

DERECHOS REALES DE GARANTIA LEGISLADOS EN EL CODIGO

(Consideraciones en torno a un breve análisis comparativo)

Por EDMUNDO GATTI

(Profesor Adjunto Inscrito de Derecho Civil IV°)

SUMARIO

—148

I. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES. CARACTERES DE LOS DE GARANTIA. 1. — Clasificación de los derechos reales. 2. — Caracteres de los derechos reales de garantía.

II. CARACTER "REAL" DE ESTOS DERECHOS. a) Hipoteca. 3. — Origen de la controversia. Criterio de la "desmembración". 4. — Criterio de la "limitación". 5. — Debilidad del criterio de la desmembración. 6. — Argumento de Lafaille. 7. — Argumento de Fomlein. 8. — Argumento del art. 3157. 9. — Argumento del criterio de la limitación. b) Anticresita. 10. — Derecho italiano y francés. 11. — Carácter en nuestro código. c) Prenda. 12. — Carácter de derecho real.

III. DERECHOS REALES "SOBRE COSA AJENA". 13. — Concordancia del viejo aforismo: "venimus rei sui servit". 14. — La llamada hipoteca del propietario.

IV. DERECHOS REALES DE GARANTIA (ACCESORIOS). 15. — Carácter común a la hipoteca, prenda y anticresita. 16. — Función especial del anticresita y de la prenda anticresita.

V. PUBLICIDAD. 17. — Funciones que cumplen el registro y la tradición.

VI. CONVENCIONALIDAD. 18. — Carácter expreso de la hipoteca. Carácter expreso o tácito de la prenda y el anticresita.

VII. INDIVISIBILIDAD. 19. — Carácter común a los tres derechos. Reforma de la ley 11.725 para la hipoteca.

VIII. ESPECIALIDAD. 20. — Hipoteca. 21. — Prenda. 22. — Anticresita.

IX. CALIDAD DEL CONSTITUYENTE. 23. Constitución por el deudor o por un tercero. 24. — Titularidad jurídica que debe tener el constituyente de la hipoteca. 25. — Idem del anticresita. 26. — Idem de la prenda.

X. EXTENSION DE LA GARANTIA. 27. — En cuanto al objeto. 28. — En cuanto al crédito.

XI. MODALIDADES. 29. — En cuanto al crédito garantizado. 30. — En cuanto a la garantía.

XII. PLURALIDAD O CONCURSO DE GRAVAMENES. 31. — Hipoteca y prenda. 32. — Anticresita. 33. — Carácter simultáneo o sucesivo de la concurrencia.

XIII. DISMINUCION O PERDIDA DE LA GARANTIA. 34. — Hipoteca. 35. — Prenda. 36. — Anticresis.

XIV. PRIVILEGIO Y DERECHO DE RETENCION. 37. — Anticresis. 38. — Hipoteca y prenda.

XV. FACTOS PROHIBIDOS Y PERMITIDOS. 39. — Pacto comisorio y otras convenciones.

XVI. OBJETO DEL DERECHO. 40. — Siempre "cosa". 41. — Prenda de créditos.

I. Clasificación de los derechos reales. Caracteres de los de garantía

1. Aunque Vélez no estableció expresamente una clasificación de los derechos reales, parece haber tenido en cuenta la más generalmente aceptada, conforme a la cual, los derechos reales se dividen según tengan por objeto la cosa propia o la ajena y, estos últimos, según sean de goce o de disfrute, o de garantía. En lo que se deduce del orden seguido por el artículo 2503, que establece cuáles son derechos reales, haciendo una enumeración que podríamos separar así: a) dominio y condominio; b) usufructo, uso, habitación y servidumbres activas; c) hipoteca, prenda y anticresis.

2. La hipoteca, la prenda y el anticresis son los tres derechos reales, sobre cosa ajena, de garantía (y por lo tanto accesorios) legislados en el Código Civil. He aquí enunciados los tres primeros caracteres que integran el concepto de esos derechos y que son, por consiguiente, comunes a todos ellos. Lo dicho, no obstante ser tan elemental, requiere algunas consideraciones respecto a cada uno de los caracteres enunciados y con relación a cada uno de los derechos nombrados.

