

# LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ

*Universidades de Belgrano, Buenos Aires y Flores*

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando se deseaba garantizar el cumplimiento de una obligación, el deudor podía conceder al acreedor una garantía personal o una real.

A través de la garantía personal un tercero constituye fianza a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación.

Por medio de la garantía real, se constituyen prendas o hipotecas como seguridad del crédito.

Las garantías reales aparecieron mucho después que las personales, ya que el origen de estas últimas se pierde en épocas muy remotas (Código de Manú, Código de Hammurabi, legislación egipcia).

En el primitivo Derecho Romano las garantías personales eran preferidas a las reales, por diversas razones: *a)* la cohesión del grupo familiar que implicaba la unidad patrimonial de la familia; *b)* el escaso valor de los muebles.

Por otra parte, la amplia vigencia de las *fides* como cumplimiento de la palabra empeñada y la ejecución de la deuda en forma directa sobre el deudor (*manus iniectio*) hacían innecesarias otro tipo de garantías.

La relajación de los vínculos familiares, la individualización de la propiedad inmueble y el aumento de la riqueza mobiliaria produjeron el auge de las garantías reales.

Analizaremos las distintas garantías reales que aparecieron en Roma y la recepción en nuestro Código Civil Argentino.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS GARANTÍAS REALES EN ROMA

Las garantías reales en Roma fueron sucesivamente:

- a) La fiducia.
- b) La prenda.
- c) La hipoteca.

### a) La fiducia

En la *fiducia cum re* el deudor le transmite la propiedad de una cosa al acreedor mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

Se concertaba un *pactum fiduciae* por medio del cual el acreedor se obligaba bajo su palabra *fides* a devolver la cosa al deudor una vez que éste cumpliera su obligación.

#### Consecuencias

El acreedor quedaba plenamente protegido, pues como propietario gozaba de las acciones *in rem* (reivindicatoria y negatoria).

Si el deudor no pagaba, primeramente el acreedor podía quedarse con la cosa. Pronto se hizo valer un pacto de venta que se consideraba elemento natural sobre entendido. (POMPONIO D. 13,7,6, pr. originariamente referido a la *fiducia*).

Asimismo, para lograr el reembolso de los gastos que hubiera realizado en la cosa, el acreedor gozaba de la *actio fiduciae* contraria.

Por su parte esta garantía era muy desventajosa para el deudor, pues al haber transferido la propiedad de la cosa no gozaba de una *actio in rem* que le permitiera perseguir a los terceros adquirentes, sino que sólo tenía la *actio fiduciae* que era una acción personal para reclamar la restitución de la cosa al acreedor, en caso de haber pagado la obligación (Gayo 4,62) o el *superfluum* en caso de venta de la cosa (Gayo 4,182).

Asimismo, el deudor perdía la posesión de la cosa y los frutos, y como había transferido la propiedad al acreedor, no podía volver a garantizar otra obligación con la misma cosa.

La *fiducia* desaparece en la época postclásica junto con la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

### b) La prenda

La palabra *pignus* abarca tanto el caso de la prenda (cuando se transfiere la posesión de la cosa al acreedor) como el de la hipoteca (cuando no se transmite la cosa al acreedor). ULPIANO D. 13,7,1 pr.

MARCIANO D. 20,1,5,1 dirá «entre *pignus* e *hypotheca* sólo difiere el sonido de la palabra», aunque ULPIANO nos da la diferencia entre ambas (D. 13,7,9,2): «Propiamente lla-

mamos *pignus* lo que pasa al acreedor, e hipoteca cuando no pasa, ni aún la posesión, al acreedor.»

La prenda consiste en un contrato por el cual el deudor entrega al acreedor la posesión de una cosa a título de prenda, como garantía de una obligación, y el acreedor se compromete a devolver la cosa una vez abonada la obligación. No es necesario que el deudor sea propietario de la prenda, ya que él no transfiere la propiedad de la cosa (PAULO D.13,7,20 pr.).

El acreedor pignoraticio posee y es tratado como si poseyese por sí mismo, ya que goza de la protección de los interdictos (aun contra el propio deudor).

Sin embargo el acreedor no se beneficia con los frutos de la cosa: debe imputarlos a los intereses de la deuda y después al capital y debe rendir cuenta hasta de aquellos que dejó de percibir por su culpa. Para evitar este reglamento, las partes a veces establecían una convención en virtud de la cual el acreedor podía percibir los frutos de la cosa dada en prenda y compensarlo con los intereses del crédito. Este pacto se llamaba anticresis (MARCIANO D. 20,1,11,1).

### *Consecuencias*

Como la cosa se entregaba al acreedor, sólo podía servir de garantía para una sola obligación.

