

DERECHO REAL DE HIPOTECA - LOS PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO Y AL OBJETO - SUS IMPLICANCIAS SUSTANCIALES Y PROCESALES EN ORDEN A SU EXISTENCIA Y VALIDÉZ

1- Introducción - Justificación:

Las vinculaciones intersubjetivas con proyecciones en el campo del derecho ponen en acto los diferentes intereses jurídico-económicos de sus titulares; en este sentido; los sujetos de derecho articulan estos intereses guiados por el principio de autonomía de la voluntad, el cual representa el presupuesto legal sobre el que reposarán los diferentes actos jurídicos respecto de los cuales la norma no establezca particulares condiciones de actuación que resulten indisponibles para la voluntad privada.

Pues bien, apuntado este principio nuclear en el orden de las relaciones jurídicas, es de natural consecuencia la importancia que el mismo cobra en la praxis jurídica cotidiana. En este sentido; las relaciones jurídicas -de ordinario- trasuntan en el plano del derecho creditorio; en el cual encontramos un sujeto activo -con poder de agresión patrimonial- y un sujeto pasivo -u obligado al cumplimiento de una determinada prestación-; de manera tal que -lo hasta aquí apuntado- alude a un esquema negocial estático de los vínculos jurídicos; no obstante, para comprender el fenómeno relacional y sus efectos, debemos avanzar hacia un estadio contingente en el cual -puestos ya dichos intereses en un negocio jurídico determinado- las partes introducen diferentes

mecanismos de garantía a los fines de ver satisfechos los mismos en defecto del cumplimiento de las prestaciones principales; o deber jurídico específico en sentido estricto.

Ahora bien, es posible afirmar que continuamos transitando la esfera del principio de la autonomía de la voluntad en orden a la previsión de estas garantías -personales o reales-; no obstante, -en lo tocante al tema propuesto en el presente campea el principio del orden público¹-; conforme podremos determinarlo oportunamente en el desarrollo del presente trabajo pero que -en la instancia- permite comenzar a adentrarnos en la esfera del Derecho Real de Hipoteca figurándonos su finalidad jurídico-económica de garantía y difusión del crédito.

Como consecuencia de lo expuesto, -al momento de seleccionar el tema que nos ocupa- se ha reparado principalmente en la importancia del instituto hipotecario en razón del dinamismo crediticio empresarial en que se inserta negocialmente; también en la trascendencia del derecho hipotecario en orden a la garantía del acceso al crédito de los particulares en relaciones bancarias -contratación bancaria- extremos para los cuales -en el presente- resultará útil denominarlas “relaciones jurídicas calificadas” y también en la trascendencia que la garantía hipotecaria presenta en el plano de las relaciones estrictamente privadas o “relaciones jurídicas ordinarias”, todo lo cual me ha llevado a considerar a esta garantía real como un “derecho de intermediación” entre las necesidades de crédito de las personas físicas o jurídicas y las de afianzamiento de las expectativas de cobro por parte de quienes -por su

¹ Cfme. lo exponen **GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge** en: “El Derecho Real -Elementos para una Teoría General-”, Ed. Abeledo-Perrot; Buenos Aires; Año: 1974, pág 74.

actividad profesionalizada o por la celebración de actos jurídicos eventuales- se colocan en el polo activo de una relación jurídica.

Ahora bien, -dentro del derecho hipotecario- la temática propuesta en este abordaje cuenta con un sólido marco jurídico previsto, en el Libro 3ro -Arts. 2502, 2503, 2505-; en el Título 14, Arts. 3108, 3109, 3110, 3112, 682, 3119, 3121, 3128, 3129, 3131, 3132, 3133, 3148, 3188, Stes. y concordantes del Código Civil.

Este marco legal además de definir el derecho de que tratamos; -extremo que repetidamente los autores de derecho descalifican en relación a un código de leyes- regula imperativamente ciertas condiciones de constitución y validez de la garantía hipotecaria que podemos traducir como el eje sobre el cual gira la estructura de este derecho de garantía.

En este orden de ideas; estas condiciones o principios insoslayables son: **1-** Principio de especialidad en cuanto al Objeto y **2-** Principio de especialidad en cuanto al Crédito.

No obstante; el presente abordaje -si bien referirá a ambos principios- reparará en el segundo de ellos, en razón de que -respecto de la especialidad crediticia- es donde se suscitan los desencuentros teóricos más relevantes en referencia a establecer si -el acto constitutivo de la garantía hipotecaria debe contener o no la causa-fuente del crédito garantizado-, para lo cual se han consultado diversos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales a los fines de exponer los distintos enfoques sobre el tema propuesto y analizar el tratamiento que ha tenido la cuestión por parte de la actividad jurisdicente.

Pues bien; es de necesaria alusión en la oportunidad resaltar que el marco teórico que circunda a la especialidad hipotecaria ha sido materia propia de la labor jurisprudencial y doctrinaria; -no obstante ello-, la dinámica del derecho real de Hipoteca en la praxis negocial en la que cobra vida muestra -a menudo- inconsecuencias que contrastan con la solidez y precisión de la norma jurídica que prevé sus condiciones de constitución, existencia, validez y eficacia.

De igual modo, también es posible advertir -en la doctrina actual- la existencia de diferentes corrientes de pensamiento sobre el tópico de la “especialidad en la garantía hipotecaria”; las cuales -conforme lo podremos advertir en el desarrollo del presente- traducen el contraste entre dos corrientes de pensamiento que pueden reducirse didácticamente a las denominaciones de: “*tesis amplia*” y “*tesis restringida*”; según acepten o repudien la validez de las denominadas “hipotecas abiertas o generales”.

En este sentido; podemos advertir que esta tensión doctrinaria encuentra razón -por un lado, en la rigidez normativa que regula la constitución de la garantía hipotecaria- y por el otro, en la existencia de nuevas formas de contratación respecto de las cuales los esquemas legales previstos por el ordenamiento -en orden al tópico de la especialidad-, posiblemente resulten impropios a las necesidades de la práctica económica y jurídica; como por ejemplo; -*la cuenta corriente bancaria asegurada con una garantía hipotecaria*-; representa un acto jurídico usual entre las entidades financieras y las empresas o particulares respecto del cual se suscitan discrepancias en la hora de su solución jurisdiccional, conforme sea la misma apoyada en una u otra de las tesis antes

referidas; ya que la suerte ejecutiva de la garantía constituida será diferente respecto de una u otra corriente de pensamiento.

HIPOTESIS DE TRABAJO

Como consecuencia de la proyección de los aspectos referidos anteriormente -que presentan al principio especialidad como un tópico trascendente en hora del análisis de la validez y eficacia de la garantía hipotecaria-; en el presente abordaje se intentará responder al interrogante que plantean las nuevas formas de contratación en orden a la especialidad y su adecuación a los esquemas previstos por el legislador, todo ello desde el enfoque prevalente en la doctrina actual y sus posibilidades de evolución a los fines de que los planteos llevados a decisión encuentren adecuado acogimiento fundado en la ley; la equidad y la justicia.

2- Objetivos

2.1. Objetivos Principales

Como se ha manifestado, en el presente trabajo se abordará una temática específica en orden a un instituto con gran trascendencia jurídica y económica en la vida de la sociedad; en función de las necesidades de acceso al crédito y financiamiento.

En consecuencia, fijaré lo que -conforme al marco doctrinario actual- se comprende por “especialidad hipotecaria”, sus alcances, requisitos y las diferentes corrientes de pensamiento; se establecerá el marco doctrinario existente respecto a la especialidad hipotecaria, recurriendo para ello al análisis

de las elaboraciones de autores destacados sobre la materia incorporando -comparativamente- los conceptos surgidos del derecho comparado.

Así mismo, -sobre el punto- consultaré las obras de autores nacionales como Jorge Alterini, Guillermo Borda, Marcos Boretto, Elena I. Highton, Marina Mariani de Vidal, Jorge Musto y Ricardo Papaño; finalmente, repararé en los efectos de la inobservancia de las normas sobre la especialidad en los planos procesales y sustanciales; es decir, la sanción de nulidad prevista por la ley para el caso de que -llevado a ejecución un título ejecutivo hipotecario- éste devenga, inhábil e inejecutable por la violación al principio de especialidad hipotecaria; así como la instancia procesal ordinaria que deberá transitar el acreedor en defecto del instrumento escriturario en que se haya previsto la garantía real.

2.2. Objetivos Secundarios

Como una necesidad metodológica se abordarán -introdutoriamente- los sistemas de garantía de las obligaciones en nuestro ordenamiento legal -garantías personales y reales-; seguidamente se definirá el Derecho Real de Hipoteca; reparando en las críticas conceptuales realizadas por la doctrina nacional a la definición expuesta por nuestro Código Civil, su evolución histórica; su naturaleza jurídica y sus diferentes caracteres; todo ello con la finalidad de encontrar ubicuidad en la temática de estudio y al mismo tiempo afianzar la exposición de las conclusiones sobre la materia del presente trabajo.

3- Seguridades personales y Reales

Como sabemos el nacimiento de una relación jurídica obligacional entre los sujetos de derecho, -sean personas físicas o jurídicas- actualiza un antiguo adagio acuñado por la doctrina que se traduce como: “*patrimonio del deudor, prenda común de los acreedores*”; esta metáfora jurídica -lejos de indicarnos que el vínculo jurídico obligacional se ha proyectado sobre dos patrimonios- tampoco refiere a lo que técnicamente conocemos como derecho real de prenda a favor del polo activo de la relación; sino que -con abstracción del poder jurídico originario del acreedor de exigir el cumplimiento del deber jurídico específico en cabeza del polo pasivo de la relación- intenta graficar la circunstancia de que -el titular del derecho creditorio- podrá satisfacer su acreencia con proyección en la universalidad patrimonial del deudor.

Ahora bien, este extremo -necesariamente- debe ser puesto en contraste con otro principio jurídico de fundamental importancia para la comprensión del efecto obligacional; el cual se traduce como: “*pars conditio creditorum*” e invita a colocar a los acreedores concurrentes de un deudor particular en iguales situaciones jurídicas respecto del patrimonio del obligado para la satisfacción de sus acreencias.

Pues bien, ambos principios representan el quid de la “situación jurídica patrimonial ordinaria” de un sujeto de derecho, la cual puede verse afectada cuando -en razón de la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio gravado- éste resulte insuficiente, instancia en la que será de aplicación el art. 3922 del Código Civil que diferirá a prorrata los derechos de los acreedores sobre la universalidad del deudor.

En razón de estas circunstancias jurídicas, las partes suelen acudir a diferentes institutos jurídicos para dar solidez personal o real al cumplimiento de las prestaciones asumidas por parte de los sujetos pasivos del sinalagma obligacional. En consecuencia, nuestro ordenamiento prevé un sistema de garantías personales (fianza) y un sistema de garantías reales (prenda e hipoteca) para cumplir dicha finalidad de aseguramiento.

Ambos sistemas cumplen idéntica función pero se diferencian en orden a la naturaleza de sus actos constitutivos, y -fundamentalmente- en orden al vínculo y potestades jurídicas que -en su mérito- se confieren a su titular.

De este modo, el vínculo nacido de una la garantía personal convencional (fianza) representa el diferimiento contractual de la expectativa de cobro del acreedor a la presencia de un tercero obligado al pago conforme lo establece el Art. 1986 del C.C., mientras que el derecho real de hipoteca crea una relación real entre el acreedor y una cosa inmueble, -sea de propiedad del deudor o de un tercero (garantía real)-.

En consecuencia, podemos advertir que las garantías reales -en nuestro caso la garantía hipotecaria- representan una seguridad estable para el acreedor ya que éste ha podido considerar -en el momento de su constitución- el valor del inmueble -base de su derecho- en relación al quantum de su crédito; mientras que la garantía personal de la fianza se encuentra expuesta no solo a las contingencias de solvencia o insolvencia del fiador, sino que -además; respecto de éste último- el titular del crédito asegurado pasa a integrar el “conjunto de sus acreedores” personales; sin ningún tipo de prevalencia en orden al apuntado “pars conditio creditorum”.

Ahora bien, apuntados estos extremos podemos comprender que -respecto de las operaciones jurídicas usuales con trascendencia económica como por ejemplo: los contratos de mutuo, cuentas corrientes insertas dentro de la contratación distributiva en el comercio, o bien; en el marco de las relaciones jurídicas con entidades bancarias, es común que las partes establezcan prevalentemente garantías reales -y en particular- seguridades hipotecarias para afianzar el crédito nacido en función del vínculo existente y en razón de la “estabilidad” que -en la economía de mercado- representan las cosas inmuebles; ya que -en defecto del cumplimiento de la prestación principal- el acreedor hipotecario podrá solicitar al juez su venta forzosa y de éste modo satisfacer su interés de cobro.

4- Evolución Histórica del Derecho Real de Hipoteca

a) El Derecho Romano

Como podremos observar seguidamente, el derecho real de hipoteca ha tenido sus orígenes -como la mayoría de nuestros institutos jurídicos- en el Derecho Romano y se ha desarrollado mediante la obra de diferentes juristas que han imprimido a este instituto diferentes matices; los que han terminado por definir los alcances de esta garantía tal como ha sido receptada por nuestro ordenamiento civil argentino.

En este orden de ideas, nuestro codificador refiere al antecedente romano expresando que: “...==...en el Derecho Romano había el pignus y la hypotheca en seguridad de las deudas. El pignus o prenda era cuando una cosa se empeñaba en seguridad del dinero prestado y la posesión de la cosa pasaba al acreedor con la condición de devolverla al propietario cuando la deuda fuese

pagada. La hipoteca era cuando la cosa empeñada no se entregaba al acreedor, sino que permanecía en poder del deudor...²”

Respecto de las acciones judiciales, el codificador distingue las aplicables a la prenda y a la hipoteca, a su vez separa -respecto de la prenda- dos clases de acciones: la directa del deudor contra el acreedor para la devolución de lo dado en prenda, cuando se hubiera pagado la deuda y la contraria, cuando el título del deudor era insuficiente o cuando éste hubiera hecho gastos sobre la cosa.

Ahora bien, la acción hipotecaria era dada al acreedor para obtener la posesión de la cosa de cualquier mano que la tuviere. Así las cosas, debemos manifestar que en Roma la regla para la garantía del pago de las obligaciones era la entrega de una cosa al acreedor para que éste la retenga hasta la efectivización del pago (pignus); y ante la reivindicación del titular sin haber pagado la obligación garantizada con la cosa, el acreedor gozaba de una excepción procesal llamada “exceptio rei pignori data”.

Con el desarrollo de la institución de la prenda o pignus, el acreedor amplió sus facultades sobre la cosa entregada, llegando a predicarse sobre sí el derecho de vender la cosa y cobrarse de su producido; mediante “pactum de distrahendo pignore”; o bien hacerse propietario de la cosa que se le hubiera entregado; mediante el “pactum commissorium”; también 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.