II. Carácter "real" de estos derechos.

a) Hipoteca.

3. En lo referente a la calidad de "reales" que a tales derechos se atribuye, y por lo que hace a la hipoteca, tal calidad ha sido discutida y negada por buena parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera. El origen de esa posición podría encontrarse en el anticuado y erróneo criterio de considerar que el dominio (derecho real *maître*, del que se derivan todos los demás derechos reales), es una suma de facultades, y que los demás derechos reales, de contenido menor, deben forzosamente configurarse separando del dominio una o más de sus facultades para constituir el derecho real sobre la cosa ajena, que vendría a ser así, una "desmembración" de aquel dominio.

4. Este criterio ha sido substituido hace años, sobre la base de una elaboración doctrinaria llevada a cabo por juristas alemanes e italianos, por otro criterio conforme al cual, el dominio no es suma sino variedad infinita de facultades que forman una unidad, y los derechos reales de contenido menor se constituyen mediante una "limitación" de aquél, que queda así com-

primido, produciéndose o no, como consecuencia de tal "compensación", un desplazamiento de facultades del titular del dominio al titular del nuevo derecho real creado. Ejemplo típico en que tal desplazamiento no se produciría, sería el de la clásica "servitus altius non tollendi".

5. Con el criterio de que la desmembración del dominio es el único medio de creación de derechos reales de contenido menor que aquel, bastaría demostrar que tal desmembración no existe respecto de la hipoteca, para negarle a ésta carácter de derecho real, y fue precisamente sobre la base de tal criterio que Marcadé sostuvo que la hipoteca no era un "ius in re", sino un "ius ad rem". Es claro que muchos de los partidarios de la "realidad" de la hipoteca, tratan de demostrar que ella constituye una desmembración, pero no todos sus argumentos son convincentes.

6. El que da Lafaille ("Tratado de los derechos reales", N° 1637), en el sentido de que el concepto de servidumbre del artículo 2970 es tan amplio que en él pueden entrar todos los gravámenes sobre la cosa ajena, inclusive la hipoteca, resulta inadmisibile en cuanto se considere que la frase: "sobre un inmueble ajeno" que el precepto emplea para determinar el objeto sobre el que recae la servidumbre, está demostrando que sólo se refiere a las servidumbres en sentido estricto, que recaen sobre un inmueble y que, por lo tanto, no sólo no comprende a la hipoteca, sino que ni siquiera abarca a las mal llamadas "servidumbres personales", es decir, al usufructo, al uso y a la habitación, ya que el usufructo y el uso pueden recaer también sobre cosas muebles.

7. Al argumento de Fornieles ("Cuestiones de derecho civil", 2a. p.) de que la hipoteca recae sobre el "valor de la cosa" y por lo tanto sobre ésta, podría contestarse que el "valor" no es una cosa sino un mero concepto de relación y faltaría por consiguiente la base del derecho real.

8. Uno de los argumentos más convincentes que esgrimen los partidarios de la realidad (aceptando o no la existencia de una desmembración), consiste en la limitación de las facultades de disposición material y jurídica de la cosa que afecta al constituyente de la hipoteca (arts. 3157 y sigs.).

9. Con el moderno criterio de la "limitación" del poder jurídico del dueño como medio suficiente para la creación de derechos reales sobre la cosa ajena, las objeciones a la realidad de la hipoteca se desvanecen porque, haya o no desmembración, no puede negarse que el señorío del propietario queda limitado, no sólo por las facultades que al acreedor hipotecario otorgan los arts. 3157 y sigs., sino, principalmente, por la de "realizar el bien", convirtiéndolo en dinero, que es, no un derecho sobre el "valor del bien", sino un derecho sobre el bien mismo, es decir, sobre la "cosa": el derecho de disponer de ella ("ius abutendi").

b) *Anticresis.*

10. En el derecho italiano el anticresis no crea un derecho real sino simplemente personal. Así lo establecía expresamente el derogado código

de 1865 y ese es también el criterio del nuevo código de 1942, según la doctrina de ese país. En el derecho francés se discute si se trata de un derecho real, en virtud de sus alcances con relación a terceros (insistencia de "ius persequendi"), y por considerarse que no recae sobre un inmueble sino sobre sus frutos.

