

Introducción:

La ciencia jurídica no es estática, como no lo es ninguna ciencia que evoluciona conforme lo hace la sociedad a lo largo de su existencia. Lo que hoy es aceptado quizás antes no lo era y viceversa. Esto, que parece una verdad de perogrullo, no lo es tanto, si se tiene en cuenta la inmensa cantidad de situaciones en las que la realidad de la época plantea un escenario distinto al que contemplaban los textos legales.

Avanzando en el tiempo, nos encontramos actualmente que, las nuevas tecnologías, el comercio dinámico y la celeridad de las operaciones entre particulares requieren de una respuesta por parte del mundo del derecho acorde a esas exigencias. Desde el punto de vista que nos toca, motivo del desarrollo del presente trabajo, tiene sentido hablar, entonces, de aquellos mecanismos e institutos que han tenido su origen a consecuencia de lo expresado anteriormente; y es entre ellos donde nos encontramos con la figura que motiva la presentación nuestro tema: las hipotecas abiertas, o como bien las denomina gran parte de la doctrina actual, “*hipotecas en garantía de créditos indeterminados*”.

Entonces, ¿de qué hablamos cuando hablamos de esta modalidad de garantía crediticia? En sentido amplio, se utiliza el nombre de hipoteca abierta para dejar de manifiesto que el derecho real de hipoteca garantiza el cumplimiento de créditos eventuales o futuros. Se las denomina comunmente bajo el término “hipoteca abierta”, “de máximo”, o “que asegura créditos indeterminados”.

Sucedee que, ante la imposibilidad de individualizar cada uno de los créditos al momento del contrato constitutivo, siendo que ellos aún no han nacido, los mismos son catalogados como “indeterminados o futuros”.

La diferencia con la hipoteca comúnmente conocida o tradicional, es que ellase constituye en seguridad de un crédito determinado y claramente establecido en sus elementos desde el momento de la constitución del gravámen. Se las ha denominado como “hipoteca cerrada”, “propriadamente dicha” o “determinadas en el origen”¹.

La postura de la doctrina y jurisprudencia frente a la eficacia de las garantías

¹ Alberdi Imas, L. (2016) “Revista Anales de la Fac. de Cs. Jur. y Soc.,” UNLP, año 13 / N° 46 – 2016.

hipotecarias que aseguran créditos globales no fue pacífica. El Código velezano, con respecto al derecho real de hipoteca, únicamente contemplaba la posibilidad de constituir la hipoteca tradicional, pues, como sostenía la doctrina tradicional, sólo mediante ellas se cumplía con los preceptos legales necesarios para la validez de la garantía. Esto traía como consecuencia que las hipotecas abiertas quedasen catalogadas como nulas y violatoria del principio de especialidad en cuanto al crédito, aunque como contrapartida se incrementaba su utilización en la práctica.

El transcurso del tiempo ha dejado en evidencia que, una vez más, las épocas cambian y también lo hacen las leyes e interpretaciones de ellas; y en buena hora que así sea, pues lo que realmente torna apasionante el ejercicio de toda actividad relacionada al derecho es la constante “actualización” y búsqueda de respuesta a las situaciones que van apareciendo entre nosotros.

Actualmente, estamos en condiciones de afirmar que la existencia y utilidad de dichas hipotecas es innegable, máxime si nos apoyamos en las disposiciones incorporadas en nuevo Código Civil y Comercial y las que surgen de normas complementarias.

Fundamento:

La temática a analizar resulta interesante, ya que no fue una cuestión más dentro del derecho, pues marcaba una nueva tendencia para la constitución de garantías hipotecarias, que la que concebía la concepción tradicional. No quiere decir esto que tuvieran la verdad absoluta quienes eran férreos defensores del instituto, ni que la tuvieran aquellos que negaban enfáticamente su aplicación. Creo, en mi opinión, que más allá de las posturas válidas que tuviera cada sector de la doctrina, existía una realidad concreta: las hipotecas abiertas existían cada vez en mayor número y eso no se podía obviar, aunque no tuvieran regulación expresa en el ordenamiento vigente.

Habiéndose expuesto lo que antecede, aclaramos que hasta aquí sólo se ha hecho referencia de forma general e introductoria a la problemática suscitada en torno a las hipotecas abiertas, profundizándose sobre ello y en la perspectiva actual a partir del año 2015, una vez situados dentro del contenido específico de nuestra investigación. Con anterioridad a la sanción del CCCN, la realidad práctica demostraba que cada vez era más frecuente la utilización de la modalidad de hipotecas abiertas y contar con una regulación específica se volvía fundamental. El derecho no puede desconocer los avances y cambios sociales que se van produciendo. Estamos en un mundo globalizado, tecnológico y que pregona por la simplificación normativa en diversas actividades (más aún en el ámbito comercial y financiero). Ante tal panorama, la hipoteca indeterminada no podría quedar relegada, máxime en la actualidad donde encuentra sustento legal en concreto que anteriormente no existía.

Albert Einstein decía: *“Para que cualquier cosa suceda primero hay que hacer algo”*. Aplicando tal razonamiento a la temática que plasmaremos en el presente trabajo podemos concluir que finalmente se hizo algo. Ese “algo” consiste en haber sabido reflejar lo que la sociedad de nuestros días y un sector de la doctrina reclamaban: dar marco regulatorio a esta modalidad de constituir garantías hipotecarias en el CCCN, con sus posteriores modificaciones. Por supuesto que, como todo cambio, conlleva un tiempo de adaptación y adecuación, aunque ello no quiere decir que sea desventajoso. Si existe un cambio es porque se hizo “algo” para dar solución a una disputa que llevaba años sin resolverse. No es casualidad

que el actual código de fondo, caracterizado por ayornarse en general a la realidad socio-económica en la que vivimos, traiga consigo una respuesta sobre el tema que aquí abordamos, pues no podía estar ajeno a tal circunstancia.

Quedará en la visión de cada uno las consideraciones acerca de eficacia o ineficacia de las hipotecas abiertas; pero ya ahora lo será con un parámetro establecido por la propia ley de fondo que no puede obviarse. La incorporación del instituto no implica necesariamente que su presencia en el campo del derecho no siga siendo controvertida. Nos queda camino por recorrer en la materia, pues como dijera el Dr. Boretto *“las hipotecas abiertas resultan ser un tema urticante”*²

A raíz de dichas apreciaciones, se halla el fundamento de la elección para abordar esta temática a lo largo de nuestra presentación.

²Boretto, M. (2002) *“Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*, Publicado en La Ley 2002-C, 1150.-

Objetivos:

Con el objetivo de que el lector conozca de antemano sobre lo que hemos de trabajar, proponemos brindarle referencia sobre la estructura del presente trabajo: estudiaremos, en primer término, los orígenes de la hipoteca en la antigua Roma, su utilización también en el marco de la Grecia antigua, y más contemporáneamente, cómo era la situación, en el derecho patrio.

Luego, abordaremos nuestro estudio desde el punto de vista del derecho comparado, analizando diferentes legislaciones extranjeras y sus rasgos distintivos en referencia a la hipoteca. Esto permitirá conocer no sólo lo que ocurre en nuestro derecho, sino también en otros países con el objetivo de ampliar nuestro tratamiento respecto al tema escogido.

Situándonos ya específicamente en el tema seleccionado, esto es las hipotecas abiertas o indeterminadas en su origen, explicaremos cómo era la situación respecto a ellas, con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación. Esto abarcará las corrientes doctrinarias que negaban toda eficacia y validez a este tipo de hipotecas, como también las que aceptaban su aplicación y les reconocían utilidad práctica. Estudiaremos las disposiciones legales plasmadas en el Código Civil derogado de Velez Sarsfield, así como también jurisprudencia y doctrina referida a la temática.

Por último, explicaremos cómo se dio el reconocimiento de la mencionada modalidad de hipotecas a partir de la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación en agosto del año 2015, junto con el análisis sobre los postulados y conclusiones de las diferentes Jornadas vinculadas a la materia, jurisprudencia y doctrina.

Solo resta por agregar que para el desarrollo del presente hemos trabajado sobre la base de doctrina seleccionada, jurisprudencia, jornadas de derecho civil, notarial y congresos vinculadas a la temática escogida, entendiendo que el complemento de todo ello permite un mejor tratamiento del tema que nos compete.

“Una Nación es finalmente la suma de todos los individuos particulares, y según los individuos particulares sienten, piensan, obran, así siente, piensa y obra la Nación”.

Rudolf Von Ihering.

CAPÍTULO PRIMERO. -

A). ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a) Derecho Romano:

El derecho real de hipoteca ha tenido sus orígenes –al igual que la mayoría de nuestros institutos jurídicos- en el Derecho Romano y se ha desarrollado mediante obras de diferentes juristas que han dotado a este instituto de diferentes matices; Ellos han terminado por definir los alcances de esta garantía tal como ha sido receptada por nuestro ordenamiento civil y comercial argentino.

En el Derecho Romano se regulaban el pignus y la hypotheca. El pignus, asimilado a la prenda, tenía lugar cuando la cosa se empeñaba en seguridad del dinero prestado y la posesión de aquella pasaba al acreedor con la condición de devolverla al propietario cuando la deuda fuese pagada. La hipoteca, se configuraba cuando la cosa no se entregaba al acreedor, sino que permanecía en poder del deudor”. En Roma la regla para garantizar el pago de las obligaciones era la entrega de una cosa al acreedor para que éste la retuviera hasta la efectivización del pago y ante la reivindicación del titular sin haber pagado la obligación garantizada con la cosa, el acreedor gozaba de una excepción: exceptio rei pignori data. Con el transcurso del tiempo, se aceptó que el acreedor pudiera vender la cosa aun sin pacto expreso; decretándose la nulidad de toda cláusula limitativa de ésta facultad. Posteriormente, se otorgó al acreedor el interdicto de Salvio y la acción Serviana que importan para el acreedor un verdadero derecho real sobre cosa ajena.

b) Derecho en Grecia:

A raíz de la falta de remedios especiales, el acreedor se tornaba adquirente de la cosa, obligándose a restituirla por una cláusula de “fiducia”, al ser cumplida la obligación. Dicho mecanismo era muy practicado en la primitiva Roma. En la misma época, dicho sistema se conocía en Grecia con el nombre de “hipoteca” (“hupotheke, de “hypotesthai”, “poner empeño”) una venta sujeta a condición suspensiva, que permitía al acreedor expropiar el objeto en caso de no incumplimiento del pago y por ende también de la obligación.

c) El derecho patrio:

Con anterioridad a la sanción del Código Civil velezano, las provincias dictaron normas aisladas, por ejemplo en 1822 la Provincia de Buenos Aires dictó una ley mediante la cual el Banco de Descuentos era facultado a través de una acción hipotecaria sobre los bienes del deudor. Como explica Lafaille, no se logró organizar siquiera los registros inmobiliarios, aunque cierto es que los de hipoteca existieron ya desde la colonia. Debemos acudir al orden local a los fines de encontrar ciertas reglas de carácter aisladas; entre ellas podemos mencionar las de la Provincia de Buenos Aires, fundamentalmente en apoyo de su Banco oficial; en Provincia de Santa Fé, en julio de 1869 se llegó a pensar en un sistema hipotecario de conjunto, comprendiendo también el procedimiento vinculado a dicho sistema. No obstante, al entrar en vigencia inmediatamente el Código Civil, los preceptos aludidos apenas fueron aplicados en la práctica.³

B). DERECHO COMPARADO:

a) Francia.-

Durante el período revolucionario, la ley de I. Messidor, año III formó un verdadero código de la hipoteca, en el que no faltaron figuras novedosas como las cédulas (“hipoteca sobre sí mismo”). El Código de 1804 es el modelo de aquellos que disocian estas categorías del cuadro de los derechos reales para agruparlas con los privilegios. Pero si lo uno se cumple de un modo absoluto, no sucede lo mismo con el segundo propósito, salvo en cuanto a la hipoteca que integra con dichas preferencias el título XVIII al terminar el Libro III: “De las diferentes maneras como se adquiere la propiedad.”; la prenda y la anticresis, conforman el título XVII, quedando reflejada así la situación de separación de la hipoteca de los dos institutos anteriores.

Desde nuestro derecho se ha combatido esa equiparación de la hipoteca con los privilegios, la cual también produjo una fuerte resistencia en la doctrina francesa. Se advierte la persistencia de las hipotecas generales, no menos que las tácitas y las derivadas de la ley o de las sentencias, cuyos inconvenientes son conocidos.

