



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

GUILLERMO A. BORDA

TRATADO DE DERECHO CIVIL

REALES

TOMO II



EDITORIAL PERROT

TRATADO DE DERECHO CIVIL - DERECHOS REALES

Tomo II

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot
1992

ÍNDICE

USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN

CAPÍTULO XIV - USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

§ 1. De las servidumbres en general

§ 2. Concepto de usufructo

§ 3. Constitución del usufructo

A.- MODOS DE CONSTITUCIÓN

B.- CAPACIDAD

C.- OBJETO

D.- FORMA DE CONSTITUCIÓN

§ 4. Modalidades del usufructo

§ 5. Derechos y obligaciones del usufructuario

A.- DERECHOS

1.- Uso y goce de la cosa

2.- Facultades propiamente jurídicas

3.- Acciones que puede ejercer

B.- OBLIGACIONES

1.- Obligaciones anteriores al momento de entrar en posesión de los bienes

2.- Obligaciones posteriores al momento de entrar en posesión de la cosa

§ 6. Derechos y obligaciones del nudo propietario

§ 7.- Extinción del usufructo

A.- CAUSALES

B.- EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

§ 8. Uso y habitación

A.- CAPACIDAD

B.- OBJETO

C.- DERECHOS DEL USUARIO O HABITADOR

D.- OBLIGACIONES DEL USUARIO O HABITADOR

E.- EXTINCIÓN DEL USO Y LA HABITACIÓN

SERVIDUMBRES REALES

CAPÍTULO XV - SERVIDUMBRES REALES

§ 1. Nociones generales

§ 2. Constitución de las servidumbres

A.- MODOS DE CONSTITUCIÓN

B.- PERSONAS QUE PUEDEN ESTABLECER O ADQUIRIR SERVIDUMBRES

C.- COSAS SOBRE LAS QUE PUEDEN CONSTITUIRSE SERVIDUMBRES

D.- MODALIDADES DE LAS SERVIDUMBRES

§ 3. Derechos del propietario del fundo dominante

A.- EXTENSIÓN Y EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

B.- DIVISIÓN DE LA HEREDAD DOMINANTE O LA SIRVIENTE

C.- DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES

§ 4. Obligaciones y derechos del propietario del fundo sirviente

A.- OBLIGACIONES

B.- DERECHOS

C.- ACCIONES EN DEFENSA DEL PREDIO SIRVIENTE

§ 5. Extinción de las servidumbres

§ 6. De ciertas servidumbres en particular

A.- SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

B.- SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

C.- SERVIDUMBRE DE RECIBIR AGUA DE LOS PREDIOS AJENOS

D.- SERVIDUMBRE DE SACAR AGUA

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

CAPÍTULO XVI - HIPOTECA

§ 1. Conceptos generales

A.- ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA

B.- RECAE SOBRE INMUEBLES

C.- CARÁCTER SOLEMNE

D.- CONVENCIONALIDAD DE LA HIPOTECA

E.- INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

F.- ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

§ 2. Objeto de la hipoteca

A.- COSAS QUE PUEDEN SER HIPOTECADAS

B.- ACCESORIOS DE LA HIPOTECA

C.- COSAS A LAS CUALES NO SE EXTIENDE LA HIPOTECA

§3. Constitución de la hipoteca

A.- CONDICIONES DE FONDO

1.- Propiedad del inmueble

2.- Capacidad

3.- Asentimiento del cónyuge

4.- Especialidad de la hipoteca

B.- CONDICIONES DE FORMA

1.- La escritura

2.- Registro de la hipoteca

3.- Preanotación hipotecaria

§ 4. Modalidades de la hipoteca

§5. Efectos de la hipoteca

A.- ENTRE LAS PARTES

- 1.- Facultades que conserva el dueño
- 2.- Actos que el dueño no puede realizar
- 3.- Derechos del acreedor

B.- CON RELACIÓN A TERCEROS

- 1.- Extensión de la garantía
- 2.- Derecho de persecución
- 3.- Derecho de preferencia

§ 6. Extinción de la hipoteca

A.- EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA

B.- EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA POR VÍA PRINCIPAL

§ 7. Cancelación de la hipoteca

§ 8. Letras y pagarés hipotecarios

§ 9. El juicio hipotecario

CAPÍTULO XVII - PRENDA

§ 1. Nociones generales

§ 2. El contrato de prenda

§ 3. El derecho real de prenda

§ 4. Efectos

A.- DERECHOS DEL ACREEDOR

1.- Frutos e intereses

2.- Derecho de retención

3.- Derecho de venta

4.- Derecho de preferencia

B.- OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

C.- DERECHOS DEL DEUDOR

D.- OBLIGACIONES DEL DEUDOR

§ 5. Prenda tácita

§ 6. Extinción de la prenda

CAPÍTULO XVIII - ANTICRESIS

§ 1. Nociones generales

§ 2. El contrato de anticresis

§ 3. El derecho real

§ 4. Efectos de la anticresis

A.- DERECHOS DEL ACREEDOR ANTICRESISTA

B.- OBLIGACIONES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA

C.- DERECHOS DEL DEUDOR

D.- OBLIGACIONES DEL DEUDOR ANTICRESISTA

§ 5. Anticresis tácita

§ 6. Incesibilidad de la anticresis

§ 7. Extinción de la anticresis

CAPÍTULO XIX - PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

§ 1. Nociones generales

§ 2. La ley 17801

A.- LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

B.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

C.- DOCUMENTOS REGISTRABLES

D.- MATRICULACIÓN DE INMUEBLES: EL FOLIO REAL

E.- TRACTO SUCESIVO

F.- PRIORIDAD

G.- PUBLICIDAD REGISTRAL: CERTIFICACIONES E INFORMES

H.- REGISTROS PERSONALES

I.- NOTAS ACLARATORIAS

J.- RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS

K.- CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES

L.- REGISTROS LOCALES

§ 3. El Registro de la Propiedad Inmueble en la Capital Federal

ACCIONES REALES

CAPÍTULO XX - ACCIONES REALES

§ 1. Nociones generales

§ 2. Acción reivindicatoria

A.- PERSONAS QUE PUEDEN EJERCERLA

B.- CONTRA QUIÉN SE DIRIGE

C.- OBJETO DE LA ACCIÓN

D.- REIVINDICACIÓN DE INMUEBLES

1.- Reivindicación contra el despojante

2.- Reivindicación contra el adquirente que posee un título nulo o anulable

3.- Reivindicación contra terceros adquirentes

E.- REIVINDICACIÓN DE COSAS MUEBLES

1.- Sistema del Código

2.- Cosas robadas o perdidas

3.- Automotores

4.- Aeronaves

5.- Semovientes

F.- LA PRUEBA EN EL JUICIO DE REIVINDICACIÓN

G.- MEDIDAS PRECAUTORIAS

H.- EFECTOS DE LA SENTENCIA

I.- PRESCRIPCIÓN

J.- ACCIÓN SUBSIDIARIA

§ 3. Acción confesoria

§ 4. Acción negatoria

APÉNDICE - DERECHOS INTELECTUALES

CAPÍTULO XXI - DERECHOS INTELECTUALES

§ 1. Conceptos generales

§ 2. Titularidad del derecho

§ 3. Derechos del titular

§ 4. Término del derecho

§ 5. Derecho moral de autor

§ 6. Protección legal

1112/10000

USUFRUCTO, USO, HABITACIÓN

1112/10010

CAPÍTULO XIV - USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN (ver nota 1)

1112/10020

§ 1. De las servidumbres en general

1112/813

813. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.— La propiedad abarca la suma de derechos que se pueden tener sobre la cosa propia; pero hay también derechos reales que, se pueden tener sobre la cosa ajena. Algunos son gravámenes destinados a garantizar el pago de una deuda (hipoteca, prenda, anticresis); otros, en cambio, se dirigen al disfrute de una cosa cuyo dominio pertenece a otra persona. En un sentido amplio, todos estos derechos reales de disfrute de la cosa ajena se llaman servidumbres, que el art. 2970 Ver Texto define de la siguiente manera: servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza alguno de sus derechos de propiedad.

En Roma, el régimen de la propiedad estaba organizado sobre bases razonables. No nos referimos, por cierto, al carácter absoluto que se confería a este derecho (que en el criterio moderno resulta exagerado) sino a las relaciones del propietario con terceros que tenían derechos sobre su tierra. Desde este punto de vista, la situación era análoga a la actual; la propiedad de la tierra estaba generalmente liberada de cargas que pudieran complicar su aprovechamiento y explotación.

Esta situación varió fundamentalmente en la Edad Media. El complicado régimen feudal fue creando distintas cargas, unas reales, otras personales, que pesaban sobre la tierra. A veces, la propiedad de ésta se dividía entre el llamado dominio útil y el dominio directo; los señores ocupados en la política y la guerra, entregaban sus tierras a veces en usufructo, a veces en una propiedad sujeta a restricciones perpetuas, a los verdaderos trabajadores. En otras ocasiones, la protección concedida por el señor a los propietarios se traducía en el reconocimiento de cargas reales y aun en servicios personales que eran anexos a la propiedad de la tierra.

El régimen era confuso y variaba no ya de un feudo a otro, sino de un predio al vecino.

En España esta anarquía no llegó al extremo de otros países; además las Partidas, dictadas cuando ya el régimen feudal estaba debilitado, habían ordenado el régimen de la tierra, que no obstante eso reconocía derechos de superficie, enfiteusis, mayorazgos, censos y capellanías. VÉLEZ SARSFIELD eliminó estas cargas y derechos, simplificando y fortificando notablemente el régimen de la propiedad fundiaria (véase nº 11).

1112/814

814. CLASIFICACIÓN.— La más importante clasificación de las servidumbres es la que distingue entre reales y personales. Los caracteres distintivos son los siguientes:

a) Servidumbre real es el derecho establecido sobre un inmueble en beneficio del propietario o poseedor de otro inmueble (art. 2971 Ver Texto). Estas servidumbres tienen en mira beneficiar a otro inmueble, generalmente vecino, o para decirlo con mayor propiedad, satisfacer las necesidades permanentes de un fundo ajeno. Por ello mismo, el traspaso de la propiedad del fundo dominante de una persona a otra no influye sobre la servidumbre que se mantiene intacta. Se llama heredad o predio dominante aquel en cuyo beneficio se han constituido las servidumbres (art. 2973 Ver Texto); y heredad o predio sirviente aquel sobre el cual pesan las servidumbres personales o reales (art. 2974 Ver Texto).

Servidumbre personal, en cambio, es la que se constituye en utilidad de una persona determinada, sin dependencia de la posesión del inmueble (art. 2972 Ver Texto).

b) Las servidumbres reales, en principio, son perpetuas; duran tanto como la necesidad que las originó. En cambio, las servidumbres personales por ser inherentes a las personas, se extinguen con ellas; si se tratara de personas jurídicas, la servidumbre personal tiene un plazo máximo de veinte años. La ley prohíbe toda estipulación que prorrogue la servidumbre más allá de la vida del titular o de los veinte años si fuera persona jurídica (art. 3004 Ver Texto).

1112/815

815-817.— También pueden las servidumbres clasificarse en afirmativas (in patiendo) y negativas (in non faciendo), en continuas y discontinuas, en aparentes y no aparentes, y en voluntarias y coactivas. Sobre el significado de estas véase nº 1007 y siguientes.

1112/818

818. CARACTERES GENERALES DE LAS SERVIDUMBRES.— Las servidumbres, sean reales o personales, tienen los siguientes caracteres generales:

a) Son derechos que se ejercen sobre un predio ajeno; no se concibe una servidumbre sobre un bien propio, porque el dominio incluye la totalidad de los poderes y ventajas que se pueden obtener de un inmueble;

b) Son de naturaleza excepcional, porque importan una restricción al derecho de propiedad, que en principio se presume ilimitado. Por ello mismo, toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal o real, sobre su extensión, o sobre el modo de ejercerlas, se interpreta a favor del propietario del fundo sirviente (art. 3011 Ver Texto).

c) Salvo el derecho de usufructo, las servidumbres sean reales o personales, son indivisibles.

1112/819

819. ¿ES EL USUFRUCTO UNA SERVIDUMBRE?— Es ésta una vieja cuestión. En el Derecho Romano clásico, la expresión servidumbre se reservaba para las prediales y no existía la expresión servidumbre personal: el usufructo, el uso y la habitación se llamaban por sus nombres específicos. En el derecho justinianeo, en cambio, se precisa la distinción entre servidumbres personales y reales, incluyendo dentro de las primeras al usufructo, al uso y la habitación. Cuando se sancionó el Código Civil francés, sus redactores omitieron toda referencia a las servidumbres personales, por temor a que esta expresión pudiera de alguna manera confundirse con la servidumbre de la gleba, que había sido suprimida por la Revolución Francesa. Legisló sobre servidumbres reales y, por separado, del usufructo, el uso y la habitación.

Éste fue también el método seguido por nuestro Código; aunque en él se hacen referencias a las servidumbres personales, se mantiene al usufructo, el uso y la habitación en un título distinto del de las servidumbres. No obstante el método seguido, no cabe duda de que aquellos derechos tienen cabida dentro del concepto general de “servidumbre” expresado en el art. 2970 Ver Texto , que dice: servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición o bien impedir que el propietario ejerza alguno de sus derechos de propiedad. Con razón, pues, nuestra doctrina predominante acepta que el usufructo, el uso y la habitación son casos típicos, y, sin duda, los más importantes, de servidumbres personales (ver nota 2), aunque no los únicos.

En verdad, esta cuestión es tan vieja como poco trascendente (ver nota 3). Desde el punto de vista práctico, carece de toda consecuencia, porque tanto el usufructo como el uso y la habitación están específicamente legislados en el Código, y ninguna solución varía por la circunstancia que se los repunte o no servidumbres. En el fondo, la cuestión sólo tiene un interés puramente metodológico o sistemático; y desde este punto de vista, parece

razonable ver en el usufructo, el uso y la habitación las especies más importantes de servidumbres personales.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, Derechos reales, actualizado por ARGAÑARAZ, t. 3, n° 1477 y s.; LAFAILLE, Derechos reales, t. 2, n° 1329 y s.; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, Buenos Aires, 1963; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1380; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 210 y s.; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, Torino, 1954; BARBERO, L'usufrutto e i diritti affini, Milano, 1952; MESSINEO, Manual de derecho civil y comercial, t. 3, § 90; PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della proprietà, Torino, 1958; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens, 3ª ed.; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, ed. española, t. 3, vol. 2, § 114 y s.; JOSSERAND, t. 1, vol. 3, n° 1852 y s.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3.

(nota 2) SALVAT, n° 1484 y su anotador ARGAÑARAZ, n° 1484 a; LAFAILLE, t. 2, n° 1267. En contra: ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 26, quien refiere su opinión a nuestro derecho positivo, aunque admite que doctrinariamente pueden considerarse servidumbres.

(nota 3) Véase en este sentido, PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3, p. 302.

1112/10030

§ 2. Concepto de usufructo

1112/820

820. DEFINICIÓN.— Según el art. 2807 Ver Texto el usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro con tal que no se altere su substancia.

De esta definición se desprenden los siguientes caracteres:

a) Ante todo, el usufructo es un derecho real, es decir un derecho que el titular tiene directamente sobre la cosa sin intermediación del propietario. Cuando tracemos el paralelo con la locación, volveremos sobre este carácter del usufructo.

b) Confiere el derecho de usar y gozar de una cosa; ésta es, en verdad, la esencia del usufructo. En cambio, el usufructuario no tiene el derecho de disponer de la cosa, salvo en la figura atípica del cuasiusufructo, del que nos ocuparemos más adelante.

c) La cosa sobre la que recae el usufructo debe ser ajena. No se concibe el usufructo sobre la cosa propia ya que el derecho de propiedad comprende en sí todos los derechos que corresponden al usufructuario además de los otros más vastos inherentes al dominio. Véase, sin embargo, lo que decimos más adelante sobre el co-usufructo (nº 845).

d) El usufructo debe ser ejercido en tal forma que el uso y goce de la cosa no altere su substancia. El *salva rerum substantia* es un viejo principio que viene de las Institutas de Justiniano. Significa que el usufructuario no sólo no tiene el derecho de disponer, que caracteriza al dueño, sino que tampoco puede usar y gozar de la cosa con la amplitud que puede hacerlo éste; al ejercer ese derecho, debe abstenerse de incurrir en actos que alteren la substancia de la cosa. ¿Cuándo debe reputarse alterada la substancia? Ante todo, cuando la cosa deja de ser lo que fue, cuando se alteran sus elementos y cualidades constitutivas (véase nota al art. 2807 Ver Texto); como ocurre, por ejemplo, si un automóvil se desarma para utilizar sus piezas en la reparación de otros vehículos. Pero en esta materia, el concepto de substancia no alude sólo a la individualidad de la cosa sino también a su destino: de tal modo que el principio *salva rerum substantia* significa también que el usufructuario no puede alterar el destino económico de la cosa (art. 2878 Ver Texto); así, por ejemplo, no podría transformar un viñedo en campo de pastoreo, ni plantar montes en un terreno destinado a la agricultura. Con evidente mayor precisión conceptual el Código italiano de 1942 ha abandonado la vieja fórmula *salva rerum substantia* por el concepto de que el usufructuario debe respetar el destino económico de la cosa (art. 981). Sobre este tema volveremos más adelante (nº 850).

1112/821

821.— Además de los caracteres antes mencionados, que se desprenden de la misma definición del Código, el usufructo presenta los siguientes:

a) Es, por esencia, temporario. Su máxima duración es la vida del usufructuario si se tratare de una persona de existencia visible o veinte años si se tratara de una persona, jurídica (arts. 2825 Ver Texto y 2828 Ver Texto). Esta temporaneidad del usufructo es esencial dentro de nuestro sistema legal, porque si el usufructo pudiera establecerse con carácter permanente o perpetuo, se produciría una división entre el dominio útil y el dominio directo, que es

precisamente lo que la ley quiere evitar. Y por eso mismo, el usufructo es un derecho intransmisible a los herederos (art. 2825 Ver Texto).

b) El usufructo es divisible, puesto que puede ser constituido en favor de varias personas simultáneamente.

1112/822

822.— La propiedad y el usufructo que recaen sobre una misma cosa son derechos independientes y se realizan en esferas distintas; pero sería un error exagerar estos principios e imaginar a ambos como derechos independientes entre sí. La circunstancia de que recaen sobre una sola cosa crea naturalmente una vinculación entre ellos. Sobre propietario y usufructuario pesa una obligación general que tiene como objeto asegurar el respeto recíproco de sus derechos complementarios; la ley establece además una serie de derechos y obligaciones recíprocas, que se establecen para definir y asegurar su independencia, pero que en definitiva importan permanentes puntos de contacto (ver nota 1).

1112/823

823. **DISTINCIÓN CON OTROS DERECHOS.**— Conviene comparar el usufructo con algunos derechos con los cuales guarda cierta analogía:

a) Con la propiedad.— El usufructuario se comporta aparentemente respecto de la cosa como lo haría el propietario: usa y goza de ella en forma casi plena. Pero la distinción es neta; el derecho de dominio que es el más amplio derecho que se puede tener sobre una cosa, incluye la facultad de disponer de ella, facultad que no tiene el usufructuario; la propiedad es perpetua, mientras que el usufructo es esencialmente temporario. Inclusive la facultad del usufructuario de usar y gozar de la cosa no tiene la misma extensión que la del dueño, ya que aquél debe respetar el destino económico de la cosa, obligación que, en cambio, no tiene el propietario.

1112/824

824. b) Con el condominio.— ¿No cabría decir que el usufructo es una forma de condominio, en la que el usufructuario tiene el dominio útil y el propietario la nuda propiedad? Esta concepción sería totalmente falsa; en verdad, la comparación del usufructo con el condominio legislado por nuestro Código, es de todo punto de vista imposible. El condominio significa un derecho de propiedad pleno, aunque compartido; implica la

facultad de disponer de la cosa; los condóminos en cualquier tiempo pueden pedir la división de la cosa común. El usufructuario, en cambio, sólo tiene un derecho temporario al uso y goce de la cosa; carece del derecho de disponer de ella; tiene, a su vez, el derecho exclusivo a usar y gozar de la cosa con prescindencia del propietario, en tanto que los condóminos tienen el uso y goce compartidos. Es verdad que es posible que los usufructuarios sean varios y que en ese caso también el uso y goce de la cosa está compartido entre varias personas como en el condominio; pero ya no se trataría de la comunidad entre propietario y usufructuario, sino de la de los usufructuarios entre sí; y de todas maneras los usufructuarios tienen un derecho limitado al uso y goce de la cosa, sin potestad de disponer de ella y con carácter esencialmente temporario.

1112/825

825. c) Con la locación.— Teóricamente las diferencias son netas: el usufructo es un derecho real; el arrendamiento, personal. El locador está obligado a mantener al inquilino en el goce pacífico de la cosa (art. 1515 Ver Texto), en tanto que el nudo propietario cumple entregando la cosa al usufructuario, que debe hacer valer por sí sus derechos; el arrendamiento tiene un plazo máximo de diez años (art. 1505 Ver Texto), en tanto que el usufructo puede ser vitalicio, el arrendamiento es siempre oneroso, en tanto que el usufructo puede ser gratuito; el arrendamiento sólo nace por contrato, en tanto, que el usufructo puede nacer también de una disposición de última voluntad, por prescripción y aun de la misma ley (art. 2812 Ver Texto); el arrendamiento se transmite a los herederos (art. 1496 Ver Texto), no así el usufructo (art. 2825 Ver Texto).

Pero cuando se trata del usufructo contractual y oneroso, estas diferencias se esfuman en gran medida. El derecho de uso y goce de la cosa es análogo en el arrendamiento y en el usufructo. Las leyes de prórrogas de los arrendamientos o locaciones están insuflando un matiz de derecho real cada vez más acentuado a la locación (sobre este tema véase Tratado de Contratos, t. 1, n° 606). Y como el pago de una suma periódica por el tenedor del inmueble al propietario no es característica exclusiva del arrendamiento sino que puede darse también en el usufructo, muchas veces será cuestión de interpretación saber si se está en presencia de una figura jurídica o de otra. La calificación que las partes hayan dado al contrato es un elemento interpretativo a tener en cuenta; pero no es decisivo. De lo contrario, bastaría que las partes calificaran como usufructo a un contrato para escapar a las prescripciones de las leyes sobre arrendamientos rurales o urbanos.

Pensamos que cualquiera que sea la denominación que las partes le den, debe presumirse arrendamiento el derecho constituido por contrato, en el cual una persona que usa y goza del inmueble se obliga a pagar al propietario una prestación periódica. Ayuda a esa presunción la circunstancia de que el plazo sea breve (ver nota 2).

1112/826

826. CUASI USUFRUCTO.—El cuasi usufructo, llamado también usufructo imperfecto, es el que recae sobre cosas cuyo uso o goce consiste en disponer de ellas o consumirlas; o, para decirlo con las palabras del art. 2808 Ver Texto , el de cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese o cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etc.

La diferencia con el usufructo perfecto es neta; en éste, el usufructuario adquiere solamente un derecho de uso y goce de la cosa, pero no su propiedad; en cambio, el cuasi usufructuario adquiere el dominio de la cosa y puede disponer de ella libremente. Más aún, el cuasi usufructo se constituye para que el usufructuario disponga de la cosa. La transferencia del dominio está, pues, en la naturaleza del cuasi usufructo. Al término del usufructo el cuasiusufructuario no estará ya obligado a devolver la misma cosa, sino otras cosas de la misma especie, calidad y cantidad o bien el valor estimativo que se les haya dado (art. 2871 Ver Texto).

Esto sentado, resulta evidente que no hay ninguna diferencia entre el cuasi usufructo y el préstamo de consumo legislado en los arts. 2240 Ver Texto y siguientes. Por ello es que esta categoría de cuasi usufructo ha sido justamente impugnada en doctrina. PUIG BRUTAU dice que no se trata de un derecho real sobre una cosa ajena, sino de una obligación que surge a cambio de la transferencia de la propiedad de una cosa (ver nota 3); más brevemente, KIPP dice que el cuasi usufructo no es usufructo (ver nota 4).

En suma, la sobrevivencia del cuasi usufructo (cuyos orígenes en el Derecho Romano son oscuros y discutidos), se explica sólo por una razón de tradición jurídica. Pero ni su designación ni su ubicación metodológica dentro de los derechos reales altera la verdad sustancial: que el cuasi usufructuario adquiere la propiedad de las cosas y que puede consumirlas, venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca (art. 2811 Ver Texto). Por lo tanto, no se trata de un derecho real sobre una cosa ajena, sino de una deuda de cosas consumibles o de su estimación en dinero.

1112/827

827.— Si bien el Código alude solamente a las cosas consumibles, es evidente que el usufructo de cosas fungibles es también un cuasi usufructo pues caracterizándose éstas porque pueden ser reemplazadas las unas por las otras en igual calidad y cantidad, esa característica permite al cuasi usufructuario disponer de las cosas recibidas y devolver otras semejantes, sin perjuicio alguno para el nuevo propietario (ver nota 5).

1112/828

828.— Recordemos, finalmente, que el concepto de fungibilidad y consumibilidad de las cosas no dependen sólo de su naturaleza intrínseca (que es lo normal), sino que también puede depender de la voluntad de las partes (ver nota 6). Por ello, es posible constituir un cuasi usufructo, con la consiguiente transferencia del dominio, en cosas que por su naturaleza no serían propiamente fungibles o consumibles; así lo dice VÉLEZ SANSFIELD en la nota al art. 2808 Ver Texto , en la que expresa que “aunque el cuasi usufructo se aplica a las cosas de las que no se puede hacer uso sin consumirlas, sin embargo el autor de la constitución del usufructo o las partes pueden extenderlo a las cosas mismas que serían susceptibles del usufructo propiamente dicho porque según el caso puede parecer más conveniente considerarlas como cantidades. Esta intención aun podría no ser expresa, sino inducirse de las circunstancias” (ver nota 7).

1112/829

829. USUFRUCTO UNIVERSAL Y PARTICULAR.— Hasta aquí nos hemos ocupado del usufructo particular, es decir, el que se tiene sobre uno o varios objetos determinados; también puede ser universal, que es el que comprende una universalidad de bienes o una parte alícuota de la universalidad (art. 2827 Ver Texto). Ejemplo de usufructo universal, es el que tienen los padres respecto de los bienes de sus hijos.

Se discute si el usufructo de ganado es universal (ver nota 8) o particular (ver nota 9). Pensamos que esta controversia sólo tiene interés para determinar en qué medida el usufructuario está obligado a contribuir al pago de las cargas de los bienes (arts. 2898 Ver Texto y sigs.). Y es evidente que estos artículos se refieren al usufructuario de todo un patrimonio o de una parte alícuota de él, conceptos de los cuales está evidentemente excluido el ganado, que en consecuencia, debe reputarse un objeto particular.

(nota 1) JOSSERAND, t. 1, vol. III, n° 1874.

(nota 2) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1491 in fine; LAFAILLE, t. 2, n° 1333.

(nota 3) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3, p. 360.

(nota 4) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 1, p. 102. En sentido concordante, dice LAFAILLE que la categoría de cuasi usufructo no se justifica y debe desaparecer (t. 2, n° 1341). Concuerta en que no es un usufructo, ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 235. El propio VÉLEZ SANSFIELD al comentar el art. 2811 Ver Texto en el que dispone

que el cuasiusufructuario adquiere la propiedad, dice que esto es contrario a la naturaleza del usufructo.

(nota 5) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1341; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1492, nota 10, a; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, P. 87.

(nota 6) Véase nuestra Parte general, t. 2, n° 782 y s.; LLAMBÍAS, Parte general, t. 2, n° 1330; ARAUZ CASTEX, Parte general, t. 2, n° 1053 y 1056; BENDERSKY, El concepto de fungibilidad, L.L., t. 96, p. 577.

(nota 7) En igual sentido, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER dicen citando en su apoyo la jurisprudencia francesa, que las partes están en libertad al constituir un usufructo sobre las cosas que no son consumibles por su naturaleza, de considerarlas como tales y de crear un cuasi usufructo en lugar de un verdadero usufructo: edición Buenos Aires, t. 6, n° 2938.

(nota 8) Así lo sostiene SALVAT, t. 3, n° 1495.

(nota 9) Como lo sostiene LAFAILLE, t. 2, n° 1342.

1112/10040

§ 3. Constitución del usufructo

1112/10050

A.— MODOS DE CONSTITUCIÓN

1112/830

830. DIVERSOS MODOS.— El usufructo se puede constituir por contrato oneroso o gratuito, por actos de última voluntad, puede surgir de la ley o adquirirse por prescripción (art. 2812 Ver Texto). Estos son los únicos modos de constitución del usufructo. Así lo ha establecido el Código expresamente en el art. 2818 Ver Texto , agregando que los jueces,

so pena de nulidad no pueden constituir usufructo por ningún motivo en división y partición de bienes. Con ello, se ha querido eliminar el usufructo judicial, que era permitido en Roma (Digesto, Libro 7, título 1, ley 6), como lo recuerda VÉLEZ en la nota al art. 2818 Ver Texto . Veamos los distintos modos de adquisición:

1112/831

831. a) Contrato.— Ante todo, el usufructo se puede constituir por contrato oneroso o gratuito. Ello ocurre cuando el propietario cede el usufructo de un bien que le pertenece, reservándose la nuda propiedad o bien cuando cede la nuda propiedad, reservándose el usufructo (art. 2813 Ver Texto).

Estas cesiones pueden ser a título gratuito u oneroso; será gratuito si la cesión del usufructo o la nuda propiedad se hace sin contraprestación a cargo del beneficiario; será oneroso si la cesión se hace a cambio de una contraprestación (venta, permuta, transacción, pago de una cuota periódica mientras dure el usufructo, etc.).

En caso de duda, se presume oneroso el usufructo constituido por contrato (art. 2819 Ver Texto).

1112/832

832. b) Testamento.— El usufructo también puede establecerse por testamento. Así ocurre cuando el testador lega solamente el goce de la cosa reservando la nuda propiedad a los herederos o cuando lega a alguno la nuda propiedad y a otro el goce de la cosa o cuando no da expresamente al legatario sino la nuda propiedad (art. 2815 Ver Texto).

El usufructo testamentario se presume gratuito (art. 2819 Ver Texto). Pero nada obsta a que el testador imponga un cargo al beneficiario del usufructo, como podría ser el pago de una suma de dinero o la prestación de un servicio.

1112/833

833. c) Ley.— También puede surgir el usufructo de una disposición de la ley. En nuestro derecho, el art. 2816 Ver Texto prevé solamente dos supuestos de usufructo legal: el establecido en favor de los padres sobre los bienes de los hijos menores y el establecido sobre los bienes sujetos a reserva por el cónyuge bínubo. Como el instituto de la reserva fue suprimido por ley 17711 , sólo nos queda considerar el usufructo paterno.

En verdad este usufructo es una institución de familia regida por normas propias y al cual apenas si pueden aplicarse algunas reglas relativas al derecho real de usufructo, en la medida en que fueran compatibles con su espíritu. Basta pensar que el usufructo paterno está fuera del comercio para comprender la distancia que lo separa del derecho real de usufructo (sobre este tema de la naturaleza jurídica del usufructo paterno, véase Tratado de Familia, t. 2, n° 916).

1112/834

834. d) Prescripción.— Según el art. 2817 Ver Texto , el usufructo se adquiere por prescripción del goce de la cosas, según se dispone en el Libro IV para adquirir la propiedad de los bienes. Es decir, tratándose de inmuebles se adquiere a los diez años por posesión de buena fe y justo título (art. 3999 Ver Texto) y a los veinte años si la posesión es de mala fe (art. 4015 Ver Texto).

Puede darse como ejemplo de prescripción corta el siguiente: una persona adquiere un usufructo vitalicio por contrato o por disposición testamentaria sobre un inmueble; luego, el inmueble es reivindicado por un tercero. Si el usufructuario hubiera estado en posesión del bien durante diez años, adquiere el usufructo que es oponible, por tanto, al reivindicante.

En cambio, la adquisición por veinte años de un usufructo resulta poco menos que inimaginable. Para adquirirlo se necesita poseer el inmueble, usarlo y gozarlo. La conducta de quien posee el usufructo sobre un inmueble, es exactamente igual a la de quien lo posee en miras de adquirir el dominio. Siendo así, es evidente que el poseedor pretenderá la propiedad y no el usufructo. Teóricamente, sin embargo, puede concebirse que el poseedor renuncie voluntariamente a pretender el dominio, limitándose a reclamar el usufructo sobre el bien. Es un supuesto más teórico que práctico.

En relación a las cosas muebles no robadas ni perdidas, la posesión de buena fe y por título oneroso hace adquirir el dominio (arts. 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto), por lo que, como en el caso de la usucapión larga de inmuebles, es muy improbable que el poseedor se limite a pretender el usufructo, pudiendo reclamar el dominio. Si la cosa fuera robada o perdida, la usucapión se opera a los 3 años, si se tratara de una cosa mueble no registrable y a los 2 años, si fuera registrable (art. 4016 bis Ver Texto).

1112/10060

B.— CAPACIDAD

1112/835

835. CAPACIDAD PARA CONSTITUIR EL USUFRUCTO.— Como principio general para constituir el usufructo se necesita la capacidad para vender, si se trata de contrato oneroso, y la capacidad de donar, si se trata de usufructo a título gratuito (art. 2831 Ver Texto).

El art. 2832 Ver Texto dispone que siendo la cosa fungible, es necesaria la capacidad para prestar por mutuo, trátase de usufructo gratuito u oneroso. Pero como en materia de mutuo el Código no contiene reglas especiales sobre capacidad, la disposición del art. 2832 Ver Texto carece de contenido. Por lo tanto, es necesario remitirse a las reglas generales de la capacidad (ver nota 1). En suma, la capacidad para dar en usufructo las cosas fungibles, no difiere de la que se precisa respecto de las restantes cosas.

Tratándose de usufructo constituido por testamento, se requiere naturalmente capacidad para testar (art. 2833 Ver Texto).

Con un excesivo casuismo, nuestro Código no sólo prevé la capacidad del propietario para constituir usufructo, sino también la del usufructuario para transmitir el que él posee. Y establece que se requiere la misma capacidad que para constituirlo (art. 2837 Ver Texto), lo que es tan obvio que bien pudo haberse omitido esta norma.

1112/836

836. CAPACIDAD PARA ADQUIRIR EL USUFRUCTO.— Según el art. 2836 Ver Texto no tienen capacidad para adquirir el usufructo de cosas muebles o inmuebles por contrato oneroso o por disposición onerosa de última voluntad los que no la tengan para comprar bienes de la misma especie.

También esta disposición podría haberse omitido, porque no hace sino aplicar los principios generales sobre capacidad.

1112/837

837. LEGITIMACIÓN.— Están legitimados para constituir usufructo los dueños de las cosas dadas en usufructo o,

para decirlo con mayor amplitud y propiedad, los titulares de los derechos que pueden darse en usufructo. Los condóminos pueden constituir usufructo sobre su parte indivisa (art. 2843 Ver Texto). En este caso, el usufructuario goza de la cosa en común con los restantes condóminos. Pero se requiere gozar, del dominio pleno; el que sólo ostenta un dominio fiduciario no puede constituir usufructo (art. 2841 Ver Texto).

1112/10070

C.— OBJETO

1112/838

838. BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE USUFRUCTO.— Como principio general, el usufructo puede recaer sobre toda especie de bienes, sean muebles o inmuebles, trátase de cosas o de derechos (art. 2838 Ver Texto). En cuanto a las cosas consumibles o fungibles, recordamos que no pueden ser objeto de un usufructo propiamente dicho, sino sólo de un usufructo imperfecto.

El principio es, por lo tanto, muy amplio; inclusive, aquellas cosas que no producen ninguna utilidad, o fueran de mero placer, pueden constituirse en usufructo (arts. 2844 Ver Texto y 2845 Ver Texto). El fundamento de esta disposición es que el usufructuario puede encontrar formas de aprovechamiento, aunque fueran simplemente de carácter estético o de placer.

Destacamos que el art. 2838 Ver Texto admite el usufructo inclusive de bienes incorporales, es decir, de derechos. Esta disposición choca con el principio general de que los derechos reales sólo se pueden tener sobre cosas corporales. Por eso el art. 2838 Ver Texto precisa las condiciones bajo las cuales es admisible el usufructo de un derecho: los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieron representados por sus respectivos instrumentos. Así, por ejemplo, si yo tengo documentada una deuda de una suma de dinero, puedo ceder el usufructo de ese crédito, lo que se traduce en el derecho del usufructuario de cobrar los intereses. Para la constitución del usufructo es indispensable la entrega del instrumento en que consta la obligación (ver nota 2), pues dicha entrega es necesaria para cumplir con el requisito de la tradición, ineludible para la constitución de los derechos reales (art. 577 Ver Texto) y porque sin ese instrumento el usufructuario, no podría hacer valer sus derechos.

Y la parte final del art. 2838 Ver Texto agrega que cuando los, derechos no estuvieron representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro. Esta disposición, un tanto confusa, debe a nuestro juicio interpretarse, de la siguiente forma: si el derecho no está representado por instrumento, no es posible la constitución del usufructo, pero es válida la promesa de constituirlo sobre la cosa, una vez que ésta sea entregada por el deudor. Veamos un ejemplo: compro un automóvil a un amigo, sin documentar la compra; luego suscribo un compromiso con un tercero reconociéndole el usufructo del automóvil. Este compromiso no importa constitución de usufructo; es sólo la promesa de constituirlo cuando lo tenga en mi poder. Y mientras yo no tenga el automóvil en mi poder y más aún, mientras no lo entregue a mi vez al usufructuario, éste no tendrá otra cosa que un derecho creditorio, es decir, el derecho a exigirme la constitución del usufructo. Pero del derecho real sólo gozará cuando se le haga tradición de la cosa (art. 577 Ver Texto) (ver nota 3).

1112/839

839. BIENES EXCLUIDOS DEL USUFRUCTO.— Conforme con los arts. 2839 Ver Texto y siguientes, no pueden ser materia de usufructo:

a) Los bienes del Estado Nacional o de los Estados provinciales o de las municipalidades, sin una ley especial que lo autorice (art. 2839 Ver Texto). La autorización por ley sólo puede referirse a los bienes del dominio privado del Estado, desde que los del dominio público están fuera del comercio y sólo pueden ser objeto de un permiso de uso cuando la naturaleza de ellos lo permite (ver nota 4).

b) El propio usufructo (art. 2842 Ver Texto). En realidad, el usufructo sobre usufructo no desempeña ningún papel útil, desde que basta la cesión del usufructo para producir iguales efectos. Por ello VÉLEZ SANSFIELD califica de “extravagante” la posibilidad de establecer un usufructo sobre otro usufructo (nota al art. 2842 Ver Texto) (ver nota 5).

c) Los derechos de uso y habitación (art. 2842 Ver Texto), porque se trata de derechos intransmisibles, y porque el usufructo de ellos sería una forma de transmisión.

d) Las servidumbres reales activas (art. 2842 Ver Texto), porque ellas se constituyen teniendo en mira las necesidades del fundo dominante, de tal modo que no pueden cederse ni siquiera indirectamente (como sería la constitución de un usufructo) sin la transferencia de la posesión del inmueble dominante.

e) La hipoteca, la anticresis y la prenda, separadas de los créditos garantizados con ellas (art. 2842 Ver Texto). Esta solución se funda en que esos derechos reales son accesorios de los derechos garantizados y, por consiguiente, no pueden cederse separadamente de ellos.

f) Los créditos que fueran intransmisibles (art. 2842 Ver Texto), porque el usufructo importa una cesión parcial del derecho, sobre el cual se lo constituye (ver nota 6). Así, por ejemplo, no se podría concebir el usufructo sobre el crédito de alimentos.

1112/840

840.— Disponía el art. 2840 Ver Texto que no puede establecerse el usufructo sobre bienes dotales de la mujer ni aun con asentimiento del marido y de la mujer. Es una disposición que ha quedado derogada por las leyes 11357 y 17711 , que confieren amplia capacidad a la mujer casada.

1112/10080

D.— FORMA DE CONSTITUCIÓN

1112/841

841. DISTINTOS CASOS.— Para la constitución del usufructo por contrato se requiere la tradición de la cosa o derecho (art. 2820 Ver Texto); a este requisito inexcusable, sea la cosa mueble o inmueble, se agrega, si se tratase de inmuebles, la escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º) y, para que el acto quede perfecto y sea oponible a terceros, el registro (art. 2505 Ver Texto , C. Civil y art. 21 , ley 18701).

Si el usufructo se ha establecido sobre créditos o rentas deben entregarse los títulos al usufructuario, notificando a los deudores (art. 2875 Ver Texto).

En cuanto al establecido por testamento, se requieren las formas propias de las disposiciones testamentarias y la adquisición se opera en el momento de la muerte del testador (art. 2820 Ver Texto).

Finalmente, cuando se trata de usufructo legal queda constituido por el solo imperio de la ley, sin dependencia de formalidad ni acto alguno de adquisición (art. 2830 Ver Texto).

1112/10090

§ 4. Modalidades del usufructo

1112/842

842. CONDICIÓN, PLAZO, CARGO.— En principio, el usufructo se puede establecer bajo condición, plazo o cargo (art. 2821 Ver Texto). Sin embargo, el art. 2829 Ver Texto establece que el usufructo no puede ser constituido bajo una condición suspensiva o a un plazo suspensivo, a menos que siendo hecho por disposición de última voluntad, la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador.

Esta disposición exige una detenida consideración. Ante todo, está claro que en los usufructos constituidos por contrato está prohibida la condición y el plazo suspensivos. La prohibición es razonable. Tales modalidades son francamente inconvenientes, porque es muy posible que el propietario, en vista de que el usufructo está por tener comienzo o puede tener pronto comienzo, deje la cosa sin cultivarla adecuadamente; además, existe el peligro de que este tipo de modalidades mantenga la propiedad desmembrada durante plazos mayores que los que la ley autoriza.

Hasta aquí todo está claro. Se admite la condición resolutoria o el plazo resolutorio (siempre que la aplicación de tal condición o plazo no lleve el usufructo más allá del término máximo establecido por la ley), pero, en cambio, no es legítimo el plazo o la condición suspensiva. Sorprende, pues, el art. 2829 Ver Texto cuando a continuación dice: a menos que siendo por disposición de última voluntad la condición se cumpla o el plazo se venza después del fallecimiento del testador. Si lo que la ley ha querido es evitar que la propiedad pueda permanecer desmembrada por períodos más prolongados que los que ella autoriza, si se teme el desaliento del propietario que está a la expectativa del cumplimiento de una condición o plazo suspensivo, no se explica la salvedad contenida en el último párrafo. Más lógica es la solución del código chileno que convalida el usufructo establecido bajo condición o plazo suspensivo constituido por testamento, sí la condición o el plazo se hubieran cumplido antes del fallecimiento del testador. Es lógico que así sea, porque si la condición o el plazo han vencido antes de la muerte del testador no existe ya ninguno de los peligros que se han anotado anteriormente y que constituyen la razón por la cual nuestro Código prohíbe el plazo o condición suspensiva en el usufructo. Tan contradictoria resulta la segunda parte del art. 2829 Ver Texto con la primera, que ARGAÑARAZ propone que se lea antes del fallecimiento, donde dice después del fallecimiento, corrigiendo así lo que sería simplemente un error material (ver nota 7).

Por nuestra parte adherimos a la opinión del autor citado.

1112/843

843.— El plazo máximo del usufructo es el de la vida del usufructuario (art. 2825 Ver Texto) y el de veinte años, si se tratase de una persona jurídica (art. 2828 Ver Texto). Ningún plazo o condición resolutoria podría extender la duración del usufructo más allá de estos términos. Por la misma razón, no puede constituirse un usufructo en favor de una persona y sus herederos (art. 2825 Ver Texto). Es una disposición razonable, porque de lo contrario se produciría un desmembramiento demasiado prolongado de la propiedad.

1112/844

844.— Si el usufructo se ha constituido sin término, se entiende que es por la vida del usufructuario (art. 2822 Ver Texto). Esto significa que la duración máxima del usufructo, es a la vez el término presumido por la ley. Por razones de analogía y aunque el Código no lo dispone expresamente, pensamos, que en el caso de las personas jurídicas, cuando no se hubiese establecido término, debe admitirse que el usufructo dura veinte años.

1112/845

845. USUFRUCTO CONSTITUIDO EN FAVOR DE VARIAS PERSONAS.— El usufructo puede constituirse en favor de una o de varias personas. Si fueran varios los usufructuarios, ellos podrán gozar del usufructo por partes indivisas o por partes separadas (art. 2821 Ver Texto). En verdad, si se trata de partes separadas de un mismo bien, hay tantos usufructos como beneficiarios; no puede hablarse con propiedad de co-usufructo, sino en el caso de que ellos tengan partes indivisas del mismo usufructo.

Siendo dos o más los usufructuarios, no habrá entre ellos, derecho de acrecer a menos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare o dispusiera expresamente lo contrario (art. 2823 Ver Texto). Supongamos que el propietario haya concedido el usufructo sobre un bien en forma indivisa a dos personas. Fallecida una de ellas, su parte en el usufructo no, acrece la del otro usufructuario sino que es recuperada por el propietario, que viene así a tener el carácter de co-usufructuario de la cosa. ¿Pero no es esto reconocer un usufructo sobre la cosa propia, lo que parece contrario a la esencia de usufructo y a los términos en que este derecho es definido en el art. 2807 Ver Texto ? Por eso, dice PUGLIESE que siendo el usufructo sobre la cosa propia una figura inadmisibles, debemos admitir el concepto de la comunión de goce, o sea de una comunión entre derechos desiguales (ver nota 8). Pero el mismo autor debe reconocer que en la práctica ocurre como

si el propietario y el usufructuario gozasen en común del usufructo (ver nota 9). En consecuencia, las relaciones entre usufructuario y propietario (en cuanto este último actúa con derecho al uso y goce de la cosa) se rigen por las mismas normas de la comunión de usufructo.

1112/846

846.— Supuesto que el usufructo esté constituido en favor de varios titulares, existe entre ellos una comunión de usufructo o co-usufructo análoga en cierta manera a la copropiedad y a la que, en buena medida, son aplicables sus normas.

Cada uno de los participantes es titular de una cuota indivisa del usufructo y puede disponer de ella en la medida en que puede disponer del usufructo; tiene la facultad de servirse de la cosa de modo compatible con el uso de los otros usufructuarios y de percibir una parte de los frutos correspondientes a su cuota; puede concurrir a la administración de la cosa, administración que depende de la voluntad de la mayoría de los participantes (ver nota 10).

1112/847

847.— Dispone el art. 2824 Ver Texto que el propietario no podrá constituir el usufructo a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo. Ya no se trata de la transmisión por herencia del usufructo; sino de la sucesión dispuesta, sea en el contrato o en el testamento. La ley no lo permite aunque los sucesores sean personas vivas en el momento de constituirse el usufructo. En este caso, el peligro de que el desmembramiento de la propiedad se mantenga durante mucho tiempo es considerablemente menor pues está limitado por la vida de una persona nacida al constituirse el usufructo; pero, aun así, el codificador juzgó inconveniente este tipo de cláusulas y las prohibió de manera expresa.

1112/848

848. USUFRUCTO CONSTITUIDO ALTERNATIVAMENTE.— Dispone el art. 2826 Ver Texto que el usufructo puede ser alternativamente legado, colocando el derecho de usufructo mismo en alternativa con otra cosa de la propiedad del testador. Es una disposición sobreabundante, porque ninguna norma legal se opone a que el testador haga un legado alternativo. Y lo que se dice del legado, debe admitirse también, por iguales razones, respecto del usufructo constituido por actos entre vivos (ver nota 11).

En cuanto al derecho de elección, se aplican las reglas del Código relativas a las obligaciones alternativas y los legados; por consiguiente, la elección corresponde al heredero a menos que este derecho haya sido expresamente conferido al legatario (arts. 637 Ver Texto y 3758 Ver Texto ; nota al art. 2826 Ver Texto).

Supongamos ahora que el legatario a quien el testamento atribuye opción, hubiese fallecido sin hacerla. En tal caso se acepta uniformemente que, muerto el legatario, sus herederos tienen derecho a reclamar la entrega de la cosa que alternativamente le ha sido legada en propiedad, ya que el usufructo se extinguió con la muerte del legatario (ver nota 12).

(nota 1) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1526; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1422.

(nota 2) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p 245.

(nota 3) MARIANI DE VIDAL, loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1532, nota 54; LAFAILLE, t. 2, n° 1350; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1433. En contra, sosteniendo que el art. 2839 Ver Texto al autorizar el usufructo concedido por ley se refiere tanto al dominio público como privado del Estado, SALVAT, t. 3, n° 1532.

(nota 5) Tampoco se admite el usufructo sobre usufructo en el derecho alemán (ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 120); pero sí en otras legislaciones; para el derecho francés, véase PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 758; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAVEAU, n° 478; para el derecho italiano, véase PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 22; para el español, PUIG BRUTAU, t. 3, p. 348.

(nota 6) De acuerdo, PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, N° 22.

(nota 7) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1512, nota 32. Todos los autores destacan la inconveniencia de la solución del Código: SALVAT, loc. cit.; LAFAILLE, t. 2, n° 1343; MACHADO, t. 7, p. 270, en nota.

(nota 8) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 21.

(nota 9) PUGLIESE, op. y loc. cit.

(nota 10) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 20.

(nota 11) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1343.

(nota 12) SALVAT, t. 3, n° 1521; MACHADO, t. 7, p. 284 en nota; LLERENA, t. 8, p. 97; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, p. 1438.

1112/10100

§ 5. Derechos y obligaciones del usufructuario

1112/10110

A.— DERECHOS

1112/849

849. ENUMERACIÓN.— Por razones de orden metodológico dividiremos el estudio de los derechos del usufructuario de la siguiente forma: a) derecho de uso y goce de la cosa; b) poderes propiamente jurídicos; e) acciones que el usufructuario puede ejercer.

No dejamos de reconocer que esta división es bastante artificioso porque el derecho de uso y goce de la cosa es también un poder jurídico, y que también lo son las acciones que la ley reconoce al usufructuario. Sin embargo, al hacerlo así, seguimos una sistematización que es clásica en nuestra doctrina y que facilita la ordenación y exposición de la materia.

1112/10120

1.— Uso y goce de la cosa

850. PRINCIPIO GENERAL.— El principio general en, esta materia está sentado en el art. 2863 Ver Texto según el cual el usufructuario puede usar y gozar de la cosa como el propietario mismo. Pero esta asimilación al propietario no es absoluta. Ya en la definición de usufructo contenida en el art. 2807 Ver Texto , se dice que es el derecho de usar y gozar de la cosa con tal que no se altere su sustancia (salva rerum substantia).

¿Qué significa esta obligación de dejar a salvo la sustancia de la cosa? Como lo hemos dicho anteriormente (nº 820) significa la obligación de no destruirla y no alterar su individualidad; pero también importa el deber de no alterar su destino. En este sentido, el art. 2878 Ver Texto dice que la cosa debe ser usada en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo. Obviamente la ley se refiere al destino económico de la cosa (ver nota 1), puesto que estamos en el plano de los derechos patrimoniales. En suma, la idea central que preside este instituto es que el usufructuario debe conservar la cosa para el propietario y sus herederos en el mismo estado en que se encontraba en el momento en que fue constituido el usufructo (ver nota 2). Esta idea queda precisada y refirmada en los arts. 2879 Ver Texto y 2892 Ver Texto . El primero establece que el usufructuario no puede emplear los objetos sometidos a su derecho sino en los usos propios a la naturaleza de ellos. Debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo. Así, por ejemplo, al usufructuario puede convenirle, sobre todo cuando está próximo a vencer su usufructo, sembrar varios años seguidos girasol; él obtendrá un mayor provecho, pero a costa del empobrecimiento de la tierra, que perjudicará gravemente al propietario cuando la recupere. La ley prohíbe, con razón, esta manera de usufructuar la cosa. Y si el usufructuario lo hace, es responsable de los daños y perjuicios.

A su vez, el art. 2892 Ver Texto dispone que el usufructuario no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque sea para sustituirla por otra mejor o para usar y gozar de otro modo el terreno o los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiese casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aunque aumentase mucho la utilidad que ello pudiere producir.

Así, por ejemplo, una casa para vivienda no puede ser transformada en local de comercio o en boite. Pero la circunstancia de que el nudo propietario haya habitado personalmente la casa no lo priva al usufructuario de darla en locación (art. 2876 Ver Texto), lo que no perjudica al primero pues la locación se extingue de pleno derecho al concluir el usufructo (art. 2947 Ver Texto).

851.— Aceptado el principio de que el usufructuario debe conservar la sustancia, o sea el destino económico de la cosa, es necesario admitir también que este principio debe interpretarse con elasticidad (ver nota 3). Ninguna duda cabe de que el usufructuario tiene derecho a lo que se llama la rotación agraria, es decir, a cultivar ciertos granos o pasturas donde se cultivaban otros, a dar en locación la casa que el constituyente habitaba personalmente y, de una manera general, a realizar todo cambio no sustancial que conduzca a un mejoramiento de la capacidad productiva de la cosa y a incrementar su utilidad y valor (ver nota 4). Una solución contraria sería repugnante al principio de la función social de la propiedad.

De igual modo, el usufructuario tiene derecho a servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente con el uso a que están destinadas y sólo está obligado a devolverlas al extinguirse el usufructo en el estado en que se hallen, sólo si se deterioran o consumen por su culpa (art. 2872 Ver Texto). En suma, el uso normal y regular de la cosa es plenamente lícito, aunque de él resulte algún gasto o deterioro; pero si el deterioro resultara de un uso abusivo o negligente de la cosa, el usufructuario responde por los daños y perjuicios.

Por lo mismo que debe respetarse la sustancia, el usufructuario tiene limitado su derecho a explotar los productos de la cosa; como principio, su derecho se reduce a continuar una explotación en marcha, pero no puede abrir nuevas minas o canteras (véase nº 859).

1112/852

852.— El respeto de la sustancia o destinación económica de la cosa liga al usufructuario pero no al nudo propietario; nada se opone, por tanto, a que el constituyente, al establecer el usufructo acepte o imponga que el usufructuario atribuya al bien un destino diverso, sea explícita o implícitamente (ver nota 5).

Veamos ahora los distintos problemas que el uso y goce de la cosa plantea.

1112/853

853. POSESIÓN Y DISFRUTE.— El usufructuario goza de la posesión de la cosa. Diversos artículos le reconocen expresamente este derecho (arts. 2849 Ver Texto , 2852 Ver Texto) o hablan de que el propietario debe hacerle tradición de la cosa al usufructuario (art. 2820 Ver Texto) o le conceden las acciones posesorias (art. 2876 Ver Texto ,). Es la posesión inmediata, que no excluye la posesión mediata del dueño.

Esa posesión está en el alma del usufructo; importa el derecho de disfrute de la cosa. El usufructuario puede habitarla, si se trata de un inmueble; o puede servirse de ella con fines de descanso o placer. Puede también, y esto es esencial, disfrutar económicamente de la cosa, es decir hacerla producir sus frutos.

