

**Rojas Torres, Silvina; De Garay Lanús, Ignacio (Colab.);
Zincenko, Lara (Colab.)**

Derechos reales de garantía

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Rojas Torres, S. (2012). Derechos reales de garantía [en línea]. (I. de Garay Lanús, Lara Zincenko colabs.). En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-reales-garantia-torres.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

SILVINA ROJAS TORRES

COLABORADORES: IGNACIO DE GARAY LANÚS Y LARA ZINCENKO

Derechos reales de Garantía

Uno de los grandes cambios que se vislumbran a partir del mentado Anteproyecto, y que ya venía siendo reclamado por la doctrina imperante en la materia, es la introducción necesaria de una parte general donde se incluyen disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, para luego iniciar al análisis de cada uno de ellos.

El Anteproyecto lo receipta incluyendo en los artículos 2184 y siguientes aquellas disposiciones comunes a las que se hacía referencia. Así, en tan solo 53 artículos trata las cuestiones relativas a los derechos reales de garantía, reduciendo considerablemente los 153 artículos que Vélez le dedica.

Resulta loable, como mencionamos, la inclusión de ciertas disposiciones generales en la materia, abarcando no solo a la hipoteca sino también a la prenda y anticresis.

Claro está, esto ya se vislumbraba en el Anteproyecto del año 1998.

Como resulta lógico, comienza refiriendo a los caracteres propios que deben reunir estos derechos reales para valer como tales, tratando en primer lugar la convencionalidad en el art. 2185, y sosteniendo que aquellos solo podrán constituirse por contrato, en las formas previstas para cada tipo y realizado por los legitimados a tales efectos.

Continúa con el carácter de accesoriedad que es propio de estos derechos reales, tal como reza el art. 2186, en consecuencia con las previsiones del art. 524 del código velezano, enumerando entre los derechos accesorios del acreedor a la prenda y a la hipoteca. Lógicamente, la extinción del crédito principal trae aparejada idéntica consecuencia del derecho que le accede, salvo supuestos particulares. *A contrario sensu*, la extinción de estos derechos de garantía no implican la extinción del crédito principal.

Señala el art. 2187 los créditos que pueden ser garantizados con aquellos derechos reales manteniendo la idea de la necesidad de individualización en cuanto sujetos, objeto y causa de esta garantía.

Los artículos 2188, 2189 y 2190 contemplan el principio de especialidad, en sus dos aspectos: en cuanto al objeto y en cuanto al crédito.

En relación al primero, sostiene que las cosas y los derechos pueden ser objeto de garantía, estableciendo que cualquiera sea el objeto, el mismo debe ser actual y estar específicamente determinado.

En cuanto a la especialidad crediticia, sostiene que el monto de la garantía debe expresarse o estimarse en dinero, incluyendo una modificación sustancial al régimen vigente al insinuar la posibilidad de constituir hipotecas de máximo, manifestando que la garantía solo debe estimarse en dinero y que la especialidad quedaría cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen, abriendo la puerta a este tipo de hipotecas, no admitidas por nuestro ordenamiento actual.

Asimismo, en el acto constitutivo deberá preverse el plazo al que esa garantía se sujeta, que no podrá exceder un máximo de 10 (DIEZ) años.

Si alguno de los requisitos enumerados faltase, aquello no traerá aparejada su nulidad si por otros medios el acto constitutivo pudiera integrarse.

En relación al requisito de la indivisibilidad de este tipo de derechos reales, el artículo 2191 es conforme con lo normado por los artículos 3112 y 3113 del Código Civil.

Los artículos 2192 y 2193 refieren a la extensión en cuanto al objeto y en cuanto al crédito. En el primer caso, la garantía se extiende a los accesorios unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Es dable resaltar la exclusión de aquellos bienes unidos a la cosa que estén gravados con prenda anterior a la constitución de hipoteca o que sean de propiedad de terceros, y de los que se unen a la cosa con posterioridad a la constitución de hipoteca, si los mismos se encuentran gravados con prenda o son de propiedad de terceros.

No resultará válida ninguna disposición contractual en contrario por tratarse de una norma de orden público.

En el segundo caso, la hipoteca se extiende al capital y sus intereses posteriores a la constitución, los daños y las costas que generen el incumplimiento. Los daños, las costas y los intereses anteriores a la constitución de hipoteca no quedarán alcanzados lugar en este caso a la autonomía de la voluntad.

