

44 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

TEMA 4. NUEVAS POSIBILIDADES DE GARANTÍA EN LA REALIZACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS

a. Constitución de hipoteca. Divisibilidad. Hipoteca inversa. Leasing. Fideicomiso en garantía. Garantías mobiliarias unificadas. Caución de activos digitales. b. Contratos de venta con saldos de precios y configuración de un pacto comisorio. Posibilidad de realizar compraventas incluyendo pactos de reventa y retroventa y reservas de dominio.

Coordinadora: Not. Zulma A. DODDA (zdodda@doddastradiot.com.ar)

Subcoordinadora: Not. Bárbara DRAKE (barti.drake@gmail.com)

INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca –las garantías– ha sido objeto de tratamiento en reiteradas oportunidades, tanto en las jornadas notariales bonaerenses como en jornadas nacionales e internacionales, con especial desarrollo de figuras tales como la hipoteca y el fideicomiso en garantía.

Sin embargo, la función notarial exige una actitud dinámica y creativa, orientada a seleccionar y adaptar, en cada caso concreto, el instituto jurídico que mejor se adecue a las necesidades y particularidades del negocio planteado por nuestros requirentes. Ello implica superar la tentación del mero “copiar y pegar” modelos “prearmados”, para realizar un trabajo verdaderamente artesanal, en el que la técnica jurídica se aplique de manera reflexiva y personalizada.

La hipoteca puede ser analizada desde múltiples perspectivas, ya sea a la luz del renovado principio de divisibilidad, las denominadas hipotecas abiertas, o de aquellas destinadas a garantizar obligaciones que no derivan de un contrato de mutuo. En particular, asumimos el compromiso de dar visibilidad, promover y asesorar sobre la hipoteca revertida, destacando los beneficios que puede generar para las personas mayores, al permitirles obtener un ingreso adicional que contribuya a mejorar su calidad de vida.

Por otra parte, también esta jornada nos convoca a trabajar sobre el fideicomiso en garantía el que, adecuadamente recomendado para determinados negocios, puede constituir una herramienta eficaz para reducir tiempos y costos, facilitando que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, perciba su crédito sin necesidad de transitar la instancia judicial.

Las garantías mobiliarias y el leasing se presentan, a su vez, como instrumentos idóneos para viabilizar el financiamiento de empresas que no cuentan con bienes inmuebles dentro de su patrimonio, ampliando así el acceso al crédito y diversificando las alternativas de aseguramiento.

Otro punto del que no puede omitirse el análisis es la caución en garantía de activos digitales, figura que, pese a la resistencia que suele generar la comodidad de lo conocido, comienza a incorporarse progresivamente en los negocios jurídicos y, en particular, en el ámbito inmobiliario.

Finalmente, los contratos de compraventa que incorporan pactos comisorios, pactos de reventa o retroventa, así como las reservas de dominio, pueden constituir el marco jurídico adecuado para determinadas operaciones, siempre que sean correctamente analizados y estructurados.

Este amplio abanico de contratos y derechos reales sólo podrá adaptarse a las exigencias de los tiempos actuales en la medida en que el notariado los conozca en profundidad, comprenda sus fortalezas y debilidades, asesore adecuadamente sobre su aplicación y los instrumente con cláusulas y previsiones que reduzcan riesgos y aseguren la efectiva protección de los derechos de todas las partes intervinientes.

PAUTAS

I) CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. DIVISIBILIDAD

El Código Civil y Comercial de la Nación estructura la legislación de los derechos reales de garantía con disposiciones comunes a todos ellos y disposiciones especiales.

Entre las primeras deberán analizarse los principios de convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito con la reforma del art. 2189 CCyC y el principio de indivisibilidad como regla general.

Es importante profundizar en la aplicación de la convencionalidad de la divisibilidad y la extensión de la garantía. Respecto a este último, el art. 2189 CCyC generó dudas interpretativas hasta su modificación, respecto al máximo de la garantía real, los conceptos garantizados y la aplicación a las llamadas “hipotecas abiertas”.