11. Vélez dio al anterior carácter de derecho real, pues si bien no le otorgó "ius preferendi" (art. 3235), le otorgó "ius persequendi" (art. 3254), que es más característico que el anterior para la configuración del derecho real, al paso que rebatía la opinión de los autores franceses fundada en el objeto del derecho, sosteniendo que los frutos y el inmueble forman una sola cosa (art. 2329) y su nota y notas a los arts. 3239 y 3254.

c) Prenda.

12. El carácter "real" de este derecho es indiscutible. Se ejerce mediante la posesión (arg. art. 3203) aunque algunos la niegan admitiendo sólo la tenencia (arg. art. 3227, 1ª parte; art. 3226). Compete al acreedor pignoraticio derecho de retención sobre la cosa recibida en prenda (arts. 3218 y 3221) y "si pierde la tenencia de la cosa puede recobrarla en cualquier poder que se halle sin excepción el deudor" (art. 3227). Tiene pues "ius persequendi" que hace valer mediante la acción reivindicatoria, si bien esa presenta la peculiaridad de que sólo dura tres años (art. 3890). Pero el derecho de retención del acreedor pignoraticio presenta una notable particularidad frente al derecho de retención en general: mientras éste se ejerce en forma absoluta, pues si bien los acreedores pueden embargar la cosa retenida y hacer la venta judicial de ella, el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por lo que este sea acreedor (art. 3942), en la prenda, en cambio, el derecho de retención del acreedor "no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda" (art. 3234, 1ª parte). Resulta así que el derecho de retención en general, que según la mayoría de los autores no da lugar a la existencia de un derecho real, es más fuerte o intenso que el derecho de retención del acreedor pignoraticio. La explicación estaría en el hecho de que, en virtud del privilegio que además tiene el acreedor prendario, éste verá casi siempre satisfecho su crédito, no obstante el alcance limitado de su derecho de retención.

III. Derechos reales "sobre cosa ajena"

13. Los tres derechos reales de garantía (y, en general, todos los derechos reales de contenido menor), recaen sobre cosa ajena. Ello, en virtud de aquel viejo principio del derecho romano: "termina res sua servit", que sus juristas enunciaron para las servidumbres, porque fueron éstas el primer derecho real sobre cosa ajena en aparecer, pero que puede y debe generalizarse en esta forma: "nadie puede tener sobre una cosa, además del dominio, otro derecho real". La razón del principio es obvia: siendo el dominio

un derecho que comprende todas las facultades posibles sobre una cosa, ninguna facultad nueva puede agregarse, cuando él existe en su plenitud y perfección. Complétese lo que acabamos de expresar con lo que dice la nota al art. 2399, explicando su sentido, y se comprenderá cómo este precepto no es sino una consecutaria del viejo aforismo romano, generalizado.

14. El principio enunciado no rige en legislaciones que, como la alemana, admiten que el propietario pueda ser titular, además, de otro derecho real sobre la cosa de su propiedad, lo que hace que exista allí la llamada "hipoteca del propietario" (Conf.: Allende, Guillermo L.: "Hipoteca del propietario e institutos análogos, conveniencia de su recepción en nuestro derecho" en "La Ley", T^o 100, pág. 804). En nuestro código no tiene cabida, desde luego, la hipoteca del propietario, con el alcance y la función que desempeña en los países que la admiten, pero se dan, sin embargo, situaciones en las que, por razones de equidad, los intereses en juego se solucionan como si el propietario fuese al mismo tiempo acreedor hipotecario sobre su propiedad (arts. 3182 y 3183).

