

Algunas notas sobre las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía

POR **MARÍA FLORENCIA FRANCHINI** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Función de garantía de los bienes. Bienes excluidos. Protección de la vivienda. — III. Derechos reales de garantía. Disposiciones comunes. — IV. Conclusión. — V. Bibliografía.

I. Introducción

La protección del crédito se adquiere de manera genérica, en la medida que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores, y de manera concreta a través de garantías personales y reales en sus distintas modalidades. Abordaré algunas consideraciones vinculadas especialmente a las disposiciones comunes que el Código Civil y Comercial de la Nación trae para los derechos reales de garantía, dentro del amplio espectro de las garantías reales.

El Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 no se apartaron de la metodología del Código Civil, mientras que el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto de 1998, el Anteproyecto de 2012 y finalmente el Código sancionado en 2014 optó por la sistematización de reglas abarcadoras de los distintos derechos reales de garantía para luego regular los rasgos distintivos de cada derecho real.

II. Función de garantía de los bienes. Bienes excluidos. Protección de la vivienda

El principio por el cual los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores no estaba explícitamente contemplado en el Código de Vélez, ni fue incorporado en leyes modificatorias, aunque surgía al armonizar las reglas que tutelaban el crédito, tales como los derogados artículo 505 (con relación a los derechos de los acreedores para reclamar el cumplimiento), 955 a 972 (que regulaban la simulación y la acción), 961 a 972 (acción revocatoria), etc.

El artículo 242 del Código Civil y Comercial (con fuente en el artículo 231 del Proyecto de 1998) bajo el nombre de “garantía común” dispone que “todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran”.

El principio se integra con el artículo 743 que dispone que “los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

En consecuencia, como principio general, los bienes presentes y futuros del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, por lo que éstos, en pie de igualdad puedan exigir la venta de los mismos. Si bien se enseña que los acreedores tienen igual grado de preferencia, es decir que cobran en proporción al importe de sus acreencias (prorrata) (1), esto acaece cuando son “quirografarios” y el activo no logra a cubrir la totalidad de los créditos, sin perjuicio de otros acreedores que tienen preferencia o privilegio a quienes no les alcanza el principio indicado (2).

(*) Prof. Titular Ordinaria Derecho Civil IV, Prof. Adjunta Ordinaria Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular Ordinaria Derecho Privado IV, UNNOBA.

(1) Compagnucci de Caso, Rubén (2014). “Comentario al artículo 743”, EN: Rivera, Julio César en Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. III, Buenos As: La Ley, p. 51.

(2) Molinario, Alberto (1941). Los privilegios en el derecho civil argentino. Buenos Aires: Abeledo, p. 33 y ss.

Empero, el criterio reconoce limitaciones y excepciones por cuanto el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero “sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito”, aclaración que resulta más que evidente, excepto que se refiera puntualmente a la acción directa del artículo 736.

La posición igualitaria de los acreedores cede ante una causa legal de preferencia, como lo indica la prioridad prevista en el artículo 745 que dispone:

“El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores”.

Además existen bienes excluidos de la garantía por ser inembargables e inejecutables, como lo indica el artículo 744:

“Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos; b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor; c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación; d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178; f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes”.

No puedo dejar de señalar que tras la enunciación del principio general del artículo 242, a partir del artículo 244 se sustituye el régimen del bien de familia que contemplaba la derogada ley 14.394, de cuyas notas características destaco la protección de los convivientes y de las personas incapaces o con capacidad restringida, las facultades judiciales, la subrogación real y la posibilidad de que sea constituido por titulares solteros sin hijos. Estimo que el instituto protectorio, al que podríamos llamar Vivienda Protegida, puede conservar el nombre que está arraigado en el seno de la sociedad, ya que la Constitución Nacional en el artículo 14 bis dispone expresamente la “defensa del bien de familia”.

La posibilidad que el constituyente viva sólo, sin grupo familiar, no obsta a esta conclusión en cuanto a la denominación. Se expidieron sobre el tema las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), en la Comisión de Derechos Reales que trató la “Protección Jurídica de la Vivienda”, en sus conclusiones se estableció:

“*De lege data*: 1º) La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (artículo 14 bis de la Constitución Nacional; artículo 25, ap. 1º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14, ap. 1º, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (artículos 34 a 50) debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (artículo 75, inc. 22, CN)”.