La seguridad para el acreedor era que, como la cosa estaba en su poder, el deudor no podía distraerla.

La protección de que goza el acreedor es la siguiente: por una parte los interdictos, asimismo la *actio furti* (aún contra el propio deudor *furtum possessionis*) y goza de una acción real (*actio serviana*).

### *Caracteres de la prenda*

Es accesoria del crédito que garantiza. Si éste se extingue también se extingue la prenda (ULPIANO D. 46,3,43).

Es indivisible: si la deuda se extingue parcialmente la prenda subsiste para garantizar el saldo (PAPINIANO D. 21,2,61 y SCEVOIA D. 20,5,11).

La prenda permite garantizar obligaciones surgidas de cualquier contrato, obligaciones naturales, como así también las sujetas a condición o a plazo (MARCIANO D. 40,1,5 pr.).

Si bien la prenda se extingue cuando el deudor hace el pago al acreedor, el emperador Gordiano dispuso que subsistiera para garantizar otros créditos que tuviera el deudor con el mismo acreedor (C. 8,26,1,2 año 239). Es lo que conocemos como prenda tácita que Vélez recepta en el art. 3218 CCArg.

## Efectos

Si el deudor paga, goza de la *actio pignoratitia* directa para exigir la devolución de la cosa (ULPIANO, D. 13,7,11,3).

Si el deudor no paga, en el contrato de prenda podían incluirse pactos convenidos (*pacta conventa*) que podían consistir en:

i) *Lex commissoria* mediante la cual el acreedor quedaba autorizado a quedarse con la cosa dada en prenda ante el incumplimiento de la obligación. Como la utilización de este pacto dio lugar a abusos fue prohibido por Constantino (C. 8,35 (34) 3, año 320).

ii) *Pactum de vendendo* autorizando al acreedor a vender el *pignus* ante el incumplimiento del deudor. Primeramente este pacto debió incluirse expresamente, pero más adelante se lo sobreentendió como tácito (ULPIANO D. 13,7,4). Si de la venta resultase un sobrante (*superfluum*) debía ser devuelto al deudor (PAULO D. 13,7,7). Si no apareciera ningún comprador, una constitución de Alejandro Severo (C. 8,34(33)1) permitía recurrir al emperador para solicitar se otorgue el dominio del *pignus*.

JUSTINIANO fijó un procedimiento especial para este caso en C. 8,34(33)3.2.3: se debía proceder a intimar al deudor pasados de dos años para que abonara la deuda. Luego se fijaba judicialmente un nuevo plazo para el pago y en caso de no verificarse el mismo o encontrarse ausente el deudor, se concedía la propiedad de la cosa.

## c) Hipoteca

La hipoteca, garantía en la que el deudor mantiene la posesión de la cosa, aparece tardíamente en Roma. La palabra *hypotheca* fue tomada del griego, aunque el desarrollo de la institución es de origen romano.

### Desarrollo histórico

Podemos distinguir cuatro etapas:

1. Primera etapa: la prenda como garantía de cumplimiento de una obligación tenía graves inconvenientes en el caso del colono que quisiera garantizar con útiles y ganados (*invecta et illata*), el pago del arriendo, pues quedaba privado de los útiles de trabajo.

Para remediar esa situación se permitió que los objetos muebles, introducidos al fundo por el colono, y el ganado, quedaran afectados al pago del arriendo por simple convención, sin tener que entregarse al locador.

El locador se apoderaba de ellos sólo en el caso de falta de cumplimiento del pago de la locación.

Esta garantía es muy especial, pues no concede al locador una *actio in rem* para ejecutarla.

2. Segunda etapa: a fines de la República un pretor, Salvius, concedió al arrendador un interdicto para reclamar ser puesto en posesión de las cosas introducidas en el fundo arrendado. Se trata del *interdicto Salvianum* que es *adispiscendae possessionis* (GAYO, 4,147). Este interdicto se concedía para entrar en posesión de las cosas que se encontraban en poder del arrendatario, pero no podían perseguirse las cosas que hubieran pasado a poder de terceros.

3. Tercera etapa: en la época clásica un pretor llamado Servio creó una *actio in rem*: la *actio Serviana*, por el cual el arrendador podía dirigirse contra cualquiera que detentara la posesión de los *invecta et illata*, aún contra terceros.

Esta acción estaba limitada al arrendamiento, por lo que la última etapa comprenderá la generalización de su aplicación.

4. Cuarta etapa: le corresponde al jurisconsulto Salvio Juliano, quien en el Edicto Perpetuo extiende la *actio Serviana* a los distintos casos en que se quiera garantizar un crédito (*actio serviana utilis* conocida también como *cuasi serviana o actio hypothecaria*) Inst. 4,6,7, id. 31.

