

Hipotecas abiertas. Hipotecas y dominio desmembrado. Rango hipotecario*

Mata Rosa Piazza

Leandro Posteraro Sánchez

Elba María de los Ángeles Frontini

PONENCIAS

Hipoteca abierta

1. El principio de especialidad de la hipoteca consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria. El principio de accesoriedad se cumple indicando con toda precisión la obligación o crédito a que accede la hipoteca.

2. Las obligaciones eventuales, es decir futuras, pueden ser garantizadas con hipoteca, pero siempre y cuando en el contrato hipotecario de constitución del derecho real, se identifique la causa fuente de la cual puede nacer esa obligación.

3. El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es un contrato normativo, consensual, que garantiza créditos eventuales, futuros, y cuyo posible saldo negativo puede ser garantizado con hipoteca. Es requisito que se establezca la cantidad máxima por la que responde el inmueble hipotecado, a fin de determinar la responsabilidad sobre la

* El presente trabajo obtuvo "Mención Especial" en la XXVII Jornada Notarial Argentina, celebrada en Salta del 29 de septiembre al 1 de octubre de 2005. Corresponde al tema III de esa convocatoria.

finca y el principio de especialidad de la hipoteca. El principio de accesoriedad se cumple al determinar el contrato de crédito en cuenta corriente que se garantiza. La hipoteca así constituida no puede ser considerada abierta.

4. Podemos llamar "abierta" a la hipoteca que se constituye anticipadamente para garantizar operaciones futuras, sin que exista la causa fuente de la cual emana el crédito futuro que se garantiza o que, existiendo, no se lo determine debidamente.

5. Consideramos que las hipotecas abiertas propiamente dichas, es decir las que garantizan créditos absolutamente indeterminados, no pueden constituirse válidamente, nuestro derecho positivo actual. Las mismas violan el principio de accesoriedad, a pesar de que se determine una suma máxima para dar cumplimiento a la especialidad.

6. Propiciamos una reforma de nuestra legislación civil, permitiendo que se constituyan garantías de todas las obligaciones presentes y futuras entre el dueño de la cosa y su acreedor, por un plazo determinado, con un monto fijo, siempre convencional, y que se deba inscribir en los registros a efectos de obtener la oponibilidad a terceros.

7. Asimismo, consideramos apropiada una reforma legislativa que introduzca en nuestro derecho positivo la existencia de la "hipoteca sustantiva", que pueda tener vida independiente a un crédito determinado.

Hipoteca y dominio desmembrado

1. De acuerdo a lo previsto por el art. 19 de la ley N° 17.801, las partes pueden regular libremente el orden de prelación de los derechos reales vigentes sobre un inmueble.

2. En consecuencia, y en aplicación de dicho artículo, el titular de un derecho de usufructo puede realizar una alteración de su rango inscriptorio y, por convención, ceder su prioridad a otro derecho, como por ejemplo el derecho real de hipoteca.

3. Toda convención que altere el orden de prioridad cronológico tradicional debe realizarse con el consentimiento del deudor, del acreedor y de todos los titulares de derechos con prioridad inscrita o anotada (medidas cautelares) sobre el inmueble objeto del contrato.

4. Se puede introducir una condición suspensiva, no solamente en el instrumento constitutivo del usufructo sino en la hipoteca, de una renuncia del usufructuario bajo condición suspensiva, que la misma se hace efectiva si no se cancela la hipoteca en el tiempo y forma pactados para el pago o cumplimiento de la obligación accesoría. Cuando se procede al cumplimiento de la obligación, la renuncia pierde efecto.

5. Si bien el usufructo no se puede gravar con hipoteca, el usufructuario puede constituirse en codeudor o fiador del pago de la deuda.

Negocios sobre rango hipotecario

1. En la permuta de rangos hipotecarios cuyos lugares no son consecutivos, se deberá requerir el consentimiento del acreedor con rango intermedio, para evitar el perjuicio a éste y responsabilidad profesional por el mismo.

2. Los negocios sobre rango deben registrarse ante el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros, pues provocan una mutación en el derecho real. No basta la publicidad cartular.

3. Son actos de disposición aquellos negocios que produzcan un descenso del rango hipotecario; con todas las consecuencias que la consideración del acto dispositivo implica.

4. No podrán otorgarse negocios sobre rango que signifiquen el descenso del mismo con relación a hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias.

HIPOTECA ABIERTA

1. Caracteres del derecho real de hipoteca

La hipoteca presenta caracteres que la doctrina divide en “esenciales” y en “naturales”.

A. *Esenciales*: son permanentes y sustanciales, cualidades que la distinguen y sin los cuales dejaría de ser lo que es. Si falta alguno de los caracteres esenciales no será hipoteca, y en consecuencia, tampoco derecho real, ya que en el contrato hipotecario rige el sistema del *numerus clausus*.

Estos principios son: convencionalidad, especialidad, accesoriedad.

B. *Naturales*: son aquellos que si bien son derivados del derecho, su existencia no es condición de vida de la misma.

Los principios naturales son: indivisibilidad y publicidad.

1.1. Carácter de especialidad

El carácter de **especialidad** de la hipoteca debe ser analizado desde su doble aspecto: especialidad en cuanto al objeto y especialidad en cuanto al crédito.

A. La **especialidad en cuanto al objeto** surge del juego de los arts. 3109 y 3131 del C.C. y responde a la naturaleza de derecho real hipoteca

que, por ser tal, debe recaer sobre un bien actual y determinado, es decir, existente a la fecha de constitución del derecho.

B. La **especialidad en cuanto al crédito** no se limita, según una parte de la doctrina, al deber de expresar la suma garantizada o a manifestar el valor estimado en el acto de constitución de la hipoteca, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada¹.

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

Otra vertiente autoral, a la que nosotros adherimos, entiende que el carácter de especialidad de la hipoteca está relacionado con el derecho real de garantía y no con el crédito garantizado, y consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria o gravamen en una suma de dinero fácilmente determinable². Esta postura, que parte de la clara diferenciación entre el derecho creditorio que exige la individualización en cuanto al crédito y el derecho real de hipoteca, entiende que el *principio de especialidad* se cumple estableciendo el monto por el que se extiende la garantía real, que *determina el límite de la responsabilidad del bien*.

La *especialidad* consiste en la fijación de la afectación hipotecaria, limitando la responsabilidad que el titular de dominio asume, situación que resulta más clara cuando el dueño del inmueble dado en garantía es un tercero ajeno a la relación obligacional garantizada. Recordemos que en este supuesto, el tercero queda obligado sólo *hipotecariamente*, es decir que

¹ Recomendación aprobada en las VII Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1979. En igual sentido LAFAILLE opina que la especialidad en cuanto al crédito no se limita a la exigencia de fijar su importe en una suma cierta y determinada de dinero, sino que es necesario individualizarlo para que sea conocida y publicada la afectación (*Tratado de los derechos reales*, vol. III). En igual sentido Rivera, Julio César en *Contratos bancarios con garantía real*, LL. 1980-B, pág. 856. Este mismo autor, que interpreta restrictivamente la ley positiva en este aspecto, reconoce que el tráfico moderno requiere dejar de lado el principio de especialidad en cuanto al crédito.

² HIGHTON, Elena I. *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, Depalma, Buenos Aires, 2000. Para esta autora la individualización del crédito y más aún la expresión de la causa se relacionan con el carácter de accesoriedad de la hipoteca y no con el de especialidad en cuanto al crédito, por ello este último se cumple con la fijación de la responsabilidad hipotecaria. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, 1975. Papanó, Ricardo J. y otros. *Derecho Civil. Derechos Reales*, tomo II, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

responde con el inmueble afectado y hasta el valor estimado al constituirse el derecho real de hipoteca.

1.2. Principio de accesoriedad

La accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia de un derecho personal: el crédito. La hipoteca es accesorio a uno o varios créditos. Asimismo, la hipoteca -de acuerdo a los arts. 3131, inc. 2, y 3128 del C.C.- puede acceder a un contrato que es fuente de obligaciones, es decir que es accesorio a los derechos creditorios que emanan del contrato.

Para VÉLEZ SANSFIELD, la accesoriedad hipotecaria juega con relación a un vínculo jurídico (un contrato) que es la fuente generadora de obligaciones, y no respecto a éstas, cuyo cumplimiento es el que el deudor asegura con el derecho real de garantía. La relación causal de la accesoriedad se establece entre la hipoteca y un derecho personal o creditorio. La doctora HIGHTON nos explica que "... la hipoteca es accesorio en función de garantía porque su existencia depende de otro derecho de carácter creditorio al que procura seguridad³. La accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia respecto de un derecho personal: el crédito".

El requisito de la accesoriedad será cumplido individualizando, con la mayor cantidad de datos posibles, a la obligación que se garantiza: la persona del deudor y la del acreedor; si la prestación a cargo del deudor consiste en un dar, un hacer o un no hacer (art. 495 C.C.) y la causa que les dio origen, es decir el acto jurídico, el hecho ilícito o la disposición legal.

Resumiendo: **la especialidad** de la hipoteca consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria; y **la accesoriedad** se cumple indicando con toda precisión la obligación o crédito a que accede la hipoteca.

2. Créditos garantizables

De acuerdo a lo determinado en los arts. 3109 y 3153 del C.C. es posible garantizar con hipoteca todo tipo de obligaciones. En consecuencia, pueden ser garantizadas obligaciones de dar: cosas ciertas, inciertas, cantidades de cosas y de sumas de dinero, ya sean de curso legal o en moneda extranjera. La causa fuente podrá ser cualquiera de las obligaciones puras y simples o modales, es decir, sujetas a plazo, condición o cargo. También las obligaciones de hacer o de no hacer.

³ Cita en BORRETO, Mauricio. *Hipotecas abiertas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

Si son obligaciones indeterminadas en su valor, de hacer, de no hacer o de prestaciones en especie, se debe determinar su valor.