III. Derechos reales de garantía. Disposiciones comunes

En el Proyecto de 1998 se define a los derechos reales de garantía en el artículo 2088 como aquellos que “sólo pueden constituirse por contrato formal, en seguridad de créditos, y que además de las facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido”. Si bien el Código Civil y Comercial no recepta la clara definición aportada por el Proyecto (ya que el artículo 2184 se limita a referir que “los derechos reales constituidos en garantía

de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo”), toma la metodología proyectada al aportar una parte general, que denomina “Disposiciones comunes”, para luego abordar en particular cada derecho real de garantía.

En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se manifiesta la razón de la metodología adoptada:

“El breve tratamiento particular de cada uno (de los derechos reales de garantía), se sustenta en la existencia de disposiciones comunes, que traducen la unidad de fondo de todos ellos, sistematización global que omite Vélez Sarsfield, quien tampoco es explícito en indicar todos los rasgos básicos en la normativa especial de los distintos institutos”.

El anteproyecto que con algunas modificaciones se aprobara en 2014 conserva la metodología de 1998. Entre sus fundamentos expresa:

“los derechos de garantía están precedidos por disposiciones generales comunes a todos, lo cual luego torna en mínima la tipificación de cada uno de estos derechos. Éstas tocan la convencionalidad, la accesoriedad, la especialidad, la indivisibilidad, la oponibilidad e inoponibilidad, los créditos garantizables, la extensión del objeto, las facultades y responsabilidades del constituyente, la ejecución y la cancelación del gravamen. La más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen que debe incluir el monto garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas”.

Así adopta el mismo criterio de comprender en una parte general las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía en el Capítulo 1 (artículos 2184 a 2204), para luego tratar en particular la hipoteca en el Capítulo 2 (artículos 2205 a 221), la anticresis en el Capítulo 3 (artículos 2212 a 2218) y la prenda sin y con registro en el Capítulo 4 (artículos 2219 a 2237).

a) Convencionalidad

El artículo 2185 establece que los derechos reales de garantía “sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”.

Como antecedente, el derogado artículo 3115 establecía: “No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este título”. La nota de tal artículo explicaba las razones de tal postura y precisaba que “quedan pues concluidas todas las hipotecas tácitas o legales”.

Además el artículo 4048 disponía que,

“Las garantías que las leyes anteriores a la publicación del Código, han dado a las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes o de otra clase de bienes entregados a sus maridos, a los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, a los hijos sobre los de sus padres, y los gravámenes impuestos a los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes, con excepción de las prendas o hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron”.

La nota al citado artículo resulta particularmente interesante, porque robustece la fuerza del principio al expresar:

“Nos ha hecho abolir todas las hipotecas tácitas, por el embarazo que ponen en la vida económica de los pueblos. (...) Se nos dirá que la hipoteca legal constituye también un derecho real sobre todos los bienes de los maridos, tutores o padres. La lógica del derecho lo exige así, desde que se creaban hipotecas sobre los bienes de esas personas; pero el tiempo, los inconvenientes que han presentado las hipotecas tácitas, han hecho que ese gravamen desaparezca, pasando los bienes a tercer poseedor, lo que demuestra que verdaderamente no hay constitución de derechos reales (...)”.

Y además, la nota aclara que precisamente por existir una convención, es que deben respetarse las prendas e hipotecas expresas, y aún las fianzas, porque las leyes “no pueden alterar los contratos y sus efectos que encuentren concluidos entre los interesados”.

La convención que servía de fuente al derecho real de hipoteca era formal (derogados artículos 3128, 3130, 3131 y 3133), ya que debía constituirse por escritura pública, y además, expresa, a diferencia de la constitución de prenda y de anticresis, en las cuales se admitía la expresión tácita de la voluntad.

La convencionalidad instaurada por Vélez Sarsfield, se mantiene en el Proyecto de 1936 (artículo 1716), en el Anteproyecto de 1954 (artículo 1717) y en el Proyecto de 1998 (artículo 2088).