El artículo 2194 consagra la idea de la subrogación real y sostiene que la garantía hipotecaria se traslada a los bienes que sustituyan a los que están gravados, o sobre la indemnización que derive de ellos, o por el precio de aquellos, o por cualquier otra causa que permita la misma.

Sin perjuicio de lo interesante que resulta la inclusión de este instituto, el hecho de que opere de pleno derecho y por cualquier causa que permita la misma podría dar lugar a una interpretación tan amplia como indefinida.

Si el objeto sobre el que recae la garantía se extingue parcialmente, la misma subsistirá por el remanente material.

Por su parte, el constituyente de hipoteca conservará todas las facultades que sean inherentes a sus derechos. Sin embargo, no podrá realizar actos que disminuyan el valor de la garantía. En caso de que así lo hicieren, se le otorga al acreedor la facultad de petitionar la privación del plazo de la obligación o bien que se estime el valor de aquella disminución, solicitando su depósito o bien que se otorgue otra garantía suficiente, tal como lo prevé el artículo 2195.

Si se hubieren realizado actos jurídicos en detrimento de aquella garantía, los mismos no serán oponibles al acreedor hipotecario al momento de la ejecución.

Si bien se consagra como regla general, debería considerarse supuestos particulares de los diferentes actos jurídicos que puede haber celebrado el constituyente con terceros en detrimento de la garantía hipotecaria, no atendiendo las situaciones particulares de los terceros interesados de buena fe.

El artículo 2197 amplía la protección del acreedor hipotecario en los supuestos en que la cosa gravada sea subastada por un tercero, dándole preferencia en el producido de la ejecución y lo faculta a solicitar garantía suficiente que cubra lo que debería restituirse en caso de frustración de la condición suspensiva a la que se sujeta el crédito.

El artículo 2198 mantiene el criterio imperante en la materia que impide al acreedor de una garantía real quedarse con el objeto asiento de su garantía, es decir, mantiene la prohibición de incluir un pacto comisorio en estos contratos.

La idea del propietario no deudor se manifiesta en los artículos 2199 y 2200, respondiendo al criterio imperante en el código velezano.

El artículo 2201 establece que una vez que se haya realizado el bien afectado a la garantía, el propietario tendrá derecho al remanente.

Resulta acertado el cambio de la expresión “tercer poseedor” por el de “propietario no deudor”. Sin embargo se advierten vaguedades en torno a las menciones y al rol que le incumbiría al “prece-

dente propietario” y a los “acreedores quirografarios”. Esto nos sugiere las dificultades que trae la reforma cuando no está suficientemente fundamentada.

El artículo 2202 faculta al propietario no deudor a subrogarse en los derechos del acreedor y a ejercer todas las medidas pertinentes tendientes a hacer efectivos sus derechos como propietario.

Luego, señala el art. 2203 el efecto que provoca la subasta del bien afectado a la garantía, cual es el de extinguir aquellos derechos reales en caso de cumplirse acabadamente la citación de sus titulares a la ejecución y agregando que deberán respetarse las preferencias de los mismos sobre el producido.

El artículo 2204 refiere a la cancelación de las garantías reales y es conforme con el artículo 3199 del ordenamiento actual.

Hipoteca

Al incluirse un capítulo especial dedicado a las disposiciones generales que refieren a las garantías reales, el tratamiento particular de cada una de ellas resulta escueto, ya que el análisis puntual en relación a la hipoteca se reduce a tan solo 7 (SIETE) artículos, incluso menos de los que contemplaba el Anteproyecto de 1998.

El artículo 2205 consagra que “*La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado*”.

Esto dista bastante de la conceptualización brindada por Vélez Sarsfield en el artículo 3108 del Código Civil, que textualmente reza: “*La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor*”.

Conocidas son las críticas que se han hecho a tan vaga definición, por cuanto peca por defecto en cuestiones que resultan ser troncales en la materia. Así, omite el caso de la constitución de hipoteca por un tercero que no es deudor. Si bien es cierto que luego lo se expresa en el artículo 3121 CC, no se entiende por qué no se lo incluye dentro de la definición. Luego, refiere a la hipoteca como aquel derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, mas omite la forma en que aquella se efectiviza. Continúa describiendo al objeto de aquella, sosteniendo que serán los bienes inmuebles, cuando es sabido que la clasificación de muebles o inmuebles refiere a las cosas y no a los bienes. Por último, y a título meramente ejemplificativo, no trata en la misma definición los derechos fundamentales que trae aparejada tal garantía, como los de persecución y privilegio. Ocurre aquí lo mismo que lo mencionado “*ut supra*”: la cuestión se salva con posterioridad en el articulado.

