

La preferencia de la prenda y la hipoteca cuando no existe concurso: El alcance de la derogación de los artículos 2359-2389 del Código Civil.

Por **Jorge Rodríguez Russo**

Prof. Adj. de Derecho Privado II-III, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

I. Es un dato objetivamente comprobable la proliferación de normas legales extracodificadas que directa o indirectamente inciden en las instituciones y categorías disciplinadas por los Códigos pioneros.

Dichos cambios legislativos, variados y en progresivo aumento, generan problemas interpretativos y de armonización con el sistema de principios y valores del Código Civil, careciendo con frecuencia de un adecuado Derecho transitorio¹.

En el último decenio se pueden mencionar a vía de ejemplo algunas leyes que incorporan nuevas instituciones o establecen nuevas regulaciones, como la Propiedad Fiduciaria (Ley 17.703²), la Unión Concubinaria (Ley 18.246) o las Tasas de Interés y Usura (Ley 18.212), o bien disciplinan temáticas que por razones de política jurídica demandan una parcial derogación de determinadas normas del Código Civil, como ha sucedido con Ley de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387.

Esta última norma en su artículo 256 derogó más de treinta disposiciones del Código Civil (artículos 2359 a 2389) eliminando así, entre otras cosas³, las preferencias que como derechos reales confieren la prenda común y la hipoteca, implantando un sistema de créditos con *privilegio especial* (artículo 109)⁴.

II. Dado el carácter genérico de la mentada derogación -pues no se hace reserva alguna- una interpretación *literal y aislada* de la norma podría conducir a pensar que han sido suprimidas por completo las disposiciones del Código Civil que establecían la preferencia de la prenda común y la hipoteca, en particular los artículos 2372 inciso 2º, 2380 y 2381.

Si esa realmente fuera la solución no puede menos que señalarse su incompatibilidad, dado que si no hay concurso significaría eliminar uno de los principales atributos de las garantías reales: la **preferencia** de cobro. Preferencia que un muy calificado sector de la doctrina considera como un *derecho procesal*. Carnelutti⁵, por ejemplo, sostiene que en la *prelación* "la obligación no compete sino al oficio ejecutivo, mientras que la situación de los acreedores postergados corresponde a una típica sujeción: los acreedores simples sufren la prelación del acreedor hipotecario como el corredor menos rápido queda retrasado respecto de otro corredor más veloz". Añade el insigne jurista italiano que el hecho que

el acreedor hipotecario sea preferido a los demás acreedores no significa que éstos estén obligados a nada para con él, sino que están sujetos a dejarlo pasar adelante; "quien tiene una obligación frente al acreedor hipotecario es siempre y únicamente el oficio ejecutivo". La prelación, pues, no significa otra cosa que el derecho a obtener del oficio ejecutivo un tratamiento diverso y mejor que los otros acreedores, lo cual "*lógicamente no se resuelve en un derecho de crédito defendido por un derecho real, sino en un derecho de crédito dotado de una más enérgica acción ejecutiva*".

En la civilística nacional Gamarra participa también de la naturaleza procesal de la preferencia, consignando que "no se trata de una nota típica del derecho real, y tanto es así, que pueden existir derechos personales con preferencia, como sucede con los acreedores privilegiados. Pero, además, (y aunque este punto puede ser dudoso) *creo preferible pensar que el derecho de preferencia es un derecho procesal*, compartiendo las razones expuestas por Carnelutti"⁶.

Pues bien, si fuera efectivamente un derecho procesal debería ser ubicado entre las *situaciones jurídicas procesales*, que consisten en la "posición en que se encuentran los distintos sujetos de un proceso -Juez, partes, auxiliares, terceros- frente a la norma jurídica que regula el proceso"⁷. Al decir de Barrios de Ángelis serían aquellas posiciones que frente a la norma procesal asumen los sujetos del proceso y que contempla la ley procesal⁸.

Sin embargo, la norma que consagra la preferencia no es una norma procesal, ni por su forma material, ni por su contenido⁹; por el contrario, es el propio Código Civil quien la establece (artículos 1472 numeral 1º, 1487, 2297, 2355, 2372 inciso 2º, 2380, 2381).

En anterior trabajo hemos señalado¹⁰ que la preferencia no es un derecho, ni sustancial, ni procesal, sino un atributo de ciertos derechos subjetivos privados, pues si bien es cierto que puede haber *preferencia* sin prenda y sin hipoteca (los privilegios en el régimen del Código Civil), no puede existir derecho de prenda o de hipoteca sin preferencia, nota ésta que en rigor pertenece al derecho sustantivo, dado que la prioridad en el cobro no la confiere el proceso judicial, ni una norma jurídica procesal. El hecho que se haga efectiva en un proceso¹¹ no le otorga naturaleza procesal; lo refrenda el propio Código Civil (inciso 2º del artículo 2372, que como veremos continúa vigente fuera de las situaciones reguladas por la Ley 18.387): *las preferencias dimanar de la prenda y la hipoteca*, no de su ejecución judicial (*rectius*, ejecución forzada del derecho de crédito garantizado).

A nuestro juicio, pues, no es un *derecho autónomo*, ni procesal, ni sustancial; es más bien una nota tipificante de determinados derechos subjetivos, como lo son los derechos de prenda y de hipoteca, que cumplen una específica función de garantía del crédito. El efecto más saliente de la constitución de una garantía real, dice Messineo¹², es precisamente la *atribución* de la prelación.

Según Gabrielli¹³ en la estructura formal de los derechos reales de garantía es posible escindir la garantía de la prelación, en cuanto la garantía refiere a la relevancia *interna* del acto, es decir, a la relación que emerge entre los sujetos de la operación contractual, mientras que la prelación refiere a la relevancia *externa*, incidiendo sobre el régimen de circulación del derecho: oponibilidad del título, solución de conflictos de intereses entre el constituyente, acreedor garantizado y terceros.

Independientemente de la naturaleza de la preferencia no hay duda alguna que aquella interpretación¹⁴ -esto es, la completa derogación, entre otros, de los artículos 2380 y 2381 del Código Civil- conduciría a consecuencias totalmente graves e incoherentes, pues comportará ni más ni menos que fuera de las situaciones de concurso la prenda y la hipoteca no conferirían prioridad alguna en el cobro al acreedor prendario e hipotecario. Porque si hay concurso regulado por la nueva Ley tendrán un *privilegio especial* (artículo 109), que los habilita a cobrar antes sobre el producido de la enajenación de los bienes gravados (artículo 181). Pero si no hay una situación de concurso del constituyente de la prenda y de la hipoteca no se aplica la Ley 18.387, pero tampoco los artículos 2380 y 2381 del Código Civil, por haber sido derogados por completo.

Si ese fuere el resultado no hay duda que se verían seriamente afectadas las garantías reales codicísticas, dado que sería completamente inútil recurrir a ellas como instrumentos de protección del crédito si en realidad no otorgan preferencia alguna. Privar a la prenda y a la hipoteca de la prioridad en el cobro es condenarlas al destierro del tráfico negocial, en virtud de que la inherencia del poder del titular del derecho sin la preferencia sería insuficiente para cumplir integralmente con su función asegurativa¹⁵.

III. Ahora bien, no puede ser ese el resultado interpretativo asignable a la derogación del Código Civil dispuesta por el citado artículo 256 de la Ley¹⁶.

Pensamos que sin necesidad de recurrir a la *interpretación restrictiva* -que es una interpretación correctora- apelando a la sistemática de la propia Ley se puede postular la vigencia de los artículos 2380 y 2381 del Código Civil cuando no hay concurso, o cuando existe un concurso que no es regulado por la Ley 18.387.

Según Guastini a través de la *interpretación correctora* no se atribuye a un texto normativo el significado literal más inmediato, sino un significado *distinto*. Y para justificarla se utiliza principalmente el argumento de la "disociación", pues hay al menos dos razones para restringir el alcance de una norma respecto de su campo de aplicación "natural": o porque el intérprete desee *reconducir el supuesto de hecho al dominio de una norma distinta*, ya que eso satisface mejor su sentimiento de justicia, o porque quiera *excluir ese supuesto de hecho del campo de aplicación de la norma en cuestión*, en virtud de

que, de otro modo, se produciría una contradicción, en cuyo caso se apela al dogma de la coherencia del derecho¹⁷.

La interpretación sistemática, que es una estrategia argumentativa que puede reconducirse al ámbito de la interpretación correctora, permite obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el sistema o subsistema jurídico de que se trate, atendiendo al contexto en el que está la disposición y que puede ser más o menos amplio (los demás párrafos de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, hasta la totalidad de las disposiciones que componen un Ordenamiento Jurídico)¹⁸.

En ese sentido Larenz¹⁹, refiriéndose a la función general del contexto como fomentadora de la comprensión y del papel que juega la conexión de significado de la ley en orden a su interpretación, destaca que dicha conexión solo es comprensible si se atienden a los fines de la regulación. Ello exige en primer lugar, prestar atención al contexto, pero también a la concordancia objetiva de las disposiciones dentro de la regulación, especialmente a la ordenación externa de la Ley, pues dicha conexión solo puede comprenderse muchas veces cuando se retorna a la teleología de la norma y al sistema interno subyacente de las decisiones valorativas y principios determinantes.

En el caso a examen, atendiendo a la propia *ratio* de la Ley, mediante una *interpretación sistemática*, se puede postular aquel resultado interpretativo. Primeramente, porque si no hay concurso²⁰ es claro que no rige la Ley. Más aún, ella tiene delimitado con precisión su *ámbito de aplicación objetivo y subjetivo* en sus dos primeros artículos. Y en el inciso 4º del artículo 2º establece que el concurso del deudor que no realice actividad empresaria ("**personas físicas no comprendidas en la presente ley**") se seguirá regulando por las normas del Código General del Proceso (Título VII, Libro II, artículos 452-471), entre las cuales se encuentra el artículo 464, cuyo inciso 1º dispone: "*aprobada o ejecutoriada la graduación, si se hubieren vendido todos los bienes, se distribuirá el producto en el orden establecido por las normas del Código Civil y a prorrata entre los acreedores quirografarios*".

En consecuencia, si se excluye de la nueva normativa al concurso de las personas físicas que no realicen *actividad empresaria*²¹ es dable pensar que no se aplica *in totum* la nueva Ley, pues la misma no formula reserva o salvedad alguna. Por lo tanto, para estas situaciones *no incluidas*²², puede entenderse que se mantiene intacto el régimen del Código Civil sobre graduación de acreedores, al que por otra parte **reenvía** el citado artículo de la Ley procesal²³. Máxime cuando la propia Ley de Concursos (inciso final del artículo 2) establece que tales supuestos "**se seguirán regulando**" por las normas del Código General del Proceso y concordantes, disponiendo claramente que en ese aspecto en nada cambió respecto a la disciplina que se aplicaba antes de su entrada en vigencia. El régimen de este Código, aplicable hasta el momento de sanción de la nueva Ley, *seguirá regulando*²⁴ estos concursos, por lo cual es dable entender que la nueva norma no modifica en absoluto esa situación. Así

ha sido señalado por otra parte en la Exposición de Motivos del Mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 21 de agosto de 2006: "*Debe señalarse que el Proyecto establece un procedimiento para empresas, **quedando vigente** el Código General del Proceso para aquellos deudores personas físicas por deudas de consumo*".

Refuerza también este entendimiento la circunstancia que se trate de una *derogación* y no de una *sustitución* de las normas del Código Civil. Tal como señala Guastini, esta forma de derogación cancela una norma preexistente, junto con la disposición que la expresa, sin sustituirla en forma alguna por una nueva norma²⁵. Pero la derogación explícita de una norma formulada sustrae también todas las normas que de ella se derivan y todas las normas para cuya derivación aquélla es necesaria en conjunción con otras normas²⁶. En el caso del artículo 256 de la Ley 18.387 la derogación expresa es doble: por un lado hay una derogación formal o nominada de todas las normas que individualiza (entre las que se encuentran los artículos 2359-2389) y por otro una derogación material o innominada ("*y toda otra disposición que se oponga a lo dispuesto por la presente ley*")²⁷.

Refiriéndose a esta dificultad adicional en la interpretación e integración de las disposiciones de la nueva Ley, Holz y Rippe expresan que coexistirán ahora dos regímenes que atribuyen naturaleza diversa a los créditos prendarios e hipotecarios: en los concursos regidos por esta Ley serán créditos *privilegiados*, mientras que en los regidos por las disposiciones del Código General del Proceso tendrán naturaleza de créditos *preferentes*²⁸. Esta última solución ha sido criticada por la doctrina especializada en la materia, dado que no tiene explicación plausible que las personas físicas que no sean titulares de una empresa se sigan regulando por el concurso del Código General del Proceso, sistema poco flexible y en contra de las orientaciones de la doctrina y el Derecho Comparado, con el agravante que la nueva Ley, además, deroga la Ley 17.292, que agilizaba los procesos concursales²⁹.

Según Rodríguez Mascardi la calificación que realiza la Ley como créditos con privilegio especial parece ser "*a los solos efectos concursales*", como se dijo en una de las primeras Jornadas sobre el tema. Tal inclusión "responde a la necesidad de ordenar la prelación del pago, y *a los solos efectos concursales así se les califica*"³⁰.

Por consiguiente, ***tanto para las situaciones en que no existe concurso, como para aquellas de personas físicas que no están incluidas***, puede entenderse que se mantiene intacto el régimen del Código Civil sobre graduación de acreedores, régimen al que por otra parte remite el citado artículo 464 del Código General del Proceso.

No se trata de una *interpretación correctora*, puesto que no se restringe el sentido literal para reconducir tales supuestos de hecho al dominio de una norma distinta (Código Civil), ni se los excluye a éstos del campo de aplicación de la norma en cuestión (Ley de Concursos), sino que es esta propia Ley la que en forma expresa y precisa delimita su ámbito de aplicación (artículos 1 y 2),

disponiendo su inaplicabilidad: a) Cuando no hay concurso³¹; b) Cuando el concurso es de una persona física que no realiza actividad empresarial.

En este último aspecto Martínez Blanco³², al plantearse la interrogante acerca de cuál es el régimen de preferencias y privilegios aplicables a los *concurso civiles* una vez derogadas las normas que los consagraban (artículos 2359-2389 del Código Civil), señala que dos interpretaciones son posibles al efecto. La *primera* es considerar que no existen privilegios en el régimen concursal civil, por lo que todos los acreedores estarán en pie de igualdad, lo cual sería contrario a la propia esencia del sistema concursal. Una *segunda* interpretación, a la cual adhiere el doctrinario, es entender que en base al inciso final del artículo 264 de la Ley³³ todas las disposiciones contenidas en los artículos 108 a 114 de la misma serán aplicables a los concursos civiles regulados por el Código General del Proceso.

Ahora bien, tal argumento normativo no tiene la consistencia necesaria para fundar una conclusión de ese tenor, pues no puede perderse de vista que el citado artículo 264, que atañe a la armonización con el régimen anterior, *no dice que sean aplicables las normas concursales de la nueva Ley*, sino que las disposiciones legales anteriores, cuando refieren a concurso, concordatos o moratorias, deben entenderse realizadas al concurso. Como señalan Holz y Rippe³⁴, la norma ha sido dispuesta **"a los efectos de sentar criterios generales de armonización terminológica"**.

También Ciavattone y Gaglianone³⁵ se pronuncian por la aplicación de los artículos 109 y 110 de la Ley a las preferencias y privilegios en caso de concurso civil regulado por el Código General del Proceso. Señalan los doctrinarios que en virtud de la derogación dispuesta por el artículo 256 y atento al reenvío a la norma procesal que efectúa el artículo 2º de la Ley, tres interpretaciones son posibles al efecto: 1) Que al haber sido derogadas las disposiciones que en el concurso civil establecían las preferencias para los créditos prendarios o hipotecarios (artículo 2381 del Código Civil), los mismos *carecen* de preferencia alguna. 2) Que en base a una interpretación armónica de los textos legales cuando el artículo 2 in fine de la Ley refiere a "*normas concordantes*" implicaría una intención del legislador de remitirse al fundamento de las leyes análogas, que en el caso son las contenidas en materia de privilegios de la Ley Concursal. 3) Que las derogaciones dispuestas por el artículo 256 lo son *únicamente* a los concursos comprendidos por la nueva Ley, quedando vigentes para el concurso de la persona física que no realice actividad empresarial. Luego de descartar la primera³⁶ y la última³⁷ de las interpretaciones, concluyen que en base a una interpretación lógico sistemática de los textos legales, y recurriendo al fundamento de las leyes análogas, debe entenderse que cuando el artículo 2 de la Ley reenvía al régimen del Código General del Proceso y "*normas concordantes*" hay que concluir que éstas son las disposiciones previstas en materia de privilegios en la Ley Concursal, siendo entonces aplicable el artículo 109 (créditos con privilegio especial).

No obstante, creemos que la interpretación que sustentan los autores es pasible de la misma crítica que formulan a la interpretación a favor de la vigencia de las preferencias del Código Civil, a saber: hacer decir a la norma lo que ella no dice. Porque así como el multicitado artículo 256 no distingue, tampoco lo hace el tramo final del artículo 2º, que dispone que para tales concursos "*se seguirán*" aplicando el Código General del Proceso y normas concordantes, sin efectuar distinción ni reserva alguna en cuando a la inaplicabilidad total de la Ley 18.387. Más aún, la norma es contundente en cuanto a la **exclusión total** pues refiere a "las personas físicas **no comprendidas en la presente ley**". Si la intención fue que la clasificación de los créditos prevista en los artículos 108-114 también resultare aplicable a los concursos que no están regidas por la misma, lo hubiere dicho expresamente. Pues cuando el legislador concursal, a pesar de la exclusión, quiso que determinadas normas fueran aplicables, así lo estableció de manera inequívoca: el propio artículo 2 en el inciso 3º, cuando excluye del régimen de la Ley al Estado, Entes Autónomos... y entidades de intermediación financiera, agrega, "*en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso, contenidas en el Título IX*". Existe aquí una exclusión expresa, bajo reserva de ser aplicables igualmente determinadas normas de la Ley Concursal. De manera que una interpretación sistemática del propio artículo 2 conduce a la conclusión contraria.

Por otra parte los problemas de *subdeterminación* del derecho, como son las lagunas, suponen la existencia de un supuesto de hecho que no está correlacionado con ninguna consecuencia jurídica³⁸, mientras que en la hipótesis a examen, por el contrario, existe una solución normativa expresa: la exclusión del alcance subjetivo de la aplicación de la Ley a cierta clase de personas físicas (las "*no comprendidas*", que son las que no realizan actividad empresaria), que se "*seguirán regulando*" por el Código General del Proceso y concordantes³⁹. Y aunque se pudiera identificar por hipótesis un vacío regulatorio en punto al régimen de graduación de los créditos para el caso específico, no puede obviarse que el recurso al argumento *a contrario* conduce al mismo resultado⁴⁰. Porque como destacan Mendonca⁴¹ y Vilajosana⁴², el argumento *analógico* y el argumento *a contrario* van siempre en sentido inverso: si se utiliza este último se justifica la aplicación a un determinado supuesto de una cierta solución normativa, en tanto si se recurre al argumento de la analogía en el mismo caso se justifica la solución contraria. Y como el decidirse por una u otra vía no está previamente determinado por las normas de un sistema jurídico, la decisión del juez en estos casos puede decirse que es discrecional.

Más allá de lo opinable que pueda resultar el punto lo cierto es que **fuera** de todo concurso no cabe otra interpretación lógica que entender vigente el régimen del Código Civil sobre las preferencias de la prenda y la hipoteca⁴³.

IV. Coexistirán así dos sistemas de prioridad en el cobro para los acreedores prendarios e hipotecarios: el de las preferencias del Código Civil y el de los privilegios especiales de la Ley de Concursos.

Por otra parte, con la derogación dispuesta por el artículo 256 a los Títulos XVII-XIX de la Segunda Parte del Libro IV del Código Civil, la desarmonía que se crea en la terminología es visible: toda la disciplina de las garantías reales codiciales⁴⁴ está estructurada sobre la base de las preferencias que confieren, ahora denominada "*privilegio especial*"⁴⁵. El artículo 2297 del Código establece que la prenda común genera derecho real y confiere preferencia al acreedor en la medida en que se encuentre en "posesión" de la cosa y el contrato conste por escritura pública o documento privado con fecha cierta, según lo dispone el artículo 2380, norma que como vimos ahora es derogada⁴⁶ sin reserva alguna. Tenemos, pues, una norma de *reenvío formal* que vendría así a caer en el vacío en el sistema del Código⁴⁷ (más allá de que tenga solución expresa en artículo 109, inciso 2º, de la Ley), inarmonía que también se verifica con el mantenimiento del *reclamo formal* del primer inciso del artículo 2372 a los bienes inembargables del artículo 2363, texto éste que viene a ser derogado por la Ley⁴⁸. Además, la supresión del inciso 2º del artículo 2372 elimina una norma que era un fundamento muy sólido contra la admisibilidad de las garantías reales atípicas⁴⁹, pues al establecer el Código que la Ley no reconocía otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios, estaba consagrando un principio fundamental en la materia.

Más allá de estas deficiencias y desajustes lo concreto es que es posible sostener, a través de una interpretación sistemática y atendiendo a la propia *ratio* de la nueva norma concursal, la subsistencia del régimen de preferencias del Código Civil, cuando no hay razón para que se aplique la Ley⁵⁰.

En efecto, el legislador, a través del régimen de la Ley 18.387, valoró determinadas situaciones como necesitadas de una regulación completamente nueva, inspirada en principios distintos, priorizando la realización de determinados valores, como la conservación de la empresa, la simplificación y unificación de los procedimientos, la mejora en los procesos de decisión, la reducción de los costos de los procedimientos, etc.⁵¹. Para las mismas está justificado que reciba aplicación el nuevo régimen, derogándose toda la disciplina del Código Civil en materia de concursos y graduación de acreedores por estar inspirado en una filosofía distinta e incompatible con los objetivos de la nueva Ley. Pero cuando esta Ley **no es aplicable**, no hay razón para que no rija el Código Civil, pues *de lo contrario*, en caso de concurso de deudor que no realice actividad empresarial, se daría el absurdo de no ser aplicable la Ley (ya que lo dice expresamente), pero tampoco el régimen del Código Civil sobre graduación de acreedores (que estaría derogado), generándose un vacío normativo que no podría ser colmado aplicando el régimen de la Ley puesto

que ella misma en su artículo 2º expresamente estableció que no regiría por no estar comprendido en sus disposiciones.

Las derogaciones que establece el mencionado artículo 256 de la Ley de Concursos, como señalan Holz y Rippe, “se refieren a artículos puntuales de leyes de contenidos más amplios, no concursales”, que “no incorporan las nuevas soluciones en las leyes respectivas en sustitución de los artículos derogados por ellas”. Y advierten los doctrinarios que en tanto el régimen del concurso regulado por la Ley no se aplica a todos los deudores, las mentadas derogaciones “generarán significativos vacíos regulatorios e interpretativos cuando se tramite un procedimiento de esta naturaleza respecto de un sujeto no comprendido por la nueva ley”⁵².

En definitiva, pensamos que las preferencias de la prenda y la hipoteca consagradas por el Código Civil se mantienen vigentes para todas aquellas situaciones en que no resulta aplicable la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387. Una de tales situaciones, precisamente, es cuando no existe concurso.

Referencias

1 Rodríguez Russo, Jorge, “Código Civil y dispersión legislativa”, Revista de la Facultad de Derecho, N° 29, Montevideo, 2010, ps. 232-234.

2 Esta Ley, que regula el contrato de fideicomiso e insólitamente comienza por calificarlo de contrato “innominado” (artículo 2, inciso 2º), genera la duda si en el fideicomiso de garantía estamos en presencia de un nuevo derecho real menor o es más bien el derecho de propiedad que cumple un fin de garantía. En su más reciente obra Arturo Yglesias señala que la propiedad subsiste en un estado diferente al habitual y que el fiduciario no es más que un apoderado “a quien para darle una sensación de mayor firmeza a sus poderes se recurre a la ilusión de atribuirle algo llamado propiedad fiduciaria”. *Derecho de las Cosas*, T. III, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 37.

3 Puesto que se eliminan los Títulos XVII (“Cesión de bienes”), XVIII (“De los créditos privilegiados”) y XIX (“De la graduación de los acreedores y distribución de los bienes en concurso”), quedando vigente únicamente el primer inciso del artículo 2372.

4 Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer Montenegro, *Los créditos y el concurso*, 2ª edición ampliada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 43, señalan que el tratamiento de los créditos con garantía real es una de las cuestiones más relevantes a resolver a la hora de organizar un régimen concursal. Los acreedores titulares de un derecho real de garantía son tradicionalmente considerados como extraconcursoales y por consiguiente actúan por fuera del concurso. En la nueva Ley concursal (artículo 59) se establece la competencia exclusiva del Juez del Concurso en los procedimientos de ejecución y para los créditos prendarios e hipotecarios (artículo 61) se dispone que la ejecución deberá promoverse o continuar ante el Juez del Concurso.

5 Carnelutti, Francesco, “*Natura giuridica dell’ipoteca*”, *Rivista di Diritto Processuale*, I, Cedam, Padova, 1939, N° 5, p. 12. Trabajo publicado también en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, Ejea, Buenos Aires, 1952, ps. 640 y ss.

6 Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. II Vol. 2, 4ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2003, N° 5, p. 46 (las cursivas no se encuentran en el original).

7 Definición de José Arlas de situaciones jurídicas, compartida por Enrique Tarigo en *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. 1, 6ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 76.

8 Barrios de Ángelis, Dante, *Teoría del Proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 150. En la clasificación del autor el derecho subjetivo sería una situación compuesta (p. 146) o compleja (“*Las situaciones jurídicas*”, RUDP, 1, 1998, p.37).

9 Conforme la clasificación de Barrios de Ángelis, *Introducción al Proceso*, Ediciones Idea, 2ª edición, Montevideo, 1981, ps. 60-61.

10 J. Rodríguez Russo, “*Caducidad de la hipoteca*”, *Jurisprudencia Comentada*, en vías de publicación en el Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XLII, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

11 Indispensable para la tutela de los intereses particulares del constituyente de la garantía, como dice Mario J. Capón Filas, *Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil Argentino*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1953, p. 107. Aunque no puede dejar de señalarse que el propio Código previó la ejecución extrajudicial para la prenda (artículo 2308).

12 Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. IV, Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 88.

13 Gabrielli, Enrico, *El Nuevo Derecho de las Garantías Reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, obra escrita en coautoría con Carlos de Cores, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, 2008, p. 342.

14 Referimos aquí a la interpretación como resultado, no como actividad. Sobre esta distinción, entre otros autores: Giovanni Tarello, “*Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell’ interpretazione giuridica*”, *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, I-17, 1971, p. 1. Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, ps. 202 y 203; Voz “*Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*”, *Enciclopedia Treccani*, Vol. XVII, Roma, 1989, ps. 1 y 2. Enrico Paresce, “*Interpretazione (filosofia). Filosofia del Diritto e Teoria Generale*”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 215. José Juan Moreso- Joseph María Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 147. J.M. Vilajosana, *Identificación y Justificación del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 91.

15 Algo similar ha sucedido con la cláusula penal del Código Civil con la inclusión en el cálculo de la tasa de interés implícita que dispuso la Ley 18.212 sobre Tasas de Interés y Usura: al quedar comprendida en los límites máximos de la usura la propia función y operativa de la pena resulta debilitada.

16 Así lo señalamos en anteriores trabajos: “*Código Civil y dispersión legislativa*”, p. 233; “*Caducidad de la hipoteca*” (en vías de publicación).

17 Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, ps. 217 y 224. Sobre el punto también Moreso- Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, ps. 168-172. Guastini, Voz “*Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*”, p. 4. Daniel Mendonca, *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, ps. 167-172.

18 Cfme. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, ps. 227-228.

19 Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, ps. 321-324.

20 La expresión “concurso”, como señala Nuri Rodríguez Olivera, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 6, *Derecho Concursal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 24, refiere tanto al *proceso* concursal de ejecución de los bienes del patrimonio del deudor, como a la *situación jurídica* en que se encuentra el mismo a partir del dictado del auto de declaración de concurso.

21 Concepto legal específico que introduce la Ley y que según Eva Holz y Siegbert Rippe, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, diciembre 2009, p. 50, hace recordar la definición de “empresario” contenida en el Código Civil italiano de 1942 y extraído de la economía. En iguales términos Camilo Martínez Blanco, *Manual del nuevo Derecho Concursal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 136.

22 Que como dice Nuri Rodríguez Olivera comprende no solamente al consumidor, sino también a toda persona física que realice una actividad económica pero sin organización empresarial. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Vol. 6, *Derecho Concursal*, p. 52.

23 El artículo 460.3, además, establece que los acreedores hipotecarios, prendarios y privilegiados, si votan en la Junta de acreedores, “perderán su preferencia o privilegio”.

24 Repárese que no dice “se regularán”, sino “se seguirán regulando”, expresión elocuente en cuanto al sentido expuesto en el texto.

25 Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, p. 373.

26 Cfme. Mendonca, *Las claves del Derecho*, p. 147.

27 Sobre esta distinción Moreso-Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 87.

28 Holz- Rippe, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, p. 149. Añaden los citados doctrinarios que, salvo en el ámbito de los procedimientos concursales, la naturaleza y el régimen aplicable a dichas garantías “*continuará siendo el de las preferencias*”.

29 Cfme. Creimer, Israel, *Concursos*, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2009, p. 26.

30 Rodríguez Mascardi, Teresita, *Cuaderno de Derecho Concursal*, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, p. 109 (las cursivas no se encuentran en el original).

31 El artículo 1º de la Ley, que establece el presupuesto objetivo de aplicación, dispone que la declaración judicial de concurso procede respecto al “*deudor que se encuentre en estado de insolvencia*”, considerándose que se encuentra en dicho estado aquel deudor “*que no puede cumplir con sus obligaciones*”.

32 *Manual del nuevo Derecho Concursal*, p. 450.

33 Artículo 264 in fine: “*Todas las demás disposiciones legales contenidas en leyes anteriores, cuando se refieran a situaciones de quiebra y/o de liquidación judicial deben entenderse realizadas a la decisión judicial de liquidación de la masa activa del concurso. Cuando se refieran a situaciones de concurso, concordatos o moratorias deben entenderse realizadas a los casos de concurso*”.

34 *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, p. 213.

35 Ciavattone, Alfredo- Gaglianone, Daniel, “*Régimen de los créditos privilegiados en el marco del concurso del deudor persona física que no realiza actividad empresarial*”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial*, Semana Académica 2011 del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2011, ps. 443-446.

36 Por no coincidir con la intención del legislador al hacer las derogaciones.

37 Por exceder el tenor literal de las derogaciones y hacer decir a la norma lo que la misma no dice.

38 Cfme. Vilajosana, *Identificación y Justificación del Derecho*, p. 110. Moreso-Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 109.

39 Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, ps. 366 y 367, distingue la *laguna legal*, que es una “incompletez contraria al plan de la Ley”, del *fallo jurídico político*, cuando la decisión en ella tomada no resiste una crítica jurídico-política. Si bien la expresión “*política jurídica*”, como anota Alfonso Ruiz Miguel (“*La dogmática jurídica ¿Ciencia o técnica?*”, en *Interpretación y Argumentación Jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons,

Barcelona, 2011, p. 408) tiene dos sentidos diferentes, pues en *sentido estricto* consiste en las proposiciones que *de lege ferenda* los juristas teóricos ofrecen ante normativas que consideran inapropiadas en una forma que no resulta salvable mediante una interpretación aceptable, mientras que en *sentido amplio* comprende también la influencia, más bien encubierta e involuntaria, que la doctrina jurídica ejerce en la elaboración legislativa del Derecho.

40 El hecho que una determinada norma atribuya cierta consecuencia normativa a una clase de sujetos debe entenderse que sólo a esta clase de sujetos y no a otros debe aplicarse aquella consecuencia. Cfme. Vilajosana, *Identificación y Justificación del Derecho*, p. 112. Moreso-Vilajosana, *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 165.

41 *Las claves del Derecho*, p. 185.

42 *Identificación y Justificación del Derecho*, ps. 113-114.

43 En ese sentido Holz y Rippe, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, p. 149, han señalado: “la naturaleza y por ende el régimen jurídico aplicable a estas garantías -salvo ahora en el ámbito de los procedimientos concursales- continuará siendo el de las preferencias”.

44 También en la prenda sin desplazamiento (artículo 3 de la Ley 17.228) se califica como *preferencia* a la prioridad en el cobro que tiene el acreedor prendario.

45 Señala Creimer, *Concursos*, p. 67: “debería ser calificado de crédito preferente”.

46 Otras normas del Código Civil también quedarían inoperantes, como por ejemplo, el numeral 1º del artículo 1472 (en sede de pago con subrogación) o el artículo 2355 (en materia de anticresis).

47 Si se interpretara que las normas del mismo no rigen para ninguna situación, al haber quedado completa y definitivamente derogadas por el artículo 256 de la Ley, solución que no compartimos por las razones expresadas en el texto principal.

48 Y que no coincide exactamente con el artículo 381 del Código General del Proceso. A lo que se agrega que la subsistencia inalterada del inciso primero del artículo 2372 produce nuevas contradicciones en la terminología, puesto que continúa haciéndose la salvedad a las causas legítimas de “*preferencia*”, cuando la Ley las pasa a denominar “privilegios”.

49 Sobre el punto remitimos a nuestro trabajo “*Los contratos de garantía atípicos y la tipicidad de los derechos reales: consideraciones sobre su admisibilidad*”, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXX, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 679 y ss.

50 En la Exposición de Motivos se expresa que “el Proyecto establece un procedimiento único para empresas (...) en el entendido de que las soluciones

que refieren a la conservación o liquidación de las unidades productivas no son directamente aplicables al endeudamiento por actos referidos a su actividad como consumidores”; “la propia existencia del procedimiento concursal para las empresas radica en que las unidades productivas tienen, en general, un valor mayor en funcionamiento que en partes”. “El proyecto simplifica la multiplicidad de procedimientos actuales y prevé un procedimiento único para todas las empresas (artículos 1º y 2º), detallado y previsible, con plazos perentorios como solución general”.

51 Un amplio desarrollo de los principios generales de la Ley puede verse en: Olivera García, Ricardo, *Principios y bases de la nueva ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 23-31. Martínez Blanco, *Manual del nuevo Derecho Concursal*, ps. 77-100. Holz- Rippe, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, ps. 36-45. Rodríguez Mascardi, *Cuaderno de Derecho Concursal*, ps. 23-34.

52 Holz- Rippe, *Reorganización Empresarial y Concursos. Ley 18.387*, p. 212 (las cursivas no se encuentran en el original).