



***Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación.
C.F.N.A.***

2017 – 60º Aniversario de la Fundación

*XVIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XIX Jornada del Notariado Novel del
Cono Sur
San Salvador de Jujuy, 23 al 25 de noviembre 2017.*

TEMA 2

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

I.-) El Principio de Accesoriedad y de Especialidad en cuanto al crédito a la luz de las reformas introducidas por la Ley 27.271. Los derechos reales de garantía y las obligaciones de valor. II.-) **HIPOTECA.** El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio. Extensión del privilegio en la legislación vigente. Régimen jurídico aplicable a las denominadas hipotecas abiertas. Hipoteca de superficie. Alcances. III.-) **ANTICRESIS.** Anticresis sobre inmuebles. Forma. Aplicación práctica. Ventajas y desventajas. Privilegios del crédito garantizado.

-Coordinadora Nacional:

Fernanda Noelia ALMADA HEREDIA, Email:
fernanda_almadaheredia@yahoo.com.ar (Catamarca)

-Subcoordinadora Nacional:

Lucía PUJOL – Email: luciapujol@hotmail.com.ar (Sta. Fe, 2da.Circ.)

PAUTAS NACIONALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Éste año, en el XVIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XIX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, trataremos un tema muy importante para el Notariado, que forma parte de nuestro quehacer diario y es además un instrumento para el crecimiento de particulares y empresas, y con ello, de la economía de nuestro país.

A continuación, haremos una breve referencia a los temas propuestos para desarrollar las ponencias, instándolos a permitirse dudar de todo lo escrito, ya que eso generará en cada uno de ustedes, el deseo de investigar en profundidad, con la mente abierta para desarrollar ideas, conceptos y soluciones superadoras que serán beneficiosas a la ciencia del derecho.

El Código Civil y Comercial de La Nación, en su título XII, dedicado a los derechos reales de garantía, comienza con el tratamiento de las disposiciones comunes a la hipoteca, prenda y anticresis. En éste capítulo se regula lo relativo a los caracteres tales como convencionalidad, accesoriedad, indivisibilidad, la extensión en cuanto al objeto y al crédito, la subrogación real y normas referidas a la ejecución de las garantías, entre otras.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60° Aniversario de la Fundación

El Código actual entró en vigencia el 1° de agosto de 2.015, obteniendo grandes elogios por su moderna técnica legislativa y por haberse adecuado tanto en lenguaje, como en su contenido, a las necesidades de la sociedad actual; un ejemplo de ello es la consagración legislativa de las garantías reales sobre créditos indeterminados (art.2187); sin embargo, en la materia que nos ocupa, también desató grandes críticas por la deficiente redacción del artículo 2.189, al permitir interpretar que, sin distinción alguna, el monto del gravamen era el monto máximo por el que respondía la garantía, incluyendo capital, intereses, costas, multas y todo otro concepto. Ello implicaba, fatalmente, encarecer gravosamente los costos para la constitución de los derechos reales de garantía, pues el acreedor debía consignar un monto que comprendiera todos esos conceptos, más las variaciones inflacionarias de nuestra economía para poder estar cubierto, y el deudor, pagar sellados, tasas y honorarios por un monto que quizás nunca llegaría a adeudar.

Así llegamos a la primera reforma del C.C.y.C.N., con la Ley 27.271, publicada en el boletín oficial el 15/09/2.016, que modificó el cuestionado art. 2.189, estableciendo una clara distinción entre las hipotecas que garantizan créditos determinados, a las cuales se le aplica el art. 2193, estimándose sólo de modo provisorio, el monto cubierto por la garantía, de las llamadas hipotecas abiertas (también puede tratarse de prenda o anticresis abierta), en las cuales, el principio de especialidad en cuanto al crédito se considera satisfecho con la indicación del monto máximo garantizado por todo concepto y por el plazo, también máximo, de 10 años, salvo los créditos nacidos durante su vigencia, en los que la estimación es definitiva.

Una parte de la doctrina sostuvo desde un principio que esa era la interpretación que debía darse al anterior 2.189, entre ellos el Dr. Alterini (Alterini, 2.015 -E), quien además sostiene que no pueden quedar dudas respecto de que la determinación del crédito hace al principio de especialidad en cuanto al crédito y no al principio de accesoriedad. Todo crédito es accesorio de un crédito, sea éste determinado o indeterminado, pues sin el crédito la garantía carece de su razón de ser y no puede existir en nuestro derecho en virtud del art. 1884.