³Lafaille H. – Alterini J.H. “*Tratado de los Derechos Reales*”, 2da ed. actualizada y ampliada (2010), Tomo IV, Editorial La Ley (pags. 435-436)

Los juristas modernos prefieren organizar el tema dentro de una teoría sobre “seguridades reales”, corrigiéndose algunos de los defectos mencionados. Pese a todo lo referido, la estructura asignada a las garantías por el mencionado cuerpo de leyes, tuvo numerosos imitadores, tanto en Europa como en América.

b) Italia. -

Si bien el código de 1865 sigue por lo común al Código Francés, pueden señalarse algunos aspectos que mejoran el sistema en cuanto a la especialización hipotecaria y la publicidad y que puntualizan más claramente la prohibición de la hipoteca sobre cosas futuras.

Las nuevas disposiciones vigentes mantienen esas reformas, con el agregado de prohibir el pacto comisorio, regla que se entendió como necesaria a raíz de ciertos fallos de los tribunales. Permanecen en pie, sin embargo, las dos grandes deficiencias del modelo bajo su aspecto metodológico, ya que no se alteran ni la asimilación a los privilegios, ni la separación de la hipoteca frente a la prenda y la anticresis.

c) España. -

A diferencia de los regímenes anteriores, el Código de 1889 en el título XV del Libro IV (obligaciones y contratos) comprende simultáneamente la prenda, la hipoteca y la anticresis. Después de un capítulo I: “Disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca”, los sucesivos capítulos II, III y IV legislan sobre prenda, hipoteca y anticresis. Continúa vigente en efecto la ley especial de la mencionada en segundo término sobre constitución, modificación y extinción de la hipoteca en cuanto a todo lo que no figure en el código. La misma es una de las fuentes de nuestro derecho positivo sobre hipoteca y en materia de registro.

d) Alemania. -

Dentro de la legislación positiva del Reich, la hipoteca ofrece un doble aspecto, pues a veces es “ordinaria” y otras “de garantía”. Esta última se parece a la común en los países latinos, sobre todo en cuanto a su dependencia del crédito principal

asegurado. La otra forma se emancipa de la obligación, por cuanto el titular, sin ser acreedor, recibe una cédula o letra que es negociable, excepto que exista pacto contrario o prohibición expresa de la ley.

Para este derecho real, como para todos los demás, se impone la inscripción, debiendo constar en ella el total del crédito, el tipo de interés, y si hubiere prestaciones accesorias, el importe de las mismas, siempre en moneda de curso nacional. Se advierte que la mayor parte de los preceptos legales se refieren a la “hipoteca ordinaria”, igualmente conocida como hipoteca negociable. Esta figura se opone notoriamente a la “hipoteca de garantía”, en la cual no es admisible la cédula o letra negocial. No obstante, ambos tipos puede convertirse recíprocamente. Junto al derecho real de hipoteca y en la misma sección, el Código Alemán reglamenta dos categorías semejantes: la “deuda fundiaria” y la “renta fundiaria”, desapareciendo en ellas todo elemento personal o creditorio para dejar subsistente el gravámen en forma exclusiva, limitado solamente a la cosa.

e) Suiza. -

Si bien existe conexidad entre esta legislación y la anterior, ello no impide que surjan diferencias dignas de observarse. Con respecto a la hipoteca, se la incluye en la figura más vasta de “prenda inmobiliaria” que contiene a aquel derecho real y también la “cédula hipotecaria” y la “carta de renta”⁴.

Como definición de hipoteca, Wieland explica que se trata de “*un derecho de prenda constituido en favor de un crédito personal que no está incorporado al título*”. Corresponde establecerlo sobre bienes que no pertenezcan al deudor. En cuanto a la “cédula hipotecaria” es un derecho creditorio garantizado por una “prenda inmobiliaria”. Se diferencia de la hipoteca en que el crédito está aquí incorporado al título. Asimismo, mientras la cesión de la hipoteca está sujeta a todos los requisitos impuestos para transferir los créditos en general y el deudor puede alegar contra el cesionario las mismas defensas que tenía contra el cedente, para las cédulas rigen las normas comunes a los papeles de comercio y el tenedor

⁴ Se permite garantizar en cualquiera de las mencionadas formas las obligaciones nominativas o al portador (art. 875 Cod. suizo), rigiéndose en general por las normas propias de esos títulos (art. 876 Cod. suizo), pero siempre debiendo con obligación de inscribir en el Registro (art. 879 Cod. suizo)

está libre de las excepciones fundadas en circunstancias personales relativas al enajenante.

Si bien por su naturaleza jurídica esta categoría se aproxima a la hipoteca del Código Francés y de nuestra ley, aquella condición de negociabilidad le otorga un rasgo distintivo que permite equiparla a los documentos del derecho comercial. Comparándolo entonces con el régimen alemán que se ha descrito anteriormente, esta modalidad de hipoteca guarda similitud con la “hipoteca ordinaria” o “negociable” de dicho régimen.

f) China.-

Los derechos reales de garantía ocupan, respectivamente, los capítulos VI para la hipoteca; VII para la prenda y VIII para el “dien” (anticresis).

En materia de hipoteca, el ordenamiento legal chino permite gravar las construcciones independientemente del terreno. A la vez, también excluye al acreedor hipotecario de todo privilegio sobre las mejoras introducidas con ulterioridad.

g) Chile.-

El “contrato de prenda”, la hipoteca y la anticresis, están sucesivamente legislados como títulos XXXVII, XXXVIII y XXXIX del Libro IV, que versa sobre obligaciones y contratos. En la hipoteca, debe observarse que carece de toda eficacia mientras no se haya inscripto, lo cual implica reconocer que la misma tiene carácter constitutivo y no de mera publicidad a terceros. Asimismo, no se reconocen las hipotecas generales y las tácitas.

h) Brasil.-

El ordenamiento de los derechos reales de garantía en el Código de 1916 es moderno y en general acertado. Tras un corto capítulo (el X) se legisla sobre hipoteca, pero con el agregado de incluir apartados referidos a las reglas generales, a la hipoteca legal, a la cesación, a la que afecta a vías férreas y al Registro Inmobiliario.

Resulta cuestionable, sin embargo, que subsistan en gran escala ciertas hipotecas forzosas, aunque no sean válidas frente a los terceros sin determinación previa de los inmuebles y registro de los mismos. En cuanto al objeto, de este derecho real, se lo extiende en forma mucho más amplia que en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el nuestro⁵.

El capítulo de la hipoteca comienza afirmando el carácter civil de la misma y conceder jurisdicción a los tribunales a los tribunales respectivos, por más que la deuda fuera de carácter mercantil y comerciantes las partes. Esta regla previene conflictos de competencia, hoy resueltos en estos tiempos pero que fueron complicados en otro época.

Resulta verdaderamente novedoso y lo era más aún al sancionarse el código brasilero, la hipoteca sobre vías férreas, que ha sido aplicada entre nosotros, acudiendo a otras formas jurídicas, dado que no serían propiamente inmuebles independientes, pero sí accesorios del suelo. Pero en el Brasil no solo están permitidas, sino legisladas. En tal sentido, se impone la inscripción de estas hipotecas en el Municipio del punto de partida; está prohibido que el acreedor dificulte la explotación o intervenir en las reformas que el Directorio decida dentro de la línea o sus dependencias. Puede igualmente, oponerse a la venta, tanto del principal como de sus ramales o de una parte considerable, como también a la fusión con otra empresa, siempre que ello traiga como consecuencia una disminución de la garantía hipotecaria.

En referencia al ámbito procesal, en las ejecuciones del gravámen deberá notificarse al representante de la Hacienda Pública nacional o estadual, a fin de que pueda ejercitar la preferencia dentro de los quince días.

i) México.-

El Código Federal se aproxima en su ordenamiento a aquellos que determinan un libro para las obligaciones y contratos, que dividen en dos partes referidas a cada materia, y que luego incluyen dentro de los contratos a la hipoteca y la prenda en títulos distintos.

⁵ Art. 810 Cod. brasilero: "Pueden ser objeto de la hipoteca: I. Los inmuebles; II. Los accesorios de los inmuebles, juntamente con ellos; III. El dominio directo; IV. El dominio útil; V. Las vías férreas; VI. Las minas y canteras, independientemente del suelo donde se hallaren".

Si bien no se encuentra expresamente previsto, la hipoteca reconoce como asiento cosas inmuebles, así como la prenda restringe su órbita al orden mobiliario⁶. El cuerpo normativo mexicano autoriza al acreedor para exigir se mejore la hipoteca cuando el inmueble resulte insuficiente para responder al crédito garantizado, exista o no culpa del deudor. La determinación del detrimento y, por lo tanto, la prueba de que el inmueble deviene insuficiente para responder frente a la obligación debe hacerse a juicio e informe de peritos. Si habiéndose demostrado la existencia de dicho desmedro, no se refuerza la garantía dentro de los ocho días, procederá el cobro, dándose por vencido el plazo.

En lo que se refiere a la forma, no se requiere escritura pública para créditos inferiores a cinco mil pesos: basta el instrumento privado y la presencia de dos testigos. Teniendo en cuenta el plazo de prescripción, la acción hipotecaria prescribe a los diez años, contados desde la inscripción. Tanto las hipotecas tácitas como las generales se encuentran prohibidas expresamente.

En el capítulo de la hipoteca voluntaria, comienza comprendiéndose dentro de ella las que se impongan por disposición del dueño, lo cual permite admitir también las que sean instituidas por testamento en el caso de sucesión testamentaria.

Para la hipoteca necesaria, el Código exige el requisito de que sea especial y también expresa. Puede ser exigida en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa origen, pero siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación asegurada.

j) Perú.-

En su nuevo código de 1936, la sección IV del Libro IV reúne los derechos de garantía. En lo que concierne a nuestro análisis sobre la hipoteca, se comprenden en el ordenamiento peruano, la voluntaria y las legales. Analizando en relación a la hipoteca voluntaria, la misma puede afectar a todos los derechos reales que sean susceptibles de inscripción, quedando excluidos los creditorios. Es lícito constituir la por testamento a diferencia de nuestro sistema, que sólo admite el contrato. Sobre las hipotecas legales podría decirse que son verdaderos privilegios

⁶ El art. 2893 del Cod. mexicano dispone que: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

inmobiliarios, según surge expresamente del orden normativo⁷. Por su parte, autorizan a los interesados para exigir el otorgamiento de la escritura pública, a fin de inscribirlas y se rigen por las disposiciones de la hipoteca voluntaria, en la medida en cuanto fueran aplicables.

k) Venezuela. -

Dentro del título XXI, denominado “De los privilegios e hipotecas” estas últimas forman por completo el capítulo II. Siguen en pie las hipotecas legales y toda sentencia ejecutoriada que condene al pago de cantidad fija a entregar cosas muebles o a cumplir cualquier obligación por suma líquida, origina también este gravamen.

La negociabilidad del derecho es amplia y aun se autoriza con independencia del crédito. Refiriéndonos a la inscripción, ella resulta esencial para que la hipoteca tenga efecto, sea entre las partes o frente a los terceros.

l) Derecho anglo-sajón. -

Las normas positivas que rigen en Gran Bretaña, los países confederados, sus colonias y aquellos que adoptaron tales instituciones, difieren notoriamente de las que se han analizado hasta ahora, teniendo en cuenta su origen en el derecho continental europeo.

Refiriéndonos a la hipoteca, una deuda es susceptible de garantizarse mediante ella, sea con una declaración del obligado, certificando que determinado inmueble responde a su pago.

Las hipotecas existentes quedaron modificadas, en forma que el deudor recupera la propiedad transmitida, obteniendo el acreedor en cambio un derecho suyo. Así como el propietario puede gravar su derecho, aun hipotecado, el acreedor está en condiciones de afectar su tenencia en la misma forma, ya valiéndose de una carga real.

⁷ El art. 1026 del Cod. peruano dice: “Además de las hipotecas legales establecidas en otros títulos de este Código, se reconocen las siguientes: 1° La del inmueble vendido sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero; 2° La del inmueble para cuya edificación o reparación se ha suministrado trabajo o materiales por el empresario y por el monto que el dueño se haya obligado a pagarle; 3° La de los bienes adquiridos en una partición con la obligación de hacer abonos en dinero a otros de los condóminos”.

Junto a las hipotecas del “*common law*”, se encuentran las de equidad, que dan origen solamente a un “*equitable interest*” o interés equitativo. Estas se constituyen entregando al acreedor los títulos concernientes al inmueble, con facultad de conservarlos hasta el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, tal circunstancia implica una seguridad perfecta, pues no sería posible enajenar ni gravar la cosa sin aquellos documentos.

Cuando el fundo esté inscripto en el Registro, la hipoteca se establece, reemplazando el título con el certificado de aquel. Para determinar el rango se atiende a esta última fecha y no a la del asiento.