Lo expuesto no hace más que refrendar la idea de que tal definición no podría tener vigencia, o que al menos resultaba necesario una modificación de aquella. El art. 2205 del Anteproyecto comienza refiriendo a la hipoteca como un derecho real de garantía, en consonancia con lo expuesto por el código velezano. Expresa posteriormente que este recae sobre uno o más inmuebles, corrigiendo el error en el que incurre el ordenamiento actual al categorizar a los bienes como muebles e inmuebles, siendo tal clasificación propia de las cosas.

Por cierto, resalta que esos inmuebles deben estar individualizados, en referencia puntual a la especialidad en cuanto al objeto que debe imperar en la materia, y tal como lo afirma el artículo 2188.

A partir de la sanción de la ley 25.509 se contempló que el derecho real de superficie forestal podía ser objeto de hipoteca. El Anteproyecto lo amplía al derecho de superficie, en general. A nuestro entender es dable señalar sobre las eventuales dificultades que podrían surgir al superponer varios derechos reales sobre el mismo objeto.

Sostiene el artículo 2205 que el objeto de la hipoteca continúa en poder del constituyente. Si bien concuerda con lo que expone el artículo 2108 de nuestro ordenamiento actual, se hace eco de las fundadas críticas doctrinarias y jurisprudenciales modificando el término “deudor” por el de “constituyente”, a raíz de lo mencionado “*ut supra*”: la hipoteca puede ser constituida por el deudor o por

un tercero. Ello no hace más que incluir dentro de la definición las previsiones del artículo 3121 del Código vigente.

Del mismo modo lo hace respecto a los derechos que corresponden al acreedor, y que son propios de los derechos reales. Las facultades de persecución y preferencia se esbozan en el ordenamiento vigente, mas no en la definición, subsanando de este modo una de las más acérrimas críticas que merecía la misma.

Por último, establece que esta garantía se constituye en seguridad de un crédito, tal como lo hace el artículo 3108 actual, pero eliminando la idea de que aquel debe consistir en dinero aunque sin resolver cómo debe efectivizarse.

En lo referente a la especialidad en cuanto al crédito en la hipoteca surgen ciertos interrogantes del análisis del art. 2189 por cuanto sostiene que el crédito puede estar individualizado “ab initio” o bien nacer posteriormente. A priori pareciera reconocerse la posibilidad de garantizar cualquier crédito, aunque sea eventual; tal como lo prevé el actual art. 3109, sin resolver aún la cuestión en torno a la afectación de la accesoriedad, a nuestro entender.

En materia de legitimación, el artículo 2206 establece la facultad de constituir hipoteca a los titulares de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Modifica los términos expuestos por el artículo 3119, que llega a nosotros a través del Código Napoleón, donde se exigía ser dueño de la cosa objeto del derecho real.

Notorio viraje esboza el artículo 2207 en torno a la constitución de hipoteca sobre parte indivisa en un condominio. Concuera con las previsiones del artículo 2678 del Código Civil al sostener que cada condómino tiene la facultad de constituir hipoteca respecto de su parte indivisa.

Sin embargo, el ordenamiento actual supedita su vigencia a que al momento de la partición, aquella parte indivisa toque en lote al condómino que hubiere constituido la hipoteca.

Tal condición se suprime en el Anteproyecto, ampliando las facultades del acreedor hipotecario, y otorgando la posibilidad de ejecutar su garantía sin necesidad de esperar al resultado de la partición.

Se consagra la subsistencia de la hipoteca indicando que la partición extrajudicial del condominio no le es oponible al acreedor hipotecario que no prestó conformidad, como respuesta lógica a los postulados generales en dicha materia.

Una de las cuestiones más controvertidas en la materia está dada, sin duda, por la mención realizada por el artículo 2208. Sostiene este que la hipoteca deberá constituirse por escritura pública, como surge del artículo 3128 y del correlato con los artículos 1184 y 1185 del ordenamiento vigente.

Sin embargo, resulta llamativo que continúe rezando que si bien este parece ser el principio general, será así “*excepto expresa disposición legal en contrario*”. Lo expuesto no hace más que contrariar el principio de la convencionalidad expuesto por el artículo 3115 y su nota, que expresamente niega la posibilidad de constitución de hipotecas tácitas o legales.