2.1. Obligaciones eventuales

Asimismo, los artículos citados dan la posibilidad de garantizar obligaciones eventuales. Estos créditos eventuales son créditos futuros, cuya existencia no es segura ni necesaria. La doctrina y jurisprudencia se han dividido sobre la posibilidad de otorgarle un sentido restringido o amplio. Una corriente exige que la causa fuente de la cual puede nacer la obligación garantizada exista al momento de celebrarse el acto constitutivo de la garantía, debiendo describirse la causa en el acto referenciado⁴. Otro grupo doctrinal considera que la hipoteca puede válidamente constituirse en forma anticipada a la existencia de algún crédito, infiriendo, incluso, que la exigencia de individualizar en el acto constitutivo el crédito al cual accede la hipoteca, no corresponde cuando se garantizan obligaciones condicionales, eventuales y futuras⁵.

En estos casos de obligaciones eventuales, la obligación es futura, pero la hipoteca no. La obligación a la que accede la hipoteca está determinada en sus elementos, de modo que cuando nazca la obligación no podrá confundirse o sustituirse por otra obligación. En el acto constitutivo de la hipoteca están especificadas la "causa" del crédito y las líneas generales que van a hacer posible su reconocimiento de llegar a nacer, pero creemos que debe haber una "legítima expectativa" de que eventualmente nacerá el crédito garantizado. La hipoteca toma rango desde que es inscripta en el registro y no desde que nace el crédito⁶.

Consideramos que en los casos de obligaciones eventuales, es decir futuras, las mismas pueden ser garantizadas con hipoteca, pero siempre y cuando en el contrato hipotecario de constitución del derecho real, se identifique la causa de la cual puede nacer esa obligación. Así, por ejemplo, se

⁴ MARIANI de VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*, tomo 3, Zavallia, Buenos Aires, 1995; Rivera, Julio C. *Contratos bancarios con garantía real*, LL. 1980-B-854.

⁵ CAPON FILAS, Mario José y Barbero, Omar. *Hipoteca constituida en garantía de obligaciones eventuales*, en JA. 1974-22-561; Gómez, Jorge. *La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias*, en LL. 1999-F-926.

⁶ HIGHTON, Elena I. Ob. cit., que cita la opinión de Domat, Battur, Guillouard, Josserand, Planiol, Aubry y Rau y otra encumbrada doctrina, quienes coincidían en opinar que "en caso de obligaciones eventuales, especialmente la apertura de crédito, si el crédito eventual nace más tarde que la hipoteca, ésta existe y toma rango anteriormente al nacimiento del derecho principal" (Josserand).

puede garantizar con hipoteca el pago de alquileres aún no devengados (créditos futuros), para los cuales sirve de fuente el contrato de locación, el cual deberá encontrarse descrito en el acto constitutivo de la hipoteca (art. 3131, inc. 2, C.C.), o el de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, que luego analizaremos.

3. Concepto y terminología

La expresión "hipoteca abierta" es utilizada muy a menudo por la doctrina, pero tanto la denominación como su funcionamiento han sido fuertemente resistidos por vastos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia. A pesar de ello, la costumbre notarial y financiera utiliza hipotecas que podrían ser consideradas "abiertas".

La doctrina entiende que existen dos variedades de hipoteca que podrían denominarse abiertas⁷:

1. *Caso del rango compartido*, que se da cuando un acreedor hipotecario posterior comparte el rango junto con el acreedor original como una especie de reserva de rango (art. 3135 del C.C. y art. 19 ley N° 17.801). Se la considera abierta porque posibilita que otro acreedor posterior en el tiempo comparta el rango.

2. *Caso de los créditos indeterminados*, llamada "hipoteca abierta propiamente dicha", y que se da cuando la hipoteca garantiza todas o algunas de las operaciones que se hayan celebrado o que se realicen en el futuro entre acreedor y deudor. Es abierta porque pueden ingresar todos los créditos entre deudor y acreedor, este último, así, se beneficia con la garantía.

Así se aprobó en las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, de octubre de 1982: "Las hipotecas abiertas comprenden los supuestos de reserva de rango concurrente a favor de los sucesivos derechos beneficiarios de la reserva hasta cubrir su monto total y también el de hipotecas constituidas en garantía de créditos indeterminados".

También se pueden conceptualizar como aquellas hipotecas que se establecen en garantía de créditos indeterminados, "que suelen contraerse para amparar un cúmulo de operaciones comerciales, generalmente financieras, comprendiendo créditos indeterminados, vale decir que se encuentran genéricamente individualizados en el acto constitutivo, ya sean presentes, futuros o eventuales, siendo concertados entre el constituyente de la hipo-

⁷ HIGHTON, Elena I. *Hipoteca: especialidad en cuanto al crédito*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

teca por deuda propia o ajena y el acreedor, debiendo consignarse la expresión de la suma de dinero como techo o monto máximo de la garantía y por un plazo determinado”⁸.

Siguiendo a un autor, podemos decir que “... la hipoteca es abierta en tanto y en cuanto se constituya anticipadamente para cubrir operaciones futuras, sin que exista la causa fuente de la cual emana el crédito futuro que se garantiza, o que, existiendo, no se lo precise debidamente”⁹.

En consecuencia, consideramos que en los otros casos mencionados no estamos en presencia de hipotecas abiertas, sino de hipotecas que podemos llamar “típicas” y totalmente admisibles en nuestro sistema.

4. Contratos de créditos en cuenta corriente comercial y bancaria

4.1. Cuenta corriente comercial

Las partes convienen que los créditos y deudas que resulten de las operaciones comerciales que realicen en un determinado plazo se fundirán en dos masas contrapuestas, que se liquidarán en una fecha convenida, compensándose hasta la concurrencia de la menor, a fin de obtener, si resultan desiguales, un saldo deudor para una de las partes y uno acreedor para la otra.

De acuerdo al art. 786 del Código de Comercio, se puede constituir hipoteca o prenda sobre el saldo deudor para garantizar su pago.

Debemos distinguir entre la cuenta corriente mercantil y la cuenta simple o de gestión. En esta última, los créditos y deudas incluidos conservan su individualidad y sólo se ordenan en dos columnas, de debe y haber, para facilitar prácticamente la obtención del saldo a favor de una de las partes. No se opera novación, los créditos conservan su exigibilidad y el cobro de cualquiera de ellos puede ser reclamado de acuerdo a lo determinado en cada contrato¹⁰.

Este tipo de cuenta no es un contrato autónomo que puede servir de causa fuente al crédito garantizado con hipoteca. En esa cuenta se incluyen deudas contraídas en virtud de distintos contratos autónomos que son las verdaderas causas de los créditos.

⁸ ARRAGA PENIDO, Mario O. *Comentario art. 3109. Código Civil comentado, Doctrina, Jurisprudencia, Bibliografía, Derechos Reales*, tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

⁹ BORRETO, Mauricio. Ob. cit.

¹⁰ BORRETO, Mauricio. Ob. cit. que cita a Fernández, Raymundo. *Código de Comercio de la República Argentina comentado*, Buenos Aires, 1962, tomo III.

4.2. Cuenta corriente bancaria

La moderna doctrina los llama, correctamente, como “contratos de apertura de crédito en cuenta corriente”. Es un contrato consensual por el cual una de las partes (el banco) se obliga a poner a disposición de la otra parte una suma de dinero hasta una cantidad máxima de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya sea directamente, o mediante operaciones que permitan obtenerlo, con la facultad de reembolsar a voluntad y de volver a disponer de él nuevamente y reintegrarlo, y así sucesivamente, procediéndose luego a la liquidación de la cuenta con el objeto de determinar un saldo¹¹. La “apertura de crédito en cuenta corriente” puede ser simple o en cuenta corriente. Cuando es simple no se pueden realizar reembolsos (pagos) parciales, a fin de disponer nuevamente del crédito otorgado por el banco; entonces el cliente sólo puede utilizar el crédito de una sola vez.

En la legislación actual no está prevista la posibilidad de garantizar el saldo deudor de este tipo de crédito con hipoteca. Pero es una práctica común, reconocida por la doctrina y jurisprudencia, que se garanticen los créditos futuros, que surgen del contrato de apertura de crédito de cuenta corriente.

4.3 Posibilidad de hipotecas que garanticen la cuenta corriente bancaria

Los autores conciben en que la cuenta corriente bancaria es una especie del género más amplio “cuenta corriente”¹². Pero hay diferencias: en el contrato de cuenta corriente, ambas partes están en igualdad de condiciones, pues pueden resultar acreedoras y deudoras, cosa que no ocurre en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; en las cuentas corrientes no se fija un límite al crédito, dado el carácter facultativo de las operaciones y la reciprocidad. En los contratos bancarios debe fijarse el límite. No es común que se garantice con hipoteca el saldo de cuentas corrientes mercantiles, ya que en este caso las hipotecas deberían ser recíprocas; es normal que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente se garanti-

¹¹ HIGHTON, Elena I. Ob. cit., donde cita a Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, tomo IV-2, Barcelona, 1968.

¹² DI TULLIO, José Antonio. *Ejecuciones hipotecarias en los concursos*, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2003-1, citado por Borreto, Mauricio, ob. cit.

ce con hipoteca.

En la cuenta corriente no existen aisladamente ni mutuo, ni depósito, ni mandato, sino un conjunto de operaciones que forman un todo inseparable, donde todas ellas se encadenan y componen un conjunto indivisible. El saldo se determinará al momento del cierre definitivo de la cuenta. La hipoteca garantiza la compensación o saldo y no las operaciones singulares: la hipoteca se refiere al crédito eventual nacido de esa liquidación, se garantiza el resultado final de la cuenta y no el suministro singular.

Es requisito que se establezca la cantidad máxima por la que responde el inmueble hipotecado, a fin de determinar la responsabilidad sobre la finca, a los efectos de que el dueño pueda constituir segundas o ulteriores hipotecas, o enajenarlo. La hipoteca existe hasta la concurrencia de la suma fijada, cualquiera haya sido la fecha en que el dinero fue efectivamente percibido. Con el máximo fijado, se cumple con el principio de especialidad de la hipoteca.