La obra de los jurisconsultos, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, consistió en la elaboración de un régimen especial, merced al otorgamiento de un “*bill of sale*” (factura) o de un “*chattel mortgage*” (hipoteca mobiliaria), debidamente registrados, inscribiéndose igualmente, la extinción de la deuda.

m) Régimen soviético.-

En este caso, nos encontramos frente un ordenamiento jurídico en el que sobresalen las limitaciones extremas a la que está sujeta la propiedad inmobiliaria en Rusia. A raíz de ello, se explica que los derechos de garantía se encuentran prácticamente reducidos a los bienes muebles.

El Código Civil se ocupa de dicho asunto entre los derechos reales, reconociendo al titular una prioridad en el pago. También se permite que pueda constituir gravámenes un tercero, con tal que sea dueño de la cosa. Por otro lado, son susceptibles de quedar afectados todos los bienes en el comercio, inclusive los créditos y el derecho de construcción. En referencia a los bienes muebles, es en general obligatoria su entrega al acreedor; pero pueden permanecer en manos del deudor bajo la llave y el sello del primero, salvo disposición de la ley o de los reglamentos de las instituciones de crédito⁸.

⁸ Para las construcciones y el derecho correspondiente, no resulta necesaria la entrega, como se ha expresado en el texto. El derecho pignoraticio nace para las cosas determinadas, inmediatamente a partir del contrato; para las otras, desde su entrega o individualización, de acuerdo a lo establecido en el art. 93 del C.C. soviético.

CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO:

De lo analizado en este capítulo, se puede concluir que el instituto de la hipoteca no ha tenido la estructura tal y como la conocemos en la actualidad, sino que ello es resultado de los cambios de que ha ido atravesando a lo largo de los años.

El estudio del contexto histórico del instituto bajo análisis, actúa como base para entender cómo él ha ido evolucionando hasta la actualidad. Además de dichas apreciaciones, se ha establecido una comparación entre diferentes ordenamientos jurídicos extranjeros a los fines de incorporar un conocimiento más amplio sobre las particularidades propias de legislaciones comparadas en materia de hipoteca.

CAPÍTULO SEGUNDO:

Hipotecas Abiertas. Régimen previo a la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación.

A). EL CONCEPTO DE HIPOTECA EN EL CC – EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD – CONCEPTO DE HIPOTECAS ABIERTAS EN GENERAL.

El C.Civ. derogado definía el derecho real de hipoteca en su artículo 3108⁹: *“La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.”*

Como se dijo, la hipoteca es uno de los derechos reales de garantía, lo que hace que se encuentren en él dos relaciones jurídicas, la principal que es el derecho de crédito, y la accesoria, que es la garantía real; por otra parte, la hipoteca es el único derecho real que no tiene exteriorización posesoria, lo que hizo menester que el legislador organizase su publicidad por vía registral.

⁹ Nota de Velez Sarsfield al art. 3108. L. 1, tít. 13, Part. 5ª, Cód. francés, art. 2114; Cód. de Chile, 2407, PONT, "Privil. et hypoth", núm. 321. La obligación que garantice la hipoteca puede ser una obligación natural que pueda ser eficaz por derecho. L. 5, tít. 1, lib. 20, Dig. MAYNZ, § 24. No se pierda de vista la índole peculiar del derecho que da la hipoteca, el cual no da al acreedor ningún poder sobre la cosa hipotecada, sino para asegurar el cumplimiento de la obligación. La cosa hipotecada no tiene que ser entregada al acreedor, no es el objeto de la prestación constitutiva de la obligación principal, tiene que ser vendida para el pago, si el deudor no lo hace. Por esto hemos considerado como cosas inmuebles por su carácter representativo, los instrumentos por donde constase la adquisición de los derechos reales de hipoteca y anticresis (art. 2317 de este código).

Las Leyes de Partida que tanto tomaron del Derecho romano, no aceptaron de él la palabra hipoteca, y la comprendieron en la palabra "peño" con que significaron, tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad del crédito; "peño" es propiamente, dice la L. 1, tít. 13, Part. 5ª, "aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándose de ella, e mayormente cuando es mueble". Más según el largo entendimiento de la ley, toda cosa ya sea mueble o raíz, que sea empeñada a otro, puede ser dicho peño, "maguer no fuese entregado de ella aquel a quien la empeñasen".

Se ve pues, que podía constituirse prenda sobre bienes inmuebles, cuya posesión material pasara al acreedor, es decir, el anticresis. En el Derecho romano había el "pignus" y la "hypotheca" en seguridad de las deudas. El "pignus" o prenda era cuando alguna cosa se empeña en seguridad del dinero prestado, y la posesión de ella pasaba al acreedor con la condición de volver al propietario cuando la deuda fuese pagada. La "hypotheca" era cuando la cosa empeñada no se entregaba al acreedor sino que permanecía en poder del deudor (Inst. lib. 4, tít. 6, § 7). En el Digesto se halla establecido lo mismo en términos más breves, "Propriepignusdicimus, quod ad creditorem transit. Hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem" (L. 9, § 2, tít. 7, lib. 13). Había dos clases de acciones aplicables a la prenda y a las hipotecas; la acción "pignoraticia" y la acción "hipotecaria". La primera era divisible en dos clases: la "acción directa", que correspondía al deudor contra el acreedor, para que le volviese la prenda cuando la deuda estuviese pagada; y la "acción contraria", que correspondía al acreedor cuando el título del deudor era insuficiente, o cuando hubiese hecho impensas necesarias en la cosa. La acción hipotecaria era dada al acreedor para obtener la posesión de la cosa en cualquier mano que se encontrase. (Inst. lib. 3, tít. 15, § 4 y VINNIO, sobre dicho párrafo. POTHIER, "Pand", lib. 13, tít. 7, núms. 24 a 29)

Esas particularidades, sumado a los intereses económicos que se movilizan alrededor del crédito hipotecario, hacen necesario que se establezcan con cierto detalle las pautas mínimas que deben cumplirse para una adecuada determinación de todos los elementos constitutivos de las relaciones jurídicas que integran el derecho hipotecario.

Se advierte que la mayor parte de nuestros autores se han ocupado del problema en forma parcial, hablando de la especialidad, o a lo sumo de la especialidad y determinación, como un principio hipotecario referido exclusivamente al objeto de las relaciones jurídicas del derecho hipotecario, es decir el inmueble con que se garantiza el crédito, y la prestación que es objeto de ese crédito. En otras palabras, el estudio de la "especialidad" se ha reducido al análisis del art. 3109 CCiv.

Analizando a Hernández Gil¹⁰, hemos advertido que el principio de especialidad no se trata solamente de la determinación del inmueble hipotecado, sino también del derecho y los sujetos, pero ese nuevo enfoque conceptual permite comprender que el llamado "principio de especialidad" no es exclusivo del Derecho Hipotecario, sino que atiende a la necesidad de determinar los elementos de todas las relaciones jurídicas.

El art. 3109 del CCiv., donde luego de referirse a la determinación del crédito en "*una suma de dinero... cierta y determinada*", habla a continuación de casos en los cuales el crédito es "*indeterminado en su valor*", y brinda como solución "*que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca*".

De esta manera, se fijaba un tope máximo de valor, que no podía ser sobrepasado por la preferencia que la hipoteca otorga al acreedor, frente a otros acreedores; se individualiza así el objeto del crédito desde el momento inicial, traduciéndolo en ese valor estimativo. De esta forma se permite afianzar con hipoteca créditos cuya determinación dependía de ciertos parámetros variables, sin que nadie pueda verse sorprendido por la dimensión que esos créditos pudieren alcanzar. Los restantes acreedores, o los terceros que desearan contratar con el deudor hipotecario, podían apreciar la relación que existía entre valor del inmueble hipotecado, y la porción afectada por la hipoteca, y sobre esta base conceder o negar nuevos créditos.

¹⁰ Hernández Gil, F. (1963), ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, p. 169.

Situándonos ahora en el caso de créditos indeterminados, podemos preguntarnos ¿cuándo estamos en presencia de una hipoteca abierta? Decimos que se trata de aquellas hipotecas que garantizan créditos indeterminados o futuros de acuerdo a las operaciones que las partes vayan celebrando durante un lapso de tiempo y fijándose un tope máximo por el cual el inmueble responde hipotecariamente. En cuanto a lo excedente a dicho máximo, quedará excluido de la garantía hipotecaria y será de carácter quirografario. La doctrina reconoce, fundamentalmente, dos casos en los que podemos encontrarnos con una garantía de dicha modalidad:

1). Caso del rango compartido: los acreedores prestan conformidad para que otros acreedores posteriores tengan el mismo rango que ellos y no un rango postergado. El la ley 17.801 autoriza un pacto entre acreedor y deudor que les permite sustraerse a los efectos del principio de prioridad, compartiendo la prioridad o autorizando que sea compartida. Esta hipoteca se considera abierta en cuanto a la posibilidad de que otro acreedor posterior en el tiempo comparta el rango.

2). Caso de los créditos indeterminados: es la hipoteca abierta propiamente dicha y la que se da en la generalidad de los casos. Aquella constituida en garantía de todas o algunas operaciones que se hayan celebrado o realicen en el futuro entre el deudor y el acreedor. Esta hipoteca es “abierta” por cuanto pueden ingresar a ella todos los créditos que tenga el deudor con su acreedor, evitando así tener que constituirse un gravamen hipotecario por cada operación que se garantice, dando como resultado un excesivo costo económico.

No obstante lo mencionado con respecto a la caracterización y concepto de las hipotecas de créditos indeterminados, las mismas chocaba con lo dispuesto con el principio de especialidad y se las sancionaba con la nulidad (arts. 3133 y 3148, Cód. Civil), toda vez que se criticaba enfáticamente que aquellas omitieran la designación de la causa fuente al inicio del acto constitutivo y el monto determinado del crédito al que accedían, violando así el principio de especialidad.

Así las cosas, el acreedor en cuyo favor se constituyó este tipo garantía real sería meramente quirografario y no privilegiado, pues tenía a su favor la garantía de un crédito mediante una “hipoteca atípica” e intolerable para el campo jurídico, por contrariar la estructura legal prevista por el ordenamiento de fondo.

Algunos autores como García Coni, sostenían que en nuestro sistema jurídico no cabe el supuesto del acto jurídico abstracto (salvo el caso de los documentos de comercio) y bajo ningún punto de vista el derecho real de hipoteca podía servir de garantía a relaciones negociales indefinidas, indeterminadas o simplemente globales entre acreedor y deudor; consecuentemente, la o las causas fuente de las obligaciones garantizadas por la hipoteca deben resultar de la escritura (o del contrato al que acceda) y no ir surgiendo a futuro con motivo de los negocios que vayan celebrando las partes. Si esto se permitía, tendríamos como resultado la desnaturalización del derecho real de hipoteca como tal, poniendo en riesgo el patrimonio del deudor puesto que el mismo viviría endeudándose al no conocer de antemano cuál será el monto del crédito garantizado.

B). INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA. DISTINTAS POSTURAS.

a) Interpretación doctrinaria:

La aceptación de este tipo de garantías ha dado lugar a intensos debates y disputas en la doctrina y en la jurisprudencia¹¹. La cuestión de las denominadas hipotecas abiertas, estaba dada fundamentalmente en torno a que ellas, durante la vigencia del Código Civil derogado, se habían transformado en un problema en el campo del derecho. La postura de la doctrina y jurisprudencia fue mutando a través del tiempo. Por un lado, su uso cada vez se extendía en más sectores del mercado financiero y bancario, pero como contrapartida en el derecho, carecían de regulación legal, lo cual afectaba la seguridad jurídica respecto de los deudores en general y los consumidores en particular que accedían a ellas. Sumado a esto, la jurisprudencia de los tribunales nacionales mostraba fallos que generaban inseguridad jurídica, al dar soluciones contradictorias, cuando no decretando la nulidad de este tipo de hipotecas. Asimismo, la

¹¹ A favor de la validez de este tipo de hipotecas: C.N. Civ., sala K, "Citibank N.A. c Galacho, Norberto y otro", 28/12/2001; C.N. Civ., sala K, "Avaluar SGR c/ Luvama S.A." 07/10/2003; C.N. Civ., sala K, "Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. c/ Matuk S.A. y otros", 14/04/2005.

En contra de la validez de este tipo de hipotecas: S.C. de Mendoza, sala I, "fallo Pirelli", (2000), C.N. Civ, sala J, "Verardo, Alberto Angel y otro c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ nulidad de acto jurídico", C.Civ.Com.Lab. y Minería General Pico, "Mangione, Miguel A." (2004); C3° Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, "Franchetti, Horacio A. c/ Repsol Y.P.F. S.A." (2002).

discusión doctrinaria se establecía alrededor de si el contrato constitutivo debía o no consignar el monto de la responsabilidad hipotecaria y cómo se cumplimentaba el requisito de especialidad en cuanto a los créditos que garantizaban.