El principio de divisibilidad fue objeto de numerosos trabajos doctrinarios y disposiciones técnico-registrales recientes, para dar marco al DNU 1017/2024.

Si bien a la fecha hay escasa aplicación práctica de dicha norma, es importante analizar la estructura legal de la hipoteca, el pacto de divisibilidad, y sus efectos no solo con relación a inmuebles respecto a los cuales no se puede entregar posesión, sino referido a otros que no reúnen los requisitos del DNU. Sistema similar al implementado se reflejó en mutuos con hipotecas a favor del BHN con hipotecas globales sobre los inmuebles de origen y posterior división del monto inicial en las distintas UF o lotes que se generaban con los respectivos planos.

No se trata en ningún caso de hipotecas sobre bienes futuros, sino pactos de divisibilidad aplicable convencionalmente, cuando se pueda cumplir con la especialización con relación al objeto.

Sin dudas la hipoteca es el derecho real de garantía más utilizado en las operaciones inmobiliarias, que brinda seguridad entre las partes y oponibilidad a terceros por la publicidad registral.

Más allá del DNU citado, sugerimos profundizar en la aplicación del pacto de divisibilidad cuando se hipotecan varios bienes o se trata de varios acreedores, ya que de no existir este pacto no pueden otorgarse cancelaciones parciales, sino únicamente reducciones de monto.

II) HIPOTECAS REVERTIDAS

El derecho real de hipoteca está asociado al camino que permite a los jóvenes acceder a su primera vivienda, y a los que forman una familia más numerosa adquirir un inmueble adecuado al grupo que habitará la misma.

La figura que hoy nos ocupa tiene por objeto garantizar las necesidades de las personas mayores, con un punto en común con los créditos hipotecarios que solicitan los jóvenes: ambos grupos etarios prefieren vivir en un inmueble de su propiedad frente a la opción de tener que locar.

No hay duda de que, en las últimas décadas, la tendencia demográfica mundial es el aumento de longevidad y de la proporción de personas mayores sobre la población total.

Esta situación requiere políticas públicas que se propongan la difícil tarea de financiar los sistemas de pensiones. La mayoría de los países no lo han logrado y las cajas de previsión atraviesan dificultades para lograr el equilibrio entre los aportes de las personas en actividad y los recursos necesarios para que los pasivos reciban una pensión que les permita vivir dignamente, más aún mantener las condiciones que tenían durante su etapa activa.

La hipoteca revertida o inversa aplica a personas mayores, propietarias de un inmueble que destinan a su vivienda, que fue adquirido durante la etapa activa y que se abonó en su totalidad el precio de compra y/o el crédito que ayudó a adquirirlo.

Las personas mayores no acceden fácilmente al mercado financiero, en el que se analiza la perspectiva de vida, y en consecuencia los plazos que se podrían otorgar y la capacidad de pago conforme a sus ingresos. Generalmente, los préstamos hipotecarios tradicionales se complementan con seguros de vida cancelatorios de la deuda existente al momento del fallecimiento del solicitante, pero en el caso de este grupo etario las compañías aseguradoras o se niegan a la cobertura o solicitan primas elevadas ante un riesgo mayor a cubrir.

Por otro lado, las jubilaciones y pensiones, en su mayoría, no alcanzan el importe necesario para que los mayores mantengan la calidad de vida que tenían durante sus años activos.

La venta de su vivienda para ir consumiendo mensualmente el precio obtenido para completar la jubilación implica psicológicamente afrontar la situación de dejar su vivienda y comenzar a ser

locatarios lo que, además de lo afectivo, les generará un incremento en sus erogaciones por el pago del valor locativo.

En esta figura que hoy nos convoca, el crédito puede entregarse en cuotas mensuales durante un lapso que se calcula evaluando los años de expectativa de vida promedio de quien lo solicita y el valor del inmueble.

Y lo más importante: el deudor no está obligado a devolver suma alguna al acreedor, el crédito será exigible a partir de su fallecimiento.