Ley 27.271, revivió el viejo debate jurídico sobre las deudas de valor y las deudas de dinero, al crear un mecanismo para el otorgamiento de créditos hipotecarios a largo plazo, destinados a la adquisición, construcción y ampliación de viviendas, basado en el valor de la unidad de vivienda actualizable, según el índice de costo de la construcción para el Gran Buenos Aires que publica el INDEC para la vivienda unifamiliar. Luego, se dictaron normas y comunicaciones por parte del Banco Central para modificar el nombre dado.

A raíz del mecanismo utilizado por la ley 27.271 y teniendo en cuenta que la ley 23.928, en su artículo 7° prohíbe la *“actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no*



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60º Aniversario de la Fundación

mora del deudor”, es que han surgido voces que cuestionan la validez de la ley 27.271, mientras otros la defienden basados en la interpretación al art. 772 del C.C.Y C.N. referido a las deudas de valor. Instamos a los colegas a profundizar sobre éstos temas apasionantes por su riqueza e importancia.

HIPOTECA

La hipoteca es el derecho real de garantía más aplicado por el Notariado argentino. La sanción de la Ley 26.994, ha logrado ponerle punto final a ciertos debates históricos e iniciar nuevos.

Podemos destacar, como avances en relación a la legislación anterior los siguientes ítems: a) La claridad con la que se reconoce la posibilidad de constituir hipoteca sobre parte indivisa y la correlativa facultad del acreedor para ejecutar la garantía, sin tener que esperar el resultado de la partición; aclarando, que le es inoponible al acreedor, la partición extrajudicial que realicen los condóminos sin su consentimiento expreso; b) La consagración legislativa de las llamadas “hipotecas abiertas” o de “créditos indeterminados”, sobre las cuales nos explayaremos en breve; y c) La posibilidad de hipotecar el derecho de superficie. Finalmente la reforma introducida por la ley 27.271 vuelve a abrir el debate y desatar las críticas de la doctrina, al haber modificado el plazo de caducidad de la inscripción registral de la hipoteca, elevándolo de 20 años a 35 años si antes no se renueva.

Respecto al plazo de la hipoteca, debemos diferenciar claramente lo siguiente:

1) El crédito puede constituirse por cualquier plazo, aún los créditos indeterminados siempre y cuando, nazcan dentro de los diez años de constituida la hipoteca.

2) La hipoteca, como derecho real accesorio que es, subsiste mientras subsista el crédito o hasta que se extinga el gravamen por renuncia o extinción del derecho real de dominio que era revocable, o por la subasta.

3) La caducidad de la inscripción registral, esto es, de los efectos de oponibilidad frente a terceros interesados y de buena fe, se produce a los 35 años si antes no se renueva. Lo dicho, no es aplicable a quienes participaron del acto, ni frente a quienes conocían o debían conocer la existencia del derecho real, para quienes el gravamen es oponible mientras subsista, pues siempre la inscripción es declarativa y no constitutiva del derecho. Por otro lado, el plazo mencionado, tampoco es aplicable a las hipotecas constituidas a favor de aquellas entidades que tiene un régimen especial, como el que estatuye la carta orgánica del Banco Nación Argentina o la ley 22.232 del Banco Hipotecario, entre otros; en estos casos, la hipoteca es oponible hasta la cancelación del crédito.

El artículo 2210 del C.C. y C.N., también fue modificado por la ley 27.271 que impulsa y promueve el otorgamiento de créditos para la vivienda única, alentado su



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60º Aniversario de la Fundación

otorgamiento por 35 años. Con el fin de compatibilizar dicho plazo con los efectos de la inscripción registral, el plazo de caducidad fue elevado de 20 a 35 años. Sostiene la doctrina que hubiera sido mejor disponer que no le sea aplicable el plazo de caducidad del C.C.y.C.N. a los créditos con hipoteca que se otorguen en el marco de esa ley; sin embargo no fue ese el criterio seguido y, a raíz de tal normativa, los registros de la propiedad han dictado normas totalmente opuestas para tratar aquellas hipotecas que no estuvieren caducas al 15/09/2016. Así, por ejemplo, la DTR 17/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires estableció, sobre la base del primer párrafo del art 7mo del C.C. y C.N., que el nuevo plazo de caducidad es aplicable a todas aquellas relaciones jurídicas que se encuentren vigentes al 31/09/2016, salvo para aquellos organismos a cuyo favor la inscripción no caduca; mientras que, la disposición conjunta N° 1 de Mendoza, fundándose en el mismo art. 7° del C.C.C.N, pero segundo párrafo, determina que la inscripción de las hipotecas registradas antes de la entrada en vigencia de la ley 27.271, conservan el plazo de caducidad de 20 años, mientras que las registradas con posterioridad a esa fecha, caducarán a los 35 años. Se invita a los colegas a estudiar en profundidad el problema derivado de la falta de criterio unánime y a sugerir soluciones.