En relación a dicha modalidad hipotecaria, la doctrina fue elaborando distintas corrientes de opinión a fin de brindar fundamentos suficientes sobre su validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales pueden agruparse de la siguiente manera¹²:

- Una que *niega toda validez* a las hipotecas abiertas y condena la nulidad a todas las que se evidencien con esas características.
- Otra que, por el contrario, *admite su existencia válida* aún respecto de las llamadas abiertas “en sentido amplio” y, finalmente,
- Una tercera, que acepta las hipotecas abiertas, pero *únicamente* respecto de las denominadas abiertas “en sentido restringido”.

1) Tesis restrictiva:

Los autores partidarios de esta corriente (Alterini, Mariani de Vidal, entre otros) postulan la inexistencia de hipotecas generales o abiertas en nuestro Derecho. Los fundamentos en virtud de los cuales sustentan sus argumentaciones se podrían exponer de la siguiente manera:

- *Las hipotecas abiertas vulneran el principio de accesoriedad.* El artículo 3108 del Código Civil derogado establecía el concepto de hipoteca, expresando: “*La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.*”

De lo antedicho surge, que la hipoteca es accesoria de un crédito en su función de garantía y su existencia depende de otro derecho de carácter crediticio al que otorga seguridad, implicando este último la suerte y existencia misma de la garantía real. Por ende, extinguido el crédito asegurado con hipoteca, se extingue la garantía que es accesoria.

¹² Alegría, H. “*Hipotecas abiertas*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo: 2010/2, ISBN: 978-987-30-0136-9. Rubinzal-Culzoni editores.

De allí entienden los defensores de esta postura, que dentro del derecho positivo actual, la existencia de hipotecas abiertas vulneraría el principio de accesoriedad característico de este derecho real¹³. Esta accesoriedad implica un vínculo de carácter inseparable con la hipoteca y el crédito al cual garantiza, y para considerar cumplido este requisito es necesario determinar en el acto constitutivo los elementos de la obligación que se garantiza: los sujetos, el objeto (la prestación) y la causa fuente¹⁴.

Analizando a este sector de la doctrina, cuando se garantizan créditos eventuales o futuros, es necesario distinguir la obligación actual y la causa fuente de la misma. Dicha obligación puede ser futura o eventual, pero lo que inexorablemente debe existir a la época de la constitución de la hipoteca es el contrato u otra causa fuente de obligaciones, a través de una descripción detallada en el acto constitutivo¹⁵.

Por ello, se sostiene que no es suficiente demostrar que al momento de ejecución existe un crédito entre acreedor y deudor, sino que el crédito que se ejecuta o cuyo cobro se pretende es el efectivamente garantizado con la hipoteca. En este contexto, la Dra. Highton, analiza que la hipoteca abierta en sentido amplio sólo podría funcionar en un régimen hipotecario en el que, en cierto supuesto, la hipoteca deja de ser un derecho real accesorio para convertirse en un derecho sustantivo, esto es, que tenga vigencia con independencia de un crédito.

Las Primeras Jornadas de Derecho Civil Sanjuaninas de 1982 trajo entre sus recomendaciones que: *“la indeterminación de los créditos garantizados por la hipoteca vulnera los principios estatutarios de los derechos reales (el rango de avance y el numerus clausus), como también aspectos vinculados con la tutela del crédito (limitación de la posibilidad de endeudamiento, u obstaculización de las acciones reparatorias del fraude y del control de la realidad y de la licitud de la causa del crédito)”*.

En las VII Jornadas de Derecho Civil, celebradas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en noviembre de 1979, siguiendo la ponencia del doctor Manuel Adrogué, se estableció como recomendación que el carácter de especialidad de la

¹³ Highton, E. *“La especialidad y la accesoriedad...”* cit., pags. 176 y sgs. y pags. 200/201.”

¹⁴ Borda, G., ob. cit., ps. 243 y ss; Papaño, R. *“La especialidad crediticia y la accesoriedad en la hipoteca.”*

¹⁵ SCJ de Mendoza, sala I, 25-05-1983, “Banco de Previsión Social c/ Pinturerías Rojas Hnos. SRL”, E.D. 122-662.

hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarlo en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso en manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de su causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada¹⁶.

- *Vulneración del principio de especialidad en cuanto al crédito.* El maestro cordobés Luis Moisset de Espanés, ha dicho que: “*el principio de especialidad no es exclusivo del Derecho Registral, sino que atiende a la necesidad de determinar los elementos de todas las relaciones jurídicas, tengan o no publicidad.*”

Para quienes sostienen esta teoría, la especialidad en cuanto al crédito responde a la necesidad de conocer exactamente el crédito garantizado por la hipoteca y la cuantía de ese crédito.

En punto a ello, el Código Civil derogado, en su artículo 3108 establecía que: “*No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca*”. Ello así, se ha pensado que la sola circunstancia de que el mencionado artículo autorice la constitución de hipotecas para garantizar obligaciones eventuales no alcanza a modificar el concepto de especialidad.

Es decir, que si bien por obligación eventual puede entenderse cualquier obligación futura, al tiempo de la constitución de la hipoteca debe existir la causa fuente de la cual puede emanar esa obligación; esa causa fuente debe estar precisamente descripta en el acto constitutivo del derecho real, conforme lo exigía el art. 3131, inc. 2º del C.Civ. derogado. El mismo artículo, a su vez, en su inc. 4º exigía que el acto que da origen a la garantía hipotecaria debía contener ... “*la cantidad cierta de la deuda*”.

De acuerdo con el principio de especialidad crediticia, no podría ser válidamente constituida una hipoteca para garantizar todas las obligaciones pendientes a favor de una persona o todas las obligaciones que el deudor pueda contraer en el futuro a

¹⁶VII Jornadas de Derecho Civil. Buenos Aires, 26 al 29 de setiembre de 1979 cit., ps. 287 a 340.

favor de su acreedor¹⁷. Dicho principio, preocupaba y mucho a autores como Salvat, quien sostenía enfáticamente que la hipoteca sería nula si se violara dicho principio, puesto que consistía en un aspecto esencial para la constitución válida de hipotecas.

Alterini, por su parte, ha sostenido enfáticamente que: *"la especialidad en cuanto al crédito impone...que la garantía hipotecaria alcance a determinado crédito. Esta nota surge inequívoca del art. 3131, inc. 2º del Cód. Civil, que norma que el acto constitutivo de la hipoteca debe contener "la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra"*¹⁸

El mismo autor, refiriéndose a las hipotecas abiertas en una disertación sobre la actividad bancaria¹⁹, analiza la evolución jurisprudencial, con pronunciamientos por la validez (p. ej.: sentencia del Superior Tribunal de Salta de marzo de 1979, sentencia del Tribunal Supremo de la Provincia de Buenos Aires del mismo año), y por la nulidad (p. ej.: sentencia de la Cámara de Morón de 1980, o la de Mendoza, Sala III, del mismo año), pronunciándose por la insuficiencia del monto máximo, debiendo estar claramente individualizada la obligación que se garantiza, sin perjuicio de que esta pueda ser eventual, condicional o futura.

Siguiendo con lo expuesto hasta aquí, los sostenedores de esta postura argumentaban que, al entenderse el derecho real de hipoteca, en nuestro ordenamiento jurídico, como accesoria de un derecho personal que garantiza "uno o algunos créditos determinados", entendían a las hipotecas abiertas como inconcebibles en nuestro derecho, puesto que si se aceptaran, esto implicaría la creación extra legem de un nuevo derecho real —que garantizaría créditos indeterminados—, en violación a las normas de orden público imperantes en la materia.

¹⁷ Salvat R., *"Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales"*, ob. cit., t. IV, p. 119.

¹⁸ Alterini, J. H., "Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca", ED, 88-799 y sigtes., Conf. CNCiv., sala C, LA LEY, 2002-E, 420, fallo 104.289, CNCiv., sala H, 12/04/2002 autos "Aguas Danone de Argentina S.A. c. Pensiero Alejandro Enzo s/ejecución hipotecaria". El Dial.com. AA1177: "La especialidad de la hipoteca se manifiesta en dos planos: la especialidad en cuanto a la cosa objeto del derecho real y en cuanto al crédito al que accede, y en ese segundo aspecto se requiere, en primer lugar, la expresión de la mención en el acto constitutivo de la causa fuente de la obligación garantizada y en segundo término, que ésta se exprese en una suma cierta y determinada de dinero...".

¹⁹ Alterini, J. H., "Hipotecas abiertas", en *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, n° 868, mayo-junio 1983, pp. 605-619.

Para llegar a tal conclusión se apoyaban en lo dispuesto por el artículo 2502 del Código Velezano, en cuanto aquel disponía textualmente: *"Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer"*.

A partir de esto se explicaba que, dicha prohibición conllevaba tenerse por no escritas las cláusulas convencionales que dieran origen a la hipoteca abierta, siendo esta afectada de nulidad absoluta y manifiesta, dado que esa "hipoteca" al no ser tal, era un negocio que quedaba fuera del derecho²⁰.

Siguiendo con lo anterior, se ha dicho que el cumplimiento del principio de especialidad es la llave de todo buen sistema hipotecario, ya que tanto en su faz objetiva como crediticia protege al crédito asegurando la transparencia de las operaciones, permitiendo a su vez, proteger al deudor, al acreedor, a los terceros y en consecuencia a la economía en general en cuanto mejora las condiciones crediticias y favorece el sistema de inversiones²¹. Por ello es entendible que Vélez haya descartado las hipotecas tácitas, legales y judiciales, aceptando sólo las hipotecas convencionales y consagrando el principio de especialidad.

Para concluir y pasar en limpio: quienes participaban de la tesis analizada, señalaban que las hipotecas abiertas lesionaban el carácter de la especialidad en cuanto al crédito y les negaban rotundamente toda posibilidad de validez jurídica.

Desde este punto de vista, los acreedores, debían atenerse al hecho de que no había posibilidad de ingresar otras obligaciones que no sean las específicamente señaladas en el contrato de hipoteca.

2) Tesis denominada como "intermedia":

En segundo lugar, tenemos una segunda postura, a la que denominada tesis intermedia (denominación otorgada por Barbero y Capon Filas). La misma se

²⁰ Highton, E. I., ob. cit. p. 174.

²¹ Musto, N. J., *"Derechos reales"*, ob. cit., tomo II, p. 247.

sustenta en que, en el acto constitutivo de la garantía, no resulta necesario individualizar la causa fuente de la hipoteca. De esta manera, solo será suficiente con señalar en la garantía las clases de operaciones y los contratos que quedarían comprendidos en la operación. Siendo esto así, la determinación concreta del crédito garantizado se hará por medios extrahipotecarios, esto es, a través de mecanismos ajenos al acto constitutivo²².

El art. 3131 inc. 2° del CCiv. no exigía la referencia de un negocio concreto, principal al que accede la hipoteca; bastando con señalar las clases de operaciones (contratos) que quedarán comprendidas.

Así por ejemplo, en el caso de una cuenta corriente bancaria, la escritura hipotecaria deberá completarse con la documentación bancaria que permita "individualizar" dicho contrato bancario, del cual emerge el crédito cuyo cumplimiento se reclama (Capón Filas, Barbero); si se trata de garantizar el saldo deudor de una cuenta corriente bancaria, no es necesario individualizar esta última, bastando para cumplir con el principio de especialidad indicándose la clase de operaciones bancarias (v. gr.: préstamos; adelantos y/o descuentos transitorios; descuentos de pagaré, letra de cambio o cheque, a sola firma o con firma de terceros; etc.) que -realizadas por intermedio de la cuenta- generen finalmente el saldo garantizado.

La especialidad crediticia estará cumplida, entonces, si se determina expresamente en el acto constitutivo la naturaleza de la obligación y fijando estimativamente el valor de la misma; vale decir el tope protegido por el gravamen²³.

Se apoyaban además en Jurisprudencia para argumetar sus interpretaciones: C2^a Civ. Com. y Minería de San Juan, 19/12/84, expte. "Banco Hispano Corfin c. Bodegas y Viñedos Los Nogales p/elec. hipotecaria" (citado por Highton, Elena I., "Hipoteca: especialidad en cuanto al crédito", ... ob. cit., p. 285/289); CNCom., sala A, 25/02/87, "Czaya Francisco c. A.DE.LU. Coop. de Cred. Ltda.", ED, 123-506.