El título que contiene la hipoteca es inscripto en el Registro de la Propiedad, y al obtener rango registral, los terceros ya estarán advertidos de la existencia del crédito de apertura de cuenta corriente y de la eventualidad del crédito del acreedor.

La hipoteca así constituida es accesoria a un crédito futuro. Al momento del nacimiento de la hipoteca se deben encontrar especificadas la causa generadora del crédito y las líneas generales que van a hacer posible su reconocimiento si llega a nacer. La eficacia de la hipoteca está subordinada a la realización del hecho previsto porque es accesoria del crédito.

Una importante parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que esta hipoteca no puede ser calificada de abierta¹³. Los terceros pueden tomar conocimiento del contrato bancario de apertura de crédito en cuenta corriente, ya que la escritura de constitución de la hipoteca estará inscripta. En el contrato hipotecario se identificarán la cuenta corriente, el tipo de operaciones que pueden instrumentarse y el máximo por el cual se abre el crédito, que será el límite de responsabilidad. Recordemos que este límite es una suma máxima; de modo tal que, si el saldo deudor que arroja la cuenta corriente bancaria es superior a ese máximo, el crédito por la suma que excede será común o quirografario.

5. Hipotecas abiertas propiamente dichas

Habíamos adelantado nuestra opinión en el sentido de que solamente podemos llamar "hipotecas abiertas" a las constituidas para garantizar cré-

¹³ HIGHTON, Elena I. Ob. cit.; Papaño, Ricardo y otros. Ob. cit.; Borreto, Mauricio. Ob. cit.

ditos indeterminados. Por ejemplo: "... cualquier tipo de obligaciones que contraigan los deudores con el acreedor; en moneda extranjera o de curso legal en el país, cualquiera sea la naturaleza de las mismas..."; o "... quedan garantizadas todas y cada una de las deudas que actualmente tengan contraídas o contraigan en el futuro con el acreedor, cualquiera sea el carácter de aquellas...".

Con este tipo de cláusulas se garantiza el cumplimiento de obligaciones indeterminadas, no está individualizada la causa fuente o generadora, y se permite que queden garantizados todos los créditos que se vayan originando entre deudor y acreedor.

Ahora bien, lo que debemos contestar es: *este tipo de hipotecas, ¿están permitidas en nuestra legislación?; o ¿son válidas las hipotecas constituidas para garantizar "todos los créditos, presentes y futuros, que existan o puedan existir entre acreedor y deudor"?*

La doctrina y la jurisprudencia pueden ser divididas en:

a. Tesis restrictiva: De acuerdo a esta posición, en el contrato hipotecario se debe especificar la causa del crédito garantizado. Además, el crédito debe ser anterior a la constitución de la garantía, o deben nacer en forma conjunta. En las hipotecas que garantizan créditos indeterminados no se cumple con el principio de especialidad hipotecaria, y las hipotecas así constituidas se encuentran fulminadas con la sanción de nulidad (arts. 3133 y 3148 del C.C.), ya que han omitido la designación de la causa fuente de las obligaciones garantizadas, por lo que el acreedor en cuyo favor se constituyó la garantía real sería meramente quirografario y no privilegiado. El fallo de la SCJ de Mendoza Sala I Civil y Comercial, en autos "Pirelli Neumáticos SAIC", con voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, es considerado como ejemplo de esta posición doctrinal.

b. Tesis amplia o flexible: Para los seguidores de esta posición doctrinaria, desde un punto de vista práctico, estas hipotecas son sumamente comunes y además necesarias para agilizar el tráfico financiero y económico, abaratan costos y simplifican trámites¹⁴.

Según explican, "... la hipoteca puede amparar la totalidad de los efectos emitidos en forma indeterminada y aunque ellos no se encuentren expresamente indicados, o transcrito el contrato o la obligación principal en el acto constitutivo, sin quebrar por ello el principio de la accesoriedad ni de la especialidad en cuanto al crédito"¹⁵.

¹⁴ GÓMEZ; Vidal Rojo y Arraga Penido, citados por Borreto, Mauricio en su estudio del tema ya tratado.

¹⁵ ARRAGA PENIDO, Mario O. Ob. cit.

Para esta corriente, la hipoteca será válida en la medida en que "se vislumbre la razón de ser de la causa fuente generadora de las obligaciones y fijando un límite o máximo.

6. Nuestra posición

Entre estas dos posiciones extremas existe la posibilidad de que encontremos la forma de no fulminar como nulas a todas las hipotecas que no sean las llamadas "típicas" o "cerradas", y que se respeten los principios de especialidad y accesoriedad, en aras de preservar la seguridad jurídica de los terceros.

Definitivamente, consideramos que las hipotecas abiertas propiamente dichas, es decir las que garantizan créditos absolutamente indeterminados, no pueden constituirse válidamente, dado nuestro derecho positivo actual.

Teniendo en cuenta lo expuesto sobre los principios de especialidad y accesoriedad, cumplimos con el principio de especialidad cuando fijamos una suma de dinero -ya sea en moneda nacional o extranjera- un máximo, ya que así estamos determinando la responsabilidad del inmueble.

También sabemos que en nuestro derecho, la hipoteca es accesorio a un crédito, no es accesorio a *algún* crédito, cualquiera que éste sea, sino a *un crédito determinado o varios créditos determinados*. Al momento de la ejecución de la garantía debe surgir claramente que el crédito cuyo cobro se pretende es el efectivamente garantizado con la hipoteca.

En el derecho argentino, el rango hipotecario es un rango de avance. El acreedor no puede sustituir su crédito, haciendo entrar a otro en el lugar del primero, o constituir una garantía que exista en forma independiente de la existencia de un crédito, como ocurre en la "hipoteca del propietario".

Creemos que si realizamos una hipoteca que garantice créditos indeterminados, no se está constituyendo un derecho real permitido. Recordemos que en materia de derechos reales, en nuestro sistema rige el principio del *numerus clausus* en su mayor expresión, es decir, no solamente no se pueden crear derechos reales por los particulares, sino que tampoco éstos pueden modificar la regulación de los derechos reales existentes. En el derecho civil vigente la hipoteca es siempre accesorio de uno varios créditos determinados. El crédito debe estar individualizado, a fin de poder reconocerlo como aquél al que accede la hipoteca. Desde su origen, la hipoteca debe ser accesorio a un crédito, que a su vez puede ser futuro, eventual, condicional, a plazo.

Ello no significa que no pueden constituirse hipotecas sobre créditos futuros, no siendo necesario que el crédito haya nacido antes o en forma

concomitante, pudiendo especificarse cuál es la obligación que nacerá. Asimismo consideramos que, obligaciones a las que accede la hipoteca pueden tener ciertos elementos indeterminados, como por ejemplo el monto (ya que vamos a tener una suma fija o máxima que determinará la responsabilidad). A su vez, no es necesario que en el contrato constitutivo especifiquemos todas las circunstancias de la obligación garantizada, pudiendo recurrirse a otros elementos, extra acto constitutivo a fin de determinar las circunstancias totales de la obligación.

En resumen, las hipotecas constituidas en garantía de créditos indeterminados no son válidas en nuestro derecho por no cumplir con el principio de accesoriedad. Es necesario que el crédito o créditos a las cuales accede estén determinados, debiendo fijarse una suma fija o máxima, pudiendo encontrarse en el documento que contenga el contrato hipotecario todas las circunstancias del crédito, o que se deba individualizar dónde se encuentran las condiciones de la obligación garantizada.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto por el art. 518 del C.P.C.C. de la provincia de Buenos Aires, en caso de ejecución, el crédito deberá ser líquido o fácilmente liquidable. Esta exigencia hace que la hipoteca no sea ejecutable, no por no estar válidamente constituida, sino porque la obligación de la cual es accesoria, no es líquida o no es fácilmente liquidable.

7. Necesidad de reforma

En el estado actual de la actividad financiera, quizás no sea necesaria una reforma urgente. Pero los legisladores deben pensar en el futuro, y supuestamente, la economía argentina debe crecer. Para ello será necesario contar con rápidas soluciones a créditos bancarios.

Se debe legislar permitiendo que se constituyan garantías de todas las obligaciones presentes y futuras entre el dueño de la cosa y su acreedor.

Por un lado, propiciamos que se reforme el Código Civil, permitiendo hipotecas que sean accesorias a la generalidad de los créditos entre las partes, por un plazo determinado y un monto determinado de responsabilidad y que sea convencional, sobre cosas inmuebles determinadas, debiendo - obviamente- inscribirse en los registros de la propiedad a fin de lograr la oponibilidad a terceros.

Por otro lado, consideramos propio una reforma legislativa que introduzca en nuestro derecho positivo la existencia de la hipoteca sustantiva, que pueda tener vida independiente a un crédito determinado, siendo necesario para este tema un estudio más detallado, lo cual excede los límites del presente trabajo.

HIPOTECA Y DOMINIO DESMEMBRADO

1. Planteo del problema

Si una persona decide dar como garantía de una deuda propia o ajena un inmueble sobre el que existe constituido un derecho real de usufructo, surge el inconveniente de que en muchos casos los posibles acreedores rechacen la garantía, por encontrarse el dominio desmembrado.

Los acreedores (generalmente los bancos) quieren hipotecas en las cuales, en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la ejecución sea hecha sobre inmuebles sin usufructo.

Aquí se nos plantean las siguientes soluciones:

A. La solución más utilizada, pero quizás también la más onerosa, que requiere el otorgamiento de varios actos y que no refleja el verdadero querer de los contratantes. El usufructuario renuncia a su derecho real, luego se constituye la hipoteca sobre un inmueble libre de cargas, y posteriormente se vuelve a constituir el derecho de usufructo sobre el mismo bien.