Tal como se infiere del artículo 2185, la convencionalidad se extiende a todos los derechos reales de garantía, y en tal sentido se prohíben las constituciones legales y judiciales no sólo de la hipoteca, sino también de la prenda y anticresis tácita.

Para la validez de los actos constitutivos se requiere la capacidad y la legitimación. El primer requisito se rige por las reglas generales de la capacidad de derecho y de ejercicio que tratan los artículos 22 y 23 y las consecuencias de su carencia por las ineficacias contempladas en los artículos 390 a 392.

Por el contrario, la legitimación está tratada de manera particular para cada derecho real de garantía. Así, de conformidad al artículo 2206, pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie. Por el artículo 2213 pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo. Para la prenda, el artículo 2219 dispone que se constituya por el dueño o la totalidad de los copropietarios.

Destaco como nota, que a diferencia de lo que surgía del juego de los artículos 2504, 3270 y 3127, el artículo 1885 recepta el principio de convalidación, pero lo hace extensivo a todos los derechos reales, por lo que la hipoteca queda, con justicia, definitivamente incluida.

En cuanto a las condiciones de forma, el artículo 2208 requiere la escritura pública para la hipoteca mientras que el artículo 2219 dispone que la prenda deba formalizarse por instrumento público o privado. Si bien para la anticresis el Código no trae una disposición en cuanto a la forma, estimo que debe constituirse por escritura pública de acuerdo al artículo 1017 y para todos los casos, con los alcances del artículo 1018.

b) Accesoriedad

Dispone el artículo 2186 que los derechos reales de garantía “son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.

De esta manera la hipoteca, la anticresis y la prenda dependen del derecho creditorio al que garantiza, o sea que su accesoriedad es en función de garantía (3).

No debe confundirse la noción de obligación accesoria, con la de accesorios de una obligación, toda vez que los derechos reales de garantía se encuentran vinculados a un derecho personal, pero no lo son, por cuanto instituyen garantías reales que existen a partir de un crédito que garantizan, y como vía de consecuencia se extinguen (salvo excepciones) con él. Se exteriorizan como derechos subordinados a un derecho creditorio cuya función es robustecer a ese derecho, al cual están indisolublemente unidos, por ser accesorios.

Como correlato de la accesoriedad, los derechos reales de garantía son intransmisibles sin el crédito. De allí, cuando se trasmite el crédito se transmite el derecho accesorio ya que junto al crédito, que

(3) Alterini, Jorge Horacio, Corna, Pablo María, Angelani, Elsa Beatriz y Vazquez, Gabriela Alejandra (2000). “La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra”, Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 2. Highton, Elena I. (1980). “Derechos reales”, Vol. 6. EN: Derechos reales de garantía. Buenos Aires: Ediciones Ariel, p. 31.

es el derecho principal, se trasladan todos los accesorios, sin perjuicio que las partes pueden limitar o restringir el alcance de la transmisión, tanto en cuanto al derecho principal, como en cuanto a sus accesorios (4).

c) Indivisibilidad

De acuerdo al artículo 2191:

“Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes. El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías. Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”.

Como lo explicaba el derogado artículo 3112, primer párrafo: “La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”.

Destaco una vez más una nota del Codificador, porque estoy convencida que la mayoría de las notas del Código Civil derogado se mantienen incólumes. Como lo señalaba, entonces, la nota al artículo 3112:

“la indivisibilidad de la hipoteca es pasiva y activamente. Tiene lugar pasivamente, por ejemplo, cuando el deudor deja dos herederos, y el uno paga la porción viril de la deuda, más por esto, la hipoteca no se habrá purgado por mitad. El acreedor conservará su hipoteca sobre todo el inmueble, y podrá hacerlo vender para pagarse de lo que aún se le deba. Activamente, si el acreedor tiene dos herederos, y el deudor paga al uno su porción viril, el otro conservará la totalidad del inmueble bajo la hipoteca originaria, la cual no sufre disminución alguna, porque se haya pagado una parte de la deuda”.