En igual sentido, pareciera contrariar la norma del artículo 2185 del Anteproyecto, que expresamente resalta que la hipoteca se constituye por contrato.

La duda se nos plantea en virtud de la vaguedad de los términos al no aclarar cuál sería la expresa disposición legal en contrario que autoriza otra forma de constitución de hipoteca.

Por último, la mencionada norma establece que la aceptación por parte del acreedor hipotecario puede ser hecha con ulterioridad a la constitución de la hipoteca, en igual sentido a lo previsto por el art. 3130. Sin embargo, culmina advirtiendo que la aceptación deberá ser otorgada con la misma formalidad con la que fue realizada la hipoteca y previa inscripción.

Conforme lo antedicho no se clarifica, a nuestro entender, cuál será la formalidad que deberá cumplirse, si la misma resulta de una amplitud tal que no otorga seguridad jurídica alguna.

Se mantiene la idea de la necesidad de individualización del objeto de la hipoteca, que necesitará su correcta designación por los parámetros expuestos.

En relación a la duración de la inscripción se mantiene el plazo de 20 (VEINTE) años pero no se puntualiza, como lo hace el artículo 3149 del actual ordenamiento, desde cuándo se contabilizan aquellos. Grave omisión que no podemos pasar por alto.

Para finalizar el tratamiento en relación a la hipoteca, el artículo 2211 remite en materia de ejecuciones especiales a las leyes dictadas a tal efecto, en clara alusión a la normativa de la ley 24.441.

Anticresis

Este derecho real ha sufrido modificaciones sustanciales. Dos de ellas resaltan por su importancia: el objeto y el privilegio.

En el Anteproyecto en el art. 2212 se amplía su objeto a las cosas registrables individualizadas, ya sean muebles o inmuebles, apartándose notablemente de las previsiones del actual ordenamiento donde únicamente se refiere a un inmueble.

Al incluirse las cosas muebles y entregarle la posesión al acreedor anticresista se le otorga una garantía con desplazamiento.

Se le concede privilegio, el cual surge recién en el Libro VI Título II “de las disposiciones comunes a los derechos reales y personales” (art. 2582 inc. e) referido a los privilegios especiales.

El art. 2213 mantiene la legitimación del ordenamiento vigente aunque incluye al titular del derecho real de superficie.

En lo concerniente al plazo el art. 2214 estipula un plazo máximo de 10 (DIEZ) años para inmuebles y 5 (CINCO) años para muebles registrables.

El artículo 2215 mantiene la previsión del artículo 3246 del ordenamiento vigente.

El acreedor anticresista debe conservar la cosa, con la limitación de no alterar la sustancia ni el destino, salvo pacto en contrario. Así, conserva los derechos que le otorga nuestro actual Código Civil.

Se advierte un importante error, por cuanto se incluyen dentro de los deberes del acreedor, los derechos que a este le corresponden.

Reemplaza la idea del buen hombre de negocios contenida en el art. 3249 por la del mandato, respondiendo por los daños ocasionados al deudor. El incumplimiento de alguno de esos deberes dará lugar a la extinción del derecho, debiendo el acreedor restituir la cosa al titular actual legitimado.

Sin embargo no se especifica la forma en que opera tal extinción.

El artículo 2217 pone a cargo del deudor la obligación de sufragar los gastos necesarios para la conservación del objeto, y respecto a los gastos útiles, solo hasta la concurrencia del mayor valor.

La inscripción tendrá un término máximo de 20 (VEINTE) años en caso de inmuebles, y de 10 (DIEZ) en caso de muebles registrables.

Por último, en los Fundamentos del mentado Anteproyecto, resalta: “*Tiene un breve plazo máximo de 10 años para inmuebles y 5 para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien como suele suceder en este momento aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al privilegio, permitirá mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos y si es insuficiente se ejecuta el objeto*”.

Prenda

El artículo 2219 nos brinda el concepto de lo que debe entenderse por tal derecho real, en una literal transcripción de lo que se exponía en el artículo 2214 del Anteproyecto del año 1998, con salvedad de lo esbozado en su parte final, al hacer extensiva a la prenda las disposiciones de este capítulo.

Se estatuye en este artículo la prenda que rige en nuestro ordenamiento actual, cual es la prenda con desplazamiento. El artículo 3204 del Código Civil la consagra, al establecer que “*Habrà constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda*”.