IV. Derechos reales de garantía (Accesorios)

15. La hipoteca, la prenda y el anticresis, son derechos reales accesorios, porque no tienen existencia independiente sino que sólo existen en función de garantía de un derecho creditario al que, por consiguiente, acceden.

16. Pero el anticresis, desde que autoriza al acreedor "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 debiesen intereses" (art. 3239), funciona también como un medio de pago y, por consiguiente, de extinción de las obligaciones. Otro tanto ocurre con la prenda anticrética del art. 3231.

V. Publicidad

17. La tutela de los intereses de las partes que intervienen en la constitución de los derechos reales de garantía y la tutela de los terceros que necesitan conocer (y que deben respetar) tales derechos, se logra mediante la publicidad. Un medio idóneo de publicidad, que merezca propiamente el nombre de tal, ha sido organizado por el código civil solamente para la hipoteca, mediante el requisito de su inscripción en un registro que juega como elemento esencial solamente con relación a terceros (art. 3155). Para la prenda y el anticresis (como para todos los demás derechos reales) el código sólo requiere la tradición que, más que como medio de publicidad —pues como tal sería muy deficiente—, funciona como el medio más adecuado para investir al titular del derecho real del poder o señoreo que el mismo implica. Es claro que, si respecto de la hipoteca (como respecto de las servidumbres) no se hace tradición de la cosa sobre la que tales derechos recaen, es porque, como dice Freitas, "no se hace necesario por la propia

indole de tales derechos, cuyo ejercicio no impide la continuación de la posesión del titular del dominio" (nota al art. 317 del "Esbozo").

VI. Convencionalidad

18. Tanto la hipoteca como la prenda y el anticresis son convencionales. No existe en nuestro derecho la hipoteca judicial ni la legal lo mismo ocurre con relación a la prenda y al anticresis. Pero mientras para la constitución de la hipoteca se requiere una convención expresa (arts. 3113 y 3130), la prenda y el anticresis, aparte de su constitución normal, en forma expresa, pueden surgir por una expresión tácita de la voluntad de las partes, que el código tiene por producida cuando se dan las situaciones que contempla en los arts. 3218 y 3261. Son las llamadas prenda y anticresis "tácitas" con terminología que algunos critican, porque "tácitas" se llamaban también a las hipotecas legales, que surgían por voluntad exclusiva de la ley, mientras que aquí la ley no hace más que presumir la voluntad de las partes.

VII. Indivisibilidad

19. La indivisibilidad es un carácter común a los tres derechos reales de garantía legislados por el código. Consiste en el hecho de que la totalidad de las cosas afectadas a la garantía y cada parte de ellas garantizan el pago de toda la deuda y de cada parte de ella arts. 3112 al 3114, 3233, 3235 y 3245). Se trata de un carácter no esencial sino simplemente natural y, por lo tanto, puede ser dejado sin efecto por las partes. En virtud de la reforma introducida al código civil por la ley 11.723, puede también ser dejado sin efecto por los jueces en la ejecución de bienes hipotecarios siempre que de ello "no se siga lesión al acreedor" (art. 3112). La frase precedentemente transcrita podría hacer pensar que en la mente del legislador sólo estuvo presente la posibilidad de que la enajenación en leas y consiguiente cancelación parcial de la hipoteca pudiese ser pedida por el deudor. No obstante, como el precepto no indica quienes pueden peticionar, ha podido resultar buena parte de nuestra doctrina que también pueden hacerlo el acreedor y los acreedores hipotecarios de grado ulterior (Lafaille, N° 1677; Prayon-Dassen-Laquis, p. 34; Díaz de Gujardo en J. A., t° I, p. 840; Camarasa, N° 67 a); Fernández, t° I, N° 327).