### *Características*

La hipoteca, a diferencia de la prenda, no requiere la entrega de la cosa para que comience la garantía. Se constituía por simple convenio (GAYO D. 20,1,4; ULPIANO D. 13,7,1 pr.) VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota al art. 3115 CC Arg. establece que la única hipoteca que se permite es la convencional.

MARCIANO en *Digesto* 20,1,11,2 admitió, asimismo, que pudiera constituirse por disposición testamentaria.

La hipoteca puede recaer sobre *res* corporales como incorporales (GAYO, D. 20,1,9,1). Se puede hipotecar un crédito (PAULO D. 13,7,18 pr.), un *pignus* (MARCIANO, D. 20,1,13,2) o incluso todo un patrimonio (PAPINIANO, D. 20,1,1 pr.). En este último caso se excluían las cosas esenciales como el ajuar, los vestidos y esclavos domésticos o cosas de uso cotidiano (ULPIANO, D. 20,1,6 y 7) (norma similar a la que establece el art. 3878 CC Arg. 2.º párrafo en cuanto a los privilegios).

MARCIANO en D. 20,1,11,2 establece que se puede hipotecar una enfiteusis o un usufructo, y: a partir de los bizantinos, las servidumbres rústicas (MARCIANO, D. 20,1,11,3) siempre que el acreedor tuviera un fundo vecino.

### *Hipotecas tácitas y legales*

Si bien normalmente el origen de la hipoteca resulta de una convención, en Roma existieron hipotecas tácitas (que son impuestas presumiendo la voluntad de constituir las) y legales (establecidas por una disposición legal).

Las hipotecas tácitas son de amplia aplicación en la época justiniana aunque existen algunos casos que datan del periodo clásico:

i) El acreedor que prestó dinero para refaccionar un edificio tiene *ius preferendi* para cobrar con dicho inmueble (PAPINIANO, D., 20,2,1). Corresponde a un senado consulto de la época de Marco Aurelio (los artículos 3931 y 3932 de CC Arg. conceden a este acreedor privilegio sobre el inmueble).

De la época de los Severos son los casos siguientes:

ii) Hipoteca a favor del pupilo sobre las cosas compradas por el tutor con dinero del pupilo (ULPIANO, D. 27,9,3 pr. y D. 20,4,7 pr.).

iii) El fisco gozaba de hipoteca legal sobre los bienes de los deudores (HERMOGENIANO, D. 49,14,46,3 y C. 8,15,12 años 213 y 215). (Conforme a nuestro CC Arg. art. 3879 inc. 2º. el fisco goza de privilegio general sobre muebles e inmuebles.)

A partir de la época justiniana se establecen otros casos, sea sobre bienes particulares como sobre todo el patrimonio del deudor:

1) Hipotecas tácitas o legales particulares:

a) El arrendador de un fundo rural tuvo hipoteca sobre los frutos del inmueble (POMPONIO, D. 20,2,7 pr.).

b) El *pignus* de los *invecta et illata* se consideró tácito en todos los casos (PAULO, D. 2,14 pr.). El art. 3883 establece a favor del locador privilegio sobre los muebles que se encuentran en la casa.

c) El legatario tiene, a partir de Justiniano, una hipoteca legal sobre la herencia adquirida por el heredero para el pago de los legados (C. 6,43,1,1 año 529). (Nuestro CC Arg. no lo contempla como privilegio pero establece la obligación de los herederos a contribuir al pago de los legados [art. 3798 C.C.Arg.].)

2) Hipotecas tácitas o legales generales:

a) Constantino la concedió en favor de los pupilos y menores de 25 años sobre los bienes de los tutores y curadores, por las obligaciones derivadas de la tutela y la curatela (C. 5,37,20 año 312). Justiniano la otorgó también a favor de los dementes (C. 5,70,5 año 530).

b) Justiniano la concedió sobre el patrimonio del marido por obligaciones surgidas de la dote (C. 5,12,30, pr. y 1 año 529), de la *donatio propter nuptias* (C. 8,17,12 año 531) y de los bienes parafernales (C. 5, 14,11 año 530).

c) Sobre el patrimonio de la mujer viuda en garantía de los derechos hereditarios por línea paterna, de los hijos del primer matrimonio (C. 5,9,6,9, año 472).

### *Derechos del acreedor hipotecario*

a) Si la obligación no es satisfecha, el acreedor hipotecario puede ejercer contra cualquier detentador de la cosa la *actio hypothecaria* para hacerse poner en posesión de

ella. Tiene el derecho de vender la cosa hipotecada (el *pactum de vendendo* rige como elemento natural, tácito) y goza de preferencia sobre otros acreedores comunes (quirografarios).

Por otra parte, el acreedor hipotecario tiene la obligación de restituir al deudor lo que exceda del importe del crédito (*superfluum*).

