Cámara Nacional Civil, en el año 2006 afirmó que: "(...) la hipoteca en nuestro régimen legal puede garantizar todo tipo de obligaciones —artículos 3109 y 3153, Código Civil— aún las eventuales y futuras, bastando para cumplir con el principio de especialidad que conste en el instrumento la fijación de la responsabilidad hipotecaria sobre el inmueble, pues toda obligación lícita es garantizable con hipoteca, en tanto el derecho real consiste en un gravamen por monto determinado o determinable" y "contiene todas las especificaciones del artículo 3131 del C.C. el acto constitutivo de la hipoteca, si aparece en la escritura la fecha y naturaleza del

¹⁰DODDA, Zulma A., *Derechos Reales de Garantía, Comentario al artículo 2189, en Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, 1º ed. Tomo 7, pág. 515. Editorial Astrea- Fundación Editora Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

contrato al que accede en el que está descripta la causa fuente de la obligación (...)"¹¹.

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el año 2009 manifestó: "El principio de especialidad en la hipoteca rige con certeza cuando se trata tanto de la cosa hipotecada, como del monto de la deuda, no exigiéndose igual precisión en cuanto al crédito asegurado con el gravamen real. Así, aquel puede ser condicional o indeterminado en su valor o la obligación eventual, supuestos donde, aunque la individualización ha desaparecido, el gravamen resulta válido siempre que se declare el valor estimativo de la obligación garantizada en el acto constitutivo de la hipoteca". "El requisito de la especialidad apunta, ante todo, a la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa fuente de la obligación que garantiza, bastando, en el caso de las obligaciones eventuales, que se declare el valor estimativo de la cobertura hipotecaria en la escritura pertinente"¹²

Entendemos que esta nueva regulación es positiva para el mercado crediticio, al otorgar una mayor flexibilidad para la constitución de las garantías reales, permitiendo garantizar una pluralidad de operaciones que se vayan suscitando entre acreedor y deudor, sin necesidad de detallar cada una de aquellas en el acto constitutivo y sin necesidad de conformar una nueva garantía por cada crédito que nazca entre las parte, con sus consiguientes erogaciones, tal como lo analizaremos al estudiar el Principio de accesoriedad.

3. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.

Como regla, las garantías reales, entre ellas la hipoteca, no se conciben de manera autónoma y requieren del crédito que aseguran y al cual acceden. Por eso son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos; en cambio, la extinción de la

¹¹Cámara Nacional Civil "Shell Compañía Argentina de Petróleo S. A. c. Navalya S.A."

¹²SC Buenos Aires "Mar del Plata Golf Club C. Dalfarra, Elda Amanda"

garantía (lo accesorio) por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito (que es el principal) (art. 2186, CCCN).

La Accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia de un derecho personal: el crédito. La hipoteca es accesorio a uno o varios créditos y es inseparable de la obligación personal a la que accede.¹³

Se constituye una hipoteca para servir de garantía a un derecho creditorio, pero asimismo la existencia de ese derecho real se halla en accesoriedad con el derecho personal.¹⁴

La relación causal de la Accesoriedad se establece entre la hipoteca y un derecho personal o creditorio.- La doctora Highton explica que “..... la hipoteca es accesorio en función de garantía por que su existencia depende de otro derecho de carácter creditorio al que procura seguridad. La accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia respecto de un derecho personal: el crédito”.¹⁵

De ahí que, aun cuando en principio puedan ser objeto de garantía obligaciones de cualquier naturaleza, según analizaremos, *la hipoteca es un derecho real de realización de valor*, siempre garantizará la percepción de una cantidad o montante económico en caso de incumplimiento de la obligación asegurada.¹⁶

Del principio de accesoriedad se desprenden las siguientes consecuencias: 1) es indispensable la existencia de una obligación válida; 2) la transmisión del crédito lleva consigo la de la hipoteca, pero la hipoteca no podrá ser transmitida independiente y separadamente del crédito y trasladada para garantizar otro crédito; 3) la extinción de la obligación determina la del

¹³HIGHTON, ELENA Hipoteca: La especialidad en cuanto al crédito- Ediciones Juridicas Ariel Buenos Aires 1981. pag109.

¹⁴PUIG BRUTAU, JOSE.”Fundamentos de derecho civil, Civitas, Barcelona 1974

¹⁵ Cita en BORRETO Mauricio “Hipotecas Abiertas” RubinzalCulzoni Editores Santa Fe 2004

¹⁶ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: «Comentarios a los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria» en AA.VV. (Dir. Albaladejo, M. y Díez Alabart, S.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. VII, 8º vol., (Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria), Ed. Revista del Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 2000..

derecho real de hipoteca,¹⁷ excepto en los supuestos expresamente previstos.¹⁸

El Artículo 2186 del CCyCN se refiere a este principio: *“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. ”*

De este modo, la constitución de la hipoteca permite verificar dos relaciones jurídicas: (A) el crédito garantizado, y (B) la garantía real garantizante. Ambas relaciones reconocen sujeto, objeto y causa fuente. Así la última parte del art. 2187 dice: *“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.”*

La parte final del artículo autoriza en forma excepcional y por concesión legal a que se incumpla con esa individualización, lo que procederá en los supuestos previstos en el artículo 2189 que establece: *“.....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.....”*

Tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial¹⁹ algunas conceptualizaciones confundían los límites entre la accesoriedad y la

¹⁷HIGHTON Elena O. Cit. Pag 112.