²²CNCom., sala A, 25-2-87, "Czaya, Francisco W. N. y otra c/ A.DE.LU. Cooperativa de Crédito Limitada", E. D. 123-506; C.2da.CCMin. de San Juan, 19-2-84, "Banco Hispano Corfin c/ Bodegas y Viñedos Los Nogales", LexisNexis, Sumarios; Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de Mendoza, 9-4-01, "Pedro López e Hijos SACIA s/ Concurso Preventivo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2001-2, RubinzalCulzoni, Santa Fe, p. 531, con nota de Horacio Roitman y José Antonio Di Tullio; CNCiv., sala A, 18-10-85, "Banco Sudameris SA c/ Bozicevic, Juan y otro", J. A. 1997-II, síntesis (Lexis 1/16 466); sala I, 17-4-97, "Kraft Suchard SA c/ Camerota, Oscar A." L. L. 1997-D-584. La misma solución es aplicable a las hipotecas abiertas en sentido amplio.

²³Musto, N. J., "Derechos reales", ob. cit., tomo II, p. 243.

3) Tesis denominada “amplia” o “flexible”:

Esta corriente surge en la década del 90, en el marco del auge del neoliberalismo en nuestro país. Podemos citar como autores que participan de esta tesis a Rivera, Gomez, Videla Rojo, entre otros. Indiscutiblemente, dicha postura se encontró influenciada por la teoría económica imperante en el contexto económico y social de esos tiempos, del neoliberalismo económico, en la cual se dejó libre a la banca privada para ofrecer créditos hipotecarios, dentro de un esquema económico de relativa estabilidad, con una inflación muy baja y tasas de interés atractivas para las entidades financieras y para el consumidor en general. Todos estos indicadores financieros, luego de 30 años, no hemos podido volver a replicarlos, obteniendo como resultado actual un esquema de inflación que cada vez crece más y más.

En tal contexto socioeconómico, las nuevas modalidades negociales y financieras, cada vez más daban lugar a que se constituyeran igualmente hipotecas abiertas, aun a riesgo de que ellas puedan ser afectadas por la nulidad absoluta²⁴

Los fundamentos esgrimidos por los autores que se enrolaban en esta corriente, explicaban que el art. 3109 del Cód. Civil consagraba la posibilidad de constituir diferentes clases de hipotecas: a) las típicas, que son aquellas que garantizan desde la constitución misma créditos precisos y determinados y b) las abiertas, las cuales amparan créditos futuros, eventuales, condicionales e inciertos.

De esta manera, la exigencia legal, en la que se apoyaba la tesis restrictiva, respecto a individualizar en el acto constitutivo la causa y demás elementos del crédito, está referida sólo a las hipotecas típicas, es decir aquellas que desde su origen garantizan una obligación cierta y determinada, pero no respecto a las hipotecas abiertas. En cuanto a la determinación del crédito garantido por este tipo de garantía, comparten los fundamentos que anteriormente se explicaron en la tesis intermedia, en cuanto a la posibilidad de completar el título hipotecario con elementos extraños a él (Gómez, Videla Rojo)

²⁴ Rivera, J.C., "Hipoteca. Conveniencia de admitir las hipotecas abiertas", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Garantías, t. II, Ed. RubinzalCulzoni, p. 181.

Los sostenedores de esta tesis afirman que, la seguridad jurídica no se ve perturbada por el hecho de que no exista o, existiendo, no se identifique la causa fuente del crédito garantido al constituir la hipoteca, toda vez que, al fijarse en el acto constitutivo el monto máximo de la cobertura y el plazo máximo de vigencia de la garantía, los terceros que deseen contratar con el deudor y darle crédito con garantía hipotecaria (de segundo rango) tomarán el recaudo previo de evaluar el valor del inmueble a gravar, pues saben que parte de dicho valor (o sea el que corresponde al monto del primer gravamen) está destinado a responder por las deudas impagas originadas durante el plazo máximo de duración de la primer hipoteca, mientras que el resto del valor de la finca se encuentra libre de todo gravamen.

Autorizada doctrina nacional, replanteándose acerca de las argumentaciones sostenidas por la tesis restringida, ha puesto de manifiesto que, la concepción del C.Civ. derogado en materia de especialidad- que requiere constancia de la causa, entidad y magnitud-, no es ya útil al deudor, ni tiene finalidad práctica importante respecto de terceros, poniendo dificultades al crédito hipotecario, por medio del aumento de la inseguridad de las garantías y el incremento de los costos²⁵.

Merece recordarse lo explicado por Pirovano respecto a dicha modalidad de gravamen hipotecario: “...si se cumple con el requisito de determinar la obligación principal (accesoriedad o especialidad conforme se enrole en las diferentes corrientes que analizan la materia) en el caso de las cuentas corrientes —sean bancarias o comerciales—, también debe tenerse por cumplido ese requisito cuando en la hipoteca se identifica un cúmulo de obligaciones, cuya causa fuente son contratos de diferente índole —por lo general todas ellas vinculadas a su vez en contratos de concesión, agencia, suministro, o similares—, cuyo cumplimiento habrá de ser garantizado con determinado inmueble”²⁶

Agrega el mismo autor que: “...a partir de la determinación del importe máximo garantizado y de la identificación del negocio jurídico que une a las partes, el cual puede luego ramificarse en uno o varios contratos conexos, se cumple con el rasgo típico, llámese de especialidad o accesoriedad, deseado por el codificador. No hay

²⁵ Rivera, J. C., “Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, 1993, cit., p. 175.

²⁶ Pirovano, P., “El principio de especialidad en las hipotecas frente a la seguridad jurídica” La Ley 08/06/2006, 5 - La Ley 2006-C, 794, cita online AR/DOC/2030/2006.

diferenciación alguna entre aquella hipoteca que garantiza el pago de una deuda reconocida en un mutuo, con la otra que garantiza el pago de obligaciones asumidas en virtud de un contrato de suministro, distribución, concesión o agencia” 27

Finalmente expone: “No puede dejar de mencionarse que el legislador entendió necesaria la existencia de hipotecas sobre créditos futuros y/o eventuales, y definió que la inexistencia de algunas de las designaciones prevenidas no nulifica la hipoteca, en la medida que sea posible conocer la designación que falte por algún otro medio. Ello por sí solo basta para reconocerle validez a este tipo de hipotecas”²⁸.

Pese a que era cada vez más frecuente la utilización de hipotecas abiertas en la práctica, han existido diversos antecedentes jurisprudenciales que se pronunciaron en contra de la validez de aquellas. Por citar alguno: la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza resolvió declarar la nulidad de hipoteca constituida a fin de garantizar “... el pago de las deudas y/o saldos de deudas que surja a favor de Sevel Argentina S.A., Sevel Repuestos S.A. y Círculos de Inversiones S.A. de Ahorro para Fines Determinados, en las cuentas de relación creadas al efecto en las contabilidades de éstas,...”²⁹

Al igual que en el caso anterior, podemos citar jurisprudencia que se enroló en esta tesis: CNCiv., sala I, febrero 24-998, "Kraft Suchard Argentina S.A. c. Brunelli, Sergio", (LA LEY, 1999-D, 781, 41.751 - S); CNCiv., sala A, marzo 3-997, "Citibank N.A. c. Alvarez Brivet, Guillermo R.", 40.780 - S, p.756, (ED, 173-576).

b) Jurisprudencia y jornadas en materia de Hipotecas Abiertas – El proyecto de unificación de 1998.

Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007, celebradas en Lomas de Zamora, se remitieron de forma parcial a lo que había dispuesto por las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Buenos Aires en 1979: “Se reitera, en lo pertinente, la declaración de la VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en

²⁷ Remitimos a la obra mencionada “ut supra”.

²⁸ Ídem a lo referido sobre el mismo autor en notas 23 y 24.

²⁹ "Peugeot Citroen Argentina S.A. en: Delta Baires S.A. p/conc. p/rec.rev. s/inc. cas.", del 22/11/2005.

*cuanto a que el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente)*³⁰”

Situándonos desde el punto de vista de *lege ferenda*, las mencionadas XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil postularon que: “*En una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente: a) Una suma máxima y un plazo máximo, o b) Una suma máxima y una determinación suficiente de la causa*”.

El Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1998 no fue ajeno a esto último y tomó ese propósito de “flexibilizar” la exigencia de la especialidad en cuanto al crédito, ante una necesidad negocial de esa época que reclamaba mayoritariamente su tratamiento y regulación³¹. El art. 2093 del mencionado cuerpo normativo (que coincidiría luego con el texto del art. 2189 del actual CCCN), regulaba la especialidad en cuanto al crédito y en el último párrafo hacía expresa referencia a los créditos indeterminados al disponer: “*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*”. Autorizada esa indeterminación (parcial) de los créditos, el legislador ha entendido que correspondía fijar un plazo al que la garantía se sujetaría. En cuanto al plazo fijado para la garantía hipotecaria es menester aclarar que la ley no ha querido decir que la garantía hipotecaria tiene como plazo máximo diez años, sino que el mismo impone

³⁰ En tal sentido el XI Congreso Nacional de Derecho Registral en la ciudad de Bariloche (1999) concluyó, en el tema I: “*Especialidad en cuanto al crédito: El carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresar el monto de la garantía en una suma de dinero cierta y determinada, sino que requiere la individualización de la causa del crédito que se garantiza*”.

³¹ Lafaille H. – Alterini J.H. “*Tratado de los Derechos Reales*”, 2da ed. actualizada y ampliada, Tomo IV, (2010), La Ley (572 y sgs.) Ver también art. 2093 del Proyecto de unificación Civil y Comercial.

que el o los créditos que se garantizan deben nacer dentro de ese lapso temporal.

Toca ahora referirnos al ámbito jurisprudencial, con el objetivo de conocer el sentido en que se han expedido los jueces sobre el tema. Comenzaremos recordando lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en cuanto a que las cláusulas tales como "*... en garantía de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la cuenta corriente, cuenta simple o de gestión, actuales o futuras, derivadas de compraventas, locaciones, instrumentadas en facturas, pagarés, cheques, etc., etc.*" no cumplen con el requisito de especialidad que debe observarse en todo derecho real de garantía y más aun en las hipotecas bajo análisis, dada su función de garantizar créditos indeterminados al momento de su constitución.

Siguiendo en la materia, en su turno, la Sala I Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (S.F.) en el caso **YPF S.A. c/ Huara SRL s/ Ejecución hipotecaria**³² dijo: "*...se debe partir de la posibilidad de la constitución de hipoteca sobre obligaciones eventuales, como el caso de autos; y así reza el art. 3109 del Código Civil. En caso de que el crédito sea condicional o bien, indeterminado respecto a su valor, o también en el supuesto de que la obligación sea eventual, bastará que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca*". Asimismo, entendió el mencionado órgano, que: "*la doctrina judicial más calificada ha sostenido que para dicho acto constitutivo no es imperativo que se transcriba el contenido de la obligación principal.*" Concluyó, además: "*...los instrumentos constitutivos de la hipoteca y sus ampliaciones establecen claramente las sumas máximas garantizadas con ese derecho real y por lo tanto resultan hábiles para llevar adelante la ejecución aún cuando el monto definitivo adeudado deba surgir del apuntado certificado que también integra el titular.*" Sobre el principio de especialidad, la Cámara afirmó: "*el requisito de especialidad se considera cumplido si al momento en que se constituye la hipoteca se indican las posibles causas o negocios que eventualmente puedan nacer como derivación lógica de las relaciones preexistentes entre las partes...*"

³² Ver sentencia completa "YPF S.A c/ Huara SRL s/ Ejecución hipotecaria", Cam. Apel. Civ. y Com. de Rosario (S.F.), sala 1ª Integr., 28/4/09 (Hipoteca-garantía hipotecaria-alcance-hipoteca abierta)

Otro de los antecedentes que merece atención es el caso “**Sancor Cooperativas Unidas Limitada c/ Bonacorsi Jorge Luis s/ ejecución hipotecaria**” (Cam. Nac. de Apel. en lo Civ., sala B). En el mismo se rechazó la excepción de inhabilidad de título, considerándose instrumento ejecutivo hábil, la hipoteca abierta que garantizó el cumplimiento de saldos deudores presentes y futuros, por cuanto el certificado de contador público -al que las partes otorgaron validez- complementó el título original, sin restarle eficacia ni autonomía³³.

Siendo que las partes habían acordado que en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores, éstos aceptaban que se proceda ejecutivamente por la cantidad que surja del saldo deudor de la documentación respectiva y de las constancias de los libros de la deudora certificada por Contador Público Nacional, no se advierte violación del principio de especialidad que conduzca a convertir en inhábil el título que se pretende ejecutar.