### *b) Ius preferendi*

Como la cosa sigue en poder del deudor puede haber concurrencia de garantías reales, y es necesario establecer cómo se resuelve el conflicto entre los distintos acreedores privilegiados.

El principio establecido en una constitución de Caracalla C. 8,17,4 año 213 es el *ius preferendi* conforme a la regla «prior in tempore potior in iure».

El acreedor de primer grado puede obtener la posesión de la cosa y promover la venta de la misma. Como consecuencia de ello:

i) El acreedor en primer grado puede cobrarse la totalidad de su crédito (capital e intereses) sin tener que considerar a los otros acreedores.

ii) Una vez vendida la cosa, el comprador la adquiere libre de toda hipoteca (se extinguen la de primer grado y las de grado sucesivo) (C. 8,20,1 Alejandro Severo).

Si el acreedor de primer grado no alcanzó a cobrarse el total de la deuda, el deudor sigue obligado por el saldo (Paulo D. 20,5,9 pr.).

Si de la venta quedó un saldo (*superfluum*) éste debía ser restituido al deudor (PAULO, D. 13, 7,7). Los acreedores posteriores ya no gozan de una acción real, pues las hipotecas se extinguieron con la venta, pero gozan de una *actio in personam* para ir contra el *superfluum*.

En Roma no existió publicidad de las hipotecas por lo que a veces era dificultoso determinar cuál era la primera. Se dio preferencia a la realizada en instrumento público (C. 8,17,11, 1 año 472) y Justiniano equiparó a ésta, la celebrada por documento privado suscripto por lo menos por tres testigos (C. 4,2,17 año 528).

La regla de «prior in tempore potior in iure» no era respetada en caso de ciertas hipotecas denominadas «privilegiadas», tales como la del acreedor que dio dinero para comprar la cosa que se hipotecó (DIOCLECIANO, C. 8,17,7) dentro de las convencionales, y dentro de las legales, la de la mujer sobre los bienes del marido para la devolución de la dote en caso de disolución del matrimonio. Este privilegio se extiende inclusive sobre hipotecas celebradas antes del matrimonio (JUSTINIANO, C. 8,18,12 año 531). La hipoteca del fisco también goza de privilegio (C. 8,15,(14) 1).

Con el fin de evitar los inconvenientes derivados de la falta de conocimiento, por parte de los acreedores hipotecarios, de la existencia de hipotecas anteriores en grado, se les concedió el *ius offerendi et succedendi*. Por medio de este derecho, los acreedores hi-



potencarios de segundo grado o grados posteriores pueden ofrecer al acreedor hipotecario de primer grado el pago de su crédito. Si éste lo acepta, el acreedor posterior que pagó, pasa a ocupar el lugar del acreedor de primer grado (*successio in locum*). Incluso si el acreedor de primer grado no acepta el pago, el oferente tiene este derecho si sella el dinero y lo deposita (Marciano D. 20,5,5,pr.).

### c) *Ius Persequendi*

El acreedor que no ha sido pagado a su vencimiento goza del *interdicto Salvianum* para obtener la cosa de cualquier poseedor (JULIANO, D. 43,33,1pr. y 1) y la *actio Serviana* (o *cuasi Serviana* o *Hypothecaria*) tanto contra el deudor como contra cualquier detentador y puede perseguir la cosa de manos de quien esté, para entrar en posesión de ella, venderla y así poder cobrarse su crédito.

La restitución de la cosa comprende todos sus accesorios.

Si la cosa estuviera en poder de un tercero, como no es personalmente deudor, puede oponer al acreedor las siguientes excepciones:

i) Si el demandado tiene sobre la cosa una hipoteca preferente a la del demandante, puede oponer una excepción a la acción hipotecaria (MARCIANO, D. 20,4,12, pr.).

ii) El tercero detentador goza del beneficio *cedendarum actionum*, por medio del cual puede forzar al acreedor a cederle sus acciones si lo desinteresa, pagando la deuda (SCEVOLA, D. 20,4,19).

iii) Justiniano le concede el beneficio de excusión, a través del cual puede exigir que el acreedor ejercite su acción personal contra el deudor principal y sus fiadores (Novela 4,2).

### *Extinción de la prenda y la hipoteca*

Siendo la hipoteca y la prenda derechos accesorios, se extinguen por vía de consecuencia al mismo tiempo que el crédito que garantizan (ULPIANO, D. 20,6,6,pr). La extinción del crédito deber ser completa y absoluta, pues si es solamente parcial, dado que la hipoteca y la prenda son indivisibles, las garantías subsisten.