En la redacción originaria, los artículos que hacían referencia a la indivisibilidad, (en particular el 682, 3112, y 3188 para la hipoteca) imponían una estricta aplicación del principio, que debió ser morigerado por causar perjuicios tanto al deudor como al acreedor (5), al no poder liberar parte de la cosa (cuando su dimensión admitía, por ejemplo un loteo) o alguna de las cosas, cuando varias habían sido dadas en garantía.

El artículo 682 disponía que cuando las obligaciones divisibles o indivisibles, tuvieran por accesorio una prenda o hipoteca, “el acreedor no está obligado a devolver la prenda ni a alzar la hipoteca en todo o en parte, mientras el total de la deuda no fuere pagado” y el derogado artículo 3188 establecía que el codeudor o coheredero del deudor que hubiere pagado su cuota en la hipoteca, “no podrá exigir la cancelación de la hipoteca mientras la deuda no esté totalmente pagada” y que el coacreedor o coheredero del acreedor, a quien se hubiere pagado su cuota, “tampoco podrá hacer cancelar la hipoteca, mientras los otros coacreedores o coherederos, no sean enteramente pagados”.

La aplicación estricta del principio, en especial dos fallos plenarios en 1914 y 1933 (6), merecieron enérgicas críticas de la doctrina, lo que justificó la sanción de la ley 11.725 que modificó los artículos 682, 3112 y 3188, añadiéndose agregados a los referidos artículos, donde se mantenía la indivisibilidad, “salvo el caso de obligaciones divisibles garantidas con hipoteca en cuya ejecución los jueces declaren procedente la división del bien hipotecado para la enajenación, y la cancelación parcial de la hipoteca”

(4) Compagnucci De Caso, Rubén (2002). Cesión de créditos. Buenos Aires: La Ley, p. 114.

(5) Lafaille, Héctor - Alterini, Jorge (2010). Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales. 2º ed. Actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 547.

(6) Highton, Elena I. (1980). “Derechos Reales”, Vol. 6, EN: Derechos Reales de Garantía. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas ARIEL, p. 61.

(artículo 682). Se aclara que “en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor” (artículo 3112) y que “el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados” (artículo 3188).

Por último, la ley 17.711 modificó el artículo 3113. El mismo disponía que “el acreedor cuya hipoteca se extiende a varios inmuebles tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles, para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito, aunque sobre él se hubiesen constituido posteriormente otras hipotecas”, y la dicha ley le incorporó: “ello no obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados”.

La doctrina entendió que:

“La incorporación por la ley 17.711 al artículo 3113 del contenido conceptual del artículo 3114, cuando consagra la subsistencia de la indivisibilidad incluso si los inmuebles hipotecados están en el dominio de diferentes terceros poseedores, merece el reproche de volcar la misma casuística solución en dos preceptos inmediatamente sucesivos”(7).

Como se advierte, la reforma a los artículos señalados dilucidaba sólo circunstancias ligadas a la ejecución de los bienes prendados o hipotecados. Sin embargo, se entendió, que podían aplicarse analógicamente estos preceptos a los casos no contemplados, por cuanto los propósitos del legislador, “impedir extorsiones y beneficios inmorales”(8), los alcanzaban (9).

En el mismo sentido indicado, 2191 acoge la indivisibilidad, la cual trasciende la esencia de los derechos reales de garantía y se refugia en su naturaleza, y lo hace extensible a todos los derechos reales de garantía, por ubicarlo en las disposiciones comunes a todos ellos. Por ser un elemento natural, y no esencial, las partes pueden pactar la divisibilidad (10).

Como otra consecuencia del carácter natural de la indivisibilidad de la hipoteca es que en ausencia de acuerdo de partes, el tribunal tiene facultades para morigerar sus consecuencias. El artículo 2191 mantiene y amplía el criterio del derogado artículo 3112 cuando dispone que el juez puede disponer la divisibilidad “a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”.

d) Especialidad y extensión en cuanto al objeto

De acuerdo al artículo 2188 “cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo”. Por su parte, el artículo 2192 aporta la extensión en cuanto al objeto y expresa que en la garantía

“quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía: a- los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual; b- los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas”.