² Cita textual de la nota del codificador al art. 3108 Código Civil.

Estas facultades se otorgaban en función de los arriendos rústicos, en donde se garantizaba el pago del canon locativo con los útiles y animales (insecta e illata) que el arrendatario introducía al predio.

Así se presumía que éste hacía entrega de la posesión de estos bienes al arrendador, no obstante mantenerse en el uso y goce de ellos. El interdicto Salviano impedía que el arrendatario sacara aquellos objetos del fundo y -a su vez- podía exigir de su deudor la entrega de éstos aun cuando ya no los tuviere en su poder. En cuanto al efecto de la acción serviana, el arrendatario podía exigir los insecta e illata de cualquier tercero que los tuviera en su poder.

En un grado superior de desarrollo, esta acción fue reconocida a todo acreedor -fuera o no arrendador-, se trate o no de aquellas cosas, otorgándosele el nombre de actio quasi-serviana, serviana in rem utilis, pignoratitia in rem actio o actio hypothecaria³. Como vemos, no existían diferencias sustantivas entre la prenda y la hipoteca, sino que es Ulpiano quien traza una distinción diciendo: *“propriamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca cuando no pasa, ni aun la posesión, al acreedor”*.

En cuanto a la constitución de sucesivas hipotecas sobre el mismo objeto, rigió el adagio jurídico “prior in tempore, potior in iure”; no obstante este principio se encontró alterado por el carácter privilegiado de algunas hipotecas; por ejemplo: la hipoteca general del fisco sobre bienes del deudor de contribuciones, o la hipoteca a favor de quien hubiera facilitado los medios para que una persona adquiriera, conserve o repare una cosa; también se dio prevalencia a las escrituras que se hubieran constituido mediante escritura

³ PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R. en obra: Derechos Reales, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires, Año 1993; pág. 295.

pública respecto de aquellas que no hubieran observado aquella formalidad, salvo que estuvieran constituidas ante tres testigos intachables⁴.

También podemos referir a la existencia de tres supuestos de hipotecas legales durante el período clásico; las cuales se observaban ante el préstamo de dinero para reparar una edificación; en este caso el mutuante gozaba de un derecho hipotecario sobre el bien refaccionado; por otro lado la referida hipoteca del fisco y finalmente la hipoteca del pupilo sobre las cosas compradas por su tutor con dinero de aquél.

Posteriormente, con el derecho de Justiniano se admitieron nuevos supuestos de hipotecas legales; por ejemplo la hipoteca del pupilo o curado sobre los bienes del tutor o curador en razón de las obligaciones emergentes de su gestión; la hipoteca sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de los bienes dotales etc.

En cuanto al orden de prioridades concebido en aquellas épocas, se admitió el avance en el rango por parte de un acreedor hipotecario posterior, desinteresando al de rango anterior y -respecto de la proyección del derecho hipotecario respecto de otras obligaciones jurídicas diferentes de la asegurada, se admitió que las partes convinieran el derecho del acreedor de retener la cosa afectada a gravamen hipotecario -una vez cumplimentada la obligación principal- para asegurar créditos anteriores distintos del asegurado con la hipoteca.

Pues bien, como se puede advertir la función de garantía del cumplimiento de las obligaciones asentado sobre cosas que componen el patrimonio de una

⁴ **PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio M.; DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R** en ob. cit., tomo cit. pág. 296, refiriendo a **SANTA CRUZ TEIJEIRO** en Instituciones de Derecho Romano, Ed. Revista de Derecho Privado -Madrid, España-, Año: 1946; pág. 299.

persona ha tenido -salvando las diferencias actuales- orígenes similares que con el transcurso del tiempo y el perfeccionamiento jurídico han logrado adquirir sus caracteres propios.

b) El Derecho Español

En la nota al Art. 3108 -referida al comenzar el abordaje histórico del instituto que nos ocupa- nuestro codificador refiera a las llamadas Leyes de Partida, indicando que éstas no aceptaron el antecedente lingüístico romano “hipoteca”; sino que incluyeron la noción jurídica de la hipoteca dentro del vocablo “peño”, denotativo de la entrega efectiva de cosas por parte del deudor al acreedor; sean éstas muebles o raíces; todo ello para asegurar un crédito. En dicha nota se transcribe la primera parte de la Ley I del título XIII de la partida V que dice: “prenda (peño) es propiamente aquella cosa que un hombre empeña a otro apoderándolo de ella, y mayormente cuando es mueble; mas según el largo entendimiento de la ley, toda cosa sea mueble o raíz que es empeñada a otro, puede ser prenda (peño) aun que no fuese entregada a aquel a favor de quien se empeñase”.

Es decir, podemos observar que no existía en la época un adecuado perfil autónomo del instituto de la hipoteca, sino que por el contrario se mantenía - desde el lenguaje- una misma función de aseguramiento del crédito pero sin contar con caracteres propios.

c) El derecho patrio - El marco existente con anterioridad a la sanción del Código Civil.

Con anterioridad a la sanción de nuestro Código Civil las provincias dictaron normas aisladas, por ejemplo la ley del 22 de Junio de 1822 para la Provincia de Buenos Aires; mediante la cual el Banco de Descuentos era facultado mediante una acción hipotecaria sobre los bienes del deudor; lo cual se ha juzgado -en la comprensión doctrinaria- como expresión de una hipoteca tácita o legal.

5- Definición legal de Hipoteca - Críticas

Podemos definir legalmente al Derecho Real de Hipoteca según lo establece el Art. 3108 del C.C. del siguiente modo: *“La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en el poder del deudor.”*

Esta definición ha sido materia de diferentes críticas en la doctrina en cuanto omite referir precisamente el modo en que se materializa la seguridad que confiere al crédito -mediante el derecho de persecución y privilegio- y por que omite también la circunstancia de que puede ser constituida tanto el deudor como un tercero⁵; supuesto que ha sido previsto expresamente por el art. 3121 del C.C..

Igualmente, se la ha criticado -con especial rigor semántico- en cuanto a que la norma que define a este derecho alude: “derecho real constituido...==...sobre los bienes inmuebles...==...”; cuando -según lo sostienen autores como Papaño debió decir cosas inmuebles; respecto de lo cual el art. 3109 del C.C.

⁵ **MARIANI DE VIDAL, Marina** -Derechos Reales, Tomo III- Ed. Zavalía, Buenos Aires, Año 2004; pág. 164.

que expone: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles ...==...”, norma que supera toda duda al respecto.

Ahora bien, con independencia de que -pese a las críticas formuladas por los autores- nuestro Código Civil define legalmente al instituto que nos ocupa; considero útil al presente trabajo referir a la definición analítica brindada por Jorge Musto la cual refiere: “*Derecho real convencionalmente constituido como accesorio de un crédito determinado, en función de garantía por un monto especialmente individualizada y que -debidamente registrado- en caso de incumplimiento del debito, da derecho al acreedor a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, ejecutarla y cobrarse con el producido con prelación sobre los demás acreedores*”⁶.

Como se observará oportunamente esta definición resulta en armonía con la naturaleza, los caracteres y la importancia de la especialidad en hora de la existencia y validez de la garantía constituida.

6- Naturaleza Jurídica

Los autores son coincidentes en cuanto al reconocimiento de la existencia de un dilema teórico en torno a la naturaleza del instituto hipotecario; es decir, si la garantía constituye un derecho real o si reviste una naturaleza diferente que permita encuadrarla desde otro sentido jurídico. Así, autores como Guillermo Borda y Ricardo Papaño^{6*} son coincidentes en encontrar el origen del embate en contra de su naturaleza real en referentes extranjeros como Mercadé o

⁶ **MUSTO, Néstor Jorge** en obra: Derechos Reales -Tomo II-; Ed. Astrea, Buenos Aires, Año: 2000; pág. 231.

^{6*} **BORDA, Guillermo**; en “Tratado de Derecho Civil” -Derechos Reales, Tomo II-, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Año: 2005, pág. 218; **PAPAÑO, Ricardo J. y otros** en ob. cit. tomo. cit., pág. 303.

Carnelutti; quienes partiendo desde la negativa en atribuir el carácter de derecho real se han esforzado por sostener que la hipoteca es un derecho creditorio o -simplemente- una prerrogativa procesal a favor del acreedor.

En este sentido; Mercade propone que la hipoteca es un derecho creditorio que se ejercita contra un inmueble; no es un *ius in re* sino un *ius ad rem*⁷. Ahora bien, en cuanto a la postura procesalista referida expuesta por Carnelutti, se expresa que -tanto el deudor como el tercer adquirente- no se encuentran obligados, sino *sujetos a la actividad del juez* que solo podrá ordenar la ejecución del inmueble hipotecado y con dicho producido desinteresar al acreedor quedando plenamente virtualizado que el acreedor -al hacer valer su derecho- sólo ejercita un derecho creditorio con una acción ejecutiva reforzada.

Como es posible advertir -ambas corrientes- se asientan en la distinción entre derechos reales y personales; mientras que existen otras líneas de pensamiento -fundadas en la denominada teoría monista- que niegan la distinción entre los derechos reales y personales; en este sentido autores como Giorgianni⁸ sostienen -con gran sentido figurativo- que existen derechos reales calificados como tales por la doctrina que se caracterizan por carecer de “inmediatividad” -como es el caso del derecho real de hipoteca- y existen derechos personales en cuyo ejercicio se virtualiza por un poder inmediato sobre la cosa -como es el caso del derecho personal predicable respecto del locatario de un bien inmueble-.

De esta manera, se comprende que en el derecho real de hipoteca -si bien el acreedor goza de facultades sobre la cosa-; éstas carecerían de

⁷ MUSTO, Néstor Jorge; en ob. cit. tomo cit. -y en referencia a Mercadé-, Pág. 231.

⁸ MUSTO, Néstor Jorge; en ob. cit. tomo cit. pág. 233.

inmediatividad, ya que -su ejercicio- depende al menos de la intervención del juez.

Otra corriente doctrinaria repara en que el derecho de hipoteca implica una desmembración del derecho de dominio; así el titular dominial se desprende de algunas facultades propias a su derecho exclusivo; como por ejemplo: de destruir o alterar la cosa⁹; con similar sentido otros sostienen que se trataría no de una desmembración sino de una limitación; en tanto que el acreedor sólo puede oponerse a la realización de determinados actos sobre la cosa por parte del titular de dominio; tomando las medidas protectorias que fueren necesarias. También hay quienes que sostienen que el derecho del acreedor no recae sobre la cosa sino sobre el valor de cambio¹⁰, que se satisfará con el producido de la ejecución de la cosa.

Pues bien; expuestas las diferentes corrientes doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca, es posible concluir que -si bien resultan importantes en su comprensión- el carácter de derecho real surge del principio del “numerus clausus” sentado en el art. 2503 de nuestro Código Civil y las facultades previstas por nuestro ordenamiento jurídico, particularmente las de persecución y preferencia en cabeza del acreedor; no obstante desde el punto de vista de la finalidad de garantía para la cual ha sido creada por nuestro ordenamiento jurídico, considero que su naturaleza jurídica nos indica que estamos frente a un “derecho real accesorio”; con las implicancias que dicha construcción teórica

⁹ **MUSTO, Néstor Jorge**; en ob. cit., tomo cit., pág. 236; -citando a Highton, Elena en obra de la autora “Derechos Reales”, vol. 6, Pág 21-.

¹⁰ **MUSTO, Néstor Jorge**; en ob. cit., tomo cit., pág. 237; -citando a Roca Sastre - Roca Sastre Munculil, Derecho Hipotecario, T. IV-1, Pág 267-.

conlleva respecto de sus caracteres; principalmente respecto de la especialidad; tal como se desarrollará oportunamente en el presente trabajo.

7- Caracteres del Derecho Real de Hipoteca - Generalidades

Esenciales y Naturales:

En consideración de los tópicos característicos del derecho de hipoteca, los autores son coincidentes en cuanto a la formulación genérica¹¹ de los mismos aun que se advierten diferencias en cuanto su desarrollo.

En este sentido, es posible concebir a los *caracteres esenciales* de la hipoteca como aquellos sin los cuales no es posible verificar la existencia del derecho de que tratamos; mientras que los *caracteres naturales* son aquellos que se verifican en su normalidad; en su habitualidad, pero que pueden resultar expresamente modificados por las partes, no obstante permanecerán incólumes en defecto de voluntad manifiesta.

Así, se presentan como elementos esenciales **a)** la Convencionalidad¹² y **b)** la especialidad; mientras que se presenta como elemento natural: **c)** la indivisibilidad.

Ahora bien, sobre este punto es conveniente resaltar que existen -también entre los autores- discrepancias respecto de la extensión de los elementos esenciales.

En este sentido; Mariani de Vidal incluye también como caracteres esenciales del derecho de hipoteca la “realidad” del derecho hipotecario, la accesoriedad y

¹¹ Son contestes **HIGHTON, Elena I.** en “Hipoteca: La especialidad en cuanto al crédito”, Ed. Ariel, Buenos Aires, año 1980, pág. 50 y **MARIANI DE VIDAL, Marina** en ob. cit., tomo cit. pág. 165.

¹² Conforme la congruencia jurídica que surge de los arts. 2502 y 3115 del C.C. .

la inscripción registral (publicidad); mientras que Elena Highton se limita a formular los dos elementos anteriormente expuestos en los puntos a) y b).

En lo personal, considero que estas diferencias, -si bien se presentan como puramente didácticas- es importante reparar en ellas para evitar inconveniencias. En este sentido, comparto la enunciación formulada por la autora antes citada ya que entiendo representa un equívoco considerar como un carácter natural de la hipoteca su “realidad” y su “accesoriedad” ya que -si partimos de la idea primigenia que distingue a los derechos reales de los personales- a tenor de los Arts. 497 y 2502 del C.C -y cuadramos estas normas a la luz del Art. 3108-, quedan claramente demarcados la “realidad” del derecho hipotecario y de su accesoriedad.

Así -conforme al referido Art. 2502- la hipoteca es un “derecho real” por la sola voluntad de la ley y por ninguna otra consideración y -en referencia al Art. 499- la hipoteca es un “derecho accesorio” a una obligación ya que implica una garantía; por tanto, creo un razonamiento circular postular que la “realidad” es un carácter esencial ya que el derecho hipotecario -como antes se dijo- sólo existe por voluntad de la ley.

En consecuencia de lo expuesto, entiendo más adecuado comprender a la “realidad” hipotecaria como una consideración vinculada a su naturaleza, que responde a la pregunta ¿qué es? y no a su caracterización, que responde a la pregunta ¿cómo es?.