En relación a otro de los subtemas propuestos para éstas jornadas (La extensión del privilegio en la legislación vigente Régimen jurídico aplicable a las denominadas hipotecas abiertas), haremos una breve referencia. Sugiriendo un profundo estudio al respecto.

Con la reforma introducida al art. 2189, se disiparon las dudas respecto a la interpretación que debía hacerse, triunfando aquella doctrina que entendía que ese artículo era aplicable exclusivamente para las hipotecas abiertas y el art. 2193 aplicable a las hipotecas que garantizan créditos determinados.

Así, tratándose de créditos determinados, el gravamen se estima de modo provisorio y su monto o cuantía podrá variar según la suerte que haya sufrido el crédito al momento de ejecutarse, gozando por imperio del art.2583 de un privilegio especial en la ejecución que cubrirá el monto resultante del capital, los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y aquellos que se generen durante el juicio y las costas.

Tratándose de hipotecas abiertas, es decir, aquellas que garantizan una serie de créditos que pueden o no existir al momento de la constitución del gravamen y pueden surgir de diversas causas-fuente, a favor de un acreedor determinado, por un monto máximo y un plazo cierto, el monto del gravamen estipulado es el definitivo, y cubrirá con privilegio especial el capital, los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y aquellos que se generen durante el juicio y las costas,



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60° Aniversario de la Fundación

siempre y cuando la liquidación de esos conceptos no supere el monto máximo del gravamen, pues si lo supera, las sumas excedentes, serán quirografarias.

Ya adentrándonos en la hipoteca de superficie y sus alcances, diremos que el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 2206, contempla dentro de los sujetos legitimados para constituir hipoteca, a los titulares de derecho de superficie.

El derecho de superficie otorga a su titular la facultad de uso, goce, y disposición material y jurídica del derecho de construir, plantar, forestar o sobre lo plantado, construido o forestado. Como advertimos, aquí el objeto del derecho real puede ser justamente, un derecho o una cosa (la propiedad superficiaria). La aparente falta de contemplación de éste supuesto ha llevado a los autores de la doctrina a realizar críticas al concepto de Hipoteca del 2205, pues solo menciona a “uno o más inmuebles”.

Respecto de una parcela afectada a derecho real de superficie, puede constituir hipoteca tanto el titular del dominio, como el superficiario e incluso el titular del derecho de propiedad horizontal constituida sobre la superficie.

El derecho real de superficie es un derecho temporario, que no puede exceder de 70 años si se trata de construcciones o 50 si es para forestar o plantar y además puede estar sujeto a modalidades; por ello, una vez cumplido el plazo, el propietario hace suyo lo construido, plantado o forestado y lo recibe libre de aquellos derechos reales que pudo haber constituido el superficiario. Por el contrario, si el derecho de superficie se extingue por otras causas (renuncia, abandono, desuso, consolidación, etc), los derechos reales constituidos, seguirán existiendo hasta el cumplimiento del plazo. Invitamos a estudiar los efectos según cada causa de extinción del derecho real de superficie, especialmente si se da por cumplimiento de una condición resolutoria.

En caso de que la ejecución se produzca estando vigente la superficie o los derechos sobre la misma, el adquirente tendrá los mismos derechos y deberes que el superficiario, según surjan del título de constitución.

Uno de los principios que se deben cumplir en materia de derechos reales, y especialmente de derechos reales de garantía, es el principio de especialidad en cuanto al objeto.

El Código hace especial hincapié en ello, tanto en el artículo 2188 que forma parte de las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía, como en el artículo 2209, agregando que: *“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”*.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60° Aniversario de la Fundación

El Derecho de superficie, por su parte, puede constituirse sobre todo un inmueble o sobre una parte material determinada. En éste último supuesto, cabe mencionar que existen provincias que admiten la constitución del derecho de superficie sobre parte material mediante la presentación de un croquis, mientras que otras exigen, basadas en el artículo 1° de la ley 26.209 y por tratarse el derecho de superficie de un objeto territorial legal, que se presente un plano o documento equivalente registrado en el organismo catastral correspondiente. En ambos casos y ante eventuales impugnaciones, debemos tener presente que el artículo 2190 aclara que la constitución de la garantía real será válida aunque falten especificaciones del objeto y el crédito, siempre que se pueda integrar de acuerdo al conjunto de enunciaciones que contenga el acto constitutivo.