1112/854

854. CUESTIONES RELATIVAS A LOS FRUTOS.— Se ha dicho ya que el usufructuario tiene derecho a los frutos, sean naturales, industriales o civiles de la cosa. Ahora bien; el derecho a los frutos naturales o industriales presenta algunos problemas cuando se trata de frutos pendientes al momento de comenzar el usufructo o de terminarse. Supongamos que al constituirse el usufructo esté sembrada, pero no recogida todavía, una cosecha de trigo. ¿A quién pertenece ella? Y de más está decirlo, la misma cuestión puede presentarse al terminar el usufructo. El art. 2864 Ver Texto resuelve el problema de la siguiente manera: Los frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario y si están vendidos, el precio corresponde también al propietario. Vale decir, la ley resuelve de modo tajante el problema atribuyendo en un caso la propiedad de los frutos al usufructuario, en otro al propietario. Es la solución clásica (ver nota 6); pero no es justa ni conveniente (ver nota 7). No es justo que quien ha cultivado la tierra se vea privado del fruto de su esfuerzo. Además, el sistema es desalentador. Es seguro, que el propietario dispuesto a conceder su tierra en usufructo no la cultive si la cosecha ha de producirse después de la constitución; tampoco es de esperar que el usufructuario la cultive, cuando su derecho ha de extinguirse antes de la cosecha.

La injusticia de la solución legal se agrava por la disposición contenida en el segundo párrafo del mismo artículo según el cual ni el usufructuario ni el propietario tienen que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas u otros gastos semejantes. En esas condiciones es evidente que ni el propietario ni el usufructuario trabajarán la tierra cuando está por comenzar o terminar el usufructo.

1112/855

855.— Después de establecer el art. 2864 Ver Texto que ni el usufructuario, ni el propietario tienen nada que reclamarse en concepto de labores, semillas u otros gastos, agrega: salvo los derechos de los terceros que hubiesen empleado su trabajo o su dinero en la producción de los frutos. Lo que se deba por esta razón debe ser satisfecho por el que perciba los frutos.

A primera vista, la solución legal parece carecer de lógica. Si el usufructuario o el propietario que percibieron los frutos no están obligados a pagar los gastos de labores o semillas, ¿no es contradictorio que estén obligados a pagar los trabajos o deudas con terceros originados en la producción de los frutos? Sin embargo, es evidente la justicia de la solución legal. Quienes en definitiva han resultado beneficiados con los frutos, es natural que estén obligados frente a los terceros cuyo trabajo o cuyo dinero permitió la producción. Pensamos que esta acción que la ley confiere al tercero contra el que percibe los frutos, no excluye la acción que tiene contra quien contrató con él; de tal manera que el tercero podría dirigir su acción bien fuera contra el que realizó las labores, bien fuera contra el que percibió los frutos. Y si dirige su acción contra éste, y éste paga la deuda contraída por quien los produjo, es indudable que el pagador tiene acción contra el productor por repetición de lo pagado (ver nota 8). Esta solución, por cierto injusta, resulta del art. 2864 Ver Texto , que pone los gastos de producción a cargo de quien realizó sus labores.

1112/856

856.— Supongamos ahora que el propietario haya vendido en pie una cosecha que recién se recoge después de la constitución del usufructo; o que lo propio haya hecho el usufructuario con una cosecha que debe recogerse después de la extinción del usufructo. Tales actos de enajenación de la cosecha en pie son válidos y, en el primer caso el usufructuario, en el segundo el propietario, sólo tienen derecho al precio pactado por los frutos (art. 2864 Ver Texto). Se trata de un acto de administración, que el usufructuario en el primer caso, el propietario en el segundo, deben respetar, tanto más cuanto que ellos no sufren perjuicios porque de todas maneras se les paga el precio de la cosecha. Queda desde luego a salva su acción de daños y perjuicios contra el enajenante si se prueba que la venta fue hecha en fraude de sus derechos, como ocurriría si se la vende por un precio sensiblemente menor al que los frutos valen (ver nota 9). Pero naturalmente para que la venta de los frutos que el propietario haya hecho de la cosecha en pie sea oponible al usufructuario, debe tener fecha cierta anterior a la constitución del usufructo (ver nota 10); y lo mismo cabe decir de la venta hecha por el usufructuario de los frutos a recogerse después de la extinción del usufructo.

1112/857

857.— Si la cosecha vendida en pie ha sido recogida en parte por el propietario y en parte por el usufructuario, el precio de venta debe repartirse entre ellos en forma proporcional a la cantidad de frutos percibidos por cada uno (ver nota 11).

1112/858

858.— En materia de frutos naturales e industriales, el Código ha seguido el principio de que ellos pertenecen al que los percibe; pero en materia de frutos civiles sigue un principio distinto. Según el art. 2865 Ver Texto los frutos civiles se adquieren día por día y pertenecen al usufructuario en proporción del tiempo que dure el usufructo, aunque no los hubiese percibido. Supongamos un arrendamiento de diez mil pesos anuales, pagaderos al concluir el año. El usufructuario cuyo usufructo ha concluido el 30 de junio, tiene derecho a que se le pague cinco mil pesos, que se harán efectivos naturalmente al terminar el año. Desde luego, la misma solución es aplicable al caso de los frutos civiles pendientes de percepción en el momento de constituirse el usufructo (ver nota 12).

1112/859

859.— Estas normas relativas a la distribución de los frutos entre propietario y usufructuario pueden ser modificadas por acuerdo de partes; por consiguiente, puede convenirse entre ellas una distinta distribución de los frutos, acordándose, por ejemplo, que el que los produce tendrá derecho a percibirlos en todo o en parte (ver nota 13). Es evidente que en la distribución de los frutos dispuesta por el art. 2864 Ver Texto, no hay una razón de orden público que impida hacer prevalecer el acuerdo de los interesados. Tanto más cuanto que ese acuerdo puede ser del mayor interés no sólo para las partes sino también desde el punto de vista de la producción. En efecto, el usufructuario cuyo usufructo termina antes de la época de la recolección de la cosecha, no hará ningún trabajo ni gasto de producción, a menos de llegar a un acuerdo con el propietario que le asegure que por lo menos una parte de su esfuerzo le será reconocido.

1112/860

860. MINAS Y CANTERAS.— Dispone el art. 2866 Ver Texto que corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas de todas clases que estén en explotación al tiempo de comenzar el usufructo, pero no tiene derecho a abrir minas o canteras. Esta disposición es aplicable sólo a las minas que el Código de Minería clasifica en la tercera categoría, es decir, a las que pertenecen a los particulares, ya que las de primera y segunda categoría pertenecen al Estado.

El principio es, pues, que el usufructuario tiene derecho a continuar una explotación anterior, pero no lo tiene para abrir nuevas minas o canteras. Este principio está confirmado por el art. 366 del Código de Minería con una muy ligera modificación: se reconoce al usufructuario el derecho de explotar las minas cuando la industria principal del fundo sea la explotación de las canteras o de cualquier sustancia perteneciente a la tercera categoría, estén o no en actual trabajo, salvo cláusula en contrario.

En otras palabras: el usufructuario tiene derecho a continuar la explotación de una mina que estuviera trabajada en el momento de constituirse el usufructo o, si no estando trabajada en ese momento, es de todas maneras la industria principal del fundo fructuario. Es la solución razonable. No es indispensable que la mina estuviera trabajada en el instante mismo de constituirse el usufructo, si de todas maneras lo ha estado antes y es la industria principal del fundo fructuario.

El art. 366 , C. de Minería, deja a salvo la convención en contrario. Esa convención en contrario puede negar al usufructuario el derecho de explotar una mina que esté trabajada en el momento de constituirse el usufructo o bien reconocerle el derecho de abrir una mina todavía no explotada. Como hemos dicho en otro lugar, en esta materia las disposiciones relativas al destino económico de la cosa no tienen carácter de orden público y pueden ser objeto de modificaciones en los contratos de las partes (véase nº 851).

En cualquier caso esté o no abierta la mina, el usufructuario podrá tomar los materiales para las reparaciones que exige el fundo y para las obras que esté obligado a ejecutar (art. 366 , C. de Minería).

1112/861

861.— Supongamos ahora que el Estado conceda a un tercero la explotación de una mina de primera o segunda categoría ubicada en el predio dado en usufructo, y que como consecuencia de dicha explotación minera resulten daños al predio. El concesionario, por cierto, deberá indemnizarlos. En ese caso, las indemnizaciones correspondientes al no uso y aprovechamiento del terreno, a la pérdida de las cosechas, a la destrucción o inutilización de los trabajos, corresponden al usufructuario; en cambio, pertenecen al propietario las indemnizaciones por el deterioro o inutilización del suelo (art. 367 , C. de Minería).

1112/862

862.— En cuanto a las minas cuya explotación corresponde al usufructuario, éste puede hacerlo directamente o bien puede ceder el usufructo de la mina o arrendarla (art. 369 , C. de Minería).

1112/863

863. ÁRBOLES Y MONTES.— Establece el art. 2873 Ver Texto que el usufructuario de un monte disfruta de todos los provechos que pueda producir según su naturaleza. Siendo

monte tallar o de madera de construcción puede hacer los cortes ordinarios que haría el propietario, acomodándose en el modo, porción y épocas a las costumbres del país.

Esto significa que el usufructuario no puede talar un monte de modo que éste se extinga o perezca; pero tiene derecho a cortes periódicos cuando el monte está destinado a la producción de leña o madera. En este caso, la leña o madera que se saca de la tala periódica y que permite la renovación espontánea del monte, es un fruto y no un producto de la cosa; y ello explica sobradamente la solución del Código.

Puede también el usufructuario sacar los otros provechos que normalmente se extraen de un monte, como recoger la leña caída o la que resulte de la poda racional de aquél.

Pero está prohibido al usufructuario cortar los árboles frutales o los de adorno, los que guarnecen los caminos o dan sombra a las casas (art. 2873 Ver Texto). Los árboles frutales que se secan o que caen por cualquier causa, le pertenecen, pero debe reemplazarlos por otros (art. 2873 Ver Texto , in fine).

Obsérvese que esta obligación de reemplazar unos árboles por otros se refiere exclusivamente a los frutales y no a los de adorno y de sombra. Hubiera sido preferible extender también esa obligación a éstos.

1112/864

864.— En caso de que el usufructuario, contraviniendo lo dispuesto en el art. 2873 Ver Texto cortara los árboles del predio dado en usufructo, estará obligado al pago de los daños y perjuicios al propietario. Éste podrá exigir la indemnización sin esperar la terminación del usufructo (ver nota 14).

1112/865

865. ACCESIÓN Y ALUVIÓN.— Dispone el art. 2867 Ver Texto que corresponde al usufructuario el goce del aumento que reciban las cosas por accesión así como también el terreno de aluvión. Adviértase que esta disposición es clara en cuanto reconoce al usufructuario solamente el goce de dicho aumento, lo que es natural, porque la propiedad corresponde al nudo propietario.

1112/866

866. TESOROS.— Podría suscitarse la duda de los derechos eventuales del usufructuario al tesoro que se encuentra en el inmueble que usufructúa. El art. 2868 Ver Texto resuelve esta cuestión de la siguiente manera: el usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubren en el suelo que usufructúa el derecho que la ley concede al propietario del terreno. Es una solución razonable.

1112/867

867. MEJORAS.— El problema de las mejoras está regulado en el art. 2874 Ver Texto que dispone: el usufructuario puede hacer mejoras en las cosas que sean objeto de usufructo, con tal que no alteren su sustancia, ni su forma principal. Podrá también reconstruir cualquier edificio arruinado por vejez u otras causas; pero no tiene derecho a reclamar el pago de las mejoras; sin embargo podrá llevarse las mejoras útiles y voluntarias siempre que sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo, y podrá también compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado a pagar. Esta disposición contiene distintas normas que es necesario considerar por separado.

Ante todo, la ley reconoce al usufructuario el derecho de hacer mejoras en las cosas, con tal que no alteren su sustancia ni su forma principal; igualmente lo autoriza a reconstruir cualquier edificio arruinado por vejez u otras causas.

¿Incluye esta facultad el derecho a construir edificios nuevos? La opinión negativa, sostenida por algunos autores (ver nota 15), no resiste el análisis. Ante todo, los edificios nuevos están comprendidos dentro del concepto de mejoras y ya sabemos que el usufructuario está autorizado a realizarlas en la cosa. Por lo demás, la solución que prohibiese al usufructuario construir un edificio nuevo es contraria a toda razón. Supongamos que el usufructo recaiga sobre un predio rural que no tiene casa. ¿Puede negarse acaso al usufructuario el derecho a construir la casa habitación que quizá sea indispensable para la explotación adecuada del inmueble? Tanto más lógico es negarle al usufructuario el derecho a hacer estas mejoras, cuanto que, en principio, no tiene derecho a cobrar su valor del propietario.

1112/868

868.— La ley dispone que el usufructuario que hubiese realizado mejoras no tiene derecho a reclamar su pago del propietario, pero puede llevarse las mejoras útiles y voluntarias siempre que sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo. La ley ha juzgado que el derecho a hacer las mejoras está compensado con el aprovechamiento del predio. Es una mala solución, que no tiene en vista los intereses generales de la comunidad. Si el usufructuario no tiene derecho a reclamar el pago de las mejoras, evidentemente no las

hará o hará sólo las que le sean de todo punto de vista indispensables. La sociedad, en cambio, está interesada en todas aquellas mejoras que se traduzcan en un mejor aprovechamiento del predio y, por consiguiente, en una mayor producción; tal como alambradas, canales de desagüe, etc. Asimismo está interesado en las mejoras que hacen a las condiciones de vida del personal: habitaciones, baños, cocinas, etc. Todo ello queda desalentado con la norma del Código que prohíbe al usufructuario reclamar las mejoras que haya hecho. Es necesario agregar que el Código sólo autoriza al usufructuario a compensar esas mejoras con el valor de los deterioros que esté obligado a pagar (art. 2874 Ver Texto in fine). Es una solución que no guarda mucha coherencia con el principio de que el propietario no está obligado a pagar las mejoras, pero que se inspira en una evidente razón de equidad.

Cabe preguntarse si no son aplicables al caso, por analogía, las disposiciones de la ley de arrendamientos rurales que obligan al arrendador a pagar al arrendatario el valor de las mejoras hasta el 20% de la valuación fiscal de la superficie arrendada (art. 11 Ver Texto , ley 13246). Pensamos que las mismas razones de interés público que han inspirado estas normas juegan en el caso del usufructo. El interés comprometido es idéntico y la razón que inspira la disposición de la ley de arrendamientos rurales se da exactamente en el supuesto de usufructo. En consecuencia, pensamos que el art. 2874 Ver Texto en cuanto niega al usufructuario el derecho de reclamar el pago de las mejoras, ha quedado modificado por la ley de arrendamientos rurales en lo que se refiere a los inmuebles rústicos.

1112/869

869.— El usufructuario, de cualquier modo, tiene derecho a llevarse las mejoras útiles y voluntarias cuando sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo (art. 2874 Ver Texto). Claro está que si el propietario prefiere retener las mejoras, pagando su valor, el usufructuario no puede retirarlas (arg. art. 2589 Ver Texto) (ver nota 16).

1112/870

870. COSAS QUE SE GASTAN Y DETERIORAN LENTAMENTE.— Acorde con el art. 2872 Ver Texto el usufructuario tiene derecho a servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos a que están destinadas y sólo está obligado a devolverlas al extinguirse el usufructo en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran o consumen por su culpa.

En otras palabras, el usufructuario tiene derecho a hacer uso normal de las cosas, aun cuando ellas se deterioren o gasten normalmente con el uso, solución razonable porque ese deterioro es consecuencia directa del uso a que tiene derecho el usufructuario.

1112/10130

2.— Facultades propiamente jurídicas

1112/871

871.— PODERES DE ADMINISTRACIÓN. El derecho de administrar los bienes recibidos en usufructo es una consecuencia necesaria de la facultad de uso y goce de la cosa que tiene el usufructuario. Ese poder de administración incluye la facultad de designar el personal que ha de trabajar el inmueble, el derecho de enajenar los frutos y productos (en la medida en que estos últimos pertenecen al usufructuario), el derecho de ejercer las servidumbres activas, el de dar en arriendo el usufructo (art. 2870 Ver Texto).

Si el usufructuario da en arrendamiento el usufructo, permanece directamente responsable ante el propietario por los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia del arrendatario (art. 2870 Ver Texto). En otras palabras, responde del comportamiento del arrendatario como si fuera propio.

Los contratos de arrendamiento terminan cuando termina el usufructo (art. 2870 Ver Texto). Véase, empero, lo que decimos en el nº 971.

1112/872

872.— ¿Puede el acto de constitución del usufructo prohibir al usufructuario dar en locación la cosa? La doctrina es favorable a la validez de tales cláusulas (ver nota 17). Por nuestra parte, pensamos que son inválidas. Ante todo, hay que recordar que el contenido de los derechos reales está dado por la ley y que salvo excepciones expresas, no depende de la voluntad de las personas constituyentes o contratantes (art. 2502 Ver Texto). Y como la ley permite al usufructuario dar en arriendo el usufructo (art. 2870 Ver Texto), hay que concluir que esta facultad no puede serle restringida ni por voluntad del constituyente ni por acuerdo de partes. Además, hay razones de interés social que obligan a reputar nulas tales cláusulas. Supongamos que el usufructuario enferme y no esté ya en condiciones de explotar un campo, sino dándolo en arrendamiento. ¿Habría que mantener improductiva la propiedad? En suma, pensamos que tal cláusula es inválida y debe tenerse por no escrita.

1112/873

873.— Cuando el usufructo está establecido sobre créditos o rentas, los títulos deben ser entregados, notificándose a los deudores, pero el usufructuario no puede cobrarlos judicialmente sin el concurso del nudo propietario (art. 2875 Ver Texto).

No parece lógico que el usufructuario pueda por sí sólo cobrar extrajudicialmente estos créditos, pero que, en cambio, no pueda hacerlo judicialmente sin el concurso del nudo propietario (ver nota 18).

Cobrados judicial o extrajudicialmente los créditos, el usufructuario puede invertir el dinero para percibir sus rentas o intereses, con la obligación de restituir el capital al vencimiento del usufructo.

1112/874

874. FACULTADES DE DISPOSICIÓN.— En principio el usufructuario carece de facultades o poderes de disposición sobre la cosa. En consecuencia, no puede enajenarla, ni gravarla con derechos de hipoteca o prenda. En cambio, puede dar en anticresis el derecho de usufructo (art. 3242 Ver Texto) en cuyo caso la anticresis está supeditada a la duración del usufructo (ver nota 19).

Desde luego, estas restricciones no se aplican al cuasi usufructo que, como ya hemos dicho, importa la transferencia del dominio de las cosas; tampoco se aplica al usufructo de mercaderías, respecto de las cuales el art. 2809 Ver Texto autoriza al usufructuario a enajenarlas.

1112/875

875.— No se puede constituir un usufructo sobre el usufructo (art. 2842 Ver Texto); pero, en cambio, se puede ceder su ejercicio (art. 2870 Ver Texto). La primera cuestión que aquí se presenta es la de si la cesión del ejercicio del usufructo importa en realidad la cesión del usufructo en sí. Quienes niegan la posibilidad de identificar una y otra cesión, se apoyan particularmente en la circunstancia de que la cesión del usufructo significa la transmisión de un derecho real de una persona a otra; en tanto que la cesión del ejercicio del derecho real implica la transferencia de un derecho puramente personal. En este último caso, el usufructuario permanece obligado respecto al nudo propietario y aun respecto de terceros, lo que no ocurre en la cesión del usufructo en sí mismo (ver nota 20). El fundamento de la distinción no resulta convincente, al menos en el terreno de las soluciones prácticas. Siendo el usufructo (ya sea constituido por contrato o por testamento) un acto realizado *intuitae personae* es evidente que el usufructuario no puede ceder el usufructo liberándose de toda

obligación, sin consentimiento del nudo propietario. Y si éste da su consentimiento, bien puede decirse que, en verdad, hay dos actos: uno de extinción del usufructo anterior y otro de constitución del nuevo usufructo directamente por el propietario. Cuando el usufructuario actúa por sí solo, sin intervención ninguna del nudo propietario, la cesión que él haga, sea del usufructo, sea de su ejercicio, no puede concebirse sino manteniendo íntegramente las responsabilidades que le competen como usufructuario. Con razón han podido decir PLANIOL y RIPERT que, en el fondo esto no pasa de ser una querrela de palabras, pues todo el mundo está de acuerdo en un punto capital: que el hecho de la cesión no modifica la duración del usufructo (ver nota 21); a lo que nosotros agregamos que tampoco modifica la responsabilidad del usufructuario.

1112/876

876.— El usufructuario que ha cedido el ejercicio del usufructo permanece directamente responsable ante el propietario lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye (art. 2870 Ver Texto). El principio en esta materia, es que el usufructuario responde ante el dueño por el comportamiento del cesionario como si fuera comportamiento propio (ver nota 22). Y de cualquier modo, la terminación del usufructo original implica también la terminación del derecho cedido (art. 2870 Ver Texto in fine).

1112/877

877.— El usufructuario puede conceder derechos de uso y habitación. Es la solución que surge implícitamente del art. 2960 Ver Texto (ver nota 23), y se conforma con la naturaleza de los derechos de usufructo y uso. Naturalmente, el tiempo del uso queda limitado por el del usufructo.

1112/878

878.— El usufructuario puede constituir servidumbres pero sólo por el tiempo que durare el usufructo (art. 2980 Ver Texto).

Pero si luego el usufructuario se convierte en dueño, la servidumbre consentida por él deviene definitiva (art. 2982 Ver Texto).

1112/879

879. EMBARGO DEL USUFRUCTO POR LOS ACREEDORES.— Se conecta con el tema de la cesión del usufructo el problema de si los acreedores pueden embargar ese derecho, problema que el art. 2908 Ver Texto resuelve expresamente en los siguientes términos: los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se les pague con él, prestando la fianza suficiente de conservación y restitución de la cosa tenida en usufructo.

Vale decir, los acreedores pueden asumir el usufructo de la cosa y percibir sus frutos siempre que den fianza suficiente de que la cosa será conservada y restituida a su debido tiempo. De esta manera, quedan a salvo los derechos del propietario sin afectar los de los acreedores del usufructuario.

1112/10140

3.— Acciones que puede ejercer

1112/880

880. PRINCIPIO GENERAL.— El usufructuario tiene todas las acciones reales y personales necesarias para la realización del derecho que corresponden al usufructo (art. 2876 Ver Texto).

Entre las acciones reales están ante todo las posesorias, que puede ejercer, sea contra el nudo propietario, sea contra los terceros que perturben el ejercicio de su derecho (art. 2876 Ver Texto). Puede ejercer también contra cualquiera de ellos las acciones petitorias (art. 2877 Ver Texto), o sea la reivindicatoria, si ha sido desposeído y la negatoria si ha sido perturbado en el ejercicio de su posesión.

Además de estas acciones reales, el usufructuario tiene contra el propietario la acción tendiente a obtener la entrega de los bienes, que está subordinada al cumplimiento de los requisitos sobre inventario y fianza (arts. 2846 Ver Texto y 2851 Ver Texto).

Con respecto a terceros, tiene también la acción de deslinde (art. 2749 Ver Texto); y la acción para reclamar la servidumbre de tránsito (art. 3068 Ver Texto).

1112/881

881. EFECTO DE LA SENTENCIA.— Dispone el art. 2877 Ver Texto que la sentencia que el usufructuario hubiese obtenido, tanto en el juicio petitorio como en el posesorio, aprovecha al nudo propietario para la conservación de los derechos sobre los cuales debe velar; mas las sentencias dadas contra el usufructuario no pueden ser opuestas al nudo propietario.

La solución es razonable. Está bien que el propietario se beneficie con los efectos de un juicio seguido por el usufructuario contra un tercero, por ejemplo, una acción posesoria, una acción de deslinde, una acción para reclamar una servidumbre de tránsito. Pero no sería admisible que si la sentencia fuera desfavorable al usufructuario, ella pudiera serle opuesta al propietario, porque éste no ha sido parte en el juicio y, por consiguiente, no podría sufrir las consecuencias o efectos de la sentencia desfavorable sin flagrante violación del principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por ello mismo debe reconocerse al tercero que acciona contra el usufructuario, el derecho a hacer comparecer también en juicio al nudo propietario para poder obtener una sentencia que sea oponible a ambos (ver nota 24).

1112/882

882. DEFENSA EXTRAJUDICIAL.— En su carácter de poseedor el usufructuario tiene derecho a repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos y condiciones establecidos en el art. 2470 Ver Texto (ver nota 25).

(nota 1) Así lo dicen expresamente el art. 981, C. Civil italiano y el art. 1076, C. Civil alemán.

(nota 2) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, N° 75.

(nota 3) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 75.

(nota 4) PUGLIESE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, N° 75.

(nota 6) Esta solución está admitida por el C. Civil francés, art. 585; el Código español, art. 471; el Código brasileño, art. 721; el Código chileno, art. 781. En cambio, el art. 984 del Código italiano establece que si el propietario y el usufructuario se sucedieran en el uso de la cosa dentro del año agrario, o en el curso de un período productivo de mayor duración, el conjunto de los frutos (naturales o civiles) se repartirán entre ellos en proporción a la duración del respectivo derecho en el mismo período.

(nota 7) De acuerdo, JOSSERAND, t. 1, vol. III, nº 1901.

(nota 8) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1545; en contra, LAFAILLE, t. 2, nº 1357.

(nota 9) De acuerdo, BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 508.

(nota 10) De acuerdo, BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 510.

(nota 11) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1546; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 509.

(nota 12) Hace notar ARGAÑARAZ, con razón, que la solución del art. 2865 Ver Texto difiere de la establecida en el art. 2425 Ver Texto , pues para el poseedor obligado a restituir según este texto, los frutos civiles se juzgan percibidos solamente desde que fuesen cobrados y recibidos y no por día; también el art. 583 Ver Texto establece que todos los frutos percibidos naturales o civiles, antes de la tradición de la cosa pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes al día de la tradición pertenecen al acreedor (ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1547, nota 68 a).

(nota 13) BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 506.

(nota 14) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1555; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 619.

(nota 15) SALVAT, t. 3, nº 1563; LAFAILLE, t. 2, nº 1361.

(nota 16) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1562, nota 86-A.

(nota 17) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 100 y autores allí citados.

(nota 18) En este sentido, véase la crítica de BIBILONI, nota al art. 2672, del Anteproyecto; no resulta convincente la explicación dada por SALVAT para justificar la norma: véase t. 3, n° 1572.

(nota 19) Así lo resolvió la C. Civil 1ª Cap., 23/12/1936, L.L., t. 5, p. 383, que a la muerte del usufructuario ordenó devolver el inmueble al propietario aunque el acreedor anticresista no hubiera sido pagado.

(nota 20) En este sentido, véase BARBERO, Usufrutto, p. 448; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 101; en nuestra doctrina, ARGAÑARAZ adhiere a esta opinión; en SALVAT, n° 1575, nota 103 a.

(nota 21) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 313.

(nota 22) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 100.

(nota 23) LAFAILLE, t. 2, n° 1428. En contra, ALLENDE, Tratado de la servidumbres, P. 197; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 269.

(nota 24) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1586; LAFAILLE, t. 2, n° 1368.

(nota 25) De acuerdo, ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 207.

1112/10150

B.— OBLIGACIONES

1112/10160

1.— Obligaciones anteriores al momento de entrar en posesión de los bienes

1112/883

883. ENUMERACIÓN.— Las obligaciones que tiene el usufructuario antes de entrar en el uso y goce de los bienes son dos: a) hacer el inventario de los muebles y practicar un estado de los inmuebles sujetos al usufructo; b) prestar fianzas de que cumplirá las obligaciones que la ley y el contrato le imponen. Nos ocuparemos de ellas a continuación.

1112/884

884. INVENTARIO.— Establece el art. 2846 Ver Texto que el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo, en presencia del propietario o su representante. El inventario debe contener la mención y descripción de cada uno de los bienes muebles; en cuanto a los inmuebles, debe expresarse el estado, es decir, en qué condiciones se encuentran dichos inmuebles, sus edificaciones, alambradas, etc.

El inventario es una garantía establecida por la ley en protección de los derechos del nudo propietario; se trata de munirlo de un documento que a la hora de la restitución de los bienes, le permitirá exigir del usufructuario la devolución de ellos en el estado en que se recibieron. Además, se evitan cuestiones que al momento de la restitución de los bienes serán casi inevitables si no se tiene una prueba fidedigna de cuántos bienes se entregaron, y en qué estado.

1112/885

885. a) Forma del inventario.— Si las partes fueran mayores de edad y capaces, el inventario y el estado de los bienes puede ser hecho en instrumento público o privado; pero si alguna de las partes fuese menor de edad, debe ser hecho ante escribano público y dos testigos (art. 2847 Ver Texto). Si el propietario estuviera ausente se le nombrará por el juez un representante para persistir al inventario (art. 2846 Ver Texto).

1112/886

886. b) Gastos del inventario.— Son a cargo del usufructuario (art. 2847 Ver Texto). Es una solución tradicional que se funda en la circunstancia de que teniendo el usufructuario la ventaja de poder gozar una cosa ajena, es justo que soporte los gastos necesarios para proveer al propietario de un medio de control (ver nota 1).

1112/887

887. c) Sanción por falta del inventario.— Mientras el usufructuario no haga el inventario a su cargo, el propietario puede negarse a entregar los bienes sobre los que recae el usufructo. Es la solución que resulta claramente del art. 2846 Ver Texto , según el cual el usufructuario debe hacer inventario antes de entrar en el goce de los bienes. Y es obvio que si él no cumple con esa obligación previa, el propietario puede negarse también a cumplir la suya, que es la de entregar los bienes.

Pero supongamos ahora que el usufructuario haya entrado ya en la posesión de los bienes sin hacer inventario. Esta omisión no permite al nudo propietario exigir la restitución de los bienes, pero tiene las siguientes consecuencias jurídicas: 1) el propietario puede obligar al usufructuario a hacer el inventario en cualquier momento (art. 2849 Ver Texto), aunque haya habido tradición voluntaria de los bienes; 2) hace presumir que el usufructuario recibió los bienes en buen estado (art. 2848 Ver Texto).

La solución que no priva al usufructuario de la posesión de los bienes por haberse omitido el inventario es lógica, ya que si el propietario pudo haber exigido el cumplimiento de esa diligencia y no lo hizo, ello no puede crearle luego un título para reclamar la devolución de los bienes; y porque, además, el propietario puede exigir en cualquier momento al usufructuario que lo haga (art. 2849 Ver Texto). Esto significa que la omisión del inventario no puede ser interpretada como una renuncia tácita del derecho a exigirlo.

1112/888

888. d) Dispensa del inventario.— ¿Qué valor tiene la dispensa del inventario hecha por el nudo propietario?

Nuestro Código sólo ha previsto el caso de que esa dispensa haya sido hecha por testamento y en ese caso dispone lo siguiente: aun cuando el testador hubiese dispensado al usufructuario la obligación de hacer inventario y aunque hubiera dispuesto que si se le quisiese obligar a formarlo, el legado de usufructo se convertiría en legado de plena propiedad de la cosa, tales cláusulas se tendrán por no puestas, cualquiera sea la clase de herederos (art. 2850 Ver Texto).

Es decir, cualquiera sea la forma que se le dé a la dispensa, ella es nula. La ley, con razón, ha querido evitar una dispensa que en muchos casos dejaría inerte al heredero frente al usufructuario. Nada se opone, sin embargo, a que el testador dispense al usufructuario de los gastos que origina el inventario (ver nota 2). Inclusive se ha sostenido que la cláusula de dispensa del inventario debe ser interpretada en el sentido de la dispensa de los gastos (ver

nota 3); aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la solución contraria, dado que el art. 2850 Ver Texto dispone que tales cláusulas se tendrán por no puestas, es decir no se les concederá ninguna validez.

Pero en materia de usufructo constituido por contrato, el Código nada dice. ¿Son válidas en este supuesto las cláusulas de dispensa del inventario? La cuestión está discutida (ver nota 4). Por nuestra parte, pensamos que la solución exige algunas precisiones. Ante todo, no se ve razón alguna para que el propietario no pueda renunciar a su derecho de exigirle al usufructuario la realización del inventario. No juega aquí una cuestión de orden público, sino una de mero interés privado. Pero también hay que convenir en que la renuncia al derecho de exigir del usufructuario la confección del inventario, no priva al propietario del derecho de hacerlo él mismo a su costa. Y esto por la muy simple razón de que el usufructuario carecería de interés legítimo en oponerse al inventario (ver nota 5). En suma, la renuncia al derecho a exigir el inventario sólo se traducirá en la renuncia a que el usufructuario pague los gastos del inventario; pero el propietario puede hacerlo en cualquier momento a su costa.

Demos un paso más. Supongamos ahora que el propietario renuncia en forma expresa no ya al derecho de exigir el inventario, sino al derecho de hacerlo aun a costa suya.

Pensamos que tal renuncia sería inválida y que el propietario de cualquier modo podría hacer el inventario a su costa, porque lo mismo que en el caso anterior, el usufructuario no podría invocar ningún interés legítimo para oponerse a que se lo confeccione (ver nota 6).

1112/889

889.— Supongamos ahora que los propietarios sean varios. Para que la dispensa sea válida debe ser acordada por todos; la acordada por algunos de ellos no obliga a los restantes; en este caso el usufructuario deberá hacer el inventario, y los gastos se dividirán entre él y los copropietarios que hayan renunciado (ver nota 7).

Si son varios los usufructuarios por cuotas indivisas, es posible que sólo algunos de ellos sean dispensados. En cuanto a los restantes, cabe preguntarse si los gastos deben recaer íntegramente sobre ellos o si éstos deben compartirlo con el propietario o los propietarios que han eximido a alguno de los usufructuarios del gasto. Pensamos que esta última solución es la más lógica y justa (ver nota 8).

1112/890

890. FIANZAS.— La ley quiere asegurar al nudo propietario que el usufructuario cumplirá debidamente sus obligaciones y que le restituirá los bienes al término del usufructo. Para ello es muy importante el inventario, porque en él se precisa cuáles son las cosas que han de restituirse y en qué estado se encontraban. Es muy importante pero no suficiente, porque no garantiza al propietario contra la insolvencia o la mala fe del usufructuario. Por ello el Código exige también que éste preste fianzas: el usufructuario antes de entrar en el uso de la cosa sujeta al usufructo, debe dar fianza de que gozará de ella y la conservará de conformidad a las leyes y que llenará cumplidamente todas las obligaciones que le son impuestas por este Código o por el título constitutivo del usufructo y que devolverá la cosa acabado el usufructo (art. 2851 Ver Texto).

1112/891

891. a) Clases de fianzas.— La ley admite, ante todo, la fianza personal; pero el usufructuario puede reemplazar la fianza por prendas, depósitos en bancos públicos, aunque no por hipotecas (art. 2854 Ver Texto). La exclusión de la hipoteca como modo de garantizar el usufructo es sorprendente y, desde luego, injustificada. VÉLEZ SANSFIELD lo explica diciendo que la hipoteca está sujeta a plazo (nota al art. 2854 Ver Texto), por lo que podría caducar antes del vencimiento del usufructo. La explicación no es satisfactoria. Si bien la inscripción de la hipoteca tiene un término de caducidad (que ahora es de veinte años), ello no justifica que se la excluya como garantía, pues la inscripción puede ser renovada indefinidamente manteniéndose por tanto la garantía (ver nota 9).

Lo irrazonable de esta disposición exige interpretarla en la forma más restrictiva posible; por consiguiente, hay que admitir: 1) que esta disposición sólo tiene aplicación en caso de que el propietario sea menor o no dé su consentimiento a la hipoteca ofrecida; pero si la acepta, siendo persona capaz, la garantía debe reputarse válida, pues no existe ninguna razón de orden público que le impida aceptar esa garantía; 2) que si el usufructo se constituye por menos de veinte años, la hipoteca debe ser admitida como garantía suficiente, porque aquel es el término de la inscripción (art. 3197 Ver Texto), de modo que desaparece la razón que ha tenido en vista el legislador para prohibir esta garantía.

1112/892

892.— En cuanto a su monto, la fianza debe ser suficiente para responder del valor de los bienes muebles y del importe de los deterioros que el usufructuario podría hacer en los inmuebles. Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez la fijará según la importancia de los bienes sujetos, al usufructo (art. 2855 Ver Texto).

1112/893

893. b) Retardo o imposibilidad de prestar fianzas.— Mientras el usufructuario no haya cumplido la obligación de prestar fianzas, el propietario puede negarle la entrega de los bienes (art. 2852 Ver Texto); y si le hubiera dejado entrar en posesión de los bienes sin exigirle la fianza, podrá, sin embargo, exigirselas en cualquier tiempo (art. 2852 Ver Texto). Es decir, la entrega de los bienes sin exigir fianzas no importa renuncia tácita a ese derecho.

1112/894

894.— El art. 2853 Ver Texto agrega: la tardanza del usufructuario en dar fianza no le priva de sus derechos a los frutos desde el momento en que ellos le son debidos. Algunos autores sostienen que esta norma se aplica tanto al supuesto de que los bienes hayan sido ya entregados al usufructuario como al de que no lo hayan sido; aun en este último caso, los frutos serán debidos al usufructuario (ver nota 10). No compartimos esa opinión. Pensamos que el art. 2855 Ver Texto se aplica sólo al supuesto aludido en la última parte del artículo anterior, es decir, que se le haya entregado la posesión de los bienes al usufructuario. Que la misma solución sea aplicable al caso de que el usufructuario no haya entrado todavía en posesión del bien, resulta inadmisibles: 1) en primer lugar, porque el usufructo comienza sólo desde el momento de la tradición, si se ha instrumentado por contrato. Y no es concebible que se le reconozcan al usufructuario los derechos de tal, aún antes de que el usufructo tenga vigencia; 2) resulta contrario a toda idea de justicia que el propietario que trabaja la tierra, expone su capital y tiene, en suma, todo el esfuerzo de la producción de los frutos, deba, no obstante ello, entregarlos al usufructuario.

1112/895

895.— Sin embargo, la circunstancia de que el usufructuario no haya podido dar una fianza satisfactoria no la priva totalmente de derechos al usufructo.

Dispone el art. 2856 Ver Texto que si el usufructuario no diere la fianza en el término que le señale el juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento o puestos en secuestro bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el excedente de los alquileres o arrendamiento al usufructuario.

Vale decir, se abren dos posibilidades: dar el inmueble en arrendamiento o bien designar judicialmente un administrador. La doctrina está de acuerdo en que la elección entre uno y otro modo de administración corresponde al usufructuario, pero que si opta por un arrendatario, debe ser escogido con la conformidad del propietario (ver nota 11). Pero, como dice PUGLIESE, puesto que para elegir un locatario es necesario la aceptación del nudo propietario, no es posible obtener de la autoridad judicial una sentencia que disponga la locación y que designe al locador de modo obligatorio; por consiguiente, que los

inmuebles sean dados en locación no es un verdadero precepto jurídico, sino una sugestión dirigida por la ley a las partes (ver nota 12).

En cuanto a la designación de administrador, también debe ser hecha por acuerdo de las partes; sólo en caso de que ellas no logran acuerdo, la designación será hecha judicialmente.

Va de suyo que tanto los arrendamientos o alquileres, como el resultado líquido de la administración del inmueble, deben ser entregados al usufructuario.

1112/896

896.— Si el usufructo consiste en dinero será colocado a interés o empleado en compra de rentas del Estado (art. 2856 Ver Texto). En cuanto a las mercaderías, ellas serán vendidas y se colocará su producto como el dinero (art. 2856 Ver Texto).

La ley no dice quién colocará el dinero a interés, si el propietario o el usufructuario; pero como en el caso juega el interés de ambos (ya que al propietario le conviene una inversión segura, que no lo exponga a perder su capital y al usufructuario le conviene cobrar los mejores intereses posibles) es evidente que debe ser colocado de común acuerdo; y si fuera imposible lograr el acuerdo, el juez decidirá la cuestión.

1112/897

897.— En cuanto a los muebles que se deterioran por el uso, hasta tanto no se den fianzas suficientes, el propietario tiene la siguiente opción: o bien conservar en su poder los objetos del usufructo, sin estar obligado a pagar el interés por su valor estimativo; o bien exigir que ellos sean vendidos y que se coloque el precio como dinero (art. 2856 Ver Texto).

Sin embargo, el art. 2857 Ver Texto establece que si el usufructuario, aunque no haya dado la fianza, reclamara bajo caución juratoria la entrega de los muebles necesarios para su uso, el juez podrá acceder a su solicitud. Adviértase que esta disposición se refiere exclusivamente a los muebles necesarios para el uso del usufructuario; en este caso excepcional, dado el relativo valor que se presume que tienen esos bienes muebles y considerando también que pueden serle de gran necesidad al usufructuario, la ley le permite reclamar su entrega bajo simple caución juratoria. La ley dice que el juez podrá acceder a su solicitud; en realidad, cumplidos los presupuestos legales (muebles para uso del usufructuario y necesidad de éste de usarlos) el juez debe acceder a lo pedido. La palabra

podrá debe entenderse en el sentido de que el juez tiene la facultad de apreciar si los bienes son o no necesarios para el uso del usufructuario.

1112/898

898. c) Dispensa de la fianza.— Dispone el art. 2851 Ver Texto que la fianza puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo. Al hablar de constituyentes la ley se refiere tanto a los que constituyen el usufructo por contrato, como por disposición de última voluntad (ver nota 13). Algunos autores admiten que la dispensa de la fianza puede ser expresa o tácita (ver nota 14); pero ésta nos parece una opinión controvertible. Ya hemos dicho que, según el art. 2852 Ver Texto , la entrega de los bienes sin exigir previamente la fianza no implica una renuncia a, exigirla; vale decir, la ley niega que la entrega de los bienes tenga el carácter de una renuncia tácita de las fianzas. Y siendo así, éstas no se pueden reputar renunciadas sin una manifestación expresa de voluntad conforme con la definición que de ésta se da en el art. 917 Ver Texto .

1112/899

899.— No sólo la ley permite al constituyente eximir al usufructuario de la obligación de dar fianzas; en algunos supuestos, la dispensa de la fianza está dispuesta en la misma ley. Así el art. 2858 Ver Texto dispone que están dispensados de dar fianzas los padres por el usufructo de los bienes de sus hijos; pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituido por convención o testamento de tercera persona a beneficio de los padres sobre los bienes de los hijos.

Están también dispensados de dar fianzas el donante de bienes con la reserva de usufructo y todos los que enajenando una cosa a título oneroso, se hubiesen reservado el usufructo (art. 2859 Ver Texto). La dispensa se justifica plenamente en el caso de la donación, porque quien ha recibido la liberalidad consistente en la nuda propiedad de una cosa, no tiene motivo de agravio si no se le hace inventario de los bienes que el donante conserva en su poder. De todas maneras, él recibe un beneficio. No resulta igualmente razonable la solución de la ley en el caso de la enajenación de la nuda propiedad a título oneroso. Cuando alguien adquiere la nuda propiedad, tiene en vista siempre que ese dominio se consolidará alguna vez en forma plena, recuperando los derechos que el enajenante se ha reservado a título de usufructo. En otras palabras, los derechos que se ha reservado en usufructo el vendedor son también tenidos en mira por el adquirente de la nuda propiedad; por lo cual no es lógico eximirlo al propietario de la obligación de dar fianzas. Por ello mismo y porque en la aplicación de esta disposición no media ningún motivo de orden público, debe admitirse la validez de los convenios que obliguen al propietario vendedor de la nuda propiedad a hacer el inventario de los bienes cuyo usufructo conserva.

El mismo art. 2859 Ver Texto agrega que esta dispensa no podrá extenderse al adquirente y donatario del usufructo de un bien del cual el vendedor o el donante se hubiesen reservado la nuda propiedad. Es natural que así sea, porque tanto el enajenante como el donante del usufructo tienen interés en los bienes que pasan a poder del usufructuario.

1112/900

900.— Supongamos ahora que el usufructuario haya sido dispensado de la obligación de dar fianzas por el constituyente. ¿Esta dispensa subsiste aun cuando el usufructuario cayese en insolvencia o existieron motivos para sospechar de su conducta? La solución sería excesiva. Por ello el Código establece: si durante el usufructo sobreviene en la posición personal del usufructuario un cambio de tal naturaleza que ponga en peligro los derechos del nudo propietario, por ejemplo: si quebrase, éste puede reclamar una fianza si el usufructuario estuviese dispensado de darla. Lo mismo será cuando el usufructuario cometa abuso en el uso y goce de los bienes que tiene en usufructo o cuando dé lugar a justas sospechas de malversación (art. 2860 Ver Texto).

En suma, el nudo propietario puede exigir fianzas del usufructuario que hubiese sido dispensado de ellas en los siguientes casos: 1) si el usufructuario cayese en insolvencia; la ley habla de quiebra, pero sólo a título de ejemplo, de tal modo que debe equipararse a esta situación, todo supuesto de insolvencia notoria, aunque no haya declaración de quiebra o concurso; 2) que el usufructuario cometa abuso en el uso y goce de los bienes, como podría ocurrir si los deteriorara más allá de lo que fuera la consecuencia de un uso normal; 3) si la conducta del usufructuario diera lugar a justas sospechas de malversación.

En todos estos casos la fianza deberá ser reclamada judicialmente y el juez apreciará si se han dado las circunstancias legales para imponerla al usufructuario.

Pensamos que esta disposición no es aplicable al donante de bienes con reserva de usufructo, porque sería excesivo reconocerle el derecho de exigir fianzas a quien recibe un puro beneficio.

1112/901

901.— Por último, el art. 2861 Ver Texto dice que en el caso en que el inmueble sometido al usufructo sea expropiado por causa de utilidad pública, el usufructuario aunque sea solvente, y esté dispensado de dar fianzas no puede recibir la indemnización de la expropiación sino con el cargo de dar por ella fianzas suficientes.

Esta disposición significa que el usufructo no se extingue por expropiación, sino que se transfiere de la cosa expropiada a la indemnización, es decir a una suma de dinero. Pero antes de recibirla, el usufructuario debe dar fianzas suficientes, aun cuando haya sido dispensado de éstas al constituir el usufructo sobre el inmueble. La solución se justifica porque el constituyente ha podido creer innecesario exigir fianzas cuando se trata de la conservación de un inmueble, pero no es lo mismo entregar una suma de dinero que puede desaparecer fácilmente. El riesgo, en este caso, es mucho mayor, y por lo tanto, es justo que el nudo propietario pueda exigir fianzas.

Lo que no significa, claro está, que el usufructuario de la indemnización puede también ser eximido de dar fianzas por ésta si así lo acuerda, por un nuevo acto, el constituyente.

(nota 1) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, p. 406.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1595.

(nota 3) SALVAT, t. 3, n° 1595.

(nota 4) En el sentido de que tal cláusula es inválida, SALVAT, t. 3, n° 1596; en contra, LAFAILLE, t. 2, n° 1371.

(nota 5) De acuerdo, BARBERO, Usufrutto, p. 270; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 115.

(nota 6) BARBERO Y PUGLIESE, loc. cit. en nota anterior. De acuerdo, aunque por otras razones, MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 262.

(nota 7) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 110.

(nota 8) En cambio, PUGLIESE sostiene que los gastos deben recaer íntegramente sobre los usufructuarios no dispensados: Usufrutto, uso, abitazione, n° 110.

(nota 9) En este sentido, SALVAT, t. 3, n° 1598; LAFAILLE, t. 2, n° 1372; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 165.

(nota 10) SALVAT, t. 3, n° 1603; LAFAILLE, t. 2, n° 1373; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 825.

(nota 11) En este sentido, LAFAILLE, t. 2, n° 1373; SALVAT, t. 3, n° 1604; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 666.

(nota 12) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 117.

(nota 13) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1374.

(nota 14) SALVAT, t. 3, n° 1607; LAFAILLE, t. 2, n° 1372.

1112/10170

2.— Obligaciones posteriores al momento de entrar en posesión de la cosa

1112/902

902. OBLIGACIÓN DE GOZAR LA COSA CONFORME CON SU DESTINO.— El usufructuario está obligado a limitar su aprovechamiento y goce de la cosa al destino que tenía en el momento en que entró en el usufructo. Sobre la obligación de dejar a salvo la sustancia de la cosa (*salva rerum substantia*) y de usarla conforme a su destino remitimos a lo dicho anteriormente (n° 850).

1112/903

903. OBLIGACIÓN DE GUARDA Y CONSERVACIÓN DE LA COSA.— Puesto que acabado el usufructo, el usufructuario debe devolver la cosa a su dueño, está obligado a conservarla (art. 2810 Ver Texto). Ello supone la obligación de cuidar y conservar la cosa con la diligencia de un buen administrador (ver nota 1) o, como dicen algunas legislaciones, con la diligencia del buen padre de familia (art. 1001, C. Civil italiano; art. 497, C. Civil español; art. 601, C. Civil francés).

Esta obligación está estrechamente vinculada con la de usar de la cosa conforme con su destino; pero no son conceptos idénticos. Así, por ejemplo, el usufructuario que continúa la

explotación agrícola de un campo, sin hacer las debidas rotaciones de cultivos y que, como consecuencia de ello, afecta la productividad de la tierra, la usa conforme con su destino, pero, en cambio, no cumple con la obligación de conservarla con la diligencia de un buen administrador. Lo mismo ocurre con el usufructo de un automóvil, cuyo usufructuario no toma las debidas precauciones de mantenimiento tales como cambio de aceite, cuidado de la pintura, de los frenos, etc.

Tratándose de cosas que se deterioran con el uso (por ejemplo un automóvil), el propietario no tiene de qué quejarse si se le devuelve la cosa en condiciones inferiores a las que tenía cuando la entregó; pero, en cambio, tiene derecho de indemnización si el uso ha sido excesivo y sin el debido cuidado propio de un buen administrador.

La obligación que estamos considerando lleva también consigo el deber de custodia, que implica el deber del usufructuario de preservar la cosa de los ataques de los agentes naturales o de las usurpaciones o actos de terceros (ver nota 2). El art. 2880 establece que cuando de cualquier modo se perturbe por un tercero el derecho del propietario, el usufructuario está obligado a ponerlo en conocimiento de éste; y si así no lo hiciere responde de todos los daños que al propietario le resulten como si hubiesen sido ocasionados por su culpa. Esta disposición está complementada por el art. 2893 Ver Texto que establece que el usufructuario es responsable si por su negligencia dejare prescribir las servidumbres activas o dejare por su tolerancia adquirir sobre los inmuebles servidumbres pasivas, o dejare de pagar deudas inherentes a los bienes en usufructo. Este texto se refiere concretamente a tres supuestos: a) pérdida por no uso de una servidumbre activa que beneficia al inmueble; 2) inacción que permite a un tercero adquirir una servidumbre sobre el inmueble en usufructo; 3) omisión del pago de las deudas inherentes al usufructo, como, por ejemplo, la contribución territorial. Pero los supuestos previstos por la ley son simplemente ejemplificativos. El usufructuario es responsable de todos los ataques por parte de terceros que causen un daño a la cosa. A título de ejemplo, pueden citarse los actos posesorios realizados por terceros sobre el bien; el usufructuario es responsable de cualquier daño que hubiese resultado a la cosa de dichos actos posesorios y tanto más si como consecuencia de ellos el tercero adquiere la cosa por usucapión.

1112/904

904.— La obligación de custodia no incluye la de asegurar la cosa (ver nota 3). Esta solución resulta clara en nuestro derecho positivo no sólo porque no hay ninguna disposición concreta que obligue al usufructuario a asegurar, sino porque el art. 2936 Ver Texto prescribe que si el usufructuario hubiese hecho asegurar un edificio consumido en un incendio, el usufructo continúa sobre la indemnización que se le hubiese pagado. La redacción de este texto demuestra claramente que el usufructuario ha podido no asegurar el edificio; vale decir, que el seguro es facultativo para él.

En cuanto al derecho de mantener el usufructo sobre la indemnización, que prescribe el art. 2936 Ver Texto en el caso de que se tratase de un edificio consumido por el incendio, parece obvio que esta solución debe extenderse por analogía a cualquier otro supuesto de cosas dadas en usufructo y destruidas por un incendio o por otro hecho de fuerza mayor previsto en la póliza de seguro (ver nota 4).

Supuesto que el usufructuario haya asegurado la cosa ¿está obligado el propietario a contribuir al pago de las primas? La cuestión es dudosa. Se sostiene que tratándose de una medida de seguridad contratada no a nombre propio sino como representante del dueño, éste debe contribuir a los gastos (ver nota 5). Nos inclinamos, empero, por la solución contraria. Por lo pronto, el usufructuario también tiene interés en el seguro, desde que ocurrido el siniestro él conservará el usufructo sobre la indemnización; además, si él asume una obligación que la ley no le impone, no parece posible hacerla pesar sobre el propietario (ver nota 6).

1112/905

905. OBLIGACIÓN DE HACER REPARACIONES.— Con secuencia necesaria de la obligación de conservar la cosa, es la de hacer reparaciones en ella cuando se ha destruido por el uso o por caso fortuito; pero no sería justo poner a cargo del usufructuario todas las reparaciones por importantes que ellas fueran; por eso la ley distingue entre reparaciones de conservación que son a cargo del usufructuario (art. 2884 Ver Texto) y reparaciones extraordinarias, que son a cargo del propietario (art. 2885 Ver Texto y su nota). Veamos los distintos problemas que suscitan estas reparaciones.

1112/906

906. a) Criterio de distinción.— Hemos dicho ya que mientras las reparaciones de conservación pesan sobre el usufructuario, las extraordinarias gravan al propietario. Importa, por tanto, determinar cuál es el criterio que permite distinguir unas y otras. Este problema ha dado lugar a graves cuestiones en el derecho extranjero (ver nota 7). Nuestro Código las ha eliminado con una disposición clara que traza una neta línea demarcatoria entre unas y otras reparaciones. Según el art. 2884 Ver Texto las reparaciones de conservación son las ordinarias para la conservación de los bienes que no excedan la cuarta parte de la renta líquida anual si el usufructo fuese oneroso o las tres cuartas partes si el usufructo fuese gratuito. Como puede apreciarse, más que el origen del daño y su carácter o naturaleza, es decisivo para la apreciación de si se trata a no de una reparación de conservación, el monto de ellas.

