



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**PRIMER COLOQUIO REGIONAL
DE DERECHO CIVIL
ENCARNACION (ITAPUA)**

**DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN,
LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS
JUDICIALES
(CIEJ)**

Asunción- Paraguay
1999



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**PRIMER COLOQUIO REGIONAL
DE DERECHO CIVIL**

**27 DE NOVIEMBRE DE 1999
ENCARNACIÓN - ITAPÚA**

**DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES (CIEJ)**

**ASUNCIÓN - PARAGUAY
1999**

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES - CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES. "PRIMER COLOQUIO REGIONAL DE DERECHO CIVIL". Alonso y Testanova. Asunción - Paraguay.

DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa.

Primera Edición: 400 ejemplares

345 PRIMER COLOQUIO REGIONAL DE DERECHO CIVIL

COR

Corte Suprema de Justicia - División Investigación, Legislación y Publicaciones - Centro Internacional de Estudios Judiciales

"Primer Coloquio Regional de Derecho Civil. Encarnación - Itapúa". Asunción - Paraguay. Edición 1999. 74 p.

ISBN 99925-56-02-1

COORDINACIÓN:

ELIXENO AYALA, Ministro. Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ.

ENRIQUE MERCADO ROTELA, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

ESTEBAN KRISKOVICH DE VARGAS, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

WILDO RIENZI GALEANO
Presidente

LUIS LEZCANO CLAUDE
Vice-Presidente 1°

ELIXENO AYALA
Vice-Presidente 2°

CARLOS FERNÁNDEZ GADEA
JERÓNIMO IRALA BURGOS
FELIPE SANTIAGO PAREDES
BONIFACIO RÍOS ÁVALOS
RAÚL SAPENA BRUGADA
ENRIQUE SOSA ELIZECHE
Ministros

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES (C.I.E.J.)

Consejo de Dirección

WILDO RIENZI GALEANO
(Presidente Corte Suprema de Justicia)

ELIXENO AYALA
(Ministro)

ENRIQUE SOSA ELIZECHE
(Ministro)

PRIMER COLOQUIO REGIONAL DE DERECHO CIVIL

COORDINACIÓN GENERAL

ELIXENO AYALA, Ministro. Director de la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ.

COORDINACIÓN

ENRIQUE MERCADO ROTELA, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

ESTEBAN KRISKOVICH DE VARGAS, Relator Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.

LOURDES SANDOVAL LÓPEZ, Asistente Corte Suprema de Justicia.

EXPOSITORES

- 1) BUONGERMINI, MARÍA MERCEDES, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de Asunción. TEMA: *“la prenda: admisibilidad jurídica de la prenda flotante”*.
- 2) LIAL ESPINOZA, CARMEN SUSANA, Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de Encarnación. TEMA: *“Cláusulas abusivas en la Hipoteca”*.
- 3) ROYG BENÍTEZ, LUIS FERNANDO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa. TEMA: *“La fianza en el proceso Penal”*.
- 4) CANTERO SILVA, MARCIAL, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Sede Regional Itapúa. TEMA: *“La hipoteca en el proceso penal”*.

MODERADOR:

- 1) ROLÓN, WILFRIDO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.

PRESENTACIÓN

Siguiendo fielmente con su filosofía de promocionar e impulsar la investigación científica en el campo del Derecho, la División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ), bajo la dirección del Prof. Dr. Elixeno Ayala, organiza frecuentemente seminarios, conferencias, simposios y jornadas en la Capital como en el interior del país, encargándose posteriormente en publicar los resultados de esos esfuerzos intelectuales. Con su grano de arena, la mencionada División pretende despertar el interés por la investigación a nivel científico y aumentar la producción nacional en materia jurídica.

Esta publicación recoge el resultado de las exposiciones realizadas por calificados magistrados judiciales y destacados profesores universitarios durante el “Primer Coloquio Regional de Derecho Civil”, llevada a cabo en el Salón Auditorio del Palacio de Justicia de la ciudad de Encarnación, el día 27 de noviembre del año en curso, sobre los siguientes temas: “Prenda con registro flotante”, “Cláusulas abusivas en el derecho real de hipoteca”, “La fianza en el proceso penal” y “La hipoteca en el nuevo sistema penal”.

Hacía falta un texto que abordara de manera sistemática el análisis de las figuras jurídicas que integran los derechos reales y personales de garantía desde los conceptos generales, los principios y valores que las fundamentan, hasta las referidas específicamente a sus regulaciones concretas en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el campo civil como penal, así como los problemas particulares que presentan la aplicación de ellas. La División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ ha decidido acometer la tarea y éste es el resultado.

Hemos de agradecer sinceramente a los expositores este regalo de docencia y de investigación que nos han hecho. Dejan un aporte que a todos nos va a ser de suma utilidad, no solamente por el

contenido de cada uno de los temas que, sumados, nos proporcionan un panorama completo de todo el conjunto normativo que regula el funcionamiento de los derechos reales y personales de garantía, sino fundamentalmente por la profundidad del análisis y de la solidez de los comentarios y reflexiones realizadas por los panelistas sobre cada uno de los institutos que fue materia de estudio, utilizándose para el efecto los aportes más recientes de la doctrina especializada.

En suma: el Coloquio Regional no ha sido estéril. La prueba está en este libro, que contiene los frutos del evento.

Encarnación, noviembre de 1999.

Sergio Martyniuk Barán
Presidente de Turno
3ª Circunscripción Judicial

LA PRENDA: ADMISIBILIDAD JURÍDICA
DE LA PRENDA FLOTANTE

LA PRENDA: ADMISIBILIDAD JURÍDICA
DE LA PRENDA FLOTANTE

María Mercedes Buongermini*

La prenda se define como el derecho real de garantía en virtud del cual el acreedor recibe del deudor la entrega en posesión de una cosa para asegurar el cumplimiento de una obligación¹.

Al igual que la hipoteca la prenda es un derecho real parcial, que tiene por contenido el valor de cambio de la cosa. Al ser un derecho real de valor, está destinado a satisfacer el derecho al valor asegurado de la obligación que garantiza. No es un derecho real de goce, pues no procura ninguna utilidad de la cosa².

Es importante determinar que la prenda puede tener distintas modalidades. Una de ellas es la prenda común u ordinaria, otra la llamada prenda con registro o sin desplazamiento. Aunque ambas participan de características comunes, tienen sin embargo diferencias sustanciales que iremos apuntado en su oportunidad.

* Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital.

¹ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto, Derechos Reales, T. III, N° 1949, Ed. TEA, Bs. As., 1975; LAFAILLE, Héctor, Derechos Reales, T.III-IV, N° 395, 2ª Ed. Bs. As. 1925; PAPAÑO/KIPER/DILLON/CAUSE, Derechos Reales, T. III, pág. 1, Ed. Depalma, 1990, Bs. As.

² CÁMARA, Héctor; Prenda con Registro o Hipoteca Mobiliaria, N° 56, Ed. Ediar, 1961, Bs. As.; MESSINEO, Manual de derecho Civil y Comercial, § 103 N° 4, Ed. Ejea, 1955, Bs. As.

1. ORIGEN Y BREVE HISTORIA DE LA GARANTÍA REAL

La prenda como instituto jurídico nos ha llegado desde el Derecho Romano. Se discute sin embargo si tiene un antecedente griego, del cual los romanos tomaron su fuente y perfeccionaron la institución, pero lo que sí es seguro es que los juristas romanos le dieron su forma actual. La palabra prenda viene del latín *pignus*, que Gayo hace derivar de *pugno*³, vale decir puño, aunque su etimología es en la actualidad discutida.

La forma primitiva de la prenda requería la entrega en posesión de la cosa prendada al acreedor. Ya a principios de la República aparece una nueva forma de la prenda en la que el constituyente no se desprendía de la posesión de la cosa dada en prenda. No obstante estas dos modalidades, los juristas romanos concibieron y desarrollaron la prenda como un instituto unitario y único, independientemente de si existía o no desplazamiento de la posesión⁴. Así Ulpiano nos dice que la prenda se contrae no solo a través de la tradición, sino también por el simple acuerdo, aún cuando no se verifique la tradición de la cosa⁵. Desde entonces se conocieron y utilizaron los dos tipos de prenda, el *pignus datum* y el *pignus obligatum* o *conceptum*. La denominación de hipoteca con que en la actualidad se conoce al último aparece ya en la época clásica, aunque es discutido su origen y exacta antigüedad.

El *pignus obligatum* surge como consecuencia de la necesidad de dotar de un instrumento de garantía a aquellos deudores que por razones económicas o personales no podían desprenderse del bien prendado. Al principio se aplicó en beneficio de los arrendatarios de fundos productivos referente a los bienes —especialmente aperos de labranza— que el mismo introducía en el fundo, para lo cual se realizaba un inventario que individualizaba dichos bienes: *invecta*

³ D. 50, 36, 23, 8, 2.

⁴ Kaser Max, *Das Römische Privatrecht* I, § 110, I, 2ª Ed. C.H. Becksche, München 1971.

⁵ D. 13, 7, 1, pr.: "*Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*".

inlata importata. Una convención semejante se estableció para los frutos percibidos en el fundo, la que más tarde se extendió a las cosas introducidas en el marco de la locación de vivienda, de albergues y de almacenes de depósito: las *invecta inlata inducta*. Con posterioridad, ya en la época clásica, se extiende la prenda sin desplazamiento a las obligaciones surgidas de todo tipo de relaciones, probablemente influenciados por la *fiducia* y las relaciones prendarias del derecho público⁶.

El acreedor prendario gozaba ya desde el principio de la República de los medios edictales de protección, que quizá hayan reemplazado a la *actio sacramento in rem*, y extraordinariamente tenía también a su disposición la *pignoris capio*, que le permitía conservarse en la posesión de la cosa prendada y además adquirir o recuperar la posesión si la había perdido⁷. En cuanto al acreedor prendario que había convenido el *pignus obligatum*, probablemente el pretor al principio y en su etapa más antigua, le concedió el interdicto Salviano, de carácter prohibitorio, para adquirir la posesión que no había recibido al constituirse la garantía⁸. El interdicto estaba dirigido no contra el deudor, sino contra cualquier poseedor actual de la cosa. Pero pronto esta medida pretoriana fue reemplazada por un medio más eficaz, la *actio serviana*⁹, la cual tiene carácter no solo prohibitorio, sino también restitutorio y además sirve al acreedor no solamente para adquirir por primera vez la posesión de la cosa, sino para obtener la restitución de la posesión, si la perdía.

En suma, la prenda constituía una institución única que adoptaba distintas formas, a fin de posibilitar las partes la satisfacción de sus necesidades de obtención de crédito, seguridad y agilidad. Y beneficiaba tanto el crédito mismo como el interés económico del deudor en la continuidad de su producción. Con posterioridad aparecen también la prenda tácita (legal y judicial) y la prenda general sobre el patrimonio del deudor, las cuales ya son producto del

⁶ KASER, op. cit., § 110, II.

⁷ D. 47, 2, 56.

⁸ D. 43, 33; Gai. 4, 147.

⁹ D. 2, 14, 17, 2.

derecho tardío y obedecen a una concepción más socializante del derecho, pues se dan en interés exclusivo de ciertos acreedores, como el pupilo o la mujer casada, a quienes se intenta proteger, aún a costa de perjudicar la capacidad de endeudamiento del deudor.

2. CARACTERES

También participa de los mismos caracteres que el derecho de hipoteca:

- a) Es un derecho real. Atribuye a su titular el *ius perseguendi* o derecho a perseguir el bien prendado aún de manos de terceros, el *ius distrahendi* o derecho de provocar la venta forzosa de la cosa prendada, el *ius praedationis* o derecho de hacer efectiva la deuda con preferencia a otros acreedores quirografarios. Además existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa, típica de los derechos reales, por contraposición a los derechos personales. En nuestro sistema jurídico, el propio Código Civil le da el tratamiento de derecho real, de conformidad con lo establecido en el artículo 2294 y la sistemática del Código, que lo ubica en el título referente a Derechos Reales¹⁰.
- b) Es un derecho accesorio, pues presupone lógicamente la existencia de un derecho a garantizar. La prenda precisa de una obligación principal y sigue su suerte, siguiendo el principio de *accessorium sequitur suum principale*¹¹. Sin embargo para algunos autores y sistemas jurídicos, como Messineo el requerimiento de una obligación a la cual acceder, significa el presupuesto lógico de un crédito a garantizar, aunque no necesariamente cronológico¹².

¹⁰ CÁMARA, op. cit., N° 56; LAFAILLE, op. cit., N° 395; MUSTO, Néstor Jorge, Derechos reales, T. IV, pág. 154, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.

¹¹ CÁMARA, op. cit., N° 57; MUSTO, op. cit., pág. 154; PEÑA GUZMÁN, op. cit. N°1951; PAPAÑO/KIPER/DILLON/CAUSE, op. cit., pág. 3.

¹² MESSINEO, op. cit., § 103 N° 4 bis, d).

- c) Es especial, en cuanto se refiere a cosas singulares y, tradicionalmente, al crédito que asegura. Esta característica será objeto de detenido análisis más adelante.
- d) Es indivisible, lo cual significa que el gravamen permanece inmutable, no obstante las alteraciones que puedan recaer sobre el crédito garantizado o sobre la cosa afectada por la garantía. La prenda se extiende totalmente al bien o bienes afectados por ella, así como a cada una de sus porciones; al garantizar la totalidad de la deuda contraída y cada parte de la misma, los pagos parciales no la extinguen parcialmente¹³. Así lo establece expresamente el artículo 2307 del Código Civil. Este carácter configura un elemento natural de la prenda, no un requisito esencial, por tanto puede ser dejado de lado por las partes por acuerdo de voluntades¹⁴.
- e) El contenido de la prenda consiste en un *patiendo*, no en un *faciendo* para el dador o constituyente de ella¹⁵, vale decir el tercero propietario del bien prendado no es deudor, sino solo responsable y sujeto a la carga que el derecho real importa.
- f) Es convencional, es decir, se origina en el acuerdo de voluntades¹⁶. Históricamente han existido la prenda legal y la prenda judicial¹⁷. Excepcionalmente se han admitido en otras legislaciones la prenda legal y la prenda tácita¹⁸. Nuestro ordenamiento jurídico ha introducido una modalidad atípica con el artículo 2314 del Código Civil, modificando a la anterior prenda tácita del artículo 3218 del Código de Vélez, ya que ha dispuesto expresamente que no importa un privilegio prendario,

¹³ CÁMARA, op. cit. N° 57.

¹⁴ PEÑA GUZMÁN, op. cit., N°1952; PAPAÑO/KIPER/DILLON/CAUSE, op. cit., pág. 9.

¹⁵ MESSINEO, op. cit., § 103 N° 3 y 4 bis, § 14.

¹⁶ CÁMARA, op. cit. N° 57; MUSTO, op. cit., pág. 154; PAPAÑO/KIPER/DILLON/CAUSE, op. cit., pág. 3.

¹⁷ *Pignus causa iudicati captum*.

¹⁸ Como en España, y en Francia la prenda legal sobre los automotores objeto del contrato de compraventa.

por lo que se debe necesariamente concluir que se trata de un simple derecho de retención.

3. TRATAMIENTO DE DOS ASPECTOS DE LA PRENDA COMO DERECHO REAL

La especialidad y la accesoriedad son determinantes para el estudio del punto en cuestión.

1. **ESPECIALIDAD:** la especialidad se debe entender referente a la cosa objeto de la prenda y a la deuda. Es lo que se ha dado en llamar especialidad objetiva y crediticia.
- a) **OBJETIVA:** este requisito hace relación a la cosa dada en prenda. La prenda recae sobre uno o más bienes determinados e individualmente considerados. No existe la prenda general sobre todo el patrimonio de una persona, como la había en la antigüedad. Aquí debemos advertir que en realidad no existe ningún impedimento técnico-jurídico que imposibilite la existencia de derechos de garantía generales. Su exclusión del ordenamiento jurídico obedece a una decisión de política legislativa que tiene su fundamento en el interés de proteger el crédito de los deudores y su capacidad de endeudamiento, la cual se vería extremadamente disminuida en el supuesto de las prendas o hipotecas generales. Se ha señalado también la imposibilidad de que en este tipo de garantías pueda haber pluralidad de acreedores, puesto que el primer acreedor absorbería la totalidad de la garantía¹⁹.

En otras legislaciones se ha admitido también la prenda flotante con registro. Tal es el caso de la Argentina, donde en virtud del Dto. Ley 15.348/46, se ha establecido que es posible constituir derecho de prenda sobre mercaderías y materias primas en general y abarca inclusive a las que resulten de la transformación de éstas y a las que son adquiridas para reemplazarlas. Se ha dicho que este tipo de prenda *flota* sobre los bienes del deudor sin gravarlos

¹⁹ MESSINEO, op. cit., § 105 N° 1.

individualmente, sino en su conjunto y que luego desciende sobre el patrimonio concretizándose en ciertos bienes existentes en dicho patrimonio al tiempo de la ejecución²⁰. Antes de ese momento no solo no se suspende la disponibilidad de los bienes sometidos a la garantía, sino que éstos pueden ser afectados por otros privilegios y garantías, durante el tiempo en que la prenda flotante pende aguardando su concretización²¹. Este tipo de garantía no se encuentra prevista en nuestro derecho vigente, el cual tomó su fuente principal en la vieja ley de prenda con registro, en forma literal, sin introducir prácticamente modificación alguna, pero dada la agilidad, versatilidad y conveniencia de este instituto y las facilidades que ofrece su implementación, es conveniente que se efectúe una modificación legislativa que acoja esta modalidad prendaria.

b) ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO: Ya hemos visto en la monografía en la que se trata el tema de la hipoteca que la especialidad en cuanto al crédito es entendida según criterios muy diversos de interpretación. Por razones de orden metodológico y para facilitar la comprensión del tema reproduciremos brevemente lo dicho en su oportunidad. Así tenemos la especialidad entendida como:

- 1) Individualización o determinación del crédito al cual la garantía asegura. Para algunos se trata de la determinación del objeto de la deuda, otros incluyen también el monto, y por último, la corriente más rigurosa exige la especificación de **todos** los elementos de la deuda, inclusive la causa, entendida esta última como causa-fuente de la obligación. La doctrina francesa tradicional se encuadra, en general, en esta conceptualización del requisito de la especialidad, con algunas variantes. El argumento a favor de esta tesis se centra en torno de la protección del crédito del deudor y su capacidad de endeudamiento.

²⁰ MUGUILLO, Roberto, Prenda con Registro, pág. 103, Ed. Astrea, 1997, Bs. As.

²¹ CÁMARA, op. cit. N° 57.

- 2) Especificación del monto o el importe de la obligación, si está indeterminado su valor, habrá que estimarlo, de lo contrario la garantía no podrá tener eficacia²².
- 3) Una corriente más actual ha entendido que el principio de especialidad de las garantías tiene relación no con el crédito, sino con la garantía misma²³. La determinación es pues la fijación de la responsabilidad o afectación del gravamen, vale decir, el límite de afectación que el bien sometido a la garantía ha de soportar. La estimación de este monto máximo de responsabilidad forma así parte del derecho real de garantía, el crédito garantizado puede coincidir o no con este monto, y el crédito será total o parcialmente cubierto, según el caso²⁴.

En nuestra opinión, la especialidad es un carácter o cualidad de la garantía, no del crédito. Merced a esta característica se establece un monto máximo de afectación, hasta el cual el bien debe responder.

La razón de esta exigencia se debe a varios factores:

- Proteger a terceros, potenciales acreedores del deudor, dando a conocer y publicitando la afectación, para fijar inequívocamente el privilegio frente a otros acreedores, y estar al tanto de la solvencia del deudor²⁵.
- Proteger al constituyente, a fin de valorar y determinar debidamente la extensión de la garantía que avala su deuda y no perjudicar su crédito con la indeterminación de la afectación y la

²² Aubry et Rau, Tropong; idem SALVAT, Tratado de Derecho Civil Argentino Derechos Reales, Actualizado por Argañaraz, T. IV, pág. 118 y sig., Bs. As., 1962; PEÑA GUZMÁN, op. cit, N° 1797; BORDA, Tratado de Derechos Reales, T. II, pág. 258, Bs. As.; LAFAILLE, op. cit., N° 252.

²³ HIGHTON, Elena I., Hipoteca: Especialidad en cuanto al crédito, pág. 56/57.

²⁴ SILVESTRE, op. cit, pág.57 al 60.

²⁵ GUZMÁN PEÑA, op. Cit., N° 1797, b); NUTA, Ana Raquel, ROTONDARO, Domingo N., ABELLA, Adriana N., NAVAS, Raúl F., Derecho Hipotecario, pág. 71, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.

absorción de su capacidad de endeudarse con una sola operación²⁶.

2. ACCESORIEDAD: Hemos visto que la prenda es un derecho real accesorio, vinculado *ab initio* a un crédito. La finalidad de garantía del instituto en relación con el crédito determina este carácter. Nuestro derecho no admite la prenda en forma independiente de toda deuda, como otras legislaciones²⁷. Esta circunstancia importa los siguientes efectos²⁸:
- La prenda solo puede existir en relación con un crédito principal al que le sirve de garantía.
 - La prenda sigue la suerte de la obligación principal y de la condición jurídica de la misma, por tanto:
 - La cesión o transmisión del crédito principal comprende la de los derechos accesorios, en este caso la prenda.
 - La extinción del crédito principal extingue los accesorios.
 - El acreedor es el único titular de la garantía real.

Ahora bien la extinción, nulidad o caducidad de la prenda no produce la extinción de la obligación principal²⁹.

La doctrina más moderna entiende esta accesoriidad en sentido teleológico o finalista, pues su creación y regulación legal está inspirada únicamente en la idea de aseguramiento de un derecho principal. Se constituye con miras a favorecer un crédito existente o que pueda existir. Además la reserva de valor no opera por encima de la suma a que asciende la obligación principal.

²⁶ NUTA, op. cit., N° 1797 y pág. 71/72.

²⁷ Así la *Grundschild* alemana.

²⁸ CÁMARA, op. cit. N° 57.

²⁹ CÁMARA, op. cit. N° 57.

Esta obligación principal que sustenta a la prenda puede provenir de las más variadas fuentes: los contratos, los delitos, cuasicontratos, cuasidelitos e incluso de la ley.

La tesis que enumera la causa-fuente como elemento esencial, concluye que la omisión acerca de la naturaleza del contrato generador de la obligación a la que accede la garantía causa la nulidad de la prenda. Esta nulidad está considerada como de orden público y puede ser invocada por el propio deudor. En tales condiciones el título será inhábil.

4. OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS CON LA PRENDA

El artículo 2294 del Código Civil dispone que la prenda puede estar referida a una obligación cierta o condicional, presente o futura.

Ha sido objeto de discusión la determinación de los créditos que pueden estar amparados por la garantía prendaria. Actualmente se admite casi sin excepción que la prenda puede garantizar créditos futuros y condicionales. Se entiende por créditos futuros a aquellos que aún no tienen existencia, pero que la tendrán en el futuro. Es preciso notar que aunque el artículo no lo menciona expresamente, deben considerarse incluidos también los créditos eventuales, cuya existencia en el futuro es dudosa.

En las prendas referidas a créditos futuros o eventuales la garantía se constituye con anticipación al crédito a que va a acceder, y las condiciones se encuentran establecidas en el contrato de prenda. Si bien la obligación es futura, la prenda no lo es.

5. LA PRENDA COMO GARANTÍA FLOTANTE

Tratándose de la categoría de créditos futuros o eventuales, el problema que se presenta es la manera como debe verificarse el requisito de la determinación de la garantía.

Recordemos que en la hipoteca, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2359 del Código Civil, la determinación está referida al monto máximo que habrá de tener el límite de la afectación o responsabilidad hipotecaria. El sector de la doctrina argentina que admite la existencia de las hipotecas flotantes exige que la obligación a la que accederá la hipoteca debe estar determinada en todos sus elementos, o ser determinable³⁰, de modo tal que cuando nazca no haya posibilidad alguna de confusión o de substitución de la obligación garantizada por otra, en perjuicio del deudor o de otros acreedores. Esta determinación no precisa la identificación absoluta de la deuda pero exige como condición imprescindible para la validez de la garantía, que se mencione en forma expresa la causa-fuente de la obligación³¹, ya sea el contrato u otra cualquiera. Es esta causa fuente la que permite generar una expectativa legítima de que el crédito llegará a existir.

En lo que respecta a la validez de las hipotecas absolutamente abiertas, vale decir referidas a obligaciones derivadas de contratos que eventualmente podrían llegar a surgir entre las partes, la doctrina argentina se ha mostrado reacia a admitirlas, ya sea bajo la premisa de resguardar el principio de especialidad, ya sea aludiendo al principio de accesoriedad³². Hemos discutido en su oportunidad estas objeciones³³. Y, al analizar esta cuestión, hemos sentado ya el principio de que la especialidad se refiere a la hipoteca, no al crédito, por lo que bastará con que esté determinado el monto máximo de la afectación o responsabilidad hipotecaria para satisfacer la necesidad de proteger al deudor en su capacidad de endeudamiento y a los

³⁰ HIGHTON, Elena I., *Hipoteca: Especialidad en cuanto al crédito*, pág. 143. Ed. Ariel, Bs. As.

³¹ SILVESTRE, Norma Olga, *Crédito Hipotecario*, pág. 77/78 y § 12, Ed. Hammurabi, 1989, Bs. As.; NUTA, Ana Raquel, ROTONDARO, Domingo N., ABELLA, Adriana N., NAVAS, Raúl F., *Derecho Hipotecario*, pág. 79/80, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As.

³² HIGHTON, op. cit., pág. 144/145, SILVESTRE, pág. 104/105.

³³ Ver: "Régimen Jurídico de la Hipoteca Abierta", María Mercedes Buongermini P., publicado por la Corte Suprema de Justicia, División de Investigación, Legislación y Publicaciones del CIEJ, en el marco de las II Jornadas Conmemorativas de la Vigencia del Código Civil, pág. 75, 1999, Asunción.

terceros en cuanto a la publicidad de la solvencia del deudor. En relación con la segunda objeción, recordemos que la eventualidad del crédito no afecta a la accesoriedad: el crédito es presupuesto lógico de la garantía real, pero no un presupuesto cronológico de ella.

Por último es bueno recordar que en aquellos países en los que existen las hipotecas de tráfico o cambiarias e hipotecas de seguridad, la hipoteca flotante está considerada como hipoteca de seguridad –no de tráfico– y la falta de determinación actual del crédito al cual accede no afecta tampoco su validez.

Ya hemos visto al hablar de la hipoteca flotante que la solución en nuestro derecho difiere de la tesis argentina, en virtud de lo dispuesto en el mentado artículo 2359 del Código Civil, y en atención a la circunstancia de que nuestro código, al regular el instituto de la hipoteca, no ha introducido la enumeración limitativa del artículo 3131 del Código de Vélez, dice: “*El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: ... 3º) la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra... 4º) la cantidad cierta de la deuda*”. En vez de ello el artículo 2359, que en términos generales se asemeja al artículo 3109 del Código de Vélez, admite expresamente en su parte final que: “*La falta de determinación del crédito eventual garantizado no obstará a la validez de la hipoteca, toda vez que precise su monto máximo*”. Esta referencia expresa a la indeterminación del crédito eventual que hace nuestro código elimina todas las objeciones relativas a las hipotecas absolutamente abiertas o también llamadas flotantes³⁴.

Ahora bien, el capítulo IV del Código Civil que regula la prenda no contiene una norma semejante al artículo 2359. Por el contrario, al hablar de la prenda común en el artículo 2296 establece que el instrumento de prenda debe mencionar el importe del crédito, igual disposición encontramos en la sección referente a la prenda con registro, que en su artículo 2335 exige una individualización aún mayor del crédito al cual la garantía accede, requiriendo que se

³⁴ Nos remitimos *in totum* a la monografía supramencionada que contiene *in extenso* las argumentaciones y contrargumentaciones aquí brevemente esbozadas.

consigne en el contrato de prenda el monto, interés, fecha de vencimiento y lugar de pago de la deuda.

Sin duda la prenda –en sus dos modalidades de prenda común y prenda con registro– puede estar referida a créditos condicionales y futuros, y aún a los eventuales, de conformidad con lo que establece el artículo 2294. Una interpretación restringida de este artículo, en concordancia con el 2296 y el 2335, nos llevaría a pretender que los créditos futuros y eventuales deben estar perfectamente determinados al tiempo de constituirse el gravamen, lo cual sería imposible de cumplir en muchos casos y por otra parte restringiría en grado sumo la aplicabilidad del instituto.

La cuestión es si podemos realizar una interpretación analógica del artículo 2359, que se refiere expresamente a la hipoteca, por la cual se haga extensiva al derecho real de prenda la flexibilidad consagrada en la citada norma, la que, como hemos visto requiere tan solo la determinación de un monto máximo de afectación.

La doctrina argentina, así como la jurisprudencia, se han pronunciado favorables a la existencia de la prenda flotante referida a obligaciones eventuales y futuras, requiriendo para la validez de la garantía la mención de la causa–fuente de la obligación, en todo coherentes con su interpretación del artículo 3109 de Vélez. Vale decir, hace extensivas las conclusiones relativas a la hipoteca al instituto de la prenda, por la vía de la interpretación analógica³⁵.

Empero no se debe olvidar que la normativa argentina consagra con idéntico texto el contenido de los artículos 2294, 2296 en los artículos 3204, 3217 del Código Civil de Vélez, y en cuanto al artículo 2335 de nuestro Código encuentra su equivalente en el artículo 11 del Dto. Ley 15.348/46. Sin embargo la legislación argentina vigente, al regular el instituto de la prenda con registro, ha consagrado expresamente la prenda flotante, no solo en su faz objetiva, con la regulación dispuesta en el artículo 14 del Dto. Ley 15.348/46, sino también relativa al crédito, ya que el artículo 1° del

³⁵MUGUILLO, op. cit., pág. 22–25 y 30/32.

citado decreto, hoy modificado, establece: “Las prendas con registro pueden constituirse para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones, a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero”. Con esta última parte de la norma se ha abierto claramente la posibilidad de la fijación de un monto máximo de afectación, merced a lo cual la aplicación del artículo 3109 ya no solo se funda en una interpretación analógica, sino que ha adquirido entidad legislativa propia, que aunque referida a un tipo de prenda –la prenda con registro– hace sin embargo referencia expresa al instituto de la prenda y facilita su aplicación extensiva a las demás clases de prenda.

En nuestro país la solución no parece estar muy claramente determinada. Atendiendo a la circunstancia de que, aunque hoy día la prenda y la hipoteca configuran derechos reales diferentes, en su origen no fueron sino modalidades de una misma forma de garantía real, el *pignus*, podemos concluir que estos institutos gozan de una identidad de naturaleza que permitiría fácilmente la aplicación de una normativa común. No obstante se impone una modificación de la legislación vigente que determine con precisión la validez y el alcance de la prenda abierta, eliminando de este modo las dudas al respecto y que crea el tipo de prenda flotante sobre bienes fungibles que nuestro derecho no ha regulado y que sin duda constituye un instrumento eficaz y ágil para facilitar la concesión y obtención del crédito.

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LAS
CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA HIPOTECA

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN LA HIPOTECA

Carmen Susana Lial Espinoza *

Son llamadas cláusulas abusivas aquellas, que de una manera u otra, alteran significativamente el equilibrio entre las prestaciones que, en conjunto, se deban recíprocamente los contratantes.

Entendemos el abuso como un aprovechamiento indebido de un contratante sobre otro, valiéndose de circunstancias que, de suyo, significan una desigualdad entre los mismos.

El abuso puede producirse tanto en la etapa de negociación, como en las de celebración y ejecución de los contratos.

En la etapa previa los abusos se producen, cuando la capacidad de negociación de una de las partes se ve notablemente restringida por circunstancias tales como la desproporción en la capacidad económica o intelectual de una de las partes, la falta de opciones para elegir, la ligereza, la inexperiencia, el estado de necesidad de una de las partes, etc. Tales abusos se observan con más frecuencia en los llamados contratos de adhesión, aunque no significa que no pueda darse en otro tipo de contratos.

La celebración misma del contrato puede resultar un abuso cuando la suscripción se ha realizado mediando vicios en el consentimiento de una de las partes contratantes y por último, los abusos pueden surgir de la ejecución misma del contrato.

* Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de Encarnación.

Nuestro Código Civil instituye modos de restablecer el equilibrio entre las prestaciones que se deben recíprocamente los contratantes sancionando con la nulidad aquellas ventajas desproporcionadas a favor de uno ellos. Así tenemos la teoría de la lesión (art. 671 del Código Civil) así como las normas referidas a vicios en el consentimiento (arts. 277 y sgtes. del Código Civil) y la teoría de la imprevisión para circunstancias posteriores a la celebración del convenio (art. 672 del Código Civil).

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA BUENA FE

“La buena fe es un parámetro, una medida, un patrón. Es un arquetipo o modelo de conducta social que, por una parte, se impone en determinados casos de modo expreso y, por la otra, implica que se niegue la tutela jurídica como sanción cuando se produce un comportamiento de signo contrario” (FERREIRA RUBIO, citada por JORGE MOSSET ITURRASPE en su obra “INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LOS CONTRATOS”).

La conducta social a la que alude la autora es caracterizada como una conducta honesta, leal, sincera y franca en el cumplimiento de los deberes y en el ejercicio de los derechos que emergen del contrato; comportamiento que resulta ineludible pues la buena fe debe observarse tanto en la interpretación y ejecución de los contratos, como en su integración si resultare necesario.

El Código Civil en los artículos 372, 714 y 715, establece a la buena fe como estándar jurídico y principio general que debe respetarse tanto en la interpretación de los contratos, en la negociaciones y en el ejercicio de los derechos.

La buena fe constituye un elemento normativo a fin de identificar a las cláusulas abusivas, pues el apartamiento del principio de buena fe constituye una constante en las mismas.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Aún sin que el objetivo del presente trabajo sea agotar el análisis de un tema tan complejo y de tantas aristas como el de la autonomía de la voluntad, una valoración de sus elementos resulta indispensable.

La llamada autonomía de la voluntad no es un concepto unívoco y de fácil captación, tanto es así que la doctrina y la jurisprudencia extranjeras se han ocupado más de definirla en un sentido negativo, es decir por las restricciones a la autonomía de la voluntad presentes en un sistema jurídico, que precisando sus conceptos.

Sin embargo, podemos señalar que el ámbito de un sistema jurídico que permita a la persona la decisión sobre como y cuando ejercer sus derechos y crear relaciones jurídicas con los demás, es el segmento donde se ejerce la autonomía de la voluntad. Así tal concepto es definido por Federico de Castro y Bravo citado por Luis F. Reyes en la monografía publicada en la Revista La ley, Edición Argentina, como *“poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación a los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”* y así Luis Díez Picazo citado por el mismo autor en la publicación ya señalada, la define como: *“un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas”*.

Nuestro Código Civil establece expresamente la consagración a tal principio en su artículo 669, que expresa: *“Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”*.

RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Ahora bien, aún cuando la autonomía de la voluntad se encuentra legalmente admitida, asimismo la ley establece restricciones a su ejercicio que podemos clasificar en los siguientes grupos:

- 1) OBJETO ILÍCITO: de conformidad al artículo 299 del Código Civil se encuentra expresamente prohibido contratar sobre objetos ilícitos, que contraríen la moral y las buenas costumbres. Cuando los contratantes se comprometen prestaciones recíprocas que tengan un componente ilícito o inmoral la ley fulmina con la nulidad tales convenciones.
- 2) CLÁUSULAS que signifiquen un aprovechamiento de la desigualdad existente entre las partes contratantes. En otras palabras cuando una de las partes se encuentra en superioridad de condiciones, ya sea por circunstancias económicas, intelectuales o propias del mercado, de tal forma que la otra parte se limita a prestar su aceptación a las condiciones impuestas por la otra; la ley limita la autonomía de la voluntad estableciendo que en presencia de las llamadas cláusulas leoninas o abusivas el obligado podrá ser dispensado de cumplirlas o pedir su modificación equitativa, así el artículo 691 del Código Civil establece un listado, que puede considerarse enunciativo y que constituye una significativa limitación a la autonomía de la voluntad.
- 3) CLÁUSULAS cuyo contenido es desconocido por una de las partes, lo que se produce cuando alguna cláusula remite al contenido de estatutos, reglamentos internos, etc., que la otra parte no tiene un mecanismo accesible para conocer y que limitan su capacidad de comprensión. Así también aquellas cláusulas que sean redactadas de un modo inentendibles y oscuras. En tales supuestos la autonomía de la voluntad queda restringida por la prohibición de pactar convenios en la forma señalada, pues los mismos contrarían el principio de la buena fe que impone la obligación de las partes de ofrecerse la recíproca información y aclaración de

todos los elementos que permitan la adecuada valoración y apreciación de las conveniencias del contrato.

- 4) ORDEN PÚBLICO Y NORMAS IMPERATIVAS por su propia naturaleza limitan la autonomía de la voluntad, conforme se señala seguidamente:

ORDEN PÚBLICO Y NORMAS IMPERATIVAS

El concepto de orden público ha sido largamente debatido y abarca elementos tan amplios que su sentido no es unívoco, por lo que al solo efecto de aproximarnos a la comprensión del concepto, citaremos a Juan Francisco Linares quien citado por Mariano Gagliardo, define al objeto jurídico orden público como: *“...un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente”*.

El orden público es utilizado en nuestro Código Civil como limitación a la autonomía de la voluntad en su artículo 9 cuando expresa: *“los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*.

Ahora bien, según algunos autores el *“orden público”* es el *“interés público”*, por lo que trasciende a lo jurídico e ingresa al derecho positivo a través de las normas imperativas, que no son una categoría diferente del orden público, sino que éste -en sus muchas acepciones- se manifiesta a través de normas imperativas.

Las normas imperativas no se distinguen sólo porque sean obligatorias (todas las normas lo son), sino porque las partes no pueden apartarse de lo que ellas disponen, son de necesaria aplicación y de cumplimiento forzoso cualquiera sea la voluntad de las partes y tienen en mira no sólo el interés general sino ocasionalmente el interés particular o privado, si la ley les otorga trascendencia.

Las llamadas normas imperativas restringen la autonomía de la voluntad por expresa disposición legal que se expresa señalando en el artículo 669 del Código Civil: “...*observando las normas imperativas de la ley...*”.

Siguiendo el análisis podemos decir que son normas imperativas, por ejemplo, aquellas que imponen a las partes el deber de ajustar sus pactos a la buena fe, tanto en la negociación y celebración del contrato, como a su ejecución, pues tal disposición no puede ser soslayada ni por las partes ni por el Juez.

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Los llamados contratos de adhesión no se encuentran regulados en forma separada en nuestro Código Civil; sin embargo en el artículo 691 el citado cuerpo legal se refiere específicamente a este tipo de convenio entre las disposiciones generales y lo hace específicamente en el capítulo referido al consentimiento o acuerdo entre las partes necesario para la celebración de un contrato.

Y es que la cuestión del consentimiento y sus variables, es lo que resulta el rasgo distintivo de los contratos de adhesión, que resultan una categoría autónoma de los contratos. Esto es así, pues a diferencia de los otros tipos de convenios dónde las recíprocas prestaciones son negociadas por los interesados, en los contratos de adhesión una de las partes impone a la otra cláusulas redactadas en serie y con anticipación, por lo que la otra debe limitarse a prestar su consentimiento, sin tener oportunidad de discutir o negociar cada una de ellas.

Esta situación se produce por diversos factores que ya se han señalado en otros apartados, por lo que la ley establece una serie de cláusulas que son consideradas leoninas o abusivas, sin perjuicio de que tal listado es sólo enunciativo.

La autonomía de la voluntad se ve severamente restringida para la parte más débil en este tipo de contratos por lo que en materia de interpretación el artículo 713 del Código Civil dispone que en caso

de dudas se interprete a favor de la parte que se ha limitado a aceptar las condiciones impuestas por la otra.

Al respecto podemos señalar las conclusiones a las que se ha arribado en las XVI JORNADAS DE DERECHO CIVIL de la Argentina, cuando la Comisión N° 3 ha coincidido en afirmar que: 1) *Debe adoptarse una interpretación tendiente a implantar el carácter justo de los contratos y la garantía de equidad en las obligaciones contractuales*; 2) *En los contratos paritarios o discrecionales rige la plena autonomía privada, con las limitaciones clásicas*; 3) *En los contratos por adhesión a cláusulas generales, predispuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida además, al mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio.*

¿EL CONTRATO DE HIPOTECA ES UN CONTRATO DE ADHESIÓN?

La hipoteca es un derecho real que confiere a su titular un determinado poder sobre la cosa hipotecada y se constituye como garantía de cumplimiento de una obligación, a la cual accede.

La hipoteca se constituye por contrato, que resulta -en la práctica- ser un contrato de adhesión; pues las cláusulas y condiciones resultan de un formulario tipo elaborado por las entidades de crédito a las que la otra parte sólo se adhiere sin posibilidades de negociación. Así las entidades bancarias disponen de las tasas de interés, las penalidades y las demás condiciones.

Precisando, entonces, que coincidimos con el criterio de que el contrato en el cual se constituye la garantía real de hipoteca es un contrato de adhesión, debemos entonces concluir -necesariamente- que en la autonomía de la voluntad, a más de las limitaciones comunes a los demás contratos, se encuentra sometida al mantenimiento del razonable equilibrio entre las prestaciones.

REVISIÓN JUDICIAL

Alegada la condición de abusiva de alguna o todas las cláusulas de un contrato, corresponde la revisión judicial de tales

cláusulas, pronunciamiento que no puede ajustarse únicamente a la letra de la ley; para lo cual resulta indispensable contar con magistrados que, a más de las reglas de interpretación conocidas, no pierdan de vista las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean a los contratantes, ni la trascendencia social y económica del contrato, que comprendan acabadamente que el principio de igualdad establecido en la Constitución Nacional resulta el fundamento normativo para proteger a la parte débil en los contratos, y por último que adviertan que los derechos humanos están comprometidos en la contratación.

Sin embargo, no debemos incurrir en la arbitrariedad que significaría que con el pretexto de restablecer la equivalencia entre las prestaciones, se obstaculice el ejercicio regular de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, y se pierda de vista la finalidad del contrato cual es su ejecución en la forma pactada al que las partes se encuentran sujetas como a la misma ley, por aplicación del mismo principio de la buena fe.

EFFECTOS DE LA REVISIÓN JUDICIAL

De acuerdo al tipo de abuso que haya sido alegado la revisión judicial del contrato podrá significar la declaración de nulidad de todo o parte del mismo o su modificación equitativa, en los términos de los artículos 671, 672 y 691 del Código Civil.

FORMAS DE DETERMINAR SI UNA CLÁUSULA ES ABUSIVA

A fin de determinar si una cláusula es abusiva debemos considerar, siempre que se trate de contratos onerosos, los siguientes factores:

- 1) determinación de ventajas excesivas: debe analizarse si una cláusula por sí sola o en concurrencia con otra otorga excesivas ventajas a uno de los contratantes rompiendo el equilibrio entre las prestaciones recíprocas. A fin de determinar si las ventajas son excesivas deben considerarse no solo el aspecto objetivo y económico de las prestaciones, sino la valoración que de éstas

- realicen los contratantes de acuerdo a sus condiciones personales;
- 2) en la interpretación del contrato y en su ejecución debe tenerse en cuenta la buena fe;
 - 3) debe analizarse la intención común de las partes y analizar si se ha mantenido o no el equilibrio entre los contratantes.

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE HIPOTECA

La autonomía de la voluntad en los contratos de hipoteca, se ejerce de diversas maneras como por ejemplo cuando el acreedor puede elegir, si ejecutar simultáneamente varios inmuebles o sólo algunos de ellos, así como pactar las condiciones y los plazos para el cumplimiento de la obligación principal, pero esa misma autonomía de la voluntad queda limitada por el artículo 2368 del Código Civil que sanciona con la nulidad a las siguientes cláusulas: *“En la convención hipotecaria, serán nulas las siguientes cláusulas: a) la que prohíba al deudor oponer excepciones; b) la que permita al acreedor exigir el capital en caso de mora por intereses, antes de que se adeudare un semestre vencido; c) la que autorice el remate del inmueble gravado, sobre una base inferior a las dos terceras partes de la valuación fiscal para el pago del Impuesto Inmobiliario; d) la que prohíba al propietario vender o gravar el bien hipotecado; e) la que, concertada antes del vencimiento de la deuda, otorgue al acreedor el derecho de quedarse con la propiedad del bien en caso de falta de pago, o el de enajenarlo de otra manera que por ejecución judicial; y f) la renuncia de la facultad del deudor para redimir la carga que grave el inmueble, establecida por este Código, o la designación de un plazo mayor para enajenarla”*.

Dado que hemos considerado al contrato de hipoteca como un contrato de adhesión debemos concluir que también podrán surtir efectos en tales contratos aquellas cláusulas enunciadas en el artículo 691 del Código Civil.

Así tenemos, que podrían ser consideradas cláusulas abusivas aquellas que típicamente *establecen como instrumento hábil para iniciar la ejecución hipotecaria los formularios de solicitud de crédito, las liquidaciones de crédito, la hoja mayor de cuentas corrientes y en general los resúmenes de cuentas con características de liquidación*, elaborados por la entidad acreedora, cuando tales instrumentos no han sido presentados al deudor a los efectos de su impugnación, si correspondiere y sostenemos esta tesis pues la buena fe obliga a las partes a informar concretamente todos los elementos necesarios para la comprensión de la otra parte, y la elaboración unilateral de documentos sin participación del deudor significa un desequilibrio exagerado e inexcusable entre las partes.

Otro ejemplo serían las cláusulas que *permiten al acreedor exigir el pago total del capital con uno o dos meses de mora*; tal cláusula sería abusiva pues el deudor al momento de pagar no puede elegir si su pago deberá ser imputado al capital o a los intereses, por lo que los pagos efectuados son imputados por la entidad de crédito, primero a los gastos, intereses y por último al capital. Así ocurre que la mora en el pago de los intereses habitualmente se traslada a una mora en el pago del capital y si se autorizara al acreedor a demandar con solo una cuota de capital vencida colisionaría con la prohibición expresa contenida en el inciso "b" del artículo 2.368 del Código Civil. En otras palabras, se produce una situación de hecho que hace que la mora en el pago de los intereses produzca la mora en el pago del capital y autorizar a demandar en un periodo menor implica, en la práctica, convertir a la normativa ya citada en letra muerta, siendo una norma imperativa de la cual no es posible apartarse.

Otro ejemplo con el cual nos encontramos con frecuencia es la cláusula que *prohíbe al deudor dar en alquiler el inmueble hipotecado sin la autorización del acreedor hipotecario*. Entendemos que tal cláusula sería abusiva por cuanto resulta una restricción ilegal al ejercicio de la propiedad. Y desnaturaliza la garantía real de hipoteca por la cual el deudor conserva el uso y goce de la cosa con la única limitación de aquellos actos que puedan disminuir el valor del inmueble y el acreedor tiene fundamentalmente dos derechos básicos el de persecución y el de preferencia, que no le otorgan ningún otro

poder sobre la cosa hipotecada. Las cláusulas así redactadas implican una prohibición al deudor de arrendar hasta tanto el acreedor de su autorización, con lo cual transfiere al acreedor un segmento importante del derecho de usar y gozar de la cosa.

En los autos caratulados: “ITÁ BANK S.A. DE INVERSIÓN Y FOMENTO C/ FRANCISCO JAVIER CASCO S/ COBRO DE GUARANÍES” (*se trata en realidad de una ejecución hipotecaria*), tramitado ante el Juzgado del 11° Turno en lo Civil y Comercial de la Capital, se ha alegado la condición de abusiva de una cláusula donde pactada la indexación se estableció un parámetro que resultaba excesivo y contrario a la buena fe. La citada cuestión se planteó por vía de excepción y se encuentra pendiente de resolución.

Se observa también en algunas hipotecas una cláusula que establece, que en caso de que el deudor decida vender o prometer en venta la propiedad, deberá comunicar por escrito a la entidad crediticia y que en tal caso, ésta se reserva el derecho de reclamar la totalidad de la deuda. En estas condiciones resulta una cláusula disfrazada en contradicción con el inc. “d” del artículo 2368, pues si la entidad bancaria puede reclamar la totalidad de la deuda y el decaimiento de todos los plazos, ello constituye en la práctica un obstáculo ilegal a facultades que son propias del dominio.

VÍAS PROCESALES

Con respecto a la vía procesal idónea, existen criterios, por un lado se tiene la idea de que la nulidad de las cláusulas abusivas puede alegarse como defensa por vía de excepción en una ejecución. Contra este criterio se alzan aquellos que expresan que la nulidad de una o todas las cláusulas de una hipoteca no puede plantearse en un juicio ejecutivo por tratarse de una cuestión que desnaturaliza la finalidad del juicio ejecutivo, que exceden su carácter sumario y que se trata de una cuestión que debe discutirse con amplitud en proceso de conocimiento ordinario.

La opción planteada tiene consecuencias, pues existen cuestiones como la prescripción, el carácter de nulas o anulables de las convenciones, etc. que pudieran eventualmente plantearse.

CONCLUSIONES

- 1) Los contratos donde se constituye la garantía real de hipoteca, son contratos de adhesión pues la generalidad de las cláusulas es redactada por uno de los contratantes (*parte fuerte*) y aceptada por la otra (*parte débil*).
- 2) En la interpretación de las cláusulas de los contratos de hipoteca debe necesariamente considerarse todos los límites a la autonomía de la voluntad que son comunes a los demás contratos y más aquellas que tiendan a mantener el equilibrio entre los contratantes.
- 3) En caso de ser considerada abusiva una o varias cláusulas en los contratos de hipoteca es de estricta aplicación el artículo 691 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) MOSSET ITURRASPE, JORGE. "Interpretación económica de los contratos". RUBINZAL-CULZONI Editores.
- 2) GILBERTO VILLEGAS, CARLOS. "Las Garantías de Crédito". Segunda edición actualizada. RUBINZAL-CULZONI Editores.
- 3) SANTIAGO VILLAREJO, JOSÉ. "De los Derechos Reales en el Código Civil". EDITORA LA LEY S.A.
- 4) MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO. "CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS -En el Código Civil -En la Nueva Ley del Consumidor". INTERCONTINENTAL EDITORA.
- 5) HIGHTON, ELENA I. "JUICIO HIPOTECARIO 1. Intimación del pago. Excepciones. Sentencia". EDITORIAL HAMMURABI

LA FIANZA EN EL PROCESO PENAL

LA FIANZA EN EL PROCESO PENAL

Luis Fernando Royg Benítez*

I. INTRODUCCIÓN

El tema que pretendemos desarrollar en esta jornada de reflexión jurídica de ninguna manera puede considerarse novedoso en nuestro sistema procesal penal.

Sin embargo, con la entrada en vigencia por ahora parcial del nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 1286/98) y su próxima vigencia total en fecha 1° de marzo del año 2000, es oportuno y conveniente examinar la institución de las fianzas a la luz de esta nueva disposición legal.

Cabe señalar además, que el instituto que es tema de nuestro análisis, tiene directa relación con la nueva orientación que tiene el nuevo código ritual, que abandonando el viejo sistema inquisitivo, adopta el sistema acusatorio, fundamentalmente de respeto a las garantías constitucionales y entre éstas, a la libertad ambulatoria de las personas.

La libertad personal es un bien cada vez máspreciado y de ahí que se exija mayor respeto por parte de las autoridades -entre quienes nos encontramos los jueces o magistrados- y demás personas que integran la sociedad, pues su revalorización tendrá repercusiones en el tratamiento del imputado durante el desarrollo del proceso penal.

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.

II. OBJETO

En cuanto al objeto de la fianza aunque el nuevo Código Procesal Penal no lo mencione en forma explícita, de sus normas se infieren que ella tiene por objeto que el imputado se halle efectivamente sometido al procedimiento, vale decir, que el imputado se presente a las citaciones que le señale el juez. Es similar a lo que concretamente dispone en la actualidad el Código de forma de 1890, que en su artículo 354 establece: “*La caución tendrá por objeto garantizar la comparecencia del procesado, cuando fuere llamado o citado por el Juez que conociere de la causa*”. En el procedimiento actual se le denomina *fianza del procesado en libertad, y también de libertad condicional*.

III. CLASES DE FIANZAS

La caución podrá ser *personal, real o juratoria*, dice el artículo 257 del nuevo Código Procesal Penal, y a continuación establece quienes podrán otorgar cada una de ellas.

- 1) La caución personal podrá otorgarla toda persona que tenga suficiente arraigo en propiedades raíces y tenga capacidad legal para contratar. (art. 257, 3er. párrafo).

Las exigencias o requisitos indispensables para otorgar *caución personal* lo constituyen consecuentemente: a) el suficiente arraigo en propiedades raíces; y, b) la capacidad legal para contratar.

El primero de los requisitos mencionados, *suficiente arraigo en propiedades raíces*, a nuestro entender no tiene una redacción feliz o acertada por cuanto al hablar de *arraigo*, que normalmente en procedimiento significa la obligación, impuesta en ciertos casos al litigante, de afianzar su responsabilidad o las resultas del juicio, no tenía el legislador necesidad de agregar la frase *en propiedades raíces*, pues ello tiene un carácter limitativo casi exclusivo a ciertos tipos de bienes del fiador, en este caso inmuebles o bienes raíces.

Hasta hoy en día, las *fianzas personales* en el proceso penal son otorgadas en la generalidad de los casos por los mismos abogados defensores de los imputados. ¿Será que todos los profesionales abogados tienen el suficiente arraigo en propiedades raíces como para constituirse en *fiadores personales*?

Nos preguntamos, con esta redacción de la norma comentada ¿puede o no una persona considerada moral y materialmente solvente, y que no posea propiedades raíces, constituirse en *fiador persona*?

La respuesta entiendo que le dará la futura interpretación jurisprudencial, en atención a la finalidad y la naturaleza de la institución.

Esa misma desacertada redacción ya tenía a mi juicio el artículo 360 del Código de Procedimientos Penales de 1.890, y fue copiada tal cual por esta nueva legislación, aunque en la práctica la misma no era observada por los jueces ni por los profesionales abogados.

En cuanto al segundo de los requisitos, el de la *capacidad legal para contratar*, es preciso que sepamos quienes pueden y quienes no pueden ser fiadores.

El artículo 1458 del Código Civil prescribe: “*Pueden ser fiadores todos los que tienen la libre administración de sus bienes. No pueden serlo:*

- a) *los menores emancipados, aunque obtengan autorización judicial;*
- b) *las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones;*
- c) *los padres, tutores y curadores de incapaces, en representación de éstos, aunque sean autorizados por el juez;*
- d) *los administradores de sociedades, si no tuvieren poderes especiales para afianzar. Quedan incluidos entre ellos los de sociedades anónimas;*

e) los mandatarios a nombre de sus mandantes, si no tuvieran poderes especiales; y

f) el cónyuge administrador, bajo el régimen de la comunidad de bienes, sin la conformidad del otro”.

- 2) La caución real podrá constituirse mediante garantía real o depósito de sumas de dinero o valores razonables que fije el juez con relación al patrimonio del imputado que cubran las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.

De este tipo de fianza no nos ocuparemos en razón que las mismas serán desarrolladas por otros expositores en esta misma jornada.

- 3) La caución juratoria la podrá otorgar el imputado cuando la naturaleza del hecho punible que se le atribuya, haga presumir que no burlará la acción de la justicia (art. 257, 5to. párrafo).

Conforme a esta disposición el propio imputado puede otorgar este tipo de fianza, estableciéndose una presunción a favor del mismo imputado que no burlará la acción de la justicia.

Claro está que la naturaleza del hecho punible atribuídole debe favorecer esta presunción *juris tantum*.

Por otra parte, la caución juratoria de referencia debe ser aplicada en conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 245, penúltimo párrafo del nuevo Código Procesal Penal, que prescribe: *“En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas”.*

Por último, este mismo artículo 257 dispone que la fianza puede prestarla un tercero a favor del imputado, en este caso el tercero asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que haya señalado el juez penal.

IV. IMPORTANCIA

La fianza en el nuevo proceso penal adquiere una importancia mucho más trascendente que la que tenía en el anterior, por el sistema adoptado. Debemos señalar que la institución de la fianza se halla muy unida a la nueva concepción de litigar en libertad, a la del respeto a la libertad ambulatoria, a la del principio de inocencia y al de proporcionalidad entre otros.

El nuevo Código Procesal Penal es amplio en cuanto a la regulación de medidas sustitutivas o alternativas de la prisión preventiva, la que debe ser aplicada como última ratio dentro de las medidas cautelares personales.

En ese sentido el artículo 245 que legisla sobre las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, establece un catálogo de medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Ese listado ¿es taxativo o simplemente enumerativo, que permita otras eventuales medidas sustitutivas no contempladas expresamente en la ley?

De la lectura del Código puede colegirse que las dichas medidas tienen un carácter taxativo, ya que el texto dice: “.....el juez, de oficio, preferirá imponerle en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:”.

Sobre el punto, Javier Llobet Rodríguez, en una monografía de su autoría sobre “LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS SUSTITUTIVOS”, dice: “El principio de proporcionalidad a través del subprincipio de necesidad, debe llevar a la conclusión de que podría acudirse a alguna medida no contemplada cuando con ella se hiciera disminuir el peligro respectivo. Igualmente puede incluso imponerse más de una de las medidas previstas, por ejemplo, la obligación de

presentarse periódicamente al tribunal y la imposición de una caución monetaria. Esto es reconocido en forma expresa por el mismo Código”.

Continúa afirmando el mismo autor, “De entre las medidas sustitutivas de la prisión preventiva la que tradicionalmente ha tenido más relevancia es la imposición de una caución monetaria, la que se ha revelado como alternativa problemática debido a la pobreza de los sectores seleccionados como imputados por el sistema penal, a esto se agrega a que en ocasiones se fijan cauciones demasiado altas, lo que provoca el retardo de la excarcelación o bien impide que ésta pueda llevarse a cabo. Debido a su importancia en la práctica es que la excarcelación bajo caución monetaria ha recibido una regulación detallada, a diferencia de las otras medidas sustitutivas de la prisión preventiva”.

Entre las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, en el inc. 7) se lee: “la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o *la fianza de una o más personas idóneas*.”

La última frase se refiere evidentemente a la fianza personal de la que ya nos hemos ocupado anteriormente.

Esto quiere decir que entre las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, de modo tal a aliviar lo gravoso que implica la restricción de libertad del imputado, se encuentra la de aplicar en reemplazo de esa medida cautelar, una caución que en principio puede ser *real o personal*, pero que sin embargo no se agota en esas dos posibilidades, pues en el penúltimo párrafo del mismo artículo comentado, nítidamente se establece que: “En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, *se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas*”.

Se advierte pues que la caución o fianza, en cualquiera de sus clases o formas, como medida alternativa de la prisión preventiva

para lograr la libertad ambulatoria del imputado, cumple un rol de relevancia en la nueva concepción del proceso penal e incluso entre las mismas medidas alternativas o sustitutivas enumeradas en el Código Procesal Penal, ya que la *caución juratoria deberá ser aplicada con preferencia a las demás medidas*, en caso que el imputado se someta al procedimiento.

V. MONTO DE LAS CAUCIONES

En cuanto a este aspecto, el nuevo código se limita a decir que: “El juez penal podrá fijar la clase e *importe de la caución* y decidirá sobre la idoneidad del fiador” (art. 257, 1er. párrafo).

Sin embargo, es de suma relevancia que para la fijación del monto de las cauciones, debe tomarse “...en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado, y todas las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad”, como muy bien lo expresaba el artículo 353 del Código Procesal de 1890. En este mismo sentido se pronuncia el Código Procesal Penal de Costa Rica, que al respecto dice: “.....*se tendrá en cuenta la naturaleza del delito y la condición económica, personalidad y antecedentes del imputado.....*” debiendo en definitiva ser fijada en una suma “.....*que constituya un motivo eficaz para quese abstenga de infringir sus obligaciones*”.

La caución está relacionada fundamentalmente con la disminución del peligro de fuga, lo que es reconocido en forma implícita por el nuevo código, al indicar que la caución se ejecutará cuando el imputado sea declarado rebelde o se sustraiga de la ejecución de la pena, si el fiador no lo presente en el término de cinco días (art. 258 NCPP).

De ahí que, en la fijación del monto de la fianza deba estimarse una suma que sea suficiente para disminuir el peligro de fuga, es decir, que no tenga interés en sustraerse a la acción de la justicia, pero tampoco que el mismo sea de tal forma excesiva que haga imposible su cumplimiento.

Ello, por supuesto, envuelve graves dificultades en la práctica pues la decisión judicial que establece el monto de la caución, como toda resolución debería ser fundamentada, es decir, indicarse lo que se tomó en consideración para fijarla. Empero, en la praxis forense, en ningún Juzgado o Tribunal, observamos que se explicita los parámetros tenidos en consideración para la fijación del monto de las cauciones.

La doctrina en lo referente al monto de la caución ha establecido algunas pautas o criterios, que lógicamente no deben ser aplicados en forma estricta, sino en consideración a los casos particulares en concreto. Algunos de esos criterios son que cuanto mayor sea la pena con que la ley castiga el hecho punible atribuido al imputado, mayor debe ser la caución, ya que existirá mayor interés del imputado en eludir la acción de la justicia.

Por otro lado, otro criterio sustentado es el de que a mayor capacidad económica, mayor monto de la caución. Igualmente se dice que el monto del provecho económico que supuestamente obtuvo el imputado con la comisión del hecho punible, puede influir al imputado a darse a la fuga para disfrutar de los bienes apoderados ilegítimamente y que no han sido secuestrados. Por ello, ese parámetro debe tenerse en consideración al momento de precisar el monto de la caución.

En nuestro país, tenemos numerosos ejemplos de imputados por delitos económicos, que en verdad disfrutaban en libertad el fruto de sus acciones ilegales y las cauciones fijadas quizás constituyan montos que hasta podrían ser considerados ridículos.

Asimismo, la doctrina indica que la educación, la profesión, situación familiar y social del imputado pueden ser importantes para precisar si el mismo es propenso o no a cumplir sus obligaciones, para determinar mejor el monto de la caución.

VI. COMO SE INSTRUMENTAN LAS FIANZAS

Con respecto a como se instrumentan las fianzas en el proceso penal, es un tema que en muchas ocasiones ha ocasionado diversas formas de interpretación y consecuentemente de aplicación. Esta suerte de confusión persiste aún en nuestros días en las diversas Secretarías de los Juzgados de Primera Instancia en lo Criminal.

En realidad, la caución real hipotecaria o la prenda con registro, no ofrecen mayores dificultades, pues deben efectuarse por Escrituras Públicas.

Igualmente la caución juratoria, que más que caución propiamente dicha se trata de una promesa del propio imputado, se instrumenta en acta que suscribe el encausado con el Actuario del Juzgado.

La cuestión se plantea en efecto con las fianzas personales. No hace mucho tiempo atrás todavía los Secretarios-actuarios instrumentaban las fianzas personales en Protocolos o Registros Públicos, con todas las formalidades de las Escrituras Públicas. Los actuarios entonces poseían o manejaban sus propios Registros o Protocolos. Luego al crearse los registros personalizados y las hojas de seguridad notarial los Secretarios ya no pudieron acceder a este tipo de Protocolos.

El Prof. Víctor B. Riquelme, en su conocida obra "INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL", T. I. pág. 402, respecto al mismo tema dice: "*Las cauciones personales o juratorias, se constituyen apud acta, en registros de contratos del Secretario Actuario; en las primeras, el Juez fija el monto de la responsabilidad en dinero (art. 366 C.P.P.)*".

Efectivamente la disposición legal citada, establecía que: "*La caución aceptada se extenderá por diligencia en el proceso.....*", autorizando de ese modo a constituir las fianzas en actas por el Secretario.

En el nuevo Código Procesal Penal no existe una disposición clara como existe, por ejemplo, en el Código Procesal de la Nación Argentina, en cuyo artículo 325 dice: *“Las cauciones se otorgarán antes de ordenarse la libertad, en actas que serán suscriptas ante el Secretario. En caso de gravamen hipotecario, además se agregará al proceso el título de propiedad y previo informe de ley, el juez ordenará por auto la inscripción de aquel en el Registro de Hipotecas”*.

No obstante, el artículo 246 del nuevo Código Procesal Penal, dispone: *“CONTENIDO DEL ACTA. Antes de ejecutar las medidas alternativas o sustitutivas, el secretario labrará un acta que contenga: 1).....2) la identificación y domicilio de las personas que intervengan en la ejecución de la medida, la aceptación de la función o de la obligación que se le asignó”*.

Dentro del inciso transcrito aunque no se exprese en forma explícita, se infiere que el fiador personal, interviene en la ejecución de la medida ordenada por el Juez Penal, como asimismo se le hace saber de la función u obligación que se le asignó en tal carácter, la que por supuesto debe ser suscripta ante el Secretario.

Vale decir pues en conclusión, que *las fianzas personales deben otorgarse en actas dentro del proceso, las cuales deberán ser efectuadas antes de ejecutar las medidas sustitutivas dispuestas por el juez*.

Otro tema un tanto oscuro, suele constituir lo referente al costo o precio de las hoy mal llamadas *escrituras de fianzas*, debiendo ser designadas con el nombre de *actas de fianzas*, que deben redactarse con las formalidades propias de las actas judiciales.

Para esclarecer o quizás tan solo para unificar criterios conviene recordar la plena vigencia de la Acordada N° 20 de fecha 5 de setiembre de 1.984, que en su artículo 4° dispone; *“Por cada poder que autoricen los secretarios de la jurisdicción criminal, percibirán el importe equivalente a tres jornales mínimo legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República. Asimismo,*

por cada acta de fianza que extiendan dichos secretarios, percibirán el importe equivalente a tres jornales mínimo legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República. Estas cantidades serán pagadas por las personas que soliciten los servicios del actuario para la actuaciones mencionadas”.

Esta Acordada debe ser aplicada estrictamente, para lo cual es importante su difusión permanente, pues o se cobra por demás (cuando el monto de la fianza se trata de una suma importante) o simplemente por el otro extremo no se paga pues el profesional abogado desconoce que debe abonarse por este concepto.

Pero lo fundamental para evitar actos de corrupción o cobros indebidos, es implementar lo dispuesto en el artículo 5° de la misma Acordada, que consiste en que: *“La Dirección Administrativa proveerá a los funcionarios los formularios de comprobantes que los mismos expedirán en las circunstancias precedentemente señaladas”.*

VII. CANCELACIÓN DE LAS CAUCIONES

Las cauciones otorgadas pueden ser canceladas, en las condiciones señaladas en el artículo 259 del nuevo código ritual, que dice: *“La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad:*

- 1) *cuando el imputado sea puesto en prisión preventiva o arresto domiciliario;*
- 2) *cuando se revoque la decisión que impuso la caución;*
- 3) *cuando por resolución firme, se absuelva o se sobresea al imputado;*
- 4) *cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o se prescinda de ella; y*
- 5) *con el pago de la multa impuesta en la sentencia”.*

Estimamos que en cuanto a la cancelación de las cauciones previstas por nuestro nuevo ordenamiento procesal penal, las mismas contemplan los casos posibles que puedan darse para proceder a la cancelación de las mismas.

Es importante quizás señalar no obstante que en todos los casos en que se dispongan por resolución judicial la cancelación de las cauciones, se haga saber por cédula de notificación a los que otorgaron cauciones, especialmente a los que prestaron caución real o personal.

VIII. CONCLUSIÓN

Este trabajo es apenas un esbozo de todo cuanto puede aún desarrollarse en el tema de las cauciones en el proceso penal.

Como hemos analizado, quedan aspectos en la legislación positiva que ir integrando, las que probablemente se irán haciendo a través de las interpretaciones jurisprudenciales de los señores magistrados nacionales.

Aliento la firme convicción que jornadas como éstas se irán sucediendo con relativa frecuencia, las cuales a no dudarlo constituyen espacios de reflexión que nos ayudarán a mejorar la administración de justicia, que es anhelo de todos.

LA HIPOTECA EN EL PROCESO PENAL

LA HIPOTECA EN EL PROCESO PENAL

Marcial Cantero Silva*

A los efectos de la consideración de la cuestión enfocada en la presente síntesis, no nos detendremos, por ahora, a profundizar acerca de las posiciones doctrinarias imperantes en materia de hipoteca. Sin embargo, con el propósito de situarnos en el tema convocante, es menester realizar algunas puntualizaciones sobre el particular. En tal sentido brevemente recordaremos algunos caracteres y efectos jurídicos de lo que en nuestra legislación civil se halla caracterizada como “derecho real de hipoteca”. Comenzaremos señalando las disposiciones de algunos artículos del Código Civil que nos introducen en la materia.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL CÓDIGO CIVIL

Artículo 2356. Por el derecho real de hipoteca se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero. Cuando un tercero lo hiciere en seguridad de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente, como deudor directo o subsidiario.

Artículo 2359. Puede constituirse hipoteca en garantía de un crédito condicional o indeterminado en su valor, o de una obligación eventual, o de hacer o no hacer, o que tenga por objeto prestaciones

* Abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Posgrado de Especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Sede Regional Itapúa. Catedrático de “Derecho Comercial” en la referida Facultad.

en especie, siempre que se declare un valor estimativo en el acto de constitución, el cual podrá ser reducido por el deudor, si procediere. La falta de determinación del crédito eventual garantizado no obstará a la validez de la hipoteca, toda vez que se precise su monto máximo.

Artículo 2364. La hipoteca es activa y pasivamente indivisible. Cada una de las cosas afectadas a una deuda y cada parte de ellas, garantizan el pago de toda la deuda y de cada parte de la misma. Pero si al ejecutarse el crédito o al dividirse el inmueble gravado, fuere éste susceptible de un útil fraccionamiento, la venta o la partición se hará en esta forma.

Artículo 2373. La hipoteca inscrita confiere al acreedor un derecho preferente a ser pagado sobre el precio del inmueble. Podrá demandar la ejecución y venta de la cosa hipotecada, sea que ella esté en poder del deudor, del constituyente, o de un tercer poseedor.

Del examen de estas disposiciones y sus concordantes, recordamos los caracteres primordiales de la hipoteca:

- 1) La especialidad, o sea, que no puede afectar sino a bienes determinados por una suma también determinada;
- 2) La indivisibilidad, significa que el gravamen afecta a la totalidad del bien hipotecado y a cada una de sus porciones; y además la hipoteca garantiza la totalidad de la deuda contraída y cada parte de la misma, de manera que los pagos parciales no la extinguen parcialmente. Este carácter está relativizada en nuestro derecho, ya que se admite la ejecución parcial del bien, o la reducción de la hipoteca a una fracción del mismo;
- 3) La accesoriedad, pues supone la existencia de una obligación principal y sigue su suerte.

También anotamos los principales efectos jurídicos de la hipoteca:

- 1) La atribución del derecho de provocar la venta forzosa (*ius distrahendi*);
- 2) La posibilidad de perseguir también de terceras manos (tercerador o tercero adquirente) y de provocar igualmente la venta forzosa del bien hipotecado (*ius persecuendi*);
- 3) La prelación en la satisfacción del crédito.

ASPECTOS CONCERNIENTES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Ahora nos trasladamos al Código Procesal Penal, a fin de vislumbrar los aspectos salientes de la normativa que contiene respecto de la hipoteca. Recordemos que en ese Código se utilizan, también, algunos términos o conceptos comunes al Derecho Civil, pero cuyas acepciones resultan particulares a la materia tratada en el mismo; y, por tanto, varían ligeramente del contenido usual que se le confiere en el campo civil, por lo que también es conveniente realizar sobre los mismos algunas consideraciones. En efecto, el Código Procesal Penal se refiere a la hipoteca al tratar las cauciones reales, en el Libro Cuarto que corresponde a la Primera Parte denominada "Parte General". El plexo normativo de referencia establece:

LIBRO CUARTO. MEDIDAS CAUTELARES. Título I. Normas Generales (Arts. 234 al 238) Artículo 234. Principios Generales.

Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este código.

Las medidas cautelares sólo serán impuestas, excepcionalmente, siempre mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir las necesidades de su aplicación.

Artículo 235. Carácter. Las medidas serán de carácter personal o de carácter real.

Las medidas cautelares de carácter personal consistirán en la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva, cuya aplicación se hará con criterio restrictivo. Las medidas cautelares de carácter real serán las previstas por el Código Procesal Civil. Estas podrán ser impuestas únicamente en los casos expresamente indicados por este código y las leyes especiales.

TITULO II. MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL. (Arts. 239 al 259) Artículo 245. Medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva. Siempre que el peligro de fuga o de obstrucción puedan ser evitados por la aplicación de otra medida menos gravosa para la libertad del imputado, el juez, de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión preventiva, alguna de las alternativas siguientes:

- 1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella;*
- 2) la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez;*
- 3) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*
- 4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez;*
- 5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar determinados lugares;*
- 6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y*
- 7) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante el depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.*

El juez podrá imponer una o varias de estas alternativas, conjunta o indistintamente, según cada caso, adoptando las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

No se impondrán estas medidas contrariando su finalidad. Cuando el imputado no las pueda cumplir por una imposibilidad material razonable, en especial, si se trata de persona de notoria insolvencia o disponga del beneficio de litigar sin gastos, no se le podrá imponer caución económica.

En todos los casos, cuando sea suficiente que el imputado preste juramento de someterse al procedimiento, se decretará la caución juratoria, antes que cualquiera de las demás medidas.

Las medidas que se dicten como alternativa a la prisión preventiva, o que las atenúe, cesarán automáticamente y de pleno derecho al cumplirse dos años desde que fueran efectivizadas, si en tal plazo no hubiese comenzado la audiencia del juicio.

Artículo 257. Caucciones. El juez penal podrá fijar la clase e importe de la caución y decidirá sobre la idoneidad del fiador.

La caución podrá ser personal, real o juratoria.

La caución personal podrá otorgarla toda persona que tenga suficiente arraigo en propiedades raíces y tenga capacidad legal para contratar.

La caución real podrá constituirse mediante garantía real o depósito de sumas de dinero o valores razonables que fije el juez con relación al patrimonio del imputado que cubran las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.

La caución juratoria la podrá otorgar el imputado cuando la naturaleza del hecho punible que se le atribuya, haga presumir que no burlará la acción de la justicia.

Cuando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado.

Con la autorización del juez, el imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente.

Artículo 258. Ejecución de las cauciones. En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustraiga de la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca al procedimiento o cumpla la condena impuesta. Este emplazamiento será notificado al fiador, advirtiéndole que si no comparece el imputado o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución será ejecutada, conforme a lo previsto por este código.

Artículo 259. Cancelación de las cauciones. La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad:

- 1) cuando el imputado sea puesto en prisión preventiva o arresto domiciliario;*
- 2) cuando se revoque la decisión que impuso la caución;*
- 3) cuando por resolución firme, se absuelva o se sobresea al imputado;*
- 4) cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o se prescinda de ella; y*
- 5) con el pago de la multa impuesta en la sentencia.*

De la lectura de los artículos que preceden, extraemos algunos lineamientos que nos ayudan a la comprensión del ámbito de aplicación de la materia que tratamos. Así el señalado artículo 234 establece que *“Las únicas medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este código”*. Seguidamente aclara la característica de tales medidas y dice: *“Las medidas cautelares sólo*

serán impuestas, excepcionalmente". Complementado por la disposición del transcripto artículo 235, que preceptúa que "*Las medidas cautelares de carácter personal consistirán en la aprehensión, la detención preventiva y la prisión preventiva*", y que la aplicación de las mismas "*se hará con criterio restrictivo*".

Como vemos, estas disposiciones se enmarcan dentro de lo que se conoce como "constitucionalización del proceso" es decir, afirmar definitivamente dentro del proceso los valores supremos contenidos en nuestro máximo ordenamiento. En tal sentido recordamos que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece "*la prisión preventiva sólo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio*". Considerando que nuestra Carta Magna data del año 1.992 y que ya por entonces el Paraguay había ratificado por Ley N° 1 del 8 de agosto de 1.989, la "Convención Americana Sobre Derechos Humanos" conocido también como "Pacto de San José de Costa Rica", en el que, también, se establecen amplias garantías sobre la libertad de locomoción de la persona. Así en el artículo 7 del "Pacto de San José" dice: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*"; y en el numeral 5 del mismo artículo continúa: "*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*". Estos contenidos normativos de máximo rango, formalmente vigentes desde hace ya aproximadamente una década, no han tenido, ciertamente, en nuestro proceder concreto, un satisfactorio correlato de cara a un significativo respeto hacia la libertad de locomoción de nuestros compatriotas, lo que pone de manifiesto nuestro apego hacia lo que podríamos denominar como resabio de un sistema penal inquisitorio, que ha enrarecido nuestra concepción y actuación como operadores jurídicos frente al respeto hacia los derechos humanos en general y hacia la libertad de locomoción en particular, y ha condicionado nuestro proceder, a lo que en nuestra jerga folclórica forense quedó retratada como: "*primero adentro, después hablamos*". La normativa de nuestro flamante Código Procesal Penal,

“nuevamente”, deja sin sustento jurídico nuestra inveterada cultura de escasa consideración hacia ese supremo valor humano denominado libertad de locomoción. Esto, considerando que, como se ha señalado, nuestro sistema penal desde aproximadamente una década a esta parte, ostensiblemente instaura un régimen normativo que favorece la permanencia en libertad de los imputados y la recuperación de ella para los procesados, lo que deberemos anotar en primera línea los operadores del sistema jurídico actual y comprometernos a su mejor cumplimiento.

OBJETO DE LA HIPOTECA EN EL PROCESO PENAL

Dentro del contexto señalado, y como una opción, dentro del abanico de posibilidades, para buscar el equilibrio entre la eficacia del proceso penal y la libertad de locomoción del imputado, se inserta el derecho real de hipoteca como garantía que brinda el imputado, o un tercero, para el cumplimiento del deber de someterse a los mandatos judiciales. Por tanto, la hipoteca en el proceso penal tiene por objeto garantizar la comparecencia del imputado excarcelado o eximido de prisión cuando fuese llamado por el juez de la causa, o, lo que el Código denomina “*comparezca al procedimiento*”; y, si bien al establecer el monto sobre el que se ha de brindar la garantía, corresponde merituar la naturaleza del delito y las condiciones personales y antecedentes del agente para determinar la cantidad y calidad de la caución, debe apartarse de ella toda referencia con relación a la responsabilidad civil del procesado, que es una materia que no compete a la caución que se traduce en hipoteca dentro del proceso penal; ya que por expresa disposición de los artículos 234, 235 y 260 del Código Procesal Penal, la responsabilidad civil será garantizada por “*medidas cautelares previstas por el Código Procesal Civil*”. Con lo relacionado, se percibe la configuración de lo que el Código Civil prevé en el artículo 2359, cuando establece que mediante la hipoteca se podrá garantizar una “*obligación de hacer*”, con la observación del cumplimiento de la exigencia del “*principio de la especialidad*” establecido en el mismo artículo cuando preceptúa que por lo menos “*se precise el monto máximo*” garantizado, lo que a su vez se autoriza en el artículo 257 del Código Procesal Penal al establecer: “*El juez podrá establecer la clase e importe de la caución*

...”, así como la observación de la exigencia contenida en el artículo 2357 que reza: “*La hipoteca sólo puede constituirse por contrato en la forma establecida en este Código*”, lo que, a su vez, nos remite al artículo 700 que establece: “*Deben ser hechos en escritura pública: a) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados ...*”. De tal manera que el juez en lo penal deberá designar al escribano ante quien deberá formalizarse la escritura pública pertinente.

FIANZA SOLIDARIA LEGAL

Cuando la hipoteca sea constituida por un tercero, la ley procesal penal convierte a este en un fiador solidario. En efecto, el artículo 257, cuarta parte, del Código Procesal Penal dice: “*Cuando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado*”. Ya sabemos que la hipoteca constituye una de las formas de “caución” establecida en nuestro proceso penal; de manera que esta norma establece una variante en cuanto al carácter tradicional de la hipoteca constituida por un tercero y extiende las consecuencias de la obligación contraída, con los caracteres de la obligación solidaria y sus efectos. Por tanto, el contenido de la hipoteca para el tercero deja de constituir sólo un “*patiendo*” y adquiere el carácter del “*faciendo*”; vale decir, el tercero ya no es un simple responsable y sujeto de la carga que importa el derecho real, sino es un verdadero deudor solidario.

EJECUCIÓN

El artículo 258 del Código Procesal Penal establece las pautas para la ejecución de las cauciones, que es el género al cual pertenece la hipoteca en el proceso penal. En tal sentido dice: “*En los casos de rebeldía o cuando el imputado se substraiga de la ejecución de la pena, se fijará un plazo no menor de cinco días para que comparezca al procedimiento o cumpla la condena impuesta. Este emplazamiento será notificado al fiador, advirtiéndole que si no comparece el imputado o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución*

será ejecutada, conforme a lo previsto por este código". Si por los medios establecidos en el artículo precedente, queda determinado el incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, no cabe duda de que la ejecución por la cantidad establecida es procedente, de lo contrario, la ejecución no procede, porque para ello se necesita la existencia de una deuda líquida y exigible, y mientras se encuentre en discusión si ha habido, o no, incumplimiento, si ese incumplimiento ha sido parcial o no, no hay título ejecutivo y por tanto no procederá la aplicación de las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, en el Título denominado "De la ejecución hipotecaria" (art. 503 y sgtes.). El procedimiento de ejecución hipotecaria deberá substanciarse ante la misma instancia penal y el legitimado para instarlo es el Ministerio Público como representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales. Aquí recordamos que desde el punto de vista político-criminal, las penas y medidas constituyen medios de protección a la sociedad. En cuanto al destino del bien ejecutado, el mismo deberá ingresar a Rentas Generales de la Nación, teniendo en consideración que la Ley Orgánica del Ministerio Público no prevé su inclusión en el rubro denominado "Fondos Propios".

CONCLUSIÓN

La "caución" es una de las "medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva" que establece el artículo 245 del Código Procesal Penal. "La caución podrá ser personal, real o juratoria" (art. 257, 2ª parte). "La caución real podrá constituirse mediante garantía real o depósito de sumas de dinero o valores razonables que fije el juez con relación al patrimonio del imputado que cubran las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales" (art. 257, 4ª parte). Queda claro entonces, que la hipoteca integra una de las formas de "garantía real" de la que habla el referido artículo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) BACIGALUPO, ENRIQUE. "Manual de Derecho Penal". Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1.998.

- 2) BINDER M., ALBERTO. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Edit. Ad Hoc. Buenos Aires. 1.999.
- 3) BORDA, GUILLERMO. Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales. Tomo II. Edit. Perrot. 1.984.
- 4) LAFAILLE, HECTOR. Derechos Reales. Tomo III. Edit. Buenos Aires.
- 5) MAZEAUD, HENRI. Lecciones de Derecho Civil. Tomo III.
- 6) MESSINEO, FRANCESCO. Derecho Civil y Comercial. Tomo IV. Edit. EJEA. Buenos Aires. 1.979.
- 7) NUTA, ROTONDARO, ABELLA, NAVAS. Derecho Hipotecario. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1.993.
- 8) PEÑA GUZMÁN, LUIS ALBERTO. Derechos Reales. Tomo III. Edit. TEA. Buenos Aires. 1.975.
- 9) ROXIN CLAUS. Traducción: LUZON PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, REMESAL. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Edit. Civitas. Madrid, España. 1.997.

ÍNDICE

ÍNDICE

LA PRENDA: ADMISIBILIDAD JURÍDICA DE LA PRENDA FLOTANTE.....	9
1. Origen y breve historia de la garantía real	12
2. Caracteres.....	14
3. Tratamiento de dos aspectos de la prenda como derecho real.....	16
4. Obligaciones que pueden ser garantizadas con la prenda	20
5. La prenda como garantía flotante.....	20
CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA HIPOTECA.....	25
Las cláusulas abusivas y la buena fe.....	28
Autonomía de la voluntad.....	29
Restricciones a la autonomía de la voluntad.....	30
Orden público y normas imperativas	31
Contratos de adhesión y la autonomía de la voluntad.....	32
¿El contrato de hipoteca es un contrato de adhesión?.....	33
Revisión judicial	33
Efectos de la revisión judicial.....	34
Formas de determinar si una cláusula es abusiva	34
Las cláusulas abusivas en el contrato de hipoteca	35
Vías procesales	37
Conclusiones.....	38
Bibliografía	38
LA FIANZA EN EL PROCESO PENAL.....	39
I. Introducción	41
II. Objeto.....	42
III. Clases de fianza.....	42
IV. Importancia	45
V. Monto de las cauciones	47
VI. Como se instrumentan las fianzas	49
VII. Cancelación de las cauciones	51
VIII. Conclusión	52

LA HIPOTECA EN EL PROCESO PENAL.....	53
Algunas consideraciones desde el Código Civil.....	55
Aspectos concernientes en el Código Procesal Penal.....	57
Objeto de la hipoteca en el proceso penal.....	62
Fianza solidaria legal.....	63
Ejecución.....	63
Conclusión.....	64
Bibliografía.....	64

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 1999
en el Departamento de Servicios Gráficos
del Poder Judicial
Alonso y Testanova
Asunción – Paraguay