VIII. Especialidad

20. Este requisito juega en un doble aspecto: especialidad en cuanto a la cosa que sirve de garantía y especialidad en cuanto al crédito garantizado. En la hipoteca, la exigencia de esta condición, que es de fondo y de forma al mismo tiempo, significa la prohibición de las llamadas "hipotecas generales", porque recaen sobre la generalidad de los bienes del deudor o porque garantizaban en general todos los créditos que contra él tuviese su acreedor, pudiendo inclusive abarcar bienes y deudas futuras. La especialidad en cuanto al objeto consiste en la individualización de la cosa o cosas

afectadas a la garantía (arts. 3109 y 3131, inc. 3º). La especialidad en cuanto al crédito significa la individualización del mismo en una suma cierta y determinada de dinero (arts. 3109 y 3131, inc. 4º).

21. Para la prenda la doble especialidad es exigida por el art. 3217: mención del importe del crédito e indicación de todos los datos necesarios para individualizar la cosa. Pero este requisito sólo es tal frente a los terceros, no siendo necesario entre las partes, para las cuales la especialidad en cuanto al objeto queda cumplida con el desplazamiento de la cosa.

2. Para el anticresis no requiere el código la especialidad por lo cual pareciera que la única existente es la que se deriva, en cuanto al objeto, de la entrega del mismo al acreedor; pero ello es así solamente entre las partes, para frente a los terceros la doble especialidad surgirá de las enunciaciões de la escritura pública que deberá otorgarse (art. 1184, inc. 1º).

IX. Calidad del constituyente

23. En principio común a los tres derechos, que ellos pueden ser constituidos no sólo por el deudor, sino también por un tercero en cuanto al crédito, que no sea, por consiguiente, tampoco fiador, y que responderá, por lo tanto, solamente con la cosa afectada a la garantía. Así lo establece el código expresamente para la hipoteca en el art. 3121 y para el anticresis en el art. 3239 y así resulta también del art. 3221 para la prenda.

24. En cuanto a la titularidad jurídica que debe invertir el constituyente, y por lo que hace a la hipoteca, el código exige la calidad de propietario del inmueble que se grava (art. 3119), y lo exige en forma enérgica, como que es éste el único caso de excepción al principio de la convalidación de los derechos reales enunciado en el art. 2504 del código civil (art. 3126). En cuanto a la hipoteca constituida por el condómino, sea de su parte indivisa, sea de una parte material o de la totalidad del inmueble en condominio, la suerte del gravamen queda suspendida en todos los casos al resultado de la partición (arts. 2678, 2683, 3123 y 3124). En los casos en que la hipoteca produce efectos por la adjudicación del inmueble gravado al condómino que constituyó el gravamen, no se da un caso de excepción a la excepción anteriormente indicada, es decir, que la hipoteca resulta válida no por virtud del principio de la convalidación, que no juzga en ese caso, sino en razón del efecto declarativo (y por lo tanto retroactivo) de la división.

25. En el anticresis, dado que la garantía se circunscribe al "ius fructu" (sin perjuicio de que los frutos formen parte integrante del inmueble), el gravamen puede ser constituido no sólo por el propietario, sino también por quien tenga derecho a los frutos del inmueble (art. 3241), como el usufructuario (art. 3242), mientras dure el usufructo (art. 2870) o el marido respecto de los frutos del inmueble de la mujer, mientras dure el matrimonio o mientras no suceda una separación de bienes (art. 3243).

26. Tocante a la prenda, dada la naturaleza mueble de las cosas sobre las que puede recaer este derecho, la situación es muy distinta; no siendo la cosa cobrada o perdida y siempre que el acreedor prendario sea de buena fe, es decir, siempre que él haya creído que el objeto pertenecía al constituyente, la prenda resulta válida aunque el constituyente no sea propietario de la cosa gravada —arts. 3213 y 3781.

X. Extensión de la garantía

27. En cuanto al objeto, tanto para la prenda como para la hipoteca el código establece expresamente la extensión de la garantía a los accesorios, a los frutos y a las acciones de la cosa gravada: art. 3110 para la hipoteca y arts. 3231 y 3232 para la prenda. Lo mismo para el anticresis (art. 3249), donde no existe una disposición expresa con respecto a las acciones de la cosa, correspondiendo no obstante aplicar el mismo principio. Porque el caso hallado en un inmueble hipotecado o dado en anticresis, no es un accesorio del mismo (art. 2518), no está comprendido en la hipoteca ni en el anticresis (art. 2566).