Debemos aclarar que en el artículo siguiente se definen los gastos extraordinarios como los que fueren necesarios para restablecer o reintegrar los bienes que se hayan arruinado, o

deteriorado por vejez o por caso fortuito. Esta norma poco feliz introduce alguna duda; da a entender que si el deterioro se debe a la vejez o al caso fortuito es siempre un gasto extraordinario. No es ésta, sin embargo, la inteligencia que debe darse a la norma. La regla esencial está establecida en el art. 2884 Ver Texto : es el monto de las reparaciones el que permite definir las como ordinarias o extraordinarias. Si el art. 2885 Ver Texto ha aludido al deterioro por vejez o por caso fortuito, no por ello quiere significar que los daños producidos por estas causas deban considerarse siempre gastos extraordinarios, la ley no ha hecho otra cosa que indicar las causas más frecuentes de ruina total o casi total de la cosa, cuya reparación importa un gasto extraordinario. Pero si la vejez o el caso fortuito han producido daños que no exceden de los límites marcados, por el art. 2884 Ver Texto , estamos siempre en presencia de una reparación de conservación. Así, como por ejemplo, la reparación de pinturas, es una típica reparación de conservación, no obstante que el deterioro de las pinturas se produce por el transcurso del tiempo, es decir, por vejez. Del mismo modo un rayo que destruyera parcialmente un alambrado de un campo, importa un caso fortuito y, sin embargo, es indudable que se está en presencia de una reparación ordinaria a cargo del usufructuario conforme lo dispone el art. 2884 Ver Texto .

1112/907

907. b) Momento en el que surge la obligación de hacer reparaciones.— El usufructuario sólo está obligado a hacer aquellas reparaciones que se han hecho necesarias después de entrar en el goce de las cosas y no está obligado a reparar los daños o deterioros anteriores a la toma de posesión (art. 2883 Ver Texto). Pero si la tardanza en recibir los bienes fuera porque el usufructuario no llenare las obligaciones que deben preceder (inventario y fianzas) y el nudo propietario hiciera las reparaciones que están a cargo del usufructuario, tendrá derecho a exigir de éste el pago de lo que hubiese gastado y puede retener el inmueble hasta ser pagado (art. 2891 Ver Texto).

1112/908

908. c) Mejoras a cargo del nudo propietario.— Si bien la ley pone a cargo del propietario las reparaciones extraordinarias, no por ello el propietario tiene obligación de hacerlas. Como expresa VÉLEZ SANSFIELD en la nota al art. 2885 Ver Texto , cuando se dice que las reparaciones extraordinarias son a cargo del propietario, es simplemente para liberar de ellas al usufructuario y no porque el propietario deba hacerlas.

Más aún, si el usufructuario hiciera reparaciones que no están a su cargo, no tendrá derecho a ninguna indemnización (art. 2888 Ver Texto). La razón de este precepto es que si el usufructuario pudiese reclamar la indemnización de lo pagado por estas reparaciones quedaría violado el principio de que el nudo propietario no tiene obligación de hacer esas mejoras.

Todo este sistema deriva del principio de que el usufructuario adquiere un derecho directo sobre la cosa y, por consiguiente, el propietario, después de la entrega de ella, no está obligado a realizar ningún acto ni cumplir con ninguna obligación que facilite el goce de los derechos por el usufructuario. Y esto marca, dicho sea de paso, una diferencia neta con la locación, en cuyo caso el locador está obligado a facilitar al locatario el uso y goce de la cosa.

1112/909

909. d) Obligaciones a cargo del usufructuario.— A la inversa de lo que ocurre en el caso anterior, el propietario puede obligar al usufructuario, a hacer las reparaciones que están a su cargo, sin esperar que el usufructo concluya (art. 2887 Ver Texto). Más aún: si el nudo propietario hiciera reparaciones o gastos que estén a cargo del usufructuario, tendrá derecho a cobrarlos de éste (art. 2890 Ver Texto).

El régimen legal resulta así claro: mientras el propietario no está obligado a hacer las reparaciones extraordinarias, si lo está el usufructuario a hacer las ordinarias. De allí deriva que el primero no puede ser obligado por el segundo a realizar dichas reparaciones, en tanto que el propietario puede obligar al usufructuario. La realización de las reparaciones es una obligación para el usufructuario y una facultad para al propietario; naturalmente que si éste, haciendo uso de su facultad, realiza las reparaciones, no puede cobrarlas del usufructuario.

1112/910

910.— El usufructuario puede exonerarse de la obligación de hacer las reparaciones, renunciando a su derecho de usufructo, pero en tal caso deberá devolver los frutos percibidos después que nació la obligación de hacer las reparaciones (art. 2882 Ver Texto). En suma, para eximirse de la obligación de pagar las mejoras el usufructuario debe: a) hacer abandono de su derecho; b) devolver los frutos percibidos desde que nació la necesidad de hacer las mejoras.

Sin embargo, el abandono no exime al usufructuario de la obligación de pagar las reparaciones si los daños en la cosa fueran debidos a su culpa o negligencia, porque en tal caso está personalmente obligado por las consecuencias nocivas de sus propios actos (ver nota 8).

1112/911

911. IMPUESTOS Y CONTRIBUCIONES.— El art. 2894 Ver Texto pone a cargo del usufructuario la obligación de satisfacer los impuestos públicos considerados como gravámenes a los frutos o como una deuda del goce de la casa y también las contribuciones directas impuestas sobre los bienes del usufructo. El significado de contribución directa es claro; se refiere a los impuestos que gravan directamente la propiedad, cuyo ejemplo más típico es la contribución territorial. De igual modo, quedan incluidas las tasas, tales como los impuestos de alumbrado, barrido y limpieza, Obras Sanitarias (ver nota 9), etc.

En cambio, no resulta claro el concepto de gravámenes a los frutos. Desde luego, hay que excluir el impuesto a los réditos, que es un impuesto estrictamente personal y no referido a una cosa determinada; también los impuestos indirectos que gravan la venta de los frutos, porque esos impuestos están incluidos en el precio de venta y, en realidad, los paga el comprador. En cambio, caería con propiedad dentro del concepto de la ley el impuesto a la renta potencial de la tierra que, efectivamente, se relaciona con los frutos que pueden obtenerse de ella.

1112/912

912.— Se ha declarado, con razón, que el usufructuario no está obligado a pagar el monto mayor del impuesto de contribución territorial que resulta de aplicar el coeficiente por latifundio que se aplicó al propietario por haberse computado otros bienes de su pertenencia (ver nota 10). Este impuesto recae naturalmente sobre el propietario latifundista, no así sobre el usufructuario, a menos que la calidad de latifundio la tenga el mismo predio usufructuado.

1112/913

913.— Es necesario puntualizar, sin embargo, que cuando el art. 2894 Ver Texto pone a cargo del usufructuario las contribuciones directas, establece una disposición que juega sólo en las relaciones entre las partes, pero no obliga al Fisco. La Corte Suprema ha declarado, con razón, que el problema de determinar quién es el sujeto pasivo del impuesto, es decir, quién es la persona obligada a pagarlo frente al Fisco, es un problema regido por el derecho público, de tal modo que las leyes provinciales que imponen la obligación de pagar la contribución territorial al propietario, son plenamente válidas; el art. 2894 Ver Texto sólo rige las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario (ver nota 11). En otras palabras, las leyes fiscales, nacionales o provinciales, son las que determinan quién es el sujeto pasivo frente al Fisco y generalmente ponen el impuesto a cargo del propietario. Si el impuesto no es pagado, el Fisco lo cobrará del dueño y éste tiene derecho a repetirlo del usufructuario, conforme con lo dispuesto en el art. 2894 Ver Texto .

1112/914

914.— El Código no ha previsto quién es responsable: del impuesto cuando el usufructo comienza o termina durante el año fiscal. Pero es evidente que la carga fiscal debe repartirse entre el propietario y el usufructuario en proporción a la duración que tuvo el usufructo durante dicho año. Así, por ejemplo, si el usufructo ha comenzado el 30 de junio, la mitad del impuesto deberá pagarlo el propietario y la mitad el usufructuario (ver nota 12).

914 bis.— Es necesario agregar que el art. 2894 Ver Texto no es de orden público; es decir, que nada obsta para que al constituirse el usufructo, pueda convenirse que los impuestos y contribuciones serán pagados por el propietario.

1112/915

915. CARGAS DE LA PROPIEDAD.— Dispone el art. 2895 Ver Texto , que el usufructuario está obligado a contribuir con el nudo propietario al pago de las cargas que durante el usufructo, hubiesen sido impuestas a la propiedad. Y el artículo siguiente agrega que el usufructuario está obligado a contribuir con el nudo propietario al pago de los gastos de cerramiento forzado de la propiedad y al deslinde de ella, siempre que sea ejecutado a solicitud de algún vecino y también a la apertura de calles y otros gastos semejantes.

Los gastos de apertura de calles incluyen los que debe realizar el propietario por cerramiento, veredas y contribución de pavimentos.

Adviértase que para este caso, el Código ha seguido un criterio distinto que en materia de impuestos. A estos últimos los pone totalmente a cargo del usufructuario; en tanto que las cargas a que se refieren los arts. 2895 Ver Texto y 2896, están distribuidas entre usufructuario y propietario.

¿En qué proporción se distribuyen dichas cargas? Sobre este tema tan importante, el Código contiene una disposición muy oscura: en todos los casos en que el usufructuario esté obligado a contribuir con el nudo propietario para satisfacer las cargas de la propiedad, será en proporción del valor de los bienes sujetos al usufructo y de los que queden al heredero del propietario (art.2897 Ver Texto). Esta disposición parece prever solamente el caso de un legado de usufructo, cuando quedan otros bienes en poder del heredero. Pero no prevé el caso de que el bien dado en usufructo sea el único componente del acervo sucesorio o que el usufructo recaiga sobre todos los bienes que lo componen. Tampoco prevé el supuesto de usufructo constituido por contrato o legalmente.

No cabe sino admitir que el usufructuario y el propietario están obligados a contribuir al pago de estas contribuciones en proporción al valor de la nuda propiedad y del usufructo (ver nota 13). La dificultad consiste en la determinación del valor relativo de la nuda propiedad y del usufructo.

Elemento importante para esa determinación es el término del usufructo; pero el problema se complica más todavía cuando dicho término es la vida del usufructuario, porque entonces este elemento de determinación del valor del usufructo es incierto. Para ese caso habrá que tener en cuenta las tablas de mortalidad seguidas por las compañías de seguros (ver nota 14). De todas maneras el problema exige la apreciación de expertos y tasadores. Y lo cierto es que la falta de un criterio legal claro obligará en la mayor parte de los casos a recurrir a la justicia para la determinación de cuál es la parte que corresponde al propietario y al usufructuario. Es una grave omisión de la ley.

1112/916

916. PENSIONES ALIMENTICIAS, RENTAS, SUELDOS, RÉDITOS.— El Código se ocupa de reglamentar prolijamente las obligaciones del usufructuario respecto de las pensiones alimenticias, rentas, sueldos, réditos, etc., distinguiendo entre el usufructo universal y el particular.

1112/917

917. a) Usufructo universal.— Cuando el usufructo es universal, las pensiones alimenticias, rentas, sueldos y réditos devengados que graven el patrimonio, están a cargo del usufructuario; si el usufructo se refiriese solamente a una parte alícuota de los bienes, el usufructuario está obligado a pagarlas en proporción a su parte (art. 2898 Ver Texto).

En suma, todas las cargas del patrimonio deben ser soportadas por el usufructuario en proporción a su parte alícuota. Al hablar de pensiones alimenticias, rentas y sueldos, la ley se refiere tanto al caso de los que estaban ya a cargo del testador como de las pensiones, rentas o sueldos que éste ha impuesto en su testamento (ver nota 15).

Los réditos devengados a que alude el art. 2898 Ver Texto son los intereses de las deudas que pesan sobre el patrimonio del deudor.

En cambio, las deudas pesan sobre el nudo propietario; pero el usufructuario puede tener interés —ya veremos por qué razón— en pagar la deuda. El art. 2900 Ver Texto ha previsto ambos supuestos, es decir, que la deuda sea pagada por el nudo propietario o por el

usufructuario y precisa cuáles son las consecuencias jurídicas en cada caso: si el legado de usufructo comprende todos los bienes del testador y el usufructuario universal quisiera anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas de la sucesión, el capital debe serle restituído sin interés alguno al fin del usufructo. Pero si el usufructuario no quisiera hacer la anticipación, el heredero puede elegir o pagar la deuda y en este caso el usufructuario debe los intereses durante el usufructo, o hacer vender una porción de los bienes sujetos al usufructo.

La norma prevé el supuesto de un usufructo testamentario constituido sobre todos los bienes de la sucesión. El usufructuario no está obligado a pagar las deudas; pero si no las paga, el heredero puede elegir dos caminos: 1) pagar la deuda con fondos propios, en cuyo caso el usufructuario debe los intereses de esa suma de dinero durante todo el usufructo; 2) hacer vender una porción de los bienes sujetos al usufructo en la medida necesaria para pagar las deudas.

Empero, el usufructuario puede tener interés en evitar que se venda parte de los bienes cuyo usufructo le pertenece o de pagar durante todo el término del usufructo los intereses correspondientes a las deudas que hubieren pagado los herederos. La ley le permite entonces anticipar la suma necesaria para el pago de las deudas de la sucesión, en cuyo caso el capital debe serle restituído por los herederos al término del usufructo, sin interés alguno.

Adviértase que la ley pone siempre los intereses a cargo del usufructuario, tanto en el caso de que el heredero pague la deuda, como en el caso de que la pague el usufructuario. Ello se debe a que se reputa equitativo poner a cargo de quien goza del usufructo de los bienes, el pago de los intereses de las deudas.

La justicia de las soluciones contenidas en el art. 2900 Ver Texto es indiscutible en épocas de estabilidad económica; pero no resultan igualmente equitativas en tiempos de inflación, como los que vive la economía contemporánea. Supuesto que el usufructuario pague las deudas de la sucesión, si al término del usufructo, que puede durar muchos años, los herederos o nudos propietarios sólo deben restituírle el capital que oportunamente pagó el usufructuario, seguramente le pagarán un valor ínfimo. Parece de toda evidencia la necesidad de reajustar la deuda al momento en que es pagada por el nudo propietario, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria. Igualmente injusta resulta la solución de que el usufructuario se limite a pagar los intereses correspondientes a la deuda que el heredero satisfizo en su momento. Con el correr del tiempo, esos intereses devienen cada vez menos significativos, en tanto que aumentan al tenor de la inflación el valor de los frutos que el usufructuario percibe de los bienes. Pensamos, por consiguiente, que también es equitativo un reajuste de dichos intereses teniendo en cuenta la desvalorización monetaria.

918.— Si el legado del usufructo no comprende sino una parte alícuota de los bienes del testador o la universalidad de una determinada especie de bienes, el usufructuario está obligado solamente a contribuir con el heredero al pago de las deudas de la sucesión en la proporción antes establecida (art. 2901 Ver Texto).

Debemos destacar, ante todo, que el texto ha traicionado el pensamiento del codificador. En realidad, el usufructuario nunca está obligado a contribuir con el heredero al pago de las deudas; su contribución total o parcial a dicho pago es estrictamente voluntaria. Sólo que si no las paga o no contribuye a su pago, se expone a que el heredero venda una parte de los bienes sujetos al usufructo o pague la deuda con fondos propios haciendo pesar los intereses sobre el usufructuario (art. 2900 Ver Texto). Lo que en definitiva ha querido decir el art. 2901 Ver Texto , es que el usufructuario puede impedir que el heredero venda los bienes que tiene en usufructo ofreciendo pagar no ya la totalidad de las deudas sino la proporción que le corresponda, y que si el heredero ha pagado la deuda, el usufructuario debe los intereses sólo en proporción al usufructo.

El art. 2901 Ver Texto habla de la proporción antes establecida. Sin duda, alude a la que determina el art. 2897 Ver Texto (ver nota 16), que se refiere a la proporción del valor de los bienes sujeto al usufructo y de los que queden al heredero del propietario. Así, si el testamento ha dispuesto un legado de usufructo sobre la mitad de los bienes, el usufructuario evita el peligro de que se le vendan los bienes que tiene en usufructo ofreciendo pagar la mitad de las deudas.

Los arts. 2900 Ver Texto y 2901 aluden a las relaciones entre heredero y usufructuario. Frente a los terceros acreedores, los únicos deudores son los herederos; y si no se satisficieran sus créditos podrán ejecutar la obligación y hacer vender los bienes del sucesorio estén o no gravados con usufructo. En cuanto al usufructuario, el derecho de sus acreedores se reduce al embargo de los frutos de los bienes (ver nota 17).

1112/919

919. b) Usufructo particular.— Hemos visto en los párrafos anteriores que el usufructuario universal tiene a su cargo el pago de los intereses de las deudas de la sucesión. Muy distinta es la situación del usufructuario de un bien particular. El art. 2899 Ver Texto dispone que éste no está obligado a pagar los intereses de las deudas ni aun de aquellas por las cuales se encuentra hipotecada la cosa.

La distinta solución que se da a la situación del usufructuario universal y el particular resulta equitativa. El primero tiene el goce y disfrute de todos los bienes de la sucesión o de

una parte alícuota de ella; es equitativo, por consiguiente, que corra con el pago de los intereses de las deudas. Muy distinta es la situación del legatario de una cosa particular. Es verdad que en este caso no contrariaría la equidad una solución que pusiera a cargo del usufructuario el pago de los intereses de las deudas en proporción al valor del bien que ha recibido en usufructo con relación al resto de los bienes del acervo sucesorio. Pero la ley ha querido establecer un principio más simple, que evita dificultades y cuestiones entre el usufructuario y los herederos: dispone expresamente que el usufructuario no está obligado a pagar los intereses de la deuda; y agrega, para que no haya ninguna duda, que ni siquiera está obligado a pagar los intereses de aquellas deudas por las cuales se encuentra hipotecada la cosa dada en usufructo.

Pero el usufructuario puede encontrarse forzado a pagar esas deudas para conservar el goce de la cosa; como ocurriría si se ejecuta la obligación hipotecaria que grava la cosa o cualquier otra obligación del causante. El art. 2899 Ver Texto prevé expresamente este supuesto y dispone: si se encontrase forzado para conservar su goce a pagar esas deudas, puede repetir lo que pague contra el deudor por el capital e intereses o contra el propietario no deudor por el capital solamente.

Son dos las hipótesis previstas por la ley:

a) Que el usufructuario dirija su acción contra el deudor del capital, en cuyo caso puede repetir lo que hubiese pagado por el capital y sus intereses. Supongamos que el nudo propietario sea heredero del causante; en su carácter de tal, es deudor de lo que el causante debía. Por consiguiente, el usufructuario que paga la deuda tiene derecho a reclamar del nudo propietario el capital y los intereses.

b) Pero el usufructuario puede tener también acción contra el propietario no deudor. La hipótesis es la siguiente: supongamos que el causante legue el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra. El legatario de la nuda propiedad, puesto que no es heredero, no está obligado personalmente por el pago de las obligaciones del causante; pero el bien legado sí responde por dichas deudas. Si el legatario del usufructo quiere evitar la ejecución del bien, puede pagar la deuda y en ese caso tendrá derecho de repetir lo pagado contra el legatario de la nuda propiedad, sólo en concepto de capital, pero no podrá reclamarle los intereses. Esta solución se funda en que al pagar la deuda, el usufructuario procede no sólo en interés del nudo propietario sino también en el propio; y es justo, por consiguiente, que cargue con los intereses de la deuda.

1112/920

920.— Finalmente el art. 2899 Ver Texto , en su última parte dispone que el testador puede ordenar que el bien sea entregado al usufructuario libre de las hipotecas que lo gravan. En

ese caso, el heredero tiene obligación de cancelar la hipoteca antes de hacer la tradición del bien al usufructuario. Pero podría ocurrir que como el acreedor hipotecario no puede ser obligado a recibir el capital antes del vencimiento del plazo fijado en la obligación, se oponga al pago; pensamos que, en tal caso, el heredero cumpliría su obligación dando una caución real suficiente (ver nota 18).

1112/921

921. GASTOS JUDICIALES.— La prolija reglamentación establecida por nuestro Código en materia de usufructo, toca quizás en esta materia su punto más alto. El art. 2900 Ver Texto ha reglamentado prolijamente las distintas situaciones que pueden presentarse. Dice así:

Si el usufructo ha sido constituido a título gratuito, el usufructuario debe soportar todo o parte de los gastos de los pleitos relativos sea al goce sólo, sea a la plena propiedad, según las distinciones siguientes:

Si el pleito no ha tenido otro objeto que el goce de la cosa, los gastos de toda clase, como las condenaciones que se le hagan al usufructuario, están exclusivamente a su cargo.

Si el pleito es sobre la plena propiedad, e interesa, tanto al usufructuario como al nudo propietario, y si se ha ganado, los gastos que no sean reembolsables deben ser soportados por el nudo propietario, y por el usufructuario en la proporción antes establecida. Igual regla debe seguirse si el pleito se ha perdido, cuando el propietario y el usufructuario han sido partes en el juicio. Cuando uno sólo de ellos ha sido parte, los gastos a los cuales uno u otro ha sido condenado, quedan a su cargo exclusivo.

Cuando ha tenido sólo por objeto la nuda propiedad están a cargo exclusivo del propietario.

Adviértase que esta prolija reglamentación de la materia solamente se refiere al supuesto del usufructo constituido a título gratuito, como lo dice expresamente el artículo que acabamos de reproducir en su primer párrafo. En cuanto al usufructo constituido por título oneroso, hay que distinguir dos tipos de acciones: sí se trata de acciones que el constituyente debe afrontar como consecuencia de la garantía de la evicción, los gastos que el juicio haya ocasionado al usufructuario deben ser satisfechos por el constituyente o nudo propietario (ver nota 19); si se trata de acciones relativas a la defensa del bien contra turbaciones de hecho o de derecho no amparadas por la garantía de evicción, pensamos que los gastos judiciales que haya demandado la defensa de los derechos, deben ser compartidos por usufructuario y propietario, desde que han sido hechos en interés de ambos.

1112/922

922. RESTITUCIÓN DE LA COSA.— Finalmente, el usufructuario está obligado a restituir la cosa dada en usufructo al término de él. Si se tratara de un cuasi usufructo, está obligado a devolver cosas semejantes a las recibidas o su estimación en dinero (art. 2871 Ver Texto).

1112/923

923. USUFRUCTO DE ANIMALES.— El usufructo de ganado está tomando importancia creciente en nuestro país, ya sea en forma de usufructo típico de ganado, ya sea en forma del contrato atípico llamado de capitalización, que con frecuencia reúne todas las características propias del usufructo legislado en el Código Civil.

Llama la atención que el Código, tan prolijo en la materia del usufructo, dedique al de ganado nada más que una sola disposición, el art. 2902 Ver Texto (ver nota 20), cuando por su importancia práctica debía haber requerido una legislación más completa.

Dice el art. 2902: si el usufructo consiste en ganados, el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren los animales que mueren ordinariamente o que falten por cualquier causa. Si el rebaño o piara de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al dueño los despojos que se han salvado. Si el rebaño o piara perece en partes sin culpa del usufructuario, tendrá éste opción a continuar en el usufructo reemplazando los animales que faltan o cesar en él entregando los que no hayan perecido.

Por lo pronto, debemos notar que esta disposición no se refiere al usufructo de animales individualmente considerados sino al de rebaños o piaras, es decir a un conjunto de animales.

Como puede apreciarse de la lectura de este texto, el legislador sólo se ha ocupado de establecer los derechos y obligaciones de las partes en caso de pérdida de animales. Aunque la ley no lo dice expresamente, el usufructuario tiene derecho a usar y gozar de los animales y a apropiarse de las crías, que son los frutos de la cosa recibida en usufructo. Esto no solamente resulta de la naturaleza del usufructo sino que también se induce a contrario sensu del primer párrafo del art. 2902 Ver Texto , según el cual el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren los animales que mueren ordinariamente o

que falten por cualquier causa; lo que significa que las restantes crías pertenecen al usufructuario.

La obligación de reemplazar con las crías que nacieren los animales que mueren ordinariamente, está enderezada al mantenimiento del capital; de lo que se trata es que al término del usufructo el usufructuario restituya al nudo propietario el mismo número de animales que recibió en su momento. Pero si el rebaño o piara de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación del usufructuario se reduce a entregar al dueño los despojos que se hayan salvado. Si la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor fuera solamente parcial, el usufructuario podrá optar entre cesar inmediatamente en el usufructo entregando los animales que no hayan perecido o continuar en él, reemplazando los animales que faltan.

La ley ha previsto el supuesto de reemplazo de los animales muertos ordinariamente por las crías que nacieren; pero, en cambio, no ha previsto el supuesto más importante de los animales que se venden cuando han llegado al término de su vida útil como reproductores. Así ocurre en una adecuada explotación ganadera con las vacas o toros viejos. ¿Puede el usufructuario venderlos sin consentimiento del dueño? Nos parece indudable que al usufructuario le asiste el derecho de vender los animales que se han vuelto inútiles para la reproducción, sea por su edad, sea por su esterilidad, siempre que los reemplace por crías en igual número. Es decir, el usufructuario debe tener el manejo normal de la hacienda que corresponde a una buena administración. En la práctica, sin embargo, le será imposible vender por sí la hacienda que ha constituido el capital inicial sin el consentimiento del propietario, cuya marca tiene dicha hacienda. Pero pensamos que si el propietario se negase a autorizar la venta en tal situación, es responsable por daños y perjuicios ante el usufructuario.

1112/924

924.— Respecto del derecho de uso y goce del ganado, deben aplicarse las reglas generales: el usufructuario tiene el derecho a usar y gozar normalmente de los animales, sin alterar su destino económico. Así, por ejemplo, si se tratara de caballos de raza destinados a la reproducción, no podría servirse de ellos para trabajar en un arado o para otras tareas agrícolas.

1112/925

925.— El art. 2903 Ver Texto prevé el supuesto de usufructo de animales individuales. Dice así: si el usufructo fuese de animales individualmente considerados, el usufructuario tiene derecho para servirse de ellos y obtener los productos que dieren. No puede alquilarlos, a no ser que sea éste el destino de los animales. Si se perdieren o murieren no

tiene obligación de sustituirlos con las crías y respecto de ellos quedará terminado el usufructo.

Agreguemos que este usufructo de animales singulares es propio de economías rudimentarias y ha desaparecido totalmente de nuestras costumbres rurales.

1112/926

926.— Finalmente, el art. 2910 Ver Texto contiene una disposición aplicable tanto al usufructo de rebaños como al de animales individualmente considerados. Establece que no son accesorios para ser entregados al usufructuario las crías ya nacidas de animales dados en usufructo, aun cuando sigan a las madres. Es decir, que si en el acto de constitución del usufructo no se expresa claramente que las crías están incluidas dentro del usufructo, debe entenderse que están excluidas. Y si las crías hubieran seguido a sus madres, el propietario tendrá derecho a reclamar su restitución del usufructuario.

1112/927

927. USUFRUCTO DE CRÉDITOS.— Nos hemos ocupado anteriormente de los derechos del usufructuario de créditos (véase nº 873); ahora trataremos de sus obligaciones. Pero en este caso las obligaciones están tan unidas a los derechos que no es posible tratarlas sin volver también sobre éstos.

En esencia, el usufructuario tiene el derecho a cobrar los intereses de los créditos en dinero y aun los créditos mismos, en el momento del vencimiento de éstos. En ese supuesto, el usufructo se transfiere del crédito a la cosa percibida; y el usufructuario queda obligado a su restitución de acuerdo a la naturaleza de la cosa pagada (art. 2904 Ver Texto). Por consiguiente, si ésta fuera una cosa cierta y determinada, el usufructuario deberá velar por su conservación y cuidado y restituir la misma cosa al término del usufructo; si se tratara de una suma de dinero o de otra cosa fungible o consumible, deberá una cantidad de cosas semejante a la percibido, es decir, el usufructo se transforma en casi usufructo (ver nota 21).

1112/928

928.— El usufructuario no solamente tiene el derecho de cobrar los créditos sino también la obligación de hacerlo; si el pago fuere voluntario debe percibirlo por sí, pero si el deudor no pagare y fuere necesario reclamación judicial, entonces el usufructuario no puede cobrarlo judicialmente por sí solo, sino que necesita la colaboración del nudo propietario

(art. 2875 Ver Texto). Pero es necesario agregar que la necesidad del concurso del nudo propietario para el cobro del crédito, no exime al usufructuario de la obligación de llevar a cabo él mismo los procedimientos judiciales tendientes al cobro. El art. 2906 Ver Texto pone expresamente a su cargo esa responsabilidad. A nuestro entender, esto significa que el usufructuario debe tomar la iniciativa de las acciones contra el deudor, recabando el concurso del nudo propietario, que requiere el art. 2875 Ver Texto ; y sólo dejará de ser responsable, si el nudo propietario omitiere dicho concurso (ver nota 22).

Tampoco habría responsabilidad del usufructuario si el crédito no se percibiera por causas ajenas a él como podría ser la insolvencia o quiebra del deudor (ver nota 23). En tal caso, el usufructuario sólo queda obligado a restituir los instrumentos que representan el crédito (art. 2907 Ver Texto).

1112/929

929.— El derecho del usufructuario de cobrar los créditos, se limita al de percibir la suma de dinero o cosa pactada. El usufructuario no puede admitir una dación en pago, es decir, una entrega de una cosa distinta de la pactada; ni hacer novación de la obligación, ni cobrar los créditos antes del vencimiento, ni dar plazos para el pago, ni compensarlos, ni transar sobre ellos, ni hacer remisión voluntaria (art. 2905 Ver Texto). En otras palabras, el usufructuario no tiene el derecho de disposición del crédito. Sin embargo, no se explica que el usufructuario no pueda cobrar los créditos antes del vencimiento. El cobro conviene tanto al usufructuario como al propietario, siempre claro está que no se haga una quita por pago anticipado, a lo que evidentemente no tiene derecho el usufructuario.

1112/930

930.— Un caso singular se presenta con los créditos con derecho a primas o premios anuales. Se trata de incentivos para la colocación de títulos de renta, que consisten, a veces, en reconocer al tenedor del título el derecho a recuperar el capital antes de su vencimiento por una suma superior a su valor; o bien en reconocer un premio que se sortea anualmente y que es independiente del interés propiamente dicho. Ahora bien: cabe preguntarse a quién corresponde esa prima o premio, si al nudo propietario o al usufructuario. Aunque la cuestión está discutida nos inclinamos por considerar estos suplementos como cuasi usufructo cuando consista en dinero, cosas consumibles o fungibles; o bien por incluirlos en el capital, si como es menos frecuente, consiste en cosas determinadas (ver nota 24).

1112/931

931. USUFRUCTO DE UN FONDO DE COMERCIO.— También un fondo de comercio puede ser dado en usufructo. Siguiendo una solución que es tradicional, lo autoriza nuestro Código en el art. 2809 Ver Texto , que alude al usufructo de mercaderías, con notoria impropiedad. Porque no se trata aquí del usufructo que recae sobre ciertas mercaderías consideradas como objetos individuales, sino a las que constituyen una universalidad de hecho como integrantes de un fondo de comercio.

El usufructo de una empresa comercial suscita delicados problemas jurídicos. Ante todo, cabe preguntarse si estamos en presencia de un cuasi usufructo (con la consiguiente transmisión de la propiedad al usufructuario), o si se trata de un usufructo perfecto, en el que el propietario conserva el dominio de las mercaderías. La facultad de disponer de cada uno de los elementos que lo constituyen, que indudablemente tiene el usufructuario, parece conducir claramente a la conclusión de que se trata de un cuasi usufructo; como en éste, el usufructuario del fondo de comercio tiene la facultad de vender la cosa (lo que aparentemente significa atribuirle la propiedad) y su obligación se reduce a restituir al nudo propietario cosas análogas al término del usufructo (ver nota 25).

Pero si se profundiza el análisis de la naturaleza del usufructo de un fondo de comercio, fácilmente se advierte la diferencia que existe entre él y el cuasi usufructo de cosas consumibles. En este último caso, el cuasiusufructuario es libre de usar y consumir las cosas como lo desee, a su pleno arbitrio. No es igual la situación jurídica del usufructuario del fondo de comercio. Es cierto que él tiene el poder de vender las mercaderías que lo forman; pero esa es una atribución propia de la naturaleza misma de este usufructo, que no podría ejercerse sin esa facultad. Pero es una facultad de venta que está enderezada, no a disponer discrecionalmente del bien, sino a administrar y explotar racionalmente el fondo de comercio. Como dice PUGLIESE, se trata de una facultad de disposición en cuyo ejercicio el usufructuario no es libre, porque debe tener siempre en cuenta el interés del fondo de comercio y debe ejercer la facultad de disponer de los bienes y de sustituirlos con la diligencia de un buen padre de familia; y, por consiguiente, se hace pasible de las sanciones establecidas contra el abuso (ver nota 26).

Ha predominado, pues, la opinión de que el usufructo de un fondo de comercio no es un cuasi usufructo (ver nota 27); y así lo ha reconocido nuestro art. 2809 Ver Texto cuando dispone que es un puro y simple usufructo. La facultad de disposición que el usufructuario tiene respecto de cada mercadería de las que constituyen el fondo, es ejercida no a título de dueño, sino de administrador de bienes ajenos (ver nota 28). La cuestión tiene gran importancia práctica. No siendo dueño de las mercaderías el usufructuario, sus acreedores no podrán embargarlas y, en caso de quiebra, ellas no entran en la masa (ver nota 29). Pero los acreedores del usufructuario pueden embargar el derecho de usufructo (ver nota 30).

932.— De lo dicho se desprende que el usufructuario no es el árbitro del fondo de comercio o empresa, que no tiene libertad para darle el rumbo que según su propio punto de vista o sus intereses conviene más; debe actuar teniendo en mira el interés del nudo propietario de recuperar el fondo de comercio al menos en el estado en que se encontraba a la iniciación del usufructo. De ahí la obligación del usufructuario de respetar el destino económico de la empresa, obligación que limita la facultad de iniciativa y la de disposición (ver nota 31).

1112/933

933.— Esto sentado, veamos ahora los derechos y obligaciones del usufructuario. Por lo pronto, tiene el derecho de administrar y dirigir de modo exclusivo la empresa. Decimos de modo exclusivo, esto es, con total prescindencia del nudo propietario. Pero ello no significa libremente, sino con las limitaciones que hemos visto en los números anteriores.

Tiene asimismo, el derecho de extraer todos los provechos y beneficios que resulten de la razonable explotación del fondo de comercio. Pero este derecho no debe ir nunca en desmedro de los derechos del dueño. Por consiguiente, el usufructuario tiene la obligación de hacer la sustitución oportuna de las mercaderías que hubiere enajenado; la de efectuar las amortizaciones necesarias en cuanto al material, puesto que tiene la obligación de conservarlo y renovarlo (ver nota 32); y si la costumbre del nudo propietario fuera reservar una parte de los beneficios para conservar o desarrollar el fondo de comercio, también deberá hacerlo el usufructuario, pues debe atenerse al modo de disfrute del propietario (ver nota 33).

1112/934

934.— Al término del usufructo, el usufructuario deberá restituir el fondo de comercio al menos en las mismas condiciones que lo recibió. Ello significa restituir no sólo las mercaderías análogas, sino también las instalaciones y, además, los elementos a incorporarse: la clientela, el nombre comercial, las marcas de fábrica, etc. Y naturalmente, es responsable de todo perjuicio que sufra el nudo propietario como consecuencia del incumplimiento de estas obligaciones (ver nota 34).

A los efectos de facilitar la liquidación de las cuestiones que pudieran presentarse al término del usufructo, el art. 2809 Ver Texto establece que los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado o por el inventario que determine su calidad y cantidad. Adviértase que se trata de una deuda de valor; por consiguiente, al término del usufructo, el usufructuario no cumple entregando el precio que se fijó al constituirse el usufructo, sino el valor que a su término tiene esa mercadería. De no aceptarse esta solución, se consumaría un verdadero despojo del nudo propietario.

(nota 1) Así lo dice el art. 1036, C. Civil alemán.

(nota 2) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 120.

(nota 3) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1619; LAFAILLE, t. 2, nº 1381; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 833. Ésta es también la solución en definitiva adoptada por el nuevo Código italiano. El proyecto de la comisión real (art. 145) prescribió que el usufructuario debía proveer a la aseguración de la cosa contra los riesgos de incendio o de otros infortunios, si el propietario lo reclamase; pero en el texto definitivo se suprimió esa disposición considerándola demasiado gravosa para el usufructuario (PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 120). En cambio el Código alemán, art. 1045, y el suizo, art. 767, imponen la obligación de asegurar.

(nota 4) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1619, nota 134.

(nota 5) LAFAILLE, t. 3, nº 1381.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-PICARD, juzgan que el seguro debería ser una carga normal del usufructo y que las primas deberían ser satisfechas por el usufructuario (t. 3, nº 833).

(nota 7) Véase para el derecho francés, PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 834 y s.; para el italiano, PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 121.

(nota 8) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 163; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 680; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 837.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 27/11/1980, L.L., 1981-B, p. 132; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 221; LAFAILLE, t. 2, nº 1382.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 31/12/1953, J.A., 1954-III, p. 173.

(nota 11) C.S.N., 4/8/1949, J.A., 1949-IV, p. 216.

(nota 12) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1633, nota 191, b.

(nota 13) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 1637 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 143, a; LAFAILLE, t. 2, nº 1384. Comp.: ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 222.

(nota 14) En este sentido, LAFAILLE, t. 2, nº 1384; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1637, nota 143, a.

(nota 15) SALVAT, t. 3, nº 1640.

(nota 16) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1646.

(nota 17) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1428; SALVAT, t. 3, nº 1648.

(nota 18) SALVAT dice que la dificultad podría solucionarse con el depósito de la suma necesaria para el pago del capital y servicio de intereses a la orden conjunta del usufructuario y del heredero, depósito que podría hacerse en cédulas o títulos rentarios, cuyos cupones servirían ya para el pago de los intereses: t. 3, nº 1651.

(nota 19) SALVAT, t. 3, nº 1654.

(nota 20) El art. 2903 Ver Texto se refiere al usufructo de animales individualmente considerados, que tiene una importancia práctica totalmente despreciable.

(nota 21) PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1412.

(nota 22) LAFAILLE, t. 2, nº 1420.

(nota 23) LAFAILLE, loc. cit. en nota anterior; SALVAT, t. 2, nº 1667.

(nota 24) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1421; SALVAT, t. 3, nº 1668; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 589 y s.

(nota 25) En este sentido: AUBRY y RAU, § 236, nota 9; WAHL, en SIREY, 1895, 1, 102.

(nota 26) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 161.

(nota 27) PUGLIESE, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 797 y s.; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 583.

(nota 28) Autores citados en nota anterior; SALVAT, t. 3, n° 1675.

(nota 29) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 797.

(nota 30) PLANIOL-RIPERT-PICARD, loc. cit. en nota anterior.

(nota 31) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 160.

(nota 32) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 799.

(nota 33) PLANIOL-RIPERT-PICARD, loc. cit. en nota anterior.

(nota 34) SALVAT, t. 3, n° 1674; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1415.

1112/10180

§ 6. Derechos y obligaciones del nudo propietario

1112/935

935. DERECHOS.— El usufructo supone una disgregación de la nuda propiedad y del derecho a usar y gozar de la cosa. En esta materia, por consiguiente, el principio es que el propietario conserva todos los derechos que sean compatibles con los de uso y goce transferidos al usufructuario. En consecuencia, puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal (art. 2916 Ver Texto).

La enajenación o venta de la nuda propiedad en nada afecta los derechos del usufructuario, desde, que el nuevo nudo propietario deberá respetar el usufructo tanto como el anterior. En cuanto a las hipotecas o servidumbres, el nudo propietario sólo puede constituir las con la condición de que tendrá efecto después de terminado el usufructo.

También le reconoce el art. 2916 Ver Texto el derecho de intentar todas las acciones que pertenezcan al propietario. En tal sentido, tiene las acciones posesorias y las de reivindicación, porque todo ataque a la posesión o dominio afecta no solamente el derecho del usufructuario, sino también su propio derecho, de propiedad. De igual modo se le reconoce el derecho a ejercer la acción de deslinde (véase n° 668).

1112/936

936.— Hasta aquí hemos visto los actos jurídicos que puede realizar el propietario. Veamos ahora los actos materiales que puede realizar. Para ello debemos tener en cuenta que la posesión ha sido transferida al usufructuario; y que, por consiguiente, el nudo propietario no puede en principio, realizar ningún acto material sobre el bien, sin autorización del usufructuario. Pero el art. 2917 Ver Texto reconoce al nudo propietario el derecho para ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de la cosa. Puede también reconstruir los edificios destruidos por cualquier accidente, aunque por tales trabajos y durante ellos, le resulte al usufructuario alguna incomodidad o disminución de su goce.

Adviértase que aunque la ley le reconoce al nudo propietario el derecho de hacer estos trabajos, no podría, sin embargo, hacerlos por sí, ante la oposición del usufructuario. Como éste tiene la posesión de la cosa, podría impedir que el propietario realice los trabajos de conservación; ante esa oposición, el nudo propietario tendrá que intentar las acciones judiciales correspondientes y el usufructuario será responsable por todos los daños y perjuicios que ocasionase a la cosa su resistencia a permitir que el propietario haga las mejoras.

1112/937

937.— Finalmente, el nudo propietario tiene derecho a impedir que el usufructuario realice actos de goce que alteren la sustancia de la cosa o se desvíen del destino económico que ella tenía (véase n° 850). Es decir, el derecho del propietario ante una conducta abusiva del usufructuario no se limita a su facultad de exigir los daños y perjuicios, sino que tiene el derecho concreto de impedir que continúe el usufructuario en su conducta abusiva.

1112/938

938. OBLIGACIONES.— El principio es que el nudo propietario está obligado a permitir al usufructuario el uso y goce de la cosa, pero no a hacerlo gozar de ella. Su actitud es pasiva, no activa. Ésta es, ya lo dijimos, la diferencia sustancial con el arrendamiento, en el cual el propietario asume la obligación de hacer gozar de la cosa al arrendatario.

En principio, por consiguiente, el nudo propietario cumple entregando la cosa dada en usufructo y garantizando al usufructuario contra la evicción. Veamos los problemas derivados de estas obligaciones:

1112/939

939. a) Obligación de entrega.— Dispone el art. 2910 Ver Texto que el nudo propietario está obligado a entregar al usufructuario el objeto gravado con el usufructo, con todos sus accesorios en el estado que se hallasen, aun cuando no puedan servir para el uso o goce propio de su destino.

Esto significa que el propietario debe entregar la cosa tal como se encuentra, sin obligación de practicar las reparaciones necesarias y aun cuando sin esas reparaciones no pueda servir para el uso o goce propio de su destino. Es al usufructuario al que le corresponde hacer dichas reparaciones si quiere usar y gozar de la cosa.

La cosa debe entregarse con todos sus accesorios; pero la segunda parte del art. 2910 Ver Texto agrega: no son accesorios para ser entregados al usufructuario, las crías ya nacidas de animales dados en usufructo, aun cuando sigan a las madres, ni tampoco los títulos de propiedad.

Si el usufructo fuese de créditos representados por instrumentos, la entrega de éstos debe ser hecha al usufructuario como si fuere cesionario, para poderlos cobrar (art. 2911 Ver Texto). La razón es que sin el instrumento que representa el crédito éste no reporta ningún beneficio al usufructuario, que no podrá cobrar los intereses ni menos aún el capital.

La entrega de los títulos debe hacerse como si el usufructuario fuere cesionario, es decir, con todas las formalidades establecidas para la cesión de créditos (arts. 1454 Ver Texto y 1459 Ver Texto).

1112/940

940. b) Obligación de no cambiar el estado de la cosa.— Como principio general, el art. 2914 Ver Texto establece que el nudo propietario nada puede hacer que dañe al goce del usufructo o restrinja su derecho. Aunque, en verdad, con esta principio basta, el Código trae una serie de aplicaciones prácticas. Así el art. 2912 Ver Texto establece que el nudo propietario no puede, contra la voluntad del usufructuario, cambiar la forma de la cosa gravada de usufructo, ni levantar nuevas construcciones, ni extraer del fundo piedras, arenas, etc., sino para hacer reparaciones en él; ni destruir cosa alguna; ni remitir servidumbres activas; ni imponer servidumbres pasivas, sino con la cláusula de poder ponerse en ejercicio después de la extinción del usufructo. Pero puede adquirir servidumbres activas. Y el artículo siguiente agrega: tampoco puede cortar los árboles grandes de un fundo aunque no produzcan fruto alguno. Sobre este último artículo observamos que la ley alude solamente a los árboles grandes, pero obviamente el propietario tampoco puede cortar los árboles de menor tamaño, a tenor del principio general del art. 2914 Ver Texto . En efecto, no se explica en forma alguna que el propietario pueda tener derecho a sacar árboles cualquiera que sea su volumen, si el uso y goce de la cosa corresponde al usufructuario (ver nota 1).

1112/941

941. c) Garantía de evicción.— Dispone el art. 2915 Ver Texto que cuando el usufructo es constituido por título oneroso el nudo propietario debe garantizar al usufructuario el goce pacífico de sus derechos. Esta garantía es de la misma clase que la que debe el vendedor al comprador. Es decir, se trata de la garantía de evicción.

En cambio, esta garantía no se debe si el usufructo fuese a título gratuito o de cosa fungible (art. 2915 Ver Texto , in fine). En cuanto al usufructo constituido a título gratuito, el principio de que el nudo propietario no debe la garantía de evicción es conforme con el principio general de que ésta sólo se debe en los casos de transmisión de derechos a título oneroso (art. 2089 Ver Texto). Sin embargo, aun en el caso de usufructo gratuito habría que admitir la garantía de evicción en los casos en que ésta se pone a cargo del donante (arts. 2146 Ver Texto y sigs.); la aplicación analógica de las reglas de la donación parece de toda justicia (ver nota 2). En cuanto a que no existe la obligación de garantía cuando se trata de cosas fungibles, es la consecuencia de que dichas cosas no son reivindicables (art. 2762 Ver Texto) y, por consiguiente, no puede jugar la garantía de evicción.

(nota 1) De acuerdo: ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 229, quien pone de manifiesto que el error deriva de una inexacta traducción del Digesto.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1683; LAFAILLE, t. 2, n° 1400.

1112/10190

§ 7.— Extinción del usufructo

1112/10200

A.— CAUSALES

1112/942

942. ENUMERACIÓN.— El art. 2918 Ver Texto dispone que el usufructo se extingue por la revocación directa de su constitución, por la revocación del acto demandado por los acreedores del dueño del fundo, por la resolución de los derechos del constituyente del usufructo, y por las causas generales de extinción de los derechos reales. Es una enumeración incompleta e insuficiente de las causas de extinción del usufructo. De las disposiciones contenidas en este Capítulo del Código y de otras de carácter general, resultan las siguientes causas de extinción: a) nulidad del título constitutivo; b) revocación; c) resolución del derecho del constituyente; d) resolución del usufructo; e) expiración del término; f) muerte del usufructuario; g) prescripción; h) consolidación; i) enajenación o renuncia; j) pérdida o deterioro de la cosa. Nos ocuparemos a continuación de todas estas causales.

1112/943

943. NULIDAD.— Ante todo, el usufructo se extingue si el acto en virtud del cual se ha constituido es nulo. Se trata de una simple aplicación de los principios generales. Agreguemos que el art. 2919 Ver Texto dice que hay lugar a la revocación directa cuando el usufructuario del fundo ha dado el usufructo en pago de una deuda que en verdad no existía. Ante todo, es preciso notar que por un evidente error material, el texto dice usufructuario donde debió decir propietario (ver nota 1). Salvado este error material, hay que puntualizar que aunque el Código hable de revocación, no se trata en este caso de una revocación propiamente dicha, sino de una nulidad del usufructo por falta de causa, conforme resulta de los arts. 499 Ver Texto y sigs. (véase Parte General, t. 2, n° 853).

1112/944

944. REVOCACIÓN DEL USUFRUCTO.— Cuando el usufructo ha sido constituido por testamento y contiene un cargo, el incumplimiento de éste por el legatario da lugar a la revocación del usufructo cuando el cargo haya sido la causa final de la disposición testamentaria (art. 3841 Ver Texto ; ver Tratado de Sucesiones, t. 2, nº 1328). Se trata de una disposición general aplicable a cualquier legado y, por tanto, también al de usufructo. Del mismo modo, la ingratitud del legatario de usufructo produce la pérdida de sus derechos en las mismas condiciones y circunstancias que todo otro heredero o legatario.

¿Son aplicables al usufructo gratuito las disposiciones de los arts. 1848 Ver Texto y siguientes, sobre revocación de las donaciones? La respuesta afirmativa nos parece indudable: a) ante todo, la analogía de situaciones es evidente; b) en segundo lugar, si se admite la revocación por incumplimiento del cargo en las disposiciones testamentarias y la pérdida del usufructo por ingratitud del legatario ¿cómo no admitir iguales consecuencias en la constitución gratuita de un usufructo? En suma, pensamos que el usufructo gratuito constituido por actos entre vivos, puede ser revocado por las mismas causas que pueden serlo las donaciones.

1112/945

945.— La revocación del usufructo puede ser pedida también por los acreedores del dueño del fundo (art. 2918 Ver Texto , en ejercicio de la acción pauliana o revocatoria. Se trata de un supuesto de inoponibilidad del usufructo a los acreedores del dueño y su acción está regida por los principios que hemos estudiado en su lugar (véase Tratado de Parte General, t. 2, nº 1200 y sigs.).

1112/946

946. RESOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSTITUYENTE.— También se extingue el usufructo por resolución de los derechos del constituyente (art. 2918 Ver Texto). Es una aplicación de los principios generales de derecho: si el derecho del constituyente ha quedado sin efecto retroactivamente, caen naturalmente los derechos que él haya constituido. Sin embargo, si estos derechos se hubiesen constituido en favor de un tercero de buena fe y a título oneroso, la resolución de los derechos del constituyente no afecta el usufructo, conforme con lo dispuesto en el art. 1051 Ver Texto in fine. Debemos puntualizar que para que el usufructuario pueda ampararse en el art. 1051 Ver Texto es necesario que sea de buena fe, es decir que ignore la existencia de la causa de resolución. Pero si esta causa estuviera expresada en el título de propiedad del constituyente (como puede ocurrir con una condición resolutoria) o cuando de cualquier manera fuera conocida por el usufructuario, éste no puede ampararse en su adquisición a título oneroso para pretender el mantenimiento de su derecho al usufructo.

En cuanto a las cosas muebles, el usufructuario que ha adquirido su derecho por título oneroso y de buena fe está también libre de las consecuencias de la resolución del derecho del constituyente conforme con los arts. 2412 Ver Texto y 2671 Ver Texto .

1112/947

947. CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.— El usufructo se extingue por cumplirse la condición resolutoria impuesta en el título para la cesación de su derecho (art. 2926 Ver Texto).

Supongamos ahora que después de cumplida la condición resolutoria, el usufructuario sigue gozando de la cosa. El art. 2927 Ver Texto dispone que en tal supuesto el usufructuario hace suyos los frutos hasta que se demande la resolución de su título y la entrega del fundo. Como veremos más adelante, esta solución difiere de la aceptada por el Código para el caso de cumplimiento del término, en cuya hipótesis los frutos pertenecen desde el momento del cumplimiento al propietario. El codificador explica esta diferencia en la nota al art. 2927 Ver Texto , diciendo que mientras el término se cumple ipso jure, sin necesidad de demandarlo en juicio, en cambio la condición requiere un pronunciamiento judicial, porque es necesario que se declare realmente que el hecho previsto ha sucedido y que la condición se ha cumplido conforme con la intención de quien la impuso. La explicación no resulta satisfactoria y ha sido justamente criticada (ver nota 2). Si la condición se ha cumplido, no se justifica que el usufructuario siga teniendo derecho a los frutos; la circunstancia de que sea necesaria una reclamación judicial ante la oposición del usufructuario, no cambia las cosas, porque la sentencia es declarativa y no constitutiva de derechos. Y si la sentencia reconoce que la condición se ha cumplido no hay porqué reconocerle al usufructuario más derechos de los que se le reconoce en el caso del vencimiento del término.

De cualquier modo, la solución de nuestra ley es clara; el usufructuario hace suyos los frutos hasta que se demanda la resolución de sus derechos. Para decirlo con mayor precisión, su derecho a los frutos cesa desde la notificación de la demanda, porque ese es el momento en que queda constituido en mora.

1112/948

948. EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO Y MUERTE DEL USUFRUCTUARIO.— El usufructo se extingue al vencimiento del término por el cual fue constituido (art. 2921 Ver Texto).

¿Desde cuándo debe empezar a computarse el término? En la nota al art. 2921 Ver Texto , dice el codificador que el punto de partida para contar el tiempo de la duración del usufructo es desde la apertura del derecho de usufructo; si se trata, por ejemplo, del usufructo constituido por un legado, a partir de la muerte del testador; y así en los demás casos (nota citada). Conforme con esta regla, la solución es que el usufructo empieza a contarse desde el momento en que el usufructuario pudo entrar en el uso y goce de la cosa y no desde la entrega de la cosa (ver nota 3). Hay que advertir que lo que dice el codificador en la nota al art. 2921 Ver Texto tiene simplemente la fuerza de una opinión personal, que no obliga al intérprete; sin embargo, esa solución parece también desprenderse de un texto del Código, el art. 2921 Ver Texto , según el cual en la duración legal del usufructo se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha usado de él por ignorancia, despojo o por cualquier otra causa.

Creemos, sin embargo, que la aplicación de esta solución exige algunas precisiones. En caso de un usufructo constituido por testamento, el término debe empezar a correr desde la muerte del testador, siempre que el usufructuario no haya entrado en el goce del usufructo por culpa suya y sin culpa de los herederos. Supongamos, por ejemplo, que el usufructuario haya realizado un largo viaje por el exterior y que los herederos no hayan tenido forma de notificarle de la apertura de la sucesión y del legado que lo beneficia. En ese caso, está bien que el término empiece a correr a partir de la fecha de la muerte del causante. Pero si el usufructuario no ha podido entrar en el goce de la cosa porque los herederos de mala fe no le han notificado la existencia de un legado en su favor o han dilatado la entrega con argucias o se han opuesto a la entrega de la cosa obligando al usufructuario a reclamar judicialmente sus derechos, entonces es evidente que el término del usufructo debe empezar a correr desde el momento que el usufructuario entró a gozar de la cosa. Lo contrario sería premiar la mala fe de los herederos. En otras palabras, la ignorancia de que habla el art. 2921 Ver Texto debe entenderse aquella de la cual no son culpables los herederos.

En cuanto al usufructo constituido por contrato, el plazo también debe empezar a contarse desde que el usufructuario pudo entrar en el goce de la cosa; pero si la falta de entrega se debe a una oposición injusta del constituyente del usufructo, entonces el término debe correr a partir del momento en que el usufructuario ha recibido la cosa, pues de lo contrario, como en el caso anterior, se estaría protegiendo la mala fe del constituyente.

1112/949

949.— Ya dijimos que conforme con el art. 2921 Ver Texto , la duración del usufructo se cuenta por el término pactado sin consideración del tiempo que el usufructuario no ha podido usar de él por ignorancia, despojo o cualquier otra causa. De tal modo que si encontrándose el usufructuario en el goce de su derecho fuera despojado de la cosa por terceros, ese hecho no influye en el término, que sigue siendo el establecido en el contrato o testamento; salvo, claro está, que el despojo haya sido hecho por el propio constituyente o por los herederos, en cuyo caso deberá a nuestro juicio, añadirse al término del usufructo el

tiempo en que el usufructuario estuvo privado de la cosa; a menos que el propietario haya pagado al usufructuario todos los daños y perjuicios consiguientes a la privación de la posesión durante el tiempo que duró el despojo. Como en los casos estudiados en el número anterior, esta solución se funda en que la ley no puede proteger la torpeza ni la mala fe del nudo propietario.