¹⁸Como en los casos de novación aun extinguida la obligación originaria y sus accesorios, subsistan las garantías reales o personales del antiguo crédito mediante reserva expresa del acreedor y participación en el acuerdo novatorio del constituyente de la garantía, que pasa a la nueva obligación (art. 940 del CCCN en consonancia con lo previsto el art. 803 del CC). Otro caso de novación es el contenido en la ley 2441 que permite emitir letras hipotecarias que extinguen por novación la obligación originaria y de esta manera el título hipotecario se desprende de la causa que le dio origen (art. 35 a 49 ley 2441)

¹⁹CNCiv., Sala K,19/3/2003, “SiderarSAIC c/ Cohen Freue, José y otro”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 2003-2, p. 676. TSJ Neuquén, 30/9/2003, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, en *La Ley*

especialidad, llegando incluso a considerar que se trataban de un mismo y único presupuesto, cuando en realidad siempre obedecieron a dos ámbitos u órbitas distintas, por una lado la crediticia y por el otro la real.²⁰ A diferencia del Código Civil anterior nos encontramos con una norma que determina explícitamente el principio de accesoriedad, teniendo un tratamiento legislativo diferenciado.

El carácter accesorio de los derechos reales de garantía esta ratificado por el art. 1889 del CCyCN que dice:”los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda”.

Este carácter esencial que determina que la hipoteca es inseparable del o de los créditos a que accede, caracteriza al derecho argentino y hace imposible la existencia de la llamada “hipoteca del propietario“ permitida en el derecho alemán, por la cual adquiere sustantividad propia, existe con independencia del crédito y subsiste respecto de terceros mientras no se cancele su inscripción.

3.1. Créditos garantizables

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 2187 del CCyCN “se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer.”

En consecuencia pueden ser garantizadas: a) según su objeto: obligaciones de dar (cosas ciertas, inciertas, cantidades de cosas y de sumas de dinero), de hacer o de no hacer;b) según su modalidad:obligaciones puras,

Patagonia, mayo 2004, p. 323. CNCiv., Sala K, 7/10/2003, “Avaluar SGR c/ LuvamaSA”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-B, p. 344 y *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 17/3/2004, Entre otros muchos.

²⁰CAUSSE , Jorge y CAUSSE, Federico. *Las garantías reales en seguridad de créditos interminados y en principio de accesoriedad en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Proyecto 2010.Derecho PEN191/2011*. Revista del Notariado n° 914. Pag.221.

simples o modales y dentro de estas últimas condicionales, a plazo, con cargo; y c) obligaciones eventuales.²¹

3.2 Obligaciones Eventualeso Futuras

De la norma citada en el apartado anterior surge la posibilidad de garantizar obligaciones eventuales. Dentro de ellas se incluyen las llamadas “Obligaciones Futuras”, debe entenderse como obligación futura, a aquella obligación que, naturalmente, no existe todavía pero que existirá en razón de que hay cierta seguridad o posibilidad que ello ocurra. Es decir que existe una situación previa vinculante o de ligamen preliminar entre las partes que implique un supuesto de crédito futuro. Son créditos futuros cuya existencia no es segura ni necesaria. La posibilidad de garantizar créditos no nacidos al momento de constituirse la garantía hace que la doctrina y jurisprudencia sostengan que el principio de accesoriedad se encuentre “flexibilizado o debilitado”.

El autor español Jerónimo González y Martínez, en el estudio de hipotecas sobre obligaciones futuras y con el objetivo de salir del ámbito de lo abstracto que presupone la futuridad, acude al sentido común sentando la siguiente premisa: *“al hablar de posibilidades es necesario referirse a algunas de suficiente probabilidad que entren dentro del campo de los negocios, porque, de no ser así, el derecho no tiene porqué emplear sus razonamientos ni su técnica en resolver problemas fantásticos”*²². Por ello, tras analizar la posibilidad de garantía hipotecaria de créditos futuros desde el derecho romano hasta la actualidad, el autor acaba recordando la postura de Chironi, quien sostiene que es suficiente una cierta consistencia: “para garantizar una deuda futura, no se requiere que haya de existir, basta con que el aparato jurídico

²¹DODDA ZULMA, Comentario art. 2187 T° 7, pag.496. *Código Civil y Comercial comentado anotado y concordado* Editorial Astrea y FEN Bs As. 2016

²²GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ., J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, t. I (Derecho Hipotecario), Ed. Civitas, 2ª edic., 2009

creado tenga consistencia suficiente para merecer garantía de sus consecuencias”²³.

La constitución de hipotecas en garantía de obligaciones futuras siempre fue posible en nuestro ordenamiento civil. El artículo 3109 del Código velezano disponía “.... crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual...” y el art. 3153: “La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples”. “Pueden asegurarse con hipoteca las obligaciones.....de créditos eventuales o sea futuros de existencia no segura o necesaria...”²⁴. Salvat decía: “ La hipoteca puede igualmente constituirse para garantizar créditos eventuales o futuros, es decir créditos que actualmente no tienen existencia real, ni siquiera como condicionales, pero que pueden llegar a existir. El caso más importante de esta especie es el de la hipoteca constituida para garantizar el saldo resultante de una cuenta corriente mercantil”²⁵.