B. El derecho de usufructo continúa vigente pero cede su prioridad al acreedor hipotecario, ya que su derecho es anterior en el tiempo.

C. El usufructuario renuncia a su derecho real pero en forma condicionada, suspensivamente a que se realice la ejecución del inmueble por incumplimiento de la obligación garantizada con el derecho real de hipoteca constituido.

2. Análisis legislativo

2.1. Código Civil

En el Código Civil encontramos dos normas principales que se refieren al tema en cuestión y que deben ser interpretadas armónicamente, juntamente con legislación complementaria de dicho ordenamiento.

2.1.1. Tratamiento del tema en el derecho de usufructo

A partir del título X del libro III, VÉLEZ se ocupó de regular en un largo articulado al derecho real de usufructo. Sabemos que ha sido concebido como la mayor desmembración que puede sufrir el derecho de dominio, surgiendo, cuando se constituye un derecho de usufructo, un dominio imperfecto (art. 2507 C.C.). Por un lado tenemos, sobre una misma cosa, al titular del dominio imperfecto, llamado "nudo propietario", y por el otro al usufructuario, titular del derecho real de usufructo, del llamado "dominio útil".

En el art. 2916, al referirse a las facultades del nudo propietario, dice: *"El nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatibles con sus obligaciones. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal"*.

Es decir, el nudo propietario conserva el *ius abutendi* sobre la cosa dada en usufructo. Es así que puede realizar todos los actos jurídicos enumerados, pero siempre respetando los derechos del titular del derecho de usufructo.

En consecuencia, puede hipotecar el inmueble objeto del usufructo. Pero lo que está dando en garantía de las obligaciones, es su dominio imperfecto sobre el inmueble; en caso de ejecución, esta será sobre la "nuda propiedad". El usufructo existente al momento de la constitución del derecho de hipoteca, tiene prioridad y, en consecuencia, debe ser respetado¹⁶.

Ha traído algún problema de interpretación la expresión "... que tengan efecto después de terminado el usufructo...", que al ser leída en forma literal parecería que el acreedor con hipoteca, constituida por el nudo propietario, no podría hacer valer sus derechos sino hasta la extinción del usufructo, como si la hipoteca quedara aplazada suspensivamente, hasta tanto el acreedor recuperara el dominio pleno. La doctrina y la jurisprudencia han indicado que dicha expresión es aplicable únicamente a las servidumbres, ya que lo que ocurre en el caso de la hipoteca debe interpretarse como que la *plena propiedad* solamente se podrá ejecutar una vez terminado¹⁷ el usufructo, pero durante la vigencia de éste lo que se ejecuta es la "nuda propiedad". El doctor LLORENS agrega a esta interpretación los argumentos que surgen de los arts. 2981, 2999 y 2990 del Código Civil¹⁸.

Abonando la correcta interpretación, la jurisprudencia ha dicho: "... el art. 2916 del Código Civil autoriza expresamente al nudo propietario a constituir hipoteca sobre el inmueble sometido a derecho real de usufructo. Por otra parte, los arts. 3108 y 3109 del mismo ordenamiento, al establecer que sólo pueden ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles, no

¹⁶ MARIANI de VIDAL, Marina. *Art. 2916. Comentario. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5 B, pág. 802, segunda edición, Hammurabi Ed., Buenos Aires, 2004; Papaño, Ricardo J. y otros. *Derechos reales*, tomo 1, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

¹⁷ MARIANI de VIDAL, Marina. *Ob. cit.*; Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, Editorial Perrot, Buenos Aires; Llorens, Luis R. *Hipoteca de inmueble usufructuado*, Revista Notarial N° 921, pág. 241.

¹⁸ LLORENS, Luis R. *Ob. cit.*

efectúan distinción entre la propiedad plena o entera y la nuda propiedad¹⁹. De allí que las facultades de aquél pueden ser ejercidas sin más límite que los derechos del usufructuario, a quienes los terceros adquirentes o contratantes, en su caso, deberán respetar. Empero, y aun cuando la norma antes citada establece que la ejecución de los actos de disposición que allí autoriza tendrán efecto después de terminado el usufructo, y que ello ocurrirá por alguna de las causas que enumera el art. 2918 del mismo cuerpo legal, nada impide que en ejercicio de la libertad negocial que establece el art. 1197 del Código Civil, el titular del derecho renuncie a esa prerrogativa y preste conformidad para que los efectos de tales actos operen anticipadamente...¹⁹. También se ha dicho: "... hipotecó el 50% indiviso de la nuda propiedad, y dicha afectación es plenamente válida a pesar de que la interpretación literal del art. 2916 del Código Civil se preste a equívocos...". De la simple lectura de este artículo, parecería que sólo sería válida la hipoteca constituida por la nuda propietaria del inmueble gravado con derecho real de usufructo, si la misma se constituye para tener efecto después de terminado el usufructo, lo que en este caso ocurriría -por tratarse de un usufructo vitalicio- recién con la muerte de los beneficiarios. La hipoteca de estas actuaciones no tiene la referida condición, de todos modos -a nuestro criterio- conserva su validez. Efectivamente, GARRIDO y ANDORNO, siguiendo a BORDA en el comentario del art. 2916 del Código Civil, explican que: "... cuando sobre un inmueble pesa un derecho de usufructo, no se puede hipotecar la plena propiedad sino con la condición de que la hipoteca tendrá efectos el extinguirse el usufructo; en cambio, no hay inconveniente alguno en que se hipoteque la nuda propiedad...". Es decir que la condición impuesta por el art. 2916, sólo funciona con respecto a aquellos gravámenes que, por ejercitarse sólo mediante actos posesorios, resultan incompatibles con el goce simultáneo del derecho de usufructo, lo que no ocurre si se lo afecta sólo con una hipoteca. Así opina la jurisprudencia: "De acuerdo con una adecuada interpretación de la norma contenida en el art. 2916 del Código Civil, el nudo propietario no puede gravar con servidumbres el bien sometido al usufructo, salvo que tengan efecto después de terminado éste, porque ejerciéndose aquellas a través de actos posesorios, se afectaría el derecho

¹⁹ Autos: "Crespo, Alfredo M. y otro c. Campioni, Norberto y otro", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala, 18/09/2001, La Ley 2002-B, 303.

de uso y goce del usufructuario. Pero esa prohibición no alcanza a la hipoteca, ya que al gravar ésta sólo a la nuda propiedad, aun en caso de ser ejecutada, el usufructuario conservaría plenamente sus derechos (CNCiv., sala A, 24/5/83, publicado en La Ley 1984-B, 93)...²⁰.

2.1.2. Tratamiento del tema en la hipoteca

El artículo 3120 dice: *"Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación, y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse"*. El propio codificador, en la nota al artículo, nos dice: "... Los derechos de usufructo, uso y habitación no pueden enajenarse ni cederse porque son concedidos a determinadas personas, siempre de incierto valor, pues esos derechos acaban con la persona. El Código Francés resolvió que el derecho de usufructo podía ser hipotecado; pero no siendo cosa sino un derecho, no entra en nuestro sistema admitir la hipoteca del usufructo: hipoteca puede decirse imposible en la práctica, porque su eficacia dependería de la vida del usufructuario...".

Así se aparta VÉLEZ de legislación comparada, que permitía la hipoteca sobre derechos. Los artículos 3108 y 3109 -primera parte- estipulan que el único objeto posible de la hipoteca será sobre cosa inmueble y no sobre derechos, sean estos reales o personales. Asimismo, los artículos 3119 y 3126 determinan que las hipotecas pueden ser constituidas únicamente por el titular de dominio del inmueble.

La jurisprudencia citada ha dicho: "... El art. 3120 del Código Civil dispone expresamente la prohibición de hipotecar el usufructo. Dicho precepto, ante la claridad de sus términos, obliga al juez -aun sin requerimiento de parte- a declarar la nulidad del acto de constitución, por recaer sobre un objeto prohibido (arts. 3120, 953, 1038, 1047 y ccs. del Código Civil). Como corolario de lo expuesto, debemos concluir que la hipoteca constituida... sobre el derecho de usufructo es nula; y revistiendo dicha ineficacia la calidad de manifiesta, consideramos que debió ser declarada por el juez haciendo lugar a la inhabilidad planteada por la mencionada codemandada (arts. 1038, 1047 y ccs. del Código Civil)...".

2.1.3. Conclusiones del régimen del Código Civil

De la armonización de los artículos reseñados surgen las siguientes conclusiones:

²⁰ Autos: "Banco Edificadora de Olavarría c. Demattei de Basterrechea, Yoseli y otros", Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 11/07/1996, LLBA. 1996, pág. 1173.

A. Cuando un inmueble se encuentra gravado por un derecho de usufructo, el nudo propietario (que retiene el dominio indirecto), puede hipotecar el inmueble, pero no puede hacerlo el usufructuario, ya que no es propietario y tiene el uso y goce de la cosa (dominio útil). En caso de incumplimiento de la obligación garantizada y ejecución de la garantía, antes de la extinción del usufructo, será ejecutable únicamente la "nuda propiedad".

B. El codificador ha establecido, como principio de orden público, la vigencia del principio "*prior tempore, potior in iure*", que rige tanto entre los titulares de derechos reales iguales (hipotecas), como entre los de derechos reales distintos (acreedor hipotecario y usufructuario).

2.2. Legislación registral

2.2.1. Ley N° 17.801

La ley N° 17.801, que determina cuál será el régimen aplicable a los registros de la propiedad inmueble de las provincias y de la Capital Federal, dispone en su artículo 19, luego de establecer el principio de prioridad temporal, que "*no obstante, las partes podrán mediante declaración de su voluntad expresada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que sea compartida*".