1112/950

950.— Pero cualquiera que sea el término del usufructo, éste se extingue por la muerte del usufructuario (art. 2920 Ver Texto). El usufructo no pasa jamás a los herederos; la muerte del usufructuario lo extingue cualquiera, fuere el término fijado (art. 2921 Ver Texto). Esta solución se funda en que la ley presume que el usufructo se constituye siempre intuitae personae, es decir, teniendo en mira la persona misma que va a disfrutar de la cosa. Para quien constituye un usufructo por contrato, no es lo mismo que el inmueble esté en poder del usufructuario, que en poder de sus herederos a quienes tal vez no conoce y cuyas condiciones para explotar la tierra también ignora; en el caso del constituido por testamento, debe suponerse que el testador quiso beneficiar al usufructuario, pero no a sus herederos. Todo ello justifica que el usufructo se extinga por la muerte del usufructuario, cualquiera sea su término.

La muerte presunta del ausente extingue el usufructo, puesto que produce efectos análogos a la muerte comprobada; pero si luego reaparece el ausente, el usufructo renace sobre la cosa en el estado en que ella se encuentra en el momento de la reaparición (ver nota 4), sin que el usufructuario tenga derecho a reclamar indemnización por la pérdida total o parcial de la cosa, aunque sea ocurrida por culpa del propietario.

1112/951

951.— Si el usufructo ha sido constituido en favor de una persona jurídica, se extingue por la cesación de la existencia legal de esa persona (art. 2920 Ver Texto), hecho que es análogo a la muerte de la persona física. De cualquier modo, el usufructo constituido en favor de una persona jurídica jamás puede exceder de veinte años (art. 2920 Ver Texto). Era necesario que la ley estableciera un límite a la duración del usufructo constituido en favor de estas entidades, porque como ellas tienen una vida que puede ser prácticamente indefinida, si la ley no estableciera un límite podría resultar una división perpetua entre la nuda propiedad y el dominio útil de la cosa, que es lo que nuestro Código se ha empeñado en evitar.

1112/952

952.— Dispone el art. 2923 Ver Texto que el usufructo concedido hasta que una persona haya llegado a una edad determinada, dura hasta esa época, aunque esa tercera persona haya muerto antes de la edad fijada, a no ser que del título constitutivo resulte claramente que la vida de la tercera persona se ha tomado como término incierto para la duración del usufructo, en cuyo caso el usufructo se extingue por la muerte en cualquier época que suceda.

El Código ha previsto acá un supuesto poco probable. Apenas se concibe que el usufructo se conceda a una persona hasta que otra haya llegado a una edad determinada.

1112/953

953.— Vencido el término contractual o legal del usufructo, éste se extingue ipso iure y, por consiguiente, si el usufructuario continuara en el goce de la cosa, está obligado a devolver los frutos que perciba, aunque ignore el vencimiento del término; y si fuere de dinero, debe los intereses desde que concluye el usufructo (art. 2922 Ver Texto).

La conclusión del usufructo es, por consiguiente, automática, y no depende de la constitución en mora por el nudo propietario.

1112/954

954. NO USO Y USUCAPIÓN.— El usufructo se extingue por el no uso durante el término de diez años (art. 2924 Ver Texto , ref. por ley 17940) (ver nota 5).

El no uso tiene una evidente semejanza con la prescripción liberatoria: el derecho se pierde por falta de ejercicio durante el término legal. Pero no se trata de situaciones idénticas. La falta de ejercicio en el no uso, se refiere a actos materiales respecto de la cosa, en tanto que en la prescripción se refiere a acciones o reclamaciones legales que el acreedor ha omitido para obligar al deudor a cumplir sus obligaciones (ver nota 6). La prescripción liberatoria extingue la acción del titular, pero no el derecho, que subsiste como una obligación natural. En cambio, el no uso del usufructo extingue el derecho mismo, de tal modo que el usufructo no podría continuar legalmente sin una nueva constitución (ver nota 7). Pero la analogía entre ambas instituciones es evidente y ello justifica la opinión generalizada de que se aplican al no uso las causas legales de interrupción o suspensión de la prescripción (ver nota 8).

El término legal de diez años se aplica tanto a las cosas muebles como a las inmuebles, dado que la ley no hace ninguna distinción (ver nota 9).

La pérdida por el no uso es aplicable sólo al usufructo perfecto; en cambio, carece de aplicación en el cuasi usufructo que implica la transmisión de la propiedad de la cosa al cuasi usufructuario; y ya sabemos que la propiedad no se extingue por prescripción (ver nota 10). El no uso de que habla el art. 2924 Ver Texto supone un usufructo que ha comenzado a ejercerse y luego deja de usarse; distinta es la situación si el usufructuario no ha entrado todavía en el goce de su derecho. En este caso la acción del usufructuario se prescribe también por diez años (art. 4026 Ver Texto) y se trata de una prescripción liberatoria propiamente dicha.

1112/955

955.— El uso parcial de una cosa ¿extingue parcialmente el usufructo? Por uso parcial puede entenderse el ejercicio de sólo algunas de las facultades que constituyen el complejo de derechos que es el usufructo; o bien puede entenderse el goce de parte de una cosa, como por ejemplo, si sólo se cultivase o aprovechase una parte de un campo de extensión mayor. En el primer caso, la respuesta es simple: el usufructuario tiene el derecho de usar la cosa como le plazca, dentro del límite de sus atribuciones; basta, por tanto, con un uso parcial para mantener su derecho. En el segundo caso y tratándose de una sola cosa dada en usufructo, la solución es idéntica, pues la cosa es concebida como una unidad y usar parte de ella significa usarla toda (ver nota 11).

Pero puede ocurrir que las cosas dadas en usufructos sean varias. El supuesto está previsto en el art. 2925 Ver Texto , que establece que cuando son muchas las cosas sometidas al usufructo, el uso y goce que el usufructuario hubiera tenido de alguna de ellas no le conservaría su derecho sobre las otras a menos que no fuesen todas comprendidas en una universalidad jurídica.

Este texto distingue, pues, dos situaciones diferentes: si las cosas concedidas en usufructo son varias, la posesión y goce de algunas, no impide la extinción del derecho por uso respecto de las restantes. Esta solución debe aplicarse inclusive al caso de que se trate de una universalidad, de hecho, como, por ejemplo, un rebaño de ganado. Pero si se trata de una universalidad jurídica (por ejemplo, una herencia) el uso y goce de algunos bienes supone la posesión de toda la herencia, y por consiguiente permite al usufructuario mantener su derecho respecto de todos los bienes que la componen, aunque no hubiesen estado algunos de ellos en su posesión efectiva.

1112/956

956.— Por último, el usufructo se extingue también por usucapión ganada por un tercero respecto de la propiedad o del usufructo. En este caso el usufructuario pierde su derecho a raíz de la adquisición hecha por el tercero (ver nota 12).

1112/957

957. CONSOLIDACIÓN.— Dispone el art. 2928 Ver Texto que el usufructo se extingue por la consolidación, es decir, por la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario. En el fondo, la consolidación es una forma de confusión: desde que están reunidas las personas del propietario y del usufructuario, cesa el usufructo. Es necesario advertir, sin embargo, que en la definición del art. 2928 Ver Texto se llama consolidación solamente a la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario; y en la nota se explica que cuando la reunión de ambas calidades se hace en la persona del propietario estamos simplemente en presencia de una de las tantas formas de extinción del usufructo, que tiene como consecuencia restituir al propietario en la plenitud de sus derechos.

Nos parece que reservar el nombre de consolidación para el supuesto de que la propiedad y el usufructo se confundan en la cabeza del usufructuario, excluyendo la hipótesis de que se confundan en la cabeza del propietario, confunde las ideas. En definitiva, la situación es idéntica: una misma persona ha reunido en sí la plenitud del dominio. Esta es la solución del Código francés (art. 617), del que VÉLEZ SANSFIELD se apartó deliberadamente, admitiendo la tradición del Derecho Romano (véase nota al art. 2928 Ver Texto).

Pero el codificador luego de reservar por el art. 2928 Ver Texto el concepto de consolidación al supuesto de que la reunión de las calidades de propietario y usufructuario se hayan hecho en la persona de este último, se aparta de ese concepto al establecer en el art. 2929 Ver Texto que el dominio de la cosa dada en usufructo será consolidado en la persona del nudo propietario por el fallecimiento del usufructuario, aunque no esté cumplida la condición o vencido el plazo a que fue subordinada la duración del usufructo; y por la extinción de la persona jurídica que adquirió el usufructo o por el vencimiento del plazo legal de veinte años fijado al usufructo de las personas jurídicas. Como puede advertirse acá se llama consolidación también a la operada en la cabeza del nudo propietario.

En rigor se trata de una simple cuestión terminológica que no hace a las soluciones de fondo. Lo cierto es que cualquiera sea la forma por la cual se han reunido en una misma persona las calidades de propietario y usufructuario, el usufructo se extingue.

Esa consolidación puede operarse por distintos motivos: así por ejemplo, porque el usufructuario ha venido a heredar la nuda propiedad o a la inversa; o porque el

usufructuario haya adquirido la nuda propiedad; o porque el usufructo se haya extinguido por cualquiera de los medios legales; o bien porque una tercera persona ha adquirido la nuda propiedad y el usufructo (art. 2931 Ver Texto).

1112/958

958. ENAJENACIÓN O RENUNCIA.— El usufructuario tiene derecho a enajenar o ceder su usufructo; en ese caso, el usufructo se extingue para él, pero subsiste respecto del propietario y del adquirente o cesionario. En cuanto al supuesto —previsto en el art. 2931 Ver Texto — de la enajenación tanto de la nuda propiedad como del usufructo a favor de una misma persona, se trata de un caso de consolidación, según hemos dicho en el número anterior (ver nota 13).

También se extingue el usufructo por renuncia que el usufructuario haga de su derecho (arg. art. 3047 Ver Texto) (ver nota 14). Se trata de una simple aplicación de los principios generales: nada priva al usufructuario de renunciar a su derecho y, en ese caso, la expansión natural del derecho de propiedad hace que esa renuncia favorezca al propietario.

1112/959

959.— Agrega el art. 2933 Ver Texto que los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocación de la enajenación o renuncia del derecho del usufructuario, sin estar obligados a probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse.

La salvedad de que los acreedores no están obligados a probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse, no puede sino referirse a los actos a título gratuito, porque la aplicación de los principios generales relativos a la acción revocatoria sólo permiten la revocación de los actos a título oneroso cuando ha mediado el conocimiento por el tercero de la situación de insolvencia del enajenante; o, como dice con mayor precisión el art. 968 Ver Texto , para la procedencia de la acción revocatoria contra un adquirente del derecho a título oneroso es preciso que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores y que el tercero con el cual ha contratado haya sido cómplice en el fraude.

LAFAILLE sostiene que dados los términos claros del art. 2933 Ver Texto , ha quedado derogada para este caso particular la exigencia del art. 968 Ver Texto y que, por tanto, la revocación procede aunque no se haya probado el conocimiento de la insolvencia por el adquirente del usufructo a título, gratuito (ver nota 15).

Nos parece imposible compartir una solución tan contraria a la justicia y a la seguridad jurídica. En la esencia de la acción revocatoria está el principio de que ella no puede perjudicar al adquirente de un derecho a título oneroso y de buena fe. Por consiguiente, es necesario procurar una razonable coordinación del art. 2933 Ver Texto con el art. 968 Ver Texto ; esa conciliación se logra admitiendo que el art. 2933 Ver Texto se refiere solamente a los actos a título gratuito (ver nota 16). Aunque esta solución era a nuestro juicio clara ya en el sistema del Código, resulta inequívoca después de la reforma del art. 1051 Ver Texto por la ley 17711 , reforma que deja siempre a salvo la situación de los terceros de buena fe y a título oneroso que han adquirido cualquier derecho real sobre un bien inmueble.

1112/960

960. PÉRDIDA O DETERIORO DE LA COSA.— Establece el art. 2934 Ver Texto que se extingue también el usufructo por la pérdida total de la cosa sucedida por caso fortuito cuando ella no fuese fungible.

Para que se extinga el usufructo es necesario, por consiguiente: a) que la pérdida de la cosa sea total; si sólo es, parcial, el usufructo no concluye (art. 2937 Ver Texto); b) que se trate de cosas no fungibles, puesto que tratándose de ellas, la obligación del usufructuario no es devolver las mismas cosas sin otras de igual calidad y en igual cantidad. Lo dicho respecto de las cosas fungibles es también aplicable a las consumibles, que se dan en usufructo precisamente para que el usufructuario las consuma, es decir, las destruya.

Agrega el art. 2934 Ver Texto que la cosa tiene que haber perecido por caso fortuito; y en la nota respectiva, el codificador agrega que si la pérdida de la cosa hubiese sido causada por culpa del nudo propietario o del usufructuario, el usufructo continúa y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas a las obligaciones de las partes. Y si la cosa se perdiese por un hecho de un tercero, el usufructuario tendría derecho a las indemnizaciones debidas. Esta disposición envuelve una evidente confusión de conceptos. Supongamos que la cosa se haya perdido por culpa o dolo del usufructuario ¿cómo puede sostenerse que continúa el usufructo sobre la cosa? ¿sobre qué recaería dicho usufructo? Lo único que hay es un derecho del propietario a ser indemnizado por el valor de la nuda propiedad que ha perdido. Supongamos ahora que la cosa se ha perdido por culpa del propietario. A todo lo que tiene derecho el usufructuario es a una indemnización del valor del usufructo que se le ha privado. Supongamos, finalmente, que la cosa se ha perdido o destruido por el hecho de un tercero. En este caso es posible que el usufructo continúe sobre la indemnización debida por el tercero; y esta solución parece tener un punto de apoyo importante en la aplicación analógica del art. 2936 Ver Texto , según el cual si el usufructuario hubiese hecho asegurar un edificio consumido en un incendio, el usufructo continúa sobre la indemnización que se le hubiese pagado.

Pero hubiera sido más lógico poner simplemente a cargo del tercero autor de la destrucción, el pago de las indemnizaciones correspondientes tanto al nudo propietario como al usufructuario (ver nota 17).

1112/961

961.— Por destrucción de la cosa debemos entender no solamente su aniquilación material sino también el hecho de que haya dejado de existir como individualidad por especificación o accesión, transformándose o incorporándose a otra cosa (ver nota 18). Igualmente debe considerarse perdida la cosa cuando ella ha salido del comercio (ver nota 19). Y, finalmente, cuando ha sido expropiada (ver nota 20).

1112/962

962.— Si la pérdida de la cosa ha sido total, el usufructuario no conserva ningún derecho sobre los accesorios que dependen de la cosa ni de lo que de ella restare bajo una nueva y diferente forma (art. 2935 Ver Texto). Así, por ejemplo, si un incendio ha destruido totalmente un inmueble, salvándose algunos de los muebles u objetos que estaban comprendidos en él, el usufructo se pierde también respecto de estos muebles.

1112/963

963.— Si el usufructuario hubiese hecho asegurar un edificio consumido en un incendio, el usufructo continúa sobre la indemnización que se le hubiese pagado (art. 2936 Ver Texto). La indemnización corresponderá al nudo propietario, pero éste podrá reclamarla solamente a la expiración del usufructo; entre tanto, el usufructuario tiene derecho a usar y gozar de la indemnización recibida.

Supongamos ahora que el seguro ha sido contratado por el nudo propietario. ¿El usufructuario tiene derecho al uso y goce de la indemnización hasta, el término del usufructo? Nos inclinamos por la solución negativa. El principio es que la pérdida total de la cosa implica la extinción del usufructo (art. 2934 Ver Texto); si él se extingue, no tendría fundamento legal la pretensión del usufructuario de continuar en el uso y goce de la indemnización. La solución dada por el art. 2936 Ver Texto para el caso de que el usufructuario sea quien haya asegurado el edificio, tiene carácter excepcional y se justifica por razones de equidad y de justicia evidentes; si él asegura su derecho, es natural que la indemnización le sea entregada hasta el término del usufructo (ver nota 21).

Aunque la ley se refiere sólo al incendio, debe admitirse igual solución para todo otro caso fortuito que provocara la destrucción de la cosa y hubiera sido motivo de la contratación de un seguro, tal como una inundación, un terremoto, etc. (ver nota 22) La analogía es evidente y no se justificaría no aplicar la solución del art. 2936 Ver Texto .

1112/964

964.— Hasta aquí nos hemos ocupado de la destrucción o pérdida total de la cosa. La solución legal es diferente si se trata de una pérdida solamente parcial: en este caso el usufructo continúa no sólo en lo que de ella queda en su forma primitiva, sino también en los restos y accesorios (art. 2937 Ver Texto). La extinción parcial de la cosa no da derecho al propietario a demandar la extinción del usufructo aunque dicha pérdida parcial sea por culpa del usufructuario (art. 2938 Ver Texto). Pero en ese caso el propietario tiene derecho a reclamar del usufructuario la indemnización del daño o bien a realizar las reparaciones necesarias y obtener del usufructuario el pago de lo que gastare en ellas (art. 2938 Ver Texto).

Pero puesto que la conducta culpable del usufructuario que ha provocado la destrucción parcial de la cosa hace temer que pueda reincidir en su conducta nociva, el art. 2939 Ver Texto dispone que en este supuesto podrá también el nudo propietario para evitar destrucciones o deterioros futuros exigir fianzas a ese fin y no dándolas el usufructuario se procederá como está dispuesto para el caso que el usufructuario no pueda recibir la cosa sometida al usufructo por falta de fianza suficiente. Es decir, se remite a lo dispuesto en el art. 2856 Ver Texto , del cual hemos tratado anteriormente (véase nº 895 y sig.).

1112/965

965.— Supongamos ahora que una cosa destruida o extinguida por especificación o confundida por accesión, renace a su estado primitivo. El art. 2941 Ver Texto prevé expresamente esta hipótesis, estableciendo que el usufructo extinguido por la destrucción física de la cosa no renace cuando ella fuese restablecida a su estado primitivo, salvo el usufructo de los padres o cuando la construcción o reedificación formase parte de un usufructo sobre bienes colectivamente considerados.

El principio es, pues, que el usufructo extinguido por la destrucción de la cosa no renace cuando ella fuese restablecida a su estado primitivo. Esta disposición no es aplicable solamente a la destrucción material de la cosa sino también a su extinción jurídica. Así, si una cosa que ha salido del comercio vuelve a la circulación, no por ello renace el usufructo (ver nota 23). Del mismo modo no renacería el usufructo sobre una cosa expropiada si luego el propietario tiene éxito en una acción de retrocesión.

La ley deja a salvo el usufructo de los padres porque éste dura hasta la mayor edad de los hijos y se proyecta sobre todos los bienes que les pertenecen, de tal manera que si la cosa rehecha o renacida vuelve al patrimonio del menor, cae bajo el usufructo del padre.

También hace excepción el artículo que estamos considerando del supuesto de la construcción o reedificación de un edificio que formare parte de un usufructo sobre bienes colectivamente considerados, es decir cuando integrara una universalidad de derecho (ver nota 24).

En este caso, la pérdida de algunas de las cosas comprendidas en esa universalidad no extingue el usufructo (art. 2940 Ver Texto). Es natural que la pérdida de alguno de los elementos de la universalidad no ejerza influencia sobre el derecho que se tiene sobre toda ella.

1112/966

966. UNA CAUSAL QUE NO DEBIÓ OMITIRSE: EL USO ABUSIVO.— En nuestro derecho, el uso abusivo del usufructo no es causal de extinción o pérdida del derecho. Si el usufructuario abusa de su derecho y perjudica la cosa, el propietario sólo puede exigir la indemnización de daños y que se adopten las medidas precautorias establecidas en el art. 2856 Ver Texto . Parece, sin embargo, más razonable que cuando el usufructuario procede de modo abusivo o afecta con su conducta la sustancia de la cosa o su destino económico, la sanción legal sea la pérdida de su derecho. Ésta es la solución del C. Civil francés, art. 618; C. Civil italiano, art. 1015; brasileño, art. 739; venezolano, art. 620.

1112/10210

B.— EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

1112/967

967. PRINCIPIO GENERAL.— La extinción del usufructo produce la recuperación de pleno derecho por el nudo propietario de sus atribuciones de uso y goce del inmueble (art. 2943 Ver Texto). Es una consecuencia natural de la expansión propia del derecho de propiedad: cesado el usufructo el dominio vuelve a recuperar su plenitud. La consecuencia esencial de la extinción será, por consiguiente, la obligación del usufructuario de restituir la posesión de la cosa al propietario. Esa obligación comprende no sólo la cosa principal sino

también los accesorios y las mejoras hechas por el usufructuario, salvo el derecho del usufructuario de llevarse las mejoras hechas por él, que pudieran ser extraídas de la cosa sin detrimento de ella (art. 2946 Ver Texto).

En cuanto al cuasi usufructo la obligación del usufructuario consiste en devolver cosas de la misma especie, cantidad y calidad (arts. 2809 Ver Texto y 2871 Ver Texto).

1112/968

968.— Puede ocurrir que el usufructuario se encuentre en la imposibilidad de restituir en especie los objetos que tome en usufructo; en tal caso, debe pagar el valor de ellos en el día que los recibió, salvo que justifique que no han perecido por su culpa (art. 2945 Ver Texto). La solución de que debe pagar el valor de ellos el día que los recibió se explica en un estado de economía estable, pero no de economía inflacionaria como la que vive el mundo contemporáneo. Por consiguiente, esta disposición debe interpretarse en el sentido de apreciar el valor de los bienes en el momento de la entrega de ellos, pero actualizado conforme con la desvalorización monetaria.

1112/969

969.— En cuanto a los frutos e intereses, hay que distinguir entre la extinción por vencimiento de término y por cumplimiento de la condición resolutoria. En el primer caso, los frutos se deben desde el mismo momento del cumplimiento del término, aunque el usufructuario siga gozando de la cosa (arts. 2922 Ver Texto y 2944 Ver Texto); en el segundo, en cambio, si el usufructuario sigue gozando de la cosa, los frutos e intereses pertenecen al nudo propietario sólo desde el momento en que demanda la entrega del fundo (art. 2927 Ver Texto). Nos hemos referido ya con anterioridad a estas disposiciones y a las críticas que ellas merecen (véase nº 947).

1112/970

970. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.— Puede ocurrir que el usufructuario hubiese constituido derechos en favor de terceros fundados en su usufructo; así, por ejemplo, puede ocurrir que haya dado en arrendamiento el inmueble. Todos esos derechos constituidos por el usufructuario quedan resueltos al extinguirse el usufructo (art. 2947 Ver Texto), lo que es natural, pues al desaparecer el usufructo, cesa el sostén jurídico que ellos tenían.

Cabe preguntarse si los terceros cuyos derechos han quedado resueltos por la extinción del usufructo pueden exigir indemnización, sea del propietario, sea del usufructuario. El art. 2947 Ver Texto resuelve expresamente esta cuestión diciendo que carecen de todo derecho a indemnización a menos que el usufructuario haya procedido con mala fe o se obligare expresamente a pagar los daños y perjuicios resultantes de la extinción de los derechos del tercero. De más está decir que en este supuesto, los terceros tienen acción de daños y perjuicios solamente contra el usufructuario (art. 2947 Ver Texto).

Sin embargo, hay un supuesto de extinción del usufructo en el que subsisten los derechos adquiridos por terceros y constituidos por el usufructuario. Es la hipótesis de que el usufructo se extinga por consolidación en cabeza del usufructuario. Ejemplo: el usufructuario da en arrendamiento un inmueble; luego adquiere la propiedad de éste. El arrendamiento no se extingue a pesar de haber cesado el usufructo. En este supuesto no hay razón jurídica alguna que justifique dar por extinguidos los derechos que hubieren adquirido los terceros que contrataron con el usufructuario, ya que éste no sólo no ha perdido su derecho de usufructo, sino que lo ha consolidado con la nuda propiedad. Y nada justificaría que el usufructuario se viese liberado de cumplir con las obligaciones que ha contraído con terceros (ver nota 25).

La persistencia de estos derechos de terceros, conduce a una situación curiosa: que no obstante haberse extinguido el usufructo, debe imaginárselo subsistente respecto de los terceros que han adquirido derechos del usufructuario; la cuestión es importante. Supongamos que el usufructuario, haya dado en arrendamiento el inmueble por diez años; y que al cumplirse cinco, se produce la consolidación por adquisición del dominio por el usufructuario. El derecho del arrendatario a permanecer en el goce del bien subsiste por el término contractual. Pero supongamos ahora que el usufructuario que ha consolidado el dominio, muere a los siete años. En ese caso, se extingue la locación, porque el arrendatario no tendría fundamento legal para justificar su pretensión de continuar en el goce de sus derechos (ver nota 26), ya que si la consolidación no puede perjudicarlo, tampoco es razonable que lo beneficie. Lo que prueba que en este supuesto de consolidación, el usufructo, no obstante haberse extinguido, debe reputarse subsistente respecto de los derechos que hayan adquirido los terceros; en cierta forma, hay un usufructo sobre la cosa propia (ver nota 27).

1112/971

971.— Supongamos ahora que cesado el usufructo por cualquier motivo, y consolidada la plena propiedad en cabeza del nudo propietario, están pendientes contratos con terceros suscriptos por el usufructuario que gozan de un término legal mínimo en beneficio del tercero. El supuesto típico son las locaciones urbanas y los arrendamientos rurales. ¿Qué debe prevalecer, los arts. 2870 Ver Texto y 2947 Ver Texto , que disponen el cese ipso jure de estos contratos, o bien las leyes especiales que fijan esos plazos mínimos?

La cuestión es extremadamente delicada. Por una parte, no sería posible privar al propietario de su derecho a recuperar el inmueble al término del usufructo; por la otra, es injusto privar al arrendatario que ha contratado de buena fe con quien tenía legitimación de locador, de los plazos que la ley le concede. Creemos que el juez debe resolver el problema conforme a las circunstancias del caso y valorando la buena o mala fe de las partes, los indicios que hagan sospechoso el contrato, etc. Así, por ejemplo, si el locatario ha contratado de plena buena fe con el usufructuario que luego fallece inesperadamente, parece de toda justicia reconocerle el plazo legal mínimo; en cambio, si el usufructuario, poco antes de vencer el plazo del usufructo, arrienda el inmueble, parece indudable que se debe reconocer al propietario el derecho de recuperar el inmueble al término del usufructo, porque, de lo contrario, se abriría la posibilidad de toda clase de maniobras en perjuicio del propietario. De cualquier manera, creemos que todo lo más que se le puede conceder al locatario o arrendatario son los plazos legales mínimos y que nunca podrían invocar las leyes de prórroga o de emergencia. Que el propietario que ha alquilado o arrendado su inmueble esté sujeto a dichas prórrogas, se justifica, dentro del espíritu de la ley, pues entonces él sufre las consecuencias de su propia decisión de arrendar; pero, en cambio, no es admisible que sufra las consecuencias de una decisión quizá maliciosa de un tercero, en este caso el usufructuario, que supone privarlo indefinidamente de su propiedad (ver nota 28).

1112/972

972.— Supongamos, finalmente, que resueltos los derechos de terceros por consolidación, el acto que provocó la consolidación sea anulado, o resuelto, con el consiguiente renacimiento del usufructo. En este supuesto, los derechos de terceros también reviven, puesto que desaparece retroactivamente la causa que los extinguió. Distinto sería si el propietario conviene un nuevo usufructo con el antiguo titular; los derechos de terceros, ya extinguidos, no reviven puesto que el usufructo en virtud del cual nacieron los derechos de aquéllos se extinguió definitivamente.

(nota 1) SALVAT, t. 3, nº 1690; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1523.

(nota 2) Véase SEGOVIA, t. 2, p. 249, nota 263; BIBILONI, nota a los arts. 2656 Ver Texto y 1657 Ver Texto .

(nota 3) LAFAILLE, t. 2, nº 1144; SALVAT, t. 3, nº 1696.

(nota 4) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 131.

(nota 5) El anterior texto del art. 2924 Ver Texto establecía que el usufructo se pierde por el no uso durante el término de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Como esta distinción entre presentes y ausentes desapareció de los plazos de prescripción era lógico suprimirla también en este supuesto tan similar a la prescripción liberatoria.

(nota 6) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 133.

(nota 7) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1699, nota 210; PUGLIESE, loc. cit.; LAFAILLE, t. 2, n° 1452.

(nota 8) SALVAT, t. 3, n° 1699. Comp.: PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 133.

(nota 9) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1452.

(nota 10) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1699.

(nota 11) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 134.

(nota 12) De acuerdo, LAFAILLE, t. 3, n° 1457.

(nota 13) Dice LAFAILLE, con razón, después de afirmar que se trata de un supuesto de consolidación, que no es por consiguiente éste un modo autónomo de extinción tal como parecería desprenderse del art. 2931 Ver Texto : t. 2, n° 1451.

(nota 14) Aunque la disposición que citamos se refiera a las servidumbre, es evidente la procedencia de su aplicación al supuesto del usufructo; de acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1451; SALVAT, t. 3, n° 1714.

(nota 15) LAFAILLE, t. 2, n° 1451, nota 169.

(nota 16) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1716; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1534.

(nota 17) De acuerdo en que la destrucción de la cosa extingue el usufructo por imposibilidad del uso y goce cualquiera fuera la causa de la pérdida o destrucción, LAFAILLE, t. 2, n° 1453; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 253; en contra, SALVAT, t. 3, n° 400.

(nota 18) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, n° 1453; SALVAT, t. 3, n° 1720.

(nota 19) LAFAILLE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1719, nota 233.

(nota 21) En contra, SALVAT, quien piensa que también en el supuesto de que el seguro haya sido contratado por el nudo propietario, el usufructuario tiene derecho al goce de la indemnización: t. 3, n° 1721; en el mismo sentido, LAFAILLE, t. 2, n° 1453. Ésta parece ser también la opinión de PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1539.

(nota 22) PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1539.

(nota 23) De acuerdo, SALVAT, t. 2, n° 1455.

(nota 24) De acuerdo en que esta disposición se refiere a las universalidades de derecho, LAFAILLE, t. 2, n° 1455; en contra, SALVAT, t. 3, n° 1727 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 246.

(nota 25) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1737; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 740; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 137.

(nota 26) PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 137.

(nota 27) PUGLIESE, loc. cit. en nota anterior.

Este autor sostiene que tampoco se resuelven los derechos de terceros cuando el usufructo ha cesado por acto voluntario del usufructuario (renuncia gratuita u onerosa a continuar en el usufructo) porque no es posible que los derechos del tercero dependan de un acto arbitrario del usufructuario, que inclusive, puede obrar con fraude. Afirma que la extinción de los derechos de terceros dispuesta por la ley por causa de la terminación del usufructo, tiene en cuenta una terminación, pero no una anormal (loc. cit.). En igual sentido: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 118, I, 2. Por más que esta solución nos parece

justa, creemos que en nuestro derecho positivo, el art. 2947 Ver Texto cierra el camino para admitirla, ya que prevé expresamente el caso de mala fe del usufructuario y sólo reconoce a los terceros un derecho de indemnización.

(nota 28) En el sentido de la extinción del arrendamiento junto con el usufructo S.C. Buenos Aires, 25/2/1964, J.A., 1965-III, p. 478 (se trataba de un arrendamiento prorrogado por las leyes de emergencia). En la doctrina extranjera, la cuestión está discutida. Se inclinan por la prevalencia de las leyes especiales. PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, n° 145; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 118, I. En contra, jurisprudencia española citada por PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t 3, p. 319 y s. Para el derecho francés, véase PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 802.

1112/10220

§ 8. Uso y habitación

1112/973

973. CONCEPTO Y CARACTERES.— En el art. 2948 Ver Texto se definen los derechos de uso y habitación de la siguiente manera: el derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia.

Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código derecho de habitación.

Como puede apreciarse, el derecho de uso es análogo, aunque menos extenso que el usufructo; este último permite no sólo el uso y goce de la cosa, sino también aprovechar todos los frutos naturales, industriales o civiles que ella produzca. Por el contrario, el usuario sólo tiene el uso de la cosa; no tiene derecho a aprovecharse de ella económicamente ni la facultad de percibir los frutos. Sólo por vía de excepción, la ley le reconoce la atribución de tomar aquellos frutos que sean necesarios para las necesidades del usuario y de su familia. Aunque volveremos sobre este tema, precisemos desde ya que cuando la ley atribuye al usuario la facultad de tomar para sí los frutos que sean necesarios para sus necesidades y las de su familia, se refiere al aprovechamiento directo, como sería, por ejemplo, tomar las frutas o verduras que fueran necesarias para su alimentación. Pero no puede aprovecharse indirectamente de los frutos, es decir, venderlos para subvenir con el producido de la venta otras necesidades suyas o de la familia. Si esto se permitiera, la distinción entre uso y usufructo quedaría desdibujada.

1112/974

974.— El derecho de uso tiene los siguientes caracteres:

a) Es un derecho real constituido sobre la cosa de otro (art. 2948 Ver Texto); como en el usufructo, la relación se produce en forma directa e inmediata entre el titular y la cosa. La cuestión tiene importancia porque la defensa del derecho compete directamente al titular, y no pesa sobre el propietario la obligación de garantizarle el uso de la cosa luego de haberle entregado la posesión.

b) El uso y la habitación son estrictamente personales puesto que no pueden ser cedidos. Inclusive la facultad de dar la cosa en locación está sumamente restringida.

c) Son derechos temporarios que están limitados a la vida del titular y a treinta años, si se tratase de una persona jurídica. Sobre este punto se aplican las reglas del usufructo (art. 2969 Ver Texto). El carácter vitalicio del uso es una consecuencia de la intransmisibilidad del derecho de que habláramos en el apartado anterior (ver nota 1).

1112/975

975.— Una observación final. El art. 2949 Ver Texto dice que el derecho de uso es independiente de la posesión de heredad alguna. Con ello se quiere significar que el uso no es una servidumbre predial, establecida en mira a la posesión de un fundo vecino; sino que se trata de un derecho personal independiente de que el titular posea o no otra heredad.

Es necesario aclarar este concepto, porque la redacción equívoca del art. 2948 Ver Texto podría inspirar la idea de que el uso o la habitación se tienen con independencia de la posesión de la propia heredad sobre la cual se ejerce, lo que sería erróneo, porque en verdad ni el derecho de uso ni el de habitación se pueden ejercer sin la posesión de la cosa.

1112/976

976.— Agreguemos que hasta la sanción de la ley 20798 , la importancia del uso y la habitación era en la práctica casi nula. Había desaparecido de nuestras costumbres y, sólo por excepción se daba algún caso. Pero la sanción de dicha ley, les ha hecho recobrar un gran interés práctico. Se establece un derecho de habitación vitalicio y gratuito en favor del

cónyuge supérstite sobre el inmueble en el que estuvo constituido el hogar conyugal, siempre que a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario. El derecho de habitación se pierde si el cónyuge supérstite contrae nuevas nupcias (art. 1 Ver Texto).

Esto significa que, habiendo otros herederos o legatarios el bien en el que estuvo constituido el hogar conyugal, permanecerá en poder del cónyuge supérstite a título de habitador, cualquiera sea la parte que en dicho bien haya tocado a los restantes herederos.

Los problemas interpretativos que origina este texto, son estudiados en el Tratado de Sucesiones, t. 1, nº 557-1 y siguientes.

1112/977

977. CONSTITUCIÓN.— Dispone el art. 2949 Ver Texto que el uso y la habitación se constituyen del mismo modo que el usufructo, con excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes. Si bien el Código no contenía supuestos de uso o habitación creados por la ley, lo que explica la última parte de este artículo, ahora lo prevé la ley 20798 , según lo hemos visto en el número anterior. Los restantes modos previstos por el art. 2812 Ver Texto para el usufructo son el contrato, el testamento y la usucapión. Sobre toda esta materia remitimos a lo dicho en relación al usufructo (véase nº 830 y sig.).

1112/10230

A.— CAPACIDAD

1112/978

978. QUIÉNES PUEDEN SER USUARIOS O HABITADORES.— Ninguna duda cabe que todas las personas de existencia natural pueden ser usuarios o habitadores, sean o no capaces. Así, por ejemplo, nada se opone a que el testador atribuya el uso o la habitación de un bien inmueble a una persona demente o a un menor de edad.

En cambio, se ha puesto en cuestión si también las personas jurídicas pueden ser beneficiarias de un derecho de uso o habitación. En lo que atañe al uso en sí mismo, no cabe duda alguna de que también las personas jurídicas pueden ser titulares de él. Ninguna disposición legal, ninguna razón de lógica o de principios, se opone a que una persona

jurídica sea usuaria de un inmueble para sus oficinas o de un automóvil. El problema más que a la titularidad del derecho se refiere a la extensión. Hemos dicho ya que el usuario no solamente tiene el goce de la cosa, sino también, la facultad de percibir y apropiarse de aquellos frutos indispensables para él o para su familia. ¿Esta atribución la poseen también las personas jurídicas? Puesto que ellas carecen de necesidades naturales que puedan satisfacerse directamente con los frutos obtenidos de la cosa, necesario resulta concluir que las personas jurídicas no tienen facultades para percibir los frutos que pudieran ser, por ejemplo, necesarios para la satisfacción de las necesidades de los miembros o integrantes de la persona jurídica, ya que ésta constituye una entidad distinta de sus miembros (ver nota 2).

En suma, las personas jurídicas pueden ser titulares de un derecho de uso o habitación, pero no tienen derecho a los frutos a título de satisfacción de las necesidades de sus integrantes.

1112/10240

B.— OBJETO

1112/979

979. BIENES SUSCEPTIBLES DEL DERECHO DE USO.— Como principio general, todas las cosas cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario, pueden ser objeto del derecho de uso (art. 2951 Ver Texto). La ley no distingue entre muebles e inmuebles; tampoco se requiere una utilidad económica o práctica; puede ser simplemente estética, como la que proporciona una obra de arte, un cuadro, una estatua (ver nota 3). Del mismo modo, pueden ser objeto de este derecho las cosas que sirvan a un mero placer o goce, como una casa de descanso, un yacht, etc. Pero el art. 2951 Ver Texto hace una excepción: no se puede constituir un derecho de uso sobre cosas fungibles; y el codificador explica, con razón, que en este caso el uso degeneraría en usufructo (nota al art. 2951 Ver Texto), o, mejor dicho, en un cuasi usufructo. Por iguales razones, no puede admitirse el derecho de uso sobre las cosas consumibles. Respecto de estas cosas, no se concibe el uso sin la transferencia del dominio, con lo cual estamos en pleno cuasi usufructo.

1112/980

980.— No es admisible constituir un derecho de uso sobre un fondo de comercio, ya que el aprovechamiento del fondo de comercio se concreta en una suma de dinero y el dinero no entra entre los frutos que puedan ser percibidos por el usuario para satisfacer sus necesidades o las de su familia (ver nota 4).

Tampoco pueden ser objeto del derecho de uso los créditos (ver nota 5).

1112/981

981.— El art. 2956 Ver Texto establece que si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se extiende tanto a lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto a los accesorios que están en él para su explotación. Si hay edificios construidos para el servicio y explotación del fundo, el usuario tiene el goce de ellos, sea para habitar mientras lo explote o sea para guardar las cosechas.

Esta norma no es sino una aplicación del principio más general de que los accesorios siguen la suerte de la cosa principal. En otras palabras y, con relación al uso, la concesión de una cosa en uso, sea mueble o inmueble, lleva consigo el de las cosas accesorias, a menos que éstas sean separables y el constituyente las haya excluido expresamente.

Lo que se dice del uso se aplica también a la habitación, dado que se trata de derechos sustancialmente análogos (nota del codificador al art. 2956 Ver Texto).

1112/10250

C.— DERECHOS DEL USUARIO O HABITADOR

1112/982

982. POSESIÓN.— El usuario o habitador tiene ante todo la posesión de la cosa. Ese derecho le está reconocido por el art. 2950 Ver Texto , que otorga al usuario las acciones posesorias y reales necesarias para la defensa de su derecho, así como también por el art. 2957 Ver Texto , que expresamente le atribuye la posesión en la medida y con la extensión que el derecho de uso requiera. En efecto, esta última disposición establece que si se reconoce que el fundo sobre el cual un derecho de uso está establecido no debe producir en un año común más que una cantidad de frutos suficientes para satisfacer las necesidades del usuario o si la casa bastase sólo para él y su familia, la posesión entera del fundo o de la casa debe entregársela como si fuera usufructuario. El supuesto legal es el que se haya concedido el uso sobre un inmueble de cierta extensión; la ley aclara, para evitar dudas, que la posesión no debe extenderse más allá de las necesidades que pudiera tener el usuario o su familia. Pero, al propio tiempo, le reconoce el derecho de posesión.

1112/983

983. USO Y GOCE.— Lo que verdaderamente caracteriza el derecho de uso es la facultad del usuario o habitador de usar y gozar la cosa. Dentro de esa facultad de uso y goce, queda excluido el derecho de aprovechar de los frutos de la cosa, salvo cuando ellos sean para satisfacer las necesidades del usuario o su familia. De este tema nos ocuparemos en los números siguientes.

Bien entendido que el uso y la habitación no son derechos ilimitados; por el contrario, se limitan estrictamente a las necesidades personales del usuario o del habitador y su familia. Y para que no haya dudas sobre el concepto de familia, el art. 2953 Ver Texto la define de la siguiente manera: la familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existen en el momento de la constitución como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador y las personas a quienes éstos deban alimentos.

Aunque esta norma se refiere sólo a la mujer, es obvio que también el marido forma parte de la familia, y que el texto debió mencionar de una manera general al cónyuge. Esta solución, clara desde la sanción del Código, es hoy todavía más patente desde que las leyes 23264 y 23515 han establecido una total equiparación de los derechos de marido y mujer. En cuanto a la mención de hijos legítimos y naturales, cabe recordar que la ley 23264 ha establecido una completa igualdad de derechos de todos los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, de tal modo que no sólo los hijos naturales deben considerarse integrantes de la familia, sino también los adulterinos y los incestuosos. Y desde luego, en igual condición están los hijos adoptivos, que están legalmente equiparados a los de sangre.

1112/984

984. DERECHO A LOS FRUTOS.— Ya dijimos que, en principio, el usuario no tiene derecho a los frutos de la cosa; sin embargo, este principio tiene una excepción: el usuario puede apropiarse de los que produzca el bien, pero sólo en la medida necesaria para cubrir sus necesidades y las de su familia; pero debe tratarse de un aprovechamiento directo, es decir, que el usuario solamente puede apropiarse aquellos frutos que directamente pueda aprovechar, sin que tenga el derecho a los restantes ni aun cuando sea para cubrir con su venta otras necesidades de él o de su familia (ver nota 6). Así, pues, cuando el art. 2958 Ver Texto dice que el usuario tiene derecho a usar de todos los frutos naturales que el fundo produzca, alude a todas las distintas clases de frutos que pueda producir, pero siempre con la limitación de no exceder lo que pueda aprovechar directamente el usuario y su familia (ver nota 7).

1112/985

985.— Si los frutos provienen del trabajo del propietario o usufructuario, el usuario sólo tiene derecho a usar de los frutos, pagados que sean todos los costos para producirlos (art. 2958 Ver Texto).

Esta disposición es aplicable en dos supuestos: a) que el usuario entre en el goce del bien cuando ya los trabajos de siembra habían sido realizados por el propietario o el usufructuario; b) que siendo extenso el fundo dado en uso, el propietario o usufructuario continúe cultivándolo. En tales casos, el derecho del usuario tiene preferencia sobre el del propietario (art. 2960 Ver Texto) pero naturalmente está obligado a pagar todos los gastos de producción.

1112/986

986.— Las necesidades del usuario y su familia serán juzgadas en relación a las diversas circunstancias que pueden aumentarlas o disminuirlas, como a sus hábitos, estado de salud y lugar donde viva, sin que se le pueda oponer que no es persona necesitada (art. 2954 Ver Texto). Es decir, se trata de una cuestión de hecho que los jueces deben juzgar en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias personales del usuario, su condición social (art. 2953 Ver Texto), etc.

Pero no se comprenden en las necesidades del usuario las que sólo fuesen relativas a la industria que ejerciera o al comercio de que se ocupare (art. 2955 Ver Texto). Una vez más queda claro que el derecho de uso se refiere a las necesidades personales y, por así decirlo, fisiológicas del titular del derecho y no a las necesidades que puedan derivar de su actividad lucrativa. En cambio, el derecho de habitación permite al habitador no sólo servirse de la casa para habitar él y su familia, sino también para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuera impropio de su destino (art. 2963 Ver Texto). Vale decir, el habitador no puede transformar una casa habitación en un taller, una fábrica, o una casa de comercio, porque con ello se alteraría el destino económico de la cosa. Si, por el contrario, se tratara de una casa donde puede vivir una familia pero que tiene un local anexo al frente del edificio, la ley autoriza al habitador a establecer en ese local una actividad comercial.

1112/987

987.— Respecto del derecho de uso sobre animales, el art. 2961 Ver Texto dispone que el usuario tiene derecho a emplearlos en los trabajos y servicios a los cuales son propios por su especie y aun para las necesidades de su industria o comercio. Desde luego, hay que hacer la salvedad de que los animales deben utilizarse siempre conforme con su destino, de tal modo que no podría dedicarse un caballo de carrera a tirar un arado. Y el artículo siguiente agrega que el que tiene derecho de uso sobre un rebaño o piara de ganado puede aprovecharse de las crías, leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia. Siempre el mismo concepto de que las necesidades de la familia son las que limitan el derecho a los frutos.

Estas son disposiciones muertas, carentes totalmente de vigencia. Un derecho de uso sobre ganado puede concebirse en una sociedad primitivamente pastoril; pero ha desaparecido totalmente de las prácticas del campo en nuestro país.

1112/988

988. FACULTADES JURÍDICAS.— Hemos dicho ya que el uso y la habitación son derechos estrictamente personales, insusceptibles de transmisión por parte del usuario o habitador. Sin embargo, el codificador ha seguido en esta materia un sistema no siempre coherente con aquel principio. Veamos la regulación legal:

a) El principio es que el usuario o habitador no puede ceder su derecho sea a título de cesión propiamente dicha (art. 1449 Ver Texto), sea dando en locación la cosa usada o habitada. Pero no vemos inconveniente en que lo haga si ha sido expresamente autorizado por el dueño.

b) Si se trata de un uso que no fuese habitación, referido a un inmueble, el usuario puede alquilar el fundo (art. 2965 Ver Texto). En cambio, si se tratare de cosas muebles, la prohibición de ceder el uso o de dar en locación la cosa es rigurosa, aunque sean objetos que el propietario tenía costumbre de alquilar (art. 2964 Ver Texto).

c) El habitador no puede ceder el uso de la cosa ni alquilarla (art. 2963 Ver Texto). No se ve razón suficiente para permitir al usuario el alquiler de un inmueble y en cambio no permitirlo al habitador. Dado el carácter estrictamente personal de estos derechos, lo natural hubiera sido prohibir la locación tanto en un caso como en el otro.

d) Hasta aquí hemos hablado de la facultad de goce que tiene el usuario; pero recordemos que excepcionalmente también tiene atribuciones para percibir los frutos que sean necesarios para él y su familia. Respecto de ellos el art. 2959 Ver Texto hace la siguiente distinción: si el uso se hubiera constituido a título gratuito, no puede ceder a un tercero el

derecho de percibirlos pero si la cesión se hubiera constituido a título oneroso, puede ceder dichos frutos. Por cierto, que este derecho a ceder los frutos está estrictamente limitado a aquellos a los cuales el usuario tiene derecho.

1112/989

989. EMBARGO DEL DERECHO DE USO POR LOS ACREEDORES.— Los acreedores carecen del derecho de embargar el uso o la habitación, porque se trata de derechos estrictamente personales. De lo contrario, podría ocurrir el caso de que saliese a venta el derecho de uso o habitación, que un tercero lo adquiriese y que, por esta vía, el usuario o habitador fuese sustituido por otra persona, con lo que se desvirtuaría la intención que el nudo propietario ha tenido al constituirlo (ver nota 8).

Si esto es indiscutible en lo que atañe al derecho en sí mismo, en cambio no se ve inconveniente en que los acreedores puedan embargar los frutos que corresponden al usuario; es por ello que la ley lo autoriza expresamente, siempre que dichos frutos no tengan calidad de alimenticios (art. 2959 Ver Texto). Vale decir, si el uso y la consiguiente facultad de percibir los frutos ha sido constituido en mira a reconocerle al usuario una pensión de alimentos, entonces dichos frutos no pueden ser embargados, porque los alimentos son inembargables.

1112/990

990. ACCIONES DE QUE GOZA EL USUARIO O HABITADOR.— Puesto que el uso y la habitación son derechos reales, la ley le confiere de manera expresa al usuario tanto las acciones reales como las posesorias (art. 2950 Ver Texto) y, de más está decirlo, estas acciones pueden ejercerse no solamente contra terceros poseedores sino contra el mismo propietario que pretenda perturbar el derecho del usuario o habitador (art. 2950 Ver Texto).

1112/10260

D.— OBLIGACIONES DEL USUARIO O HABITADOR

1112/991

991. OBLIGACIÓN DE PRESTAR FIANZA Y PRACTICAR INVENTARIO.— El art. 2967 Ver Texto dispone que el usuario y el habitador, antes de entrar en posesión de las

cosas deben dar fianzas y practicar inventarios de la misma manera que el usufructuario. Pero la misma disposición exime de tales obligaciones al usuario y al habitador si la cosa fructuaria o la casa queda en manos del propietario y su derecho se limita a exigir de los productos de la cosa lo que sea necesario para sus necesidades personales y las de su familia o cuando reside sólo en una parte de la casa que se le hubiese señalado para habitación. En estos casos ni el inventario ni las fianzas son necesarios y, por ello, la ley los exime de prestarlos.

1112/992

992. USO DE LA COSA.— Con respecto a la forma en que el usuario debe usar de la cosa, la ley remite a las reglas del usufructo (art. 2966 Ver Texto). Es aplicable por consiguiente, lo dicho en otro lugar respecto de la obligación que tiene el usufructuario de usar la cosa conforme con su destino económico (véase nº 850).

1112/993

993. CONSERVACIÓN, REPARACIONES, CONTRIBUCIONES.— También en esta materia el usuario tiene las mismas obligaciones del usufructuario (art. 2957 Ver Texto). Claro está que si el usuario o habitador no toma más que una parte de los frutos o no ocupa sino una parte de la casa, sólo estará obligado a contribuir en proporción de lo que goce (arts. 2957 Ver Texto y 2968 Ver Texto).

1112/10270

E.— EXTINCIÓN DEL USO Y LA HABITACIÓN

1112/994

994. REMISIÓN.— En lo que atañe a la extinción de los derechos de uso y habitación, el art. 2969 Ver Texto remite a las reglas del usufructo, con la sola modificación de que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos.

Esto significa que los acreedores del usuario o habitador no pueden, por vía de la acción revocatoria, impugnar el acto de renuncia hecho por el usuario o habitador. La razón es que tratándose de un derecho personalísimo, ellos no tienen interés en que se mantenga dentro

del patrimonio del usuario o habitador, porque de cualquier manera no pueden ejecutarlo ni obtener ningún provecho de su venta.

Parecería, empero, que esta disposición no deba aplicarse a los frutos que no sean alimenticios, dado que ellos pueden ser embargados por los acreedores (art. 2959 Ver Texto) (ver nota 9). De todos modos como los frutos están limitados a las necesidades personales del usuario y su familia, la cuestión tiene un interés mínimo.

(nota 1) Según un principio acogido por el Derecho Romano, el uso era indivisible y así lo acepta SALVAT sin fundar lo que aparentemente era para él axiomático (véase t. 3, nº 1741). Pero la doctrina moderna no comparte esta tesis, que carece de todo fundamento razonable. ¿Qué razón de lógica impide la concesión del uso o la habitación a dos o más personas simultáneamente? Evidentemente ninguna. Ni existe tampoco ningún texto legal que lo prohíba. En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que en el derecho moderno, el uso no es indivisible. De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1741, nota 12; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 190 y autores citado en p. 740, nota 11.

(nota 2) En este sentido, PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 188.

(nota 3) LAFAILLE, t. 2, nº 1429; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 189.

(nota 4) De acuerdo, PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 189.

(nota 5) LAFAILLE, t. 2, nº 1429; PUGLIESE, loc. cit. en nota anterior, autor que sin embargo hace la salvedad de que puede constituirse el uso sobre un crédito que importe el derecho a obtener la posesión de una cosa.

(nota 6) La doctrina es unánime: véase nota del codificador al art. 2958: SALVAT, t. 3, nº 1753 y anotador ARGAÑARAZ, nota 21; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 783; PUGLIESE, Usufrutto, uso, abitazione, nº 187.

(nota 7) SALVAT y ARGAÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1765; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 881; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 774.

(nota 9) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1775; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 774.

1112/10280

SERVIDUMBRES REALES

1112/10290

CAPÍTULO XV - SERVIDUMBRES REALES (ver nota 1)

1112/10300

§ 1. Nociones generales

1112/995

995. CONCEPTO.— Anteriormente hemos adelantado el concepto de servidumbre real (nº 814), que ahora precisaremos con mayor rigor. En sustancia, consiste en el derecho real establecido en utilidad de un predio rural o urbano (llamado dominante) y que grava a otro predio (llamado sirviente), en cuya virtud el poseedor del predio dominante tiene derecho a realizar en el sirviente ciertos actos de posesión o a impedir que el propietario del predio sirviente ejerza algunos actos propios de su dominio (arts. 2970 Ver Texto , 2971, 2973 Ver Texto y 2974).

Según lo dijimos, las servidumbres reales constituyen una carga impuesta al fundo sirviente en utilidad del dominante. Este concepto merece ser precisado. En rigor, la relación jurídica no se establece entre un fundo y otro, puesto que los sujetos de las relaciones jurídicas son siempre personas, no cosas. En consecuencia, el derecho lo tiene el poseedor del fundo dominante y la carga grava al poseedor del fundo sirviente.

Pero el derecho que se reconoce al dueño del predio dominante tiene su base en su relación con el fundo, de la misma manera que la carga que se impone al titular del fundo sirviente se vincula indisolublemente con éste (ver nota 2). Es decir, que la titularidad del derecho o

de la obligación resulta de la propiedad (o posesión) que se tiene sobre uno y otro fundo. De ahí que pueda decirse sin escándalo, que la servidumbre se constituye en utilidad de un fundo y que ella relaciona al menos económicamente, dos fundos (ver nota 3). Pues ahí reside precisamente el contenido económico de las servidumbres. Significan un incremento del valor económico del predio dominante con una paralela (aunque no necesariamente equivalente) disminución de la utilidad económica del predio sirviente (ver nota 4). Para decirlo con otras palabras, las servidumbres reales no son sino una limitación del ejercicio del derecho de propiedad del fundo sirviente que enriquece al fundo dominante.