Pues bien, similar razonamiento cabe respecto de la “accesoriedad” ya que -por único imperio de su naturaleza, consagrada en el Art. 3108- podemos concluir afirmando que la hipoteca es un derecho real accesorio de un crédito;

por tanto, resulta ocioso postular que la accesoriedad es un carácter esencial sino que entiendo más ajustado remarcar que la accesoriedad -al igual que la “realidad”- también se presenta por la sola voluntad de la ley y responden a la pregunta ¿qué es? y no a la pregunta ¿cómo es?, extremo en que se insertan los caracteres del instituto jurídico que nos ocupa.

7.1. Los Caracteres en la doctrina comparada - Enunciación

A los fines de abundar en el pensamiento de la doctrina extranjera, se mencionarán a continuación algunas posturas de autores extranjeros reseñadas por la autora nacional Elena Highton¹³ respecto de los caracteres de la hipoteca; de esta manera, -en el derecho Español- **Campuzano** menciona como caracteres legales de la hipoteca los de adherencia o inseparabilidad, indivisibilidad, publicidad y especialidad o determinación.

Por su parte, **Roca Sastre** sostiene que son caracteres: 1) derecho real inmobiliario, 2) accesorio o de garantía, 3) que otorga al acreedor derecho de persecución, 4) derecho de constitución registral, 5) determinación o especialidad, 6) indivisibilidad y 7) transmisibilidad.- Esta noción resultaría afín al concepto que podemos dar para nuestro derecho, sólo que podríamos referir a que -la constitución registral- incluida por este autor -a la luz de nuestro ordenamiento jurídico- como una característica de la hipoteca se reputa predicable a todos los derechos reales cuyo objeto sean cosas inmuebles y no sólo al derecho real de hipoteca, ello a la luz del Art. 2505 del C.C.

Ahora bien, en Italia **Messineo** sostiene que la hipoteca se caracteriza por que el dador sigue teniendo la disponibilidad de la cosa, la prestación de la garantía

¹³ **HIGHTON, Elena** en ob. cit. págs. 52/53.

real implica la enajenación virtual del bien, que es especial, que se adquiere por voluntad privada, por ley o por providencia provincial, que se concede a favor de un determinado acreedor; se puede constituir por un tercero no deudor, si la garantía se torna insuficiente el acreedor puede solicitar medidas, la garantía real se mantiene aun que se cambie el titular de la cosa, el acreedor pagado debe consentir la liberación de los bienes.

7.2. Enunciación de los caracteres en la doctrina nacional

Continuando en el desarrollo del presente tópico efectuado por la autora¹⁴ antes citada en nuestra doctrina podemos señalar a **Lafaille** para quien, son caracteres de la hipoteca la contractualidad (convencionalidad), el carácter expreso, la especialidad y la publicidad.

Valiente Noailles postula como caracteres la “realidad”, la acesoriedad y la indivisibilidad; para **Colombo** la “realidad”, la convencionalidad, la accesión a un crédito en dinero, la indivisibilidad y la especialidad en una doble proyección confieren características al derecho de hipoteca.

Por su parte, **Salvat** -apegándose a la definición legal- dice que es un derecho real, accesorio y agrega la indivisibilidad; **Peña Guzmán** consigna que la hipoteca se caracteriza como derecho real de garantía y también accesorio, a lo que puede agregarse que se configura como un derecho indivisible.

Guillermo Borda -en su tratado de derecho civil- postula que del art. 3108 del C.C. surgen los siguientes caracteres: la hipoteca es un derecho accesorio, que recae sobre inmuebles, solemne, indivisible, convencional y sujeto a la regla de la especialidad.

¹⁴ **HIGHTON, Elena** en ob. cit. pág. 55.

7.2.1. El contenido de los caracteres esenciales y del carácter natural

Pues bien, habiendo enunciado los diferentes caracteres de la hipoteca expuestos por la doctrina nacional; considero útil reparar que -a mi criterio- las diferencias entre éstos autores tienen origen en la pluralidad de utilizaciones que éstos asignan a determinados vocablos y fundamentalmente por que - compartiendo con Highton- considero que al abordar el tema de los “caracteres” de los institutos jurídicos debemos comenzar por no confundir “naturaleza” -que como se ha adelantado responderá a la pregunta ¿qué es?--; con los caracteres propiamente dichos -que responderán a la pregunta ¿cómo es?. Por ello, -de este modo- es posible precisar los caracteres propios de un instituto jurídico y su contenido, que en este caso -y respecto de los esenciales- son la convencionalidad y la especialidad -al que nos dedicaremos en profundidad oportunamente-.

Ahora bien, habiendo referido a la denominación que han recibido los caracteres del instituto hipotecario por parte de la doctrina comparada y nacional resta efectuar el desarrollo del contenido de los mismos a los fines de abundar en su comprensión.

En este sentido; -en la oportunidad- se abordarán genéricamente los caracteres esenciales “convencionalidad” y “especialidad”; juntamente con la “indivisibilidad” como elemento natural; conforme se ha propuesto como tesis al respecto considerando lo expuesto por diferentes autores de nuestro país y prescindiendo del contenido de los demás caracteres enunciados cuyos alcances podemos tener por indiscutidos con su sola referencia.

7.2.2. El carácter de la Convencionalidad: la doctrina nacional -conforme se ha adelantado- es coincidente respecto del carácter esencial de la convencionalidad; autores consultados como ^{14*}Borda, Highton, Mariani de Vidal y Papaño aceptan como carácter de la hipoteca a la “convencionalidad”; en este sentido, reparan en que el art. 3115 del C.C. no deja lugar a dudas sobre este extremo; lo cual también se advierte en la nota a la precitada norma en donde el codificador expone: “Quedan pues concluidas todas las hipotecas tácitas o legales ...==...”.

7.2.3. La concepción de Vélez Sarsfield - La Convencionalidad hipotecaria

Como una evolución del desarrollo histórico del instituto de la hipoteca nuestro codificador -apartándose de la tradición romanista- consagró la convencionalidad del derecho real que nos ocupa, dicho extremo se inserta -a su vez- dentro del principio general que postula: “los derechos reales sólo pueden ser creados por ley” consagrado en la primera parte del Art. 2502 del C.C. y cobra acabada virtualidad respecto de la hipoteca en el Art. 2503 inc. 5. En consonancia con este carácter esencial encontramos en el contrato la fuente de constitución expresa; conforme surge de los arts. 3128, 3129 y 2831 del Código Civil.

7.2.4. El carácter Indivisible: este carácter ha sido enunciado de la siguiente manera: “La hipoteca es indivisible, *cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de ella*” conforme se desprendía de la redacción del art. 3112 del C.C.

^{14*} **BORDA, Guillermo**, en ob. cit, tomo cit. pág 224; **HIGHTON, Elena** en ob. cit. pág. 55; **MARIANI DE VIDAL, Marina** en ob. cit. pág. 166 y **PAPAÑO, Ricardo J. y otros**, en ob. cit. pág. 317.

con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 11.725 en el año 1933. Pues bien, en la nota al citado art. 3112 el codificador sostiene que la indivisibilidad hipotecaria es un elemento natural y que por tanto puede ser modificado por el contrato; introduciendo como supuesto ilustrativo el caso en que el deudor -previendo su muerte antes del pago de la deuda- convenga con el acreedor que no podrá cobrar con acción hipotecaria a cada uno de sus futuros herederos; sino en proporción de su parte hereditaria.

El carácter de la indivisibilidad se proyecta activamente y pasivamente; en el primer supuesto; -si el acreedor deja dos herederos y el deudor paga al uno su porción-; el otro conservará la integridad del inmueble bajo la hipoteca originaria para cobrar su parte. En el segundo supuesto, si el deudor deja dos herederos y el uno paga la porción viril de la deuda; más por esta circunstancia la hipoteca no se habrá purgado en la mitad.

Se han expuesto como consecuencias de la indivisibilidad, las siguientes: **1)** la extinción de una parte de la deuda no da lugar a una extinción parcial de la garantía hipotecaria, **2)** si el deudor muere y deja dos herederos -el adjudicatario del inmueble- no podrá pretender -abonando su parte- que se cancele la hipoteca. **3)** El coacreedor o co-heredero del acreedor -a quienes se les hubieran pagado sus partes pertinentes; no podrán cancelar parcialmente la hipoteca.

7.2.5. La indivisibilidad de la hipoteca no obsta la divisibilidad del crédito

Como hemos tenido oportunidad de referir en el presente trabajo que la hipoteca -en su naturaleza jurídica- es un derecho real accesorio y la indivisibilidad que se le predica en el art. 3112 no implica negar la divisibilidad

del crédito garantizado ya que se trata de una obligación -crédito desde el punto de vista del acreedor- divisible por tratarse de sumas de dinero.

En razón de ello Mariani de Vidal¹⁵ propone: **a)** Ejecutado el inmueble por el todo de la obligación y el producido no cubre enteramente el crédito del acreedor-; a cada codeudor sólo se le podrá reclamar su parte. **b)** Conforme el art. 3993: “La demanda entablada contra uno de los coherederos no interrumpe la prescripción respecto de los otros, aun cuando se trate de una deuda hipotecaria; si la demanda no se ha dirigido contra el tenedor del inmueble hipotecado” y **c)** Habiendo varios acreedores, cada uno puede demandar al deudor sólo por la parte que a él le corresponde en el crédito -y no por el todo- aun que para lograr el pago de esa parte del crédito, puede ejecutar toda la cosa hipotecada.

7.2.6. La indivisibilidad en el Código Civil. La jurisprudencia previa a las modificaciones introducidas por las leyes 11.725 y 17.711

El art. 3112 en su antigua redacción ha representado la base normativa sobre la cual se apoyó este carácter natural de la hipoteca. Ahora bien, la praxis jurisdiccional se encontró ante la necesidad de expedirse sobre la procedencia o improcedencia de la venta sucesiva o fraccionada de los inmuebles cuando dicha circunstancia permitiera la satisfacción del crédito del acreedor y la liberación del deudor. Esta situación -gestada en de la realidad- encontró recepción en un fallo plenario del año 1914¹⁶; en este antecedente se entendió que -el fraccionamiento o la venta sucesiva- se oponían a la citada norma. Posteriormente un nuevo Plenario del año 1933 ratificó la decisión de 1914, en

¹⁵ **MARIANI de VIDAL, Marina**; ob. cit. tomo cit. pág. 185.

¹⁶ **MUSTO, Néstor Jorge** ob. cit., tomo cit. pág. 252 refiriendo a fallo de CCiv.Cap, en pleno 15/9/1914.

cuanto que el fraccionamiento o venta sucesiva del inmueble violentaba la indivisibilidad. No obstante; -entre ambos plenarios-, existieron antecedentes que entendieron que las normas de los arts. 3112 y 3114 no se oponían a la división en lotes¹⁷; ya que -la división material del inmueble no implicaba la división del derecho del acreedor hipotecario-; sino que se facilitaba una liquidación más cómoda de la garantía y que no implicaba perjuicios para el acreedor.

Pues bien, el último plenario de 1933 que -si bien se sujetó al texto de la norma- encontraba resistencia en la realidad, ya que las “ventas en bloque” impedían que la ejecución hipotecaria resultara dinámica y accesible; ya que se necesitaban grandes capitales para adquirir los bienes llevados a ejecución y -por otro lado- se presentaban poco atractivos ya que -la futura explotación de grandes extensiones para el eventual adquirente- implicaba una nueva inconveniencia para el sistema; al mismo tiempo, este sistema permitía que -sin desembolso- el acreedor adquiriera los bienes que garantizaban su crédito¹⁸; estos extremos determinaron la sanción de la Ley 11.725, en el año 1933; la cual modificó los arts. 682, 3112 y 3188 del C.C.

7.2.7. La indivisibilidad y las leyes 11.725 y 17.711

La ley 11.725 agregó al art. 3112 el siguiente párrafo: “...==... *Sin embargo, en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca; siempre que de ello no se siga lesión al acreedor.*”

¹⁷ MARIANI de VIDAL, Marina ob. cit., tomo cit., pág. 188.

¹⁸ MARIANI de VIDAL, Marina ob. cit., tomo cit. pág. 189.

Requisitos para su procedencia:

- a) Tratándose de varios bienes, -la división material existe-.
- b) En su defecto; se requiere que la cosa inmueble sea susceptible de división en lotes, material, jurídica y económicamente.
- c) Que no se cause perjuicio al acreedor; extremo que vendrá a valorarse integralmente con el anterior.

Mariani de Vidal afirma que si se tratara de un edificio que reúna los requisitos previstos por el art. 1 de la ley 13.512; -en lugar de división en lotes- podría requerirse la afectación al régimen de la propiedad horizontal; por que las unidades reemplazan a los lotes.

En este sentido, -y en la oportunidad- , la autora refiere a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones de abril de 1971 en donde se sostuvo: “...==...*No procede la división en propiedad horizontal del bien gravado, si el tiempo que insumiría el diligenciamiento de los trámites necesarios lesiona los derechos e intereses del acreedor...==...*”.

Ahora bien, a esta altura es posible plantearnos -junto con Borda- el siguiente interrogante: ¿Quién resulta legitimado para pedir el fraccionamiento?, a este interrogante responde el referido autor expresando que -en primer lugar- el deudor puede pedir el fraccionamiento, extremo sobre el cual no caben dudas. Ahora bien, también se propone al acreedor como legitimado para pedir el fraccionamiento; en este punto considero que bien puede el acreedor solicitar el fraccionamiento ya que la norma ha sido prevista en protección de sus intereses; por tanto no encuentro inconvenientes para ello. Ahora bien, respecto de la posibilidad de que otro acreedor hipotecario de grado posterior

solicite el fraccionamiento entiendo que -fuera del trámite incidental que se le diera en la ejecución- si de la solicitud de éste no se advierte perjuicio al ejecutante sería pertinente dicha pretensión; máxime cuando -en definitiva- el fraccionamiento depende del arbitrio jurisdiccional apoyado en las probanzas periciales tendientes a determinar si dicho fraccionamiento resulta o no conveniente para satisfacer los del acreedor en hora de la eventual ejecución posterior.

Ahora bien, respondido el interrogante de quién o quiénes están facultados para solicitar el fraccionamiento; resta determinar el momento procesal adecuado para su interposición; pues bien, respecto el autor antes citado Borda sostiene que dicha solicitud puede hacerse hasta que quede firme el auto que ordena la venta en pública subasta¹⁹. Otros autores sostienen que la solicitud procede: a) en la citación de remate del deudor. b) Antes de que quede firme el auto que ordena la venta en bloque. c) Es procedente hasta luego de haber quedado firme el auto que ordena la venta en subasta, pero antes que éste tenga comienzo de ejecución y d) fracasada la subasta en bloque, antes de quedar ejecutoriado el auto que ordena la segunda.

No obstante la exposición de estos distintos criterios me permito proponer que - la oportunidad procesal para introducir la pretensión de fraccionamiento- deberá ser considerada en atención a cada solicitante.

En este sentido, considero que el deudor deberá solicitarlo en la oportunidad de contestar la demanda y oponer las excepciones; ya que dicha oportunidad es la prevista por la ley ritual para contradecir la pretensión del actor;

¹⁹ **BORDA, Guillermo** en ob. cit., tomo cit., pág. 229.

oponiendo *todas las defensas que hagan a su derecho*. En cuanto a la solicitud por parte de un acreedor hipotecario de grado posterior, considero que - mediante el instituto de la intervención voluntaria prevista en el art. 432 del C.P.C.C.- y en atención a que el principio de publicidad permite conocer la existencia de la anotación preventiva de subasta sobre la totalidad del inmueble -y a los fines de proteger sus intereses mediante el fraccionamiento-; considero que podría introducir su pretensión hasta antes de quedar firme al auto que ordena la venta en unidad.

Ahora bien; precisado el alcance del agregado al art. 3112, es necesario reparar que -en su mérito- se adecuaron los arts. 682 del C.C. y 3188 del C.C.; prescribiéndose en la primera de estas normas: *“Cuando las obligaciones divisibles o indivisibles, tengan por accesorio una prenda o hipoteca, el acreedor no está obligado a devolver la prenda ni alzar la hipoteca en todo o en parte, mientras el total de la deuda no fuere pagado, salvo el caso de obligaciones divisibles garantidas con hipoteca; en cuya ejecución los jueces declaren procedente la división del bien hipotecado para la enajenación y la cancelación parcial de la hipoteca”*.

Por otro lado, el art. 3188 del C.C. refiere expresamente: *“El codeudor o coheredero del deudor, que hubiere pagado su cuota en la hipoteca, no podrá exigir la cancelación de la hipoteca, mientras la deuda no esté totalmente pagada. El acreedor o coheredero del acreedor, a quien se hubiese pagado su cuota, tampoco podrá hacer cancelar su hipoteca mientras los otros coacreedores o coherederos no sean enteramente pagados; sin perjuicio de las liberaciones y cancelaciones parciales autorizadas por el art. 3112”*.

Como se observa, los referidos artículos resulta concordantes con el agregado inserto por la Ley 11.725 al art. 3112. Ahora bien, precisado el alcance de la Ley 11.725, debemos referirnos a la modificación del art. 3113 introducida por la Reforma de la Ley 17.711; en este sentido se apuntará la redacción antigua de la referida norma, la cual expresaba: *“El acreedor cuya hipoteca se extiende a varios inmuebles tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles, para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito, aun que sobre él se hubiesen constituido posteriormente otras hipotecas”*.

Pues bien, como se ha manifestado la indivisibilidad hipotecaria se proyecta ya tanto en el caso de que sólo exista un bien hipotecado, cuanto en el caso de que los bienes sean dos o más; y aun cuando alguno de ellos soporte un gravamen hipotecario posterior. Ahora bien; la Ley 17.711 -la cual representó para nuestro ordenamiento jurídico la consagración normativa de la teoría del ejercicio regular de los derechos y del principio de buena fe entre otros institutos- modificó el art. 3113 de nuestro C.C. -que como hemos visto en su antigua facultaba indiscriminadamente al acreedor hipotecario para ejercitar su derecho conforme a su antojo- e introdujo una facultad en manos del juez para establecer un orden de venta que satisfaga al acreedor pero que al mismo tiempo implique el respeto de derechos de terceros sobre los inmuebles gravados, todo ello en consideración de que -el interés del acreedor ejecutante es uno y objetivo; es decir, cobrar su crédito-; por ello, fundando su resolución el juez podrá contemplar diferentes situaciones de hecho; como por ejemplo: que el bien elegido por el acreedor se encuentra ocupado por la familia del deudor, siendo que existen otros bienes susceptibles de ejecución que igualmente satisfarían el interés del acreedor; o que el bien elegido por el

ejecutante reconoce otro gravamen hipotecario posterior; y -a su vez- existen otros bienes susceptibles de venta forzada.

7.2.8. La especialidad de la Hipoteca - Concepto - Generalidades

Tal como se ha manifestado en este trabajo; -y en opinión que se comparte- definimos a la especialidad como un carácter esencial del derecho real de hipoteca; en este sentido, tal como lo afirma Jorge Musto^{19*}, la especialidad hipotecaria trasunta en una doble proyección; por un lado, en la “especialidad objetiva” o “especialidad en cuanto al objeto” respecto del cual -en la oportunidad- podemos decir que es un carácter propio de todos los derechos reales ya que las cosas sobre las cuales recaen deben ser ciertas y actualmente existente; no se concibe el derecho sobre cosas inciertas o futuras.

Por otro lado; el carácter de la especialidad también es predicable respecto del crédito; lo cual se justifica -y es consecuencia lógica- ya que la hipoteca es un derecho real accesorio de un crédito; lo cual es propio a su naturaleza jurídica.

Pues bien, en esta instancia considero destacable evocar los conceptos expuestos por los autores extranjeros -españoles, franceses e Italianos- reseñados por nuestra autora Elena Highton²⁰ para -finalmente- referir a los autores nacionales con el objeto de dejar instalado cuál ha sido el tratamiento dado a este carácter de la garantía hipotecaria.

Pues bien, en orden a lo apuntado el español **Campuzano** sostiene que la especialidad o determinación señala la responsabilidad a que el objeto sobre el

^{19*} **MUSTO, Jorge N.** en ob. cit. tomo cit., pág. 242.

²⁰ **HIGHTON, Elena;** en ob. cit. págs. 61/69.

que recae la hipoteca está afecto. Se refiere a la cantidad a que queda afecta la cosa.

Roca Sastre -en similar sentido- postula que la especialidad refiere a la individual expresión de la cantidad a que se extiende la garantía. Por su parte, **Puig Brutau** manifiesta que la hipoteca sólo puede existir en base a la determinación de la obligación asegurada; es el requisito de especialidad o determinación.

Los autores franceses **Pignon** y **Grenier** coinciden en que la especialidad refiere al medio de no hipotecar más que una parte de los bienes correspondiente al montante de la obligación que contrae y conservar el resto libre.

Mazeaud -con un sentido más integral- expone que las hipotecas son especiales según los créditos garantizados cuando garanticen una deuda determinada por oposición a las generales que garantizan todas las deudas presentes y futuras del deudor respecto del acreedor. La individualización del crédito supone no sólo su importe si está determinado, sino su causa; en efecto, es importante que los terceros sean informados acerca de la causa del crédito garantizado, cuya nulidad tienen interés en demandar.

Colin y Capitant sostienen que es indispensable conocer exactamente el crédito garantido por la hipoteca y la cuantía de ese crédito. En la escritura el notario debe -bajo pena de nulidad- indicar la causa del crédito garantido: préstamo, indemnización de un perjuicio causado, crédito resultante de una obligación de hacer y debe -en consecuencia- enunciar la cuantía de ese crédito.

El italiano **Galdi** entiende que la hipoteca no puede subsistir sino por sumas indeterminadas de dinero. La especialidad resulta de la determinación del dinero por el cual ésta toma inscripción. No es suficiente que los terceros conozcan la identidad del inmueble gravado; para obtener el fin del legislador deben conocer la posición económica del inmueble por lo que es necesario que se pueda conocer en qué suma el inmueble está gravado y por tal razón el legislador ha establecido que la inscripción no puede hacerse sino por una suma de dinero a tal efecto determinada.

7.2.9. La especialidad en el derecho argentino

Conforme se ofreciera el tratamiento de este tópico en el punto anterior -y en continuidad con la reseña efectuada por Elena Highton²¹- el principio de especialidad o determinación en nuestra doctrina nacional ha sido materia de análisis por parte de diferentes autores quienes -con mayor o menor rigor- han referido a sus diferentes alcances y contenido. En este sentido, **Salvat** expone que la hipoteca debe constituirse en garantía y seguridad de un crédito concretamente determinado. La hipoteca no podrá constituirse para garantizar todas las obligaciones pendientes o todas las que el deudor pueda contraer a favor de determinada persona; es necesario que la deuda sea concretada, en una suma cierta y determinada.

Para **Guillermo Borda** el principio de especialidad exige que la hipoteca se constituya sobre un inmueble cierto y por una suma de dinero cierta y determinada²². Por su parte **Marina Mariani de Vidal**^{22*} postula que la

²¹ **HIGHTON, Elena**; en ob. cit. -con excepción del autor que motiva la siguiente cita-; pags. 72/79.

²² **BORDA, Guillermo** en ob. cit. tomo cit. pág. 258.

^{22*} **MARIANI DE VIDAL, Marina** en ob. tomo cit. pág. 172.

especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito indica que no se puede constituir hipoteca sino por una suma de dinero cierta y determinada. Ello hace que fuera o por encima de esa suma, que debe determinarse ciertamente en el acto constitutivo, la garantía no exista.

Soares -sin referir al principio de especialidad- indica que la obligación principal puede ser propia o ajena; pero debe consistir en una suma de dinero cierta y determinada.

Por su parte, **Andorno** postula que el principio de especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito requiere no solamente que esté expresado el monto máximo de la cobertura sino también su causa. **Colombo** sostiene que el principio de especialidad tiene por fin tutelar al deudor para que no se vea privado de una sola vez de todo su posible crédito, para que se sepa hasta dónde alcanza su responsabilidad; asimismo para proteger a los terceros permitiéndoles conocer cuál es el máximo de gravámenes que afectan al inmueble hipotecado. La suma cierta y determinada no está constituida por la entrega al deudor sino por el crédito que le ha sido otorgado. No se cumple la exigencia legal con la sola determinación de la suma de dinero a que alcanza o alcanzará en su caso la garantía; sino que es necesario que se precise cuál es el contrato que da origen al crédito que se garantiza con la hipoteca, tanto para que sea conocida y pública la afectación como para que sea inequívoco el privilegio frente a los demás acreedores.

A su turno, **Greco** expresa que el crédito garantizado debe estar especial y expresamente determinado; debe tratarse de una suma de dinero cierta y determinada.

Finalmente, **Rivera**²³ expresa que la especialidad en cuanto al crédito tiene dos esferas de acción: a) La determinación de la causa fuente de la obligación garantizada y b) La suma cierta y determinada de dinero.

7.2.10. Normas vinculadas a la especialidad, al objeto y a los requisitos de su constitución

Respecto de las normas que regulan imperativamente la especialidad y la cosa objeto del derecho real de hipoteca; debemos mencionar: **Art. 3109** del C.C., que dispone expresamente: *“No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y 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”*.

En idéntico sentido el **art. 3131** dispone: *“El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: 1- El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las demás personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento;*

2- La fecha y la naturaleza del contrato al que accede y el archivo en que se encuentra;

3- La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad, villa y la calle en que se encuentre;

4- La cantidad cierta de la deuda.

²³ En opinión que se comparte, y conforme la reseña efectuada por Highton, Elena, en ob. cit. pág.77.

Por su parte, el **art. 3132** establece: *“Una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble”*.

Como situación particular -y materia posterior de análisis sobre su alcance-, el **art. 3133** establece: *“La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca”*.

7.2.11. La especialidad en cuanto al objeto

Respecto de la especialidad en cuanto al objeto, los autores son coincidentes en reparar que -el presente carácter- no es privativo de la hipoteca; sino que se presenta como un carácter común a todos los derechos reales; ya que el objeto del derecho real es siempre una cosa cierta e individualizada²⁴.

Ahora bien; se han apuntado dos justificaciones^{24*} para el expreso tratamiento efectuado por nuestro ordenamiento en los arts. 3109, 3131 y concordantes del C.C.. El primero de ellos encuentra razón en la carencia de inmediatividad que caracteriza al derecho del acreedor hipotecario -ya que éste no ejerce posesión de la cosa inmueble hipotecada-. La segunda de las razones por las cuales la

²⁴ Son coincidentes **MARIANI de VIDAL** ob. cit., tomo cit. pág. 167 y **MUSTO** en ob. cit., tomo cit. pág. 245.

^{24*} **MUSTO, Néstor Jorge**, en ob. cit., tomo cit. pág. 245.

norma ha previsto el singular tratamiento de la especialidad de la cosa, está dado por la proscripción de la hipotecas legales y tácitas; reaccionando de éste modo en contra de los gravámenes genéricos.

Las citadas normas -conforme surge de sus textos- tienen por finalidad la acabada determinación del inmueble afectado en consideración de que con anterioridad al perfeccionamiento de los registros inmobiliarios y los sistemas catastrales; se encontraban mayores inconvenientes que en la actualidad para vincular en el instrumento constitutivo de la garantía hipotecaria, sobre cuál o cuáles inmuebles recaerá el gravamen.

7.2.12. La Especialidad en cuanto al Crédito:

La proyección del carácter esencial de la especialidad -en lo que al crédito se refiere- se vinculará con los aspectos referidos a la accesoriedad del derecho real de hipoteca; en este sentido -como se ha referido al comienzo del presente trabajo- nuestro codificador ha reparado en el **art. 3109** en los siguientes términos: *“No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito -agregamos: al cual accede naturalmente la garantía- 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.*

Pues bien, para mayor comprensión es posible considerar -adelantándonos en el desarrollo- que cualquier tipo de obligaciones -créditos desde la óptica del

acreedor- pueden garantizarse con hipoteca; o lo que es igual -el derecho real de hipoteca- es susceptible de acceder a cualquier crédito-.

Ahora bien, -compartiendo la tesis asumida por Jorge Musto- representa un equívoco juzgar verificado el cumplimiento del principio de especialidad centrando la atención sólo en la circunstancia de que -en el acto constitutivo- se ha determinado la causa de la obligación garantizada -o crédito al que accede desde la óptica del acreedor-; como también representa un error considerar que se ha cumplimentado con la especialidad en cuanto al crédito, con la sola determinación de una suma de dinero ó “responsabilidad hipotecaria” -tal como lo sostiene en este último sentido Elena Highton²⁵- precedida del enunciado de eventuales, diferentes e independientes actos jurídicos -como sería el caso de la constitución de las llamadas “hipotecas abiertas” o por todas las obligaciones creadas o a crearse entre dos sujetos de derecho; lo cual es común en la contratación bancaria.

Por el contrario; -y conforme se justificará en el siguiente apartado- considero que se tiene por verificado la procedencia del carácter esencial de la especialidad en cuanto al crédito cuando -en el instrumento constitutivo- se han identificado -en orden al plano relacional obligacional- los sujetos, el objeto (Cfme. Art. 953 C.C.) y la causa y -a su vez-, se haya determinado -o fijado estimativamente según el caso- una suma de dinero cierta y determinada; solo así considero íntegramente cumplimentado el principio de especialidad conforme a las normas imperativas que prevén su regulación, la estructura del vínculo obligacional a la cual accede la garantía y -principalmente- conforme a

²⁵ **HIGHTON, Elena** en ob. cit. Pág. 80.

la naturaleza jurídica de la garantía hipotecaria como “derecho real-accesorio” tal como se la viene proponiendo.