Por otra parte, la hipoteca y la prenda se extinguen por causas que les son propias:

a) La pérdida total de la cosa que servía de garantía (MARCIANO, D. 20,6,8 pr). La destrucción parcial o las alteraciones o transformaciones que sufra la cosa, no son suficientes para extinguir la garantía (MARCIANO, D. 20,1,16,2). PAULO en D. 20,1,29,2 establece que la hipoteca continúa sobre el suelo cuando el edificio hipotecado se incendió o destruyó.

b) La venta que efectúa el acreedor pignoraticio (C. 8,27(28),15 y C. 8,17(18)6).

Recordemos que si el valor obtenido es superior al crédito del acreedor, queda el resto para los acreedores de rango inferior, y, si no los hubiera, el *superfluum* debe ser



devuelto al deudor (ULPIANO, D. 13,7,24,2). Si lo obtenido en la venta no alcanza el valor de lo que se adeuda, las restantes hipotecas se extinguen (C. 4,10,67) y los acreedores impagos gozarán de acciones personales contra el deudor (PAULO, D. 20,5,9 pr).

c) La renuncia del acreedor que puede ser expresa o tácita. Se presume la renuncia cuando deja vender o hipotecar la cosa sin reservar su derecho (ULPIANO D. 20,6,4,1).

d) La *prescriptio longi temporis*: cuando la cosa hipotecada ha pasado a manos de un tercer adquirente, la usucapión llevada a cabo por ese tercero no extingue la hipoteca. Sin embargo, si ha poseído la cosa con justo título y buena fe con relación al acreedor hipotecario, y su posesión ha durado diez años entre presentes o veinte entre ausentes, puede oponer a la acción hipotecaria, la *exceptio longi temporis prescriptio*. (C. 7,39,8 pr.) a partir del derecho postclásico.

### III. DERECHO ESPAÑOL E HISPANOAMERICANO

Según las leyes de las partidas, la Hipoteca estaba comprendida dentro de la genérica institución del peño. Así dice VÉLEZ en la nota al art. 3108 CC 2.ª parte. Estas leyes que tanto tomaron del Derecho Romano no aceptaron de él la palabra hipoteca y la comprendieron en la palabra peño, que significaron tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad de un crédito. «Peño» es propiamente, dice la L. 1 Tít. 13, Part. 5.º., «aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándose de ella, y mayormente cuando es mueble». Más según el largo entendimiento de la ley, toda cosa ya sea mueble o raíz, que sea empeñaba a otro, puede ser dicho peño, «maguer no fuese entregado de ella aquel a quien la empeñasen».

Precisamente esta fue la legislación que rigió en nuestro país hasta la sanción del Código Civil, Partida 5.ª, especialmente título 13 «De los peños». Allí se contemplan el peño voluntario, derivado de un contrato o testamento; el peño tácito o legal, que surgía de la ley (por ejemplo hipoteca sobre los bienes del marido para responder por los bienes dotales); y los peños judiciales que eran más bien simples medidas de seguridad, consistentes en el aportamiento de ciertas cosas que solo producían efectos contra terceros desde ese momento y eran mandados a constituir por los jueces, en caso de rebeldía o por sentencia.

Los peños tácitos o legales eran verdaderas hipotecas generales, que permanecían ocultas, trabando el tráfico jurídico de los bienes y el crédito, ya que nadie podía estar seguro de su privilegio, que podía aparecer vencido por una hipoteca clandestina y de objeto indeterminado, dado que afectaba todos los bienes del obligado.

A pesar de ello el legislador español siempre se preocupó por dar a publicidad las hipotecas salvo las generales.

En la legislación de Indias, las Ordenanzas Reales de 1778 y 1783 extendieron las normas sobre hipoteca vigentes en la metrópoli y las colonias americanas, inclusive, las relativas a publicidad.

## Legislación patria

El sistema imperante en la metrópoli fue el vigente hasta la sanción del Código Civil y aunque no se llegaron a organizar registros inmobiliarios, el de hipoteca funcionó desde 1796, organizándose definitivamente en 1802. Las provincias dictaron normas aisladas.

## IV. RECEPCIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO

### A) Hipoteca

El artículo 3108 la define como «El derecho real constituido en seguridad de un crédito de dinero, sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor».

Esta definición ha sido criticada como vaga, ya que no indica cómo se realiza la seguridad que confiere el crédito. Además, sostienen que debió referirse a inmuebles o cosas inmuebles y no a bienes inmuebles, ya que sólo las cosas con susceptibles de clasificarse en muebles e inmuebles, y también sólo ellas, y no los derechos, pueden ser objeto de la hipoteca.

VÉLEZ no ha recepcionado en nuestro Código Civil las hipotecas legales ni las judiciales, tomando sólo del Derecho Romano, las convencionales.