Se trata de una operatoria financiera que parte de un destinatario que con el esfuerzo durante la vida activa adquirió su vivienda y al que, llegado a la vida pasiva, ese ahorro le permitirá aumentar sus ingresos evitando incertidumbres respecto a cubrir sus necesidades básicas o simplemente de bienestar.

Los herederos del deudor podrán optar por abonar el crédito y cancelar la hipoteca o dejar que el inmueble sea subastado. Si abonado el capital, los intereses y las costas quedara remanente, será liquidado a los sucesores.

Se trata de un instrumento financiero que permite a las personas de mayor edad obtener recursos adicionales sin tener que vender su vivienda.

La figura hasta la fecha fue poco utilizada, posiblemente por desconocimiento o por temor a perder la vivienda o por estar conceptualmente muy atado a la eventual sucesión y los derechos de los legitimarios.

Sugerimos analizar la legislación y la experiencia en el derecho comparado, tales como en España y EEUU.

Profundizar los recaudos previos para incluir en una futura legislación, proponiendo su estricto control para evitar situaciones como la “burbuja inmobiliaria / hipotecas subprime” de los años 2000, que se extendió a los mercados financieros de Estados Unidos y que puso en alerta a las hipotecas “basura” de Europa durante el verano del año 2007 con aumento de los intereses y una baja en el valor real de los inmuebles, lo que se reflejó en que la deuda hipotecaria era mayor que el valor de la propiedad.

En las hipotecas revertidas, el ingreso del deudor no es motivo de análisis previo en cuanto a capacidad de pago, ya que no será el hipotecante quien abone el crédito otorgado.

Argentina. Antecedentes legislativos de la hipoteca inversa

En nuestro país no hay legislación que regule de manera expresa la hipoteca inversa o revertida, sin embargo, deberá analizarse si está prohibida por falta de marco legal o si es posible que se otorgue aplicando la legislación de fondo vigente.

En el año 2018 se presentó un proyecto de ley que no fue sancionado y que tramitó bajo el número 1411-D-2018, “Ley de hipoteca inversa para personas mayores” que podrá tomarse como antecedente.

El proyecto se fundaba en que un alto porcentaje de jubilados en la Argentina perciben el haber mínimo. Esta situación coloca a una gran cantidad de jubilados y/o pensionados en un situación económica y financiera compleja y preocupante.

Asimismo, el proyecto analizaba en sus fundamentos que un importante número de personas mayores tiene una vivienda a su nombre, que le puede ser de utilidad para complementar sus ingresos y de esa manera no tener que renunciar a su modo de vida o verse obligado a vender el inmueble.

La JNB podrá debatir y concluir si hay limitaciones jurídicas para otorgar una hipoteca inversa en nuestro país, si se afecta el orden público de los derechos reales o si solo se trata de matices del crédito garantizado.

Analizar si la hipoteca revertida reúne los requisitos del derecho real de hipoteca: convencionalidad, accesoriedad, especialidad en cuanto al inmueble y al crédito y si encuadra en el concepto del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2205): “(...)derecho real de garantía, que recae sobre uno o más inmuebles individualizados, que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado”.

Relación con el derecho sucesorio y la legítima

Una corriente de doctrina económica sostiene que el hombre busca aumentar su patrimonio durante sus años productivos para consumirlos en la etapa pasiva. Otros, en cambio, indican que la realidad que se observa en muchas comunidades es que las personas mayores tienden a mantener los bienes adquiridos controlando y limitando el consumo durante la etapa pasiva, tal vez por un tema cultural que los impulsa a pensar que deben dejar esos bienes para sus herederos.

La persona mayor propietaria dispone libremente de sus bienes, en consecuencia, puede constituir una hipoteca inversa sin que ello implique conflicto legal alguno con sus posibles herederos.

Fortalezas

Para calificar las fortalezas de esta figura tendremos que analizar los efectos para las personas mayores, la garantía para los acreedores, las consecuencias para los herederos, que se liberan de las obligaciones alimentarias que les imponen complementar los ingresos mensuales de sus padres para que no tengan necesidades no satisfechas por el reducido monto de las prestaciones jubilatorias.