La mayoría de los autores relaciona este artículo de la ley registral con el art. 3135 del Código Civil, modificado por la ley N° 17.711. Por esta norma se incorporó la posibilidad de la "*reserva de rango hipotecario*". El acreedor puede autorizar al titular de dominio para que constituya hipoteca de grado preferente, expresando el monto. Así se introdujo en la legislación la posibilidad de negociación entre distintos acreedores hipotecarios sobre la prioridad de sus créditos, modificando el sistema del Código, anterior a la reforma, considerado demasiado rígido. Pero que fue considerada limitativa al no autorizar otros posibles negocios sobre el rango hipotecario como posposición, permuta y coparticipación de rango.

La redacción del art. 19 de la ley N° 17.801, permite substraerse de los efectos de la prioridad, por voluntad de las partes. Por convenio, las partes cambian el orden de prioridad asignado de conformidad con el sistema de la primera parte del artículo²¹. Así, de acuerdo a doctrina, en nuestro derecho son posibles los pactos o negocios sobre rango hipotecario.

²¹ ORMAECHEA, Carolina. Comentario Ley N° 17.801. Código Civil Comentado, Doctrina Jurisprudencia bibliografía. Derecho Reales. Tomo III, pág. 770. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2004.

Ahora bien, ¿es factible que la posibilidad de substraerse a los efectos de la prioridad la realicen titulares de derechos reales distintos y no únicamente los acreedores hipotecarios?

Si leemos detenidamente el art. 19, observamos que este dispone: "... *Las partes podrán... substraerse al principio... estableciendo otro orden de prelación para sus derechos...*". En consecuencia, surgiría la posibilidad de que se realicen acuerdos de voluntades destinados a reglar la prioridad entre distintos derechos reales.

La III Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal del año 1971, expresó en sus conclusiones: "... cabe interpretar que el agregado al artículo es omnicompreensivo de cualquier forma que, por voluntad de las partes, resuelva alterar el orden... Por la reforma introducida... al sistema cronológico para el ordenamiento del rango registral, se ha adicionado el de carácter convencional"²².

El jurista MOISSET DE ESPANÉS dice²³: "Adviértase, pues, que la voluntad de las partes puede alterar totalmente el orden de prioridad que resultaría de la mera atribución automática en razón de la fecha de constitución de los derechos reales... el art. 19 de la ley N° 17.801 admite que las partes establezcan el orden de preferencia de sus derechos reales con independencia de la fecha de constitución, siempre y cuando se respete el principio de la especialidad, y se brinde la debida publicidad a este acuerdo de partes". AMÉRICO CORNEJO, en su libro de derecho registral, opina que la negociación puede versar también sobre derechos inscribibles que no sean derechos reales: "Así resulta posible, por ejemplo, que se negocie la prioridad de rango entre dos embargos, entre un embargo y una hipoteca, entre una hipoteca y un usufructo, etc..."²⁴.

La doctora ORMAECHEA, en su excelente comentario a la ley N° 17.801, nos dice: "... se plantea la inquietud acerca de la posibilidad de celebrar este tipo de convenios sobre rango con relación a otras situaciones registrales. Del análisis literal del artículo 19 resulta claramente la posibilidad. Con relación a la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones referidas al mismo inmueble, las partes podrán substraerse de la prioridad mediante declaración de voluntad clara y precisa"; agregando que se deben analizar varias cuestiones al respecto, entre ellas las vinculadas a la forma; y afirmando que cuando se trate de pactos en materia de prioridad hipotecaria la forma deberá ser la de escritura pública. Luego analiza la posibilidad de pactos sobre prioridad

²² III Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal: *actos y despachos*, en Revista del Notariado N° 716, marzo - abril de 1971, año 74, págs. 573-590.

²³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Publicidad registral*, Córdoba, 1991.

²⁴ CORNEJO, Américo A. *Derecho registral*, Buenos Aires, 1994, pág. 133.

de medidas cautelares, concluyendo que "en todos los casos se requerirá la conformidad de todos aquellos cuyos derechos puedan ser afectados por la situación de abstracción al principio de prioridad"²⁵.

Observamos que ciertos autores admiten la posibilidad de que los pactos sobre rango registral, no versen únicamente sobre rango hipotecario, sino también sobre otros derechos inscribibles, admitiendo que se pueda negociar el orden de prelación entre, por ejemplo, el acreedor hipotecario con el usufructuario, el usuario, el habitador, con un propietario de un fundo titular de una servidumbre, o de cualquiera de éstos entre sí.

2.2.2. Decreto N° 466/99 de Capital Federal

El decreto N° 466/99, reglamento de la ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal -decreto N° 2080/80, t.o. 1999-, dice en el art. 133: "*Las hipotecas o servidumbres constituidas por el nudo propietario se registrarán consignando expresamente en el asiento y en la nota que prescribe el artículo 28 de la ley N° 17.801 y sus modificatorias, que sólo tendrán efecto después de terminado el usufructo, salvo que el usufructuario consienta expresamente en que la constitución hipotecaria o de la servidumbre tengan efectos inmediatos*". En esta norma de redacción, a nuestro entender un tanto oscura, se estaría admitiendo la posibilidad de que el usufructuario, ante la constitución de una hipoteca por parte del nudo propietario, ceda ante el acreedor hipotecario, la prioridad de la constitución y de la inscripción de su derecho. Consideramos que esta es la correcta interpretación del artículo en cuestión, ya que en anterior análisis hemos dado la correcta interpretación doctrinal del art. 2916 del C.C. Es decir que ante el caso de incumplimiento de la obligación y de ejecución de la garantía se ejecutará el dominio pleno del inmueble. Esa posibilidad que tiene el usufructuario deviene del art. 19 de la ley N° 17.801, está modificando el orden de preferencia de su derecho real, y con prescripción del art. 133 del decreto N° 2080/80, t.o. 1999, se estaría dando cumplimiento al requisito, creemos ineludible, de dar la debida publicidad a terceros de la modificación del principio de prioridad.

En análisis de esta norma ha dicho la jurisprudencia que "... aun cuando el art. 2916 del Código Civil establece que la ejecución de los actos de disposición allí autorizados tendrá efecto después de terminado el usufructo, nada impide que, en ejercicio de la libertad negocial que establece el art.

²⁵ ORMAECHEA, Carolina. Ob. cit., pág. 772.

²⁶ Autos: "Ortiz, Raúl Eduardo c. Romero, Guillermo Juan s/ ejecución hipotecaria", Cámara Nacional Civil, Sala G, junio 14 de 2000, Revista del Notariado N° 865, pág. 267.

1197 del mismo cuerpo legal, el titular del derecho de usufructo renuncie a tal prerrogativa y preste conformidad para que los efectos de tales actos operen anticipadamente, tal como ha ocurrido en la especie al consentir expresamente la usufructuaria que la constitución de la hipoteca sobre el inmueble de marras tenga efectos inmediatos; facultad que, actualmente, se encuentra expresamente contemplada en el art. 147 del decreto N° 2080/80 (actual 133 del t.o.)”²⁶.

Quedaría para otro trabajo analizar el alcance del artículo cuando menciona que se publicitará, que tanto en caso de hipoteca como de servidumbre, “sólo tendrán efecto una vez terminado el usufructo”; significa, en el caso de la hipoteca, que sólo se ha hipotecado la nuda propiedad, ya que la existencia de un usufructo no es una condición suspensiva de la hipoteca.

No hemos encontrado en la provincia de Buenos Aires disposición registral que se refiera específicamente a la inscripción de pactos sobre rango inscriptorio, pero en el art. 19 el decreto ley N° 14.643/65 dice: “... *las partes pueden de común acuerdo substraerse al principio expresado en los párrafos anteriores adoptando para sus derechos otro orden de prelación*”. Se aplicaría lo analizado anteriormente, para el art. 19 de la ley N° 17.801.

RANGO HIPOTECARIO

1. El principio de prioridad registral

Antes de comenzar con el desarrollo del rango hipotecario, creemos necesario recordar algunos conceptos relativos al ordenamiento registral de nuestro país, con relación a los inmuebles.

El mismo ha adoptado, mediante la ley N° 17.801, el llamado principio de prioridad, el cual significa que la preferencia entre dos o más inscripciones que ingresen al Registro de la Propiedad Inmueble, con relación a un mismo inmueble, se establecerá mediante la fecha y número de presentación que se le fija a los documentos (art. 19). Asimismo, dicha norma establece la creación de un sistema de ordenamiento diario y de manera cronológica y de numeración correlativa de todos los instrumentos portantes de derechos ingresados al Registro de la Propiedad Inmueble para su inscripción (art. 40).

Todo este sistema se completa con la retroprioridad o prioridad indirecta, que significa que en los casos de constitución, transmisión, cesión y modificación de derechos reales, se combina el pedido de los certificados para otorgar el acto que debe efectuar el notario interviniente (arts. 22 y 23), sus plazos de vigencia para otorgar el acto escriturario (art. 25) y el ingreso al

registro del documento autorizado dentro de los 45 días, para producir el efecto retroactivo de la registración a la fecha de otorgamiento (art. 5°).

Sabemos que los derechos reales, para ser oponibles a terceros, deben ser inscriptos en el registro correspondiente.

Nuestro sistema adoptó el viejo apotegma de “primero en el tiempo, poderoso en el derecho”. Es decir que el derecho que llegue primero para su registración tendrá preferencia sobre el o los que lleguen luego, siempre que hayan cumplido con todos los requisitos completos del sistema.

Este ordenamiento se aplica tanto a la registración de derechos reales sobre el mismo inmueble que sean compatibles en su registración y ejercicio, como a aquellos que no lo son, aunque existiendo en este último caso salvedades interesantes. En consecuencia, según se trate de derechos incompatibles o no en su registración con relación al mismo inmueble, encontraremos dos subsistemas del principio de prioridad registral:

a) Prioridad excluyente o “absoluta”: derechos reales incompatibles:

Los derechos reales son incompatibles cuando no pueden coexistir entre sí con relación a un mismo inmueble. En consecuencia, la inscripción de uno impide la de otro derecho del que no sea compatible. Caso típico es que no puede haber dos derechos reales de dominio sobre un mismo inmueble.