Si bien el Anteproyecto continúa la línea argumentativa trazada por el artículo 3204, incluye dos cuestiones que venían siendo reclamadas por la doctrina imperante en la materia: por un lado, la ampliación en torno a los que pueden constituir prenda, y por el otro, la inclusión de los requisitos que son propios para que se perfeccione el derecho real; el título y el modo¹.

El art. 2220 hace referencia a la prenda con registro y remite su tratamiento a lo dispuesto sobre la misma en la legislación especial.

En materia de posesión el art. 2221 es conforme a la normativa imperante y en lo atinente a la oponibilidad el art. 2222 reitera lo normado por el art. 3217.

Contempla la constitución de prenda sucesiva a favor de acreedores y mediando convención entre ellos brinda la posibilidad de sustraerse a los efectos de la regla de prioridad, estableciendo otro orden de prelación.

En materia de prenda de cosas, el artículo 2224 reitera las ideas esbozadas por el artículo 2116 del Anteproyecto de 1998, y del artículo 3215 del ordenamiento vigente, manteniendo la idea que impera en la actualidad.

El artículo 2225 trae a colación la denominada prenda anticrética, regulada en nuestro ordenamiento por el artículo 3231. En igual sentido prevé la posibilidad del acreedor de imputar los frutos que genere la prenda a los gastos e intereses que se devenguen por la deuda, pero con la inclusión de la posibilidad de modificar aquello por pacto en contrario.

En relación al uso por parte del acreedor de la cosa prendada, el artículo 2226 lo prohíbe expresamente si no ha habido consentimiento por parte del deudor, tal como prescribe el actual 3326. Sin embargo, agrega que si tal uso se hace al mero fin conservatorio de la cosa, estará permitido. *¿Cuál es el límite?*

En caso de que el acreedor abuse de su uso, se mantiene la idea sostenida por el artículo 3230 de nuestro ordenamiento. Mas se le otorgan al deudor ciertas facultades no previstas actualmente, a saber la restitución de la cosa y extinción de la garantía, o bien su depósito, o el reclamo de daños y perjuicios que ya venía siendo reclamado por la doctrina.

El art. 2227 reitera las previsiones del art. 3228.

Los art. 2228 al 2231 prevén ante el peligro de destrucción de la prenda o pérdida de su valor un régimen de ejecución detalladamente regulado con sustento en el art. 585 y conc. del Código de Comercio y normas procesales imperantes en materia de ejecución.

Se suprime la prenda tácita fundamentándolo en que dicha prenda es clandestina, y la falta de conocimiento conspira contra su oponibilidad a terceros.

Prenda de créditos

La prenda de créditos se encuentra definida en el art. 2232, el que sostiene: *“La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido. La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque este no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado. Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.”*

En los fundamentos del Anteproyecto nos presentan este instituto como “un instrumento de fomento de créditos muy importante que permite al acreedor cobrar incluso judicialmente el crédito prendado o enajenar forzosamente la participación en un contrato con prestaciones recíprocas”

Nuestro Código Civil, en el art. 3209, como en el Proyecto del 98, establecen que para la constitución de la prenda es necesaria la notificación de la existencia del contrato al deudor del crédito prendado. Del mismo modo lo hace el art. 2333 del Anteproyecto.

1. CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel H., “Análisis de los derechos reales en el proyecto de Código Civil”, 1-feb-2000, ED, 186-1368.

El art. 2334 aplica las reglas del mandato obligando al acreedor a la conservación y cobranza, incluso judicialmente del crédito prendado.

Distingue según la prestación percibida por el acreedor prendario sea dineraria o no. Así dice: *“si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda. Si la prestación percibida no es dineraria, el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicándose el art. 2229”*

El art. 2235 regula una modalidad de exigibilidad del crédito pignorado sujetando la misma a una opción del constituyente. El acreedor prendario a los efectos de la ejecución deberá atenerse a lo convenido contractualmente.

Con respecto a la participación en contrato con prestaciones recíprocas, el art. 2236 define a la participación como el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.

Este artículo regula el procedimiento a aplicar en caso de incumplimiento del constituyente. El mismo permite al acreedor enajenar forzosamente la participación del constituyente en el contrato, con las limitaciones contractuales de aplicación y en caso de ser necesario el asentimiento de la otra parte del contrato, el Juez puede suplirlo si fuere negado injustificadamente.

Por último el art. 2337 ante el supuesto de extinción de la prenda, cualquiera fuera su causa, sin haberse extinguido el crédito dado en prenda, el acreedor deberá restituir el instrumento probatorio del crédito prendado y notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado.