

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA
San Carlos de Bariloche - 20, 21 y 22 de septiembre de 2018.

TEMA II: GARANTÍAS REALES: Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del art. 2189 del CCCN. El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio. Hipoteca de parte indivisa. Hipoteca de superficie. Anticresis.

Coordinadoras: Not. Silvia Maela Massiccioni y Not. Natalia Martinez Dodda.

Autoridades de Comisión:

Presidencia: Not. Silvia Maela Massiccioni y Not. Natalia Martinez Dodda.

Secretaría: Not. María Paula Alvarez Machicote

Comisión Redactora:

Integrada por las autoridades de Comisión y las siguientes notarias:

Mariela Gatti

Elba Frontini

Jessica Edith Linna

Valeria Virginia Calabrese

Relatoras:

Not. Jessica Edith Linna

Not. Valeria Virginia Calabrese

Trabajos y ponencias presentados: conforme lo establecido en el Reglamento de la Jornada Notarial Argentina, se presentaron cinco trabajos y cuatro de ellos fueron expuestos por sus autores.

CONCLUSIONES

La Comisión II de la XXXIII Jornada Notarial Argentina concluye, por resolución unánime de todos sus integrantes, lo siguiente:

I) Especialidad en cuanto al crédito. Monto. Exégesis del artículo 2189 del CCCN.

CONSIDERANDOS:

El Código Civil y Comercial incluye disposiciones comunes y lineamientos genéricos atinentes a los distintos derechos reales de garantía; esto permite sistematizar los principios generales, evita reiteraciones innecesarias y reduce el número de artículos que legislan sobre las garantías en particular.

Si bien el artículo 2189 CCCN lleva el título “Especialidad en cuanto al crédito”, su texto fue mucho más allá de ese principio e incluyó las modificaciones más trascendentes aplicables a todos los derechos reales de garantía.

El texto original de la norma, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, introdujo en el régimen legal argentino la temática de los créditos indeterminados como objeto de los derechos reales de garantía, recogiendo así el reclamo de una profusa doctrina y jurisprudencia que ya se había pronunciado a favor de flexibilizar el concepto de especialidad en cuanto al crédito. Sin embargo, su imprecisión terminológica y su inevitable cotejo con otras normas del mismo ordenamiento (artículos 2187 y 2193 CCCN) generó polémica en torno a diferenciar cual era el marco normativo aplicable a los créditos determinados e indeterminados.

La ley 27.271, que entró en vigencia el 15 de septiembre de 2016 y modificó el texto del artículo 2189, vino a poner coto a aquella discusión doctrinaria estableciendo dos sistemas diferentes según se constituyan garantías en resguardo de créditos determinados o indeterminados. De esta manera reconoció proyección normativa la

conclusión número 2.6 del Tema IV de la XXXII Jornada Notarial Argentina que en agosto de 2016 estableció, de *lege ferenda*: “*Proponemos una modificación del artículo 2189 CCC reflejando la doctrina del proyecto de 1998, diferenciando los créditos determinados y los indeterminados y reservando a estos últimos las limitaciones en cuanto al monto del gravamen y la extensión de la garantía tal como surge del Proyecto de mayo de 2016 con media sanción en el Senado de la Nación denominado Sistema de Ahorro para el fomento de la inversión en viviendas casa de ahorro (UVI)*”.

DESPACHO:

El principio de especialidad.

1. El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos en garantía de créditos determinados se cumple con la expresión de los sujetos, el objeto y su causa en el contrato constitutivo.
2. El principio de especialidad en cuanto al crédito en los derechos reales constituidos en garantía de créditos indeterminados, se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen y un plazo que no puede superar los diez años.

Monto.

3. *Monto del gravamen:* El monto del gravamen es un requisito esencial en los derechos reales de garantía. Según el artículo 2189 CCCN “el monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero”. Sin perjuicio de ello, en caso de defecto en el cumplimiento de este requisito, es posible fundar la validez en el artículo 2190 CCCN que admite que sea posible integrarlo con algunos de los elementos que surgen del acto constitutivo.
4. *Monto de la garantía:* En el sistema actual se correlacionan con criterio razonable las disposiciones de los artículos 2187, 2189 (modificado por la ley 27.271) y 2193 CCCN.

4.a) Tratándose de créditos determinados la cuantía del gravamen se estima inicialmente, pero la garantía real no solo cubre el capital adeudado sino además los intereses posteriores y los daños y costas que provoca el incumplimiento.

4.b) En cambio, en los créditos indeterminados la estimación del gravamen es igual al monto máximo garantizado por el derecho real, ya que el montante originario, lo es “en todo concepto”; es decir que no podrá ser excedido aunque la acreencia, por el devenir de distintas circunstancias posteriores a su constitución, resulte superior a la cuantía del gravamen.

Obligaciones en moneda extranjera.

5) Moneda y dinero son conceptos equivalentes. La moneda extranjera no está privada de su condición dineraria. Es dinero o moneda aunque no tenga curso legal en nuestro país.

Las garantías constituidas en moneda extranjera son plenamente válidas en el ordenamiento argentino y cumplen con el principio de especialidad.