Ante esta situación, el ordenamiento registral argentino, instaurado por la ley N° 17.801, establece el principio de prioridad excluyente, o lo que podríamos llamar “prioridad absoluta”: es decir que el primero de esos derechos incompatibles que ingrese al registro para su anotación, excluirá de la registración al que ingrese luego.

Así nos lo dice el art. 17 de la ley N° 17.801: *“Inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los arts. 22 y concordantes y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5°...”*.

Entonces el principio de prioridad excluyente, o “absoluta” como lo llamamos nosotros, significará la imposibilidad de inscripción del documento ingresado en ulterior término con respecto al primero, siempre -obviamente- teniendo en cuenta todo el sistema de prioridad, articulado junto con la retroprioridad como explicáramos más arriba. Este sistema es de orden público y no puede ser dejado de lado por las partes bajo ningún concepto.

b) Prioridad no excluyente o “relativa” o prioridad por rango: derechos compatibles:

Los derechos reales compatibles son aquellos que pueden coexistir de manera escalonada o compartida con relación a un mismo inmueble. Por

ejemplo: aquellos de garantía, como la hipoteca; ésta con el usufructo, o con el uso o habitación, entre otros casos.

Se trata entonces de derechos reales que admiten diversidad de titulares, siendo el más reconocido el derecho de hipoteca. Por lo cual también llamamos al subsistema "prioridad relativa", porque la prioridad no es excluyente, permitiendo la registración de otros derechos reales sobre el inmueble.

Con relación a estos derechos, también se pone en práctica el principio de prioridad registral temporal, aplicándose el de preferencia de rango, lo que significa que los derechos compatibles en su registración y existencia tendrán un lugar de privilegio entre sí, el cual estará dado por su cronología en el ingreso al Registro de la Propiedad Inmueble para su inscripción.

Parangonando a una carrera de automóviles, podemos decir que nuestro subsistema de prioridad no excluyente o de rango sería de la siguiente forma:

El auto (derecho real) que llegue primero a la línea de meta (registro de la propiedad) se subirá al primer escalón del podio (primer rango), el segundo al siguiente (segundo rango) y el tercero al de más abajo (tercer rango). Pero antes de darle la copa de ganador (primer rango de prioridad), las autoridades de la carrera (registro de la propiedad) deben controlar que el auto ganador (derecho inscripto) haya cumplido con los reglamentos de la carrera, sin pasar por lugares prohibidos (pedido de certificados, arts. 22, 23 y 24 si correspondía, y presentación según art. 5°), y como así también que el auto haya corrido sin violar las especificaciones técnicas fijadas para la carrera (otorgamiento del acto según las leyes y calificación registral).

Algunos autores entienden que este subsistema de prioridad de rango, establecido con relación a derechos reales compatibles entre sí, es diferente del principio de prioridad que rige el ordenamiento registral de nuestro país.

Nosotros pensamos que se trata de uno de los dos casos o subsistemas que el ordenamiento registral aplica al principio de prioridad. El primero a los derechos incompatibles en su registración (prioridad excluyente o absoluta) y el segundo a los que son compatibles (prioridad no excluyente, de rango o relativa).

2. El rango registral y los derechos reales sobre inmuebles

2.1. Concepto de rango registral

El rango registral de un derecho real *es el lugar que ocupa éste en el registro de la propiedad, con relación a otros derechos reales sobre el mismo inmueble. Dicha ubicación genera una relación de privilegios entre los mismos.*

Se trata de la expresión empleada para referirse a la preferencia que tienen las inscripciones en las actas de los libros del registro de la propiedad.

2.2. Dependencia del rango registral del derecho real

El rango existe porque es un elemento de un derecho real. No puede nacer en forma aislada, siempre va a depender de la registración del derecho al cual le otorga sus efectos, por lo que no puede ser un derecho autónomo. Y en caso de que el derecho real no se registre, nunca nacerá.

Nace con la registración del derecho real, la cual le dará su lugar de ubicación ante el registro de la propiedad, según el sistema de prioridades que comentáramos. Aunque a pesar de necesitar de la inscripción del derecho para nacer, a partir de ese "alumbramiento" le va a otorgar importantísimos efectos a su "padre". Sin embargo, a pesar de que su nacimiento va unido a la registración del derecho real, puede "cortar este cordón umbilical" y escindirse de éste. Pero en este caso la "vida" del rango como elemento autónomo no podrá continuar por sí misma, sino que simultáneamente se deberá unir a otro derecho real con relación al mismo inmueble, para poder subsistir. La concepción de este rango también va ligada a otros derechos compatibles ya registrados o a registrarse en un futuro.

Si bien el rango no es un elemento autónomo, tiene un valor patrimonial de suma importancia; pues su mutación provocará cambios en el derecho al cual accede.

2.3. Rango hipotecario. Concepto

Hemos visto un concepto general del rango registral referido a cualquier tipo de derecho real. Sobre el rango hipotecario, podemos definirlo como *el lugar de privilegio que ocupa el derecho real de hipoteca con relación a otros de la misma especie y sobre el mismo inmueble, y que determinará la preferencia para el cobro que tendrá ese derecho en caso de ejecución del bien.*

Se trata entonces del lugar registral, en especial referencia al derecho real de hipoteca.

2.4. Modalidades del rango

a) Rango fijo: se da por ejemplo en Alemania, Suiza, entre otros, en donde el puesto que ocupa el derecho de hipoteca continúa igual desde su constitución hasta su extinción, sin poder avanzar ni retroceder. Según el mismo, se puede constituir una hipoteca en segundo rango o grado de privilegio sin que exista una de primero, con lo cual posteriormente se podría constituir una de primer grado. Todo dependerá del acuerdo de voluntades entre deudores y acreedores.

b) Rango móvil (Argentina): en este sistema la garantía del acreedor podrá mejorar su ubicación de privilegio cubriendo los lugares vacantes anteriores que vayan liberándose por la extinción de hipotecas que estén en un grado preferente.

Esta movilidad del rango es la que permitirá el otorgamiento de los denominados "negocios sobre rango hipotecario".

3. Negocios sobre el rango hipotecario

Manifestábamos que el principio general es que la hipoteca que ingresa primero al registro de la propiedad inmueble para su inscripción tendrá un mejor privilegio sobre las que ingresen posteriormente (arts. 19 y 40, ley N° 17.801). Todo esto obviamente combinado con el cumplimiento del pedido de los certificados registrales previamente (arts. 22 y 23); el otorgamiento de la escritura de hipoteca dentro de los plazos prefijados por el sistema de la reserva de prioridad (arts. 24 y 25); y el ingreso para su inscripción dentro de los 45 días de otorgamiento (art. 5°).

Habíamos expresado que las hipotecas son derechos reales compatibles con relación a su existencia y registración referidos a un mismo inmueble. Esto significa que con relación al rango hipotecario vamos a aplicar el subsistema del principio de prioridad no excluyente o relativa o de rango.

El grado o rango que ocupan las hipotecas es de gran importancia, ya que tiene como finalidad establecer el orden en que los acreedores van a cobrar en caso de que no se cumpla con la obligación principal a la que accede la hipoteca y deba ejecutarse el inmueble.

El art. 19 de la ley N° 17.801, que establece el principio de prioridad, también lo flexibiliza con relación a los derechos reales compatibles, al decirnos: *"... No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida"*.

Esto significa que el principio de prioridad fijado por el momento de inscripción entre las hipotecas puede ser dejado de lado por convenciones entre partes, y que se denominan negocios sobre rango hipotecario. Mediante estos pactos, las partes podrán alterar, de la manera que estimen necesario, el orden de prelación para el ejercicio de su derecho de hipoteca.

En síntesis, podemos definir a los negocios sobre rango hipotecario como aquellas convenciones celebradas entre deudor y acreedor hipotecario o entre acreedores hipotecarios que tienen por objeto el cambio del principio de prioridad de rango.

3.1. Caracteres de los negocios sobre rango hipotecario

Consensuales: basta con el acuerdo entre deudor y acreedor (reserva) o entre los acreedores hipotecarios (permuta, posposición o coparticipación) para su perfección.

Bilaterales: el principio general es que se necesita el acuerdo de dos partes, aunque podrán ser plurilaterales en los casos de permuta de rango que requieran el consentimiento de acreedores intermedios, según vamos a explicar a continuación.

Onerosos o gratuitos, según el caso: en la mayoría de las veces serán onerosos, aunque nada obsta a que sean gratuitos.

Conmutativos: el objeto es sólo el rango registral y no el derecho real de hipoteca como un todo ni el crédito al cual accede.

3.2. Tipos de negocio sobre rango hipotecario

a) *Reserva de rango (art. 3135 del Código Civil, según la reforma de la ley N° 17.711)*

Es el convenio que realiza el deudor con el acreedor, al momento de constituir el derecho real de hipoteca o posteriormente, que le permite establecer otra de rango preferente o concurrente, debiendo expresar el monto máximo que podrá tener.

Si bien el artículo 3135 expresa que la reserva se realiza al momento de constituirse la hipoteca, entendemos que nada obsta a que este pacto pueda formalizarse posteriormente, ya que si el acreedor da su conformidad, no existiría problema alguno.

Nos parece correcto que si el deudor puede constituir una nueva hipoteca que sea preferente, también podrá hacerlo con una cuyo rango o grado fuese concurrente con la anterior. En consecuencia, esta reserva podrá ser "preferente" o "concurrente", según el caso. El deudor podrá hacer uso o no de la reserva.

Los requisitos para que la reserva quede plasmada son:

1. Constar claramente la reserva a favor del deudor en la escritura de constitución de hipoteca o en otra posterior (siempre con el consenso expreso del acreedor).

2. Fijar el monto máximo que podrá alcanzar la hipoteca de grado preferente o concurrente (según se haya acordado).

3. Aceptación expresa por parte del acreedor a la reserva hecha por el deudor.

Nos parece de buena técnica notarial establecer algunos otros requisitos para que la reserva surta los efectos deseados.