La hipoteca ha sido recepcionada como un derecho real accesorio de un derecho personal que debe consistir en un crédito cierto y determinado en dinero. Por lo tanto, la hipoteca al igual que la prenda, son accesorios de la obligación principal.

El Anteproyecto Bibiloni reproduce al art. 3108 CC Arg. El proyecto de 1936 dice en su art. 1715: «La hipoteca es el derecho real establecido en seguridad de un crédito cierto de dinero, sobre inmuebles determinados, que continúan en poder del constituyente. Cuando alguien lo hiciera en garantía de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente como deudor directo o subsidiario.» Y el Anteproyecto de 1954: «La hipoteca es el derecho constituido en garantía de una deuda cierta en dinero propia o ajena, sobre alguna cosa inmueble que continúa en poder del constituyente.»

El proyecto de Código Civil unificado la define en el art. 2104: «La Hipoteca es el derecho real de garantía sobre inmuebles individualizados que quedan en poder del dueño y que sólo puede constituirse en escritura pública.»

### *Caracteres de la hipoteca en nuestro Derecho*

Además de todos los caracteres antes señalados (derecho real [art. 3108 y 2503 inc. 5º. CC Arg. y art. 1820 proy. C.C. unif.], accesorio [art. 524 CC Arg. y art. 2090 proy.

C.C. unif.] y convencional [art. 3115 CC Arg. y art. 2088 proy. C.C. unif.]), la hipoteca, como todos los derechos reales, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, a fin de que pueda ser opuesta a terceros (art. 2505 CC Arg. y art. 2137 proy. C.C. unif.). La especialidad es otro de sus caracteres (art. 3109 CC Arg. y 2092 proy. C.C. unif.), ya que debe constituirse sobre cosas inmuebles especialmente determinadas, la sanción por el incumplimiento de este requisito es la nulidad de la hipoteca, pudiendo ser alegada por terceros adquirentes del inmueble o por el deudor. El otro aspecto de la especialidad es que no puede constituirse hipoteca sino por una suma de dinero cierta y determinada.

La hipoteca garantiza además de lo principal, los intereses o rentas debidas de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución, hasta el efectivo pago.

El Código también acepta que pueda constituirse una hipoteca en el extranjero sobre un inmueble ubicado en el país. El acto constitutivo debe constar en instrumento público el cual debe ser legalizado y luego presentado ante el Juez de Primera Instancia de lo Civil a fin de que éste, previa vista al agente fiscal y pago del impuesto correspondiente, ordene su procolización, en el protocolo de un escribano de la jurisdicción del lugar donde se encuentre el inmueble afectado.

A partir de la ley 23.928 se vuelve al nominalismo y las obligaciones ya no podrán llevar cláusulas de reajuste, por lo tanto, no podrá pactarse reajuste alguno de hipotecas contratadas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 23.928.

## **B) Prenda**

La palabra «prenda» es utilizada en diversos sentidos:

a) Como sinónimo de derecho real que afecta una cosa mueble para garantizar un crédito (así, arts. 3203 y 3235 CC Arg.).

b) Para mencionar al contrato de prenda, esto es al convenio que da nacimiento al derecho real de prenda (así, art. 3217 CC Arg.).

c) Para denotar el objeto sobre el que recae el derecho real, es decir, la cosa mueble afectada al pago de la deuda (arts. 3220/3222 CC Arg.).

La definición de prenda como derecho real está en el art. 3204 CC Arg.: «Habrá 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.»

En el proyecto de Código Civil unificado se define la prenda en el art. 2114: «La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado, y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes.»

En el derecho real de prenda, así como en la hipoteca sus caracteres son: accesoriedad (art. 524 CC Arg. y 2090 proy. CC unif.), convencionalidad (art. 3204 CC Arg. y 2088 proy. CC unif.), especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, cuyo importe cierto y determinado en dinero, debe constar en el instrumento constitutivo del derecho (art. 3217 CC Arg. y 2092 proy. CC unif.) e indivisibilidad (art. 2095 proy. CC unif.).

### *Prenda tácita*

Según el art. 3218: «Si existiera por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda.»

El art. 3220 dice: «El derecho del acreedor sobre la prenda por la segunda deuda está limitada al derecho de retención, pero no tiene por ella los privilegios del acreedor pignoraticio, al cual se le constituya expresamente la cosa en prenda.»

Esta normativa tiene su fuente en el Código de Justiniano como VÉLEZ cita en la nota al artículo 3218 y aclara: «Por el Derecho Romano bastaba para la retención de la prenda que hubiese otra deuda, aún cuando ella fuese anterior a aquella por la cual la prenda se hubiese dado, y aún cuando fuese pagadera después de ésta.»