A veces, nacen de una necesidad de convivencia, se nutren de una razón de solidaridad social que impone un sacrificio para permitir el goce adecuado del derecho de propiedad sobre un fundo, aun a costa de razonables limitaciones del derecho del fundo sirviente. Así, por ejemplo, si un fundo está encerrado y no tiene acceso a la vía pública, es natural imponer al fundo que se interpone una servidumbre de paso sin la cual el primero sería estéril. Otras veces no se trata de una necesidad tan imperiosa, sino de una simple conveniencia del fundo dominante, que gracias a la servidumbre recibe una ventaja, sea relativa a su goce, sea referente a una mayor productividad.

Por lo mismo que las servidumbres tienen en mira la utilidad económica del predio dominante es que son inescindibles en la posesión del predio, tienen tendencia a la perpetuidad y son derechos esencialmente ambulatorios: las servidumbres reales benefician al propietario del fundo dominante, quien quiera que sea, y gravan al propietario del fundo sirviente, cualesquiera que sean las transmisiones de dominio operadas (art. 3006 Ver Texto). Y como el derecho del poseedor del fundo dominante es indiferente a las transmisiones de dominio que puedan operarse en el fundo sirviente, no interesa tampoco que éste haya sido abandonado o se desconozca su dueño; la servidumbre predial mantiene siempre pleno vigor (ver nota 5).

1112/996

996. CARACTERES.— Las servidumbres reales tienen los siguientes caracteres:

a) En primer lugar, son derechos reales (art. 2970 Ver Texto), que se conceden al propietario o poseedor de un predio sobre otro predio vecino o próximo (ver nota 6). Y como lo hace notar MESSINEO, hay en las servidumbres una doble realidad en el sentido de que desde el punto de vista activo, se configura como un derecho sobre una cosa ajena y, desde el punto de vista pasivo, es también real, porque está vinculada con la cosa o fundo sirviente, cualquiera sea su propietario (ver nota 7).

1112/997

997. b) Es un derecho constituido sobre inmuebles ajenos (art. 2970 Ver Texto). No se concebiría una servidumbre constituida sobre un inmueble propio, porque el derecho de propiedad implica la posibilidad de realizar todos los actos comprendidos en una eventual servidumbre. Por ello mismo, si el propietario del fundo dominante adquiere al fundo sirviente, la servidumbre se extingue.

¿Se puede constituir una servidumbre sobre un inmueble del que el propietario del fundo dominante es condómino o viceversa? Aclaremos la hipótesis. A es propietario exclusivo de un inmueble y copropietario junto con B del inmueble vecino. ¿Puede constituirse una servidumbre en beneficio de uno de los dos inmuebles? En la nota al art. 2985 Ver Texto , VÉLEZ SARSFIELD sostiene que no sería posible, porque se violaría el principio de que no se puede constituir una servidumbre sobre un inmueble propio; en cambio, si la servidumbre estaba ya constituida antes de que A llegase a ser propietario o copropietario de uno de los fundos, ella subsiste. En lo que hace a este último punto, la opinión del codificador no ha sido expresada tan sólo en una nota, sino también en un texto legal, el art. 3058 Ver Texto , según el cual la servidumbre no se extingue por confusión cuando el propietario de uno de los inmuebles, vinculados por una servidumbre, llegue a ser copropietario del otro.

Pero es preciso reconocer que si no hay incompatibilidad legal para que la servidumbre subsista, tampoco puede haberla para constituirla (ver nota 8). Y para eliminar toda duda de que es posible la constitución de la servidumbre en tales supuestos, basta pensar que en algunos casos la ley la impone. Así, por ejemplo, los copropietarios de un inmueble encerrado, tienen derecho a exigir servidumbre de paso por el inmueble vecino, aunque éste pertenezca a uno de los condóminos del fundo dominante, ya sea exclusivamente, ya sea en condominio con terceros. Lo que significa que en algunos casos no sólo pueden, sino que deben constituirse estas servidumbres.

Hay otra hipótesis de servidumbre sobre un inmueble propio: cuando el propietario de una heredad vinculada a otra por una servidumbre, hereda con beneficio de inventario al propietario de ésta. El beneficio de inventario impide la confusión de patrimonios y mientras subsiste, obsta a la extinción de la servidumbre.

1112/998

998. e) Las servidumbres consisten siempre en una carga que impone: o bien la obligación de soportar que el propietario del fundo dominante realice ciertos actos sobre el fundo sirviente o bien la obligación de no hacer ciertos actos que están dentro de las atribuciones normales del propietario. Nunca impone al propietario del fundo sirvientes una obligación de hacer (art. 3010 Ver Texto). El propietario de un fundo que se obligara a realizar ciertos actos en beneficio de otro fundo o de su dueño, habrá contraído una simple obligación

personal, vinculante para él y sus herederos, pero no afecta las heredades ni obliga a los sucesores en el dominio de ellas que no sean herederos (art. 3010 Ver Texto).

El principio de que las servidumbres no pueden constituir una obligación de hacer, no excluye que el propietario del fundo sirviente puede resultar obligado a cumplir algunas prestaciones accesorias necesarias para hacer posible el uso de la servidumbre (ver nota 9); así, por ejemplo, el propietario del fundo gravado por una servidumbre de acueducto puede estar obligado a mantener la acequia limpia y en condiciones de que el agua corra normalmente.

1112/999

999. d) Las servidumbres son inescindibles de los fundos, no se conciben separadamente de ellos. Por consiguiente, no pueden ser enajenadas separadamente de los fundos ni tampoco sometidas a gravamen alguno (art. 3006 Ver Texto); vale decir, no pueden ser hipotecadas o gravadas con otras servidumbres.

1112/1000

1000. e) Son ambulatorias; precisamente por ser inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, siguen con sellos cualesquiera sean las transmisiones de dominio que se operen (art. 3006 Ver Texto).

1112/1001

1001. f) Son unilaterales; toda la ventaja está de una parte, el fundo dominante, y toda la desventaja de la otra, el fundo sirviente. Esto no quita que puedan darse servidumbres recíprocas, como ocurriría si en virtud de un mismo título los dos fundos quedan gravados y beneficiados mutuamente, de manera que exista interdependencia entre las cargas y las utilidades referentes a los dos fundos (ver nota 10).

1112/1002

1002. g) Tienen una tendencia a la perpetuidad, porque corresponden a una necesidad duradera del fundo dominante y, por consiguiente, a un interés permanente del propietario (ver nota 11). Pero es sólo una tendencia; nada impide que en el acto constitutivo se establezca una servidumbre temporaria y tal estipulación es válida. Pero si, en el acto

constitutivo no se hubiera fijado plazo, la servidumbre debe reputarse perpetua (art. 3009 Ver Texto) porque éste es un carácter propio, aunque no inexcusable de ella (ver nota 12).

1112/1003

1003. h) Las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos (art. 3007 Ver Texto). De este principio resultan las siguientes consecuencias:

1) Las servidumbres no pueden adquirirse o perderse por cuotas (art. 3007 Ver Texto). Esto deriva de la naturaleza propia de las servidumbres. Ellas consisten, ya se ha dicho, en hechos que no pueden ser divididos; así, por ejemplo, no se concebiría que yo pudiese adquirir por mitades un derecho de paso: o lo tengo o no lo tengo, pero la idea de que pueda gozar de la mitad de él carece de sentido. Lo mismo ocurre si la servidumbre consiste en una obligación de abstenerse por parte del propietario del fundo sirviente; esa obligación jamás podría consistir en un no hacer parcial.

2) Si la heredad dominante pasa de un propietario único a muchos propietarios en común o separados, cada uno de estos tiene derecho a ejercer la servidumbre con la sola limitación de usar de ella de manera que no agrave la condición del fundo sirviente (art. 3028 Ver Texto); salvo que el mayor gravamen fuera inevitable, dado el derecho que todos los propietarios del fundo dominante tienen de hacer uso de la servidumbre (art. 3030 Ver Texto); y, recíprocamente, la división del fundo sirviente no modificará los derechos y deberes de los propietarios del fundo dominante (art. 3028 Ver Texto).

Claro está que si se divide el fundo sirviente y sólo una parte de él queda afectada por la servidumbre (como ocurriría si el paso cedido sólo afectara uno de los lotes en que se ha dividido el fundo dominante), el lote no afectado por la servidumbre queda liberado totalmente de ella. Recíprocamente, si el inmueble dominante se dividiera de tal forma que la servidumbre aprovechara sólo a una parte de él, el derecho a ejercerla corresponde únicamente al poseedor de esa parte y no a los de las restantes (art. 3032 Ver Texto).

3) Tampoco se puede adquirir o perder una servidumbre sobre partes indivisas de un fundo (ver nota 13), no sólo porque las servidumbres son indivisibles, sino también porque ellas deben recaer sobre cosas materiales y las partes indivisas no lo son.

4) Si el fundo dominante pertenece a varios propietarios y uno de ellos ha realizado la actividad que importa adquisición de una servidumbre sobre un fundo vecino, la servidumbre se adquiere para todos los condóminos; recíprocamente, si uno de los copropietarios del fundo sirviente realiza actos interruptivos de la prescripción, estos actos benefician a todos sus copropietarios.

1112/1004

1004.— Pero no hay que confundir la indivisibilidad de la servidumbre en sí misma, con la divisibilidad de su ejercicio. En este sentido, dice el art. 3029 Ver Texto que la servidumbre se considerará divisible cuando consistiere en hechos que sean susceptibles de división, como sacar piedras, tierra, etc., y en tal caso, cada uno de los dueños del predio dominante puede ejercerla en todo o en parte, con tal que no exceda la cantidad señalada a las necesidades del inmueble dominante. Es necesario agregar, sin embargo, que cuando las servidumbres consisten en un mero hecho como, por ejemplo, la servidumbre de paso, o en una mera abstención, como las servidumbres negativas, se las debe reputar indivisibles; en cambio, son divisibles si consisten en el derecho de extraer algunos frutos del predio sirviente, como ocurre en el ejemplo dado por el art. 3029 Ver Texto o en la servidumbre de toma de agua. De todas maneras, en su gran mayoría las servidumbres son indivisibles aun en lo que atañe a su ejercicio; pocas de ellas son divisibles (ver nota 14).

Por lo demás, el principio de la indivisibilidad de las servidumbres no impide que puedan ser limitadas en su ejercicio respecto del lugar, tiempo y modo (art. 3008 Ver Texto). Así, por ejemplo, en cuanto al lugar, la servidumbre puede señalar precisamente la trayectoria que debe seguirse al constituirse una servidumbre de paso; en cuanto al tiempo, puede disponerse, por ejemplo, que la toma de agua se hará en determinadas horas del día; en cuanto al modo, puede establecerse que la extracción de agua será manual o por procedimientos mecánicos.

1112/1005

1005. i) Las servidumbres reales deben prestar una utilidad al predio dominante. En esta utilidad reside la justificación del instituto, de tal modo que una pretendida servidumbre que no prestara utilidad a dicho predio, sería nula como tal, aunque pueda valer como obligación personal. La utilidad puede ser económica (por ejemplo, servidumbre de tránsito, de acueducto), o consistir en una mera comodidad o amenidad (como sería una servidumbre de vista). Pero no sería concebible, por ejemplo, una servidumbre pactada para permitir al propietario de un fundo, pasear o comer en el vecino, porque esta ventaja es estrictamente personal y no añade nada al predio dominante. Lo mismo puede decirse de la prohibición de que el vecino alquile su casa a familia con chicos o enfermos o que tengan animales domésticos (ver nota 15).

1112/1006

1006. **DISTINCIÓN CON LAS RESTRICCIONES Y LÍMITES DEL DOMINIO.**— Las restricciones y límites del dominio, llamados también servidumbres legales, presentan analogías con las servidumbres reales. Así, por ejemplo, la prohibición de edificar o la de no edificar a más de cierta altura puede ser el objeto de una servidumbre contractual o bien materia de una restricción legal del dominio. Pero las diferencias son netas: las relaciones de vecindad se caracterizan por la reciprocidad (casi siempre excluida de las servidumbres reales), la ausencia de compensación (que, por el contrario, existe frecuentemente en las servidumbres reales), el automatismo de su nacimiento y la imposibilidad de pérdida por no uso (caracteres que no tienen las servidumbres reales) (ver nota 16).

Las semejanzas se acentúan notablemente en el caso de las servidumbres coactivas, es decir impuestas por la ley al propietario del fondo sirviente; aún así, las diferencias son claras: las restricciones legales al dominio nacen automáticamente y dan lugar a una acción de la autoridad administrativa para hacerla respetar; las servidumbres coactivas sólo dan un derecho al propietario del fondo dominante, que a falta de acuerdo deberá hacerlo valer ante la justicia y sólo con la sentencia nace la servidumbre; las primeras no dan lugar a resarcimiento, en tanto que en las segundas la indemnización es de rigor.

1112/1007

1007. **CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES.**— Las servidumbres pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) **Continuas o discontinuas.**— Las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser continuo sin un hecho actual del hombre (art. 2975 Ver Texto); como, por ejemplo, la servidumbre de acueducto y, en general, aquellas que consisten en una abstención por parte del propietario del fondo sirviente, como la servidumbre de vista. Las discontinuas son aquellas que exigen un hecho actual del hombre para ser ejercidas (art. 2975 Ver Texto), como la servidumbre de paso, la de sacar agua, etc.

Aclarando estos conceptos, el art. 2975 Ver Texto dice que las servidumbres no dejan de ser continuas aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más o menos largos a causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre. El ejemplo típico es la servidumbre de riego. Supóngase que para dejar pasar el agua sea necesario levantar una compuerta. La servidumbre es continua no obstante que la compuerta puede permanecer cerrada durante un tiempo más o menos prolongado, porque cuando la compuerta se abre, se goza de la servidumbre sin un hecho actual del hombre, tal como lo exige el art. 2975 Ver Texto .

El interés de esta clasificación es el siguiente: sólo las servidumbres continuas pueden adquirirse por destino del propietario (arts. 2994 Ver Texto , 2997 Ver Texto) y por

usucapión (art. 3017 Ver Texto); el término para la extinción por no uso empieza a correr en las servidumbres continuas desde el día en que se ha hecho un acto contrario a su ejercicio y en las discontinuas, desde, el día en que se ha dejado de usar de ellas (art. 3059 Ver Texto).

1112/1008

1008. b) Servidumbres aparentes o no aparentes.— Según el art. 2976 Ver Texto las servidumbres aparentes son aquellas que se anuncian por signos exteriores como una puerta o una ventana. Las no aparentes son las que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio a una altura determinada. Vale decir, lo que caracteriza a una servidumbre como aparente o no aparente es su forma de manifestarse: si ella se manifiesta por obras visibles como una puerta, una ventana, un camino, etc., estamos en presencia de una servidumbre aparente; si en cambio, no tiene ninguna manifestación exterior, es una servidumbre no aparente.

A diferencia de lo que ocurre con las servidumbre, continuas o discontinuas, esta clasificación en aparentes o no aparentes tiene un carácter accidental y puede variar según las circunstancias; así, por ejemplo, una servidumbre de paso puede no ser aparente, como ocurre cuando no hay ningún signo que la exteriorice, o puede ser aparente, como sucede si hay un camino por el que se transita. Ahora bien; una servidumbre de paso que ha empezado como no aparente, puede convertirse con el tiempo en aparente precisamente por el mismo uso que se le da al paso (ver nota 17).

El interés de esta clasificación consiste en que sólo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por destino del propietario (art. 2994 Ver Texto) y por usucapión (art. 3017 Ver Texto); las servidumbres aparentes pueden revocar por cesación de la confusión que se había operado, cuando se dan las condiciones del art. 3057 Ver Texto .

1112/1009

1009. c) Servidumbres afirmativas o negativas.— Se llaman servidumbres afirmativas (in patiendo) aquellas que confieren al propietario del fundo dominante el derecho de gozar de alguna manera del fundo sirviente, de hacer en éste alguna cosa que su propietario debe tolerar; las servidumbres negativas, llamadas también non faciendo, consisten, en cambio, en una prohibición impuesta al propietario del fundo sirviente, quién se ve privado de realizar ciertos actos que normalmente están dentro de los derechos del dueño.

Las servidumbres negativas atribuyen al titular un poder de privación referido al propietario del fundo sirviente; las servidumbres afirmativas le imponen a éste una obligación de tolerar.

Las servidumbres negativas son siempre no aparentes; en cambio, las afirmativas pueden ser o no aparentes.

1112/1010

1010. d) Servidumbres voluntarias y coactivas.— Son servidumbres voluntarias aquellas que las partes pueden pactar libremente; son coactivas las que tienen su origen en la ley y a cuya constitución y ejercicio no puede oponerse el propietario del fundo sirviente. Ejemplo típico de esta última, es la servidumbre de paso que pesa sobre los inmuebles que se encuentran ubicados entre un predio encerrado y el camino público. El propietario del predio encerrado tiene derecho a exigir un paso.

1010 bis.— El Código habla en diversas disposiciones de servidumbres activas (arts. 2503 Ver Texto , 2795 Ver Texto , 2797 Ver Texto , 2796 Ver Texto , 2798 Ver Texto). Esto no significa que exista otra clasificación (servidumbres activas y pasivas), sino que todas las servidumbres tienen un aspecto activo, el correspondiente al predio dominante, y un aspecto pasivo, el correspondiente al predio sirviente. En otras palabras, no se trata de dos especies de servidumbres distintas, sino de los dos aspectos de una misma servidumbre. El anverso y reverso de una medalla.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALVAT, t. 3, n° 1776 y s.; LAFAILLE, t. 2, n° 1480 y s.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3; MACHADO, t. 7; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, Buenos Aires, 1963; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 292 y s.; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, Des biens; MESSINEO, Manual de derecho civil y comercial, t. 3, 91; GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, 3ª ed., Torino, 1963; BIONDI, Le servitù, Milano, 1967; PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della proprietà, 1. 3, t. 2, Torino, 1958; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 105 y sig.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3.

(nota 2) BIONDI, Le servitù, n° 21.

(nota 3) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 3, p. 384.

(nota 4) BIONDI, Le servitù, n° 21; GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 4.

(nota 5) ARGANÑARAZ en SALVAT, t. 3, n° 1780, a.

(nota 6) Decimos vecino o próximo porque si bien es verdad que la mayor parte de las servidumbres prediales se tienen respecto de propiedades vecinas, puede ocurrir que no lo sean (art. 3005 Ver Texto); así por ejemplo la servidumbre de paso puede afectar no solamente al fundo limítrofe sino a todos los que se interponen ente el camino y el fundo encerrado.

(nota 7) MESSINEO, t. 3, § 91, n° 2, p. 493.

(nota 8) ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1821, nota 72 y autores por él citados (SEGOVIA, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU, RUGGIERO).

(nota 9) MESSINEO, t. 3, § 91, n° 5, p. 495. Es la solución del art. 1030 del Código italiano.

(nota 10) MESSINEO, t. 3, § 91, n° 2, p. 493.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 892; MESSINEO, loc. cit. en nota anterior; BIONDI, Le servitù, n° 87, quien prefiere hablar de permanencia.

(nota 12) ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1784 a; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 892. Comp.: GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 71.

(nota 13) MESSINEO, t. 3, § 91, n° 4, p. 94.

(nota 14) MESSINEO, t. 3, § 91, n° 4, p. 495. Véase también ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1782, nota 18, con cita coincidente de RUGGIERO.

(nota 15) Sobre toda esta materia, véase BIONDI, Le servitù, n° 61 y siguientes.

(nota 16) MESSINEO, a quien hemos seguido de cerca en la enumeración de estas diferencias, agrega que las restricciones del dominio se caracterizan también por una no autonomía respecto del derecho de propiedad, lo cual no nos parece un carácter distintivo

porque tampoco las servidumbres reales son autónomas de la propiedad sino que, por el contrario, son inescindibles de ella. (Véase MESSINEO, t. 3, § 91, n° 6, p. 96).

(nota 17) SALVAT, t. 3, n° 1795; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 898.

1112/10310

§ 2. Constitución de las servidumbres

1112/10320

A.— MODOS DE CONSTITUCIÓN

1112/1011

1011. ENUMERACIÓN.— Las servidumbres reales se pueden constituir: a) por contrato; b) por disposición de última voluntad; c) por destino del padre de familia, d) por prescripción; e) por disposición de la ley.

1112/1012

1012. CONSTITUCIÓN POR CONTRATO.— Dispone el art. 2977 Ver Texto que las servidumbres se establecen por contratos onerosos o gratuitos, traslativos de propiedad. El codificador ha querido con este precepto establecer una estrecha analogía entre la venta y la donación, que son contratos traslativos de la propiedad, con el establecimiento oneroso o gratuito de una servidumbre. Pero la redacción del precepto es evidentemente poco afortunada. La constitución de una servidumbre no importa nunca un acto traslativo de propiedad, sino un contrato por el cual se establece un derecho real sobre una propiedad ajena. En forma alguna hay traslación de la propiedad.

Insistiendo en la analogía, el art. 2977 Ver Texto agrega que el uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición. Pero tampoco puede hablarse en este caso de tradición. Ésta supone la transmisión de la posesión de una cosa, que pasa de una mano a otra. Nada de ello ocurre cuando se constituye una servidumbre. Lo que sucede es que la entrega material que exigen los arts. 577 Ver Texto y 3265 Ver Texto para crear derechos reales, está reemplazada en nuestro

caso con el ejercicio de las servidumbres, cuando éstas son afirmativas; si son negativas, basta el título (ver nota 1). En suma, las servidumbres reales son otro supuesto excepcional de derechos reales (como la hipoteca) que se constituyen sin tradición.

1112/1013

1013. FORMA Y PRUEBA.— Cuando la constitución de las servidumbres se ha hecho por contrato debe tener las formas relativas a la venta, si es constituida a título oneroso, y la de las donaciones, si lo fuere a título gratuito (art. 2992 Ver Texto). Por consiguiente, tanto en un caso como en otro debe hacerse por escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º), pero si la servidumbre fuere onerosa y se hubiera acordado por instrumento privado, el titular del derecho podría exigir el otorgamiento de la escritura pública (art. 1185 Ver Texto). En cambio, si se trata de una constitución a título gratuito la escritura pública es una exigencia solemne (art. 1810 Ver Texto) (ver nota 2).

1112/1014

1014.— En cuanto a la prueba, el Código contiene una disposición poco clara, el art. 2993 Ver Texto , que dice así: el establecimiento de una servidumbre constituida por un título, puede ser probado por el acto original que demuestre su constitución o por un acto ejecutado por el propietario del fundo sirviente que lo fuese a ese tiempo, sin necesidad que el acto de reconocimiento hubiese sido aceptado por el propietario de la heredad dominante, o por una sentencia ejecutoriada.

Está claro, por lo pronto, que la servidumbre puede ser probada por el título de su constitución, que es lo normal. En cambio, no es igualmente clara la ley cuando habla del acto ejecutado por el propietario del fundo sirviente que importa un reconocimiento de la servidumbre. Este acto ejecutado de que habla la ley, ¿es un acto formal de reconocimiento del derecho a la servidumbre o basta con un hecho material cualquiera, que importe un consentimiento tácito al ejercicio de la servidumbre? Predomina definitivamente en nuestra doctrina la opinión de que la ley se refiere a un acto formal de reconocimiento del derecho del dueño del fundo dominante, hecho por el del dueño del fundo sirviente (ver nota 3). En consecuencia, los actos de simple tolerancia o los que están motivados en razones de buena vecindad, no importan el acto de reconocimiento de que habla el art. 2993 Ver Texto . Así, en un caso se resolvió que el haber tolerado que el actor usara las aguas que brotan en la finca del demandado y limpiara las zanjas por donde corrían aquéllas hacia su predio, no constituye un acto de reconocimiento de la existencia de la servidumbre de acueducto (ver nota 4).

El acto de reconocimiento no necesita de aceptación por el propietario del fundo dominante (art. 2993 Ver Texto), porque se trata de un acto unilateral, que vale por sí solo.

El artículo que estamos comentando termina diciendo que el establecimiento de una servidumbre también se puede probar por sentencia ejecutoriada. Se trata de un evidente error de técnica jurídica. La sentencia no prueba la existencia de la servidumbre; ella se limita a reconocer una servidumbre que ha sido probada por otros medios. En otras palabras ella es declarativa y no constitutiva de servidumbres. Sólo en un caso tiene carácter constitutivo cuando se trata de una servidumbre coactiva (por ejemplo, la de paso en favor de un fundo encerrado) y el propietario del fundo dominante ha debido recurrir a la justicia para que se reconozca su derecho.

1112/1015

1015. CONSTITUCIÓN POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA (ver nota 5).— Las servidumbres se pueden constituir también por destino del padre de familia. Se llama así la disposición que el propietario de dos o más heredades ha hecho para su uso respectivo (art. 2978 Ver Texto). Precisando el concepto, el art. 2994 Ver Texto dice: cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto a la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, se juzgará a ésta constituida como si fuese por título. Un ejemplo aclara el concepto. El propietario de una estancia cuyo campo está cruzado por un arroyo hace una derivación por una acequia para llevar agua a otro potrero. Luego vende este potrero. Si antes de vender la fracción de campo, no ha cortado o borrado la acequia y el contrato no tiene ninguna estipulación referente a la servidumbre, se juzga que ella está constituida como si fuera por título, es decir, válidamente constituida.

La servidumbre creada por destino del padre de familia no nace de un acto jurídico, sino de una situación de hecho, a la cual la ley le imputa el efecto jurídico de hacer nacer la servidumbre (ver nota 6). Pero la ley sólo toma en cuenta las situaciones de hecho creadas conscientemente por el dueño y, además, permite que éste impida el nacimiento de la servidumbre con una declaración de voluntad contraria. Lo que prueba que estamos en presencia de un fenómeno jurídico complejo, en cuyo nacimiento se aúnan la ley y la voluntad del propietario. La servidumbre nace sin necesidad de que el dueño quiera que nazca, pero éste puede impedir su nacimiento.

1112/1016

1016.— Para que exista constitución de servidumbre por destino del padre de familia, se requieren las siguientes condiciones:

a) Que el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto de la otra con una servidumbre de hecho. Adviértase que por pertenecer ambos inmuebles a un solo propietario, no cabe la constitución de una servidumbre de derecho. Pero debe existir entre ambos inmuebles una: situación de hecho tal que, si los dos inmuebles pertenecieran a dos propietarios diferentes, ella revelaría la existencia de una servidumbre (ver nota 7). Así, por ejemplo, la acequia que lleva agua a uno de los inmuebles a través del otro. Y aunque la ley habla de dos inmuebles, no cabe duda de que la misma solución se aplica al supuesto de que una parte de un inmueble esté sometido a esa situación de hecho respecto de otra parte, que luego es enajenada por el propietario (ver nota 8).

La conducta del propietario debe consistir en un hacer, o. en un dejar hacer consciente; una situación creada en la ignorancia del dueño no basta para hacer nacer la servidumbre (ver nota 9). Equivale al acto del propietario, el de sus representantes legales o convencionales (ver nota 10), sin que sea necesario que, el representante o administrador tenga poder para constituir servidumbres (ver nota 11), porque en este caso la servidumbre no, nace de un acto jurídico, sino de una situación de hecho que el administrador podía crear y a la cual la ley le imputa esa consecuencia jurídica. La conducta de uno solo de los condóminos no basta para hacer nacer la servidumbre, a menor que los restantes, en conocimiento de ella, no hayan tomado, medidas para restablecer la situación anterior (ver nota 12).

b) Que se produzca la separación de las dos heredades (o una fracción de una heredad), sin cambiar previamente el estado de los lugares. La separación puede tener cualquier origen: contrato, testamento, venta forzada, expropiación, usucapión (art. 2996 Ver Texto).

¿Qué ocurre si el cambio se ha producido pocos días, antes de la enajenación? Veamos un ejemplo: el propietario que se propone enajenar una propiedad, facilita la visita del campo por los compradores. Más tarde —pero antes de firmar la escritura— pone fin al estado de cosas; por ejemplo, interrumpe el curso de una acequia. Al producirse la transferencia de la propiedad ya no existía el estado de cosas que configura una servidumbre. Sin embargo, es claro que una elemental razón de buena fe obliga a condenar al enajenante a respetar el estado de cosas existente cuando el comprador visitó el campo. Distinto sería el caso si el cambio del estado de cosas se hubiera hecho pocos días antes de la enajenación, pero se prueba que el comprador no conocía la existencia de los hechos que le hubieran permitido reclamar la servidumbre de haber subsistido hasta el momento de la escrituración (ver nota 13).

En suma, éste es un problema que debe decidirse conforme con el principio de buena fe con que deben interpretarse y ejecutarse los contratos (art. 1198 Ver Texto). Y, por ello mismo, porque no juega en el caso una cuestión de buena fe en el propietario, basta la interrupción de la servidumbre por el causante que lega los dos inmuebles a dos personas distintas un solo día o unas horas antes de su muerte, para que no haya derecho a reclamar la servidumbre.

Sobre la base de iguales principios debe resolverse el supuesto de que el propietario, pocos días antes de la enajenación haya establecido una situación de hecho que beneficia a su predio en desmedro del que enajena.

c) Que el contrato no contenga ninguna convención respecto de la servidumbre. Porque si la contiene, la servidumbre se regirá entonces por el contrato y no derivará del simple destino del padre de familia. La referencia contenida en el contrato respecto de la servidumbre, puede tener dos objetos: ante todo, disponer expresamente que cesa toda obligación de parte del propietario del fundo sirviente, vale decir, que no hay servidumbre; en segundo lugar, puede precisar las condiciones en que se ejercerá la servidumbre, las horas, el modo o forma de ejercerla y el precio o indemnización que el propietario del fundo dominante ha de pagar. Pero si el contrato nada establece respecto de este punto, se entiende que la servidumbre está constituida a título gratuito, sin obligación de contraprestación ninguna por parte del propietario del fundo dominante. Y es justo que así sea, porque al adquirir el predio con el derecho a la servidumbre activa, ese derecho se ha tenido en cuenta para fijar el justo precio. En consecuencia, ninguna otra indemnización puede pedir el propietario del fundo sirviente.

d) Que se trate de una servidumbre continua y aparente (art. 2994 Ver Texto). Es necesario que ambos requisitos estén reunidos; las servidumbres discontinuas, aunque sean aparentes, no pueden establecerse por el destino del padre de familia (art. 2997 Ver Texto).

1112/1017

1017. SERVIDUMBRE QUE REVIVE (ver nota 14).— Mientras el art. 2994 Ver Texto alude al nacimiento de una servidumbre por destino del padre de familia, el artículo siguiente se refiere a otra hipótesis: al renacimiento de una servidumbre. El caso es el siguiente: una persona es dueña de un campo que goza de una servidumbre de paso (o de otra índole) respecto de un campo vecino; luego compra el campo vecino: la servidumbre se extingue por confusión. Más tarde enajena, ya sea el campo recién adquirido, ya sea el que tenía anteriormente: en ese caso, la servidumbre revive siempre que se haya mantenido algún signo aparente de ella. Es lo que dispone el art. 2995 Ver Texto .

Adviértase que para que pueda reputarse constituida una servidumbre por destino del padre de familia, es necesario que se trate de una servidumbre continua y aparente (art. 2994 Ver Texto); en cambio, en el caso de una servidumbre que revive, basta que sea aparente aunque sea discontinua (arts. 2995 Ver Texto y 3057 Ver Texto). Inclusive, puede revivir aun no existiendo signos aparentes si el contrato contuviese una declaración expresa que disponga que la servidumbre renace; pero en este caso no hay propiamente un caso de renacimiento de la servidumbre sino de constitución de una nueva por el acto de enajenación.

La ley deja a salvo la convención en contrario (art. 2995 Ver Texto); es decir, que la servidumbre no renace si en el acto de enajenación de una de las heredades se deja constancia de ello.

1112/1018

1018. CONSTITUCIÓN POR USUCAPIÓN.— Dispone el art. 3017 Ver Texto que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de veinte años. Las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes no pueden establecerse sino por títulos. La posesión aunque sea inmemorial, no basta para establecerla.

Nuestro Código admite, por consiguiente, la usucapión solamente en el caso de las servidumbres continuas y aparentes; en cambio, tratándose de servidumbres discontinuas o no aparentes no cabe la usucapión y sólo pueden establecerse por contrato, testamento o disposición del padre de familia.

Cabe agregar que en el antiguo derecho vigente en nuestro país a la época de sancionarse el Código, se admitía la adquisición de las servidumbres discontinuas pero aparentes, si había una posesión inmemorial (Partida 3, título 31, ley 15). Para evitar toda cuestión, el codificador creyó conveniente disponer expresamente que la posesión de las servidumbres que no tenían carácter continuo y aparente, no permitía adquirirlas por prescripción, aunque fuera inmemorial.

La solución legal se presta a fundados reparos. Así, por ejemplo, una servidumbre de paso por ser discontinuo, no se puede adquirir jamás por prescripción. La solución parece demasiado dura, sobre todo cuando se trata de una servidumbre establecida con consentimiento tácito del propietario del fundo sirviente durante largos años. Sin embargo, el codificador creyó necesario mantener el principio, con el propósito de no descorazonar los actos de mera tolerancia, de buena vecindad, que son tan frecuentes en nuestras costumbres rurales; si ellos pudieran originar derechos de carácter definitivo, los propietarios rurales se verían movidos a no tener ninguna concesión para sus vecinos, lo que introduce un factor negativo en sus relaciones. Aun considerando estas razones, la solución no resulta convincente. Una cosa son las habituales tolerancias propias de la vecindad y otra una servidumbre mantenida nada menos que por un período de veinte años. Este ejercicio de una servidumbre aparente debe crear el derecho a ella. Eso explica que los Códigos modernos sólo requieran el carácter aparente para admitir la usucapión (C. Civil italiano, art. 1061; portugués, art. 1548; brasileño, art. 698; venezolano, art. 720) (ver nota 15).

1112/1019

1019.— Para que se opere la usucapión es necesario:

a) Que se trate de servidumbres continuas y aparentes.

b) Que se las haya ejercido durante veinte años. El Código habla de posesión, pero ya dijimos que en las servidumbres no hay posesión en sentido propio, sino ejercicio de la servidumbre. Cabe agregar que el Código establecía un plazo de treinta años, que fue reducido a veinte por la ley 17711, en consonancia con igual reforma relativa a la usucapión de la propiedad de inmuebles.

¿Desde cuándo se computa el término? Tres soluciones son posibles: 1) desde que empezaron a construirse en el inmueble vecino las obras destinadas a la servidumbre; por ejemplo, desde que empezó a cavarse el acueducto; 2) desde que dichas obras se terminaron; 3) desde que efectivamente comenzó el ejercicio de la servidumbre; en nuestro ejemplo, desde que ha empezado a correr el agua. Si bien la cuestión es discutible, nos inclinamos por la primera solución ya que la iniciación de la obra ha importado el ejercicio de actos sobre un inmueble ajeno que no podrían llevarse a cabo sino en razón de la servidumbre (ver nota 16).

c) Que se ejerza con ánimo de ser titular de la servidumbre (ver nota 17).

d) Que el ejercicio sea continuado y no interrumpido. Son de aplicación analógica los arts. 4015 Ver Texto y 4016, relativos a la usucapión del dominio (ver nota 18).

e) Finalmente es necesario que el ejercicio haya sido público y pacífico (ver nota 19).

1112/1020

1020. CONSTITUCIÓN POR LEY.— Finalmente las servidumbres reales pueden constituirse coactivamente, como consecuencia de una disposición legal que obliga al propietario del fundo sirviente a soportar una servidumbre. Tal, por ejemplo, la servidumbre de paso (arts. 3068 Ver Texto y sigs.) o la de acueducto (arts. 3083 Ver Texto y sigs.).

Es necesario distinguir cuidadosamente estas servidumbres reales impuestas por la ley, de las restricciones y límites al dominio (también llamadas servidumbres legales). Estas últimas nacen automáticamente, sin necesidad de acto o iniciativa alguna de parte del propietario del fundo dominante; tienen vida de pleno derecho y sería nula toda renuncia que el propietario del fundo dominante hiciera de su derecho; finalmente, el propietario del fundo dominante no debe ninguna indemnización al del fundo sirviente. En cambio las servidumbres reales nacidas por imperio de la ley constituyen simplemente un derecho personal que el propietario del fundo dominante puede o no ejercer; para darle vida, es necesario una iniciativa de su parte, que se concretará en un contrato con el propietario del fundo sirviente destinado a precisar el alcance de la servidumbre y la indemnización, que se pagará; y en caso de negativa o desacuerdo, la cuestión deberá plantearse judicialmente y la sentencia fijará las modalidades de la servidumbre y la indemnización debida (ver nota 20). En este caso la sentencia es constitutiva y no declarativa del derecho, porque hasta el momento de dictarse la sentencia la servidumbre no tiene existencia.

1112/10330

B.— PERSONAS QUE PUEDEN ESTABLECER O ADQUIRIR SERVIDUMBRES

1112/1021

1021. CAPACIDAD.— Acorde con el art. 2979 Ver Texto , la capacidad para establecer o adquirir servidumbres es regida por, las disposiciones para establecer o adquirir el derecho de, usufructo. Ante todo, debemos precisar que cuando la ley habla de establecer significa gravar con una servidumbre el predio sirviente; y cuando se refiere a adquirir, alude a la constitución de una servidumbre en favor del predio dominante.

El art. 2979 Ver Texto remite, pues, a las reglas del usufructo. Vale decir, tiene capacidad para constituir servidumbres por contrato oneroso quien la tenga para vender y por contrato gratuito, quien la tenga para donar (art. 2831 Ver Texto). La solución de la ley sería muy clara si no fuera que la complica el art. 3012 Ver Texto , según el cual los que pueden establecer servidumbres en sus heredades, pueden adquirirlas; pero los que no gocen de sus derechos, como los menores, aunque no pueden establecer servidumbres pueden adquirirlas.

¿Qué significa esto de que los que no gozan de sus derechos pueden adquirir servidumbres? Por lo pronto, es evidente que la ley se refiere a los incapaces de hecho, los cuales gozan de sus derechos, aunque no puedan ejercerlos. Tal es el caso de los menores, que la ley da como ejemplo. Aclarado, pues, que la referencia a los que no gozan de sus derechos, no es

sino un error de expresión (ver nota 21), veamos cuál es el significado que hay que atribuirle a esta confusa regla del art. 3012 Ver Texto .

No cabe ninguna duda de que los incapaces de hecho, no pueden suscribir un contrato a título oneroso para adquirir una servidumbre; ello sería contrario a la regla del art. 2979 Ver Texto y a las normas generales sobre capacidad. Tampoco puede admitirse que los incapaces puedan adquirir una servidumbre por un contrato gratuito, porque también en este caso se necesita capacidad para contratar (arts. 1804 Ver Texto , 2831 Ver Texto , y 2979 Ver Texto).

Por consiguiente, pensamos que la única manera de conciliar los arts. 2979 Ver Texto y 3012 Ver Texto , es la siguiente: el primero es la regla general aplicable como principio a todas las formas de establecimiento o adquisición de servidumbres, en tanto que el último párrafo del art. 3012 Ver Texto alude a aquellas formas de adquisición que no requieren capacidad de hecho; así, por ejemplo, se puede adquirir una servidumbre por disposición testamentaria o por disposición del padre de familia o aun pueden adquirirla por prescripción los menores que han cumplido diez años y han ejercido de hecho una servidumbre continua y aparente (aplicación analógica del art. 2932 Ver Texto).

1112/1022

1022.— En suma, para consentir en que un fundo quede gravado con una servidumbre se requiere:

a) Para constituir servidumbres por contrato oneroso, se necesita la misma capacidad que para vender (arts. 2979 Ver Texto y 2831 Ver Texto). Es decir, son incapaces todas las personas enumeradas en los arts. 54 Ver Texto y 55 (ref., por ley 17711), con la salvedad de que los menores que han cumplido 18 años pueden constituir libremente servidumbres sobre los bienes que han adquirido con el producto de su trabajo (art. 128 Ver Texto). En cuanto, a los emancipados, para constituir servidumbres sobre los bienes que han recibido a título gratuito antes o después de la emancipación, necesitan autorización judicial, salvo que mediara acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad (art. 135 Ver Texto).

b) Para constituir servidumbres por contrato gratuito se requiere capacidad para donar (arts. 2979 Ver Texto , 2831 Ver Texto), es decir, capacidad para contratar (art. 1804 Ver Texto). Esto significa que son aplicables la mismas soluciones que en el caso anterior, con la única salvedad de que los menores emancipados no pueden hacer donación ni, por tanto, constituir servidumbres sobre bienes que hubiesen recibido a título gratuito (art. 134 Ver Texto).

c) Para constituir servidumbres sobre un inmueble por testamento, se requiere capacidad para testar (arts. 2979 Ver Texto y 2833 Ver Texto).

d) Si todas las soluciones anteriores son claras, en cambio no lo es tanto el supuesto de constitución de una servidumbre por destino del padre de familia. Empero, como en este supuesto no hay compensación por la servidumbre que se impone a un predio, parece razonable considerar que sólo es capaz de constituirla quien tiene capacidad para constituir un usufructo a título gratuito.

1112/1023

1023.— En cuanto a la capacidad para adquirir una servidumbre, se aplican las siguientes reglas:

a) Para adquirirla por contrato, sea gratuito u oneroso, se requiere capacidad para contratar (arts. 2979 Ver Texto , 2831 Ver Texto , 1357 Ver Texto y 1804 Ver Texto). Es decir, en principio se aplican las mismas reglas que para gravar con una servidumbre del predio sirviente, pero sin las limitaciones que hemos visto con relación a los menores emancipados, porque las disposiciones limitativas de los arts. 134 Ver Texto y 135 se refieren a actos de enajenación de bienes recibidos a título gratuito y, en nuestro caso, no hay enajenación sino adquisición de un nuevo derecho.

b) Para adquirir una servidumbre por legado, o por disposición del padre de familia no se requiere gozar de capacidad de hecho; aun los incapaces pueden adquirirla (art. 3012 Ver Texto , última parte).

c) Para adquirir una servidumbre por usucapión basta la capacidad para adquirir la posesión (véase art. 2392 Ver Texto). Nos parece indudable la aplicación analógica de este artículo, dado que en materia de usucapión de las servidumbres se aplican principios semejantes a los de la usucapión para adquirir la propiedad de inmuebles; en este caso, la posesión es suplida por el ejercicio de la servidumbre continua y aparente.

1112/1024

1024. LEGITIMACIÓN PARA ESTABLECER SERVIDUMBRES.— Están legitimados para constituir servidumbres sobre el predio sirviente los propietarios, los condóminos y el usufructuario de la heredad. Nos ocuparemos por separado de cada uno de ellos.

1112/1025

1025. a) Propietario de la heredad sirviente.— Como principio para poder gravar un inmueble con una servidumbre, se necesita ser su dueño. Los que no sean propietarios (salvo el usufructuario, y con las limitaciones que veremos) no pueden constituir servidumbres sobre una heredad. Este principio no quita validez a la obligación contraída por una persona de establecer una servidumbre cuando llegue a ser propietario del predio sirviente (art. 2989 Ver Texto). Este contrato es válido, no como constitutivo del derecho real de servidumbre, sino como obligación personal de constituir el derecho si se da la condición prevista (adquisición del dominio).

1112/1026

1026.— La ley contempla diversas situaciones que limitan el derecho del propietario a gravar con una servidumbre su propiedad. En primer término, si se tratara de un inmueble dado en usufructo, el nudo propietario no puede perjudicar la situación del usufructuario con servidumbres constituidas en favor de terceros. En otras palabras, la servidumbre acordada por el nudo propietario será inoponible al usufructuario, quien podrá impedir su ejercicio durante todo el término del usufructo (art. 2981 Ver Texto). Esto no significa que el contrato celebrado por el nudo propietario sea inválido; mantiene su validez en las relaciones entre las partes y será exigible por el propietario del fundo dominante una vez extinguido el usufructo.

Puede ocurrir también que se imponga una servidumbre a un predio que ya está gravado con otras servidumbres. Tal situación está prevista en el art. 2991 Ver Texto que dispone: la servidumbre impuesta a una heredad no priva al propietario, de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen a las antiguas. La claridad de la solución legal hace innecesario mayores explicaciones.

Queda finalmente a considerar el supuesto de la hipoteca, que ha sido tratado por el Código en dos disposiciones poco congruentes. El art. 2990 Ver Texto dice que la hipoteca que un acreedor tenga sobre un inmueble no impide al propietario, gravarla con servidumbre, pero el acreedor puede usar de los derechos acordados contra el deudor que disminuye la garantía de la deuda. Recordemos que esos derechos consisten en pedir la estimación de la disminución del precio que representa la servidumbre y su depósito o bien demandar un suplemento de hipoteca (art. 3159 Ver Texto), o reclamar que el deudor hipotecario sea privado del término que el contrato le daba (art. 3161 Ver Texto).

Hasta aquí el sistema legal parece claro. Pero el art. 2999 Ver Texto dispone que la existencia de hipotecas que graven una heredad no es obstáculo a la constitución de

servidumbres sobre un inmueble; pero una servidumbre así constituida no puede oponerse a los acreedores hipotecarios anteriores a su establecimiento, y ellos, en caso necesario, pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre. Si esto es así, no se explica que el art. 2990 Ver Texto le confiera al acreedor los derechos acordados contra el deudor que disminuye la garantía de la deuda. Porque lo cierto es que esa servidumbre constituida por el propietario, no disminuye la garantía ni le ocasiona el más mínimo perjuicio a los acreedores hipotecarios, desde que ellos pueden pedir la venta del inmueble libre de toda servidumbre. Su acción para pretender un refuerzo de garantía o la caducidad del plazo, carecería de todo sustento jurídico, ya que sin interés no hay acción (ver nota 22).

En suma, puesto que las servidumbres acordadas por el propietario no causan ningún perjuicio al acreedor hipotecario, éste carece de los derechos que los arts. 3159 Ver Texto y 3161 Ver Texto reconocen al acreedor cuando el deudor ha disminuido la garantía de la deuda.

1112/1027

1027. b) Copropietarios.— Como principio, no puede gravarse con una servidumbre un fundo perteneciente a varios copropietarios sin el consentimiento de todos ellos (art. 2985 Ver Texto). Más aún, el art. 2985 Ver Texto dispone que para que la servidumbre quede establecida es necesario que todos los condóminos concurren al acto de su constitución.

Interpretada estrictamente esta disposición, parecería significar que los condóminos deben dar simultáneamente su consentimiento. Pero evidentemente no es así. De lo que se trata es de que todos los condóminos hayan dado su consentimiento; por consiguiente, si lo dan en actos separados pero consintiendo todos en la constitución de la servidumbre, ésta queda válidamente constituida (ver nota 23). Inclusive, es posible que ese consentimiento sea tácito, como ocurriría si uno de los copropietarios constituye la servidumbre y los restantes, en conocimiento de ello, guardan silencio durante largo tiempo, tolerando la situación de hecho creada.

Supongamos ahora que uno sólo de los copropietarios ha prestado su consentimiento a la constitución de la servidumbre. ¿Qué valor tiene ese acto? Desde luego, es claro que no permite el nacimiento de la servidumbre, porque para ello es necesario el consentimiento de todos los copropietarios y los que no lo han dado no pueden verse perjudicados con el que prestó uno de ellos. Pero no se trata de un acto nulo, como algunos autores han sostenido (ver nota 24), sino simplemente inoponible a los copropietarios y, por consiguiente ineficaz para dar nacimiento a la servidumbre en tanto los condóminos no den también su consentimiento.

Pero reiteramos, no es un acto nulo; lejos de ello, produce importantes consecuencias jurídicas:

1) Ante todo, el art. 2986 Ver Texto dispone que la servidumbre establecida por el condómino de la heredad cobra eficacia cuando por el resultado de la partición o adjudicación, la heredad gravada cae en todo o en parte en el lote del comunero que constituyó la servidumbre; agregando el texto legal que en ese caso el condómino no puede oponer la falta de consentimiento de los otros condóminos. Para admitir esta solución el codificador ha tenido en cuenta el principio del efecto declarativo de la partición, en virtud del cual se considera que el bien le ha pertenecido siempre con carácter exclusivo desde el origen de la indivisión (art. 2695 Ver Texto).

Pero no sólo cobra eficacia la servidumbre en el caso de que el condómino que consintió en ella haya llegado a ser propietario del total del inmueble por partición. Basta que haya llegado a ser dueño de todo el inmueble, cualquiera que sea el título por el cual lo fue; como, por ejemplo, si adquirió las otras partes del inmueble por título gratuito u oneroso (ver nota 25).

2) Consecuente con la solución del art. 2986 Ver Texto , el siguiente agrega: si el copropietario que ha establecido la servidumbre vende su porción indivisa a un tercero que va ser propietario de las otras porciones por efecto de la limitación, este tercero está obligado como su vendedor a sufrir el ejercicio de la servidumbre. La razón por la cual el tercero debe respetar la servidumbre, es que siendo sucesor a título singular del copropietario que consintió en gravar el inmueble, está ligado por las obligaciones contraídas por éste con relación a la cosa (art. 3266 Ver Texto); no interesa por tanto que el tercero haya llegado a ser propietario de las partes restantes por licitación (como dice el texto legal) o por cualquier otro título, porque el fundamento de su obligación no es el título por el cual ha llegado a adquirir las otras partes, sino el carácter de sucesor particular del comunero que le vendió la suya (art. 2696 Ver Texto).

3) Por último, la concesión de la servidumbre por uno de los copropietarios, independientemente de los otros, obliga al concedente a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido. Así lo establece expresamente el art. 1059, C. Civil italiano; y la solución nos parece plenamente aplicable en nuestro derecho, dado que según lo dijimos, la concesión de una servidumbre por uno de los copropietarios del fundo sirviente no es un acto nulo, sino simplemente inoponible a los otros copropietarios. Inoponible a los otros copropietarios pero no al concedente, quien procedería ilícitamente si se opusiera al ejercicio de la servidumbre. La hipótesis que consideramos puede tener importancia práctica. Supongamos que un fundo pertenezca a dos propietarios, uno de los cuales está ausente. El otro otorga una servidumbre de paso al propietario del fundo vecino. Mientras dura la ausencia del otro condómino, el que concedió la servidumbre no podría oponerse a que el vecino ejercitara su derecho de paso; lo cual no excluye por cierto, que al regreso del

ausente éste pueda ejercer su derecho de oposición, porque la servidumbre reconocida por su condómino no le es oponible.

1112/1028

1028. c) Usufructuario.— También el usufructuario puede conceder servidumbres; pero en ese caso éstas sólo tienen validez por el tiempo que dura el usufructo (art. 2980 Ver Texto). Por otra parte, la servidumbre conferida por el usufructuario nunca podría ir en desmedro de los derechos del propietario (art. 2980 Ver Texto), es decir que deben respetarse siempre las obligaciones que la ley impone al usufructuario para la guarda y conservación de la cosa. Pero si el usufructuario viene luego a reunir en sí la calidad de nudo propietario consolidando el dominio pleno del inmueble, la servidumbre consentida cuando era usufructuario adquiere validez plena y sin restricción alguna (art. 2982 Ver Texto).

1112/1029

1029. d) Bienes gananciales.— Cuando se trata de gravar con una servidumbre los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges, se requiere el asentimiento del otro (art. 1277 Ver Texto). Pero si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes (art. citado).

1112/1030

1030. LEGITIMACIÓN PARA ADQUIRIR SERVIDUMBRES.— Las servidumbres pueden ser adquiridas por el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el acreedor anticresista y, en general, por todo el que posee el inmueble a título de dueño. Veamos los distintos casos:

1112/1031

1031. a) Propietario.— La servidumbre, ante todo, puede ser adquirida por el propietario del fundo dominante. El dueño de la propiedad no pierde ese derecho por la circunstancia de que haya dado el inmueble en usufructo a un tercero; aun así, la servidumbre adquirida por él es válida, salvo el derecho del usufructuario de usar o no de ella (art. 2983 Ver Texto).

1112/1032

1032.— El propietario puede también resultar beneficiado por las servidumbres adquiridas por otras personas. Este tema está tratado en los artículos 3013 Ver Texto y 3014, cuya inteligencia ha dado lugar a algunas dificultades interpretativas por lo que se hace indispensable transcribirlos. El primero dice que el que toma la calidad de propietario y goza como tal de la heredad, sea de buena o mala fe, y el que obra a nombre del propietario de un inmueble, aunque no tenga mandato, pueden adquirir servidumbres reales y la persona que las ha concedido no puede revocar su consentimiento. Por su parte el art. 3014 Ver Texto agrega: en todos los casos de los dos artículos anteriores, si los propietarios cuyos negocios se han hecho encuentran oneroso el establecimiento de la servidumbre pueden renunciar a ejercerla, renunciando a la servidumbre.

En primer lugar, hay que destacar un evidente error en que se incurre en el art. 3014 Ver Texto . Se habla en él de todos los casos de los dos artículos anteriores; pero en verdad, esta norma se refiere solamente a los casos del art. 3013 Ver Texto , porque el art. 3012 Ver Texto no tiene relación con este tema. Lo que ocurrió fue que VÉLEZ transcribió inadvertidamente a su fuente, el Código de Louisiana, en el que se alude con razón a los dos artículos anteriores porque ambos se refieren a este tema; en tanto que en el nuestro, el art. 3012 Ver Texto no tiene equivalente en la fuente. Reiteramos, pues, que lo dicho en el art. 3014 Ver Texto se refiere solamente al artículo antecedente, el 3013.

Veamos, ahora quiénes son las personas que pueden adquirir servidumbres que beneficien al propietario:

a) Ante todo, dice el art. 3013 Ver Texto , el que toma la calidad de propietario y como tal goza de la heredad sea de buena o mala fe; es decir, el poseedor que lo hace con ánimo de dueño, y que luego pierde la posesión como consecuencia de una acción de reivindicación ejercida por el propietario.

b) Los que obran a nombre del propietario de un inmueble aunque no tengan mandato; como, por ejemplo, el usufructuario, el usuario o el acreedor anticresista (art. 2984 Ver Texto); y, finalmente, el gestor de negocios (art. 2288 Ver Texto).

Las consecuencias de las servidumbres adquiridas por estas personas son las siguientes: ellas obligan al propietario del predio sirviente que las ha concedido, quien no podría revocar su consentimiento aduciendo que la persona con la que contrató no era el propietario del fundo dominante ni tenía poder de él; en cambio, el propietario del predio dominante en cuyo nombre obró el tercero, puede renunciar a la servidumbre (arts. 3013 Ver Texto y 3014).

Sostiene SALVAT que el art. 1830 Ver Texto se refiere solamente a las servidumbres onerosas, en tanto que si fueran gratuitas el propietario carecería del derecho a renunciar la servidumbre que le confiere el art. 3014 Ver Texto (ver nota 26). No es esto, sin embargo, lo que dice la norma. No se trata de que la constitución haya sido gratuita u onerosa sino simplemente de que el propietario, del fundo dominante encuentre inconveniente el ejercicio de la servidumbre (ver nota 27).

Se ha sostenido también que la solución de los arts. 3013 Ver Texto y 3014 se aplica inclusive a las personas que hubieran obrado en ejercicio de una representación sea legal, sea voluntaria, cuando el mandato voluntario tiene carácter general (ver nota 28). Es decir, que el propietario a cuyo nombre obró el mandatario general o legal tendría derecho a revocar el consentimiento y a renunciar, por tanto, a la servidumbre, lo que podría interesarle particularmente en el caso de que aquélla fuera onerosa. A nuestro criterio, es claro que nada de eso, dice el art. 3013 Ver Texto , cuando se refiere a las personas que obran, a nombre del propietario, aunque no tengan mandato. El sentido cabal del art. 3013 Ver Texto es el siguiente: aunque una persona no tenga mandato puede adquirir servidumbres reales para la persona en cuyo nombre obra y ese acto es obligatorio para el propietario del fundo sirviente que ha dado su consentimiento. Lo que no dice es que cuando la persona obra en ejercicio de un mandato, ese acto no sea obligatorio para el mandante. Por consiguiente, obre el mandatario en ejercicio de un poder especial o de un poder general pero que contiene la facultad de constituir servidumbres, o actúe en ejercicio de una representación legal (padres, tutores, curadores, etc.), el acto es plenamente válido, y obliga tanto al propietario del fundo sirviente, como al propietario del fundo dominante.

1112/1033

1033. b) Copropietario.— Hemos dicho ya que la servidumbre consentida por uno de los condóminos del predio sirviente no permite el nacimiento del derecho real, porque el acto de constitución es inoponible a los otros condóminos; es natural que así sea, porque de lo contrario los condóminos resultarían obligados por una servidumbre que ellos no han consentido. Muy distinta es la situación de la servidumbre constituida por uno de los copropietarios del fundo dominante. Aquí ya no se trata de una carga sobre el fundo, sino de un beneficio, de una utilidad para él. En este caso nada se opone a que uno de los condóminos estipule una servidumbre a beneficio del predio común; los otros condóminos pueden rehusarse a ejercerla y a aprovechar las ventajas de ella (por ejemplo, porque consideran inconveniente el precio convenido para establecerla). Pero el que la ha concedido, no puede sustraerse de la obligación contraída (art. 3015 Ver Texto).

En suma, el condómino que ha constituido una servidumbre sobre un fundo vecino, queda definitivamente obligado por el contrato y, por consiguiente no puede desligarse de la obligación de pagar el precio convenido so pretexto de que los restantes condóminos no han prestado su consentimiento. Y, naturalmente, puede ejercer la servidumbre. Los otros condóminos pueden optar entre aprovechar de ella o negarse a ejercerla; en esta última

hipótesis, quedan liberados de toda obligación, pero en la primera deberán compartir con el condómino que constituyó la servidumbre el pago del precio pactado.

Si más tarde, como resultado de la partición, el predio dominante ha correspondido a uno de los propietarios que rehusaron aprovechar de la servidumbre, el predio sirviente queda liberado.

1112/1034

1034. c) Usufructuario, usuario y acreedor anticresista. Dispone el art. 2984 Ver Texto que el usufructuario, el usuario y el acreedor anticresista, pueden crear servidumbres a favor de los inmuebles que estén en poder de ellos, anunciando que estipulan tanto para ellos como para el nudo propietario, si éste acepta la estipulación. No habiendo aceptación de la estipulación por el nudo propietario, la servidumbre será meramente un derecho personal de los que la estipularon; y se extinguirá con el derecho de ellos sobre la cosa. Esta disposición es reiterada en términos análogos, pero referidos sólo al usufructuario, por el art. 3016 Ver Texto .

El usufructuario, el usuario y el acreedor anticresista son de las personas a que alude el art. 3013 Ver Texto , que pueden adquirir una servidumbre a nombre del propietario; pero si lo hacen personalmente y para sí, la servidumbre se extingue junto con el usufructo.

1112/10340

C.— COSAS SOBRE LAS QUE PUEDEN CONSTITUIRSE SERVIDUMBRES

1112/1035

1035. REGLA GENERAL.— Las servidumbres sólo pueden constituirse sobre bienes inmuebles (art. 2970 Ver Texto). Es una consecuencia de la tendencia a la perpetuidad de las servidumbres, tendencia que sólo se aviene con la naturaleza de los bienes inmuebles.

Además, debe tratarse de inmuebles que están en el comercio; sobre los bienes fuera del comercio no pueden establecerse servidumbres (art. 3002 Ver Texto). Este principio, exige empero algunas aclaraciones:

a) En primer lugar, la ley sólo prohíbe que los bienes fuera del comercio puedan estar sometidos a una servidumbre pasiva; pero no que sean beneficiarios de una servidumbre activa en calidad de fundo dominante. Así, por ejemplo nada se opone a que el Estado concierte con un particular una servidumbre de paso en favor de un inmueble perteneciente al dominio público.

b) La regla de que los bienes fuera del comercio no pueden estar sujetos a servidumbres pasivas, tiene una limitación en el supuesto de servidumbres coactivas. Supongamos un inmueble particular, encerrado por otro que pertenece al dominio público del Estado. El derecho del propietario del primero a pedir servidumbre de pago parece por encima de toda discusión, pues la ley no puede condenar a un predio a la esterilidad. No hay otra solución lógica, tanto del punto de vista económico como jurídico, que obligar al Estado a conceder el derecho de pago; pues si por la naturaleza especial del bien, de la concesión del paso resultara un grave perjuicio para los intereses generales, el Estado debe expropiar el bien encerrado.

1112/10350

D.— MODALIDADES DE LAS SERVIDUMBRES

1112/1036

1036. CONDICIÓN, PLAZO, CARGO.— Las servidumbres pueden establecerse bajo condición o plazo, sea suspensivo o resolutorio (art. 2988 Ver Texto). Nada se opone, en efecto, a que las partes convengan que la servidumbre empezará a correr o, por el contrario, concluirá a partir de un plazo determinado o cumplida una condición. El plazo o condición resolutoria tienen una importancia peculiar en materia de servidumbres, porque conforme con el principio general del art. 3009 Ver Texto se juzgan perpetuas las servidumbres cuando no hay convención que las limite a cierto tiempo. El principio es pues la perpetuidad; sólo habiendo plazo o condición resolutoria quedan limitadas temporalmente.

Claro está que cuando la ley habla de plazo o condición, alude a las servidumbres constituidas por contrato o por disposición de última voluntad; las constituidas por disposición del padre de familia, por usucapión, o por disposición de la ley, son perpetuas y no admiten limitación en el tiempo.

Aunque el Código se refiere solamente a la condición o plazo, es evidente que también las servidumbres pueden estar sujetas a un cargo (ver nota 29). Así, por ejemplo, puede concederse una servidumbre de paso con el cargo para el propietario del fundo dominante

de mantener en buenas condiciones el camino o de mantener cerradas las puertas de los potreros que atravesase.

1112/1037

1037.— El art. 3001 Ver Texto agrega que la servidumbre puede constituirse a beneficio de un inmueble futuro o que sólo se va a adquirir o consistente en una utilidad futura, como la de llevar agua que aún no se ha descubierto, pero que pretende descubrirse. Se trata de una simple hipótesis de condición suspensiva que, empero, el legislador ha creído necesario tratar expresamente para evitar que un contrato que tuviera en mira este inmueble futuro o esta utilidad futura, pudiera considerarse nulo por falta de objeto.

1112/1038

1038.— El art. 2998 Ver Texto , por último, contiene una disposición que si bien no se vincula estrictamente con las modalidades, en sentido propio, de las servidumbres (que son la condición, el plazo y el cargo) alude, sin embargo, al tema próximo de los modos o características que pueden tener ellas. Dispone que las servidumbres pueden establecerse sobre la totalidad de un inmueble o sobre una parte material de él, en su superficie, profundidad o altura. En efecto, las servidumbres en la práctica pueden tener una variedad infinita. A veces afectan sólo una parte material del inmueble, como ocurre con la servidumbre de paso o la de acueducto; o la altura del, edificio, como la servidumbre de vista. En verdad, era innecesario establecerlo porque ello está en la naturaleza de las servidumbres.

(nota 1) En este sentido, véase SEGOVIA, t. 2, p. 271, nota 20; LAFAILLE, t. 3, n° 1499. Dice SALVAT que le parece más exacta la idea de que el uso constituye la demostración de que el inmueble ha sido entregado a los efectos del ejercicio de la servidumbre, con lo cual la tradición ha quedado debidamente concluida (t. 3, n° 1808). Insistimos en que no hay tradición: hay ejercicio de la servidumbre si es afirmativa, bastando el título si es negativa.

(nota 2) De acuerdo, PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1601.

(nota 3) En este sentido, LAFAILLE, t. 2, n° 1500; SALVAT, t. 3, n° 1811; MACHADO, t. 7, p. 473; C. Apel. La Rioja, 4/7/1952, L.L., t. 67, p. 352.

(nota 4) C. Apel. La Rioja, 4/7/1952, L.L., t. 67, p. 352.

(nota 5) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALLENDE, Servidumbre por destino de padre de familia y servidumbre que renace, L.L., t. 103, p. 843.

(nota 6) BIONDI, Le servitù, n° 152.

(nota 7) GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 162.

(nota 8) S.C. Buenos Aires, 14/12/1948, J.A., 1949-I, p. 74; GROSSO y DEIANA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 161; BIONDI, Le servitù, n° 156.

(nota 10) GROSSO y DEIANA, loc. cit. en nota anterior; BIONDI, Le servitù, n° 154.

(nota 11) BIONDI, Le servitù, n° 154.

(nota 12) GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 161.

(nota 13) Véase sobre el punto, GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 162, que utilizan singularmente todas las distintas hipótesis que pueden presentarse en la práctica.

(nota 14) Véase trabajo citado en nota 1119.

(nota 15) Véase la aguda crítica que formulan PLANIOL-RIPERT-PICARD al requisito de la continuidad y cómo la jurisprudencia francesa ha encontrado rodeos para eludirlos, t. 3, n° 956 y 957.

(nota 16) Esta cuestión ha sido tratada largamente por GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, n° 169, quienes se inclinan por la segunda solución en base a una interpretación estricta referida a los textos del Código italiano. Por su parte, BIONDI, Le servitù, n° 142, sostiene la tercera solución, es decir que la usucapión recién empieza a correr cuando comienza el ejercicio efectivo de la servidumbre, en nuestro ejemplo, cuando empieza a correr el agua. De lo contrario, añade, podría adquirirse por usucapión una servidumbre que nunca se ha ejercido, como sucedería si terminado el acueducto no hubiera corrido nunca el agua. Reconocemos la fuerza lógica del argumento. Y desde luego, no tenemos duda de que si la servidumbre nunca se ha ejercido, la sola realización de las obras no basta para

adquirirla por prescripción. Pero hay que reconocer que la hipótesis es puramente académica. En la práctica, a las obras sucederá normalmente el ejercicio de la servidumbre. Y nos parece, no sin admitir que la cuestión es dudosa, que todo este proceso de construcción de las obras y el ejercicio de la servidumbre debe considerarse, a los efectos de la usucapión, como una unidad.

En el sentido de que el término debe empezar a contarse desde que las obras se terminaron: PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1633.

(nota 17) LAFAILLE, t. 2, nº 1511; SALVAT, t. 3, nº 1849. Advertimos que SALVAT dice que la servidumbre debe ser ejercida animus domini, lo que es evidentemente erróneo porque la servidumbre no se ejerce con ánimo de dueño o propietario sino con ánimo de titular del derecho.

(nota 18) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1511; SALVAT, t. 3, nº 1849; GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, nº 169; BIONDI, Le servitù, nº 144.

(nota 19) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) Véase en este sentido MESSINEO, t. 3, § 91, nº 9, p. 500.

(nota 21) Así lo destaca LAFAILLE, t. 2, nº 1501.

(nota 22) Así lo hace notar MACHADO, t. 7, p. 455; en cambio SALVAT, t. 3, nº 1820, reconoce a los acreedores hipotecarios los derechos que les confiere el art. 2990 Ver Texto sin perjuicio de la aplicación del art. 2999 Ver Texto , sin advertir la evidente contradicción que hay entre ellos.

(nota 23) GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, nº 136.

(nota 24) SALVAT, t. 3, nº 1822.

(nota 25) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1823; LAFAILLE, t. 2, nº 1502; GROSSO y DEIANA, Le servitù prediali, nº 136.

(nota 26) SALVAT, t. 3, nº 1830.

(nota 27) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1504, nota 120.

(nota 28) SALVAT, t. 3, nº 1871.

(nota 29) De acuerdo, LAFAILLE, t. 2, nº 1506.

1112/10360

§ 3. Derechos del propietario del fundo dominante

1112/10370

A.— EXTENSIÓN Y EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

1112/1039

1039. PRINCIPIO.— La determinación exacta del alcance y extensión de las servidumbres, es un problema complejo, dada la enorme variedad de servidumbres que pueden existir. El principio es que la extensión de las servidumbres establecidas por contrato o por testamento, se rige por los términos del título constitutivo (art. 3019 Ver Texto), y si fuera adquirida por usucapión, su contenido está regido por los límites de la posesión (art. 3027 Ver Texto), es decir, por la forma en que la servidumbre ha sido ejercida. En cuanto a la servidumbre instituida por el padre de familia, ya que no existe título, debe estarse al mismo principio de la usucapión, es decir, su extensión está fijada por los límites en que ha sido ejercida.

No obstante que la extensión y límites de la servidumbre esté determinada, bien por el título, bien por el modo en que ha sido ejercida, hay que tener en cuenta que dicha extensión puede ser modificada ya sea por efecto de la prescripción adquisitiva (art. 3017 Ver Texto), que puede ampliar su contenido; ya sea por el no uso (arts. 3063 Ver Texto y 3064), que puede reducirlo.

1112/1040

1040. CASO DE DUDA.— Supongamos ahora que existan dudas sobre la extensión de la servidumbre, sea porque el título no ha sido suficientemente claro, sea porque la prueba sobre el modo de ejercerla en la usucapión o en el destino del padre de familia es imprecisa. Las dudas habrán de resolverse sobre la base de las siguientes reglas:

a) Por lo pronto, tendrán que tenerse en cuenta las costumbres locales sobre la forma de ejercer las servidumbres de igual género (art. 3020 Ver Texto).

b) En segundo lugar, habrá que considerar el fin u objeto de la servidumbre y tratar de que él se logre con el menor perjuicio posible para el predio sirviente.

Los arts. 3025 Ver Texto y 3026 contienen dos aplicaciones interesantes de estos principios. El primero dispone que el ejercicio de la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante en la extensión que tenía cuando fue constituida. Adviértase que esta disposición tiene dos implicancias importantes: 1) En primer lugar, dispone que la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante, con lo cual está admitiendo que las necesidades de dicho predio son un elemento interpretativo importante de la extensión de la servidumbre; 2) Que deben tenerse en cuenta las necesidades del predio dominante en la extensión que tenía cuando fue constituida; es decir, lo que interesa son las necesidades del predio dominante en el momento de la constitución, de modo que un aumento de esas necesidades no importa un correlativo aumento de las obligaciones surgidas de la servidumbre. Ello sin perjuicio, claro está, de que el propietario del fundo dominante puede haber adquirido por prescripción una servidumbre más amplia que la que tenía en el momento de ser constituida.

A su vez el art. 3026 Ver Texto dice que cuando la servidumbre ha sido constituida para un uso determinado no puede ejercerse para otros usos. Con lo cual el uso o fin de la servidumbre es tenido en cuenta como elemento interpretativo y como límite que no puede excederse.

c) Si todavía subsistieren dudas sobre la extensión de la servidumbre o el modo de ejercerla, esas dudas deben ser interpretadas a favor del propietario del fundo sirviente (art. 3011 Ver Texto). Esta disposición se funda en el principio de que la propiedad es, como regla, ilimitada y que todas las restricciones a su libre ejercicio deben interpretarse restrictivamente. En el derecho moderno han prevalecido, empero, principios más ajustados a la dinámica económica de las servidumbres. Así, el Código Civil italiano establece que la servidumbre debe ser interpretada de modo de satisfacer mejor las necesidades del fundo dominante con el menor agravio del fundo sirviente (art. 1065 Ver Texto).

Con el mismo espíritu del art. 3011 Ver Texto de interpretar siempre la servidumbre en el sentido menos gravoso para el dueño del fundo sirviente, el art. 3021 Ver Texto dispone

que si la manera de usar de la servidumbre es incierta, como si el lugar necesario para el ejercicio de un derecho de paso no es reglado por el título, corresponde al deudor de la servidumbre designar el lugar por donde él quiera que se ejerza. Pero naturalmente esta atribución que la ley reconoce al propietario del fundo sirviente no puede ser ejercida en forma abusiva, haciendo innecesariamente gravoso el ejercicio de la servidumbre. Una tal pretensión no puede ser protegida por los jueces, a quienes en definitiva corresponderá la fijación del lugar por donde debe ejercerse la servidumbre (ver nota 1), si el propietario del fundo dominante demuestra que el proceder del dueño del fundo sirviente ha sido abusivo.

1112/1041

1041. SERVIDUMBRES ACCESORIAS.— Dispone el art. 3018 Ver Texto que por el establecimiento de una servidumbre se entiende concedida al propietario de la heredad dominante, la facultad de ejercer las servidumbres accesorias que son indispensables para el uso de la servidumbre principal; pero la concesión de una servidumbre no lleva virtualmente la concesión de otras servidumbres, para sólo hacer más cómodo el ejercicio del derecho, si no son indispensables para su uso.

El concepto legal es claro: es posible que el ejercicio de una servidumbre requiera indispensablemente el de otras accesorias. Así, por ejemplo, para ejercitar una servidumbre de toma de agua es indispensable hacer uso del derecho de paso por el fundo ajeno. Sólo en caso de ser indispensable, la servidumbre accesoria debe ser considerada implícita en la servidumbre principal; pero la mera circunstancia de que la servidumbre accesoria pueda hacer más cómodo el ejercicio del derecho del predio dominante, no es suficiente para justificar la pretensión del propietario del fundo dominante de que se le reconozca la servidumbre accesoria.

1112/1042

1042.— El art. 3022 Ver Texto agrega que el propietario de la heredad dominante, tiene el derecho de ejecutar en la heredad sirviente, todos los trabajos necesarios para el ejercicio y conservación de las servidumbres; mas los gastos son de su cuenta, aun en el caso de que la necesidad de reparación hubiese sido causada por un vicio inherente a la naturaleza del predio sirviente. Esta disposición comprende a la servidumbre de sufrir la carga de un muro o edificio, como todas las demás.

El principio es, pues, que los gastos que demanden estos trabajos son de cuenta del propietario de la heredad dominante; pero nada obsta a que en el título constitutivo se pongan los gastos de conservación a cargo del propietario de la heredad sirviente (art. 3023 Ver Texto). Es necesario destacar un error contenido en el art. 3023 Ver Texto cuando dice que se puede estipular que los gastos para la conservación de la servidumbre sean a cargo

de la heredad sirviente. El texto parecería indicar que se trata de una carga real que sigue a la heredad, cualquiera sea su propietario; pero no es así. El art. 3042 Ver Texto aclara expresamente el problema estableciendo que si el poseedor de la heredad sirviente se hubiese obligado a hacer obras o gastos para el ejercicio o conservación de la servidumbre, tal obligación afectará a él y a sus herederos y no al poseedor de la heredad sirviente.

Por su parte, el art. 3023 Ver Texto , último párrafo, agrega que el propietario del muro sirviente puede librarse de ellos (los gastos) abandonando el fundo al propietario del edificio dominante.

Esta disposición merece algunas observaciones:

a) Por, lo pronto habla de muro y de edificio por evidente error (ver nota 2), pues debe decir en ambos casos fundo o inmueble, dado que se trata de una disposición de carácter general.

b) La facultad que se atribuye al propietario del fundo sirviente de hacer abandono del inmueble para liberarse de la servidumbre, es contradictoria con el carácter de obligación personal que el art. 3042 Ver Texto atribuye a la obligación de correr con los gastos de conservación de la servidumbre (ver nota 3). Parece así evidente, que el codificador ha seguido dos órdenes de ideas distintas al redactar los arts. 3023 Ver Texto y 3042 Ver Texto ; en el primer caso, partía de la base de que se trataba de una carga real de la heredad sirviente; pero en el art. 3042 Ver Texto adopta expresamente la solución contraria. Frente a esta confusión de conceptos, pensamos que, como principio, debe prevalecer la solución tan categórica y expresa del art. 3042 Ver Texto , que la reputa una carga personal; y que el derecho de abandono que reconoce el art. 3023 Ver Texto , es simplemente una anomalía jurídica, pero no por ello menos vigente.

Claro está que no es necesario que el abandono se refiera a la totalidad del fundo sirviente. Si, por ejemplo, la servidumbre de paso se ejerce en un extremo de un campo de cinco o diez mil hectáreas, sería contrario a toda razón pretender que el abandono tenga que comprender la totalidad del campo; basta que se abandone a favor del dueño del inmueble dominante la extensión necesaria para el ejercicio de la servidumbre (ver nota 4).

1112/10380

B.— DIVISIÓN DE LA HEREDAD DOMINANTE O LA SIRVIENTE

1112/1043

1043. PRINCIPIO Y APLICACIONES.— Es posible que luego de constituida una servidumbre, la heredad dominante o la sirviente, que tenían un solo dueño pasen a ser de varios condóminos; o que los fundos sean divididos y pasen a ser propiedad separada de varios dueños. La hipótesis ha sido tratada por el Código en varias disposiciones que resuelven todos los problemas con tanta claridad que resulta casi innecesario agregar ningún comentario a los textos legales.

El art. 3028 Ver Texto dispone que si la heredad dominante pasa de un propietario único a muchos propietarios en común o separados, cada uno de éstos tiene derecho a ejercer la servidumbre, sea divisible o indivisible, con el cargo de usar de ella de manera que no agrave la condición del fundo sirviente. Así, si se trata del derecho de paso, todos los propietarios estarán obligados a ejercer sus derechos por el mismo lugar. Recíprocamente la división del fundo sirviente no modificará los derechos y deberes de los dos inmuebles.

El art. 3028 Ver Texto reconoce pues, a todos los propietarios del fundo dominante el derecho de ejercer la servidumbre, sea ésta divisible o indivisible. A continuación, el Código trata por separado las dos hipótesis, fijando los límites de los derechos de los copropietarios. El art. 3029 Ver Texto dispone que la servidumbre se considerará divisible cuando consistiere en hechos que sean susceptibles de división, como sacar piedras, tierra, etc., y, en tal caso, cada uno de los dueños del predio dominante, puede ejercerla en todo o en parte, con tal que no exceda la cantidad señalada a las necesidades del inmueble dominante. El límite, pues, está dado por las necesidades, del inmueble dominante. Dentro de él, cada uno de los dueños del predio dominante puede ejercerla en todo o en parte, pero si uno de ellos la hubiere ejercido en todo, es decir, colmando las necesidades del inmueble dominante, los restantes condóminos pierden el derecho a su ejercicio.

A su vez, el art. 3030 Ver Texto establece, cuando la servidumbre sea indivisible, cada uno de los propietarios de la heredad dominante puede ejercerla sin ninguna restricción, si los otros no se oponen, aunque aumente el gravamen de la heredad sirviente, si por la naturaleza de la servidumbre el mayor gravamen fuese inevitable. El poseedor del inmueble sirviente no tendrá derecho a indemnización alguna por el aumento del gravamen.

Adviértase que esta disposición es un interesante caso de cómo un hecho ajeno al propietario del fundo sirviente puede aumentar el gravamen de la servidumbre. Para que este aumento del gravamen sea legítimo, es indispensable que se trate de una servidumbre indivisible y, además, que por la naturaleza de la servidumbre no pueda ser ejercida por cada uno de los propietarios sin aumentar el gravamen. Ese aumento no da derecho al propietario del fundo sirviente a ninguna indemnización.

1044.— Veamos ahora la división del inmueble dominante en varias parcelas separadas. El art. 3032 Ver Texto dispone que si el inmueble dominante pasare a ser de dos o más dominantes por separado y la servidumbre aprovechara sólo a una parte del predio, el derecho de ejercer le corresponderá exclusivamente al que fuese poseedor de esa parte, sin que los poseedores de las otras partes tengan en adelante ningún derecho. Es la consecuencia natural de que la servidumbre tiene un carácter real y de que está constituida en utilidad del predio.

A su vez, el art. 3033 Ver Texto establece que si la servidumbre fuese divisible y aprovechara a todas las partes del inmueble dominante o a una región que haya llegado a ser de dos o más dominantes por separado, cada uno de ellos sólo tendrá derecho a ejercerla en la cantidad que le hubiese correspondido, y, en caso de duda, cada uno de los poseedores tendrá derecho a ejercerla en una cantidad proporcional a su parte en el inmueble dominante. Si fuese indivisible, se procederá como se ha dispuesto cuando el fundo dominante pertenece a varios habiendo entonces tantas servidumbres distintas cuantos sean los poseedores del inmueble dominante; pero no entre esos propietarios uno respecto de los otros evitándose si fuere posible el mayor gravamen al predio sirviente.

La claridad del texto nos exime de comentarios, como no sea el referente al párrafo en donde se dispone que si la servidumbre es indivisible habrá tantas servidumbres distintas cuantos poseedores del inmueble dominante pero no entre esos propietarios uno respecto de los otros. Veamos cuál es la hipótesis legal. Supongamos que el propietario del fundo dominante constituye una servidumbre de paso sobre el fundo sirviente. Luego se divide el fundo dominante. Cada uno de los propietarios de las distintas partes del fundo dominante tiene derecho a la servidumbre de paso. Pero bien puede ocurrir que dada la división de los lotes, este derecho no pueda ejercerse sin pasar por una de las partes del inmueble dominante, como ocurre si entre una de las fracciones en que se ha dividido el inmueble dominante y el inmueble sirviente, se interpone otra fracción del inmueble dominante. La circunstancia de que la ley le reconozca al poseedor de la fracción separada del fundo sirviente, el derecho de servidumbre sobre éste, no quiere decir que se lo reconozca también sobre la fracción que se interpone entre ambos. Para ello es necesario que se constituya una nueva servidumbre, bien sea por acuerdo de partes, bien sea por decisión judicial si se trata de uno de los casos en que el propietario del fundo separado tiene derecho a exigir servidumbre de paso o de acueducto.

1112/10390

C.— DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES

1112/1045

1045. PRINCIPIO GENERAL.— Las servidumbres tienen todos los medios de defensa que corresponden a los derechos reales, es decir acciones reales, acciones posesorias e inclusive, las defensas posesorias extrajudiciales. Es lo que dispone el art. 3034 Ver Texto .

1112/1046

1046. ACCIONES REALES.— La confesoria es la acción típicamente correspondiente a la defensa de las servidumbres; estudiamos este punto en otra lugar (véase nº 1533), al que remitimos.

1112/1047

1047. ACCIONES POSESORIAS.— El art. 3034 Ver Texto confiere las acciones posesorias a los titulares de servidumbres prediales, sin formular ninguna distinción; pero la jurisprudencia la ha hecho, sentando el principio de que las acciones posesorias competen al titular de servidumbres continuas y aparentes, no así al que lo es de servidumbres discontinuas o no aparentes (ver nota 5). Esta doctrina se funda en que sólo puede haber posesión propiamente dicha, cuando se reúnen los requisitos, de continuidad y apariencia.

La distinción formulada por esta jurisprudencia, carece a nuestro juicio de sustento legal y lógico. De sustento legal, porque ya hemos dicho que el art. 3034 Ver Texto concede la protección posesoria a todo titular de servidumbre, sin formular ninguna distinción. Pero también carece de sustento lógico. No es exacto que las únicas servidumbres que pueden poseerse son las continuas y aparentes. Estrictamente, según ya lo hemos explicado, ninguna servidumbre es susceptible de posesión propiamente dicha; lo que ocurre es que la ley asimila a dicha posesión el ejercicio de las servidumbres y tanto se ejercen las servidumbres aparentes y continuas, como las que no lo son. Es ese ejercicio lo que la ley desea proteger con las acciones posesorias, cuyo fin, en definitiva, es evitar que nadie se haga justicia por su propia mano y brindar un remedio rápido y eficaz a quien ha sufrido un agravio a su derecho. Este fundamento justifica que se reconozcan las acciones posesorias a todo titular de servidumbres, sin distinción alguna, tal como lo dispone expresamente el art. 3034 Ver Texto (ver nota 6).

1112/1048

1048. CASO DE CONDOMINIO.— Supuesto que el predio dominante pertenezca a varias personas en condominio, cada uno de los titulares puede ejercer las acciones petitorias o posesorias y la sentencia aprovecha a los condóminos (art. 3035 Ver Texto).

Pero supongamos que la sentencia ha sido contraria al copropietario del fundo dominante. ¿Es oponible esa sentencia a los restantes copropietarios? El art. 2799 Ver Texto resuelve el punto en sentido afirmativo, es decir, en el sentido de que la sentencia que rechaza la demanda de uno de los copropietarios perjudica a los restantes (ver nota 7). Sin embargo, nosotros pensamos que esa solución que surge del art. 2799 Ver Texto es contraria al principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio y, por consiguiente, que la sentencia que rechaza la demanda de uno de los condóminos no perjudica a los restantes. Hemos tratado el punto en otro lugar al que remitimos (nº 1537).

1112/1049

1049. DEFENSA EXTRAJUDICIAL.— EL art. 3034 Ver Texto reconoce también a los titulares de servidumbres los remedios posesorios extrajudiciales, lo que significa que los titulares de servidumbres pueden defenderse de hecho, lo mismo que los poseedores. En consecuencia, pueden repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese privado del ejercicio de su servidumbre podrá recobrarlo de propia autoridad sin intervalo de tiempo con tal que no exceda los límites de la propia defensa (art. 2470 Ver Texto).

1112/10400

§ 4. Obligaciones y derechos del propietario del fundo sirviente

1112/10410

A.— OBLIGACIONES

1112/1050

1050. PRINCIPIO.— El principio general es que el propietario del fundo sirviente debe abstenerse de todo acto que perturbe el ejercicio de la servidumbre por parte del propietario del fundo dominante (arts. 3036 Ver Texto y 3037).

Y si el propietario de la heredad sirviente hubiera hecho ejecutar trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre, está obligado a restablecer a su costa, las cosas a su antiguo estado y a satisfacer los daños y perjuicios (art. 3038 Ver Texto). Esta obligación pesa sobre el propietario del fundo sirviente y sus herederos, no así sobre el sucesor a título singular. Éste sólo está obligado a sufrir el restablecimiento del antiguo estado de cosas por el propietario del fundo dominante, pero no podrá ser condenado a hacerlo a su costa (art. 3038 Ver Texto). La solución es lógica, porque el sucesor particular no tiene porqué asumir obligaciones derivadas de la conducta ilícita de su antecesor; su única obligación consiste, por consiguiente, en permitir el restablecimiento de la servidumbre. Todo ello sin perjuicio de que el propietario del fundo dominante tiene acción de daños y perjuicios contra el autor de los trabajos que luego de hacerlos hubiera enajenado la propiedad (art. 3038 Ver Texto).

1112/1051

1051. TRABAJOS O GASTOS PARA EL EJERCICIO O CONSERVACIÓN DE LA SERVIDUMBRE.— Ya hemos dicho que la obligación del propietario de la heredad sirviente se limita a no perturbar el ejercicio de la servidumbre; pero, puede ocurrir que se hubiese comprometido a hacer obras o gastos para el ejercicio de conservación de la servidumbre. Esta obligación no se considera inherente al derecho real de servidumbre; es sólo una obligación personal que lo afecta a él y a sus herederos y no al sucesor a título particular (art. 3042 Ver Texto).

De cualquier manera el propietario que se hubiera comprometido a realizar las obras o gastos para el ejercicio de la servidumbre puede liberarse de ellos abandonando el fundo al propietario del inmueble dominante. Hemos tratado de este problema en el nº 1042.

1112/1052

1052. DERECHO A PEDIR EL CAMBIO DEL LUGAR POR DONDE SE EJERCE LA SERVIDUMBRE.— Veremos más adelante que el propietario del fundo sirviente puede, en ciertas condiciones, pedir el cambio del lugar por donde se ejerce la servidumbre (véase nº 1055). Cabe preguntarse si el propietario del fundo dominante no tiene igual derecho. Se ha sostenido la opinión negativa, fundiéndola en que ningún texto legal reconoce ese derecho al propietario del fundo dominante y que éste debe sujetarse a lo que establece el título constitutivo de la servidumbre (ver nota 8). Por nuestra parte, pensamos que si bien en principio no debe reconocerse al propietario del fundo dominante el derecho de solicitar el cambio del lugar por donde se ejerce la servidumbre, esa regla no es absoluta y debe admitir la siguiente excepción: que el propietario del fundo dominante demuestre que el cambio le produce una notable ventaja y que no perjudica al propietario del fundo sirviente.

Ésa es la solución del Código Civil italiano (art. 1068) y que nosotros consideramos debe admitirse también en nuestro derecho. Si, en efecto, el propietario del fundo dominante demuestra que el cambio significa para él una notable ventaja y que no perjudica en nada al propietario del fundo sirviente, la oposición de éste significaría un evidente abuso del derecho. Razones de interés social apoyan también esta solución; porque es claro que deben favorecerse las soluciones que permiten un mejor aprovechamiento de los bienes.

Destacamos que para que se pueda reconocer este derecho al propietario del fundo dominante tiene que demostrar que existe para él una notable ventaja; no bastaría una ventaja de poca significación o una simple comodidad mayor, porque el propietario del fundo sirviente no puede estar supeditado a los inconvenientes que siempre trae un cambio, cuando la pretensión del propietario del fundo dominante no tiene verdadero peso.

1112/10420

B.— DERECHOS

1112/1053

1053. PRINCIPIO.— Cumplida la obligación de tolerar el ejercicio de la servidumbre, el propietario del fundo sirviente conserva todas sus facultades de dueño. Y el art. 3039 Ver Texto en donde se sienta esa regla, agrega un ejemplo interesante para demostrar cómo el único límite puesto a los derechos del propietario es el de no perturbar el ejercicio del derecho del propietario del fundo dominante expresa que así, puede hacer construcciones sobre el suelo que deje la servidumbre de paso, con condición de dejar la altura, el ancho, la luz y el aire necesarios a su ejercicio.

Además, el propietario del predio sirviente no pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que formen el objeto de la servidumbre de paso o cuya fuente o pozo de agua en su heredad está gravado con la servidumbre de sacar agua de él, conserva la facultad de pasar él mismo para sacar el agua que le sea necesaria, contribuyendo en la proporción de su goce a los gastos de las reparaciones que necesita esta comunidad de uso (art. 3040 Ver Texto).

El ejemplo de la servidumbre de paso es quizás el más ilustrativo: por el lugar donde ella se ejerce puede pasar también el propietario del fundo sirviente. Claro está que el ejercicio del derecho por parte del propietario del fundo sirviente no debe perturbar el ejercicio simultáneo de la servidumbre por el propietario del fundo dominante (ver nota 9).

1112/1054

1054.— Finalmente, la ley reconoce al propietario del fundo sirviente el derecho de hacer abandono del inmueble, cuando la servidumbre le resulte onerosa o gravosa (art. 3025 Ver Texto). Esta disposición prevé sólo la hipótesis de que al propietario del fundo sirviente le resultaran gravosos los gastos originados en la servidumbre; pero es obvio que la ley se ha referido a la hipótesis más típica y grave y que más puede justificar la decisión del abandono. Pero no cabe duda que igual solución hay que admitir en cualquier hipótesis en que el propietario del predio sirviente quiera liberarse de la servidumbre. El abandono puede ser parcial, es decir, referido sólo a la fracción del inmueble afectada directamente por la servidumbre (ver nota 10).

1112/1055

1055. MODIFICACIONES EN EL EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE.— Dispone el art. 3041 Ver Texto que el propietario de la heredad sirviente puede exigir que el ejercicio de la servidumbre se arregle de un modo menos perjudicial a sus intereses, sin privar al propietario de la heredad dominante de las ventajas a que tenga derecho. Conservadas por el fundo dominante todas las ventajas propias de la servidumbre, sería abusivo por parte del propietario del fundo dominante negarse al cambio que se propone. En particular, con referencia al lugar por donde se ejerce la servidumbre, el art. 3037 Ver Texto dispone que si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella llegase a serle muy incómodo o le privase hacer en él reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar cómodo al dueño del predio dominante y éste no podrá rehusarlo.

1112/10430

C.— ACCIONES EN DEFENSA DEL PREDIO SIRVIENTE

1112/1056

1056. DISTINTAS ACCIONES.— El propietario que pretende que su inmueble se halla libre de servidumbre puede ejercer la acción negatoria contra quien invoque tener tal derecho. Para vencer en la acción negatoria le basta probar su derecho de propiedad; es a quien pretende la servidumbre al que corresponde la prueba de que tiene derecho a ella.

La acción negatoria compete también para reducir una servidumbre cuya existencia no se discute, a sus límites verdaderos, cuando se alega que ellos han sido excedidos por el propietario del fundo dominante (ver nota 11).

Además, el propietario del fundo sirviente cuenta con las acciones posesorias contra toda persona que de hecho ejerciera actos que importen una servidumbre.

1112/10440

§ 5. Extinción de las servidumbres

1112/1057

1057. DISTINTAS CAUSAS.— Las servidumbres se extinguen: a) Por nulidad, resolución o rescisión del derecho del constituyente de la servidumbre; b) Por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria; c) Por renuncia del beneficiario de la servidumbre; d) Por pérdida de la utilidad de la servidumbre; e) Por imposibilidad de usar la servidumbre; f) Por confusión; g) Por no uso; y, h) Por expropiación del inmueble sirviente. De todas estas causas se ocupa el Código en los arts. 3045 Ver Texto y sigs.

1112/1058

1058. NULIDAD, RESOLUCIÓN, RESCISIÓN.— La extinción del derecho del propietario o usufructuario del fundo sirviente que había consentido la constitución de la servidumbre, provoca la extinción de ésta. Es el principio general establecido en el art. 3045 Ver Texto , según el cual las servidumbres se extinguen por la resolución del derecho del que las había constituido, sea por la rescisión, o por ser anulado el título por algún defecto inherente al acto.

Nos ocuparemos de los tres supuestos.

1112/1059

1059. a) Nulidad.— El principio general, ya lo hemos dicho, es que la nulidad del título del constituyente de la servidumbre extingue la servidumbre. El supuesto legal es el siguiente: Pedro adquiere un inmueble a Juan; luego grava el inmueble con una servidumbre en favor

de otro inmueble perteneciente a Diego. Si después la venta hecha por Juan a Pedro queda anulada, Juan recupera el inmueble libre de toda servidumbre.

Esta solución se funda en el efecto retroactivo que es propio de las nulidades. Pero el nuevo art. 1051 Ver Texto ha introducido aquí una importante limitación a la aplicación de esa regla general: la declaración de nulidad de un acto no puede afectar los derechos reales constituidos sobre inmuebles, cuando ellos han sido adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso. La excepción establecida por el art. 1051 Ver Texto en favor de los adquirentes a título oneroso y de buena fe adquiere así mayor extensión que la propia regla; pues son excepcionales los actos a título gratuito y la buena fe se presume.

Sin embargo, es indiscutible que el art. 1051 Ver Texto no es aplicable a las servidumbres constituidas por usufructuarios; en ese caso, la servidumbre se extingue no ya en virtud de los efectos retroactivos de nulidad, sino en virtud de lo dispuesto por el art. 2980 Ver Texto , según el cual las servidumbres constituidas por un usufructuario se extinguen siempre junto con el derecho de éste.

1112/1060

1060. b) Resolución.— También la resolución tiene, efectos retroactivos y por ello se explica que la resolución del derecho del propietario que ha consentido gravar su predio con una servidumbre, importe también la extinción de la servidumbre. Naturalmente, debemos hacer también aquí la salvedad que surge de la nueva redacción del art. 1051 Ver Texto : la resolución del derecho del propietario no afecta la servidumbre si el propietario del fundo dominante la adquirió por título oneroso y de buena fe. Pues aunque el art. 1051 Ver Texto se refiere solamente a la nulidad, es de toda evidencia que corresponde aplicarlo por analogía al supuesto de resolución. En efecto, si ni siquiera en el supuesto extremo de la nulidad pueden afectarse los derechos de aquellos terceros, es obvio que menos aún se los puede herir en el caso de la resolución.

Como en el caso anterior, debemos excluir el supuesto de las servidumbres constituidas por el usufructuario del fundo sirviente, en cuyo caso la extinción del usufructo importa necesariamente la de la servidumbre (art. 2980 Ver Texto).

1112/1061

1061. c) Rescisión.— La rescisión es el acto en virtud del cual dos personas dejan sin efecto lo acordado por ellas mismas por otro acto anterior. A diferencia de la nulidad y la revocación no tiene efectos retroactivos (véase Parte General, t. 2, nº 1239). Esto sentado, veamos cuál es el alcance del art. 3045 Ver Texto en cuanto incluye la rescisión del acto

constitutivo del derecho de quien concedió la servidumbre, como causa de extinción de ésta.

Cuando lo que se ha rescindido es el acto de transferencia del dominio, es evidente que la servidumbre constituida por el propietario no se extingue. Para comprender el supuesto demos un ejemplo. A, propietario de un inmueble, lo vende a B, transfiriéndole el dominio en legal forma. Luego B concede una servidumbre al vecino C. Por último A y B deciden dejar sin efecto la transferencia y B retransmite el dominio a A. Es evidente que esta nueva transmisión de dominio no podría afectar el derecho del predio dominante, de la misma manera como no podría afectarlo la transmisión por título gratuito u oneroso que hiciera el constituyente en favor de cualquier tercero. Esto significa que la rescisión del acto por el cual el constituyente adquirió la propiedad del inmueble sirviente no extingue nunca la servidumbre por él constituida. ¿Cuál es entonces el campo de aplicación del art. 3045 Ver Texto , en cuanto alude a la rescisión del título del constituyente como causal de extinción de la servidumbre? A nuestro juicio, no es otro que la servidumbre constituida por el usufructuario.

Supongamos que A concede un derecho de usufructo a B sobre un inmueble de su propiedad; B grava el inmueble con una servidumbre de paso en favor de C. Luego A y E rescinden su contrato de usufructo y lo dejan sin efecto. En tal caso la servidumbre se extingue, por aplicación del art. 2980 Ver Texto .

En suma, la referencia del art. 3045 Ver Texto a la rescisión, tiene, vigencia solamente en lo que atañe a las servidumbres constituidas por usufructuarios, no así en las que hayan sido constituidas por propietarios.

1112/1062

1062.— Bien entendido que el art. 3045 Ver Texto se refiere a la extinción del derecho del propietario o usufructuario del fundo sirviente que aceptó gravarlo con una servidumbre; si, en cambio, el derecho que se resuelve es de quien detentaba como dueño o usufructuario del fundo dominante, la servidumbre se mantendrá si el verdadero propietario no renuncia a ella (ver nota 12).

1112/1063

1063. CUMPLIMIENTO DEL PLAZO Ó CONDICIÓN RESOLUTORIA.— Dispone el art. 3046 Ver Texto que se extinguen también las servidumbres por el vencimiento del plazo acordado para la servidumbre y por el cumplimiento de la condición resolutoria a que ese derecho estuviese subordinado. Nada cabe agregar a lo dispuesto por esta norma, que

no hace sino una aplicación de los principios generales en materia de plazo y condición resolutoria.

(nota 1) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1860, nota 122 a.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1870.

(nota 3) Así lo hace notar BIBILONI en la nota al art. 2721 de su Anteproyecto.

(nota 4) SALVAT, t. 3, nº 1870; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 979. El nuevo Código italiano permite expresamente el abandono parcial (art. 1070), acogiendo la doctrina predominante bajo el anterior, que carecía de disposición expresa sobre el punto.

(nota 5) C.S.N. 19/2/1885, Fallos t. 27, p. 461; íd., 2/10/1886, Fallos, t. 30, p. 465; íd., 26/7/1892, Fallos, t. 43, p. 368; C. Fed. Córdoba, 15/10/1912, J.T.N., oct. 1912, p. 120. De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 1893; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1650.

(nota 6) De acuerdo: ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 349; LAFAILLE, t. 2, nº 1513 y 1539; MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, t. 2, p. 309.

(nota 7) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 1898 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 164; en contra, SEGOVIA, t. 2, p. 97, nota 169.

(nota 8) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1908-A.

(nota 9) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1905, nota 166 a, con cita concordante de SEGOVIA, t. 2, p. 299, nota 181.

(nota 10) La doctrina es unánime.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 990.

(nota 12) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1913 a.

1112/1064

1064. RENUNCIA.— Las servidumbres se extinguen también por renuncia del propietario de la heredad dominante (art. 3047 Ver Texto).

El renunciante tiene que ser propietario del inmueble; la renuncia hecha por el usufructuario sería ineficaz a menos que se trate de la servidumbre constituida por el propio usufructuario.

Bien entendido que el propietario de un inmueble dominante gravado con usufructo, no puede hacer renuncia de la servidumbre de que goza el inmueble (art. 2912 Ver Texto); para decirlo con más propiedad, esa renuncia carece de efectos prácticos hasta el momento de la extinción del usufructo, porque es inoponible al usufructuario. Pero extinguido el usufructo, la renuncia produce plenos efectos.

La renuncia hecha por un condómino es inoponible a los restantes; respecto de ellos el acto carece de valor (art. 2680 Ver Texto); pero si hecha la división del condominio el inmueble llegase a pertenecer por entero al renunciante, la renuncia es válida (ver nota 1).

1112/1065

1065.— La renuncia puede ser expresa o tácita (art. 3047 Ver Texto). Veamos las normas aplicables a cada caso:

a) La renuncia expresa debe ser hecha en la forma prescripta para la enajenación de los inmuebles (art. 3047 Ver Texto), es decir, debe otorgarse en escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 19). Pero no se trata de una exigencia solemne, de manera que si la renuncia hubiera sido hecha por instrumento privado, la persona beneficiada puede exigir el otorgamiento de la respectiva escritura pública.

La renuncia es un acto unilateral y, por consiguiente, no tiene necesidad de ser aceptada para producir su efecto entre las partes (art. 3047 Ver Texto). Aunque la ley dice que la renuncia no tiene necesidad de ser aceptada para producir sus efectos entre las partes, lo cierto es que no tiene necesidad de dicha aceptación tanto respecto de las partes, como respecto de terceros. Pero en cuanto a éstos, no podrá serles opuesta mientras no sea inscrita debidamente en el Registro (art. 2505 Ver Texto).

b) El Código admite también la renuncia tácita de las servidumbres. Pero para evitar que cualquier acto de tolerancia, que cualquier desuso temporario, pueda interpretarse como una renuncia tácita, se exige el cumplimiento de distintos requisitos, sin los cuales la ley interpreta que no se ha producido dicha renuncia tácita. Así, el art. 3047 Ver Texto establece que la renuncia tácita sucederá cuando el poseedor del inmueble sirviente haya hecho con autorización escrita del dominante, obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre.

Para que la renuncia tácita tenga valor de tal la ley exige:

1) Que el propietario del fundo sirviente haya hecho obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre.

2) Que las haya hecho con la autorización escrita del propietario del fundo dominante. Esta autorización escrita e indispensable, aunque no se manifieste que se renuncia a la servidumbre (ello sería renuncia expresa); basta decir que se, autoriza la realización de las obras. Pero la simple tolerancia de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre si no hay autorización escrita, no importa una renuncia del derecho aunque las obras sean hechas a la vista del dominante, a no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción (art. 3048 Ver Texto).

Por último, el art. 3049 Ver Texto agrega que tampoco importa una renuncia tácita del derecho la construcción de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre hechas por el dominante en su heredad aunque sean permanentes, a no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción. Aquí ya se trata de obras hechas por el propietario del fundo sirviente que impidan el ejercicio de la servidumbre, sino de obras realizadas por el propietario del fundo dominante. Tampoco éstas importan renuncia a la servidumbre, mientras no duren el tiempo necesario para la prescripción.

1112/1066

1066. PÉRDIDA DE LA UTILIDAD DE LA SERVIDUMBRE.— La servidumbre concluye cuando ha dejado de tener utilidad para la heredad dominante (art. 3050 Ver Texto). Supongamos un inmueble que está separado de un camino pavimentado por otro campo; se constituye sobre éste una servidumbre de paso; después el camino se prolonga y cruza también el predio, dominante. Es evidente que en este caso, la servidumbre no significa ya ninguna utilidad al predio dominante. Su continuación en tales condiciones significaría una molestia inútil para el propietario del fundo sirviente, que no tendría justificación legal ni racional.

Bien entendido que es necesario que el cambio producido haya quitado toda la utilidad a la servidumbre; si, por el contrario, sólo ha disminuido su utilidad, ello no basta para que la servidumbre concluya (art. 3050 Ver Texto). En el ejemplo anterior, supongamos que la conexión de la ruta pavimentada con el fundo dominante se haya establecido por un camino de tierra, intransitable en los días de lluvia. En ese caso la servidumbre de paso por el fundo sirviente mantiene parcialmente su utilidad y, por consiguiente, no se extingue.

1112/1067

1067. IMPOSIBILIDAD DE USO.— También se extingue la servidumbre cuando su ejercicio llega a ser absolutamente imposible (art. 3051 Ver Texto). Agreguemos que el Código añade que para que la servidumbre se extinga, es necesario que la imposibilidad derive de un acontecimiento de la naturaleza o de un hecho lícito de un tercero; en cambio, la servidumbre no cesa cuando la imposibilidad de ejercerla proviene de cambios hechos por el propietario de la heredad dominante, o por el propietario de la heredad sirviente o por un tercero, traspasando los límites de su derecho (arts. 3051 Ver Texto y 3052).

El fundamento de esta distinción es que si el hecho deriva de un acontecimiento de la naturaleza o de un hecho lícito de un tercero, el propietario del fundo dominante no tiene acción para restablecer las cosas a su estado anterior; en tanto que sí la tiene, si ese cambio deriva de un hecho del propietario de la heredad sirviente o de un tercero que ha cometido un hecho ilícito.

Pero puede ocurrir que el hecho ilícito, sea del propietario del fundo sirviente, sea de un tercero, haya creado un obstáculo definitivo y no reparable para el ejercicio de la servidumbre. En ese caso, es evidente que ésta también se extingue y que todo lo que tiene el propietario de la heredad dominante es una acción de daños y perjuicios.

Por lo demás, aun en el caso de que sea reparable el obstáculo puesto al ejercicio de la servidumbre (quien quiera sea el que lo haya puesto), la servidumbre se extinguirá si esa situación se prolonga todo el tiempo necesario para que se opere su extinción por no uso. En estos casos, la causal de la extinción no es la imposibilidad creada para su ejercicio, sino el transcurso del tiempo necesario para el no uso (ver nota 2).

1112/1068

1068.— La extinción derivada de la imposibilidad de uso no tiene carácter definitivo. La servidumbre revive cuando las cosas cambiadas son restablecidas a su estado anterior y puede usarse de la servidumbre (art. 3053 Ver Texto). Sin embargo, la extinción será definitiva si hubiese pasado el tiempo de la prescripción sin que el propietario del fundo

dominante hubiera restablecido las cosas destruidas o cambiadas por él o si teniendo derecho a demandar la remoción del obstáculo no lo demandó o lo hizo después de pasado el tiempo de prescripción (art. 3053 Ver Texto). Aunque esta disposición habla de prescripción, estrictamente se trata de no uso (véase nº 1173).

De más está decir que el plazo del no uso comienza a correr desde el día que ha ocurrido el hecho que imposibilitó el ejercicio de la servidumbre.

1112/1069

1069. CONFUSIÓN.— Las servidumbres se extinguen cuando la calidad de propietario del fundo dominante y del fundo sirviente se reúnen en una sola persona (art. 3055 Ver Texto). No importa la causa por la cual se ha producido la confusión; puede haber adquirido el propietario del fundo dominante el sirviente o a la inversa; o puede un tercero haber adquirido ambos inmuebles (art. 3055 Ver Texto); en cualquier caso, se produce la extinción de la servidumbre.

Bien entendido que para que se extinga la servidumbre es indispensable que ambos inmuebles pertenezcan a un solo dueño; en cambio, no habrá confusión si el propietario de uno de los inmuebles resulta luego copropietario de otro inmueble vinculado al primero por una servidumbre (art. 3058 Ver Texto). Veamos un ejemplo: entre dos inmuebles vecinos, pertenecientes a distintos propietarios se establece una servidumbre; luego el propietario de uno de ellos adquiere en condominio con otras personas la propiedad del otro inmueble. La servidumbre no se extingue.

Lo mismo ocurre en el caso de la sociedad conyugal (art. 3058 Ver Texto). Supongamos dos inmuebles vinculados con una servidumbre; uno de ellos pertenece al marido como bien propio; luego del matrimonio, el marido o la mujer adquieren el inmueble vecino con fondos gananciales. Como el primer inmueble es bien propio del marido y el segundo les pertenece a los cónyuges con carácter ganancial, la servidumbre se mantiene.

Igual solución se aplica al supuesto de que el propietario de un inmueble sea integrante de una sociedad que compra el inmueble vecino (art. 3058 Ver Texto).

Pero, si concluido el condominio o disuelta la sociedad conyugal o extinguida la sociedad, el inmueble vecino llega a ser propiedad exclusiva de la misma persona dueña del otro inmueble, entonces la servidumbre se extingue por confusión (art. 3058 Ver Texto).

1112/1070

1070.— Supongamos ahora que el propietario de un inmueble vinculado a otro con una servidumbre, se convierta en dueño de este último como consecuencia de haber heredado al propietario anterior. Si el heredero no goza del beneficio de inventario, no hay problema: se trata de un caso típico de extinción de la servidumbre por confusión. Pero si la aceptación es beneficiaria, predomina la opinión de que la servidumbre no se extingue (ver nota 3), por la muy simple razón de que el beneficio de inventario impide la confusión de patrimonios en tanto subsiste.

1112/1071

1071.— Volvamos a la hipótesis típica de confusión. El propietario de uno de los dos inmuebles vinculados por una servidumbre adquiere el otro inmueble. La servidumbre se extingue. Pero supongamos ahora que el acto de adquisición del segundo inmueble queda revocado o anulado; en tal caso, la servidumbre revive como consecuencia del efecto retroactivo que tienen dichas causas de invalidez (art. 3056 Ver Texto).

Cabe agregar que el art. 3056 Ver Texto establece que el mismo efecto se opera en caso de que una operación sea rescindida. Sin embargo, es preciso recordar que la rescisión, a diferencia de la revocación y la nulidad, carece de efectos retroactivos (véase Parte General, t. 2, n° 1239). La rescisión, en efecto, no es otra cosa que un acuerdo por el cual se deja sin efecto otro anterior. Pero en la materia que estamos tratando, este nuevo acuerdo supone una nueva transferencia de la propiedad. Y no se justifica que en este caso se considere que la servidumbre nunca ha sido extinguida, pues el nuevo acuerdo no puede tener como consecuencia borrar los efectos del anterior. Un ejemplo aclara las cosas. A y B son propietarios de dos inmuebles vecinos entre los cuales existe establecida una servidumbre. B vende su inmueble a A; la servidumbre queda extinguida a partir del momento en que B transfiere efectivamente la propiedad del inmueble a A. Luego ambas partes deciden dejar sin efecto la operación, para lo cual es indispensable una nueva transferencia del dominio de A a B. Este nuevo acuerdo no tiene porqué tener efectos retroactivos. Nos parece que la solución lógica en este caso es aplicar analógicamente el art. 3057 Ver Texto , el cual, cumplidas las condiciones que veremos en seguida, reputa revivida la servidumbre. Es decir, no se trataría de subsistencia de la servidumbre, sino de que ésta ha revivido.