7.3. La causalidad hipotecaria, la accesoriedad y el principio de especialidad

Como una continuidad de lo anteriormente expuesto, bajo el presente título se abordan dos nociones determinantes para la comprensión del fenómeno de las garantías reales hipotecarias; ello es así por que -como hemos manifestado sobradamente- el derecho real de hipoteca trasunta una garantía de pago vinculada a la existencia de una obligación válidamente constituida.

Pues bien, -comunmente encontraremos en el contrato; es decir, en el acuerdo de voluntades libremente expresado por las partes -Art 1197 C.C.- la causa fuente obligacional de la garantía hipotecaria, pudiéndose denominar a éste presupuesto vital del derecho hipotecario “causalidad hipotecaria” y diferir el vocablo “relación causal de accesoriedad” para la relación existente entre las vicisitudes propias de la obligación y la operatividad jurídica de la hipoteca constituida.

En este sentido; -en torno a la dinámica jurídica del derecho real de hipoteca- nos interesa reparar en que la llamada “relación causal de accesoriedad” representa un tópico vital para el análisis de la garantía constituida entre las partes ya que -aun existiendo una hipoteca válidamente constituida; es decir, materializada en observancia de las normas ad solemnitatem previstas en nuestro código- si la obligación que con ella se asegura resulta nula por alguna causa, el derecho real de hipoteca -como es lógico- claudicará en su virtualidad jurídica.

Pues bien, lo anteriormente apuntado *-es decir, la trascendencia de la noción de “relación causal de accesoriedad”-* cobra razón a la luz de lo dispuesto en el *Libro Tercero, Título 14, Capítulo 7 del Código Civil -De la extinción de las hipotecas- Art. 3187*, que expresamente dispone: *“La hipoteca se acaba por la extinción de la obligación principal por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones”*; por ello *-en este tópico-* , encontramos un nuevo fundamento para sostener que en la constitución de la garantía hipotecaria deberá expresarse la causa fuente; sólo así cobra significado el adagio jurídico *“no hay obligación sin causa”*; pues bien *-en orden a lo manifestado-* extinguida la obligación **-crédito** desde la óptica del acreedor- por alguno de los modos previstos por la ley se desvanece la accesoriedad natural del derecho real de hipoteca quedando inocuo y sin posibilidades de proyectar sus efectos jurídicos.

Es por ello que *-al constituirse la hipoteca-* no sólo deberá estimarse la suma de dinero o *“montante”* sino que *-en igual plano de trascendencia-* deberá precisarse la causa fuente de la obligación; todo ello a los fines de poder observar *-en un caso particular-* de qué se han conjugado y decidir *-si en dicho supuesto-* se ha violado o no el principio de la especialidad hipotecaria.

Por esta razón *-en lo personal-* propongo que la accesoriedad no debe entenderse como un carácter de la hipoteca sino que la misma se encuentra ínsita en su naturaleza; sólo así podemos preguntarnos *-en orden a la naturaleza jurídica de este instituto y con estrictez lógica-* ¿qué es la hipoteca? y contestar: *“...==... es un derecho real accesorio de un crédito en dinero ...==...”* . De esta manera, es posible proponer que *-en la dinámica negocial del instituto hipotecario-* la especialidad y la accesoriedad operan en

un idéntico plano; ya que -como se ha propuesto- la garantía hipotecaria deberá constituirse en seguridad de un crédito (Cfme. 3109 C.C.), precisando su causa fuente -de acuerdo a lo apuntado sobre accesoriedad- y por una suma de dinero cierta y determinada (Cfme. 3131 C.C.).

7.3.1. Créditos susceptibles de ser garantizados con hipoteca

A los fines de introducir la presente cuestión considero pertinente plantear la siguiente pregunta ¿en seguridad de qué tipo de créditos opera la garantía hipotecaria? la respuesta está dada por nuestro código en el Art. 3108, que postula: “...==...*en seguridad de un **crédito cierto en dinero***...==...”.

En consecuencia con esta norma; el Art. 3109 expresa: “...==...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.”.

Ahora bien, respecto de este punto considero que se han desatado cuantiosas confusiones terminológicas inertes en orden a los créditos susceptibles de ser garantizados -por ej.. respecto de los saldos de cuentas corrientes- ya que -prima facie y concretamente- lo que no debemos perder de vista es que -en definitiva- TODOS los créditos pueden ser garantizados hipotecariamente; lo cual no obsta el reparo que -oportunamente- deberá realizarse al analizar si dichos créditos se han colocado -en el acto constitutivo- con la suficiente entidad causal integrar válidamente su procedencia jurídica en orden a la especialidad hipotecaria; lo cual -entiendo- representa un estadio de análisis que se vincula con la suerte ejecutiva de la garantía pero que -en definitiva-

poco tiene que ver con la naturaleza ontológica del crédito mismo que se garantiza.

En síntesis; todo sustrato obligacional-prestacional susceptible de estimarse en dinero es susceptible de ser garantizado mediante la hipoteca.

Así el Art. 3109 admite que se garanticen “obligaciones condicionales”, de “valor indeterminado” o “eventuales”, “de hacer”, “de no hacer” o aun “de dar cosas ciertas” o “cantidades de cosas que no fueren dinero”; con la necesaria condición de que -en el acto constitutivo- se declare el valor en dinero estimativo, quantum hasta el cual procederá la ejecución hipotecariamente -siempre que dicho crédito haya sido debidamente causado en el mismo título de constitución -y en cumplimiento de la especialidad crediticia-, caso contrario la observancia en el instrumento del resto de las previsiones en cuanto al objeto no obstarán el defecto de la especialidad crediticia y -por ende- no procederá -a instancia del deudor- la ejecutividad de la hipoteca conforme al art. 3936 del Código Civil.

7.3.2. Particularizaciones

a) **Obligaciones a plazo y condicionales**: el art. 3116 dispone: *“Si la hipoteca fuese por una obligación condicional y la condición se cumpliera, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria”*. A su vez, el art. 3153 expresa: *“La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales de una manera tan completa como los créditos puros y simples”*

En la nota a la referida norma se expone: “si la condición es suspensiva, el efecto de la hipoteca se suspende como la obligación misma; pero una vez cumplida la condición, tiene efecto retroactivo para una y para la otra; y si falta, falta también para una y para la otra. Si es

resolutoria, suspende el efecto de la obligación y de la hipoteca; pero si se realiza, todo está concluido, la obligación y la hipoteca, y las cosas vuelven al estado que antes tenían”.

b) Hipotecas en garantía de créditos eventuales e indeterminados: la viabilidad de la constitución de hipotecas en razón de créditos eventuales, al decir de Mariani de Vidal no tolera que la misma se constituya para asegurar créditos indeterminados -tal sería el caso de las llamadas hipotecas abiertas- ya que se conculcarían o bien el principio de especialidad -como es el caso de nuestra opinión- o el de accesoriedad o y figuradamente -como autoriza la precitada autora a Rivera- se tendría -mediante la hipoteca- por asegurado a un acreedor en particular, pero no un crédito determinado -extremo que se comparte- , lo cual colisiona con nuestro sistema; aún cuando se imponga un monto máximo por el que se responderá hipotecariamente²⁶.

c) Obligaciones naturales: *respecto de las obligaciones naturales el carácter definitorio sobre la procedencia y eficacia de la hipoteca constituida en su mérito, debemos distinguir entre las obligaciones -créditos- civiles devenidas en naturales por el transcurso del tiempo que determina la prescripción liberatoria del deudor en donde -una vez producido dicho evento- un tercero²⁷ o el deudor²⁸ mismo podrá garantizarla hipotecariamente -novando dicha obligación en este último caso-; en ambos casos -respecto de una obligación ya natural- su constitución es procedente y eficaz. Ahora bien, si lo garantizado es una obligación -crédito cierto- y éste deviene prescripto ¿podría el acreedor igualmente demandar la ejecución hipotecaria en razón de la subsistencia de la*

²⁶ **MARIANI DE VIDAL, Marina** ob. cit., tomo cit. pág. 202.

²⁷ Ver su admisibilidad en función de los arts. 518 y 3122 del C.C.

²⁸ Ver art. 802 del C.C.

inscripción hipotecaria?; evidentemente no, ya que -recordemos lo apuntado respecto de la noción de “relación causal de accesoriedad”- la vicisitud de la obligación principal -en este caso; su prescripción- determina la suerte de la ejecutividad del derecho de hipoteca; siendo improcedente la pretensión ejecutiva ya que no existe obligación -crédito- al cual acceda eficazmente la garantía hipotecaria.

d) Obligaciones en moneda extranjera garantizadas con hipoteca antes de la Ley 21.309 - La antigua redacción de los arts. 617 y 619 del C.C.

El art. 617 disponía: *“Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.”*

Ahora bien, -predicándose respecto de la moneda de nuestro país- suficiente poder cancelatorio; resultaba de aplicación el antiguo art. 619 del C.C. que disponía: *“Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple la obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar al día del vencimiento de la obligación”.*

Pues bien, Las referidas normas determinaban que -al momento de la constitución- la cantidad definitiva de moneda nacional de pago no estuviera determinada prima facie; sino que -por el contrario- remitía a un criterio de determinación -es decir; ...==... al cambio que corra al día de vencimiento...==...-; lo cual no resultaba ajustado a los términos del art. 3131 del C.C.; -y por ende- a la especialidad hipotecaria; ya que no existía “cantidad cierta”, cuando el valor de cambio de la moneda extranjera -al momento del

vencimiento, y como es esperable- no se condice con el vigente en el momento de la constitución.

En este sentido; -comprendido de este modo el cuadro negocial-, es dable concluir en que las garantías hipotecarias constituidas para este tipo de créditos han sido reputadas nulas; no así el crédito -o aspecto relacional obligacional-; respecto del cual el acreedor mantenía su derecho de cobro.

e) Hipoteca en garantía de créditos reajustables - Ley 21.309

La economía inflacionaria determinó que -en el plano de los negocios jurídicos- se establecieran cláusulas de reajuste -los cuales representaban diferimientos a patrones más o menos estables; por ej. precios mayoristas, costos de producción etc..- tendientes a evitar la pérdida del valor adquisitivo de la prestación -dineraria- a favor del acreedor en una relación obligacional. Esta circunstancia determinaba que -recién en el momento del cumplimiento- se “precisara” el monto real de la deuda asumida -o crédito garantizado-; extremo que según lo manifiesta Mariani de Vidal²⁹ no presentaba mayores inconvenientes en el plano creditorio; lo cual no se verificaba de la misma manera respecto de el afianzamiento de este tipo de obligaciones con garantía hipotecaria; ya que -por imperio del art. 3131- es necesario expresar la cantidad cierta y determinada del crédito la cual -resulta inmovible respecto del derecho real accesorio-; por ello, a los fines de adecuar la realidad inflacionaria a la especialidad hipotecaria en mayo de 1976 se sancionó la Ley 21.309, que asumió la posibilidad de constituir garantías hipotecarias respecto de obligaciones sujetas a cláusulas de estabilización o reajustes, el principio de

²⁹ **MARIANI de VIDAL, Marina** ob. cit., tomo cit. pág. 179.

la especialidad hipotecaria se juzgaba verificado en los siguientes términos:

art. 1.- Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar obligaciones en dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria, y la cláusula de estabilización o reajuste, con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste, y el tipo de interés pactado.

Por otro lado, el art. 4 disponía: Se considera título que trae aparejada ejecución, siguiéndose para su cobro los trámites que para el juicio ejecutivo establezcan las leyes de procedimiento del lugar donde se ejercite la acción, a la constancia del saldo deudor adicional a la fecha del vencimiento de la obligación, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de estabilización o reajuste, con independencia de la acción ejecutiva que confiera el título en que se hubiese instrumentado la obligación originaria. Si se tratare de entidades financieras la constancia deberá ser otorgada con las firmas conjuntas del Gerente y Contador, y en los demás casos deberá ser certificada por Contador Público Nacional.

Como es posible advertir, esta norma fue el producto legislativo de una época en la cual -las normas imperativas que refieren a la especialidad- no resultaban acordes a las necesidades de los sujetos de derecho en sus vinculaciones jurídicas; todo ello, fundado en causas o factores externos -económicos- es decir, sin vinculación directa con una modalidad de contratación en particular; extremo que -a mi entender- merece ser destacado; ya que -como podemos advertir- el referido régimen excepcional ha sido producto de un momento determinado de la historia social y económica.

f) La ley 23.928 - Convertibilidad del Austral

Esta norma vino a derogar -desde el 1 de abril de 1991- el esquema propuesto por la referida ley 21.309. En este sentido; se dispuso en su art. 10: “**Deróganse, con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias**

que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de Australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”.

Así mismo, se previó un mecanismo para contemporizar a la presente norma las prestaciones debidas en razón de obligaciones constituidas con anterioridad su vigencia; lo cual fue previsto en el art.9 en los siguientes términos: “En todas las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la convertibilidad del Austral, en las que existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, o en aquellas de ejecución continuada con prestaciones y contraprestaciones periódicas, el precio, cuota o alquiler a pagar por el bien, obra, servicio o período posterior a ella, se determinará por aplicación de los mecanismos previstos legal, reglamentaria o contractualmente, salvo que dicho ajuste fuera superior en más de un DOCE POR CIENTO (12 %) anual al que surja de la evolución de la cotización del Austral en Dólares estadounidenses entre su origen o el mes de mayo de 1990, lo que fuere posterior, y el día 1º del mes de abril de 1991, en las condiciones que determine la reglamentación. En este último caso la obligación de quien debe pagar la suma de dinero, se cancelará con la cantidad de Australes que corresponda a la actualización por la evolución del Dólar estadounidense por el período indicado, con más un DOCE POR CIENTO (12 %) anual, siéndole inoponibles las estipulaciones o condiciones originales.

Como es posible observar, -respecto de este tipo de prestaciones-; se mantuvo el esquema anterior; con la salvedad de que los reajustes convenidos resultaren superiores al cálculo previsto por la misma norma; supuesto respecto del cual dichas condiciones convenidas no surtirían efectos.

Ahora bien, tal como se aprecia esta norma puso un límite a la “contratación” mediante cláusulas de reajuste también en atención a un contexto socio-económico; y por tanto, externo a la naturaleza misma de la dinámica obligacional.

g) La ley 25.561

La presente ley denominada de “Emergencia Pública y Modificación del Régimen cambiario”, derogó el sistema de convertibilidad previsto por la Ley 23.928; conteniendo en el inciso 4º del apartado “Declaración de emergencia pública” el siguiente cometido: *“Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º”*.