Debe entenderse que existe una relación jurídica entre las partes, la que quedará explicitada en el contrato fuente al cual accede la hipoteca, y ésta será la base sobre la que el crédito se generará. En otras palabras, existe una relación causal de la cual se debe dejar constancia en el acto constitutivo, de donde se derivarán obligaciones, las cuales son determinables. En el contrato, deberán fijarse ciertos parámetros que sirvan para determinar cuáles son las obligaciones que quedarán resguardadas. De la misma forma lo ha entendido el Profesor Alterini, al decir: “No podemos discutir si se pueden garantizar hipotecas eventuales, que puede haber hipotecas en garantía de contratos de apertura de crédito, porque el otro requisito que se le podría determinar es el contrato fuente, y ahí está, es el contrato de apertura de crédito, aunque la apertura de crédito se haga con el mecanismo de cuenta corriente”²⁶.

²³GONZALEZ Y MARTINEZ, J. Ob.Cit. pag 238.

²⁴CIFUENTES Santos, Código Civil comentado y anotado. Art. 3109, T° III, pg643. Ed. La Ley Bs As. 2004.

²⁵SALVAT Raimundo. Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales. T° II- Imprenta Balmes Bs As 1946.

²⁶ ALTERINI. Jrge H. Ob.Citada.

Admitida la posibilidad de garantizar obligaciones futuras e indeterminadas, surge la necesidad de establecer los elementos que deben individualizarse desde el origen para permitir la constitución del derecho real.

La adopción de posturas amplias o restringidas dividió a la doctrina y jurisprudencia anteriores a la sanción del nuevo ordenamiento, delineando argumentos aplicables a la legislación vigente.

Una de las corrientes exige que la causa fuente de la cual puede nacer la obligación garantizada exista al momento de celebrarse el acto constitutivo, debiendo constar en el mismo²⁷ ya que, aún siendo inexistente en el momento de creación de la garantía, debe surgir de un vínculo jurídico preexistente.²⁸

Otro grupo doctrinal considera que la hipoteca puede constituirse válidamente en forma anticipada a la existencia del crédito, infiriendo que la exigencia de individualizar en el acto constitutivo los elementos del mismo no corresponde cuando se garantizan obligaciones condicionales, eventuales y futuras²⁹.

Una postura intermedia considera que, si bien no es requerida la preexistencia de un vínculo jurídico del que habrá de nacer la obligación principal, resulta necesaria la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan su determinación. “Sólo la obligación futura, determinada o indeterminada, pero determinable sin necesidad de nueva declaración de los interesados, es susceptible de afianzamiento y exigirá que, al menos, sean conocidas las partes entre quienes surgirá la obligación principal y que al constituirse la garantía concurren circunstancias objetivas para concretar el límite de ésta y el de la obligación fiada”³⁰.

²⁷ MARIANI de VIDAL, Marina Curso de Derechos Reales- Tº 3 Zavalia Buenos Aires 1995- RIVERA Julio C. Contratos Bancarios con garantía real, en L.L. 1980-B-854

²⁸ PUERTA DE CHACON Alicia, Código Civil y Leyes complementarias Anotado y Concordado. Director Zanoni. Comentario Art. 3108 Tº 12 1 Edición Editorial Astrea Bs As. 2009 pg 184

²⁹ CAPON FILAS Mario Jose y BARBERO Omar Hipoteca constituida en garantía de obligaciones eventuales, en J.A. 1974-22-561 – GOMEZ, Jorge. La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias en L.L. 1999-F-926

³⁰ Guilarte Zapatero, V.: «Comentario al art. 1825 en Comentario del Código Civil», en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 2ª edic., Madrid, 1993, a través del enlace <http://0lex.com.cisne.sim.ucm.es/vid/hacia-nuevo-derechohipotecario->

En los casos de créditos eventuales, la obligación es futura, pero la hipoteca no. La obligación a la que accede la hipoteca debe estar determinada en sus elementos sustanciales, de modo que cuando nazca no podrá confundirse o sustituirse por otra. En el acto constitutivo de la hipoteca deben constar las líneas generales que harán posible su reconocimiento de llegar a nacer y creemos que debe haber una “legítima expectativa” de que eventualmente nacerá el crédito garantizado. La hipoteca toma rango desde que es inscrita en el Registro y no desde que nace el crédito³¹.

Para cumplir las exigencias del principio de accesoriedad, la garantía debe nacer para la seguridad de una obligación principal, y si ésta es todavía inexistente debe estar lo suficientemente determinada y ser identificable al menos en el plano hipotético, para justificar la constitución del derecho real. Es decir, *la posibilidad de garantizar obligaciones futuras será coherente con las exigencias del principio de accesoriedad en la medida en que las obligaciones objeto de la cobertura puedan considerarse determinables.*

La conclusión a la que arribamos, es coherente con la máxima que recordábamos al principio de este apartado: *el derecho surge para regular los negocios habituales, no son éstos los que nacen porque lo diga el derecho. En consecuencia, en situaciones en las que la obligación, aún siendo futura y aún no proviniendo de una relación jurídica existente, pueda ser identificada de tal modo que resulte innecesario un pacto posterior entre los intervinientes (quedando conformada en lo esencial y por tanto merecedora de aseguramiento), es lógico que la constitución de la hipoteca esté amparada por el ordenamiento jurídico.*