III) LEASING

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene disposiciones relativas a la registración del contrato de leasing que, en gran medida, reproducen lineamientos ya presentes en la normativa anterior. En efecto, el régimen registral del leasing tuvo su primera regulación específica con la ley 24.441, fue posteriormente modificado por la legislación del año 2000 y, finalmente, incorporado al CCyC con ajustes sistemáticos, aunque sin alterar sustancialmente sus bases.

Desde la perspectiva registral, pueden identificarse dos actos susceptibles de inscripción. El primero de ellos es el contrato de leasing propiamente dicho, que constituye el acto que mayores interrogantes plantea, en tanto se trata de un contrato generador de derechos de carácter personal, encuadrable – en el ámbito inmobiliario– en el supuesto previsto por el art. 2º, inc. c), de la ley 17.801. El segundo acto registrable es la aceptación de la opción de compra, que produce la transmisión del dominio y se rige, en consecuencia, por las reglas generales aplicables a las transferencias dominiales, incluyendo los recaudos relativos al asentimiento conyugal o convivencial, según corresponda.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene una referencia genérica a la registración del leasing, sin efectuar distinciones en función del objeto del contrato. No obstante, establece expresamente que, cuando el leasing recaiga sobre bienes no registrables, su inscripción deberá realizarse en el Registro de Créditos Prendarios. Asimismo, el Código prevé un conjunto de normas registrales comunes a distintos tipos de bienes, tales como el plazo de inscripción dentro de los cinco días, entre otras previsiones.

La doctrina especializada ha sostenido, de manera prácticamente unánime desde los primeros años de vigencia del régimen, que dichos plazos y disposiciones generales resultan aplicables exclusivamente a los contratos de leasing sobre bienes no registrables –esto es, aquellos inscriptos en el Registro de Créditos Prendarios–, siendo este el único ámbito en el cual tiene sentido la regulación uniforme de tales aspectos. En cambio, cuando el leasing recae sobre bienes sujetos a registración especial (como inmuebles, buques o aeronaves), el propio régimen remite de manera expresa a los respectivos registros especiales, resultando de aplicación la normativa específica de cada uno de ellos.

Esta interpretación fue confirmada en la Jornada Notarial Bonaerense del año 2003, en la cual se arribó a la conclusión de que la normativa registral inmobiliaria resulta plenamente aplicable al leasing inmobiliario, desplazando íntegramente las disposiciones particulares que contenía la legislación especial vigente en ese momento –y que hoy se encuentran incorporadas al CCyC–. En consecuencia, resultan aplicables institutos tales como la reserva de prioridad, la calificación registral y demás principios propios del régimen inmobiliario.

En igual sentido, una Reunión de Directores de Registros celebrada en el año 2002 sostuvo la procedencia de la reserva de prioridad y de la calificación del asentimiento, incluso respecto de la aceptación de la opción de compra, como segundo de los actos registrables del contrato de leasing.

En la práctica registral, continúan vigentes la Disposición Técnico-Registral 18/95, y la Orden de Servicio 45/2015, sin perjuicio de que el régimen actualmente vigente en el Código mantiene sustancialmente los mismos lineamientos. Finalmente, debe destacarse que la duración máxima del contrato de leasing es de veinte años y que, una vez vencido dicho plazo, cualquier continuidad del vínculo deberá instrumentarse mediante la celebración de un nuevo contrato.

IV) FIDEICOMISO EN GARANTÍA

Las nuevas figuras comienzan a utilizarse cuando los profesionales del derecho asesoran sobre las fortalezas y ventajas de las mismas aplicadas a determinados casos.

En este marco, se propone analizar las diferencias y puntos de contacto con otras garantías. Con criterios jurídicos fundados tendremos por objetivo establecer pautas básicas y complementarias para prever en el contrato todas las cláusulas que den respuesta a cada una de las situaciones que pueden plantearse durante su ejecución, frente al incumplimiento, o con motivo de la extinción de la obligación garantizada.