A su vez, el referido art. 2 dispone: *“El Poder Ejecutivo nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”*.

Ahora bien, respecto de las obligaciones vinculadas al sistema financiero se estableció art. 7: *Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos vigentes al 30 de noviembre de 2001, y transformadas a dólares por el Decreto N. 1.570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derógase el artículo 1º del decreto 1.570/2001. Los saldos deudores de titulares de tarjetas de crédito y los débitos correspondientes a consumos realizados en el país, serán consignados en pesos y pagaderos en pesos. Sólo podrán consignarse en dólares u otras divisas, los consumos realizados fuera del país. Los saldos deudores pendientes de pago a la fecha de promulgación de la presente ley, serán cancelados en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1).*

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones entra particulares no vinculadas al sistema financiero; se dispuso, art. 11: *“Las obligaciones de dar sumas de dinero existentes al 6 de enero de 2002, expresadas en DOLARES ESTADOUNIDENSES u otra moneda extranjera, no vinculadas al sistema financiero, cualquiera sea su origen o naturaleza, haya o no mora del deudor, se convertirán a razón de UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1) = UN PESO (\$ 1), o su equivalente en otra moneda extranjera, resultando aplicable la normativa vigente en cuanto al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o el Coeficiente de Variación de Salarios (CVS), o el que en el futuro los reemplace, según sea el caso. Si por aplicación de los coeficientes correspondientes, el valor resultante de la cosa, bien o prestación, fuere superior o inferior al del momento de pago, cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio. En el caso de obligaciones de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido este reajuste podrá ser solicitado anualmente, excepto que la duración del contrato fuere menor o cuando la diferencia de los valores resultare notoriamente desproporcionada. De no mediar acuerdo a este respecto, la justicia decidirá sobre el particular. Este procedimiento no podrá ser requerido por la parte que se hallare en mora y ésta le resultare imputable. Los jueces llamados a entender en los conflictos que pudieran*

suscitarse por tales motivos, deberán arbitrar medidas tendientes a preservar la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes.

De no mediar acuerdo entre las partes, las mismas quedan facultadas para seguir los procedimientos de mediación vigentes en las respectivas jurisdicciones y ocurrir ante los tribunales competentes para dirimir sus diferencias.

En este caso, la parte deudora no podrá suspender los pagos a cuenta ni la acreedora negarse a recibirlos. El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.

La presente norma no modifica las situaciones ya resueltas mediante acuerdos privados y/o sentencias judiciales”.

Como podemos observar, la norma de referencia -al igual que las dos referidas anteriormente, y con independencia de su adecuación o no al ordenamiento jurídico y sus garantías- representaron manifestaciones del poder estatal que – de uno u otro modo- penetraron en la base de las relaciones entre los sujetos; y -fundamentalmente- en el aspecto vinculado al crédito -u obligación asumida por el deudor-; pues bien, a los fines de establecer un punto de conexión con nuestro objeto de trabajo; es decir, la especialidad en la garantía hipotecaria – de momento- debemos volver a reparar que las mismas han sido dictadas en razón de particulares condiciones económicas o exógenas; propias de una coyuntura determinada.

7.4. Las denominadas Hipotecas Abiertas

En el presente apartado abordaremos una temática por demás trascendente en razón del motivo y el desarrollo efectuado en el presente trabajo; por ello, considero igualmente necesario reparar en la posición adoptada respecto de la especialidad hipotecaria.

En este sentido, hemos tenido oportunidad de exponer que -según el criterio que se propone- el requisito de la especialidad se virtualiza -en la hora del análisis de una garantía real constituida en seguridad de un crédito- no sólo con la observancia de la suma de dinero, monto o montante que determina la extensión de la responsabilidad hipotecaria; es decir, la suma de dinero respecto de la cual la garantía se encuentra afectada; sino que dicho principio se reputa verificado con -además del extremo reseñado- la precisión o determinación de la causa fuente; ya que sólo de éste modo resulta comprensible la naturaleza jurídica de derecho real accesorio, predicable a la garantía hipotecaria.

No obstante ello, -y como se ha dejado apuntado en la introducción del presente- subyacen en la doctrina dos corrientes respecto de las denominadas “hipotecas abiertas” o constituidas “para garantizar todas las obligaciones creadas o a crearse” y resultantes de un vínculo jurídico que une a dos sujetos de derecho; extremo que -en la praxis jurídica y económica-; normalmente encuentra en el plano relacional a un deudor particular y a una entidad financiera; en donde se introducen -a su respecto- diferentes cláusulas que -si bien aparentan precisar la existencia de una causa; en realidad -y en el mejor de los casos- refieren a diferentes situaciones jurídicas; autónomas, y desconectadas respecto del crédito al cual accede la garantía. Otras veces, dichas convenciones sólo se limitan a enunciar a secas “...==...todas las obligaciones resultantes...==...”; como por ejemplo: **a)** “...==...*La hipoteca se otorga a fin de garantizar y asegurar el fiel cumplimiento de cualquier tipo de obligaciones que contraigan los deudores con el acreedor; en moneda argentina o extranjera; cualquiera sea la naturaleza de las mismas, ya sea por créditos o*

préstamos acordados; adelantos y/o descuentos transitorios en cuantas corrientes, saldos deudores que resulten en cuanta corriente; de cualquier origen o causa ...==...en garantía de saldos deudores que en cualquier momento pudieran existir a favor del acreedor, el deudor grava con derecho real de hipoteca en primer grado por la suma de pesos 100.000 y durante el plazo de 10 años, el inmueble de su titularidad ubicado en calle Necochea 621 del Dpto. Guaymayen; cuyos demás datos surgen...==...”³⁰

b) *“...==...Quedan garantizadas con hipoteca todas y cada una de las deudas que actualmente tengan contraídas o contraigan en el futuro con el acreedor, cualquiera sea el carácter de ellas, así devenguen de facturas por ventas de mercadería, débitos emergentes de tales operaciones, saldos de cuenta corriente, documentados o no mediante cheques, letras y/o cualquier otra forma de instrumentación comercial, como también los intereses, indexaciones y acrecidos de cualquier índole que resulten d dichos importes deudores, todo ello hasta el importe máximo de \$ 10.000 pesos y por el plazo de diez años...==...”³¹*

Ahora bien, ejemplificadas estas cláusulas propias de las “hipotecas abiertas” resulta accesible comprender que -constituido de este modo un gravamen real- se anula la posibilidad de que el deudor retome su posibilidad de acceso a nuevos créditos para con otros eventuales nuevos acreedores; ya que -si bien se determina la suma cierta de dinero a la que se encuentra afecta la cosa inmueble- la extensión de “todas las obligaciones” impide que los terceros puedan analizar -conforme a la causa de dichos créditos- la continuidad o no del gravamen.

³⁰ **BORETTO, Marcos** en obra: -Hipotecas Abiertas-; Ed. Rubinzal-Culzoni, Año: 2004; Santa Fe, pág. 47.

³¹ **BORETTO, Marcos**, en obra antes citada.

En este sentido la jurisprudencia se ha manifestado en los siguientes términos:
“...==...hacer lugar a la excepción de nulidad opuesta por la demandada, fundándose en que la hipoteca violaba el principio de especialidad del art. 3109 toda vez que la escritura por la que fue constituida no permite individualizar el crédito garantizado al constituirse aquella en garantía de todas y cada una de sus obligaciones, como también las que cualquiera de ellos contraigan en el futuro por cualquier causa, razón o título. También se hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta, por que la constancia del saldo deudor podrá servir para demandar ejecutivamente, mas NO es hábil para sustentar la ejecución hipotecaria y en nada mejora la falta de precisión de que adolece el instrumento constitutivo, y a su vez la determinación del crédito garantizado no puede ser cubierta con ninguna otra documentación ajena a ella...==...”³²

En el sentido de la jurisprudencia aludida, Marcos Boretto sostiene en alusión a la opinión del autor García Coni^{32*} que en nuestro sistema jurídico de ninguna manera el derecho real de hipoteca puede servir de garantía a las relaciones negociales indefinidas o simplemente globales entre acreedor y deudor; consecuentemente, la o las causas genéticas garantizadas por la hipoteca deben resultar de la escritura.

En un sentido jurídico más ajustado; Mariani de Vidal sostiene la inadmisión de las hipotecas abiertas o de máximo. En este sentido, la autora postula la necesidad de establecer en el contrato hipotecario el monto máximo por el cual se constituye la garantía y la causa fuente de la obligación garantizada; a los fines de virtualizar los caracteres esenciales de la especialidad y la

³² **BORETTO, Marcos** en ob. cit. pág. 37 y en ref. a jurisprudencia de la CCom. de Rosario, Sala IV 14-4-83 en autos: “Banco Independencia Coop. Ltdo. c/ GUERRA, Osvaldo” E.D. 107-215.

^{32*} **BORETTO, Marcos** en ob. cit. pág. 51

accesoriedad; en consecuencia, la constitución de la hipoteca en términos genéricos, sin precisión de la causa fuente; “*conspira contra aquellos caracteres*”; y -al mismo tiempo; en un plano de igualdad sustancial- también contra el rango de avance; ya que si se admitiera que cada vez que el deudor vaya cancelando las obligaciones garantizadas se vayan incorporando nuevas a la misma garantía; las de rango inferior nunca avanzarían; produciéndose una renovación indefinida; lo cual no resulta asimilable al sistema previsto por nuestro ordenamiento.

Por otro lado; -y retomando la referencia al tratamiento jurisdiccional- la labor judicial cordobesa³³ se ha pronunciado en el sentido que se viene apuntando, entendiendo que en nuestro ordenamiento -en que la hipoteca es un derecho real accesorio-, que subsiste en tanto subsiste la obligación principal, se impone que ésta se encuentre determinada con precisión; en resguardo del propio deudor y de terceros, los cuales deben tener la posibilidad de constatarla correspondencia del crédito cuya preferencia se postula, con el identificado en el instrumento que constituye el privilegio.

Ahora bien, habiendo referido a estas circunstancias; resta manifestar que la llamada “tesis amplia” se inclina por la validez de las llamadas hipotecas abiertas en atención a la circunstancia de que -según sus proponentes- las cláusulas que estiman la constitución de una garantía por “*todas las obligaciones del deudor*” no impide que -al fijarse en el acto constitutivo tanto el monto máximo de la cobertura como el plazo máximo de vigencia de la garantía-, los terceros que deseen contratar con el deudor y darle crédito con

³³ **BORETTO, Marcos** en ob. cit. pág. 52 y en ref. a jurisprudencia de la CCom³⁰ Córdoba 28-02-2003 en autos: “Inc. de Rev. Intentado por Bank Boston S.A. en autos: BECHARA, Antonio -Quiebra Propia”.

una garantía hipotecaria de segundo rango tomarán el recaudo de evaluar el valor del inmueble a gravar.

7.5. Hipoteca en garantía de una cuenta corriente bancaria

La cuenta corriente bancaria ha sido definida como el contrato mediante el cual una entidad financiera -normalmente un banco comercial- efectúa una apertura de crédito por un monto determinado a favor del cuentacorrentista, brindando -en su mérito- un servicio prevalente de caja respecto del cual el referido cuentacorrentista se obliga a mantener un flujo de dinero -depósitos- necesarios para atender las diferentes operaciones de pago. En este sentido, la cuenta corriente -en su dinámica- constituye un todo inseparable, perdiendo individualidad causal autónoma las diferentes operaciones bancarias allí contenidas.

Por tanto; el acreedor, lo será por el saldo resultante de la dinámica del contrato -es decir- de la diferencia entre débito y crédito del cuentacorrentista.

En este sentido afirma Boretto que el saldo de la cuenta corriente es garantizable con hipoteca; -y conforme lo apunta expresamente- *“sin que sea menester calificarla de abierta”*, ya que los terceros pueden tomar conocimiento de la existencia y magnitud del crédito garantizado; extremo que -en la propuesta del presente trabajo- no resulta absoluto ya que, sólo podrá proceder este razonamiento siempre que -en el instrumento constitutivo- se hayan identificado todas y cada una de las operaciones que confluyen bajo la figura de la cuenta corriente bancaria; caso contrario, la vinculación obligacional con la entidad financiera -en orden a la garantía real- corre el riesgo de trasuntar

como una hipoteca abierta; conforme se la ha caracterizado en el punto anterior; lo cual -con independencia de la inobservancia del carácter de la especialidad- igualmente atentaría con el sistema de rango de avance; el cual -notoriamente- ha sido previsto en nuestro ordenamiento en atención a la finalidad propia de la garantía hipotecaria; es decir; la difusión del crédito.

7.6. La proyección del principio de convencionalidad en orden a la constitución de la garantía hipotecaria.

Habiéndose enfatizado oportunamente en la trascendencia de la convencionalidad hipotecaria resta adelantar cuáles son los extremos sobre los cuales las partes deben coincidir con su consentimiento; pues bien, estos son: **a)** la voluntad de constituir un derecho real de Hipoteca, **b)** determinar cuál o cuáles son las obligaciones que se garantizan con este derecho accesorio, **c)** determinar -mediante una suma cierta de dinero o un valor estimativo- el quantum de agresión patrimonial que el deudor o un tercero está dispuesto a tolerar, **d)** determinar el inmueble sujeto a gravamen y **e)** precisar las modalidades de la operación.

7.7 Efectos de la inobservancia de las normas sobre especialidad - Nulidad.

En orden a las consecuencias de las constituciones hipotecarias en defecto de las normas sobre la especialidad nuestro Código Civil prevé el efecto jurídico de la nulidad absoluta -en el plano del derecho real accesorio-; en este sentido el art. 3148 preceptúa: *“La nulidad resultante del defecto de especialidad de*

una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo”.

Pues bien, hasta aquí podemos apreciar la estructura jurídica que regula la constitución y validez de las garantías hipotecarias y el caro riesgo que implica su incumplimiento; así como también el criterio que los tribunales deberán tener presentes a la hora de decidir sobre el punto, que -como regla- deberán ceñirse al conjunto de enunciaciones del acto constitutivo, sin posibilidad de recurrir a otras probanzas ni presunciones ajenas a dicho acto escriturario.

Ahora bien; en cuanto a los sujetos legitimados por el art. 3148 del C.C., Salvat³⁴ sostiene que -entre los terceros- quedan legitimados los acreedores de grado posterior y los terceros poseedores del inmueble hipotecado; los primeros para su derecho en condiciones más favorables; los segundos para liberar al inmueble del gravamen que le pesa.