Ahora bien, al ser posible la constitución de hipotecas garantizando obligaciones futuras, debemos dejar establecido que la extinción del derecho real se produciría al extinguirse (o devenir imposible que se contraigan) las obligaciones garantizadas. Si el nacimiento de relaciones jurídicas futuras

³¹HIGHTON Elena. Ob.Cit., que cita la opinión de Domat, Battur, Guillouard, Josserand, Planiol, Aubry y Rau y otra encumbrada doctrina, quienes coincidían en opinar que “en caso de obligaciones eventuales, especialmente la apertura de crédito, si el crédito eventuales nace mas tarde que la hipoteca, esta existe y toma rango anteriormente al nacimiento del derecho principal” (Josserand)

precisa del consentimiento del deudor y del acreedor, la manifestación de voluntad firme e irrevocable de las partes de no perfeccionar esas relaciones jurídicas hace imposible su nacimiento. El mantenimiento de la garantía en estas circunstancias, es decir, cuando las obligaciones garantizadas no existen ni siquiera hipotéticamente, resultaría incompatible con la exigencia de accesoriedad.

4. ANALISIS DE HIPOTECA SOBRE CRÉDITOS INDETERMINADOS

En virtud a lo prescrito por los art. 2187 y 2189 y respetando los principios de accesoriedad y especialidad, ya no caben dudas sobre la posibilidad de garantizar con hipoteca obligaciones presentes o futuras, de uno o varios créditos, determinadas o indeterminadas.

Esta recepción legislativa, que “flexibiliza” los conceptos tradicionales, permite analizar la posibilidad de incorporar a la realidad comercial de nuestro país ciertas figuras jurídicas utilizadas en el derecho comparado que podrían propiciar la agilización del mercado hipotecario .

La Ley hipotecaria española modificó la regulación de los requisitos para la constitución de garantías reales sobre créditos indeterminados, centrándose “en la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos y en la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, de modo que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación”,³² quizás sean los mismos parámetros a tener en consideración a fin de admitir nuevas formas crediticias en nuestro derecho.

El mercado financiero moderno exige la posibilidad de la realización de negocios crediticios a través de la mejora y modernización del llamado mercado hipotecario. En este orden de ideas se ha dicho “*la accesoriedad y determinación en sus clásicas concepciones que rigen en las hipotecas*

³² Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de modificación de la Ley Hipotecaria Española con la incorporación del art. 153bis.

*ordinarias, excluye a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas ”.*³³

Los analistas financieros europeos venían denunciando *“la rigidez que deriva de algunas interpretaciones arcaicas y ultraconservadoras del principio de accesoriedad de la hipoteca que hace extraordinariamente difícil la innovación y creación de nuevos productos”*³⁴. También en el seno de la Unión Europea se había señalado el aumento de la gama de los productos hipotecarios como *“factor esencial para obtener la mayoría de los beneficios que cabe esperar de la integración de los mercados hipotecarios”*.

Analizaremos dos figuras admitidas en el derecho comparado:

4.1. Hipotecas sobre “créditos Abiertos” o Hipoteca recargable

En el derecho anglosajón y en algunos derechos europeos (Alemania, Francia, España) se entablan entre Acreedor y deudor relaciones jurídicas que permiten al deudor ir disponiendo del crédito, cuando quiera, en la cantidad y sobre todo para la finalidad que desee, pudiendo, además, volver a disponer nuevamente del dinero amortizado o utilizar el dinero aún no dispuesto (por lo que dicho crédito suele calificarse como *revolving*³⁵ o *recargable*); ese crédito es asegurado con una hipoteca a favor del dador del crédito sobre un inmueble del deudor. Así, por ejemplo, después de adquirir una vivienda, y en la medida

³³ Azofra Vega, Fernando. La hipoteca Flotante” Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Dercho 2015 pg 342.

³⁴ Asociación Hipotecaria Española: “Posición de la AHE sobre el Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia”. Citado por azofra Vega Fernando Ob Cit. Pag. 14

³⁵ Del Ingles: giratorio.

en que haya amortizado parte del importe recibido del banco para la adquisición, el deudor podrá volver a disponer del crédito cuando quiera renovar la casa, cambiar de auto, u otra finalidad.³⁶

El “contrato de crédito abierto” garantizado con hipoteca responde a una doble finalidad económico-jurídica: por una parte, permite una utilización del capital dispuesto más acorde con las necesidades económicas del deudor, pues cada una de las disposiciones puede tener un destino distinto y una configuración autónoma (en lo que se refiere al tipo de interés y el plazo de amortización); en segundo lugar, la reducción paulatina del límite de concesión de crédito a medida que vaya acercándose el vencimiento final, evita el riesgo que conlleva la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito bancario «convencional», que obliga al acreedor mantener abierta la cuenta durante el tiempo estipulado, permitiendo que el deudor pueda disponer de la totalidad del crédito hasta el último momento.