4. Establecer el plazo máximo que tendrá el crédito al cual accederá la hipoteca que tendrá grado preferente o concurrente.

5. Fijar si se tratará de una o más hipotecas que podrán tener grado preferente o concurrente, siempre dentro del monto máximo establecido.

En este aspecto, la doctrina no es unánime en expresar si el art. 3135 permite al deudor constituir una sola o más hipotecas de grado preferente (siempre dentro del monto máximo fijado); por eso estimamos conveniente establecerlo en la escritura de reserva. Si nada se ha establecido al respecto, pensamos que sólo se podrá constituir una sola hipoteca haciendo uso de la reserva.

6. Determinar con claridad si el monto máximo de la hipoteca preferente hace mención al capital únicamente o incluye también los intereses compensatorios del crédito al cual accederá la garantía real.

Normalmente se utiliza la reserva del primer grado, aunque no hay ningún impedimento en que se reserve el rango al constituir cualquier otra de grado posterior.

Asimismo debemos tener especial atención en la nueva hipoteca que se constituye haciendo uso de la reserva de rango, ya que será **esencial** que en la escritura conste el grado que tendrá el derecho real y que el mismo se debe a la reserva hecha por el deudor. Si nada consta en la nueva hipoteca acerca de que se constituye haciendo uso de la reserva; esta ocupará el grado que le corresponde ante el registro de la propiedad inmueble, según el principio de prioridad registral.

b) Permuta de rango

Es el negocio entre dos acreedores hipotecarios por el cual intercambian el rango de sus hipotecas inscriptas. En este caso, una hipoteca avanzará en su grado de privilegio para el cobro del crédito y la otra retrocederá. Si se trata de hipotecas con grados consecutivos (es decir, primero y segundo), no existirán dificultades.

Permuta de rangos no consecutivos: necesidad de conformidad de acreedores intermedios.

Las dificultades pueden surgir si se trata de la permuta entre acreedores hipotecarios cuyos rangos no son consecutivos; por ejemplo, entre uno de primer grado y otro de tercero.

La mención especial la merecen los acreedores cuyo rango es intermedio al existente entre los permutantes. Por ejemplo, la permuta la realizan los acreedores en primero y tercer grado; siendo el de segundo intermedio.

Hay autores que estiman que en ningún caso es necesario el consentimiento de los acreedores intermedios, ya que estiman que la permuta del rango no los afecta.

No compartimos esta opinión, debido a que la permuta puede afectarlos, y en algunos casos sensiblemente.

Otros autores estiman que sólo debe requerirse la conformidad de acreedores intermedios cuando la hipoteca que asciende de grado es más gravosa que la que disminuye. Esto generará que en caso de que deba ejecutarse el bien para el cobro, el acreedor de segundo grado podrá ver "licuada" su garantía en manos del acreedor que pasó a ocupar el grado preferente.

El perjuicio ocurre en este caso, y es claro, ya que quien constituyó su hipoteca en segundo grado, tuvo en cuenta el monto de la registrada en primer grado, y había estimado que, en caso de ejecución el inmueble alcanzaría para satisfacer su crédito, lo cual puede no ocurrir si el monto de la hipoteca que avanza de grado es mayor.

Ahora bien, ¿cómo podemos saber si una hipoteca es más gravosa que otra?

Como principio general será aquella cuyo monto sea superior a otra. En este caso, sería sencillo determinar cuál es más onerosa para el deudor, y por ende en qué casos deberíamos solicitar el consentimiento del acreedor intermedio para la permuta.

Sin embargo, puede haber casos en los que el monto sea igual o inferior a la hipoteca con la cual se permuta el rango, pero el crédito al cual esta accede (el cual también asciende de rango), sea más oneroso para el deudor (por tener intereses y costos mayores, por ejemplo, o un sistema de desembolso que pueda ser más cercano en el tiempo que el que retrocede).

Aquí no es tan sencillo saber si la hipoteca que avanza de grado con la permuta es más o menos gravosa que la que desciende.

Por ello estimamos siempre necesario el consentimiento del acreedor intermedio para otorgar la permuta de rango, debido a que sus derechos pueden verse perjudicados por el negocio, ya que también puede ocurrir el caso de una connivencia entre los acreedores que permutan para perjudicar al que tiene un grado intermedio.

En síntesis, no somos los notarios los encargados de determinar si un negocio perjudica o no derechos de terceros. Esta es una actividad que corresponde a los jueces. En consecuencia, a fin de evitar que ocurran estos perjuicios por una permuta de rango, y por ende una posible responsabilidad profesional, creemos que la solución es pedir el consentimiento del o los acreedores cuyo rango es intermedio al de los permutantes.

La conformidad deberá expresarse por escritura pública (art 1184, inc. 10), siendo conveniente que conste en la misma de la permuta; o en otra, estimando útil que sea, en este último caso, otorgada con anterioridad.

c) Posposición de rango

Se le llama de esta forma al convenio que efectúa un acreedor, cuya hipoteca se encuentra inscrita ante el registro de la propiedad, con otro, en el momento que éste último constituye la suya, y por el cual le permite a éste tener un grado de preferencia sobre la ya inscrita, cediéndole su lugar registral. La única diferencia con la permuta de rango es que en esta última ambas hipotecas ya están registradas, y en la posposición hay una sola registrada y la otra recién se constituye, encontrándose pendiente de registración. Esta conformidad del acreedor cuya hipoteca ya está inscrita puede darse en la misma constitución de la nueva hipoteca o en una escritura posterior.

Con relación a los casos en los que exista un acreedor con rango intermedio, estimamos la misma solución que para la permuta de rango, acerca de la conformidad de éste.

d) Coparticipación de rango

Se da cuando dos o más acreedores pactan que sus hipotecas tendrán el mismo rango de preferencia. Puede darse cuando los acreedores constituyen las hipotecas en el mismo acto y aceptan compartir el rango registral, o cuando un acreedor que ya tiene inscrita su hipoteca acepta compartir su rango con otros acreedores posteriores.

3.3. Forma de los negocios sobre rango

La única forma en que se puede instrumentar válidamente un negocio sobre rango es la escritura pública (art. 1184, incs. 9 y 10, C.C.). En caso de otorgarse por instrumento privado, será de aplicación el artículo 1185 del Código Civil.

3.4. Registración de los negocios sobre rango

Manifestábamos que el rango es un elemento muy importante dentro del derecho real de hipoteca. No pretendemos expresar que se trata de un elemento esencial de la hipoteca, ya que la existencia o no de registración de la hipoteca -y en consecuencia, la fijación de su rango registral- no significa que el derecho real no nazca o carezca de validez.

Sin embargo, debemos recordar que fue VÉLEZ SANSFIELD quien le dio especial trascendencia a la registración del derecho real de hipoteca en varios artículos del Código Civil, lo cual no hizo con ningún otro derecho real:

Art. 3134: "*La hipoteca constituida en los términos prescriptos **debe ser registrada** y tomada razón de ella en un oficio público destinado a la*

constitución de hipotecas o registro de ellas...". Aquí el codificador estableció lisa y llanamente la **obligación** de registración de la hipoteca.

Art. 3135 (originario): *"La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto..."*.

Art. 3149 (originario): *"La hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, si el registro se hubiere hecho en el término de los seis días designados para tomar razón"*.

Asimismo, el cambio en la redacción del artículo 3149, según ley N° 20.089, establece que: *"La hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, si el ingreso para su registro se hubiese producido dentro del término previsto en el artículo 3137"*. El art. 3137 (ley N° 20.089) remite a la ley nacional de registros de la propiedad, es decir a la ley N° 17.801, y en consecuencia se refiere al art. 5° de la misma (registración dentro de los 45 días de otorgamiento de la escritura).

¿Por qué tanta insistencia del codificador en la registración de la hipoteca, lo cual no hizo con los demás derechos reales?

Esto se debe a que la hipoteca es un derecho real de garantía y accesorio de un crédito, con lo cual el grado de privilegio que tenga frente a otras hipotecas para el cobro del crédito al que accede tiene una importancia fundamental para la existencia y ejercicio de este derecho real, pues determinará el lugar que el acreedor hipotecario tendrá en el cobro frente a otros acreedores. Si soy acreedor hipotecario, persigo el cobro de mi crédito, y si no tengo registrada mi hipoteca no puedo oponerme a que otros acreedores cobren antes.

El derecho de hipoteca no se ejerce por la posesión, con lo cual los terceros no podrán conocer su ejercicio, y asimismo, al ser un derecho de garantía, el titular del mismo quiere siempre estar mejor ubicado que cualquier otro para cobrar su crédito. Por ambas razones, la publicidad registral se tornó obligatoria para hacer oponible el derecho hacia terceros.

Por todo esto, **entendemos que los negocios que tengan por objeto el rango hipotecario deben registrarse para ser oponibles a terceros. No basta con la publicidad cartular.**

De igual modo, pensamos que los negocios sobre rangos provocarán una modificación del derecho real, sea beneficiando al mismo (cuando asciende su rango) o perjudicándolo (cuando desciende o tiene que compartirlo). No cambian su esencia; pero el derecho real de hipoteca cuyo rango disminuye o debe compartirse, tendrá menor valor económico que antes, y se producirá una variación en el fin perseguido por el acreedor, que es el cobro de su crédito. Esto generará que el derecho cambie de valor.

En consecuencia, según el art. 2º, inc. a, de la ley N° 17.801, son objeto de registración los documentos que “... a) *constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles...*”; su registración se deberá practicar en todos los casos para serle oponible a terceros, ya que se trata de un acto que modifica el valor del derecho real y por ende un elemento de este último.

3.5. *Negocios sobre rango, ¿actos de disposición?*

Haremos un pequeño repaso sobre lo que se denomina acto de disposición: es aquel mediante el cual se compromete la existencia, individualidad o valor de un patrimonio o de alguno de sus elementos, produciendo un cambio en la situación patrimonial existente.