(7) Alterini, Jorge Horacio, Corna, Pablo María, Angelani, Elsa Beatriz y Vazquez, Gabriela Alejandra (2000). “La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra”. Buenos Aires: La Ley, p. 6.

(8) Lafaille, Héctor - Alterini, Jorge (2010). Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales, 2º edición actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, p. 553.

(9) Cossari, Nelson G. A. (2003). “Hipoteca, indivisibilidad y abuso”, EN: Revista Jurídica Zeus, 11 de diciembre de Tomo 93.

(10) Cámara, Héctor (2008). Prenda con registro o hipoteca mobiliaria, Actualizada por Efraín Richard. Bs. As: Abeledo Perrot, pp. 175 y 176.

Como antecedente, el derogado artículo 3109 trataba la especialidad en cuanto al objeto: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas (...)”; mientras que el 3132 rechazaba “una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque”. Como corolario, de acuerdo al artículo 3131 inc. 3 el acto constitutivo, debía contener “la situación de la finca y sus linderos y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre”.

Se advierte en el artículo 2188, la reafirmación de lo que estatuye el artículo 1883 en cuanto a que el objeto de los derechos reales puede consistir en cosas o en bienes (11).

Con respecto a la extensión en cuanto al objeto, vinculado puntualmente en los derechos reales que recaen sobre cosas, el artículo 2192 extiende la garantía: 1) a los accesorios físicamente unidos a la cosa (12) (definidos en el artículo 226 como “las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable”, que “forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario”, 2) a las mejoras, 3) a las rentas debidas.

e) Especialidad y extensión en cuanto al crédito

De acuerdo al artículo 2189:

“El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

Se expresa con mayor precisión el recaudo de la especialidad en cuanto al crédito a que se referían los artículos 3109, 3131 y 3152 del derogado Código.

La especialidad en cuanto al crédito exige la individualización de éste en una suma cierta y determinada en dinero y requiere que la garantía hipotecaria alcance a créditos determinados (13). Tal determinación surge palmariamente del artículo 2187: “Se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Para cumplimentar el requisito de la especialidad en cuanto al crédito en el aspecto que atañe a la determinación de su monto, los alcances de la garantía hipotecaria deben traducirse en una suma determinada de dinero (14), aspecto que, aunque se vincule con el crédito, se refiere al elemento esencial de la especialidad y no al de la accesoriedad, aunque se pretenda innovar respecto de la concepción tradicional (15).

(11) Alterini, Jorge Horacio (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código, Acad. Nac. de Derecho (setiembre), 04/09/2012, 1 - La Ley 2012-E, 898, AR/DOC/4622/2012.

(12) El Código Civil y Comercial suprime la categoría de inmuebles por accesión moral.

(13) Alterini, Jorge H., La cláusula de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca, E. D., t. 84, p. 799.

(14) Alterini, Jorge H., Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca. La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

(15) Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: Tratado de los derechos reales, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires La Ley y Ediar, t. IV, núm. 1683 bis, p. 566.

Las operaciones en moneda extranjera, que habían encontrado su cauce a partir de la Ley de Convertibilidad, vuelve a oscurecerse con el texto del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, redactado, con la modificaciones del Poder Ejecutivo, a la manera del artículo 617 de Vélez Sarsfield antes de su modificación por la ley 23.928.

Sin embargo, aunque con el artículo 765 se retroceda al texto originario del 617 del Código Civil (al disponer que “si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”), dicha circunstancia legislativa no ensombrece la sustentable doctrina y jurisprudencia que, no obstante el texto del artículo 617 antes de su modificación, ya sostenía que la contratación en moneda extranjera era viable en nuestro país (16).

A partir de la sanción del Código se admiten de manera definitiva las llamadas garantías “de máximo”, en las que puede existir una cierta indeterminación inicial en cuanto al crédito que aseguran, a su naturaleza, entidad o magnitud, como también su total ausencia al momento de la constitución del gravamen.