1112/1072

1072.— Veamos ahora lo que ocurre si luego de operada la confusión por adquisición del dominio de ambos inmuebles por el mismo propietario, éste vende uno de ellos. El principio es que el hecho de dejar de pertenecer al mismo propietario el inmueble dominante o el sirviente, no revive la servidumbre, que ha quedado definitivamente

extinguida por la confusión (art. 3057 Ver Texto). Sin embargo, esta solución no es rigurosa: la servidumbre revive si se hubiese dejado a salvo esa situación por una declaración expresa hecha en el instrumento de enajenación de uno de los inmuebles o si al tiempo de la nueva enajenación existiesen entre ambos fundos signos aparentes de servidumbre, a menos que en el instrumento de la venta se hubiese expresado claramente que la servidumbre no revive (art. 3057 Ver Texto).

1112/1073

1073. NO USO.— Originariamente, en el Derecho Romano el no uso no causaba la pérdida de las servidumbres. Éstas, como la propiedad no se extinguían por la falta de ejercicio del derecho. Para que se extinguieran era necesario que el propietario hubiese realizado durante el tiempo de la usucapión los actos necesarios para adquirir el dominio pleno. Pero más tarde se advirtió la dificultad de distinguir entre el no ejercicio de la servidumbre por parte del propietario del fundo dominante y los actos de dominio pleno, no respetuosos de la servidumbre, por parte del propietario del fundo sirviente. Esta dificultad se hacía notar particularmente en las servidumbres discontinuas. Por ello, ya en la época de Justiniano se adoptó la solución que habría de pasar al derecho moderno: el no uso durante el término marcado por la ley causa la extinción de las servidumbres. Es la solución del art. 3059 Ver Texto : las servidumbres se extinguen por el no uso durante 10 años aunque sea causado por caso fortuito o fuerza mayor. En su redacción originaria, este precepto hablaba de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, pero la ley 17711 , consecuentemente con lo dispuesto en materia de prescripción, derogó la disposición relativa a los ausentes.

Al tratar del no uso como causal de extinción del usufructo, pusimos de manifiesto que aunque esta institución tiene una evidente analogía con la prescripción liberatoria, no es idéntica (véase nº 954).

Las analogías resultan de la circunstancia de que tanto en la prescripción liberatoria como en el no uso, existe la pérdida de un derecho, como consecuencia del transcurso del tiempo; ello explica que el codificador hable en este caso de prescripción, como lo hace también un Código tan moderno y técnico como el italiano (ver nota 4). Pero, insistimos, se trata de instituciones sólo análogas, no idénticas.

La prescripción liberatoria sólo extingue la acción, de tal manera que la obligación permanece viva como natural, en tanto que el no uso extingue el derecho mismo del propietario del fundo dominante; la prescripción liberatoria supone incumplimiento de las obligaciones por el deudor, en cambio, el no uso significa inactividad del propio titular del derecho; la prescripción liberatoria corre, en principio, desde la fecha en que la obligación fue contraída, en tanto que el plazo del no uso comienza a correr desde que la servidumbre dejó de usarse o desde el hecho contrario al ejercicio de la servidumbre continua (ver nota 5).

Las analogías justifican que, como principio general, se apliquen al no uso las reglas de la prescripción. Pero esa aplicación no debe ser ciega, de modo que el intérprete debe apartarse de las reglas de la prescripción, si no se compaginan con la naturaleza del no uso (ver nota 6). Así, por ejemplo, nos parece indudable que no interrumpe el no uso el reconocimiento de la servidumbre por el propietario del fundo sirviente, porque la pérdida de la servidumbre se funda en la inactividad del titular de la servidumbre, con independencia de cuál sea la actitud del dueño de la finca sirviente, que puede estar dispuesto en todo tiempo a reconocer y someterse a la servidumbre mientras no transcurra el término de inactividad que hace perder su derecho al dueño de la heredad dominante (ver nota 7).

Tampoco es aplicable al no uso el art. 3980 Ver Texto : las servidumbres se extinguen aunque el titular de la servidumbre activa no haya podido ejercerla por caso fortuito o fuerza mayor (art. 3059 Ver Texto).

Debemos decir, sin embargo, que sobre esta última cuestión existen divergencias doctrinarias. El art. 3059 Ver Texto dice expresamente que las servidumbres se extinguen por el no uso de diez años aunque sea causado por caso fortuito o fuerza mayor. No obstante texto tan expreso, LAFAILLE ha sostenido que es aplicable al caso el art. 3980 Ver Texto y que, por consiguiente, no se habría operado la extinción de la servidumbre si el propietario del fundo dominante comienza a ejercer su derecho inmediatamente después de cesado la imposibilidad de hecho (ver nota 8). Nos parece, empero, que no puede aceptarse esta opinión dados los términos concluyentes del art. 3057 Ver Texto , tanto más cuanto que el art. 3980 Ver Texto es una disposición de carácter general referida a la prescripción liberatoria y no puede prevalecer sobre el art. 3059 Ver Texto , que es una disposición específica, referida a una institución distinta (aunque análoga), como es el no uso de la servidumbre. Otros autores opinan que si bien la regla del art. 3059 Ver Texto es clara en cuanto establece que el caso fortuito o la fuerza mayor no impide la extinción de la servidumbre por el no uso, este principio sin embargo, no es aplicable al siguiente caso que el propietario del fundo sirviente haya hecho una obra que impida su ejercicio y el propietario del fundo dominante no haya podido intentar la acción para demandar su demolición por una imposibilidad de hecho, en ese caso, sería aplicable el art. 3980 Ver Texto (ver nota 9).

Aunque esta doctrina, que permite atenuar los efectos del art. 3059 Ver Texto nos parece ingeniosa, no basta empero para convencernos. El no uso nada tiene que ver con la acción del propietario del fundo dominante para requerir la demolición de las obras; es simplemente eso: falta de ejercicio de la servidumbre. Y si puede parecer injusto que el propietario que estuvo impedido de demandar la demolición de las obras que impedían el ejercicio de la servidumbre se vea privado de ésta, igualmente injusto es que el propietario de la heredad dominante que por cualquier motivo de fuerza mayor se vio impedido de ejercer la servidumbre misma (no ya la acción) se vea privado de ella. La solución de la ley

es por consiguiente clara; y sus fundamentos no carecen de lógica. Cuando por cualquier motivo una servidumbre ha dejado de ejercerse durante diez años parece que no fuera verdaderamente muy importante para el fundo dominante. Y frente a esta situación, la ley hace prevalecer el principio de la expansión natural del derecho de propiedad, favoreciendo la desgravación de la propiedad inmueble.

En suma, la disposición del art. 3059 Ver Texto es aplicable a toda hipótesis de no uso, cualquiera sea la razón de caso fortuito o fuerza mayor por la cual dejó de ejercerse el derecho (ver nota 10).

Veamos ahora los principales problemas que se presentan con motivo del no uso.

1112/1074

1074. a) Comienzo del término.— El tiempo de la prescripción comienza a correr desde el día en que se ha dejado de usar la servidumbre si fuere discontinuo y desde el día en que se ha realizado un acto contrario a su ejercicio, si se tratare de servidumbres continuas (art. 3059 Ver Texto).

En cuanto a las servidumbres negativas, no puede hablarse propiamente de no uso como causal de extinción, porque ellas consisten en un no hacer por parte del propietario del fundo sirviente y no requieren para su ejercicio, ninguna acción positiva del titular del derecho. En este caso, el no uso de la servidumbre por parte del propietario del fundo dominante sólo podrá darse si el propietario del fundo sirviente viola su obligación con un acto positivo (ver nota 11). Supongamos que el propietario de un inmueble tenga una servidumbre de vista, que impida al propietario vecino levantar construcciones a cierta altura o en cierto lugar. Sólo puede concebirse el no uso si el dueño del fundo sirviente levanta las construcciones más arriba de la altura señalada o en el lugar prohibido.

El plazo legal de extinción puede hacerse valer contra el último propietario aunque empezara a correr en tiempos en que el inmueble pertenecía a su antecesor en el dominio (ver nota 12).

1112/1075

1075. b) Supuesto de condominio.— Si el inmueble en favor del cual está establecida la servidumbre pertenece a varias personas en condominio, el goce que uno de ellos haga de la servidumbre impide su extinción por no uso (art. 3061 Ver Texto). Es una mera aplicación del principio de la indivisibilidad de la servidumbre.

También lo es el art. 3062 Ver Texto , según el cual, si entre los propietarios se encuentra alguno contra el cual el tiempo de la prescripción no ha podido correr, habrá éste conservado el derecho de los otros. Supongamos que uno de los condóminos sea cónyuge del propietario del fundo sirviente. Como entre los cónyuges no corre el tiempo de la prescripción (art. 3969 Ver Texto), los condóminos se benefician con esa suspensión.

1112/1076

1076. c) Conservación de la servidumbre.— Dispone el art. 3060 Ver Texto que para conservar la servidumbre e impedir la prescripción basta que los representantes del propietario en los derechos de su predio o los extraños hayan hecho uso de la servidumbre por ocasión del fundo. Así, la servidumbre se conserva por el uso que de ella hiciera el poseedor de mala fe que goce de la heredad a la cual es debida. Aunque la redacción de este texto no es gramaticalmente muy feliz, su significado es claro. No es necesario que la servidumbre sea ejercida personalmente por el propietario; basta que lo sea por los representante del propietario en los derechos de su predio; así, por ejemplo, el poseedor de mala fe que goce de la heredad, el usufructuario, el usuario, el habitador, el arrendatario. O que la hayan ejercido los extraños siempre que sea por ocasión del fundo, es decir, que la hayan ejercido con ocasión de la posesión que el propietario o sus representantes ejercen del fundo dominante; tal es el caso de los extraños o amigos que hacen uso de una servidumbre de paso por un campo vecino.

1112/1077

1077. d) Suspensión e interrupción del término.— Aunque el no uso no es una hipótesis típica de prescripción, la evidente analogía de ambas instituciones lleva de la mano a admitir que le son aplicables las cosas de suspensión e interrupción de la prescripción (ver nota 13). En nuestro derecho, esta solución tiene fuerte apoyo en los textos mismos del Código, que llaman prescripción al no uso; además, el art. 3062 Ver Texto hace una aplicación expresa de la suspensión de la prescripción.

Sin embargo, la aplicación al no uso de las disposiciones sobre suspensión e interrupción, no debe hacerse indiscriminadamente. Sobre este punto remitimos a lo que hemos dicho en el n° 1073.

1112/1078

1078. e) Modificación de la servidumbre.— La servidumbre no sólo se extingue por el no uso sino que también puede modificarse de la misma manera. El uso incompleto o restringido de una servidumbre durante el tiempo señalado para la prescripción, trae la extinción parcial de ella y la reduce a los límites en que ha sido usada (art. 3064 Ver Texto). Sin embargo, este principio no es absoluto y exige una distinción que el propio Código formula:

1) Cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme a su título en la medida de sus necesidades o conveniencias, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado a hacer. Así, aquel a quien su título le confiere el derecho de pasar a pie, a caballo, o en carro, conserva íntegro su derecho cuando se ha limitado a ejercer el paso a pie (art. 3065 Ver Texto).

2) Pero cuando el ejercicio parcial de la servidumbre ha sido el resultado de un cambio en el estado material de los lugares que hacía imposible el uso completo o por oposición de parte del propietario de la heredad sirviente, la servidumbre queda reducida a los límites en que se ha ejercido durante el tiempo señalado para la prescripción (art. 3066 Ver Texto).

Es decir, no basta el uso incompleto o restringido de la servidumbre durante el tiempo señalado para producir su extinción parcial, tal como parecería desprenderse del art. 3064 Ver Texto . Es necesario, además, que ese ejercicio parcial haya sido el resultado de un cambio material de los lugares que haga imposible el uso completo o la oposición de parte del propietario de la heredad sirviente a que se haga ese uso completo. Sólo en este caso la servidumbre queda reducida a los límites en que se ha ejercido. Así ocurriría, si habiéndose pactado la servidumbre de paso para transitar a pie, a caballo o en automóvil, el propietario del fundo sirviente cambia la tranquera y coloca una estrecha que sólo permite al paso a pie o a caballo.

1112/1079

1079.— Puede ocurrir también que la servidumbre se ejerza, no con menor intensidad o en forma incompleta, sino por un lugar distinto al señalado en el título constitutivo. El art. 3067 Ver Texto prevé ese caso disponiendo: el ejercicio de una servidumbre discontinua por un lugar diferente del que se había asignado a ese efecto, hace perder, al fin de diez años, la designación primitiva; pero no trae la extinción de la servidumbre misma, a no ser que la designación debiese considerarse como inherente a la constitución de servidumbre. Fuera de este caso, el propietario de la heredad sirviente debe sufrir el ejercicio de la servidumbre por el lugar por donde se ha ejercido, si no permite hacer volver al propietario de la heredad dominante a la designación primitiva.

Aparentemente, la ley confiere al propietario de la heredad sirviente una opción: o bien debe permitir el ejercicio de la servidumbre por donde la está ejerciendo el propietario del fundo dominante o bien debe permitir su ejercicio por el lugar primitivamente designado. Pero en verdad no hay tal opción: la servidumbre se deberá ejercer por el lugar donde ahora se ejerce, a menos que ambos propietarios, el del fundo dominante y el del sirviente, se pongan de acuerdo con ejercerla por el lugar primitivo. Claro está que mediando acuerdo, la servidumbre podrá ejercerse por cualquier lugar.

Aunque la ley habla de servidumbres discontinuas, parece evidente que la misma solución debe aplicarse al caso de las servidumbres continuas (ver nota 14), ya que no hay ninguna razón para distinguir una hipótesis de otra.

1112/1080

1080. EXPROPIACIÓN DEL INMUEBLE SIRVIENTE.— También se pierde la servidumbre cuando el inmueble sirviente ha sido expropiado por causa de utilidad pública e incorporado al dominio público del Estado, ya que la servidumbre no se puede establecer sobre bienes que están fuera del comercio (art. 3002 Ver Texto) (ver nota 15). En cambio, la expropiación del inmueble dominante no ejerce influencia sobre la servidumbre, pues no hay inconveniente legal alguno en que un bien del dominio público del Estado goce de una servidumbre sobre un inmueble vecino.

También se extingue la servidumbre por la expropiación del bien hecha en la ejecución seguida por los acreedores hipotecarios anteriores al establecimiento de la servidumbre contra el propietario del inmueble. En efecto, el art. 2999 Ver Texto confiere a dichos acreedores el derecho de pedir que el inmueble se venda libre de toda servidumbre.

Sin embargo, no habrá extinción por expropiación cuando se trata de servidumbres coactivas. Así, por ejemplo, si un inmueble encerrado obtiene una servidumbre de paso sobre otro inmueble vecino, esa servidumbre se mantendrá aunque media expropiación de este inmueble por el Estado, para incorporarlo a su dominio público, o por los acreedores hipotecarios. La razón es muy simple: no puede concebirse la existencia de un inmueble encerrado.

(nota 1) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1915, nota 176 a; SEGOVIA, t. 2, p. 301, nota 192; GROSSO y DEIANA, *Le servitù prediali*, t. 2, nº 191.

(nota 2) SALVAT, t. 3, nº 1924; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, nº 1150.

(nota 3) GROSSO y DEIANA, *Le servitù prediali*, t. 2, n° 190, ponen de manifiesto que ésta era la doctrina bajo el imperio del Código de 1865 que no resolvía el problema expresamente, tal como ahora lo hace el art. 490 del nuevo Código.

(nota 4) Lo que ha motivado las justas críticas de GROSSO y DEIANA, *Le servitù prediali*, t. 2, n° 185.

(nota 5) De acuerdo, ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1933, nota 199, c, y BIONDI, *Le servitù*, n° 224 y sig.

(nota 6) BIONDI, *Le servitù*, n° 225 y 226.

(nota 7) Sobre esta cuestión véase: GROSSO y DEIANA, *Le servitù prediali*, n° 185, quienes luego de tratar extensamente la cuestión, se inclinan por la solución contraria a la que sostenemos nosotros, fundándose en razones de derecho positivo italiano que no se dan en el nuestro. BIONDI, *Le servitù*, n° 235 limita el valor del reconocimiento como acto interruptivo a las hipótesis de que el uso de la servidumbre haya devenido temporariamente imposible o lo impida el propio dueño del fundo sirviente.

(nota 8) LAFAILLE, t. 2, n° 1563.

(nota 9) MACHADO, t. 7, p. 541; SEGOVIA, t. 2, p. 322, nota 224 (este autor habla de los impedimentos por hecho del príncipe o del gobierno).

(nota 10) SALVAT, t. 3, n° 1933.

(nota 11) De acuerdo, BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 1159; MESSINEO, t. 3, § 91, n° 14; GROSSO y DEIANA, *Le servitù prediali*, t. 2, n° 186, D.

(nota 12) MESSINEO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) De acuerdo: ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1933, nota 199 a; MACHADO, t. 7, p. 545; BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 1164; PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 993; es la solución claramente implícita en el art. 1073, C. Civil italiano: véase, de acuerdo, MESSINEO, t. 3, § 91, n° 14, p. 507.

(nota 14) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1940; SEGOVIA, t. 2, p. 328, nota 238. En contra, LAFAILLE, t. 2, n° 1564, que expresa que es muy difícil explicar esta diferencia, pero que no es dado al intérprete alterar la letra de la ley, que habrá de modificarse. Este autor hace una aplicación demasiado rigurosa del argumento a contrario que hoy está muy desprestigiado. Si no tiene lógica ninguna, como lo reconoce LAFAILLE, aplicar esta disposición solamente a las servidumbres discontinuas, habrá que aplicarla también a las continuas.

(nota 15) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1922, a, quien, sin embargo, no hace la salvedad de que sólo en el caso de que el bien se incorpore al dominio público del Estado queda fuera de comercio, único caso a nuestro juicio en que la servidumbre se extingue por aplicación del art. 3002 Ver Texto .

1112/10450

§ 6. De ciertas servidumbres en particular

1112/10460

A.— SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO

1112/1081

1081. DISTINTOS CASOS: LA SERVIDUMBRE COACTIVA.— La servidumbre de tránsito puede ser voluntaria o coactiva. La primera es la que se establece entre dos predios en caso de que ni el propietario del fundo dominante tenga derecho a exigirla ni el propietario del fundo sirviente obligación de concederla. Es el supuesto de que la servidumbre no sea absolutamente indispensable para el propietario del fundo dominante; ella es regida entonces por las disposiciones generales que hemos estudiado hasta aquí.

Pero puede ocurrir que un propietario tenga su inmueble encerrado y privado de toda comunicación con el camino público; la ley le concede entonces la facultad de exigir de los propietarios de los inmuebles que se interponen entre el propio y la vía pública, una servidumbre de tránsito. Una evidente razón de interés general justifica estas servidumbres. Un mínimo sentido de la solidaridad social exige que los propietarios de los fundos intermedios concedan un derecho de paso que haga habitable y explotable el inmueble que de otra manera quedaría perdido para todo uso.

De esta servidumbre coactiva se ocupa el Código en los arts. 3068 Ver Texto y siguientes. Destacamos que ella no importa una restricción del dominio sino una servidumbre real, impuesta coactivamente por la ley. Hemos destacado en otro lugar las diferencias que existen entre uno y otro instituto (véase nº 1006). Que la ley reconozca el derecho a reclamar la servidumbre, no significa que ésta nazca de pleno derecho, como ocurre con las restricciones al dominio propiamente dichas. Es preciso una actividad del propietario del fundo dominante que debe reclamar la constitución de la servidumbre y concertar con el propietario del fundo sirviente el lugar y condiciones de ejercicio así como también la indemnización correspondiente. En caso de desacuerdo, esas condiciones deben ser fijadas judicialmente.

1112/1082

1082.— La servidumbre de tránsito es discontinuo; y puede ser aparente o no según existan o no signos exteriores permanentes de tránsito (art. 3078 Ver Texto). Así, un camino formado, una huella visible y permanente le dan carácter aparente.

1112/1083

1083. QUIÉNES PUEDEN RECLAMAR LA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO.— Según el art. 3068 Ver Texto , pueden reclamar la servidumbre de tránsito el propietario, el usufructuario y el usuario. Y aunque el Código no lo diga, también tienen este derecho el copropietario, el acreedor anticresista y el simple poseedor, sea de buena o de mala fe (ver nota 1), porque todos ellos tienen un derecho real que carecería de verdadera utilidad económica si no contase con la servidumbre de tránsito.

En cambio, predomina la opinión de que el arrendatario o locatario carece de derecho a reclamar dicha servidumbre y que todas sus atribuciones consisten en reclamar del locador que lo coloque en condiciones de poder usar o gozar del inmueble (ver nota 2). No estamos de acuerdo con esta solución, que paga un tributo excesivo a la jurisprudencia de conceptos. Se parte de la base de que sólo los titulares de derechos reales tienen atribución para pedir la servidumbre de tránsito y que, por consiguiente, carecen de ella los titulares de derechos personales. Se olvida así que las soluciones jurídicas no deben estar guiadas por preconceptos, sino dirigidas a servir ciertos intereses que se estiman justos y razonables. Y no se ve motivo alguno para negarle al arrendatario o locatario el derecho a reclamar la servidumbre de tránsito que, en cambio, se le reconoce al simple usuario o al poseedor de mala fe. Por si esto fuera poco, cabe agregar que en el derecho moderno se reconoce que el derecho del arrendatario o locatario está fuertemente impregnado de un carácter real (véase Tratado de Contratos, t. 1, nº 606). En suma, pensamos que también el arrendatario o locatario tiene derecho a reclamar servidumbre de tránsito.

1112/1084

1084. CONDICIÓN DE ENCERRAMIENTO.— Para tener derecho a reclamar servidumbre de tránsito, es indispensable que el predio dominante esté privado de toda comunicación con el camino público (art. 3068 Ver Texto), vale decir, que esté encerrado. Sin embargo, las palabras toda comunicación contenidas en el art. 3068 Ver Texto no deben tomarse rigurosamente; como lo establece expresamente el art. 3069 Ver Texto , se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas no sólo las que están privadas de toda salida a la vía pública sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación. Así por ejemplo, podría ocurrir que toda la comunicación con la vía pública fuese un camino estrecho, que permitiese el paso a pie o a caballo, pero no el de vehículos; o que la comunicación con la vía pública esté obstaculizada por un río que no da paso en ciertas épocas del año o en ocasiones de frecuentes crecidas, etc. De una manera general, puede decirse que hay salida insuficiente en el concepto de la ley, cuando la vía de que se dispone es inadecuada a los fines de la explotación agrícola, ganadera o industrial del fundo encerrado o cuando la habilitación de esa vía, dadas sus condiciones naturales, requeriría trabajos costosos que superasen los beneficios de la explotación del fundo, produciéndose por ello la imposibilidad que la ley ha querido obviar al autorizar la servidumbre de paso con carácter forzoso cuando hay un fundo encerrado (ver nota 3).

1112/1085

1085.— Pero el Código ha querido prevenir la posibilidad de que el encerramiento se deba a obras del propio dueño o usufructuario de la heredad dominante. Así, el art. 3070 Ver Texto establece que una heredad no se considera cerrada por las heredades vecinas cuando una parte no edificada de esa heredad está separada de la vía pública por construcciones que hacen parte de ella. Aquí el encerramiento ha resultado de un hecho propio del propietario o titular de un derecho real del fundo dominante; y no sería justo que sobre la base de esa conducta del dueño de la heredad tuviese que padecer una servidumbre el vecino.

Por razones semejantes el art. 3072 Ver Texto establece que el propietario de un fundo de tierra no puede levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito más extenso que el que le competía según la naturaleza originaria de su heredad. Este artículo ha sido severamente criticado. Se ha dicho que importa privar al propietario del fundo encerrado de sus amplias facultades de disposición y goce; que, la explotación puede desenvolverse, requerir vías de comunicaciones más amplias; que la pequeña construcción puede convertirse en una fábrica o edificio importante; y que no se comprendería que se condenara al fundo enclavado a una esterilidad por falta de comunicación con el exterior (ver nota 4).

Pensamos que razonablemente interpretado, el art. 3072 Ver Texto no se opone al derecho de demandar una ampliación de la servidumbre de tránsito cuando así lo exijan las nuevas condiciones creadas, ya sea por la incorporación de técnicas agrícola-ganaderas más modernas, ya sea por el desarrollo, perfeccionamiento y enriquecimiento de la explotación de un fundo. Porque si las heredades que no tienen una salida suficiente para su explotación pueden demandar la constitución de una servidumbre de tránsito (art. 3069 Ver Texto), es obvio que también pueden demandar el ensanchamiento de una servidumbre anteriormente constituida (ver nota 5). De tal modo que lo dispuesto por el art. 3072 Ver Texto sólo sería aplicable al caso de que el ensanchamiento del pasaje se fundara en una falta o negligencia o malicia del propietario del fundo encerrado que hubiera creado un estado nuevo que acarrearía la gravación de la servidumbre, cuando hubiera podido evitarla sin comprometer sus intereses (ver nota 6).

1112/1086

1086. INMUEBLES AFECTADOS.— La servidumbre afecta a todas las heredades que se encuentran interpuestas entre el predio encerrado y también la vía pública, cualquiera sea su destino (art. 3071 Ver Texto). No es indispensable que sean contiguas al predio encerrado, bastando que se interpongan en el camino a la vía pública (ver nota 7). Pesa también sobre los bienes del dominio privado del Estado (ver nota 8). Inclusive podría pesar sobre un bien del dominio público, siempre que no hubiera otra modo de resolver el problema de encerramiento (ver nota 9) (véase nº 1035).

Puede ocurrir que el fundo encerrado linde con varios inmuebles; se presentará entonces la cuestión de saber cuál de los inmuebles linderos está obligado a conceder la servidumbre de paso. El art. 3074 Ver Texto resuelve ese problema con una disposición acertada: el tránsito debe ser tomado sobre los fundos contiguos que presenten el trayecto más corto a la vía pública. Los jueces pueden, sin embargo, separarse de esta regla sea en el interés de las heredades vecinas o sea aun en el interés del predio encerrado si la situación de los lugares o las circunstancias particulares así lo exigen.

Como puede apreciarse, la regla es que está afectado a la servidumbre el inmueble que ofrezca el trayecto más corto a la vía pública; pero ésta no es una regla absoluta sino que los jueces pueden apartarse de ella cuando las circunstancias particulares del caso indiquen la conveniencia de hacerlo así. Podría ocurrir, por ejemplo, que conceder la servidumbre al inmueble que permita un trayecto más corto, le signifique al propietario un grave perjuicio; en tanto que sea mucho menor el perjuicio que sufra otro inmueble vecino, aunque el trayecto sea algo más prolongado. La ley permite al juez valorar todas estas circunstancias y decidir cuál será en definitiva el trayecto del camino (ver nota 10).

Pero no sólo debe resolverse el problema de cuál es el fundo afectado, sino también cuál debe ser el trazado del camino. El principio de la línea recta más breve, suele ser perjudicial para el inmueble cruzado y, con frecuencia, el camino sigue una línea sinuosa, al costado de los alambradas, para evitar el cruce de potreros. Todas éstas son cuestiones de hecho que, en defecto de acuerdo de las partes, debe decidir el juez teniendo en cuenta el razonable interés tanto del predio dominante como del sirviente.

1112/1087

1087.— Supongamos que un inmueble que es propiedad de varios condóminos y que toca la vía pública, es dividido en varias parcelas, de tal suerte que algunas de ellas quedan separadas por las otras de aquel camino. En ese caso se entenderá que las parcelas separadas gozan de una servidumbre de tránsito a través de las restantes, sin indemnización alguna (art. 3073 Ver Texto).

Supongamos ahora que la fracción que ha quedado encerrada con motivo de la división tenga una salida más fácil y conveniente no ya por las otras fracciones del campo que fuera dividido, sino por un campo vecino perteneciente a un tercero. ¿Puede el propietario de la fracción que ha quedado encerrada, pedir la servidumbre de tránsito al vecino, teniendo como tiene el derecho de pasar por las fracciones pertenecientes a sus ex condóminos? En principio, la respuesta no puede ser sino negativa. Para poder exigir una servidumbre de tránsito, el inmueble debe estar encerrado; y en nuestro caso no lo está pues tiene derecho a pasar por las fracciones pertenecientes a los ex condóminos (ver nota 11). Pero los tribunales han resuelto que este principio no es de aplicación inflexible y que teniendo en cuenta las circunstancias del caso puede concederse la servidumbre de tránsito por el inmueble vecino aunque se tuviera derecho a pasar por los inmuebles pertenecientes a los ex condóminos (ver nota 12).

1112/1088

1088. INDEMNIZACIÓN.— Si bien los propietarios vecinos están obligados a conceder la servidumbre de tránsito, ellos tienen derecho a reclamar el valor del terreno necesario para ella y el resarcimiento de todo otro perjuicio (art. 3068 Ver Texto). La exigencia de que se pague el precio del terreno por el cual se ejerce la servidumbre, importa un evidente exceso, porque el propietario del fundo dominante no adquiere la propiedad de la tierra y, por consiguiente, no se justifica que pague su precio, tanto más cuanto que estos caminos por donde se ejerce la servidumbre son frecuentemente usados no sólo por el propietario del fundo encerrado sino también por terceros y aun por los mismos dueños del campo sirviente o sus empleados (ver nota 13). Debíó bastar, por consiguiente, con que la ley dispusiera, como lo dispone, que deben resarcirse todos los perjuicios que sufra el propietario del fundo sirviente.

1112/1089

1089. EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE.— La servidumbre coactiva de tránsito debe ser ejercida de acuerdo con los principios generales que rigen en materia de servidumbres; es decir, debe permitir el mejor aprovechamiento del paso, unido a las menores molestias o perjuicios para el fundo sirviente. Así, por ejemplo, debe reconocerse al propietario del fundo sirviente el derecho de poner tranqueras o puertas a la entrada y salida del campo y el propietario del fundo dominante debe comprometerse a tenerlas cerradas. En cambio, sería excesiva la pretensión del propietario del fundo sirviente de tener las puertas con llave aun cuando diera una de ellas al propietario del fundo dominante, porque este sistema hace difícil y muchas veces imposibilita el acceso de empleados, obreros o terceros al fundo encerrado.

Respecto de la amplitud del derecho del propietario del fundo encerrado, establece el art. 3075 Ver Texto que el tránsito debe ser concedido al propietario del fundo encerrado tanto para él y sus obreros como para sus animales, carros, instrumentos de labranza y para todo lo que es necesario para el uso y explotación de su heredad. Hay que agregar que no solamente el tránsito debe quedar expedito para los obreros que emplea el propietario del fundo dominante, sino para todos los que tuvieran necesidad de entrar y salir de él (ver nota 14), como pueden ser todas las personas vinculadas de una u otra manera con la explotación del campo y aun los simples amigos o allegados.

1112/1090

1090.— Son aplicables a las servidumbres coactivas, las reglas establecidas en el art. 3079 Ver Texto de una manera general para todas las servidumbres de tránsito. El principio es que el modo de ejercer la servidumbre de tránsito debe ajustarse a lo que disponga el título de constitución de la servidumbre. Pero si en él no se dispusiera nada sobre este punto, habrá que estar a las siguientes reglas:

a) El derecho de tránsito comprende el de pasar por todos los medios necesarios, según la naturaleza y destino del inmueble al cual se dirige el paso (art. 3079 Ver Texto).

b) Si no se hubiera determinado el tiempo del ejercicio de la servidumbre, sólo se podrá pasar de día, si el lugar fuese cercado y a cualquier hora, si no lo fuere (art. 3079 Ver Texto). Con buen criterio, la Corte Suprema de Tucumán ha juzgado que esta norma no es inflexible, por lo que admitió el uso, de la servidumbre aun en las horas de la noche o de la madrugada, si la explotación del fundo dominante lo requería (ver nota 15).

Cuando estuviera determinado el modo de ejercer el derecho de tránsito, el dominante no puede ampliarlo ejerciéndolo de otra manera o haciendo pasar personas o animales que no comprende la servidumbre cualquiera fuera la causa o necesidad que se invocara (art. 3079 Ver Texto). Esta disposición es particularmente aplicable a la servidumbre constituida voluntariamente, porque respecto de la servidumbre coactiva es necesario tener presente que, conforme con el art. 3075 Ver Texto , el tránsito debe ser concedido ampliamente, tanto para las personas como para los animales, carros, instrumentos de labranza, etc. Podría ocurrir, sin embargo, que con ánimo de pagar una indemnización menor, el propietario del fundo encerrado que tiene derecho a una servidumbre más amplia admita sin embargo una más restringida. En ese caso tiene que ajustarse a lo dispuesto en el art. 3079 Ver Texto , último párrafo. Sin embargo, la limitación establecida en el título constitutivo no privaría al propietario del fundo encerrado de demandar una ampliación de la servidumbre, haciendo uso del derecho del art. 3075 Ver Texto y pagando por ella la indemnización correspondiente.

1112/1091

1091. EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE COACTIVA.— Mientras se mantenga la necesidad de resolver el problema del encerramiento, el derecho a la servidumbre no se extingue. Puede haber transcurrido el tiempo del no uso, puede haber construido el propietario del fundo sirviente obstáculos que impidan el ejercicio de la servidumbre, puede, en fin, haber renunciado expresamente el propietario del predio dominante a la servidumbre; nada de ello extingue su derecho a reclamarla, porque el derecho a la servidumbre coactiva se ha establecido en razón de una necesidad de orden público (ver nota 16). Bien entendido que esta imprescriptibilidad e irrenunciabilidad al derecho de la servidumbre se mantienen en tanto el tránsito sea indispensable para el inmueble encerrado. Pero si luego de constituida la servidumbre llega a no ser indispensable al predio encerrado por haberse establecido un camino o por la reunión del fundo a una heredad que comunique con la vía pública, el dueño del predio sirviente puede pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse ésta se le hubiese pagado por el valor del terreno (art. 3076 Ver Texto). Es decir, la extinción de la servidumbre no es automática, sino que debe ser reclamada por el propietario del predio sirviente, quien tiene obligación de restituir lo que se le hubiese pagado por el valor del terreno. Adviértase bien que la ley habla solamente de la restitución de lo que se hubiere pagado por el valor del terreno, no de la indemnización de los restantes daños y perjuicios; en efecto, el perjuicio ya sufrido por el propietario del fundo dominante es definitivo y la indemnización recibida en este concepto no tiene porqué ser restituida, aunque la servidumbre se extinga. Si en el momento de constituirse la servidumbre se ha fijado un valor global por todo concepto (valor del terreno e indemnización de daños), el juez debe fijar prudencialmente la suma a restituir al propietario del fundo dominante.

1112/1092

1092. SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO NO COACTIVA.— Hemos dicho ya que la servidumbre de tránsito puede establecerse también entre dos fundos sin necesidad de que uno de ellos esté encerrado. Sólo que en esta situación el propietario del fundo dominante no tiene derecho a exigir que se le conceda la servidumbre y únicamente podrá constituirla por los medios generales establecidos por la ley (contrato, disposición de última voluntad, disposición del padre de familia y usucapión). En este caso no se trata de una servidumbre indispensable al predio, aunque sea útil o cómoda.

Por ello mismo, es decir, porque no se trata ya de una necesidad del predio dominante, sino de una simple comodidad del propietario del predio sirviente, es que el art. 3078 Ver Texto establece que la servidumbre de tránsito que no sea constituida a favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda.

Nos parece una solución discutible, aun teniendo en cuenta los fundamentos de la norma. Puesto que la servidumbre se constituya para comodidad o utilidad de la explotación de un predio, debería reputársela, en caso de duda, real. Y por ello mismo, SEGOVIA opina, a nuestro juicio con razón, que en el caso del art. 3005 Ver Texto (es decir cuando el tránsito procure una ventaja real a la heredad dominante), no existe la duda que autoriza a considerarla personal, según el art. 3078 Ver Texto (ver nota 17).

1112/1093

1093.— En cuanto a las modalidades de la servidumbre de tránsito, su modo de ejercicio, etc., remitimos a lo que hemos dicho en los números 1036 y siguientes.

1112/1094

1094.— La servidumbre de tránsito no coactiva no se extingue aunque el paso llegue a no ser necesario para el inmueble al cual se dirige o aunque el dominante hubiese adquirido otro inmueble contiguo por donde pudiese pasar (art. 3081 Ver Texto). Esto es así porque el título de la servidumbre de tránsito no se funda en que dicha servidumbre sea indispensable (como ocurre con las coactivas), sino en la simple comodidad del predio dominante. Sólo, en caso de que se demuestre que la servidumbre carece de toda utilidad para la heredad dominante, debe reputársela extinguida (art. 3050 Ver Texto).

1112/1095

1095.— Independientemente de las otras causas por las cuales se extinguen las servidumbres voluntarias, el art. 3080 Ver Texto dispone que habrá renuncia tácita del

derecho de tránsito si el dominante, consiente en que el poseedor del inmueble sirviente cierre el lugar del paso, sin reservar de modo alguno su derecho. Recuérdese que el principio general en materia de servidumbre es que las obras contrarias al ejercicio de la servidumbre no importan una renuncia al derecho aunque sean hechas a la vista del dominante, a no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción (art. 3048 Ver Texto); pero aquí la ley no exige que transcurra dicho término; basta el cierre del paso consentido por el poseedor del inmueble dominante, para que se extinga la servidumbre (ver nota 18).

Ahora bien, para que se produzca la extinción de la servidumbre el poseedor del inmueble dominante debe haber consentido la realización de las obras que cierran el paso; esto implica necesariamente el conocimiento por parte de él de dichas obras. Por lo tanto, si estuviera ausente o si por cualquier motivo se hubiera encontrado en una imposibilidad de hecho de manifestar su reserva, no puede considerarse que hay renuncia tácita.

Por lo demás, el propietario del fundo dominante conserva su derecho a la servidumbre con sólo reservarlo de algún modo, vale decir, por cualquier modo fehaciente, como puede ser un telegrama colacionado, una escritura pública, etc. Todo ello, sin perjuicio de las acciones petitorias o posesorias que tiene como titular de una servidumbre.

1112/1096

1096. DERECHO ACCIDENTAL DE TRÁNSITO.— El art. 3077 Ver Texto dispone que el que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar a éste a sufrirlo, con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause.

Este derecho no es propiamente una servidumbre real (ver nota 19), porque no tiene el carácter de una utilidad permanente para el fundo dominante, sino simplemente es un derecho accidental que la ley reconoce a quienes tienen necesidad de edificar o reparar su casa.

1112/10470

B.— SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

1112/1097

1097. CONCEPTO.— Por acueducto debe entenderse todo canal, acequia o tubería que permita transportar el agua de un lugar a otro. La ley impone una servidumbre coactiva de acueducto en favor de toda heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, o en favor de un establecimiento industrial (art. 3082 Ver Texto).

Esta servidumbre es siempre continua y aparente (art. 3083 Ver Texto).

1112/1098

1098. CONDICIONES DE EJERCICIO.— Para que se pueda reclamar la servidumbre de acueducto, se necesita que se reúnan las siguientes condiciones:

a) Ante todo, es preciso que el fundo que reclama la servidumbre tenga necesidad del agua para usos agrícolas, ganaderos, industriales o para consumo de sus habitantes. Aunque el uso personal de los propietarios del fundo dominante no ha sido previsto en el art. 3082 Ver Texto , es evidente que está comprendido dentro de la enunciación amplia de las causas que pueden requerir el establecimiento de la servidumbre, tanto más cuanto que se reconoce en favor de los municipios el derecho de la servidumbre cuando se la necesite para el servicio doméstico de sus habitantes (ver nota 20). En cambio, pensamos que no se puede exigir para usos suntuarios, como podría ser para proveer de agua a una pileta o a un lago artificial (ver nota 21).

b) En segundo lugar, es necesario que el propietario del fundo dominante tenga posibilidad de servirse de un agua, que corre por un lugar separado del fundo dominante por otros fundos interpuestos. Puede tratarse simplemente de aguas de uso público, por ejemplo, un río; o de aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente, como ocurre con los canales de irrigación que son construidos y administrados por el Estado o de aguas extraídas artificialmente del subsuelo; o finalmente, de aguas pertenecientes a particulares que hayan concedido al propietario del fundo dominante el derecho de disponer de ellas. En todos estos casos, previstos especialmente por el art. 3083 Ver Texto , el propietario del fundo dominante tiene la posibilidad de recibir agua de otro fundo, que puede ser el mismo sirviente u otro más alejado.

1112/1099

1099. QUIÉNES PUEDEN RECLAMARLA.— Aunque la ley no ha previsto quién puede reclamar la servidumbre de acueducto es indudable que tienen derecho a ella todos los que poseen el inmueble dominante. En otras palabras, es de aplicación en este punto lo dicho

sobre quién puede reclamar la servidumbre de tránsito (véase nº 1083). Pero en nuestro caso se agrega un interesado más: el pueblo que la necesite, para el servicio doméstico de sus habitantes (art. 3082 Ver Texto). Por consiguiente, debe admitirse que está legitimada para pedir la servidumbre de acueducto la autoridad municipal correspondiente.

1112/1100

1100. INMUEBLES EXENTOS DE LA SERVIDUMBRE.— Las casas, los corrales, los patios y jardines que dependen de ellas, y las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados, no están sujetos a la servidumbre de acueducto (art. 3084 Ver Texto).

Cuando la ley dice que las casas, los corrales, los patios y jardines, no están sujetos a la servidumbre de acueducto, significa dos cosas: 1) Que si el inmueble fuera solamente una casa con su patio y jardín, está exento de la obligación de la servidumbre; y 2) que si se tratara de un inmueble de mayor extensión, el acueducto nunca podría pasar por dichos lugares.

La circunstancia de que estos predios estén exentos de la obligación de otorgar la servidumbre, no excluye la posibilidad de que sus propietarios la concedan voluntariamente; pero en este caso, estamos ya en presencia de una servidumbre no coactiva, que puede ser constituida por los medios generales de constitución de una servidumbre (contrato, disposición de última voluntad, disposición del padre de familia, usucapión).

1112/1101

1101. INDEMNIZACIÓN.— Si bien la ley impone a los fundos interpuestos la servidumbre de acueducto, exige que se les pague una justa indemnización (art. 3082 Ver Texto). Más aún, el Código fija con claridad las pautas que deben servir de base para dicha indemnización. El art. 3085 Ver Texto dispone: el dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados que no baje de un metro de anchura en toda la extensión de su curso. Este ancho podrá ser mayor por convenio de las partes o por disposición del juez cuando las circunstancias así lo exigieren. Se le abonará también un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno, el cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente.

Al fijar este diez por ciento se tendrá en cuenta no sólo el terreno ocupado por el acueducto en sí mismo, sino también la ampliación de un metro a cada uno de los costados del acueducto. Es lógico que así sea, porque los trabajos de cuidado, limpieza y reparación,

exigen un tránsito por los costados del acueducto que, por regla general, impide el pleno uso de dicho espacio por el propietario.

Sostenemos que la indemnización no sólo debe ser justa sino también previa; así lo establece el Código para el caso de servidumbre de desagüe (art. 3100 Ver Texto), es decir, en una situación evidentemente análoga, de modo que nada justificaría aplicar en nuestro caso un criterio distinto.

1112/1102

1102. DERECHOS Y DEBERES DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE.— El dueño del predio dominante tiene los siguientes derechos:

a) Hacer entrar trabajadores al predio sirviente para mantener la limpieza y reparación del acueducto; del mismo modo, tendrá derecho a hacer entrar un inspector o cuidador pero estos derechos no pueden ejercerse abusivamente sino en forma ordenada. La ley dice que podrá hacerlo sólo de tiempo en tiempo o con la frecuencia que el juez determine, atendidas las circunstancias (art. 3086 Ver Texto).

b) Tiene derecho a hacer introducir en su heredad mayor volumen de agua que el que permite el acueducto, realizando para ello todas las obras nuevas necesarias e indemnizando al propietario de la heredad sirviente de todos los perjuicios que ello le causare (art. 3088 Ver Texto).

c) Tiene derecho, a alzar o rebajar el terreno del inmueble sirviente, a fin de permitir que las aguas se deslicen naturalmente por el acueducto y podrá también tomar la tierra o arena que le fuere necesaria (art. 3089 Ver Texto). Pero para realizar estos trabajos es preciso tener siempre presente el principio de que debe buscarse el descenso de las aguas según su natural pendiente, de modo que a la vez que no haga excesivamente dispendioso la obra, se procure causar el menor perjuicio posible al fundo sirviente (ver nota 22). Como principio general, el trazado más corto se reputará como el más económico y el menos perjudicial a la heredad sirviente, si no se probare lo contrario; y, en caso de duda, se resolverá a favor de esa heredad (ver nota 23).

d) Tiene la obligación de impedir que la servidumbre de acueducto produzca cualquier perjuicio o perturbación al predio sirviente, más allá de lo que la misma naturaleza de la servidumbre lo requiera; así, debe cuidar ordenadamente de la limpieza y reparación y, sobre todo, está obligado a impedir perjuicios en el fundo sirviente con motivo de inundaciones por mal estado del acueducto. Vale decir, la conservación del acueducto en buen estado de funcionamiento, es su obligación permanente y sustancial.

1112/1103

1103.— El propietario del fundo sirviente tiene a su vez los siguientes derechos y obligaciones:

a) Si ya existe un acueducto que beneficia su propio predio, tiene derecho a oponerse a que se construya uno nuevo, ofreciendo paso por el suyo a las aguas de que otra persona quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto (art. 3087 Ver Texto). En caso de que el propietario del fundo dominante haga uso del que utilizaba ya el propietario del fundo sirviente, éste tiene derecho a exigir de aquél el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto, incluso el espacio lateral, además de la indemnización de todo lo que valga la obra en la longitud que aprovecha el interesado. Si al dominante le fuese necesario ensanchar el acueducto lo hará a su costa pagando el valor del terreno y el espacio lateral, pero sin el diez por ciento de recargo (art. 3087 Ver Texto).

b) Advertimos que en el art. 3087 Ver Texto hay un evidente error de redacción. Cuando se dice que se le pagará el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto, evidentemente se significa que se pagará el valor del uso del suelo (ver nota 24). Esto debe interpretarse así, por un doble motivo: ante todo, porque tratándose de un acueducto de uso exclusivo para el propietario del fundo dominante, todo lo que debe pagar éste es el precio del uso del terreno (art. 3085 Ver Texto); y no es posible que pague más cuando el uso del acueducto es compartido; en segundo lugar, porque si el acueducto beneficia también al predio sirviente, no es justo que el valor total de la tierra sea pagado por el propietario del fundo dominante.

A esa indemnización por el uso del terreno debe agregarse la que corresponde a todo lo que valga la obra en la longitud que aproveche el interesado (art. 3087 Ver Texto). La ley se refiere aquí a la parte antigua que aprovecha también al fundo sirviente; y al fijar la indemnización, el juez tendrá en cuenta que el aprovechamiento de la obra es común. En lo que se refiere a la prolongación que sólo sirve al fundo dominante, toda la obra está a cargo del propietario de éste.

b) Tiene derecho a usar de las aguas que corran por el acueducto descubierto y llevarlas a su heredad, si con esto, no causa perjuicio al predio dominante (art. 3091 Ver Texto).

c) Asimismo, tiene derecho a sacar agua de los acueductos descubiertos y dar de beber allí a sus animales (art. 3090 Ver Texto). Este derecho debe entenderse dentro de límites razonables. Así, por ejemplo, ninguna limitación debe haber para, el derecho de sacar agua por medios manuales; en cambio, sacar agua por medios mecánicos puede disminuir el

caudal del acueducto; y si ello causara perjuicio al predio dominante, el dueño de éste tiene derecho a impedirlo (art. 3091 Ver Texto).

En cuanto al derecho de dar de beber a los animales, debe ser entendido siempre que el propietario del fundo sirviente tenga cuidado de que los animales no perjudiquen o destruyan el acueducto.

d) El propietario del fundo sirviente tiene derecho a impedir que el dominante convierta el acueducto subterráneo en descubierto o el descubierto en subterráneo. Lo primero puede serle inconveniente porque dificulta el paso por la superficie y, en general, el aprovechamiento de ésta; lo segundo, puede perjudicarlo porque lo priva del derecho de sacar agua del acueducto.

e) Está obligado a permitir la entrada de los trabajadores enviados por el dominante para limpieza y reparación del acueducto, como también las de un inspector o cuidador, siempre que estos derechos se ejerzan prudencialmente, de tiempo en tiempo o con la frecuencia que el juez determine, atendidas las circunstancias (art. 3086 Ver Texto).

f) No puede cubrir el acueducto abierto para utilizar el terreno, ni plantar árboles en los lados del acueducto sin asentimiento del dueño de la heredad dominante (art. 3092 Ver Texto). La prohibición de plantar árboles se justifica porque las raíces de éstos pueden perjudicar y obstruir el acueducto. Pero ello no significa la prohibición de plantar otros vegetales que no tengan esos peligros, tal como pueden ser viñas, verduras, etc. Es frecuente la utilización de las márgenes de los acueductos por el propietario del fundo sirviente; en algunas provincias se llama derecho de humedad a éste que tiene el propietario del fundo sirviente de aprovechar de las márgenes del acueducto.

1112/10480

C.— SERVIDUMBRE DE RECIBIR AGUA DE LOS PREDIOS AJENOS

1112/1104

1104. DISTINTOS CASOS.— Las servidumbres de recibir aguas de los terrenos vecinos pueden ser: a) de recibir aguas de los techos vecinos (goteraje y aguas servidas); b) de recibir aguas artificiales que brotan en el terreno del vecino (servidumbre de desagüe); y c) recibir aguas para desecar terrenos inundados (servidumbre de desagüe o avenamiento).

Estas servidumbres son continuas y aparentes, si hubiese alguna señal exterior permanente de la salida de las aguas por el inmueble sirviente (art. 3093 Ver Texto); se reputan siempre servidumbres reales, si no hubiese convención en contrario (art. citado).

1112/1105

1105. SERVIDUMBRE DE RECIBIR AGUAS PLUVIALES O SERVIDAS.— Al estudiar las restricciones y límites del dominio, dijimos que los propietarios de terrenos y edificios están obligados a construir los techos de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle, pero no sobre el suelo del vecino (art. 2630 Ver Texto). Ello no impide, sin embargo, que se constituya una servidumbre que obligue al vecino a recibir tales aguas. Los arts. 3094 Ver Texto y siguientes reglamentan esta servidumbre no coactiva.

Dispone el art. 3094 Ver Texto que cuando se hubiese constituido una servidumbre de recibir las aguas de los techos vecinos, el dueño del inmueble no podrá hacer salir o caer aguas de otro inmueble, aunque éstas se reúnan a las del primero; u otras aguas que al tiempo de la constitución de la servidumbre salían o caían por otra parte ni hacer salir o caer aguas servidas en vez de aguas pluviales.

Se trata de normas interpretativas, y están inspiradas como puede apreciarse en un criterio restrictivo, es decir, favorable al fundo sirviente.

El art. 3095 Ver Texto agrega otras normas interpretativas: si en el instrumento constitutivo de la servidumbre de recibir las aguas se hubiese omitido algún punto importante, se procederá al arbitramento judicial, con el informe de peritos, pero bajo las siguientes bases.

1) Diciéndose en el instrumento que la servidumbre es de goteras o de recibir las aguas de los techos, sólo comprende las aguas pluviales y no las aguas servidas; disposición con la cual no se hace sino reiterar lo que ya se había expresado en el art. 3094 Ver Texto .

2) Si se dice en él que es de las aguas de una casa, se comprenden todas las aguas servidas de esa casa, incluso las de la cocina; pero no aguas inmundas o infestantes. Por aguas inmundas o infestantes debe comprenderse las que producen malos olores y no provienen del servicio doméstico (ver nota 25).

3) Diciéndose que es de aguas de un cierto establecimiento industrial, sólo comprende las aguas empleadas en la elaboración de ese establecimiento y no otras aguas servidas.

Por consiguiente, si se hubiese constituido la servidumbre en favor de un cierto establecimiento industrial y luego fuera cambiada la naturaleza de éste y las aguas que ahora arrojara fueran inmundas o infestantes, cuando el establecimiento anterior arrojaba otro tipo de aguas, no debe considerarse obligado a recibirlas (ver nota 26); pero si el establecimiento industrial aumentase de volumen y, por consiguiente, arrojase mayor cantidad de aguas servidas, el dueño del fundo sirviente tendrá obligación de recibirlas, si en el título constitutivo no se ha establecido una limitación expresa (ver nota 27).

4) Si en general se dice en el instrumento que es de todas las aguas de una casa sin excepción, se comprenden las aguas servidas o infestantes. Esta norma fue tomada de FREITAS (art. 4887, n° 7), quien agregaba que quedaban exceptuados de esta disposición los orines y excrementos, a menos de haber declaración expresa. Pero esta limitación evidentemente no rige en nuestro derecho, porque la supresión hecha por el codificador ha sido expresa y el alcance de tal convenio ha sido fijado en términos inequívocos por el inc. 4° de este artículo (ver nota 28).

1112/1106

1106.— Finalmente, el art. 3096 Ver Texto establece que en la servidumbre pasiva de recibir las aguas de los techos incumbe al poseedor del techo dominante conservar y limpiar los caños o tejados. Siendo dos o más los poseedores del techo dominante o si los tejados o casas echan en aguas de dos a más casas, cada uno de ellos contribuirá a la conservación y limpieza o desagüe que arrojen las aguas.

La limpieza de cada tejado corresponde naturalmente al propietario o poseedor de él; pero puede ocurrir que el desagüe se haga en el inmueble sirviente por un conducto o caño. En ese caso, corresponde también al propietario de fundo dominante la limpieza de dicho caño y es responsable de los daños que pueda ocasionar su obstrucción (ver nota 29).

1112/1107

1107. SERVIDUMBRE DE DESAGÜE.— Los propietarios de los fundos inferiores están obligados a recibir las aguas naturales que vengan de los fundos superiores; en cuanto a las aguas alumbradas artificialmente (molinos, bombas, etc.), el principio es que el propietario de los predios inferiores no está obligado a recibir dichas aguas (art. 2650 Ver Texto), salvo que por su abundancia sea imposible contenerlas (art. citado) o que hubieran sido llevadas por las necesidades del riego o las de los establecimientos industriales (art. 3097 Ver Texto). En este caso, se establece una servidumbre coactiva, mediante el pago de una justa indemnización (arts. 2650 Ver Texto y 3097 Ver Texto).