La prenda tácita no está contemplada en el proyecto del Código Civil unificado, por las razones que surgen de la exposición de motivos: «La supresión de la prenda tácita, sigue la línea de todos los intentos de reforma parcial del Código Civil, a partir del concretado en 1987 y obedece a su antítesis con las expresiones negociales contemporáneas, y con el requerimiento de certidumbre en las manifestaciones de voluntad por imposiciones de la seguridad jurídica.»

### **C) Anticresis**

Lo mismo que en la prenda, suelen designarse con el mismo nombre al contrato que da origen al derecho real de anticresis y al propio derecho real.

El derecho real se define en el art. 3239 CC Arg.: «El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos, y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses.»

VÉLEZ en la primera parte de la nota al 3239 manifiesta: «En el Derecho Romano, el fin característico del anticresis era la compensación hasta la debida concurrencia de los intereses y de los frutos [...]» El anticresis es un derecho real (art. 2503 inc. 7°. CC Arg. y art. 1820 proy. CC unif.), sólo puede tener fuente convencional (art. 2088 proy. CC

unif.). Se trata de un derecho accesorio (arts. 524, 3245, 3248, 3251 y 3261 1.<sup>a</sup> parte CC Arg. y art. 2090 proy. CC unif.) y es indivisible (art. 3245 CC Arg. y art. 2095 proy. CC unif.).

Son también caracteres del anticresis la especialidad y la publicidad (a través de la inscripción del acto constitutivo en el Registro de la Propiedad).

El acreedor anticresista tiene derecho de retener el inmueble hasta ser pagado íntegramente «su crédito principal y accesorio», siendo este derecho de retención, indivisible.

Conforme al art. 3254 CC Arg.: «El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis contra los terceros adquirientes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis.»

El derecho de retención del acreedor anticresista es oponible frente a todos los que ejecuten el inmueble, a diferencia del acreedor prendario, cuyo derecho de retención no priva a los demás acreedores de la facultad de hacer vender la cosa, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda garantizada (art. 3234 CC Arg.).

El proyecto de Código Civil unificado define a la anticresis en el art. 2128 de esta manera: «La anticresis es el derecho real de garantía sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes.» En la exposición de motivos, se aclara: «En la anticresis se concreta un ajuste general, que supera las imprecisiones de que adolece el sistema actual incluso respecto a su constitución, que nos subsisten en el Proyecto al ser aplicables las disposiciones generales sobre adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales. El objeto no sólo alcanza los inmuebles, sino que se extiende a las cosas muebles registrables individualizadas, pues de otro modo con relación a esas cosas no existiría una garantía real para el supuesto de su desplazamiento.

El art. 2129 se refiere a la legitimación y oponibilidad: «Pueden constituir anticresis, los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. La anticresis y las cláusulas de contrato de anticresis son oponibles a terceros interesados de buena fe desde que produce efecto su inscripción en el registro correspondiente.»

En cuanto a los derechos del acreedor son definidos en el art. 2130 del citado proyecto: «El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis, y percibir sus frutos, imputándolos primero a expensas e intereses y luego al capital, debiendo dar cuenta al deudor.»

## V. CONCLUSIONES

Queda claro que las garantías reales han surgido tiempo después que las personales, y que en un primer momento se manifestaron a través de la prenda, pero los inconve-

nientes de ésta y de la enajenación fiduciaria se hicieron sentir sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador. Por lo tanto se hizo necesario otorgar una mayor seguridad a éstos y los Pretores fueron otorgando distintas acciones. La práctica hizo que se generalizara su aplicación a cualquier tipo de crédito a través de una convención que afectara a uno o varios objetos al pago de la deuda, nace la «hipoteca». Fue así como se fue regulando esta institución, estableciéndose sus caracteres, las cosas que podían ser afectadas a ella; los derechos que poseía el acreedor y su extinción.

Con respecto a los derechos reales de garantía, VÉLEZ se inspira en las fuentes justinianas. Así podemos ejemplificar:

1) El *pignus* (tanto la prenda como la hipoteca) son accesorios que garantizan el cumplimiento de una obligación (ULPIANO, D. 46,3,43) y art. 524 CC Arg. y art. 2090 proy. CC unif.

2) La prenda y la hipoteca son indivisibles (MARCIANO, D. 40,1,5 pr) y arts. 3233 y 3112 CC Arg. y art. 2095 proy. CC unif.

3) En la hipoteca la cosa permanece en poder del deudor, en tanto que en la prenda se traslada al acreedor (MARCIANO, D. 20,1,5,1) y arts. 3108 y 3204 CC Arg. y art. 2104 y 2114 proy. CC unif.

4) La prenda y la hipoteca podían constituirse por simple convenio (GAYO D. 20,1,4 y ULPIANO D. 13,7,1 pr) y arts. 3204 y 3115 CC Arg.) y por contrato formal en arts. 2088 y 2091 proy. CC unif..