Surge de la interpretación del mencionado fallo, que, toda vez que en la ejecución hipotecaria se han presentado instrumentos que individualizan la causa de la obligación, el tipo de operaciones comerciales entre las partes y el contrato al que accede, la excepción de inhabilidad de título deberá rechazarse.

³³ Se interpreta el criterio en tal sentido a relación a autos: “YPF SA c/Albon SRL y otro”, CNCivil, Sala K, 14-12-04

CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO:

Nos hemos ocupado, en primer término, de analizar en el capítulo el concepto de hipoteca que contenía el C.Civ. derogado; nos parece útil y necesario haberlo introducido, pues ha variado su definición si tenemos en cuenta el actual CCCN. También se encuentra presente, normativa del C.Civ. en referencia al derecho real que estudiamos y el impacto de las hipotecas abiertas sobre ellas.

Abordando sobre lo que ocurría con las hipotecas que garantizan créditos indeterminados durante la vigencia del Código Civil derogado, se ha observado la existencia de una fuerte concepción doctrinaria y jurisprudencial que negaba y resistía asumir su validez jurídica. Más aún, por el hecho de no estar presente los requisitos exigidos por la ley para su constitución ello traía aparejado inevitablemente la nulidad, pues el hecho de no especificar el monto determinado a que se ajusta la garantía real, producía la afectación al requisito de especialidad en cuanto al crédito.

A su vez, no se podía desconocer tampoco que la utilización de esta modalidad de constitución de hipotecas existía en la práctica, pese a la resistencia como instituto jurídico válido. Desde nuestro punto de vista, creemos que gran parte del problema en dicho contexto, se situaba (entre otras cosas) en la falta de regulación y contemplación expresa de las hipotecas abiertas. No podemos negar, más allá de las conjeturas que se hagan, que ellas implicaban un gran cambio en el mundo del derecho, y como todo cambio requiere de adaptación, adecuación a nuevas realidades.

En tal sentido, las diferentes corrientes doctrinarias estudiadas, permitieron conocer la reacción frente a la presencia de hipotecas abiertas: algunos entendieron que el camino era exigir que se cumplan estrictamente los preceptos legales, sin excepción y por tanto negándoles toda validez posible; otros se apartaron de esta idea y optaron por una mirada diferente, entendiendo que el derecho no es fijo y debe adaptarse a las nuevas exigencias sociales, aunque ello implique flexibilizar la letra estricta de la ley vigente.

CAPÍTULO TERCERO:

Régimen posterior a la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación.-

A) LA IMPORTANCIA DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ACTUAL CCCN EN MATERIA DE CRÉDITOS INDETERMINADOS EN SU ORIGEN. LOS ARTS. 2189 Y 2190 DEL CCCN. JORNADAS DE DERECHO NOTARIAL DE CÓRDOBA Y SAN CARLOS DE BARILOCHE: IMPORTANCIA DE SUS CONCLUSIONES.

El nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por Ley 26.994, introdujo modificaciones en materia de derechos reales de garantía. Como novedad, trajo la implementación del Título XII, denominada “*disposiciones comunes*”. La metodología sigue el siguiente razonamiento: una parte introductoria sobre disposiciones comunes a todos los derechos de garantía, que comienza a partir del artículo 2184 y se extiende hasta el artículo 2204, para luego pasar a analizar cada instituto en particular.

Como aspecto a destacar, el CCCN introduce, en comparación con el Código Civil derogado, una definición más precisa de hipoteca en su artículo 2205³⁴ que establece: “*La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.*”. Como adelantamos, tal concepto, resulta más acertado que aquel establecido por Vélez en Código Civil derogado, en su artículo 3108.

Recordando a Kiper, si bien la definición actual de hipoteca resulta en general acertada, nos enseña que es susceptible de una observación: “*...dice que recae sobre uno o más inmuebles individualizados, pero lo cierto es que los derechos reales de garantía también pueden tener por objeto bienes que no sean cosas (art. 2188) y el Código, al regular el derecho de superficie, prevé que puede ser objeto de una hipoteca “el derecho de construir, plantar o forestar” (art. 2120, primer párrafo), derecho que no es exactamente una cosa inmueble. Tampoco es exacto que el o los inmuebles “continúan en poder del constituyente”, ya que el propietario puede enajenarlos a*

³⁴ Resulta necesaria una comparación entre el concepto vigente de hipoteca y el que daba el Cód. Civ. derogado en su art. 3108 con su nota al respecto.

*terceros. Esto, como ya se ha visto, no perjudica al acreedor, que goza del derecho de persecución*³⁵.

Se advierte, así, que una de las cuestiones que se presentan como novedosas en dicha norma es lo relacionado con las hipotecas pero también particularmente con respecto al principio de especialidad en cuanto al crédito. Algunos entienden, a partir de la normativa traída por el CCCN—dada la lectura de sus normas— que todas la hipotecas deben tener una estimación del monto total por el que se publicita la extensión de la garantía, sin importar si se trata de hipotecas de monto cierto y determinado, o de las conocidas como hipotecas abiertas, o de máximo, para la cobertura de créditos condicionales, futuros o eventuales, de monto indeterminado.

Tal y como hiciéramos referencia, lo que nos ocupa en el presente trabajo es el requisito de especialidad en cuanto al crédito, íntimamente vinculado a las hipotecas materia de estudio. Analizando, entonces, este requisito, dice textualmente el artículo 2189 del CCCN³⁶:

“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”.

En el segundo párrafo que: *“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...**”.*

Finalmente, en su última parte dispone: *“El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto.”.*

³⁵Kiper, C., “*Tratado de derechos reales*”, 2da ed. actualizada (2017), tomo II, capítulo XIX, Derechos reales de garantía (primera parte), pags. 215 a 221., y ver también en la misma obra, capítulo XX, Derechos reales de garantía (segunda parte), pags. 275-276., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores.

³⁶Ver Lorenzetti, R. L. (2016) “*Código Civil y Comercial comentado y anotado*”, comentario realizado al artículo 2189 del CCCN, Rubinzal-Culzoni editores.

En cuanto a la importancia del límite temporal, ella se pone de manifiesto ante la posibilidad de garantizar créditos indeterminados, ya que el derecho real podrá receptor 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 "vivirendudado".

La primera parte del artículo en análisis marca el "eje central" en materia de hipotecas que garantizan créditos indeterminados. Se deberá entonces, indicar el monto máximo del gravamen, el cual será representativo del tope de responsabilidad por el cual se constituye el derecho real de garantía (hipoteca de máximo). Justamente en este supuesto, dicha estimación en dinero viene a constituirse en el techo máximo de la garantía por todo concepto, sin que se pueda extender, aunque el crédito a la postre resultare mayor. Toda y cualquier suma que supere el monto de máximo asegurado, no estará cubierta por la garantía hipotecaria y por ende, será quirografaria, pues la hipoteca solo llegará hasta el tope estipulado más no alcanza la suma que lo excede. El art. 2189 del CCCN, contiene dos elementos que confieren seguridad jurídica a cualquier tercero que deba tomar conocimiento del estado crediticio del deudor hipotecario en cualquier momento.

El primero de los mecanismos que ofrece es que en el instrumento debe constar el monto máximo del gravamen, debiéndose estimarse en dinero. De manera tal que ahora ya no nos debiera preocupar tanto cuáles han sido los negocios jurídicos celebrados entre las partes.

El segundo de los elementos que otorga seguridad jurídica entre las partes y frente a terceros, es que, como vimos, el propio art. 2189 del CCCN expresa: "...*el plazo al que la garantía se sujeta no puede exceder de diez (10) años.*". Si bien es cierto que la hipoteca tiene un plazo de duración de la inscripción de treinta y cinco (35) años (art. 2210 del CCCN, modificado por el art. 24 de la ley 27.271), la garantía se sujeta a un plazo de diez (10) años, contados desde el acto constitutivo. (art. 2189 del CCyC, modificado por el art. 23 de la ley 27.271). Vencido este plazo de diez (10) años, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su ese lapso de tiempo, pero no los futuros que serán quirografarios y carecerán de privilegio para el cobro. En opinión propia, parece inadecuado referir que en una hipoteca típica, la especialidad queda cumplida con la expresión máxima del gravamen –cuando lo tiene indudablemente– y sin cuestionamiento alguno en el acto constitutivo. Y más

inapropiado parece ser el párrafo del artículo 2189, cuando señala que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen, o puede nacer posteriormente, cuando en las típicas lo está por su propia naturaleza (y salvo algún dato secundario para la certeza de la constitución), que podría ser completado, por defecto de la especialidad, cuando falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo, como dice en forma genérica el artículo 2190 del CCCN, aunque sin perder de vista la existencia plena de la causa fuente que nace con la garantía. Que el gravamen, entonces, constituye el máximo de la garantía solo puede interpretarse como aplicable únicamente a las hipotecas de máximo, abiertas o de seguridad, en que el capital podría superar al monto máximo fijado en el contrato hipotecario, dado que en las hipotecas típicas ya lo está con la propia constitución. Lo expuesto, resulta clave para entender que el artículo 2189 del CCCN alude específicamente a las hipotecas abiertas, aunque expresamente no las denomine como tales, despejando todo tipo de especulaciones que se venían suscitando en torno a su validez o invalidez, puesto que ahora es la propia ley de fondo quien las incorpora al campo del derecho. Por su parte, el artículo 2190 del CCCN prescribe en cuanto a los defectos en la especialidad: *“La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo.”*³⁷

Existe contenido en tal artículo un principio rector en relación a cómo debe interpretarse el acto en caso de nulidades, creando una interpretación favorable a la conservación del acto. Esto le otorga facultades al Juez para realizar todas las medidas de prueba que considere necesarias en pos de indagar el negocio celebrado entre las partes para así permitir el mantenimiento de la garantía. El principio de conservación de las garantías reales se ve así plasmado en la norma.

No olvidemos que, las hipotecas abiertas, son creadas para garantizar operaciones comerciales y todas y cada una de las obligaciones derivadas de un contrato de garantía recíproco, donde la deuda puede crecer o disminuir en su capital³⁸. Lo que el Juez entonces debe indagar no es si la garantía existe o no, sino, si es que la misma se

³⁷ Texto vigente del art. 2190 del CCCN en su actual redacción.

³⁸ Galisteo, E. R. *“Las hipotecas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación (Parte I)”*, Diario Civil y Obligaciones Nro. 110 – 15.05.2017

extiende objetiva y crediticiamente a la realidad del proceso, por lo que deberá valerse en primer y último lugar del propio instrumento ya que lo que debe valorar es "*conjunto de las enunciaciões del acto constitutivo*". No puede extenderse a otros elementos documentales o extra-título que no tuvieran como origen el convenio, lo que otorga al Juez la facultad de interpretar favorablemente la validez de la garantía.

Un punto que interesa dejar en claro, en estricta referencia al derecho real bajo análisis, es que, no es lo mismo la determinación del monto de capital del crédito que la determinación del monto de la garantía hipotecaria. Contrariamente a ello, son dos aspectos diferentes que deben ser claramente distinguidos para establecer los presupuestos que viabilizan una garantía real del tipo de la que venimos examinando. Y tan es así, que las partes en la convención hipotecaria podrán establecer un monto mayor o menor que el de la prestación dineraria del crédito determinado. Partiendo de ello, y que en todos los derechos reales de garantía el gravamen debe estimarse en dinero, si bien la norma del art. 2189, Cód. Civ. y Com., no formula distingo alguno, resulta imperioso precisar los diferentes supuestos que podrían generarse dependiendo de la naturaleza del crédito garantido.

Es así como nos encontramos con que el derecho real de garantía puede estar referido a créditos determinados inicialmente, en cuyo caso (a su vez) cabe distinguir aquellos cuya causa fuente trasunta en obligaciones de dar dinero (arts. 765 y ss., Cód. Civ. y Com.) de aquellos otros que lo hagan en una disímil (v.gr.: de dar otras cosas, de hacer o de no hacer) Con respecto a la interpretación sobre la funcionalidad, se debe entender que la hipoteca abierta beneficia directamente al deudor, quien obtiene un crédito originariamente con la afectación hipotecaria y permite conservarlo sin necesidad de renovación sucesiva con nuevos créditos hipotecarios, dando fluidez a los créditos e implicando una indudable economía de gastos. Ante dicho escenario, sería posible pensar que, trancar la práctica de la modalidad de hipoteca que aquí se analiza, su posibilidad de acceso a créditos resultaría limitada o directamente nula. Además de las operaciones financieras realizadas con entidades financieras (Bancos, Asociaciones de comercio, etc), la práctica muestra la utilidad de las hipotecas abiertas en los contratos de suministro (Por ej., el caso de YPF que suministra periódicamente insumos a las estaciones de servicio que funcionan bajo dicha razón social; el caso de las fábricas automotrices (Citroën, Renault, Ford, etc) que proveen a sus distribuidores o concesionarios, entre otros casos). Frente a las consideraciones vertidas, estamos en

condiciones de manifestar que con la entrada en vigencia del CCCN, la polémica en torno a las denominadas hipotecas abiertas, queda resuelta. Dicho cuerpo legal, como se ha visto, contempla en su artículo 2189 la especialidad en cuanto al crédito y dispone una excepción para las garantías de créditos indeterminados, haciendo clara alusión a las hipotecas abiertas. Pero la cosa no termina allí.