En lo tocante al aspecto sustantivo del efecto nulificante previsto para la inobservancia de la especialidad -tal como se ha adelantado-, los autores³⁵ coinciden que la misma reviste el carácter de absoluta. Ahora bien; como una excepción al principio establecido por el art. 1047 -el citado art. 3148- legitima al mismo deudor constituyente; en consideración de que la especialidad es de la esencia de la hipoteca que está prevista en interés no sólo de los terceros; sino del deudor y también en razones de orden público; dicho extremo puede encontrar asidero en el pensamiento por los autores Edmundo Gatti y Jorge Alterini³⁶; quienes reparan en la circunstancia de que -respecto del esquema

³⁴ **MUSTO, Néstor Jorge** en ob. cit., tomo cit. pág. 248

³⁵ **MARIANI de VIDAL, Marina** en ob. cit., tomo cit. pág 168 y **MUSTO, Néstor Jorge**, en ob. cit. tomo cit. pág. 248.

³⁶ **GATTI, Edmundo** y **ALTERINI, Jorge** en ob. cit., pág. 74.

previsto por el art. 2503- la incidencia del orden público es prevalente; máxime en cuanto a lo que respecta a caracteres esenciales como es la especialidad.

7.8. Implicancias procesales de Principio de especialidad

A los fines de dar inicio al presente apartado en el que referiremos a la instancia de ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario, resulta importante tener presente lo ha expresado Elena Highton *“no hay que invertir los conceptos y pensar que la existencia de la hipoteca absorbe o hace desaparecer la principalidad del crédito. La hipoteca no es un derecho sustantivo e independiente en nuestro régimen jurídico, sino que sólo es un accesorio que refuerza o asegura de una obligación”*^{36*}.

Pues bien, la citada autora propone -en la instancia- que la acción tendiente a obtener la venta del inmueble gravado es una *“acción real”*; no obstante reconoce con especial proyección de sus efectos la existencia de una *“acción personal”* que se ejerce contemporáneamente surgida de la relación crediticia principal; por tanto -no siendo el derecho real de hipoteca un derecho autónomo en nuestro ordenamiento jurídico- necesariamente dicha relación crediticia *“principal”* debe *“agotarse”* por el acreedor mediante la previa intimación de pago al deudor; conforme los términos del art. 3163 del Código Civil. En este orden de ideas; la referida autora tiene comprendido: *“existiendo un crédito más una hipoteca, se ejercen ambas acciones, la real y la personal; en un SOLO juicio: la ejecución hipotecaria ...==...Insistimos: no puede ejercerse la acción real sin ejercer simultáneamente la acción personal emergente del crédito; por eso es un error decir que se ejecuta la hipoteca, por*

^{36*} **HIGHTON, Elena** -Juicio Hipotecario- Tomo 1; Ed. Hammurabi; Buenos Aires, Año: 1997, pág. 94.

que ella es un derecho accesorio del crédito. La acción real hipotecaria está subordinada al previo requerimiento personal para que el deudor cumpla con su obligación, u oponga las defensas que tenga; recién entonces, previo este proceso de cognición -aun que sea limitada- queda expedita la vía para continuar con la acción real”.

Ahora bien, abierto el proceso de la ejecución hipotecaria -conforme las normas del art. 528 del C.P.C.C.C.-, -en orden al defecto de la especialidad hipotecaria- el margen defensivo no sólo se proyecta a las excepciones que podrá oponer el demandado -art. 547 del plexo antes citado- sino que podrá excepcionarse planteando la nulidad de la hipoteca por defecto de la especialidad; extremo que -acogido por el tribunal- determinará que la garantía real no proyectará sus efectos propios y en consecuencia quedará -el crédito garantido- deberá ser satisfecho conforme la vía procesal ordinaria.

7.9. Síntesis comparativa - Crítica al tratamiento doctrinario

Como es posible apreciar, los diferentes autores apuntados han reparado en el principio de especialidad hipotecario, considerándolo: o bien respecto de la determinación de una suma de dinero cierta y determinada -es decir, lo que implicaría una determinación o especialidad “nominal”- o bien en referencia a la determinación o especialidad de la causa obligacional que -en el plano del derecho real del acreedor- ha venido a ser garantida para satisfacer su interés de cobro.

Ahora bien, expuestos los dos planos de análisis realizado por los autores es posible efectuar una crítica de dichos abordajes en cuanto que -a juicio de la

apreciación posible de estas exposiciones y al menos respecto de los autores nacionales- se infiere que el principio de especialidad ha sido materia de un análisis desvinculado del entorno jurídico en que se inserta y cobra vida.

Es decir; se han evocado concepciones de aquello que se entiende por “especialidad” -sobre todo en los autores que no reparan en la necesidad de vincular la causa obligacional para satisfacer su verificación- pero no se ha reparado en que todo instituto de derecho debe ser definido en atención al ordenamiento jurídico en su integridad, procurando que la concepción que vaya a brindarse resulte conteste con todo el ordenamiento sin perder de vista -al mismo tiempo- que es también necesario definir estos conceptos -tan ligados a mandatos legales expresos, como por ejemplo: arts. 3128, 3131, 3133 y Cctes. del C.C.- de modo que quede claramente demarcado la trascendencia del entorno negocial en que se inserta, ya que una adecuada consideración del mismo -conforme los cánones de interpretación y valoración negocial actuales- imprimirá mayor o menor rigor conceptual y analítico a la hora de decidir -en un caso concreto- si se ha dado cumplimiento o no al mandato legal que contenga al principio de especialidad como requisito de procedencia para la validez de la garantía -máxime cuando en nuestro derecho la inobservancia de la especialidad crediticia deviene en la improcedencia ejecutiva de la garantía, instancia que podrá ser promovida tanto por el deudor o por un tercero, Cfme. lo tiene resuelto el Art. 3148 del C.C.-. Pues bien, en primer lugar -y en atención a lo manifestado- entiendo necesario valorar la especialidad en cuanto al crédito como un instituto plenamente regulado por nuestro ordenamiento civil, puntualmente por los ya citados arts. 3128, 3131 y 3133 del C.C..

En este sentido, dichos mandatos legales se ocupan de la especialidad en cuanto al crédito introduciendo la referencia a la causa del crédito que se garantiza. Así -expresamente- el Art. 3128 dispone: “...=*...podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda...=...*”; es decir -si bien esta norma introduce de modo facultativo la referencia a la causa del crédito garantizado en el acto constitutivo- el Art. 3131 exige expresamente la referencia a la causa en sus incisos 1 y 4 del siguiente modo: “*El acto constitutivo de la hipoteca debe contener:...=... 2) la fecha y naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra y 4) la cantidad cierta de la deuda...=...*”.

Pues bien, como podemos entender nuestro ordenamiento proyecta la consideración de la especialidad crediticia -en cuanto referencia a su causa- a la hora de regular la forma de constitución de las hipotecas, por tanto su inobservancia en el instrumento de constitución implicará la procedencia de las defensas de inhabilidad del título ejecutivo.

Por otro lado -y fundado en una razón de apreciación integral del ordenamiento jurídico- debemos valorar la especialidad crediticia en razón la consideración de otras normas jurídicas, como por ej. el Art. 499 del C.C. que dispone: “*No hay obligación sin causa, es decir sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles*”.

Pues bien, -en razón de una visión integral y dinámica de la praxis y del ordenamiento jurídico- es posible concluir que el elemento “causa” es de necesaria consideración en razón del entorno negocial en que se inserta la

garantía; ya que -normalmente- en la contratación garantizada hipotecariamente encontramos un sujeto activo profesionalizado o calificado - por ej. un Banco comercial- que en orden a dicha negociación goza de una posición contractual dominante en relación al “deudor particular”³⁷; por ello -en cuanto el privilegio hipotecario implica el quiebre del principio *pars conditio creditorum*- es de rigor conceptual verificar -en un caso dado- que dicho privilegio fundado en el derecho real de garantía importe un crédito causado asequible a los fines de procurar la protección de la parte débil de la contratación. Igual conclusión puede ofrecerse respecto de la contratación distributiva en donde la hipoteca es usual para garantizar las obligaciones asumidas por la parte débil de dicha contratación. Por tanto, conforme se ha manifestado, el análisis de la especialidad crediticia no puede reducirse -a la hora de verificar su existencia- a la simple determinación de una suma cierta y determinada; sino que -en la hora actual- deberá vincularse -en el acto constitutivo- la causa del quantum garantizado, máxime si se valora también que -como se ha dicho- los terceros tienen interés en demandar la eventual nulidad de la hipoteca constituida defectuosamente -Art. 3148 C.C.-.

7.10. Análisis jurisprudencial de la especialidad en cuanto al crédito en el derecho real de hipoteca.

Considerando el mérito pedagógico del análisis y conceptualización efectuada por los autores nacionales y extranjeros en relación al principio de especialidad en cuanto al crédito es propio al planteo de de este trabajo referir en esta

³⁷ Piénsese en el contrato de Mutuo bancario.

oportunidad a la labor de nuestros tribunales en orden a este instituto jurídico; todo ello sin perder de vista que -como se ha apuntado- nuestro código es concluyente a su respecto.

Ahora bien, la cuestión planeada por la jurisprudencia nacional -es decir, el quid de la labor interpretativa de los diferentes órganos jurisdicentes- no se asienta en la consideración conceptual de la especialidad en cuanto al crédito como aquella “necesidad” de que en el acto constitutivo se determine una suma cierta en dinero -a secas- que determina la extensión económica garantizada con el inmueble gravado; sino que -muy por el contrario- el trabajo jurisprudencial aborda la determinación o especialidad considerando en función de la dinámica negocial de un caso dado y -como es natural- aprecia el principio de especialidad en atención a la verdad real de la relación garantizada por la hipoteca; en este sentido se considera que la especialidad se juzga adecuadamente introducida en el acto constitutivo cuando -respecto del crédito garantizado- se haya reparado en la determinación de la suma de dinero cierta y en la indicación de la causa.

De este modo los tribunales tienen dicho: “...==...**la hipoteca en cuanto derecho accesorio de una obligación principal, no es accesorio de “algún” crédito, sino que el crédito debe estar determinado de manera tal que al momento de la ejecución no es suficiente probar que “existe crédito”, sino que el se ejecuta es el efectivamente garantizado con el contrato hipotecario...==...**”. (Cám. 2da Civ. y Com. Córdoba, 29/03/84 RepLL,XLIV- 1984-1060). En similar sentido jurídico, el mismo órgano de queja a sostenido: “...==... **La individualización del crédito hipotecario contribuye a fijar el privilegio del acreedor y permite también**

establecer si existe o no algún vicio o modalidad que pueda determinar la extinción de la deuda...==...”.

Otro extremo conceptual que resulta esclarecedor aportado por la Cámara de apelaciones cordobesa refiere a que: **“...==...tratándose de créditos eventuales garantizados con hipoteca, deberá tenerse especial precaución en fijar no solamente el máximo de la cobertura, sino también la razón de ser de los aludidos créditos que surgirán de la relación jurídica preexistente entre las partes...==...”.**

El criterio asentado por esta doctrina ha sido conteste con lo resuelto por diferentes órganos jurisdiccionales³⁸ de cuyo y Santa fe. Por otra parte, en la XVIII Jornada Notarial Argentina se concluyó en que: deben rechazarse -por carecer de especialidad- aquellas hipotecas cuyas formulaciones -excesivamente genéricas- no precisan los elementos que tipifican a los créditos objeto de la garantía (Nº III.4.4 del Despacho)

Ahora bien, respecto de la garantía de créditos eventuales se ha decidido que la hipoteca no vulnera el principio de especialidad al garantizar el pago de una deuda eventual y futura; en seguridad de las obligaciones que pudiera contraer el mutuuario con la entidad financiera; no existe inconveniente legal para concertar la hipoteca de esta manera, si se proveen las pautas o elementos para la determinación de las operaciones que a posteriori faciliten la individualización de las causas. De modo que -completado este requisito- y declarándose el valor estimativo del techo o cobertura hasta donde garantizará

³⁸ Fallo Nº 146 de Cám. 3ra Civ. Com. Minas y Tributario de Mendoza.
Cám. 1º Civ. Com. y Minería de San Juan.
Cám. Civ. y Com de Rosario -Sala II-.

la hipoteca, queda satisfecho el principio de especialidad consagrado en el Código Civil Art. 3109, como esencial.³⁹

Como hemos podido la jurisprudencia consultada repara en la necesidad de vincular en el acto constitutivo de la garantía la causa del crédito a que ésta está llamada a garantizar, todo ello a los fines de cumplimentar con la previsión normativa expresa del Art. 3109 de nuestro C.C.

8) Objeto de la Hipoteca - Cosas Inmuebles - su extensión

El abordaje de este punto nos lleva a centrar la atención en las disposiciones del Código Civil, particularmente -entre otros- el Art. 3109 que dispone: *“No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas ...==...”*.

Ahora bien, en cuanto a su extensión el Art. 3110 dispone: *“La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios que estén unidos a la principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aun que sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre el terreno vacío, a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble.*

Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca”.

³⁹ CNcom. -Sala B-, en autos: “Banco Credicop Cooperativo Limitado c/ Dispel S.A. -Ejecución Hipotecaria- 03/05/2002”

Por su parte el Art. 2315 dispone: *“Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esa adhesión tenga el carácter de perpetuidad”*. Y el Art. 2316 establece: *“Son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente”*. Por su parte, el Art. 2322 dispone: *“Las cosas muebles, aun que se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, o de una manera temporaria”*.

Mariani de Vidal adelanta que -respecto de las llamadas unidades complementarias en la propiedad horizontal, por ej: cocheras- el criterio jurisprudencial es unánime en considerar que representando la hipoteca un virtual acto de disposición sobre una “unidad principal” no se encuentra óbice para incluir en el alcance material de su objeto a las unidades complementarias ya que -como es sabido- lo accesorio sigue la suerte de lo principal⁴⁰.

No obstante -advierte esta autora- se presentan circunstancias en donde no es posible anticipar prima facie -en el alcance del objeto de la hipoteca constituida- la inclusión o no de determinadas cosas, reinando por ello un amplio margen casuístico en el que sus resoluciones dependerán de las circunstancias de hecho y la valoración jurisdiccional las cuales deberán tener presente las limitaciones del Art. 3157 del C.C. -detrimentos a la cosa gravada en perjuicio del acreedor hipotecario-.

⁴⁰ **MARIANI DE VIDAL, Marina** en ob. cit., tomo cit. pág. 192 y en referencia a fallo C.N. Civ. Sala B 10-06-94 de “Jurisprudencia Argentina” Supl. del 19-7-95.

Finalmente, esta autora concluye en que el criterio correcto para realizar la determinación sería el siguiente: *si el inmueble -cualquiera fuese el propietario- por su misma naturaleza tuviera un destino determinado -ej. Una bodega, una estación de servicios-, todos los muebles afectados a su cumplimiento quedarían comprendidos en la garantía, por caer dentro de la previsión del Art. 2316 del C.C.. Si ello no se verifica, debe considerarse que los muebles han sido colocados teniendo en mira la profesión del propietario y, -por ende- fuera de la garantía, en razón del Art. 2322 del C.C.*⁴¹

8.1. El papel de las modalidades convenidas por las partes en orden a la extensión del objeto material de la garantía hipotecaria.