Cuando con hipoteca, anticresis o prenda se garantiza una obligación de dar sumas de dinero, resulta claro que el techo sea, precisamente, la suma garantizada. Pero cuando la obligación garantizada es de hacer o de no hacer, o de dar, pero no sumas de dinero, tal vez se visualiza mejor que este es un requisito distinto del crédito, es decir, este techo no lo da la obligación principal. Así, si se garantiza una obligación no dineraria es menester indicar que el gravamen importa para quien lo soporta una carga dineraria, que es lo que se denomina valor estimativo de la cobertura hipotecaria (17).

Conforme el artículo 2193:

“La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

Debe distinguirse la extensión de la garantía en cuanto al crédito, del privilegio con el que cuenta su titular. De acuerdo al artículo 2582 “tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: (...) e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante”. Pero el artículo 2583 establece los alcances de estos privilegios, por cuanto dispone que:

“Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos: (...) b) los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inciso e) del artículo 2582; c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incisos b) y e) del artículo 2582”.

Para los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos, conforme el artículo 2579.

f) Facultades del constituyente y del acreedor

Por el artículo 2195 el constituyente de la garantía “conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía”. Si esto ocurre, “el

(16) Alterini, Jorge H. (1987). *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Buenos Aires: La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

(17) Alterini, Jorge H., *Hipoteca abiertas*, Revista Notarial, Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 868 (1983), p. 605 y ss, con las erratas admitidas por el Director de la Revista e la Nota de Redacción incluida en el N° 872 (1984), p. 19. Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: *Tratado de los derechos reales*, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, por La Ley y Ediar, Buenos Aires, t. IV, núm. 1683 quater, p. 570.

acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente”.

Expresamente para la hipoteca, el derogado Código Civil disponía en el artículo 3157:

“El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de ‘desposesión’ (18) material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado”.

Como correlato, el artículo 3158 autorizaba al acreedor a pedir medidas ante la disminución del valor de la cosa; el artículo 3159, a pedir la estimación de los deterioros si se hubieran consumado y a pedir el depósito o demandar suplemento de hipoteca; el artículo 3160 le concedía los mismos derechos cuando el propietario enajenara accesorios del inmueble; y para todos estos casos, el artículo 3161 lo autorizaba a privar al deudor del beneficio del término con el que contaba para el cumplimiento de la obligación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo la sistematización del Proyecto de 1998, concentra estas facultades y consecuencias en los artículos 2195 y 2196 y las generaliza a todos los derechos reales de garantía.

Sin perjuicio de que el principio general es que el propietario constituyente, sea o no el deudor del crédito garantizado, conserva todas las facultades del derecho real de dominio que ostenta, se advierten limitaciones en la segunda parte del artículo ya que el propietario “no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía”.

En consecuencia, si el propietario constituyente realiza actos que disminuyan la garantía del acreedor, éste tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes. Cuando la disminución en el valor de la cosa ya se hubiere producido, a tal punto que la misma ya no cubra el crédito garantizado, se faculta al acreedor a estimar el valor de la disminución y a exigir su depósito, o que se otorgue otra garantía suficiente.

g) Responsabilidad del propietario no deudor

Dispone el artículo 2199 que “el propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen”.

El artículo, al diseñar la responsabilidad del “propietario no deudor” permite distinguir el “propietario deudor” del “propietario no deudor”, culminando así con las imprecisiones terminológicas que traía el Código Civil al hablar del “tercer poseedor” (19), expresión que no era la adecuada, por cuanto quien adquiere una cosa gravada, no sólo es poseedor, sino que es propietario.

En tal sentido, es “propietario no deudor”, el tercero que garantiza una deuda ajena sin constituirse en deudor y quien adquiere el bien sin obligarse en forma expresa. En ambos supuestos responde con el objeto gravado, hasta el máximo del gravamen, y tiene derecho al remanente tras la ejecución de la garantía.

h) Extinción de los derechos reales de garantía

En virtud de que los derechos reales de hipoteca, anticresis y prenda son accesorios en función de garantía, la extinción de la deuda garantizada conlleva a su extinción, aunque no ocurre a la inversa, ya que existen causales propias de extinción de estos derechos reales que no afectan al crédito.