28. En cuanto al crédito, el gravamen garantiza tanto el principal como los accesorios y el código así lo establece expresamente para la hipoteca (arts. 3132, 3111 y 3096), para la prenda (arts. 3229 y 3231 y para el anticresis (art. 3245).

XI. Modalidades

29. Las modalidades en los derechos reales de garantía deben ser consideradas en un doble aspecto: en cuanto al crédito garantizado y en cuanto a la garantía misma. Con relación al primer aspecto, ninguna duda se suscita por lo que hace a la hipoteca y a la prenda. A la hipoteca se refieren los arts. 3116, 1ª parte, al final: "la hipoteca puede constituirse: ... por una obligación condicional" y 3153: "la hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples". Para la prenda establece el art. 3204 que ella puede asegurar "una obligación cierta o condicional, presente o futura". La duda puede suscitarse para el anticresis ante el silencio de la ley, pero podría aceptarse la misma solución que para la hipoteca y la prenda argumentando con la existencia de la prenda anticrética (art. 3231).

30. Con relación a la garantía misma, la solución es clara para la hipoteca, cuya constitución bajo cualquier condición, y desde un día cierto o hasta un día incierto está expresamente autorizada (por la ley (art. 3116, 1ª parte). Respecto a la prenda y al anticresis, sobre los que guarda silencio la ley, nada impediría las modalidades con efecto resolutorio; en cambio, las de efecto suspensivo no se conciliarían ni con el carácter real de los contratos por medio de los cuales tales garantías se constituyen (arts. 1141

y 1142), ni con la necesidad de la tradición para la constitución del derecho real (arts. 577 y 5265).

XII. Pluralidad o concurso de gravámenes

31. La posibilidad de concurso o pluralidad de gravámenes sobre un mismo objeto, está contemplada en diversas disposiciones para la hipoteca (arts. 3934, 3136, nota 3936, etc.) y para la prenda (art. 3210).

32. Respecto al anticresis la ley guarda silencio, lo que no impide la posibilidad de concurrencia de gravámenes, en la misma forma que para la prenda (art. 3210 y arg. art. 3231).

Debe tenerse presente que tanto para la hipoteca como para la prenda y para el anticresis, los gravámenes pueden concurrir en forma simultánea (en el mismo grado) o en forma sucesiva (en grados diversos).

XIII. Diminución o pérdida de la garantía

34. Este tópico lo contempla el código en forma directa, sólo para la hipoteca, acordando al acreedor el derecho de exigir la restitución de la garantía o, en su defecto (entendemos que se trata de una opción), el de dar por caducado el plazo para el pago (arts. 3159 y 3161).

35. Para la prenda corresponde aplicar las mismas soluciones no obstante no contemplarlas el código en forma genérica, sino sólo para el caso particular de que el acreedor devuelva la prenda ajena que creía de su deudor, al verdadero dueño que la reclama (art. 3215).

36. Tocando al anticresis, la ley tampoco se ocupa de esta cuestión, pero puede sostenerse la misma solución que para la hipoteca y la prenda argumentándose "a fortiori" con el art. 3257, 2º parte.

XIV. Privilegio y derecho de retención

37. El anticresis no otorga privilegio al acreedor anticresista sobre el precio de venta de la cosa (art. 3235) a diferencia de lo que ocurre en la prenda (y en la hipoteca), pero el derecho de retención del anticresista es superior al del acreedor pignoraticio, mientras para éste tiene, según vimos, un carácter más relativo, limitado al deudor y terceros en general, cuando frente a los acreedores si éste ejerce su facultad de vender la prenda (art. 3234), para el acreedor anticresista reviste carácter absoluto (art. 3234).

38. La hipoteca y la prenda otorgan privilegio al acreedor, pero mientras para la primera el código lo entiende expresamente al capital, intereses debidos de dos años y los que corren durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago (art. 3936), no se expresa en ninguna de las disposiciones que se refieren al privilegio del pignoraticio cuál es su extensión (art.