Como notas propias del “crédito abierto con garantía hipotecaria” la doctrina española señala las siguientes:

a) Existencia de una relación crediticia entre el cliente y una entidad de crédito, en el marco de la cual surgirán deudas a favor de esta última. b) En ocasiones, a fin de evitar que el banco tenga que proceder judicialmente contra su cliente en caso de incumplimiento, la cobertura del crédito se extiende, mediante la concesión de nuevo plazo, a obligaciones ya contraídas. c) Las deudas que vayan surgiendo se cargan en la cuenta corriente y, a partir de dicho momento, comienzan a devengar los intereses pactados en el contrato. d) Normalmente se pacta que sea el acreedor hipotecario quien decida, vigente el contrato, las deudas a cargar en la cuenta. e) Finalizado el plazo del contrato de crédito abierto en cuenta corriente, resultará un saldo —cero si el cliente no ha

³⁶El límite de la línea de crédito normalmente se determinará tomando un porcentaje del valor de latasación de la vivienda (el 75%, por ejemplo) y restándole el importe pendiente de amortizar de lo yadispuesto. Así, por ejemplo, si la casa vale 100.000US\$, y el deudor todavía debe al banco 40.000US\$ por su adquisición, podrá volver a disponer de los 35.000US\$ restantes (los cuales han sido devueltos ono se han dispuesto) (http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity_english.htm).

dispuesto del crédito o lo ha reembolsado— el cual será exigible el día del cierre, que es lo que asegura la hipoteca.³⁷

Lo característico del crédito abierto, sin embargo, no son sus disposiciones *recargables* (recordemos que la posibilidad de volver a disponer de lo amortizado también caracteriza la apertura de crédito en cuenta corriente bancaria o comercial o convencional), sino la forma en la que se procede a su devolución, pues, a diferencia de la cuenta corriente comercial, en la que el saldo adeudado se abona enteramente una vez líquido (es decir, lo dispuesto se devuelve íntegramente al final de cada período liquidatorio), la amortización del crédito abierto se efectúa mediante el pago de cuotas mensuales que comprenden amortización de capital e intereses

El contrato de “crédito abierto” se caracteriza por su unicidad causal, que se instrumenta por medio de una serie de obligaciones a cargo de las dos partes a lo largo de la vida del contrato. Dicha unicidad causal justifica el contrato en cuestión ante el principio de accesoriedad, en cuanto la hipoteca se constituye en garantía de la obligación de devolución del saldo resultante de la ejecución del contrato de cuenta corriente (y no de cualquiera de las disposiciones realizadas en el marco del mismo), obligación futura e indeterminada en cuanto a su importe. Por consiguiente, desde el punto de vista formal, conforme a los arts. 2186/87/89 del CCCN, a hipoteca aseguraría una cuenta corriente de crédito (aunque con un modo de amortización peculiar) como “hipoteca de máximo” y podría ser ejecutado por el acreedor si al vencimiento definitivo del término fijado no se hubiere reintegrado el saldo de la cuenta.³⁸

Desde el año 2000, la utilización del “crédito abierto” (*home equity line of credit*, o *HELOC*) ha sido bastante frecuente en los EE.UU, esta figura, basada en la idea de liquidez conseguida a cargo de un inmueble, tiene un uso bastante extendido; así, por ejemplo, se conoce como *home-*

³⁷BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.:*Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, págs. 21-22.<http://www.registradores.org/wp-content/revista/registradores/66/>

³⁸USINSKAITEALVYDA, Ob. Citada. Pag.76.

EquityKreditlinie o *hypotheken-kreditlinie* en Alemania, *hypothèque ouverte* en Francia o *atvirakreditolinija* en Lituania.

4.2 HIPOTECA FLOTANTE O GLOBAL.

Las entidades financieras, han ideado distintas variables para situaciones crediticias complejas así ha nacido como una figura autónoma, la llamada “hipoteca flotante” o global en el derecho español.

Esta figura ha sido clasificada, por la doctrina española, como una “hipoteca de seguridad” en contraposición con la “Hipoteca de tráfico” (la de garantía obligaciones clásicas o tradicionales) y de máximo, con los caracteres especiales de flotabilidad, indiferenciabilidad y globalidad.³⁹

La principal característica de esta hipoteca es que *garantiza una masa de créditos solo genéricamente identificados*. Los autores españoles señalan que “la cifra de responsabilidad hipotecaria sirve de garantía a una pluralidad de obligaciones, por ello se dice que la hipoteca «flota» entre las distintas obligaciones, por ser susceptible de asegurarlas indistintamente, sin fragmentación del máximo”.⁴⁰ La cuantía o el monto de la responsabilidad hipotecaria puede servir de garantía genérica (global) a una pluralidad de obligaciones presentes y/ o futuras.

Una hipoteca es *flotante*, entonces, cuando es susceptible de asegurar indistintamente diferentes obligaciones que se suceden en el tiempo, entre las que flota, va pasando de ser susceptible de garantizar unas obligaciones que se extinguen, a ser susceptible de garantizar otras.