Ahora bien, un negocio de rango por el cual el acreedor desciende de grado entendemos que configura un acto de disposición, ya que su patrimonio disminuye de valor (su derecho real de hipoteca vale menos que antes), y además puede verse en peligro de disminuir aún más si como consecuencia de este descenso de rango su crédito no puede cobrarse en la ejecución del bien que se ha garantido.

En síntesis, aquellos negocios que importen un descenso de rango son actos de disposición, con todas las consecuencias que veremos a continuación.

3.6. *Labor preescrituraria*

a) Solicitud de certificados registrales (art. 22 de la ley N° 17.801): estimamos necesaria la solicitud tanto del certificado de dominio del inmueble para reserva de prioridad, como del de inhibiciones por parte del acreedor cuyo rango desciende de lugar (por ser acto de disposición). Esto es porque puede ocurrir que exista un acreedor de este acreedor hipotecario que se vea perjudicado por el negocio de rango, por el cual el titular del derecho de hipoteca verá disminuido su patrimonio al tener un rango cuyo valor económico es sensiblemente inferior al que ostentaba antes del negocio.

b) Tener a la vista las escrituras inscriptas de las hipotecas cuyos rangos son objeto de negocio.

c) Representaciones:

Representación voluntaria: en los casos de descenso de rango, siendo un acto de disposición, se requerirá poder con facultades expresas para otorgar negocios sobre rango, no bastando los poderes de administración (art. 1880 Código Civil). Asimismo, pensamos que no basta el poder para aceptar hipotecas, aunque éste se haya utilizado al constituir la misma, si

en él no se dieron facultades expresas para negociar el rango hipotecario (art. 1884 Código Civil).

Representación legal: si el negocio importa un acto de disposición, se necesitará la autorización judicial en el caso que deban otorgarlo los representantes legales de incapaces.

d) Otorgamiento del asentimiento conyugal: sobre el tema nos explicaremos más adelante.

e) Retención de las sumas para abonar impuestos que graven al inmueble y también al acto, en aquellas demarcaciones que lo exijan.

3.7. Labor post-escrituraria

a) Publicidad cartular mediante la nota marginal correspondiente en el/los testimonio/s que documenten las hipotecas cuyos acreedores negocian sus rangos.

b) Expedición de testimonio para las partes.

c) Inscripción registral dentro de los 45 días de otorgamiento del/los testimonio/s para su oponibilidad a terceros.

3.8. Negocios sobre rango y asentimiento conyugal

El conocido artículo 1277 nos dice: “*es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos, o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria...*”. Desmembrando este artículo encontramos la palabra *derechos* cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria. Acá obviamente que nos referimos a la *hipoteca*, cuya registración debe realizarse porque el codificador así lo estableció y para serle oponible a terceros, según explicáramos precedentemente.

También nos referimos a los negocios sobre rango como actos de disposición, en aquellos casos en los que desciende de lugar o se permite a otra hipoteca compartirlo, y dentro de ese mismo rango ocupamos el segundo lugar. En estos negocios en que un acreedor permuta su rango, o lo pospone o permite coparticipar del mismo a otro acreedor, sabemos que habrá una variación de carácter descendente en el valor económico del derecho real de hipoteca. En síntesis, esa hipoteca va a tener un valor económicamente menor que antes de efectuar el negocio. Si el crédito por el cual se constituyó la hipoteca es de carácter ganancial (ver arts. 1271 al 1274, 2311, 2312 y concordantes del Código Civil), estimamos necesario el asentimiento conyugal del art. 1277 del mismo ordenamiento cuando el negocio sobre el rango produce un descenso en el mismo, o sea cuando es un acto de disposición.

3.9. Los negocios sobre rango y las letras hipotecarias

Acerca de este importante tema, primero debemos tener en cuenta dos artículos de la ley N° 24.441:

Art. 36 de la ley N° 24.441: *“La emisión de letras hipotecarias **sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado** y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca”.*

Art. 44: *“El derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca”.*

Asimismo debemos examinar atentamente la naturaleza de las letras hipotecarias, que son títulos valores cuya transmisión ágil se persigue para obtener créditos, observando otros artículos de la ley:

Art. 35: *“Las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria”.*

Art. 37: *“La emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca”.*

Art. 40: *“Las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosarios o portadores del título salvo lo dispuesto en el artículo 42, in fine. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante”.*

Analizando este conjunto de artículos, que consideramos primordiales, podemos concluir que con relación a las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias, **no podrán otorgarse negocios sobre rango que signifiquen el descenso en el mismo.**

Y entendemos que las razones son varias:

a) El artículo 36 de la ley, se refiere a que solamente las letras pueden emitirse teniendo como garantía hipotecaria una de primer grado. Con lo cual el cambio de rango que haga descender de ese primer grado, perjudicará la garantía de la letra. Entendemos que si bien el artículo 44 de la ley nos remite al articulado del Código Civil para regir a la hipoteca que garantiza la letra, no es suficiente para poder otorgar en la práctica los negocios sobre rango.

b) La naturaleza de la letra hipotecaria como un título valor garantizado por la hipoteca, cuya circulación ágil se busca para poder asegurar el financiamiento de diversas operaciones, torna de cumplimiento muy dificultoso el conseguir el acuerdo del/los acreedor/es titulares de la letra para los negocios sobre rango; y que en caso de conseguirse **desnaturaliza su creación.**

c) La transmisión de las letras mediante endoso, que no exige registración, y sin responsabilidad del endosante, implica la imposibilidad de conocer el rango de la hipoteca que garantiza la letra por el endosatario o adquirente, si esta pudiera mutar con facilidad. Lo cual generaría un grave perjuicio a éste si se permitiese descender del primer grado a la hipoteca.

Por ello, consideramos que los únicos negocios sobre rango que pueden darse con relación a una hipoteca con emisión de letra hipotecaria son aquellos que le permitan a ésta ocupar el primer rango de privilegio al momento de su constitución. Por ejemplo: 1) Reserva de rango: la constitución de una hipoteca en primer grado con emisión de letra, haciendo uso el deudor de la reserva de rango (art. 3135 Código Civil) efectuada con antelación al constituir otra hipoteca; 2) La posposición o coparticipación de rango (art. 19 de la ley N° 17.801), que le permita a la hipoteca con emisión de letra ocupar el primer grado de privilegio. La ley nada dice si el primer grado puede ser compartido o no. Con respecto a la **permuta de rango, entendemos que no podrá otorgarse** cuando alguna de las hipotecas que permuta haya sido con emisión de letra, ya que dicho negocio se refiere únicamente a hipotecas inscriptas, por lo cual no podremos inscribir una hipoteca con emisión de letras que no sea en primer grado. Todo esto se da en la práctica diaria con las hipotecas con emisión de letras que se constituyen a favor de entidades financieras, que siempre exigen el primer grado de privilegio en las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Jorge Horacio. *Hipotecas abiertas*, Revista Notarial N° 868, págs. 605-619.
- ALTERINI, Jorge Horacio. *Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación*, Revista del Notariado N° 720, pág. 1997-2043.
- ARRAGA PENIDO, Mario O. *La hipoteca abierta por créditos indeterminados y el proyecto de Código Civil de 1998*, Jurisprudencia Argentina 2000-IV, págs. 428-442.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *Hipoteca flotante*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 685, septiembre - octubre de 2004, págs. 2510-2526.
- CAUSSE, Jorge Raúl. *Hipoteca abierta* (Nota a fallo), Revista Notarial N° 867, marzo - abril de 1971, págs. 491-501.
- KIPER, Claudio (director). *Código Civil comentado. Derechos reales*, tomo III, arts. 2970 al 3261. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- BUERES, Alberto J., (dir.) y Highton, Elena I., (coord.), *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo V, Derechos reales, segunda edición. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- GARCÍA CONI, Raúl. *Principio de especialidad de la hipoteca*, Revista del Notariado N° 784, pág. 1237.
- GARCÍA CONI, Raúl; FRONTINI, Ángel A. *Derecho registral aplicado*, segunda edición, capítulo 13, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1993, tomo 9.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. *Hipoteca abierta: decisiones jurisprudenciales contradictorias* (Nota a fallo), Jurisprudencia Argentina 2001-II, págs. 515-521.
- HIGHTON, Elena I. *Algunas cuestiones que plantea la especialidad de la hipoteca*, La Ley, tomo 1984-C, pág. 96.
- HIGHTON, Elena I. *El derecho de hipoteca y las cláusulas reglamentarias del derecho de hipoteca*, La Ley, tomo 1989-A, pág. 548.
- HIGHTON, Elena I. *La especialidad y la accesoriedad de la hipoteca con particular referencia a las hipotecas abiertas*, Jurisprudencia Argentina 1981-I-725.
- HIGHTON, Elena I. *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, segunda edición, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 358.
- Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Consulta sobre: *Hipoteca. Principio de la especialidad. Modificación del contrato originario: inscripción en el Registro*, Revista Notarial N° 795, págs. 494-499.
- HOOFT, Eduardo. *Hipotecas abiertas*, Revista Notarial N° 867, págs. 373-388.
- MARIANI de VIDAL, Marina. *Colección de análisis jurisprudencial. Derechos reales. Capítulo IX, Derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis*. Avellaneda, La Ley, 2003.
- MARIANI de VIDAL, Marina. *Curso de derechos reales*. Zavalía, Buenos Aires, 1993.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *El principio de especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica*, Revista Notarial N° 849, pág. 379.
- MOLINARIO, Alberto D. *De la pretendida e inexistente "hipoteca abierta" en el derecho positivo argentino*, Jurisprudencia Argentina 1972, Doctrina, págs. 1-13.
- MOLINARIO, Alberto D. *Las hipotecas abiertas en el derecho civil argentino*, Revista Notarial N° 870, pág. 1219.
- PAPAÑO, Ricardo J. y otros. *Derecho reales*, tomo II, segunda edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho hipotecario*, Barcelona, Bosch, 1954, tomo IV: *Hipotecas*, pág. 980.