En las XIX Jornadas de Derecho Notarial llevada a cabo en Córdoba, en el año 2017, se abordó el tema aquí estudiado y en sus conclusiones se dijo que: *“El artículo 2189 en la redacción original del Código Civil y Comercial, con el título “Especialidad en cuanto al crédito”, introdujo la regulación de los créditos indeterminados como objeto de garantía de los derechos reales en el sistema legal de nuestro país, generando interpretaciones controversiales, por las imprecisiones de su texto. La ley 27.271 sustituyó dicho artículo, estableciendo una pluralidad de regímenes, otorgando un tratamiento diferenciado entre los créditos determinados y los indeterminados. Esta nueva regulación recoge el creciente reclamo de nuestra doctrina y jurisprudencia de receptar la regulación de las denominadas Hipotecas Abiertas, con objetivos claros de mejorar el mercado crediticio, disminuyendo costos, otorgando agilidad al tráfico jurídico, tutelando el derecho constitucional a la vivienda y brindando por consiguiente seguridad a las partes”*³⁹

También en el mes de septiembre de 2018 se llevaron a cabo las XXXIII Jornadas de Derecho Notarial en la ciudad de San Carlos de Bariloche, cuyo tema a tratar fue: *“Hipotecas en garantía de créditos indeterminados y futuros”*. Las ponencias fueron las siguientes⁴⁰:

“• 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

³⁹ Para un análisis más profundo ver texto completo de las XIX Jornadas de Derecho Notarial llevadas a cabo en Córdoba, Argentina (2017)

⁴⁰Ídem, ver texto completo de las XXXIII Jornadas de Derecho Notarial de S.C. de Bariloche, Argentina (2018)

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 accesoriadad 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 accesoriadad 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 accesoriadad en nuestro derecho.*

- *La posibilidad de garantizar obligaciones futuras será coherente con las exigencias del principio de accesoriadad en la medida en que las obligaciones objeto de la cobertura puedan considerarse determinables.”*

Como conclusiones sobre la indeterminación de los créditos en materia de hipotecas, surgieron las siguientes:

1. *El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos en garantía de créditos determinados se cumple con la expresión de los sujetos, el objeto y su causa en el contrato constitutivo.*
2. *El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos*

en garantía de créditos indeterminados, se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen y un plazo que no puede superar los diez años.

3. Monto del gravamen: El monto del gravamen es un requisito esencial en los derechos reales de garantía. Según el artículo 2189 CCCN “el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero”. Sin perjuicio de ello, en caso de defecto en el cumplimiento de este requisito, es posible fundar la validez en el artículo 2190 CCCN que admite que sea posible integrarlo con algunos de los elementos que surgen del acto constitutivo.

4. Monto de la garantía: En el sistema actual se correlacionan con criterio razonable las disposiciones de los artículos 2187, 2189 (modificado por la ley 27.271) y 2193 CCCN. 4.a) Tratándose de créditos determinados la cuantía del gravamen se estima inicialmente, pero la garantía real no solo cubre el capital adeudado sino además los intereses posteriores y los daños y costas que provoca el incumplimiento. 4.b) En cambio, en los créditos indeterminados la estimación del gravamen es igual al monto máximo garantizado por el derecho real, ya que el montante originario, lo es “en todo concepto”; es decir que no podrá ser excedido aunque la acreencia, por el devenir de distintas circunstancias posteriores a su constitución, resulte superior a la cuantía del gravamen...⁴¹”.

Insistimos en reafirmar que la hipoteca abierta por créditos indeterminados no es más que una variedad del derecho real de hipoteca, razón por la cual no se produce la creación de un nuevo derecho real, como sostenía la postura tradicional y cierto es que, los tribunales venían ya aceptando cada vez más su procedencia, como en los casos “Citibank N.A. c/ Galacho, Norberto M. y otro” (2001) de la CN.Civ”; “Banco Río de la Plata s/ conc. esp. en: Artesi Hnos. S.R.L. s/ quiebra”, (2003) y también algunos autores como Norma Silvestre⁴² y Mario ArragaPenido⁴³ se pronunciaban a favor de este tipo de hipotecas, entendiendo que el sistema hipotecario argentino no era tan cerrado como para negar rotundamente la existencia de la hipoteca abiertas

Ellas son creadas para garantizar operaciones comerciales y todas y cada una de las obligaciones derivadas de un contrato de garantía recíproco, en las cuales la deuda puede crecer o disminuir en su capital -sea por pagos parciales, incumplimiento de

⁴¹ Conclusiones de la XXXIII Jornada de Derecho Notarial, S.C de Bariloche, Argentina (2018); *Tema II: “Garantías Reales: Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del art. 2189 del CCCN...”*

⁴² Silvestre, N. O., “Crédito hipotecario”, Ed. Hammurabi, 1989, Bs. As., pág 147.

⁴³ ArragaPenido, M. O. “Código Civil comentado. Derechos reales”, dirigido por Claudio Kiper, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2004, T° III, pags. 223 a 225.

obligaciones, etc-, pero en todos los casos la obligación principal estará garantizada dentro de un tope o máximo previsto, aun cuando en el origen del gravamen el crédito esté indeterminado o no haya tenido nacimiento⁴⁴.

En efecto, el presupuesto normativo que aparece contemplado en la norma de los arts. 2187 y 2189, Cód. Civ. y Com., es el de aquella hipoteca que si bien ha sido otorgada para asegurar una masa de créditos indeterminados en su causa fuente (sean presentes y o futuros) lo ha sido a favor de un acreedor determinado, por un monto máximo y durante un plazo cierto. Sólo así, una hipoteca que podemos calificar abierta, en cuanto a la indeterminación del crédito al que accede, puede reputarse válida y oponible ergo omnes.

Si bien las obligaciones garantizadas pueden ser eventuales o futuras, resulta necesario que haya algunos parámetros que estén claramente establecidos desde el principio, y que también haya ciertos límites, con el fin de que no se desnaturalice el principio de especialidad (...) el cccn permite garantías abiertas aun cuando no se indique siquiera la causa fuente de los créditos futuros o indeterminados (...) con apoyo en el art. 2186 del cccn que permite excepciones al principio de accesoriedad, en la última parte del art. 2187 del cccn que permite excepciones a la necesidad de individualizar el crédito al constituirse la garantía, y en el texto del art. 2189 que admite que el crédito pueda nacer posteriormente (...) para satisfacer el principio de especialidad, debe indicarse en el acto constitutivo la suma de dinero que operará como tope máximo (art. 2189 cccn)⁴⁵.

B) ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 27.271 “CASA DE AHORRO” EN MATERIA DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA

En el año 2016, se introdujo una relevante modificación al texto de los artículos 2189 y 2210 del CCCN; esto fue a consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 27.271 denominada “Casa de Ahorro”. Ahora bien, frente a tal escenario, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Acaso el artículo 2189 del CCCN no había solucionado la

⁴⁴CNCiv., sala K, 2003/10/07. "Avaluar SGR c. Luvama S.A." -La ley, 2004-B,344.

⁴⁵Kiper, C. (2016): "Manual de derechos reales", p. 535, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe.-

disputa sobre el tema de las hipotecas abiertas? ¿Por qué, entonces, una ley posterior vino a modificar cuestiones que habían arrojado luz al tema? La respuesta a tales interrogantes encuentra fundamento en el mejoramiento de la técnica legislativa. El art. 23 de la ley citada “ut supra”, dispuso la modificación del art. 2189 del CCCN. En su primer párrafo, el nuevo texto legal reza lo siguiente: “*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*”. Agrega en el segundo párrafo que: “*El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito*. En su parte final concluye: “*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*”⁴⁶ .

Por otra parte, y no menos importante, el art. 2210 del CCCN, ha quedado reemplazado por el art. 24 de la ley 27.271, disponiendo éste último una modificación en cuanto al plazo de la garantía hipotecaria, al establecer que: “*Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva*.”⁴⁷ Advirtiendo lo dispuesto por la normativa vigente del Código Civil y Comercial de la Nación, así como también la Ley 27.271, podemos afirmar que quedan superados los inconvenientes de créditos inexistentes al momento de la constitución, sea porque son futuros o eventuales, o porque siendo condicionales, si lo son bajo condición suspensiva, no nacen hasta el cumplimiento de la condición; y si lo son bajo condición resolutoria, a pesar de haber nacido, pueden resolverse posteriormente por el efecto de la misma. Hay una perfecta separación entre la hipoteca constituida en tales condiciones, a

⁴⁶ En el nuevo texto que trae el art. 23 de la ley “casa de ahorro”, creemos, se introduce una mejora notoria en la técnica legislativa, pues hace expresa referencia a la manera en que queda cumplido el requisito de especialidad en el caso puntual de los créditos indeterminados.

⁴⁷ El texto original del art. 2210 del CCCN rezaba: “*Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el plazo de veinte (20) años, si antes no se renueva*”. El art. 3151 del Cod. Civ. de Velez, (de acuerdo al texto s/ ley 17711 de 1968) también preveía dicho plazo de veinte (20) años. El texto anterior a éste último (s/ley 340 – 1863/1869), en cambio, disponía un plazo de diez (10) años a tal fin. Ver sobre esto la nota al art. 3151 del Cod. velezano.

diferencia de las típicas en que nacen simultáneamente con la constitución, sea que el contrato esté integrado en la misma escritura, o lo sea en documento separado pero debidamente relacionado.

CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO:

No hay duda alguna con respecto a que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 trajo solución a un tema fuertemente debatido por la doctrina y jurisprudencia respecto a las hipotecas abiertas. Al incorporarse expresamente en la ley la posibilidad de constituir hipotecas que garanticen créditos indeterminados o globales, se reguló lo que por mucho tiempo estuvo en una especie de “limbo” motivo de encontrarnos con posturas antagónicas. La ley 27.271 también fue actora principal en el tratamiento de lo analizado. Entendemos que, a raíz de todo lo que abordamos en el capítulo, no hay duda de que hemos avanzado en la materia (y mucho), cuestión que posibilita dar respuesta a las nuevas exigencias originadas en la evolución lógica de la sociedad y por ende, también del derecho, al ser este, justamente, una ciencia social.