³⁹BURGOS AVILA, Rafael *Análisis de La Hipoteca Flotante*. Universidad Pontificia de Comillas Facultad de Derecho, MADRID . Marzo 2017. <https://repositorio.comillas.edu/.../TFG-%20Burgos%20%20vila%2C%20Rafael.pdf?..>

⁴⁰CARRASCO PERERA Angel CORDERO LOBATO Encarna *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I: Garantías personales e Hipoteca. Editorial Aranzadi, Pamplona, Segunda edición, 2008, págs. 857-859

Frente a ello, la *indeferenciabilidad*, implica “que no existe una fragmentación de la cuantía de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas”.⁴¹

La *globalización* significa que en estas Hipotecas ” van a ser integradas en la cobertura en garantía un número indefinido de obligaciones, todas aquellas que coincidan con los criterios de integración en la cobertura que se hayan especificado en el título.. En otras palabras, es global porque según nazcan las obligaciones, pasarán a estar garantizadas por la hipoteca.”⁴²

Lo que garantiza una hipoteca global no es el saldo de la cuenta bancaria (o dicho de otro modo, la obligación —una sola— de reintegrarlo), sino las particulares obligaciones que sean probadas a su vencimiento, de modo que la cuenta ya no es el instrumento contable de una sola operación, sino potencialmente de muchas (y no necesariamente relacionadas entre sí). La extinción de alguno de ellos no implicaría la extinción de la hipoteca. Pero la ejecución (incluso parcial) de la hipoteca flotante determinaría su extinción total.⁴³

En consecuencia las obligaciones garantizadas pueden ser «de cualquier clase», y se podrían garantizar, incluso, créditos pertenecientes a varios acreedores, sea desde el acto constitutivo de la hipoteca, sea como consecuencia de la cesión o subrogación parcial en alguno de los créditos garantizados. Las obligaciones garantizadas pueden ser presentes o futuras, sin que sea necesario que tengan una conexión causal entre sí. Al lado de créditos futuros y/ o indeterminados, pueden garantizarse con la flotante créditos líquidos, vencidos y exigibles.

Sin lugar a duda, la admisión de la hipoteca flotante constituye una nueva muestra de la flexibilidad del principio de accesoriedad y de especialidad, pero en ningún caso significa su supresión. La vaga determinación de la obligación garantizada hace necesaria que el acreedor acredite el nacimiento de la obligación, así como su incumplimiento, pero, en

⁴¹BURGOS AVILA, Rafael, Ob Citada pgs.10

⁴²CARRASCO PERERA Angel CORDERO LOBATO Encarna. Ob Ciada pag 857

⁴³Idem pags 819 y 859

ningún momento podrá la hipoteca desvincularse de la obligación garantizada determinada tan sólo en cuanto a sus características básicas.

Para cumplir las exigencias del principio de accesoriedad, la garantía debe nacer para la seguridad de una obligación principal, y si ésta es todavía inexistente, debe estar lo suficientemente determinada (existir y ser identificable al menos en el plano hipotético) como para justificar la constitución de la garantía. Es decir, la posibilidad de garantizar obligaciones futuras puras —y ya no una, sino varias, sin que fuese necesario que tengan conexión alguna entre sí— será coherente con las exigencias del principio de accesoriedad en la medida en que las obligaciones objeto de la cobertura puedan considerarse posibles.

La accesoriedad de la hipoteca flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituir la en garantía de —todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor sin más precisión. Se hace imprescindible identificar, cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda.

La especialidad estaría respetada al ser necesario determinar las exigencias del art. 2189 del CCyC de precisar el montante hipotecario con el monto máximo garantizado y fijar un plazo que no exceda los diez años .

A pesar de apartarse considerablemente de las características de la hipoteca clásica, la flotante no puede ser equiparada a la hipoteca del propietario del derecho alemán, pues se constituye a favor de un determinado acreedor (o acreedores) para la seguridad de determinadas obligaciones. Si la cláusula de globalización identifica a estas de forma inequívoca, de modo que no queden dudas en cuanto al ámbito de la cobertura, cabe entender que la existencia (aun hipotética) de las obligaciones ha quedado lo suficientemente acreditada como para justificar la constitución de la garantía desde el punto de vista del principio de accesoriedad.

La figura tiene su origen en ordenamientos jurídicos de derecho comparado. De entre los sistemas continentales, aquellos que responden a un sistema causalista -con una regulación más estricta del principio de

accesoriedad⁴⁴ rechazan estas figuras; siendo los sistemas jurídicos abstractos los que las admiten como en Francia y en Alemania.⁴⁵

En los sistemas anglosajones existen figuras de efectos similares a la hipoteca flotante, pero son instituciones jurídicas diferentes por la escasa similitud de las instituciones del derecho continental y del anglosajón, aunque los negocios de créditos realizadas por los bancos tienden a asemejarse.

4.3 Analisis final.

Es muy ventajoso contar con la posibilidad de garantizar varias obligaciones con una sola hipoteca, puesto que disminuye los costos de las operatorias aseguradas, las que de otro modo, requerirían la formación de una hipoteca para cada una de ellas. Asimismo, acelera la entrega de los préstamos otorgados al deudor, lo cual en la hipoteca clásicas desde que es solicitado hasta la efectiva entrega del dinero, transcurre un tiempo considerable.

Las dos figuras analizadas (La hipoteca en garantía de créditos abiertos y la hipoteca flotante) requieren una regulación de sus requisitos a fin de que no se produzcan excesos en su utilización en perjuicio de los posibles tomadores del crédito y consecuentemente deudores. En primer lugar en el derecho comparado en este tipo de negocios creditorios se exige que el acreedor únicamente pueda ser una entidad bancaria o crediticia, debido, sobre todo, a las reglamentaciones legales, bancarias, impositivas, administrativas y financieras que estas entidades se encuentran obligadas a cumplir. Asimismo para protección a los derechos del consumidor bancario, es de tener en consideración que el acreedor debe estar obligado a la evaluación de la solvencia del deudor y al deber de brindarle toda la información, sobre todo de las condiciones para cualquier nueva operación que pretenda quedar

⁴⁴Como Italia y Portugal

⁴⁵El sistema Francés es un sistema considerado causalista, pero en el año 2006 mediante una reforma legislativa se admitieron las hipotecas recargables (o de crédito abierto) y las flotantes, lo que, al decir de algunos autores, su sistema hipotecario se ha vuelto más abstracto.(AZOFRA VEGAS (Tesis Doctoral: La hipoteca flotante, 2014, pág. 58 y ss.).

amparada en las hipotecas, así el deudor podrá decidir concertar la operación o contraer nuevo crédito hipotecario con otro acreedor.