En el Derecho Romano existieron hipotecas tácitas y legales que Vélez expresamente deja concluidas en la nota al art. 3115. Sin embargo, algunos de los casos de hipotecas legales en el Derecho Romano, son reconocidos como privilegios en nuestro Código Civil, lo que daría similar preferencia para cobrar sus créditos. Así el acreedor que prestó dinero para refaccionar un edificio (Papiniano D. 20,2,1) y arts. 3931 y 3932 CC Arg. y art. 2522, inc. b) proy. CC unif.

El fisco que goza de hipoteca legal sobre todos los bienes de los deudores (HERMOGENIANO D. 49,14,46,3 y C. 8,15,1 2) y art. 3879 inc. 2 CC Arg.

El *pignus* de los *invecta et illata* (PAULO D. 2,14,pr) y art. 3883 CC Arg.

5) Se admite tanto en el Derecho Romano como en el Derecho argentino la llamada «prenda tácita» (C. 8,26,1,2 año 239 y art. 3218 CC Arg.). El proyecto de Código Civil unificado, ha suprimido la prenda tácita aduciendo que una razón de seguridad jurídica requiere de certidumbre en las manifestaciones de voluntad.

6) La hipoteca subsiste sobre el suelo cuando el edificio se destruyó (PAULO D. 20,1,29, 2) y art. 3195 CC Arg. y por analogía en el art. 2097 *in fine* proy. CC unif.

7) Vendida la cosa hipotecada, el comprador la adquiere libre de toda hipoteca (C.8,20, 1 Alejandro Severo) y art. 3196 CC Arg. y art. 2112 proy. CC unif.

8) A partir de Constantino se prohibía al acreedor quedarse con la cosa dada en prenda ante el incumplimiento de la obligación principal, prohibición que Vélez reafirma



(C. 8,35(34), 3, año 320) y art. 3222 CC Arg. En el proyecto de Código Civil unificado se establece en el art. 2103: «Ningún titular de derechos real de garantía puede hacer suyo el bien gravado, salvo que lo adquiriera por las vías de ejecución correspondientes o que en el caso de la prenda así se lo convenga simultáneamente con la constitución.»

En cuanto a las diferencias o apartamiento del Derecho Romano podemos consignar:

1) En el Derecho Romano lo que distinguía a la prenda de la hipoteca era la traslación de la cosa en el primer caso (MARCIANO, D. 20,1,5,1). En el Derecho argentino sólo las cosas muebles pueden ser objeto de prenda y las inmuebles de hipoteca (arts. 3108 y 3204 CC Arg.). En el proyecto de Código Civil unificado las cosas muebles y los créditos pueden ser objeto de prenda (art. 2114) y los inmuebles, de hipoteca (art. 2104).

2) En el Derecho Romano se admite la hipoteca de un *pignus* (MARCIANO, D. 20,1,13,2), de una enfiteusis, de un usufructo (MARCIANO, D. 20,1,11,2) y de las servidumbres rústicas (MARCIANO, D. 20, 1,11,3). VÉLEZ se pronuncia en sentido contrario en el art. 3120, CC Arg. dando la fundamentación en la nota al citado artículo. El proyecto de Código Civil unificado admite la hipoteca del derecho de superficie (art. 2104), al que se incorpora como derecho real en el art. 1820.

3) La hipoteca se extingue en el Derecho Romano por renuncia expresa o tácita del acreedor (ULPIANO, D. 20,6,4,1), en cambio VÉLEZ exige más que el Derecho Romano que sea expresa y conste en escritura pública (art. 3193 CC Arg.).

4) VÉLEZ, en su nota al art. 3198, se pronuncia en favor del requisito de la publicidad de las hipotecas, aunque no de los Registros para inscribir transmisiones de dominio. En Roma las hipotecas permanecieron ocultas, pues no se registraban. El proyecto de Código Civil unificado en los arts. 2137 y siguientes se refiere a la publicidad registral.

5) Con relación al anticresis, en el Derecho Romano el fin característico era la compensación de los intereses con los frutos (MARCIANO, D. 20, 1,11,1). En la definición del art. 3239 CC Arg. el anticresis permite percibir los frutos para imputarlos a los intereses si son debidos y sino al capital. VÉLEZ en la nota al art. 3239 se refiere al Derecho Romano y manifiesta que toda vez que el crédito no producía interés y que el inmueble empeñado producía frutos que eran percibidos por el acreedor para extinguir el principal, no era anticresis sino un contrato de prenda que no tenía nombre particular.

El proyecto de Código Civil unificado establece en el art. 2130 que «el acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis, y percibir sus frutos, imputándolos primero a expensas e intereses, y luego al capital, debiendo dar cuenta al deudor».