Respecto de las convenciones particulares sobre la extensión material del objeto del derecho real de hipoteca, cabe precisar que las mismas -en tanto incluyan o excluyan- determinadas cosas como sustrato corporal de la misma, carecerán de valor ya que las normas anteriormente aludidas son de orden público y ajenas a la voluntad privada.

En razón de ello corresponderá determinar -en el caso concreto- si un bien -ej. Mueble- se encuentra dentro de los supuestos normados por los arts. 2315 - 2316 del C.C. -caso en que se incluirán en la consideración material de la garantía- o bien, si tales bienes se encuentran dentro de lo regulado por el Art. 2322; caso en que quedarán fuera de la referida consideración material amparada por la garantía real.

⁴¹ **MARIANI DE VIDAL, Marina** ob. cit., tomo cit. pág. 194.

8.2. Facultades del acreedor hipotecario vinculadas al objeto sobre el que recae la garantía hipotecaria.

Conforme lo establece el art. 3110: *“La hipoteca se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos a la principal...==...”*; por tanto, ante la eventual quita o detrimento de los mismos por parte del propietario; el acreedor podrá ejercitar las facultades consagradas por los arts. 3158 - 3161 del Código Civil que disponen expresamente: art. 3158: *“Todo acreedor hipotecario, aun que su crédito sea a término o subordinado a una condición, tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre que dispone el artículo anterior.”* -es decir todas las facultades inherentes al derecho de propiedad del deudor constituyente y que disminuyan el valor del inmueble hipotecado-.

Por su parte el art. 3159 expresa: *“Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios , éstos podrán, aun que sus créditos sean condicionales o eventuales, pedir la estimación de los deterioros causados y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca.*

El art. 3160 dispone: *“Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios, cuando el propietario de un fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a él, y los entrega a un adquirente de buena fe”*. Finalmente, el Art. 3161 determina: *“En los casos de los tres artículos anteriores, los acreedores hipotecarios podrán, aun que sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba”*.

Pues bien, como se observa nuestro código resuelve en este acotado Capítulo 4to del Título 14 las facultades del acreedor hipotecario respecto de la conservación de la cosa -sobre cuyo valor- recae su derecho *Real*.^{41*}

9) Síntesis y Conclusiones:

Luego de haber abordado el principio de especialidad crediticia como una nota esencial en hora de apreciar la eficacia constitutiva y ejecutiva de una garantía hipotecaria; habiendo reparado luego en el diverso tratamiento que éste instituto ha recibido por parte de autores calificados del derecho comparado y nacional; así como la recepción jurisprudencial de este elemento de constitución en el plano de la dinámica del ejercicio de los derechos; es decir, -respecto a los casos llevados a resolver en donde se ha controvertido el concepto y alcance de este principio-, resulta necesario en esta oportunidad introducir -a modo de síntesis- las conclusiones que sobre este tópico considero jurídicamente relevantes para enmarcar el análisis de la garantía hipotecaria en lo tocante al crédito garantizado.

A estos fines se considera al ordenamiento jurídico en su integridad y al principio de convencionalidad hipotecaria como un presupuesto que impone deberes de observancia a las partes celebrantes, máxime al tratarse de contrataciones garantizadas con el derecho de hipoteca en donde existe una asimetría jurídica y económica por parte del titular del privilegio devenido en función de la garantía otorgada por el deudor o un tercero.

^{41*} **GATTI Edmundo** y **ALTERINI, Jorge H.** en ob. Cit. Pág. 123

Este último aspecto de consideración encuentra fundamento en la necesidad de abordar los diferentes fenómenos jurídicos y sus institutos en orden a un criterio interpretativo-valorativo inspirado en la actualidad, en donde encontramos nuevos principios que -como se ha referido- imponen deberes accesorios a la parte fuerte de la relación jurídica o -dicho de otro modo-, conceden criterios de valoración a favor de quien se encuentra en plano de debilidad negocial -todo ello, en el plano de la contratación entre particulares-. Ahora bien, en lo que acontece respecto del principio de especialidad -en lo personal- considero que este instituto se encuentra suficientemente regulado por las normas de los arts. 3109, 3128, 3131 y -en su defecto por el Art. 3133- del C.C. normas a las que considero imperativas a su respecto.

No obstante, discrepo con los autores Campuzano^{41**} y Elena Highton -*Cfme. cita 25 del presente*- que en orden a la especialidad juzgan virtualizado este principio con la sola enunciación -en el acto de constitución- de la suma cierta y determinada por la cual se confiere la garantía ya que la hipoteca -como se ha apuntado- constituye un derecho real accesorio de un crédito, *pero no de cualquier crédito general* -implicado “a secas” en la enunciación de una suma de dinero cierta y determinada-, sino de un crédito particular -causado- que deviene de una operación jurídica considerada tanto por el deudor o un tercero y el acreedor.

Así las cosas es posible concluir en que la garantía hipotecaria viene -por voluntad de las partes- a colacionarse respecto de una relación jurídica ya existente o nacida con su constitución; por ello -como resulta inherente a sus vicisitudes- es necesario determinar el elemento causa de dicha relación para

^{41**} en atención a lo concluido sobre el autor por Highton, Elena, en ob. cit., pág. 79.

permitir que la hipoteca -considerada como accesoria- acompañe la existencia de dicho vínculo y si éste -eventualmente se extingue- aquella pierda ejecutividad, ya que -extinguida la obligación- el acreedor hipotecario no estará facultado a ejecutar la garantía de la que fuera titular.

En este sentido, considero que el principio de especialidad en sentido genérico debe juzgarse verificado cuando -en el acto constitutivo- se ha individualizado, por un lado el inmueble o inmuebles objeto de la garantía y -en orden a la especialidad del crédito- cuando se ha introducido la suma de dinero cierta y determinada por la que se afecta el inmueble dado en garantía y -fundamentalmente- cuando se ha introducido la causa en que se funda el crédito garantizado.

Este razonamiento encuentra -esencialmente- dos fundamentos jurídicos; por un lado, la necesidad de interpretar las contrataciones entre particulares considerando las particulares calidades de los intervinientes, por ello -respecto de la contratación bancaria- la cual está considerada como una actividad profesional de la empresa "banco" deberá considerarse que -en la hora de juzgar la relación entre deudor y acreedor en una ejecución hipotecaria en la que se haya controvertido la especialidad del crédito garantizado; ya sea por el deudor o por un tercero- los imperativos de nuestra ley en relación a la especialidad deberán ser sensiblemente atendidos ya que la operatoria de esta empresa implica -naturalmente- una actividad conocida y en función de la cual la misma asienta su actividad principal, todo ello sin perjuicio de que -en cualquier situación concreta en que se pretenda ejecutar una garantía hipotecaria- el ejecutante se encuentra en una especial situación que -en la hora de proporcionársela negocialmente- lejos de conferirle una prerrogativa a

su favor -respecto de la especialidad- le impone la observancia de todos los extremos previstos por la norma como requisitos de constitución, en especial en lo que refiere a la precisión de la causa del crédito que se le garantiza. Ahora bien, -respecto de las garantías reales insertas en virtud de una cuenta corriente bancaria- considero que resultan procedentes -en razón de la especialidad- cuando -en su constitución- se hayan precisado todas las operaciones que confluyen en la misma; y también -como es natural- se haya fijado un monto cierto y determinado; no así cuando -en razón del defecto de este extremo- puedan ser consideradas como “generales o abiertas”.

Por lo expuesto, no considero un fundamento sustantivo proponer la validez de las llamadas hipotecas abiertas por la razón de que -respecto de la contratación bancaria- éstas permiten agilidad y economía para la relación jurídica existente entre las partes en cuanto simplifican las tramitaciones tendientes a obtener créditos, ahorrar costos y evitar la constitución de sucesivos gravámenes -con la determinación de un monto cognoscible para el deudor y los terceros-.

Encuentro razón en ello fundamentalmente en que -como se ha propuesto- la hipoteca es un derecho real accesorio -en su naturaleza- y en razón de ello, la especialidad y la accesoriedad operan en un mismo plano; por tanto cuando se constituyen hipotecas sobre “obligaciones genéricas” entiendo que no resulta posible -prima facie- determinar cuál es el crédito causado al que accede el derecho real de garantía y por dicha razón; no es posible reputar cumplimentado el carácter esencial de la especialidad, ya que -en nuestro ordenamiento- la hipoteca no es un derecho autónomo, ni abstracto.

Esta posición interpretativa -a su vez- resulta conteste con la posibilidad consagrada prevista en el Art. 3148 del C.C. que faculta tanto al deudor como a los terceros para oponer la nulidad de la garantía por defecto de la especialidad hipotecaria.

Por lo expuesto considero que el principio de especialidad en cuanto al crédito agota su verificación cuando -puesta en marcha la ejecutividad de la garantía hipotecaria- es posible venir en conocimiento incontrovertible de cuál es el crédito que se ha garantizado, lo cual se viabiliza con la verificación en el instrumento constitutivo de todos los elementos propios de la relación personal que se ha tenido en vista a la hora de su constitución.

Ahora bien, como un efecto lógico jurídico de la posición que propongo respecto de la verificación de la causa del crédito en el instrumento constitutivo resulta necesario referir a la circunstancia apuntada de que -ante la oposición de nulidad de la hipoteca constituida en defecto del principio de especialidad en la vía ejecutiva- el acreedor deberá transitar -a los fines de procurar el cobro de la acreencia que le es debida- la instancia procesal ordinaria en donde deberá acreditar la causa de su crédito para obtener el éxito de su pretensión, por tanto entiendo una responsabilidad mayúscula el reparo -por parte de los operadores jurídicos, abogados, notarios etc...- prever la determinación de la cuantía del crédito y la expresión de la causa, ya que -eventualmente- su omisión podría devenir en la nulificación de la hipoteca que se pretende ejercitar en la vía procesal ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALTERINI, Jorge H. y GATTI, Edmundo;** “El derecho Real: Elementos para una teoría general”; Ed. Abeledo - Perrot; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 1974.
- **BORDA, Guillermo A.** “Tratado de Derecho Civil”, -Derechos Reales- Tomo II; Ed. Abeledo - Perrot; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 2005.
- **BORETTO, Mauricio;** “Hipotecas Abiertas”; Ed. Rubinzal - Culzoni; Santa Fe; Año: 2004.
- **HIGHTON, Elena I;** “Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito”; Ed. Ariel; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 1981.
- **HIGHTON, Elena I;** “Juicio Hipotecario”; Tomo I; Ed. Hammurabi; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Año: 1997.
- **MARIANI DE VIDAL, Marina;** “Derechos Reales”; Tomo III, 7ma. edición actualizada; Ed. Zavalía; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año: 2004.
- **MUSTO, Jorge Néstor** “Derechos Reales”, Tomo II, Ed. Astrea; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año: 2000.

- **PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio**

Alberto y CAUSSE, Jorge Raúl: “Derechos Reales”; Tomo II; 2da

edición, Ed. Depalma; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año: 1993.

ÍNDICE DEL TEMARIO

1- Introducción y Justificación	Pág. 1
2- Objetivos	Pág. 5
3- Seguridades Personales y Reales	Pág. 7
4- Evolución Histórica del Derecho Real de Hipoteca	Pág. 9
5- Definición legal de Hipoteca - Críticas	Pág. 14
6- Naturaleza Jurídica	Pág. 15
7- Caracteres del Derecho Real de Hipoteca - Generalidades	Pág. 18
7.1. Los caracteres en la doctrina comparada - Enunciación	Pág. 20
7.2. Enunciación de los caracteres en la doctrina nacional	Pág. 21
7.2.1. El contenido de los caracteres esenciales y del carácter natural	Pág. 22
7.2.2. El carácter de la Convencionalidad	Pág. 23
7.2.3. La concepción de Vélez Sardsfield y La Convencionalidad hipotecaria	Pág. 23
7.2.4. El carácter Indivisible	Pág. 23
7.2.5. La indivisibilidad de la hipoteca no obsta la divisibilidad del crédito	Pág. 24
7.2.6. La indivisibilidad en el Código Civil - jurisprudencia previa a las modificaciones de las leyes 11.725 y 17.711	Pág. 25
7.2.7. La indivisibilidad y las leyes 11.725 y 17.711	Pág. 26
7.2.8. La especialidad de la Hipoteca - Concepto - Generalidades	Pág. 31
7.2.10. Normas vinculadas a la especialidad, al objeto y a los requisitos de su constitución	Pág. 35
7.2.11. La especialidad en cuanto al objeto	Pág. 36
7.2.12. La Especialidad en cuanto al Crédito	Pág. 37
7.3. La causalidad hipotecaria, la accesoriedad y el principio de especialidad	Pág. 39
7.3.1. Créditos susceptibles de ser garantizados con hipoteca	Pág. 41
7.3.2. Particularizaciones	Págs.42/49
a) Obligaciones a plazo y condicionales	Pág. 42
b) Hipotecas en garantía de créditos eventuales e indeterminados	Pág. 43
c) Obligaciones naturales	Pág. 43
d) Obligaciones en moneda extranjera garantizadas con hipoteca antes de la Ley 21.309 - La antigua redacción de los arts. 617 y 619 del C.C.	Pág. 44

e) Hipoteca en garantía de créditos reajustables - Ley 21.309	Pág. 45
f) La ley 23.928 - Convertibilidad del Austral	Pág. 46
g) La ley 25.561	Pág. 48
7.4. Las denominadas Hipotecas Abiertas	Pág. 49
7.5. Hipoteca en garantía de una cuenta corriente bancaria	Pág. 54
7.6. La proyección del principio de convecionalidad en orden a la constitución de la garantía hipotecaria	Pág. 55
7.7. Efectos de la inobservancia de las normas sobre especialidad - Nulidad	Pág. 55
7.8. Implicancias procesales de Principio de especialidad	Pág. 57
7.9. Síntesis comparativa - Crítica al tratamiento doctrinario	Pág. 58
7.10. Análisis jurisprudencial de la especialidad en cuanto al crédito en el derecho real de hipoteca	Pág. 61
8- Objeto de la Hipoteca - Cosas Inmuebles - su extensión	Pág. 64
8.1. El papel de las modalidades convenidas por las partes en orden a la extensión del objeto material de la garantía hipotecaria	Pág. 66
8.2. Facultades del acreedor hipotecario vinculadas al objeto sobre el que recae la garantía hipotecaria	Pág. 67
9- Síntesis y Conclusiones:	Pág. 68
10- Bibliografía	Pág. 73