La directiva legal del artículo 765 CCCN es facultativa para las partes. Ratificamos la conclusión de la XXV Jornada Nacional de Derecho Civil: “*La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva.*”

Créditos ajustables.

6) Los créditos regulados por la ley 27.271 (Uvis) y la Resolución del BCRA Numero A 6069 (UVA), cumplen con el principio de especialidad en cuanto al crédito y el monto originario es ajustable. La normativa citada excluye a estas operatorias de las prohibiciones de pactar cláusulas de ajuste que surgen de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias, y del artículo 766 del CCCN.

7. Plazo Artículo 2189 CCCN.

7.a) En los derechos reales de garantía de créditos indeterminados, el plazo al que se sujetan, indica la fecha hasta la cual pueden nacer los créditos cubiertos por la garantía real, hasta su efectivo cumplimiento.

7.b) Los derechos reales de garantía de créditos determinados no tienen plazo. Subsisten mientras esté pendiente de cumplimiento la obligación garantizada.

II) Artículo 2210 CCCN. El plazo de la hipoteca y las cuestiones de derecho transitorio.

8) Debe aplicarse el plazo de caducidad registral de veinte (20) años para las hipotecas que al 15 de septiembre de 2016 hubieran cumplido ese plazo desde su inscripción o toma de razón.

9) El nuevo plazo de treinta y cinco (35) años se aplicará a las hipotecas inscriptas a partir del 15 de septiembre de 2016.-

10) *Respecto a las hipotecas inscriptas antes del 15 de septiembre de 2016 pero que a esa fecha no hubieran cumplido el plazo de caducidad de 20 años, se plantearon dos posturas:*

10.a) *Primera postura:* debe aplicarse el plazo de caducidad registral de veinte (20) años.

Fundamentos:

-la interpretación armónica del artículo 7 CCCN, primera parte, en concordancia con los artículo 1 y 2 del mismo cuerpo legal

- el artículo 2210 CCCN debe ser analizado a la luz de las normas aplicables a los contratos de consumo, es decir en el sentido más favorable al consumidor, quien es, en definitiva, el tomador del crédito que da origen a la hipoteca.

-la posibilidad del acreedor de solicitar la reinscripción de la hipoteca antes del vencimiento del plazo si el crédito no ha sido cancelado.

10.b) *Segunda postura*: corresponderá aplicar el plazo de treinta y cinco (35) años para considerar caducas estas hipotecas.

Fundamentos:

-El plazo de caducidad debe entenderse como una consecuencia no agotada en el tiempo, según lo dispuesto por el artículo 7 CCCN.

-La aplicación de la nueva ley a los efectos de situaciones jurídicas existentes no es retroactividad, en los términos de la citada norma.

-No es de aplicación el artículo 2537 CCCN: “*Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior*”, ya que prescripción y caducidad no son conceptos sinónimos y no es posible extenderlo analógicamente a la caducidad porque es una norma de excepción al artículo 7.

-El tiempo, actuando como hecho generador, solo produce efectos cuando se han completado íntegramente los plazos. Si ello no ha ocurrido y sobreviene una ley que modifica el plazo, dicho elemento queda atrapado por la nueva normativa, salvo que exista una norma especial que sustraiga la materia de la aplicación de la norma general.

10.c) *Propuesta en común*:

-De *lege ferenda*, se recomienda que en una futura reforma legislativa se incorpore una disposición de carácter transitorio que establezca la aplicación de la ley en el tiempo con relación al artículo 2210 CCCN. De esta manera se garantizará la seguridad jurídica de los actos notariales y la publicidad registral de los derechos reales de garantía.

-Se sugiere también que dicha recomendación se adopte en cada modificación de plazo legal.

III) Hipoteca de parte indivisa.

11) El artículo 2207 CCCN revitaliza la figura de la hipoteca sobre parte indivisa, superando la norma velezana.

12) El condómino puede gravar con hipoteca su parte indivisa sin requerir para ello el consentimiento de los restantes condóminos.

13) La normativa vigente elimina las inseguridades que generaba su antecedente al disponer que la partición del condominio sobre el bien gravado no es oponible al acreedor hipotecario de parte indivisa, si no prestó su consentimiento expreso con esa división.

14) La partición tendrá efecto declarativo excepto para el acreedor hipotecario que podrá perseguir el cobro de su crédito con todo el respaldo de la garantía inicial, aún cuando el adjudicatario no fuera ya el hipotecante.

IV) Hipoteca de superficie.

15) Es posible hipotecar la propiedad superficiaria y también el derecho real de superficie (conf. artículos 2120, 2188 y 2206 del CCCN); para cumplir con el principio de especialidad en cuanto al objeto en este último caso, lo que debe individualizarse es el derecho real de superficie, sin perjuicio de establecer adecuadamente el objeto de este último, que sí será el inmueble.

16) En todos los casos de extinción del derecho real de superficie la hipoteca subsiste hasta el cumplimiento del plazo convencionalmente fijado en el contrato constitutivo del mismo.

17) El derecho real de hipoteca constituido sobre el derecho de plantar, forestar o construir, se subroga, por imperio del artículo 2194 CCCN, a las plantaciones o construcciones luego erigidas, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.