(18) Debíó decir “disposición”. En postura minoritaria, ver Molinario, Alberto D. (1965). De las relaciones reales. Buenos Aires: La Ley, p. 159.

(19) Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: Tratado de los derechos reales, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, por La Ley y Ediar, Buenos Aires, t. IV, núm. 1737 bis, p. 668.

La extinción por vía de consecuencia se vincula con los medios de extinción de las obligaciones en general a que se refieren los capítulos 4 y 5 del Libro Tercero. El capítulo 4 se refiere al pago, y el 5 a los otros modos de extinción: compensación, confusión, novación, dación en pago, renuncia y remisión e imposibilidad de cumplimiento.

El pago es definido en el artículo 865 como “el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” que, al “satisfacer el interés del acreedor, extingue el crédito” y libera al deudor (artículo 880). Como resultado, el cumplimiento de la obligación extingue el crédito que el acreedor tenía a favor de su deudor, y por lo tanto, por el principio de accesoriedad (artículo 2186), como lo derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.

En los supuestos de extinción por vía directa, se extinguen los derechos reales de garantía pero subsiste el crédito. En este sentido, señala el artículo 2186 que “la extinción de la garantía, por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.

Si bien hay otras causales, tales como el acuerdo común entre deudor y acreedor, la destrucción del objeto, la subasta, etc., me referiré en particular a la renuncia, por tener algunos matices especiales.

Al referirse a la renuncia, no se trata de la renuncia al crédito, sino de la renuncia al derecho real que lo garantiza.

En esencia, por el artículo 944 “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la Ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados”. Aunque por el artículo 949 “la renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público” considero que la renuncia a la hipoteca o a la anticresis debe constar en instrumento público ya que de acuerdo al artículo 1017 deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (inciso a).

La renuncia expresa sí es requerida para la prenda con registro, en punto a lo expresado en el artículo 30 de la ley 12.962 que requiere “documentos emanados del acreedor”, además, específicamente el artículo 954 dispone que,

“la restitución al deudor de la cosa dada en prenda causa sólo la remisión de la prenda, pero no la remisión de la deuda” mientras que para la anticresis, el artículo 2216, tras enumerar los deberes del acreedor anticresista establece que “el incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado”.

IV. Conclusión

He intentado aportar mis primeras reflexiones acerca de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía como homenaje a todos los hombres y mujeres que desde hace años trabajan sin apatías para modernizar y mejorar las instituciones civiles y comerciales.

V. Bibliografía

ALTERINI, Jorge H. (1983). “Hipoteca abiertas”, EN: *Revista Notarial*, Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 868 p. 605 y ss., con las erratas admitidas por el Director de la Revista e la Nota de Redacción incluida en el N° 872 (1984), p. 19.

— (1987). *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Buenos Aires: La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

— *La cláusula de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*, E. D., t. 84, p. 799.

— (2010). EN: *Tratado de los derechos reales*, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires La Ley y Ediar, , t. IV, núm. 1683 bis, p. 566.

— (2012). *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*, Acad. Nac. de Derecho (setiembre), 04/09/2012, 1 - La Ley 2012-E, 898, AR/DOC/4622/2012.

ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra (2000). *“La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra”*, Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 2.

CÁMARA, Héctor (2008). *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, Actualizada por Efraín Richard. Bs. As: Abeledo Perrot, pp. 175 y 176.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén (2002). *Cesión de créditos*. Buenos Aires: La Ley, p. 114.

— (2014). “Comentario al artículo 743”, EN: Rivera, Julio César y Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. III, Buenos As: La Ley, p. 51.

COSSARI, Nelson G. A. (2003). “Hipoteca, indivisibilidad y abuso”, EN: *Revista Jurídica Zeus*, 11 de diciembre de Tomo 93.

HIGHTON, Elena I. (1980). “Derechos reales”, Vol. 6. EN: *Derechos reales de garantía*. Buenos Aires: Ediciones Ariel, p. 31.

LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge (2010). *Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales*. 2º ed. Actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 547.

MOLINARIO, Alberto (1941). *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Buenos Aires: Abeledo, p. 33 y ss.

— (1965). *De las relaciones reales*. Buenos Aires: La Ley, p. 159.