Estas nuevas figuras implican un gran compromiso y concientización de los operadores del derecho, en el preámbulo de la Ley española 41/2007, ya mencionada, podemos leer “La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios....., de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes”.

BIBLIOGRAFIA

- ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel (2015). Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”). Buenos Aires: La Ley. Derecho Civil Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. ISSN 0075-7411 167
- ALTERINI, Jorge Horacio. Versión taquigráfica de la disertación pronunciada por el autor en el simposio Profundizado sobre La actividad bancaria. Su relación con el Derecho y la función notarial, 1991,

Delegación La Plata del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

- AZOFRA VEGA, Fernando. La hipoteca Flotante” Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho 2015
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena .: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, <http://www.registradores.org/wp-content/revista/registradores/66/>
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *Hipoteca flotante*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 685, septiembre - octubre de 2004, págs. 2510-2526.
- BORDA Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales Buenos Aires 1975
- BORETTO, Mauricio. Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil). Buenos Aires: La Ley. 2002 C 1150.
- BORETTO Mauricio La regulación de los caracteres de la hipoteca en el Código Civil y Comercial. LA LEY 19/06/2018, 19/06/2018, 5. Cita Online: AR/DOC/1223/2018
- BURGOS AVILA, Rafael *Análisis de La Hipoteca Flotante*. Universidad Pontificia de Comillas Facultad de Derecho, MADRID . Marzo 2017. <https://repositorio.comillas.edu/.../TFG-20Burgos%20A%20vila%2C%20>
- CANO TELLO Celestino *Iniciación al Estudio del derecho Hipotecario* Editorial Civitas MADRID 1982
- CAPON FILAS Mario Jose y BARBERO Omar Hipoteca constituida en garantía de obligaciones eventuales, en J.A. 1974-22-561
- CARRASCO PERERA Angel, CORDERO LOBATO Encarna *Tratado de los Derechos de Garantía*, Tomo I: Garantías personales e Hipoteca. Editorial Aranzadi, Pamplona, Segunda edición, 2008.
- CAUSSE , Jorge y CAUSSE, Federico. Las garantías reales en seguridad de créditos indeterminados y en principio de accesoriedad en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Proyecto 2010. Derecho PEN191/2011. Revista del Notariado n° 914.

- CHICO Y ORTIZ Jose Maria Estudios Sobre Derecho Hipotecario. T° II 2° Edicion actualizada y úesta al día. Marcial Pons Libreto Editor Madris 1989.
- CIFUENTES Santos, Codigo Civil comentado y anotado. Art. 3109, T° III, Ed. La Ley Bs As. 2004.
- COSSIO Y CORRAL, Alfonso . Instituciones de Derecho Hipotecario. Ed. Civitas Madrid 1986
- DODDA, Zulma (2012). “Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca”, en: SJA 2012/10/17-21; JA 2012-IV.
- DODDA, Zulma A., Derechos Reales de Garantía, Comentario al artículo 2186, en Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, 1° ed. Tomo 7, pág. 490. Editorial Astrea- Fundación Editora Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.
- DODDA, Zulma y URBANEJA, Marcelo (2012). “Relación entre las ejecuciones hipotecarias y el registro inmobiliario en Argentina”, en: Revista Notarial. Buenos Aires. 972-2012.
- FRONTINI Elba Maria de los Angeles y otrs. Hipotecas abiertas. Hipotecas y domino desmembrado Rango hipotecario. Revista Notarial . 2005 951.
- GATTI, Edmundo. Derechos Reales De Garantia Legislados En El Codigo (Consideraciones en torno a un breve análisis comparativo)- Clases Versiones taquigráficas. Facultad de Derecho UBA 1959- <http://bibliotecadigital.uba.edu.ar/repositorio/deecho>. versión PDF
- GATTI, Edmundo. ALTERINI Jorge H. El derecho Real Elementos para una Teoria General- Reimpresion- Abeled- Perrot- Bs As. 1990
- GARCÍA CONI, Raúl. *Principio de especialidad de la hipoteca*, Revista del Notariado N° 784, pág. 1237.
- GARCÍA CONI, Raúl; FRONTINI, Ángel A. *Derecho registral aplicado*, segunda edición, capítulo 13, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- GÓMEZ, Jorge Arturo (1999). La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias. Buenos Aires: La Ley. F.926.
- GOMEZ, Jorge. La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias en L.L. 1999-F-926