3234, 3089, 3907 y 3913), por lo que pueden suscitarse dudas respecto a si el privilegio se extiende a los intereses. Al argumento de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, para sostener la extensión del privilegio del acreedor pignoraticio a los intereses, podría conjeturarse que los privilegios deben estar expresamente establecidos y son de interpretación restrictiva; que para la hipoteca la ley consideró necesario establecer expresamente la extensión del privilegio a los intereses y que esa extensión no la contagió en forma absoluta.

XV. Pactos prohibidos y permitidos

39. Para los tres derechos reales de garantía rige la prohibición del pacto comisorio en virtud del cual se autorizase al acreedor a apropiarse de la cosa gravada para pagarse así de su crédito. Para la prenda lo veda expresamente el art. 3222, autorizando en cambio el art. 3223 la convención de que la prenda pertenecerá al acreedor por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda. Para el anticresis se prohibe tanto como otra posibilidad (art. 3232), y sólo se autoriza la venta que antes o después del vencimiento de la deuda puede efectuar el deudor al acreedor (art. 3235). En cuanto a la hipoteca, la prohibición surge "a fortiori" del art. 3169, ya que, conforme a lo que ese precepto, ni siquiera el abandono del tercer poseedor, autoriza a los acreedores para apropiarse al inmueble o conservarlo en su poder, y su derecho respecto de él, se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio.

XVI. Objeto del derecho

40. Por definición los derechos reales no pueden tener por objeto sino "cosas" (nota al título IV del libro tercero), porque las cosas son uno de los dos elementos esenciales de todo derecho real (nota al libro tercero), a tal punto que en la legislación y en la doctrina las expresiones: "derechos reales" y "derechos de cosas" se emplean como equivalentes. "Cosas", desde luego, en la acepción técnica que le dio Freixas (art. 317 del "Esbozo") y que adoptó Vélez en nuestro código: "objetos corporales susceptibles de tener un valor" (art. 2311). Objeto de la hipoteca, de la prenda y del anticresis serán pues siempre, necesariamente, "cosas", y la única diferencia entre tales garantías (respecto de su objeto), estribará en la naturaleza inmueble del objeto de la primera y de la última y en la calidad de mueble que deberá revestir el objeto de la segunda.

41. Lo expuesto hace necesaria una explicación con respecto a la prenda, ya que el código legisla sobre la "prenda de créditos" (así como también legisla sobre el usufructo de créditos), y podría caerse en el error de pensar que un derecho real puede tener por objeto un derecho crediticio, es decir, una obligación, y que recaerá, por lo tanto, para su ejercicio, de la intermediación de un deudor, lo que sería dar por tierra con las no-

ciones más elementales que integran el concepto del derecho real (nota al inciso IV del libro tercero), entre otras la inexistencia del mercado intermediario y la necesidad de un "objeto actual". Lo que ocurre en la llamada "prenda de créditos" (al igual que en el "usufructo de créditos"), es que el "objeto actual" de la prenda no es el crédito, sino el título que lo instrumeta y es, precisamente, por ello que "no puede darse en prenda el crédito que no conste de un título escrito" (art. 5212). Las cosas que en virtud del crédito debía entregar el deudor del mismo a su acreedor (deudor pignoraticio) y que en virtud de la prenda deberá entregar en cambio al acreedor pignoraticio (acreedor de su acreedor) sólo son con relación al derecho real (prenda), "objeto futuro", y sólo serán "objeto actual" de la prenda cuando sean entregadas al acreedor prendario. Como se ve son siempre las cosas y no el crédito el objeto del derecho real (Conf. arg. arts. 4346 a 4348 del "Ejercicio" de Freitas; Comp.: Allende, Guillermo L.: "Clases de derechos reales", 1999, p. 15 y Ruzomanno, Mario César: "El objeto de los derechos reales" en *Lecciones y Ensayos*, 1999, N° 10/11, p. 157 y sigs.).