Podrá incluirse en el debate requisitos para las partes del contrato, tratando de evitar el conflicto de intereses.

Eduardo Gabriel Clusellas, en el *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado* (art. 1680), expresa: “La aplicación del contrato de fideicomiso a la seguridad de las obligaciones abre la posibilidad de ubicar como centro del negocio a la garantía en sí misma, separándola de las obligaciones garantizadas. Esto agiliza el otorgamiento de los créditos, permitiendo la optimización del valor de los bienes que componen el patrimonio de los deudores, beneficiando de manera mediata a los mercados y de modo inmediato a las empresas, mediante el aprovechamiento máximo del valor de realización de los bienes, lo que amplía notablemente la posibilidad de crédito y posibilita un mejor y mayor acceso a recursos financieros para deudores de riesgo, apareciendo entonces como más ventajosos que las garantías tradicionales”.

No estamos en presencia de un derecho real de garantía, por lo que no deben cumplirse los principios aplicables a ellos. En consecuencia, cobra especial relevancia la previsión contractual en torno a la mora y al procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos, que debe procurar la obtención del mayor valor posible en resguardo del interés del deudor y, al mismo tiempo, permitir al acreedor el cobro rápido y extrajudicial de su crédito.

V) GARANTÍAS MOBILIARIAS UNIFICADAS

Se trata de una garantía sobre bienes que no son inmuebles sino bienes muebles, tales como vehículos, maquinarias, ganado, derechos, créditos.

Representa un medio para garantizar obligaciones financieras o comerciales para quienes no tienen bienes inmuebles disponibles.

Proponemos analizar la conveniencia de crear registros unificados para la publicidad y oponibilidad a terceros de las garantías mobiliarias, los antecedentes en el derecho comparado y la normativa aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que, en el derecho argentino clásico, la garantía mobiliaria típica es la prenda, que puede implicar la entrega del bien al acreedor o su retención por el deudor mediante su inscripción registral sin desplazamiento. Asimismo, sugerimos analizar la eventual extensión y adecuación de las normas vigentes sobre prenda, o la eventual necesidad de una legislación especial para este tipo de contratos.

VI) CAUCIÓN DE ACTIVOS DIGITALES

La caución de activos digitales constituye en la actualidad un instituto en desarrollo dentro del derecho argentino, carente de una regulación específica y sistemática, pero jurídicamente posible a partir de las normas generales del Código Civil y Comercial de la Nación y de los principios que rigen el derecho de las obligaciones y de las garantías. Su análisis resulta de particular interés para la función notarial, en tanto plantea nuevos desafíos vinculados con la identificación del bien, su encuadre jurídico, la publicidad, la custodia y los mecanismos de ejecución.

Si bien no contempla expresamente a los activos digitales, su afectación en garantía encuentra sustento en el reconocimiento de bienes inmateriales y derechos patrimoniales con valor económico, siempre que sean lícitos, determinables y susceptibles de apreciación pecuniaria. En este marco, la caución de activos digitales no se presenta como una figura típica, sino como una construcción funcional que adapta los principios tradicionales del derecho de garantías a nuevos objetos patrimoniales, sin alterar su naturaleza accesoria ni su objeto de garantizar obligaciones.

Desde el punto de vista estructural, la caución puede instrumentarse mediante diversas figuras jurídicas, tales como garantías contractuales atípicas, cesiones en garantía de derechos, fideicomisos en garantía, entre otros. La elección de la figura adecuada dependerá de la naturaleza del activo digital involucrado, de la relación entre las partes y del grado de control y disponibilidad que se pretenda asegurar sobre el bien caucionado.

Uno de los principales retos que plantea esta modalidad es la correcta individualización del activo digital, lo que exige una descripción precisa que permita identificarlo de manera inequívoca, acreditar la titularidad del constituyente y determinar su valor económico. A ello se suma la necesidad de regular

contractualmente los mecanismos de custodia y control, especialmente en lo relativo a la administración de claves, billeteras digitales, plataformas de resguardo o sistemas de control compartido, aspectos que resultan determinantes para la eficacia de la garantía.

Otra cuestión a considerar es la ausencia en el ordenamiento argentino de un sistema registral público específico que permita dotar de publicidad y oponibilidad *erga omnes* a este tipo de cauciones. En consecuencia, la protección frente a terceros se construye a través de estructuras contractuales sólidas, cláusulas de indisponibilidad, notificaciones a plataformas intervinientes o, en su caso, mediante la utilización de fideicomisos, lo que impone al notariado un especial deber de prudencia y previsión.

La ejecución de la garantía, particularmente en forma extrajudicial, plantea asimismo interrogantes relevantes, en tanto debe compatibilizarse con los principios generales del derecho, la prohibición de pactos comisorios abusivos y la tutela de los derechos de las partes, especialmente cuando se encuentran involucrados sujetos vulnerables o cuando existan relaciones de consumo. En este contexto, la correcta configuración de los mecanismos de realización del activo resulta esencial para evitar conflictos y asegurar la validez del negocio.

Ante este escenario, el rol del notariado adquiere una importancia central, no sólo en la instrumentación formal del acto, sino también en la calificación jurídica del activo, en la evaluación de su aptitud como garantía y en el diseño de soluciones contractuales que permitan la innovación, la seguridad jurídica y la prevención de conflictos. La caución de activos digitales se presenta, así, como un campo fértil para el desarrollo doctrinario y práctico, que interpela al notariado a asumir un rol activo y creativo, sin perder de vista los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

VII) CONTRATOS DE COMPRAVENTA CON SALDOS DE PRECIOS Y CONFIGURACIÓN DE PACTO COMISORIO

Los contratos de venta con saldo de precio plantean cuestiones específicas en materia de tutela del crédito del vendedor, especialmente cuando se incorporan mecanismos contractuales destinados a asegurar el cumplimiento de la obligación de pago diferido. En este contexto, resulta central el análisis de la configuración y validez del pacto comisorio, entendido como la estipulación que habilita la resolución del contrato ante el incumplimiento del comprador. Se examinarán las condiciones de admisibilidad del pacto comisorio en el marco del Código Civil y Comercial de la Nación, su distinción entre pacto comisorio expreso y tácito, así como los efectos que produce la resolución contractual en relación con las prestaciones cumplidas, los pagos parciales efectuados y la eventual restitución del bien. Asimismo, se propone abordar las tensiones que pueden presentarse entre la función resolutoria del pacto comisorio y su utilización como instrumento de garantía del saldo de precio, con especial

atención a los límites derivados de la buena fe, el abuso del derecho y la protección del equilibrio contractual, así como su articulación con otras figuras afines, tales como la reserva de dominio y los pactos de retroventa o reventa, que aquí relacionamos.

VIII) PACTOS DE REVENTA Y RETROVENTA. RESERVA DE DOMINIO

Se incluyen en el temario los pactos de reventa y retroventa (arts. 1164 y 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación) y la reserva de dominio. Obviamente, no se trata de derechos reales de garantía.

En los dos primeros casos, se considera en las normas citadas que se trata de ventas sujetas a condición resolutoria, y en el último supuesto el pacto actúa como condición suspensiva.

En el pacto de reventa el comprador se reserva el derecho de devolver mientras que, en la retroventa, es el vendedor quien se reserva el derecho a recuperar la cosa vendida.

En el pacto de reserva de dominio se otorga el contrato de compraventa, pero no se transfiere el derecho real de dominio hasta que el adquirente cumpla con las obligaciones a su cargo.

Nuevamente, como en el fideicomiso de garantía, tendremos que estudiar la técnica escrituraria y las previsiones detalladas sobre condiciones y requisitos para que se considere cumplida la condición y los efectos, compensaciones, plazos y consecuencias de ejercer las facultades concedidas contractualmente.