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ., Jeronimo.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, t. I (Derecho Hipotecario), Ed. Civitas, 2ª edic., 2009
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «*Comentario al art. 1825 en Comentario del Código Civil*», en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 2ª edic., Madrid, 1993, a travez del enlace <http://0lex.com.cisne.sim.ucm.es/vid/hacia-nuevoderechohipotecario-212959221>.
- HIGHTON, ELENA Hipoteca: La especialidad en cuento al crédito- Ediciones Juridicas Ariel Buenos Aires 1981.
- KIPER Claudio Manual de Derechos Reales. Codigo Civil y Comercial de la Nacion Ley 26994- Rubinzal –Culzoni Editores. Bs As.2016
- LAFAILLE Hector, ALTERINI Jorge Horacio- Derecho Civil. Tratado de los derechos Reales- 2º Edicion Actulizada y Ampliada Le Ley . Ediar Bs As. 2010
- MARIANI de VIDAL, Marina Curso de Derechos Reales- Tº 3 Zavalia Buenos Aires 1995-
- MARIN PEREZ Pascual. Instruccion al Derecho Registral. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid
- MOLINARIO, Alberto D. *De la pretendida e inexistente “hipoteca abierta” en el derecho positivo argentino*, Jurisprudencia Argentina 1972, Doctrina, págs. 1-13.
- MOLINARIO, Alberto D. *Las hipotecas abiertas en el derecho civil argentino*, Revista Notarial N° 870, pág. 1219.
- PAPAÑO, Ricardo J. Y ots. Derecho Civil. Derechos Reales- Tomo 2, 2º Edición -Editorial Astrea Buenos Aires 2004-
- PUERTA DE CHACON Alicia, Comentario Art. 3108 Tº 12 en Codigo Civil y Leyes complementarias Anotado y Concordado. Director Eduardo Zanoni. 1 Edicion Editorial Astrea Bs As. 2009
- PUIG BRUTAU, JOSE.”Fundamentos de derecho civil, “ Tº III Civitas, Barcelona 1974
- RIVERA Julio C. Contratos Bancarios con garantía real, en L.L. 1980-B-854
- ROCA SASTRE Ramon Maria Derecho Hipotecario Derdho Hipotecario sexta Edicion T IV-2º Editorial Bosch Barcelona 1968

- SALVAT Raimundo. Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales. T° III- Imprenta Balmes Bs As. 1946
- URBANEJA, Marcelo. E. Metodología y parte general [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/metodologia-parte-general-urbaneja.pdf>
- USINSKAITE ALVYDA. *Garantía Hipotecaria De Obligaciones Futuras: Principios Clásicos Y Formas Contractuales Modernas* Universidad Complutense de Madrid Facultad de Derecho- eprints.ucm.es/13877/
- VALLET DE GOYTISOLO Juan B. Estudios sobre Garantías Reales. Segunda Edición. Editorial Montcorvo s.A. Madrid 1984.
- WOLFF, Martín y otros Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas. 3 ed. (traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), T. III. V. 1. Barcelona: Bosch, p. 14. Ponencias

JURISPRUDENCIA

- TS Córdoba Sala Civil y Com., 13/11/2009, “Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c. Gómez Ángel Alberto” [on line]. Disponible en: AR/JUR/66873/2009 [Fecha de consulta: 03/03/2016].
- Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, 21/04/1192, “Banco Edificador de Trenque Lauquen v. Electricidad Los Vascos SRL y otro”, Juba sum. B2202607;
- C. Nac. Civ., Sala J, 15/09/2005 “Verardo, Alberto Ángel y otro v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA”, La Ley, 2006-C-588.
- Suprema Corte Justicia de Mendoza, sala 1, 27/5/1983, ED 122 [1987], p. 662. CNCiv., Sala K, 21/12/2006, “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c. Navalya S.A.”, La Ley 17/09/2007, C.111, 826.
- Suprema Corte Buenos Aires, “Mar del Plata Golf Club c. Dalfarra, Elda Amanda”, C.91.162 [on line]. Disponible en: AR/JUR/43399/2009 [Fecha de consulta: 15/03/2016].
- CNCom, Sala A, 17/04/1985, “PogsSA v. Banco del Oeste SA”, La Ley, 1986-B-614 S 37-211.

- Cám. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 30/04/1998, “Rubinsky, Herman”, JA 2001-IV. CNCiv., Sala J. 15/09/2015, “Verardo, Alberto A. y otro c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.” [on line] Disponible en: AR/DOC/1901/2006
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB): 18/04/2018 YPF SA c. Distribuidora Sur SA s/ ejecución hipotecaria Publicado en: LA LEY 11/06/2018, 11/06/2018, 9 LA LEY 19/06/2018, 5 Cita Online: AR/JUR/15283/2018

PÁGINAS WEB Y ENLACES

<http://beck-online.beck.de>

www.bde.es

www.boe.es

www.ine.es

www.vlex.es

www.westlaw.es

http://portal.lacaixa.es/prestamoshipotecas/hipotecaabierta_es.html

http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed_and_floating_charges.shtml

http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity_english.htm

http://www.ipc.nsw.gov.au/lawlink/lrc/ll_lrc.nsf/pages/LRC_r107chp08

http://www.mtgprofessor.com/a%20-20second%20mortgages/what_is_a_heloc.htm/

www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/francisco-sena/propiedad-2/hipoteca/hipoteca-en-garantia-de-obligaciones-futuras/

AUTORAS:

ELBA MARIA FRONTINI Notaria Reg 54 Gral Pueyrredon- Pcia de Bs As

MARIELA GATTI Notaria Reg. 92 Gral Pueyrredon –Pcia