Amén de destacarse la solución traída por el CCCN, cierto es que mucho influyeron en el notorio avance sobre el tema estudiado, las conclusiones de las diferentes Jornadas Notariales y de Derecho Civil, así como también el aporte de calificada doctrina que supo detectar la imperiosa necesidad de legislar sobre un tema que hasta tanto no se arrojava luz sobre él, no habría uniformidad de criterios tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

CONCLUSIÓN FINAL:

a) Como hemos visto, ha sido notoria la evolución del derecho real de hipoteca desde sus orígenes primitivos hasta nuestros días, conforme se ha analizado en la primera parte de nuestro trabajo. Al introducirnos en el derecho comparado, ello nos ha permitido estudiar no solo la realidad de nuestro país, sino también las ideas e influencias que caracterizan a los ordenamientos jurídicos internacionales. Dedicamos el primer capítulo del presente al abordaje de dichas cuestiones.

b) Las hipotecas que garantizaban créditos indeterminados, en el Código de Vélez Sarsfield, eran fuertemente resistidas por violar el principio de especialidad en cuanto al crédito. Puede observarse, asimismo, que existía un sector de la doctrina y la jurisprudencia que se apartaba de la concepción clásica y era partidario de reconocerle vigencia a dicha modalidad de gravamen hipotecario, fundado esto en la realidad socioeconómica imperante en nuestro país en los años noventa. Se ha estudiado esto en el segundo capítulo.

c) Las hipotecas abiertas tienen plena vigencia en el derecho actual, estando ya expresamente regulado el tema en las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía. El caso de las hipotecas que garantizan créditos abiertos o globales queda contemplado en el artículo 2189 del Código Civil y Comercial de la Nación, las modificaciones introducidas por la ley “casa de ahorro” (27.271) y las influencias de las Jornadas Notariales de la Ciudad de Córdoba y Bariloche, de acuerdo a lo analizado en el tercer capítulo. Siendo esto así, reafirmamos su validez y utilidad práctica como instrumento simplificador de operaciones de la práctica económica y financiera moderna, sin desnaturalizar el instituto de la hipoteca, ya que sólo consiste en una modalidad o tipo de aquella y no un derecho real autónomo que vulnera el principio de especialidad en cuanto al crédito, toda vez que cumpliendo los requisitos que impone la ley de fondo gozará de total eficacia jurídica. Se reconoce, es cierto, que pese a la normativa plausible que trajo el actual Código de fondo y sus modificaciones posteriores en materia de derechos reales de garantía, persistieron (y persisten) las posturas críticas sobre la modalidad de hipotecas que garantizan créditos indeterminados, su aplicación práctica y validez, entre otras; pero actualmente estamos en condiciones de destacar, como aspecto central, que ellas tengan

el sustento legal que desde hace tiempo se venía reclamando por parte del sector doctrinario y jurisprudencia que se proclamaba en pos de su validez. De ese modo, es insoslayable que dejaron de pertenecer a esa especie de “limbo” del derecho en el que se encontraban inmersas, para pertenecer ahora al grupo de las figuras que llegan con el objetivo de establecerse con un nombre propio en el mundo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA (en orden alfabético):

- 1.-Alegría, H. (2010): “*Hipotecas abiertas*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, tomo: 2010/2, ISBN: 978-987-30-0136-9. Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe;
- 2.-Alterini, J. H. (1979): “*Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*”, ED, 88-799;
- 3.- Arraga Penido, M. O. (2004) “*Código Civil comentado. Derechos reales*”, dirigido por Claudio Kiper, T° III, (pags. 223 a 225), Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires;
- 4.- Boretto, M. (2002) “*Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*, Publicado en *La Ley 2002-C, 1150*;
- 5.- Farina, M. A. (2007) “*De las hipotecas abiertas. El principio de especialidad crediticia y la determinación del quantum de la deuda*”. Revista La Ley 17/09/2007, 6 - La Ley 2007-E, 406;
- 6.- Galisteo, E. R. (2017) “*Las hipotecas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Diario Civil y Obligaciones Nro. 110, artículo publicado en fecha 15/05/2017, recuperado el día 18/06/2020 a partir de <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Eduardo-Galisteo-Civil-15.05.pdf>
- 7.- Galisteo, E. R. (2018) “*Las hipotecas abiertas en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, artículo publicado en fecha 09/05/2018. Id SAIJ: DACF180087, recuperado el día 01/06/2020 a partir de url: <http://www.saij.gob.ar/eduardo-rogelio-galisteo-hipotecas-abiertas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf180087-2018-05-09/123456789-0abc-defg7800-81fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2018%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B75%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=31>

- 8.- Gancedo, I. (2013) *“La hipoteca abierta”*, Revista de Derecho Civil número I, noviembre de 2013, cita online IJ-LXIX-758., IJ editores Argentina.
- 9.- Germán Macagno, A. (2017): *“Hipoteca global otorgada en garantía de créditos indeterminados”*, artículo publicado en RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 167; recuperado el día 01/07/2020 a partir de la url: <http://ssza.com.ar/wp-content/uploads/2018/08/LL.-DOC.-Hipoteca-global-otorgada-en-garant%C3%ADa-de-cr%C3%A9ditos-indeterminados.pdf>; cita online AR/DOC/2306/2017, Thomson Reuters.
- 10.- Gil, J. A. (2006) *“La hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas”*, artículo publicado en SAIJ, Id SAIJ:DASJ060091. Recuperado el día 06/06/2020 a partir de url: <http://www.saij.gob.ar/jorge-alberto-gil-hipoteca-creedor-abierta-choque-culturas-dasj060091-2006/123456789-0abc-defg1900-60jsanirtcod>
- 11.- Highton, E. I. (2000) *“Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito”*, 2da (ed.), pags. 176 y sgs. y pags. 200-201, editorial Depalma, Buenos Aires.
- 12.- Kiper, C. M. (2017): *“Tratado de derechos reales”*, 2da (ed). actualizada, tomo II, capítulo XIX, *Derechos reales de garantía (primera parte)*, pags. 215 a 221., y capítulo XX, *Derechos reales de garantía (segunda parte)*, pags. 275-276., Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe.
- 13.- Lafaille, H. – Alterini, J. H. (2010) *“Tratado de los Derechos Reales”*, 2da (ed). actualizada y ampliada, Tomo IV (pags. 435-436 – 572 y sgs.); editorial La Ley, Buenos Aires.
- 14.-Lamber, R. A. (2015) *“Hipoteca en moneda extranjera. Hipotecas de curso legal o de monedas que no lo tienen. El monto en las hipotecas.”*, artículo publicado en Revista del Notariado Nro. 921 (jul-sep 2015), recuperado el día 28/06/2020 a partir de URL: <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/hipoteca-en-moneda-extranjera-hipotecas-de-curso-legal-o-de-monedas-que-no-lo-tienen-el-monto-en-las-hipotecas/#35-la-validez-de-las-hipotecas-abiertas-en-la-doctrina-anterior-al-nuevo-cccn>
- 15.- Lorenzetti, R. L. (2016) *“Código Civil y Comercial de la Nación comentado”*, comentario al art. 2189, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe.

16.- Musto, J. N. (2000) “*Derechos Reales*”, tomo II, págs. 243 y 247, editorial Astrea, Buenos Aires;

17.- Penna, M. A. (2015) “*Los derechos reales de garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Publicado: SJA 2015/04/22-13 ; JA 2015-II. Recuperado en fecha 03/06/2020 a partir de http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Penna_Los_derechos_reales_de_garantia_en_el_Codigo_Civil_y_Comercial.pdf

18.- Piccardi, M. (2016) “*Reconocimiento de las hipotecas abiertas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”, artículo publicado en la web abogados.com.ar. Recuperado el día 13/06/2020 a partir de URL: <https://abogados.com.ar/reconocimiento-de-la-hipoteca-abierta-en-el-nuevo-c/18218>

19.- Pirovano, P. A. (2006) “*El principio de especialidad en las hipotecas frente a la seguridad jurídica*”, publicado en La Ley 08/06/2006, 5, La Ley 2006-C, 794; Cita Online: AR/DOC/2030/2006

20.- Rivera, J. C. (1993) “*Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, ISBN: 978-950-727-041-3, p. 175, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires.

21.- Salvat, R. M. (1946) “*Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*”, tomo IV, (pág. 119), editorial La Ley, Buenos Aires.

22.-Silvestre, N. O. (1989) “*Crédito hipotecario*”, editorial Hammurabi, Buenos Aires., (pág. 147.);

JORNADAS Y CONGRESOS:

a.- VII Jornada Nacional de Derecho Civil, Buenos Aires (1979). Conclusión acerca del principio de especialidad en cuanto al crédito.-

b.- I Jornada de Derecho Civil, San Juan (1982). Recomendación acerca de la indeterminación de los créditos garantizados por hipoteca.-

c.- XIX Jornada Notarial, Córdoba (2017). Postulados sobre el principio de especialidad en los derechos reales de garantía.-

d.- XXXIII Jornada Notarial, S.C. de Bariloche (2018). Postulados y Conclusiones sobre la indeterminación de los créditos en materia de hipoteca.-

e.- XI Congreso Nacional de Derecho Registral en la ciudad, Bariloche (1999). Tema I, sobre la especialidad en cuanto al crédito.-

JURISPRUDENCIA (EN ORDEN ALFABÉTICO):

1.-“Aguas Danone de Argentina S.A. c. Pensiero Alejandro Enzo s/ejecución hipotecaria”, CNCiv. Sala H, 12/04/2002;

2.- “Avaluar SGR c. Luvama S.A. s/ ejecución hipotecaria”, CNCiv., Sala K, 17/03/2004

3.- “Banco Hispano Corfín c/ Bodegas y Viñedos Los Nogales”, Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de Mendoza, 09-04-01,

4.-“Banco Río de la Plata S.A. s/ conc. esp. en: Artesi Hnos. S.R.L. s/ quiebra”, (2003)

5.- “Banco Río de la Plata S.A. c/ Tubocaño s/ ejecución hipotecaria” CN.Civ. (16/02/2000)

6.- “Banco Sudameris S.A c/ Bozicevic, Juan y otro”, CNCiv., sala A, 18-10-85

7.- “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. c. Matuk S.A. y otros”, 14/04/2005.

8.- “Citibank N.A. c/ Galacho, Norberto M. y otro” CN.Civ (2001)”

9.-“Franchetti, Horacio A. c/ Repsol Y.P.F. S.A.”, C3ªCiv. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza (2002).

10.- “Kraft Suchard S.A c/ Camerota, Oscar A.”, CN.Civ sala I, 17-4-97,

- 11.- “Mangione, Miguel A.”, C.Civ.Com.Lab. y Minería General Pico, (2004)
- 12.- “Pedro López e Hijos SACIA s/ Concurso Preventivo”
- 12.- "Peugeot Citroen Argentina S.A. en: Delta Baires S.A. p/conc. p/rec.rev. s/inc. cas.", 22/11/2005
- 13.- “Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c. Gómez Ángel Alberto” TS Córdoba Sala Civil y Com., 13/11/2009;
- 13.- “Sancor Cooperativas Unidas Limitada c/ Bonacorsi Jorge Luis s/ Ejecución hipotecaria, CNAp.Civ., sala B, 12/08/2014
- 14.- “Shell C.A.P.S.A. c/ ES.PA.SA. Estaciones Patagónicas S.A. s/ ejecución hipotecaria.”, C.N.Ap. Civ., (16/4/2009).
- 15.- “Siderar S.A.I.C c/ Cohen Freue, José y otro s/ ejecución hipotecaria” CN.Civ. (2003)
- 16.- Suprema Corte de Mendoza, Sala I, “Fallo Pirelli S.A.I.C.” (2000);
- 17.- “Verardo, Alberto Ángel y otro c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA”, C.N.Civ., Sala J, 15/09/2005;
- 18.- “YPF SA c/Albon SRL y otro, LL, 22-3-05), CNCivil, Sala K, 14-12-04
- 19.- “YPF S.A. c/ Huara SRL s/ Ejecución Hipotecaria, CNApel. Civ. y Com. de Rosario (S.F.), sala 1^a, 28/04/2009).

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
FUNDAMENTO	3
OBJETIVOS:.....	5
CAPÍTULO PRIMERO	7
A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	7
a) Derecho Romano:	7
b) Derecho en Grecia	7
c) El derecho patrio.....	8
B) DERECHO COMPARADO:	8
a) Francia	8
b) Italia	9
c) España	9
d) Alemania	9
e) Suiza	10
f) China.....	11
g) Chile	11
h) Brasil	11
i) México	12
j) Perú.....	13
k) Venezuela	14
l) Derecho anglo-sajón.....	14
m) Régimen soviético	15
CONCLUSIONES DEL PRIMER CAPÍTULO	16
CAPÍTULO SEGUNDO	17
Hipotecas Abiertas. Régimen previo a la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación.....	17
A) EL CONCEPTO DE HIPOTECA EN EL CC – EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD - CONCEPTO DE HIPOTECAS ABIERTAS EN GENERAL.	17
B) INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA. DISTINTAS POSTURAS.....	20

a) Interpretación doctrinaria:	20
1) Tesis restrictiva:	21
2) Tesis denominada como “intermedia”:.....	25
3) Tesis denominada “amplia” o “flexible”:	27
b) Jurisprudencia y jornadas en materia de Hipotecas Abiertas – El proyecto de unificación de 1998.....	29
CONCLUSIONES DEL SEGUNDO CAPÍTULO:	33
CAPÍTULO TERCERO	34
Régimen posterior a la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación.....	34
A) LA IMPORTANCIA DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL ACTUAL CCCN EN MATERIA DE CRÉDITOS INDETERMINADOS EN SU ORIGEN. LOS ARTÍCULOS 2189 Y 2190 DEL CCCN. LAS JORNADAS DE DERECHO NOTARIAL DE CÓRDOBA Y SAN CARLOS DE BARILOCHE: IMPORTANCIA DE SUS CONCLUSIONES	34
B) ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 27.271 “CASA DE AHORRO” EN MATERIA DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA	42
CONCLUSIONES DEL TERCER CAPÍTULO.....	45
CONCLUSIÓN FINAL:	46
BIBLIOGRAFÍA	48
JORNADAS Y CONGRESOS.....	50
JURISPRUDENCIA	51

FACUNDO BEVACQUA, DNI 37930972, LEGAJO Nro. 13800/4 UNNOBA.