ANTICRESIS

Este derecho real es de casi nula aplicación práctica en nuestro país. Sin embargo, el legislador no quiso eliminarlo, sino por el contrario, se preocupó por brindar herramientas para su aplicación, y entre ellas incluyó en su objeto a los bienes muebles registrables; se permite que la cosa se entregue a un tercero designado e incluso, que se dé el locación; pudiendo el usufructuario también constituir derecho real de anticresis, aunque se excluyó a los titulares de derechos reales de conjuntos inmobiliarios.

Respecto de la forma, siempre que se trate de inmuebles, deberá efectuarse por escritura pública; tratándose de bienes muebles registrables, deberá estarse a la legislación específica. Recomendamos analizar su aplicación para el caso de automotores, maquinarias agrícolas, buques y aeronaves, en donde la forma impuesta no es la escritura pública.

También resulta interesante el estudio de las facultades, deberes y obligaciones que tiene a su cargo cada parte, especialmente el acreedor anticresista, resaltándose la importancia de redactar con claridad las estipulaciones acerca del procedimiento para la rendición de cuentas y el análisis de la procedencia o no del ejercicio del derecho de retención sobre la cosa para el caso de incumplimiento.

Los Notarios debemos reforzar y actualizar permanentemente nuestros conocimientos en la materia, a fin de saber cómo y cuándo podemos valernos de las garantías reales y estar preparados para asesorar e instrumentar los negocios jurídicos de modo correcto, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica. Está en nosotros pensar la manera de darle vida a las figuras jurídicas en desuso, como la anticresis, ampliando de ese modo nuestro margen de actuación. Ello sólo se logrará, conociendo de un modo preciso las ventajas y desventajas que ésta figura ofrece en relación a otras figuras como la hipoteca, la prenda con registro, hipoteca naval, etc.



Consejo Federal del Notariado Argentino - Federación. C.F.N.A.

2017 – 60º Aniversario de la Fundación

Estamos seguros de que éste año se presentarán excelentes ponencias. Una vez más los invitamos a estudiar, pensar y volcar en sus trabajos el resultado de éste hermoso proceso de aprendizaje y creación del derecho que logramos entre todos.

Bibliografía sugerida

- ABELLA, Adriana, “Hipoteca. Garantía de cuenta corriente. Plazo” en Cuaderno de Apuntes Notariales n° 146, Febrero de 2.017, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- ALTERINI, Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel, “Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados (“cerrados”) e indeterminados (“abiertos”), publicado en LA LEY 05/10/2015,1.
- ALTERINI, Jorge Horacio e Ignacio Ezequiel, “Ahorro, crédito de valor e hipoteca. Primeras reformas al Código Civil y Comercial”, Publicado en LA LEY 03/10/2016.
- BONO, Gustavo A. Puerta Chacon, Alicia, “La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código” pag. 5, cita online AR/DOC/4997/2012, publicado en LA LEY, 2012-E, 1233.
- CAUSSE, Jorge Raúl “ La especialidad en cuanto al crédito en materia hipotecaria a partir de lo sancionado por la ley 27.271” en LXXII Seminario Teórico- Práctico Laureano Aturo Moreira, Bs. As., 17 y 18 de Noviembre de 2.016.
- CONCLUSIONES 39 Jornada Notarial Bonaerense del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, realizadas en la ciudad de Mar del Plata del 25 al 28 de Noviembre del año 2015.-
- D’ALESSIO, Carlos Marcelo (Director) “Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos, y privados”, Tomo II, La Ley, Bs As, 2015.
- DODDA, Zulma Aurora “Proyecto de unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca”, JA-2012, tomo IV, 1308.-
- DODDA, Zulma Aurora en “Código Civil y Comercial de la Nación” Comentado, Anotado y Concordado. Coordinador: CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. Tomo 7, ASTREA FEN, 2015
- FRANCHINI, María Belén “El principio de especialidad en los derechos reales de garantía, el plazo de inscripción de la hipoteca y otras consideraciones en torno a la ley 27.271” Publicado en ADLA2016-33,73.
- FRANCHINI, María Florencia en ALTERINI, Jorge H “Código Civil y Comercial Comentado”. Tratado exegético. Tomo X, dirigido por Nelson Cossari, LA LEY, Bs As, 2015.-
- ITURBIDE, Gabriela A. “Las garantías ene l derecho privado”. La Ley 04/04/2.017.
- KIPER Claudio, “Tratado de derechos reales- Código Civil y Comercial de la Nación- Ley 26.209” Tomo II. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.016.
- MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELA, Adriana “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”. Zavalía C.A.B.A. 2.016.