Más aún, el propietario del terreno superior que hace descender aguas artificiales a los terrenos inferiores no solamente está obligado a pagar la justa indemnización, sino también a hacer los gastos necesarios en los fundos inferiores para disminuir, en cuanto sea posible, el daño que le resulte de la corriente de las aguas (art. 3098 Ver Texto).

Están exentos de esta servidumbre los edificios, patios y jardines y las huertas en extensión de diez mil metros cuadrados (art. 3099 Ver Texto). Pero como dice MACHADO, cuando la servidumbre estuviera establecida y el terreno se dividiera de modo que la huerta no tuviera diez mil metros cuadrados, no podrá pretender liberarse, porque la ley sólo declara que cuando éstas tengan menos superficie de diez mil metros cuadrados, no pueden ser sometidas a esa servidumbre, no que las sometidas ya, se puedan liberar de ella (ver nota 30). De lo contrario, el dueño de fundo sirviente podría encontrar la vía para liberarse, por un rodeo, de una servidumbre coactiva.

1112/1108

1108. SERVIDUMBRE DE DESAGOTE O AVENAMIENTO.— Cuando un terreno se encuentra anegado por las aguas que lo perjudican e impiden su explotación agrícola, ganadera o industrial, o que lo hacen inhabitable, el dueño tiene derecho a desaguar el terreno por los inmuebles vecinos, sea por canales subterráneos o descubiertos, previa una justa indemnización (art. 3100 Ver Texto).

En suma, siempre que sea económicamente útil desaguar un terreno y ese desagüe pueda hacerse a través de las fincas vecinas, éstas están obligadas a permitir el desagüe, sea por canales subterráneos o descubiertos. Si las partes no se ponen de acuerdo en cómo debe ser el canal, el juez deberá dirimir la cuestión, teniendo en cuenta que no deben imponerse al propietario del fundo dominante gastos excesivos e innecesarios, como también que debe producirse el menor daño posible al fundo sirviente.

1112/1109

1109.— Para poder reclamar esta servidumbre, es necesario que se cumplan dos condiciones:

a) Que el propietario del fundo dominante garantice que puede proporcionar a las aguas una corrida suficiente como para impedir que queden estancadas en el predio sirviente (art. 3101 Ver Texto). De lo contrario se desagotaría un inmueble para anegar otro, y se impondría al propietario del fundo sirviente un sacrificio, sin justificación alguna.

b) El previo pago de una justa indemnización (art. 3100 Ver Texto). Hay que notar que mientras en las restantes servidumbres coactivas, la ley habla simplemente de que se debe pagar una justa indemnización, en este caso habla de que debe ser previa. No parece que la diferencia entre una situación y otra se justifique; de tal modo, que haber omitido en algún caso la exigencia de que la indemnización sea previa, no puede ser sino una inadvertencia del legislador. Salvo el caso de que se convenga entre las partes otra cosa (por ejemplo un pago periódico) la indemnización debe ser siempre previa al establecimiento de la servidumbre.

1112/1110

1110.— Quedan exentos de la obligación de conceder esta servidumbre los edificios, patios, jardines y las huertas en la extensión de diez mil metros cuadrados (art. 3102 Ver Texto). Es la misma excepción establecida por el art. 3099 Ver Texto en materia de servidumbre de desagüe y se aplica a ese supuesto lo dicho en el nº 1107.

1112/1111

1111.— Puede ocurrir que después de constituida la servidumbre de desagote, también el fundo sirviente se anegue y requiera una obra de desagüe. No se justificaría hacer un nuevo canal de desagüe cuando ya está construido el que sirve al vecino. El art. 3103 Ver Texto prevé esta situación y dispone: los propietarios de los fundos que atraviesen las aguas y los vecinos de estos fundos, tienen la facultad de servirse para la salida de las aguas de sus heredades de los trabajos hechos, bajo las condiciones siguientes: 1º) Restituir la indemnización que puedan haber recibido y contribuir a las que se hayan pasado a propietarios más remotos; 2º) Soportar una parte proporcional de los trabajos de que se aprovechen; 3º) Satisfacer los gastos de las modificaciones que el ejercicio de esta facultad pueda hacer necesarias; 4º) Contribuir a la conservación de las obras que resulten comunes.

1112/10490

D.— SERVIDUMBRE DE SACAR AGUA

1112/1112

1112. CONCEPTO Y CARACTERES.— La servidumbre de sacar agua de un inmueble vecino tiene los siguientes caracteres:

a) Ante todo, puede ser real o personal. Para ubicarla dentro de una de estas dos categorías, habrá que estar, en primer término, a lo que exprese el título constitutivo; si éste no define el punto, deberá tenerse en cuenta la siguiente pauta interpretativa si al constituir la servidumbre se han considerado las necesidades permanentes del fundo dominante, la servidumbre debe reputarse real; si se ha tenido en cuenta las necesidades personales de su poseedor, será personal. Así, por ejemplo, deberá reputarse real la servidumbre que se ha constituido para regar un cultivo de carácter permanente, como puede ser un viñedo; en tanto que será personal si el agua se saca para bebida del propietario o de su familia. Pero hay casos intermedios, no tan claros. Así, por ejemplo, la servidumbre destinada a regar una huerta hecha por el actual poseedor, ¿debe considerarse real o personal? El art. 3104 Ver Texto resuelve el problema diciendo que en caso de duda debe reputarse personal.

b) Según el art. 3104 Ver Texto , es siempre discontinuo y no aparente. Esta disposición legal se explica porque el codificador ha tenido en cuenta los modos de sacar agua propios de su época, que eran manuales. Sacar agua con baldes o tinajas de una fuente, un aljibe o un pozo, importa siempre una servidumbre discontinua y no aparente. Pero en la época moderna, hay otras formas mecánicas de sacar agua mediante molinos, bombas eléctricas, a motor de explosión, etc. Además, el agua una vez sacada, puede conducirse al predio dominante a través de una cañería. En este caso es obvio, ante todo, que se trata de una servidumbre aparente; más aún, es continua, porque se ejerce sin un hecho actual del hombre (art. 2975 Ver Texto) (ver nota 31). En realidad, la servidumbre de sacar agua extraída por medios mecánicos y conducida al predio dominante por tuberías, tiene los mismos caracteres de la servidumbre de acueducto, que es continua y aparente (art. 3083 Ver Texto).

La cuestión es importante, porque la servidumbre de sacar agua por medios manuales, por ser discontinua y no aparente sólo puede constituirse por contrato o testamento; en tanto que las continuas y aparentes pueden constituirse también por disposición del propietario o por usucapión (arts. 2997 Ver Texto y 3017 Ver Texto).

c) Nunca es coactiva; vale decir, sólo puede constituirse por contrato o disposición de última voluntad e, inclusive, por disposición del propietario o usucapión, si se tratase de la servidumbre de extraer agua por medios mecánicos, que, como lo hemos dicho, es aparente y continua.

1113. DERECHOS DEL DUEÑO DE LA HEREDAD DOMINANTE.— EL derecho fundamental del dueño de la heredad dominante es el de extraer agua del inmueble vecino y llevarla hasta su propiedad. Ese derecho esencial supone dos derechos accesorios: a) El derecho de paso (art. 3104 Ver Texto), sin el cual el ejercicio de la servidumbre sería imposible; b) El derecho de limpiar el aljibe, pozo o fuente de donde se extraiga el agua (art. 3105 Ver Texto).

1112/1114

1114.— Si el instrumento constitutivo de la servidumbre hubiese establecido el modo y tiempo de ejercerla, deberá estarse a lo que él disponga; si nada dispusiera, debe entenderse que el agua sólo puede ser sacada en horas de día y aun dentro del día, en horas que no sean inconvenientes; no podrá sacarse agua de noche o en horas inconvenientes a no ser en circunstancias extraordinarias (art. 3107 Ver Texto).

1112/1115

1115. DERECHOS DEL POSEEDOR DE LA HEREDAD SIRVIENTE.— El dueño o poseedor del inmueble en el que está el aljibe, la fuente o el pozo del cual se extrae agua, tiene también derecho a sacar agua y aun conceder igual derecho a otros, siempre que en el instrumento de la constitución de la servidumbre no le esté expresamente prohibido (art. 3106 Ver Texto). En todo caso, tanto sea que él saque agua, como que conceda a terceros otra servidumbre de sacar agua, debe entenderse siempre que tales derechos se le reconocen con la condición ¿o no perjudicar al primer dominante, ya sea alterando la pureza del agua o disminuyendo su caudal en términos que llegue a faltarle (art. 3106 Ver Texto).

(nota 1) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1944, nota 214, a; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1701; SEGOVIA, t. 2, p. 313, notas 3 y 4; MACHADO, t. 7, p. 560.

(nota 2) S.C. Tucumán, 8/10/1948, L.L., t. 52, p. 618; SALVAT, t. 3, n° 1944; MACHADO, t. 7, p. 560; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1701.

(nota 3) Así lo dice ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1946, nota 216, a, citando a PLANIOL, t. 3, n° 926; y DEMOLOMBE, t. 12, n° 609.

(nota 4) Véase en este sentido, BIBILONI, nota al art. 2731; SEGOVIA, t. 2, p. 315, nota 13; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1947, nota 219; ALLENDE, Tratado de las servidumbres, p. 381.

(nota 5) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1947, nota 219; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 5, n° 1707.

(nota 6) BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 1047.

(nota 7) S.C. Tucumán, 25/4/1960, L.L., t. 61, p. 289.

(nota 8) SALVAT, t. 3, n° 1948; MACHADO, t. 7, p. 567.

(nota 9) SALVAT, t. 3, n° 1948, siguiendo a PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, n° 931 y BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 1052, admiten que puede establecerse sobre los bienes del dominio público del Estado siempre que no hubiese incompatibilidad entre la servidumbre y el destino de esos bienes. Por nuestra parte, pensamos que estando el dominio público fuera del comercio, no es posible imponerle una servidumbre, conforme con la regla del art. 3002 Ver Texto ; y que este principio sólo debe ceder cuando no haya otra forma de resolver el problema de encerramiento del inmueble dominante, pues en este caso es evidente que el principio general debe ceder ante la exigencia ineludible de hacer habitable y explotable el fundo encerrado.

(nota 10) Véase una interesante aplicación de esta pauta legal en el fallo de la C. Apel. 1ª Córdoba, 31/7/1945, J.C., t. 4, p. 235, en el que se resolvió que no correspondía imponer la servidumbre al inmueble por donde pasaba el camino más corto.

(nota 11) Esto es así aunque el camino por las otras fracciones sea más largo e incómodo: C. Apel. 1ª La Plata, 13/3/1959, J.A., 1959-III, p. 605; S.C. Tucumán, 20/10/1948, L.L., t. 55, p. 590 y J.A., 1949-III, p. 199; C. Apel. 1ª Mercedes, 3/10/1944, L.L., t. 37, p. 730.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 20/11/1950, J.A., 1951-I, p. 491; S.C. Tucumán, 25/4/1950, L.L., t. 61, p. 289.

(nota 13) De acuerdo en esta crítica, SEGOVIA, t. 2, p. 314, n° 8; LAFAILLE, t. 2, n° 1567.

(nota 14) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 565.

(nota 15) S.C. Tucumán, 18/3/1952, J.A., 1953-II, p. 350; L.L., t. 67, p. 101.

(nota 16) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 576.

(nota 17) SEGOVIA, t. 2, p. 317, nota 19.

(nota 18) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1957; LAFAILLE, t. 2, n° 1574.

(nota 19) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 1961; SEGOVIA, t. 2, p. 333, nota 17; MACHADO, t. 7, p. 572.

(nota 20) MACHADO, después de decir que el art. 3082 Ver Texto no debe tomarse en sentido limitativo y comprende en general el cultivo, plantaciones y pastos en lo que se refiere a la agricultura y la ganadería agrega, lo que nos parece contradictorio y sorprendente, que no se puede exigir servidumbre para dar de beber a los ganados (t. 7, p. 579).

(nota 21) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 580.

(nota 22) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 1963, nota 234-B; SEGOVIA, t. 2, p. 319, nota 27.

(nota 23) SEGOVIA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 24) En este sentido, SEGOVIA, t. 2, p. 320, nota 34.

(nota 25) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 597.

(nota 26) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 598.

(nota 27) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 598.

(nota 28) En contra, MACHADO, t. 7, p. 598.

(nota 29) De acuerdo, MACHADO, t. 7, p. 593.

(nota 30) MACHADO, t. 7, p. 594.

(nota 31) Están de acuerdo en que esta servidumbre de extraer agua por medios mecánicos es aparente: SEGOVIA, t. 2, p. 325, nota 72 y ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 1992, nota 252, aunque a nuestro juicio con evidente error, hablan de que en este caso la servidumbre es discontinua.

1112/10500

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

1112/10510

CAPÍTULO XVI - HIPOTECA (ver nota 1)

1112/10520

§ 1. Conceptos generales

1112/1116

1116. DISTINTOS TIPOS DE GARANTÍAS.— Como dice HEDEMANN, el crédito tiene su punto de partida en una relación personal. Opera una mediación entre dos necesidades opuestas: una parte necesita dinero, desea conseguirlo; la otra tiene dinero y quiere obtener rendimiento de él, colocarlo (ver nota 2). Cuando la parte que ofrece el dinero tiene confianza en la solvencia moral y económica del deudor, no hay problemas de garantías. Pero ocurre a veces que tal confianza no existe y entonces el prestamista exige seguridades de que, a su debido tiempo, su crédito será satisfecho. Fundamentalmente esas garantías son de dos tipos:

a) De carácter personal; en este caso el acreedor se satisface con que otra persona cuya solvencia le merece crédito, afiance la obligación, de tal modo que ahora el acreedor tendrá dos deudores, aunque su confianza generalmente está puesta en el fiador.

b) Pero suele ocurrir que, o bien el acreedor no se satisface con una garantía meramente personal o bien el deudor no está en condiciones de ofrecer ningún garante al acreedor. Entonces la deuda se garantiza con una cosa: es la llamada garantía real. Esta garantía real puede asumir distintas formas: 1) El deudor entrega al acreedor en plena propiedad una cosa con el compromiso por parte de éste de restituirla una vez que el deudor haya pagado su deuda. Es la llamada venta con pacto de retroventa; 2) Puede ocurrir también que el deudor no transfiera al acreedor la propiedad de la cosa, sino simplemente su posesión, comprometiéndose a devolver la cosa cuando la deuda sea pagada. Es lo que ocurre con la prenda y la anticresis. Esta modalidad de garantía admite variantes: o bien el acreedor tiene solamente la tenencia de la cosa, pero no el derecho de uso, goce, disfrute y aprovechamiento; o bien tiene estos derechos y debe imputar los frutos y productos percibidos para amortizar la deuda; 3) Finalmente, la garantía puede consistir, no en la adquisición de la propiedad o de la posesión de la cosa, sino en el derecho de ejecutarla y hacerla vender en subasta pública, para cobrarse su crédito con el producido de la venta. Fácil es advertir que esta última garantía corresponde a una cultura jurídica más refinada: el acreedor no pone la mano sobre la casa pero, por medio de ciertos recursos que la ley le reconoce, está en cierta forma en la condición de quien la tiene en su poder. Ésta es sustancialmente la idea a la que responde la hipoteca. Veamos cómo se elaboró el concepto.

1112/1117

1117. BREVE NOTICIA HISTÓRICA SOBRE LA HIPOTECA (ver nota 3).— Las distintas formas de garantías reales que hemos trazado esquemáticamente en el número anterior, se ven reflejadas en la evolución que ellas tuvieron en Roma. En el Derecho Romano primitivo se practicó la llamada fiducia cum creditore, que consistía en una efectiva transmisión de la propiedad de la cosa con el compromiso por parte del comprador de restituirla al vendedor si le era pagado el crédito asegurado.

En una segunda etapa nace el pignus, que consistía en la transferencia no ya de la propiedad sino simplemente de la posesión de la cosa, que era devuelta cuando la deuda era satisfecha.

La insuficiencia de estos medios de garantía se puso de manifiesto particularmente en las relaciones entre arrendador y arrendatario. El problema consistía en garantizar al arrendador el pago del arriendo pactado; pero el arrendatario no podía entregar, en garantía de ello, las únicas cosas que constituían su verdadera hacienda, es decir los instrumentos de

labranza (*invecta et illata*), porque entonces se veía privado precisamente de los instrumentos que le permitían hacer producir a la propiedad. En el caso, coincidían el interés del propietario y del arrendatario en dejar esos instrumentos de labranza en manos de éste. Pero era necesario arbitrar un medio que supusiera una garantía para el arrendador. Un pretor llamado SALVIUS introdujo un interdicto que permitía al arrendador no pagado tomar posesión de los instrumentos de labranza en el caso de que la deuda no fuera pagada a su debido tiempo. Pero el remedio era insuficiente, porque el arrendador no tenía derecho de persecución, de tal manera que si el arrendatario se había desprendido de los instrumentos de labranza, aquél perdía el derecho que le confería el interdicto Salviano (ver nota 4). Entonces otro pretor llamado SERVIUS, introdujo una acción que le permitía al arrendador perseguir los instrumentos de labranza de cualquier persona que los poseyera, creando así una preferencia con todos los caracteres esenciales de la actual hipoteca.

Habiendo demostrado la experiencia la utilidad del procedimiento, la acción serviana fue extendida a otras hipótesis y, finalmente, a toda clase de *pignus* por JULIANO, al redactar el Edicto Perpetuo, en tiempo de ADRIANO. Esta acción es llamada *actio quasi serviana* o *hypothecaria*, con todos los caracteres de una acción reipersecutoria.

1112/1118

1118. ¿ES LA HIPOTECA UN DERECHO REAL? (ver nota 5).— Tradicionalmente se ha reputado a la hipoteca como un derecho real. Esta concepción ha sufrido los embates de la doctrina moderna, que le ha negado tal carácter. Se sostiene que desde el momento en que el acreedor hipotecario no adquiere la posesión de la cosa que permanece en poder del deudor, no se da el elemento característico de los derechos reales, que es la relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. Y ni siquiera en caso de incumplimiento de la obligación, tiene el acreedor derecho a quedarse con la cosa; su derecho se limita a hacerla vender y pagarse con el producido de su venta, lo que puede hacer con cualquier otro bien del patrimonio del deudor.

Así, MARCADÉ ha sostenido que la hipoteca no es un derecho real sino un derecho creditorio que se ejerce contra un inmueble (ver nota 6).

Con mayor rigor científico, CARNELUTTI niega también que la hipoteca tenga el carácter de un derecho real sobre el inmueble; sostiene que se trata simplemente de un derecho que acuerda rango preferente en el momento de distribuirse el producto de la expropiación forzada; es decir, no se trata de un derecho sustantivo, sino de un derecho subjetivo procesal. Por ello, no debe hablarse de un derecho real de hipoteca sino de acción hipotecarla; la acción hipotecaria sería tan sólo una acción ejecutiva pero considerablemente reforzada, ya que permite ejecutar el inmueble aun cuando éste hubiere salido del patrimonio del deudor y además le confiere al acreedor un privilegio respecto de los otros acreedores (ver nota 7).

Aunque atrayente a primera vista, la doctrina procesalista no termina convenciendo de que estemos en presencia simplemente de una acción procesal y no de un verdadero derecho real. Es verdad que la hipoteca no confiere al acreedor la posesión de la cosa, ni un derecho de goce de ella; pero también el propietario que arrienda la cosa, pierde su posesión en sentido estricto, que significa la tenencia, goce y disfrute de una cosa, y no por eso deja de tener un derecho real sobre ella. De lo que no puede dudarse, es de que el acreedor hipotecario tiene derechos que recaen sobre la cosa misma. Ese derecho sobre la cosa se demuestra inequívocamente en la obligación que el art. 3157 Ver Texto hace recaer sobre el propietario de abstenerse de cualquier acto de disposición material o jurídica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado; de igual modo el art. 2999 Ver Texto dispone que no pueden ser opuestas al acreedor hipotecario las servidumbres que el dueño del inmueble hubiese constituido sobre ese bien. Ese derecho sobre la cosa se pone de manifiesto también en la circunstancia de que el acreedor puede ejecutarla cualquiera que sea su actual propietario; en otras palabras, es indiferente quién sea el titular del dominio: la cosa queda así bajo la manus del acreedor, cualesquiera sean las transmisiones de propiedad sobre ella. Y justamente por esta razón, un inmueble hipotecado disminuye de manera sustancial su valor de venta, de tal manera que queda afectada la libre disposición del bien en uno de sus elementos esenciales. Es verdad que el propietario conserva siempre el derecho de enajenar el inmueble, pero se trata de un derecho cuyo significado económico ha disminuido sustancialmente. Esto explica que en toda la economía de nuestro Código la hipoteca sea reputada un acto de disposición; en la nota al art. 3755 Ver Texto se dice que es una manera de enajenación y el art. 3119 Ver Texto dice que es necesario tener capacidad de enajenar bienes inmuebles para constituir hipoteca.

En suma, pensamos que no puede dudarse de que la hipoteca es un derecho real (ver nota 8). Aunque hay que reconocer que se trata de un derecho real de naturaleza peculiar, desde el momento que no brinda ni la posesión ni el goce de la cosa. Es un derecho real de naturaleza refinada, en donde el poder o señorío sobre la cosa se ejerce, no a través del contacto con ella, sino del juego de instituciones jurídicas que equivalen a que el acreedor la tenga en su poder para cobrarse de ella. Que esto es así, se advierte claramente en la evolución histórica de las garantías reales en Roma, donde se demuestra cómo se llegó a lo que podríamos llamar la espiritualización de ese derecho real sobre la cosa que es la hipoteca.

1112/1119

1119. DEFINICIÓN Y CARACTERES.— El art. 3108 Ver Texto define la hipoteca de la siguiente manera: es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. Esta definición ha sido tachada de insuficiente, porque no expresa todos los caracteres de la hipoteca y porque no menciona que la hipoteca puede ser constituida por una persona distinta del deudor. Pero una

definición es simplemente un concepto general, y no es necesario que enuncie todos los caracteres de la institución, si éstos, de todas maneras, surgen de otras disposiciones legales (ver nota 9). Y nos parece que el art. 3108 Ver Texto da una idea bastante clara de lo que es la hipoteca en nuestro Código, si bien admitimos que el concepto podría precisarse de manera algo más rigurosa. Vaya, como ejemplo, el art. 1707 del Anteproyecto de 1954 que define la hipoteca como el derecho constituido en garantía de una deuda cierta en dinero, propia o ajena, sobre alguna cosa inmueble que continúa en poder del constituyente.

De la definición del art. 3108 Ver Texto y de otras disposiciones del Código que en su momento estudiaremos, surgen los siguientes caracteres de la hipoteca: a) es un derecho accesorio de un crédito en dinero; b) recae sobre inmuebles; c) es solemne; d) es indivisible; e) es convencional; f) está sujeta a la regla de la especialidad. Nos ocuparemos de todos estos caracteres en los números que siguen.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FERNÁNDEZ, Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios, Buenos Aires, 1941; CAMMAROTA, Tratado de Derecho hipotecario, Buenos Aires, 1942; MARIANI DE VIDAL, Derecho hipotecario, Buenos Aires, 1927; *id.*, Curso de derechos reales, t. 3; HIGHTON, Derechos reales de garantía, Buenos Aires, 1980; SALVAT, Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales, anotado por ARGANARAZ, t. 4; RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, Milano, 1956; PRAYONES, DASSEN y LAQUIS, Tratado de Derecho hipotecario, 3ª ed., Buenos Aires, 1961; GRECO, Enajenación de cosa hipotecada, Buenos Aires, 1967; CAPÓN FILAS, Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil argentino, Buenos Aires, 1953.

(nota 2) HEDEMANN, Tratado de derecho civil, Derechos reales, p. 385.

(nota 3) Aunque la bibliografía sobre este punto es muy nutrida, recomendamos particularmente: MAYNZ, Droit romain, t. 1, § 239; ARANGIO RUIZ, Instituciones de Derecho Romano, trad. española, Buenos Aires, p. 291 y sigs.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t 3, p. 518.

(nota 4) Parece, empero, que la venta de los instrumentos de labranza tenía consecuencias penales: MAYNZ, Droit romain, T. 1, § 239.

(nota 5) Recomendamos para la profundización de este punto el excelente estudio de CAPÓN FILAS, Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil argentino, Buenos Aires, 1953.

(nota 6) MERCADÉ, t. 2, n° 360.

(nota 7) CARNELUTTI, *Studii per Chiovenda*, págs. 221 y sigs., cit. por RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, n° 6, quien cita entre los seguidores de CARNELUTTI a LIEBMANN, CARNACINI, JAEGER, GARBAGNATI, VOCINO y FERRANTE. Entre nosotros adhiere a este punto de vista, FERNÁNDEZ, *De la hipoteca, la prenda y demás privilegios*, t. 1, n° 109.

(nota 8) Ésta es la opinión prácticamente unánime en nuestra doctrina, con la sola excepción (por lo menos hasta donde llega nuestra información) de FERNÁNDEZ, loc. cit. en nota 1208.

(nota 9) Buena prueba de lo que afirmamos es la definición analítica intentada por MARIANI DE VIDAL (*Derecho hipotecario*, p. 24), que es un loable esfuerzo por reunir en una sola enunciación todos los caracteres de la hipoteca y que, muy interesante del punto de vista doctrinario, sería impropia de un texto legal. Dice así: la hipoteca es el derecho real convencionalmente constituido sobre uno o varios inmuebles especial y expresamente determinados, para garantizar, previa publicidad para hacerla oponible a terceros, por medio del *ius persecuti* (que la permite caer sobre la o las cosas afectadas en cualquier mano que se encuentren) y del *ius preferendi* (derecho a cobrarse con privilegio sobre el precio obtenido de la ejecución de la o las mismas) un crédito cierto y determinado en dinero del cual resulta accesoria, permaneciendo el o los inmuebles —que, salvo pacto en contrario, quedan afectados en su totalidad y en cada una de sus partes al pago del todo y de cada una de las partes del crédito— en poder del propietario constituyente, que puede ser el deudor del crédito garantizado a un tercero que afecta su inmueble sin obligarse personalmente conservando dicho constituyente las facultades inherentes a su derecho de propiedad sobre la cosa, siempre y cuando su ejercicio no redunde en perjuicio de la garantía que la afecta.

1112/10530

A.— ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA

1112/1120

1120. PRINCIPIO Y CONSECUENCIAS.— Según lo hemos dicho ya, la hipoteca es un derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero (art. 3108 Ver Texto , C. Civil). De allí surge naturalmente que la hipoteca es accesoria de la obligación personal

contraída por el deudor. Las consecuencias que se desprenden de esta idea son las siguientes:

a) La hipoteca sigue la suerte de la obligación principal: si ésta se extingue por pago o prescripción, se extingue también la hipoteca; si la obligación principal se declara anulada, queda inválida la hipoteca. Sobre este punto hay que distinguir la extinción del derecho real de hipoteca y la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es posible que la obligación principal se haya extinguido o anulado, y que, sin embargo, no se haya procedido a cancelar la hipoteca en el Registro. La cancelación es nada más que el cumplimiento de una mera formalidad; hasta que no se cumpla podrá traer algunos inconvenientes para la disponibilidad del bien, pero de cualquier manera la hipoteca está ya extinguida. Por la misma razón de que la hipoteca sigue la suerte de la obligación principal, la cesión del crédito al cual sirve de garantía significa la cesión de la hipoteca (art. 1458 Ver Texto). Lo mismo ocurre en caso de transmisión del crédito mortis causa (arts. 3417 Ver Texto y 3786 Ver Texto).

b) Como consecuencia del mismo principio de la accesoriedad, se ha decidido que es competente para entender, en la ejecución hipotecaria el juez que lo sea en la acción personal nacida del crédito que se ejecuta (ver nota 1). Por idéntica razón, las ejecuciones hipotecarias son atraídas por los juicios universales, sean sucesorios (ver nota 2) o concursos (ver nota 3).

Se ha sostenido que si bien es verdad que en el caso normal de ejecución hipotecaria, es competente el juez correspondiente a la acción personal ejercida, en cambio no lo sería si se ejerce una pura acción real de hipoteca, como, ocurre en el caso de que se ejecute a un tercer poseedor, quien no siendo deudor adquiere la cosa hipotecada y tiene que soportar la ejecución precisamente por el carácter real del derecho que grava la cosa (ver nota 4). No es ese, sin embargo, el sistema seguido por el Código Procesal. En el art. 599 Ver Texto se establece que si del informe del Registro de la Propiedad resultare que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquél se intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él. Esto significa que la ejecución contra el tercer poseedor presupone siempre la previa ejecución del deudor primitivo y que en caso de no ser pagado éste, el tercer poseedor es llamado a juicio en el mismo expediente y por consiguiente, por el mismo juez que intervino en la acción seguida contra el deudor, es decir, el juez competente en las acciones personales.

En cambio, es indudable que la acción puramente hipotecaria que brinda el art. 3158 Ver Texto al acreedor para impedir que el deudor disminuya el valor del inmueble hipotecado, es una acción real tendiente a resguardar la garantía hipotecaria y, por consiguiente, es competente el juez del lugar en donde está situado el inmueble (art. 5 Ver Texto , inc. 1º, C. Procesal) (ver nota 5).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 23/12/1965, L.L., t. 123, p. 962, fallo 13.833-S; Sala C, 3/8/1967, E.D., t. 20, p. 229; íd., 10/12/1968, E.D., t. 26, p. 461; S.C. Buenos Aires, 18/11/1969, L.L., t. 138, p. 142 y E.D., t. 30, p. 306.

(nota 2) Fallos citados en nota anterior.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 27/7/1970, E.D., t. 33, p. 603, n° 46.

(nota 4) MARIANI DE VIDAL, Derecho hipotecario, p. 36.

(nota 5) De acuerdo, MARIANI DE VIDAL, Derecho hipotecario, p. 37.

1112/10540

B.— RECAE SOBRE INMUEBLES

1112/1121

1121. PRINCIPIO.— EL art. 3108 Ver Texto establece expresamente que la hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes inmuebles. Ya volveremos sobre este tema al hablar del objeto de la hipoteca. Por ahora diremos que lo verdaderamente característico de la hipoteca es que el bien hipotecado permanece en poder del deudor, de tal modo que no hay nada en la naturaleza misma del derecho que impida la hipoteca de bienes muebles. Sin embargo, como el Código Civil mantiene rigurosamente el principio tradicional de que la hipoteca solamente pueda recaer sobre inmuebles, las leyes han creado la hipoteca mobiliaria disimulándola bajo el nombre de prenda con registro (véase n° 1137).

1112/10550

C.— CARÁCTER SOLEMNE

1112/1122

1122. PRINCIPIO LEGAL.— Dispone el art. 3128 Ver Texto que la hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos que sirviendo de títulos al dominio o derecho real estén expedidos por autoridad competente para darlos y deben hacer fe por sí mismos.

Estos requisitos formales tienen carácter solemne, de tal modo que su falta priva de todo efecto a la hipoteca (arts. 3115 Ver Texto y 3128 Ver Texto). En consecuencia no sería válida una hipoteca constituida por instrumento privado aunque fuere protocolizado (ver nota 1). Es necesario agregar que la hipoteca sólo queda perfeccionada como derecho real cuando se la inscribe en el Registro de la Propiedad (art. 2505 Ver Texto); hasta ese momento ella no produce efectos contra terceros (arts. 2505 Ver Texto y 3135 Ver Texto). Pero esta regla no es absoluta porque respecto del escribano y los testigos que han intervenido en el otorgamiento de la escritura, la hipoteca produce todos los efectos de tal aunque no se haya inscripto (art. 3135 Ver Texto).

(nota 1) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 338; SALVAT, t. 4, ° 2297.

1112/10560

D.— CONVENCIONALIDAD DE LA HIPOTECA

1112/1123

1123. REGLA LEGAL.— El art. 3115 Ver Texto del Código Civil establece categóricamente el principio de que no hay, otra hipoteca que la convencional. El codificador juzgó indispensable fijar en forma expresa el principio, dado que en la legislación española vigente hasta entonces en nuestro país, se admitían los llamados peños legales y judiciales (Partida 5^a, título 13, leyes 14, 23, 24, 26, 28 y 33). Las hipotecas legales surgían de la misma ley; así, por ejemplo, la que pesaba sobre los bienes del marido para responder por los bienes dotales de su mujer; la que pesaba sobre los guardadores de menores por los saldos de las cuentas de la administración, etc. Estas hipotecas generales que subsisten todavía en algunos países, tienen gravísimos inconvenientes sobre todo porque son indeterminadas y ocultas, desde que surgen por mera disposición legal y con independencia de su registro. Con buen criterio, VÉLEZ SANSFIFLD decidió suprimirlas.

En cuanto a las llamadas hipotecas judiciales, no eran sino un gravamen que recaía sobre los inmuebles presentes y futuros del deudor que había sido condenado judicialmente a cumplir su obligación.

En nuestro derecho este sistema está sustituido con ventaja por el embargo y las inhibiciones.

1112/10570

E.— INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

1112/1124

1124. EL PRINCIPIO.— El art. 3112 Ver Texto sienta enfáticamente el principio de la indivisibilidad de la hipoteca. Dispone que la hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ellas. Esto significa que mientras haya un saldo impago, la hipoteca subsiste íntegra sobre la totalidad del inmueble.

1112/1125

1125.— El principio de indivisibilidad de la hipoteca se aplica aun al caso en que una hipoteca comprenda varios inmuebles. El acreedor tiene en tal caso el derecho a perseguir todos los inmuebles simultáneamente o a hacer ejecutar uno sólo de ellos, aun en el caso de que algunos de dichos inmuebles se encuentren actualmente en el dominio, de terceros poseedores (arts. 3113 Ver Texto y 3114). En este punto, la ley 17711 ha introducido una interesante novedad. En su texto primitivo el art. 3113 Ver Texto disponía que el acreedor cuya hipoteca se extiende a varios inmuebles tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles para ser pasados con su valor de la totalidad de su crédito aunque sobre él se hubiesen constituido posteriormente otras hipotecas. Este texto fue reemplazado por el siguiente: el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá a su elección perseguirlos a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos, aunque hubieren pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Ello no obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.

La nueva norma mantiene los principios consagrados por los arts. 3113 Ver Texto y 3114 en su redacción originaria, pero introduce una importante salvedad: autoriza al juez a que, por causa fundada, fije un orden con independencia de la voluntad del acreedor.

La solución es muy importante, porque a veces el acreedor, con evidente abuso, suele elegir el inmueble cuya ejecución más perjuicios ocasione al deudor o a un tercero. Veamos algunas hipótesis: a) El acreedor elige, entre los distintos inmuebles aquel en el cual el deudor tiene constituido su hogar, cuando sin inconveniente para él, puede elegir otros. El caso es todavía más irritante si el deudor está separado, de su familia que vive en el inmueble ejecutado, pudiendo haber incluso colusión entre el acreedor y el deudor para ejecutar precisamente ese bien; b) El acreedor elige entre; varios inmuebles el que tiene una segunda hipoteca, con lo cual el segundo acreedor hipotecario se queda sin garantía real; c) El inmueble ejecutado ha sido vendido posteriormente a un tercero; éste se verá privado de su propiedad cuando el acreedor hipotecario podía haber elegido otro inmueble que permanece en poder del deudor.

De una manera general puede afirmarse el principio de que cuando la ejecución de alguno de los varios inmuebles hipotecados puede ocasionar perjuicios innecesarios al deudor o a un tercero, el juez está autorizado a fijar el orden para la venta de los bienes gravados. Es una norma moralizadora y una aplicación concreta de la teoría del abuso del derecho, también acogida por la ley 17711 . Claro está que el acreedor puede aducir razones serias para seguir el orden elegido por él; en ese caso el juez deberá reconocer el derecho de elección que le brinda el principio general sentado por los arts. 1113 Ver Texto y 3114 Ver Texto , pues entonces no hay abuso en su conducta, aunque al deudor o a terceros pudiera convenirles un orden distinto de venta.

Debe reconocerse personería para pedir al juez la fijación del orden en que deben hacerse las ventas no sólo al deudor ejecutado, sino también a los terceros afectados por la ejecución.

1112/1126

1126.— Otra de las consecuencias de la indivisibilidad de la hipoteca es que la cancelación parcial de la deuda no da lugar a la extinción parcial de la hipoteca (arts. 3112 Ver Texto y 3187 Ver Texto).

1112/1127

1127.— El carácter indivisible de la hipoteca no afecta en lo más mínimo la divisibilidad del crédito al cual sirve de garantía, porque la hipoteca es un simple accesorio. De allí surge

que el codeudor propietario del inmueble hipotecado, si es deudor simplemente mancomunado, está facultado para pagar su parte en la deuda y el acreedor no podría rehusar el pago invocando la indivisibilidad de la hipoteca; de igual modo, cada uno de los coacreedores sólo tiene el derecho a reclamar el pago de su parte en el crédito, sin que el deudor pueda rehusar el pago de ella (ver nota 1).

1112/1128

1128.— Se entiende que el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, no excluye la posibilidad de que las partes convengan expresamente que ella será divisible, ya que la indivisibilidad no hace a la esencia de la hipoteca sino a su perfección como garantía del pago de la obligación principal. Pero si el mismo acreedor está de acuerdo en la división de la hipoteca ningún inconveniente hay en que así se haga (ver nota 2).

1112/1129

1129. LAS EXCEPCIONES.— El principio de la indivisibilidad refuerza de una manera notable la seguridad que importa la hipoteca para el acreedor; pero a veces conduce a soluciones injustas con grave e innecesario perjuicio para el deudor. En nuestra ley se admiten hoy dos excepciones muy importantes a este principio:

1112/1130

1130. a) Venta en lotes.— En su redacción originaria el art. 3112 Ver Texto se limitaba a establecer el principio de la indivisibilidad. En la práctica, su aplicación rigurosa conducía, a veces a resultados muy injustos. No obstante ser evidente que la deuda podía ser atendida con la venta de sólo una parte del inmueble, el rigor del art. 3112 Ver Texto impedía atender este razonable pedido del deudor. El inconveniente de la solución legal se puso de manifiesto de una manera muy viva a raíz de la crisis de 1930 e indujo al legislador a dictar en 1933 la ley 17725 que dispuso se agregara al art. 3112 Ver Texto del Código Civil el siguiente párrafo: sin embargo en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor.

Para que proceda la división en lotes, es necesario:

1) Primero que esa división sea posible. Obviamente la posibilidad no alude tan sólo a la material o física, sino que hay que tener en cuenta si con ello no se perjudica

sustancialmente el inmueble. Hacemos notar que la ley habla de lotes; pero evidentemente también puede dividirse un inmueble en propiedad horizontal. De igual manera si la hipoteca comprende varios inmuebles es evidente que se los puede vender separadamente (ver nota 3).

2) Es necesario además que la división no produzca un perjuicio al acreedor como ocurriría si de ella resultara una disminución eventual del precio a obtener, y hubiera peligro de que no se pudiera atender la totalidad del crédito; o si las dificultades administrativas para la aprobación del plano amenazan prolongarse por largo tiempo (ver nota 4).

1112/1131

1131.— Supongamos ahora que el contrato de mutuo hipotecario contenga una cláusula según la cual la venta debe hacerse en bloque ¿puede no obstante ello el juez disponer la venta en lotes? La jurisprudencia se inclina a considerar que el art. 3112 Ver Texto no es de orden público y que, por lo tanto, debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad: la venta pues, debe hacerse en bloque (ver nota 5). No compartimos ese criterio. Sabido es que en el mutuo hipotecario el que impone las condiciones es casi siempre el prestamista; entre las numerosas cláusulas de protección de sus intereses que ellos o los escribanos suelen introducir en las escrituras, está la de la venta en bloque, que los deudores aceptan sin reparar muchas veces en su verdadero sentido. Si planteada la cuestión el juez aprecia que de la división no se sigue perjuicio al acreedor (requisito indispensable para que proceda la venta en lotes) no podrá pretender el acreedor hacer uso del derecho que le da la escritura hipotecaria sin incurrir en un verdadero abuso del derecho. Hacemos notar que la jurisprudencia a que hemos aludido es anterior a la ley 17711 ; es dudoso que ella se pueda mantener después de la reforma que esa ley introdujo al art. 1071 Ver Texto , C. Civil.

1112/1132

1132.— ¿Quién tiene legitimación para pedir el fraccionamiento? Desde luego no cabe ninguna duda que la tiene el deudor. Pero cabe preguntarse si la tiene también el propio acreedor hipotecario ejecutante. Podría ocurrir, en efecto, que la venta en lotes fuera más conveniente porque permite alcanzar precios más elevados. En tal caso, es lógico concederle también al deudor el derecho a pedir el fraccionamiento (ver nota 6). Inclusive parece razonable reconocerle igual derecho al segundo acreedor hipotecario (ver nota 7), que puede tener interés en lograr un precio mayor que permita atender también su crédito.

1112/1133

1133.— El pedido de división en lotes puede hacerse hasta el momento de quedar firme el auto que ordena la venta (ver nota 8).

La decisión de si procede o no la venta fraccionada, si ella ocasiona o no perjuicio al deudor, es cuestión que queda librada a la prudente apreciación judicial (ver nota 9).

Si hay oposición por parte del acreedor a la venta fraccionada, la cuestión debe decidirse en incidente sumario, en el que la prueba de peritos para apreciar la pertinencia y conveniencia de la venta en bloques es de particular importancia (ver nota 10).

1112/1134

1134. Hecha la venta en lotes, se ordenará la cancelación parcial de la hipoteca (art. 3112 Ver Texto , segundo párrafo) cuando el resultado de la venta no haya cubierto el monto total del crédito.

1112/1135

1135. b) Propiedad horizontal.— La ley 19724 sobre prehorizontalidad ha reconocido el derecho de los adquirentes de los departamentos a obtener la cancelación parcial de la hipoteca al escriturar cada unidad (art. 23 Ver Texto). A nuestro juicio ese derecho no solamente lo tienen en el momento de escriturar, sino que también pueden hacerlo en el momento de la ejecución de la hipoteca. Es la solución que surge claramente tanto del espíritu de la ley 19724 , como del mismo art. 3112 Ver Texto , C. Civil.

Esta posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca tiene la mayor importancia desde el punto de vista de los compradores, que de esta manera pueden liberar su departamento sin verse arrastrados a una subasta pública por la insolvencia del constructor o por la falta de recursos de los restantes adquirentes.

1112/10580

F.— ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

1112/1136

1136. EL PRINCIPIO; REMISIÓN.— Se entiende por principio de la especialidad el que exige que la hipoteca se constituya sobre inmuebles determinados y por una suma de dinero también cierta y determinada. De este importante principio que nuestro Código ha admitido expresamente, nos ocuparemos más adelante (nº 1171 y sig.).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 25/6/1963, L.L., t. 112, p. 805, 9758-S; íd., 25/7/1972, E.D., t. 45, p. 598; Sala D, 6/8/1962, L.L., t. 109, p. 977, 8732-S; Sala F, 8/7/1962, L.L., t. 108, p. 919, 8350-S; C. Apel. 2ª La Plata, 26/9/1961, L.L., t. 105, p. 829; SALVAT, t. 4, nº 2209.

(nota 2) C. Apel. Mercedes, 30/11/1954, L.L., t. 77, p. 274 y J.A., 1955-II, p. 140; La doctrina es unánime.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 4/11/1931, J.A., t. 36, p. 1695; C. Civil 2ª Cap., 19/6/1929, J.A., t. 30, p. 149; C. Civil 2ª Cap., 2/10/1941, J.A., t. 76, p. 593.

(nota 4) Así ocurría en un caso resuelto por la C. Civil Cap., Sala A, 16/5/1963, L.L., t. 112, p. 797, fallo 9683-S.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 13/7/1938, J.A., t. 63, p. 130; C. Civil 2ª Cap., 18/11/1935, J.A., 52, p. 516; C. Com. Cap., Sala A, 29/7/1959, L.L., t. 100, p. 167.

(nota 6) De acuerdo, ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 4, nº 2212-B; LAFAILLE, t. 3, nº 1677; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 327.

(nota 7) De acuerdo, autores citados en nota anterior.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 16/10/1958, L.L., t. 92, p. 62, Voz Hipoteca, nº 1; Sala D, 21/12/1960, J.A., 1960-I, p. 441; C. Apel. 2ª La Plata, 15/3/1938, L.L., t. 10, p. 42.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 17/9/1959, L.L., t. 97, p. 227; J.A., 1960-II, p. 556; ARGANÑARAZ, en SALVAT, Reales, t. 4, nº 2212-a; LAFAILLE, t. 3, nº 1677; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 325.

(nota 10) De acuerdo, ARGANÑARAZ en SALVAT, t. 4, nº 2212 a.

1112/10590

§ 2. Objeto de la hipoteca

1112/10600

A.— COSAS QUE PUEDEN SER HIPOTECADAS

1112/1137

1137. EL PRINCIPIO: SÓLO LOS INMUEBLES PUEDEN SER HIPOTECADOS.— Nuestro Código sienta categóricamente el principio de que la hipoteca sólo puede ser constituida sobre bienes inmuebles (arts. 3108 Ver Texto , 3109 y correlativos). Sin embargo, lo que verdaderamente tipifica el derecho de hipoteca y lo distingue de la prenda, no es la naturaleza del objeto que sirve de garantía a la deuda en dinero, sino la circunstancia de que la cosa permanece en poder del deudor.

¿A qué obedece, pues, esta enfática afirmación contenida en nuestro Código —siguiendo a todos los de la época— según la cual la hipoteca solamente se puede constituir sobre inmuebles? Se comprenderá mejor la razón de la disposición legal haciendo una ligera referencia histórica.

En Roma, ya se ha dicho, la hipoteca se podía constituir tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles; a tal punto que el origen de la institución se encuentra precisamente en la hipoteca sobre los instrumentos de labranza del arrendatario (Véase nº 1117). Este principio se incorporó a todas los países que acogieron el Derecho Romano; en España, las Partidas establecieron el principio de que la hipoteca podía recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles (Partida 5ª, tít. 13, ley 1ª). Ésta era la legislación vigente en nuestro país hasta la sanción del Código Civil.

Pero la aplicación de la hipoteca a las cosas muebles ofrecía graves inconvenientes. El deudor que retenía la cosa en su poder podía destruirla, enajenarla, hacerla desaparecer. Dejar la cosa mueble que garantizaba una deuda en poder del deudor, era extremadamente peligroso. No ocurre lo mismo con los inmuebles, cuya indestructibilidad y permanente situación física, permiten dejar la cosa gravada en poder del deudor sin demasiados riesgos

para el acreedor. Sorprende, por consiguiente, que se tardara tantos siglos para llegar al principio de que sólo las cosas inmuebles podían hipotecarse.

Las primeras manifestaciones de esta reacción deben verse en una institución del derecho germánico: la llamada nueva *satzung* (siglo XIII), institución paralela de la hipoteca romana pero referida solamente a inmuebles (ver nota 1).

Con el aumento del tráfico comercial y la importancia de los derechos reales de garantía, se advirtieron claramente los inconvenientes que tenía la hipoteca sobre bienes muebles; y así fue que a comienzos del siglo XIX el Código Napoleón establece el principio de que las hipotecas solamente pueden constituirse sobre bienes inmuebles (art. 2118 Ver Texto), principios que luego es incorporado a todos los códigos posteriores de la época.

Pero en el derecho moderno, la cuestión ha cambiado debido a dos factores fundamentales: a) ante todo, hay cosas muebles que tienen no solamente en sí mismas un valor extraordinario, sino que son productoras de grandes ganancias. Si la cosa se transfiere al acreedor (como lo requiere la prenda) el deudor deja de tener en su patrimonio el instrumento; que le permite producir rentas y pagar la deuda; b) en segundo lugar, la importancia económica de ciertos muebles ha hecho que se creen respecto de ellos registros similares a los de la propiedad inmueble, en los cuales deben inscribirse todas las transferencias de dominio, los gravámenes, etc. Si a ello se agrega que el acreedor tiene en sus manos la posibilidad de exigir del deudor la constitución de un seguro contra el riesgo de pérdida de la cosa, se comprenderá que la situación en que se encuentra el acreedor con un derecho real de garantía sobre una cosa mueble registrable, es prácticamente, idéntico al que tiene el acreedor sobre una cosa inmueble.

Ello explica que en el derecho moderno se esté operando un “retorno a las fuentes”: algunos códigos civiles permiten expresamente la hipoteca mobiliario, bien entendido que limitada a las cosas muebles susceptibles de registro (Código Civil italiano, art. 2810; portugués, art. 688; mexicano, art. 2893). En otros países la hipoteca sobre bienes muebles, no admitida en el Código Civil está, sin embargo, aceptada en algunas leyes especiales. Es lo que ocurre en nuestro país con los buques y las aeronaves. En estos casos, las leyes hablan sin rodeos de hipoteca mobiliario. Pero en otros casos, cediendo a la tradición de que no es posible constituir hipotecas sobre cosas muebles, la ley ha preferido hablar de prenda sin desplazamiento, lo que es un contrasentido porque lo que verdaderamente caracteriza la prenda es que la cosa se entrega al acreedor. Más propio y más jurídico sería llamarlas hipotecas mobiliarias (ver nota 2).

1138. NAVES Y AERONAVES.— La Ley de Navegación (nº 20094) establece que se puede constituir hipoteca sobre todo buque de más de 10 toneladas (art. 499 Ver Texto); la hipoteca debe registrarse (art. 501 Ver Texto). En todo lo que no esté modificado por la Ley de Navegación, la hipoteca naval se rige por las disposiciones del Código Civil (art. 513 Ver Texto , ley 20094).

Por su parte, el Código Aeronáutico (ley 17285) establece que pueden ser hipotecadas las aeronaves, ya sea en el todo o en sus partes indivisas y aun cuando estén en construcción; también pueden hipotecarse los motores (art. 52). Es requisito para hipotecar tanto las aeronaves como los motores que estén inscriptos en el Registro Nacional de Aeronaves (arts. 38 , 39, 41 , 42 y 52).

1112/1139

1139. INMUEBLES QUE PUEDEN SER HIPOTECADOS.— Conforme lo hemos dicho en otro lugar, las cosas pueden ser inmuebles por su naturaleza, por accesión física, por destino y por su carácter representativo (véase Tratado de Parte General, t. 2, nº 760 y sig.).

¿Cuáles son los inmuebles que pueden hipotecarse?

Ninguna duda hay de que pueden serlo los inmuebles por naturaleza, que son el ejemplo más típico y propio de las cosas de ese carácter. Como vamos a ver más adelante, la hipoteca del suelo implica también la de las construcciones levantadas en él (véase nº 1149); sin embargo, en el caso de la propiedad horizontal, cada piso o departamento de un edificio puede hipotecarse separadamente (art. 4 Ver Texto , ley 13512).

Tampoco cabe duda alguna de que pueden hipotecarse los inmuebles por accesión física, es decir aquellas cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión al suelo, cuando esa adhesión tiene carácter permanente (art. 3110 Ver Texto).

Más delicado es el problema respecto de los inmuebles por destino; como este problema se vincula estrechamente con el de los accesorios comprendidos en la hipoteca, trataremos de él más adelante (véase nº 1145).

En cuanto a los inmuebles por su carácter representativo (es decir, los instrumentos públicos en donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de la hipoteca y la anticresis, art. 2317 Ver Texto), es indudable que ellos no pueden ser objeto de la hipoteca que requiere como asiento una cosa material concreta, y no sólo un instrumento representativo de un derecho (ver nota 3).

1112/1140

1140. MINAS Y CANTERAS.— Respecto de las minas hay que distinguir las que pertenecen al Estado y éste puede conceder a los particulares (primera y segunda categoría, art. 2 , C. de Minería) y las que pertenecen exclusivamente al propietario del suelo donde se encuentran (tercera categoría, art. 2 , C. de Minería). Con respecto a las primeras, ellas pueden ser hipotecadas por el concesionario, con la salvedad de que el derecho del acreedor hipotecario queda expuesto a extinguirse en los casos de caducidad de la concesión minera (ver nota 4).

En cuanto a las minas que pertenecen exclusivamente al propietario del suelo, ellas forman un todo inseparable de él, de modo que no pueden hipotecarse separadamente: la hipoteca del suelo implica la de la mina (ver nota 5).

1112/1141

1141. INMUEBLE GRAVADO CON USUFRUCTO.— Según el art. 2916 Ver Texto , el nudo propietario puede gravar con hipoteca el inmueble sobre el cual pesa un derecho de usufructo, con la salvedad de que la hipoteca sólo tendrá efecto una vez terminado el usufructo. Una primera lectura de este texto sugiere la idea de que la hipoteca sólo puede tener efectos luego de terminado el usufructo y que, por consiguiente, no se podría hipotecar la nuda propiedad. Sin embargo, no es esa la opinión que prevalece. Lo que el art. 2916 Ver Texto dispone es que cuando el inmueble está gravado con usufructo, no se lo puede hipotecar con los efectos normales de la hipoteca, que supone el derecho de ejecutar el bien y hacerlo vender para transmitir al adquirente la plena propiedad. Si así fuera, el propietario que hubiera constituido un usufructo por largos años, podría muy fácilmente liberarse de él hipotecándolo y haciéndolo vender en detrimento del derecho del usufructuario. En definitiva, lo que la ley quiere es impedir que éste se vea burlado en sus derechos.

Pero no hay ningún inconveniente en que se hipoteque la nuda propiedad, lo que significa que en caso de ser ejecutado el inmueble, el usufructuario mantendría íntegramente sus derechos cualquiera fuera el adquirente (ver nota 6).

En otras palabras: cuando sobre un inmueble pesa un derecho de usufructo, no se puede hipotecar la plena propiedad sino con la condición de que la hipoteca tendrá efectos al extinguirse el usufructo; en cambio, no hay inconveniente alguno en que se hipoteque la nuda propiedad. Constituida una hipoteca, si ésta no aclarase si se refiere a la nuda propiedad o al dominio pleno, y el acreedor se satisface con ejecutar el derecho de nuda

propiedad, debe admitirse que tiene derecho a ejecutar el bien, respetando el derecho del usufructuario.

Bien entendido que la hipoteca de la nuda propiedad sólo es factible en el caso de que se haya constituido sobre el inmueble un derecho de usufructo; si no lo hubiere, el propietario no podría constituir separadamente la hipoteca sobre la nuda propiedad, porque el derecho de propiedad es único y no puede el propietario disgregar su contenido sino en las formas y casos expresamente previstos por la ley (ver nota 7).

1112/1142

1142. CONDICIÓN DE SER EJECUTABLE POR LOS ACREEDORES.— No se puede constituir hipoteca sobre los inmuebles que no son susceptibles de ser ejecutados por los acreedores, por la muy simple razón de que tales hipotecas estarían vacías de contenido, desde que al no poderse ejecutar el inmueble, la hipoteca deja de ser una garantía (ver nota 8).

1112/1143

1143. DERECHOS DE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN, SERVIDUMBRE E HIPOTECA.— El art. 3120 Ver Texto dispone que los derechos reales de usufructo, servidumbre, de uso y habitación, y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse. Se resuelve así con un texto expreso una cuestión que ha dado lugar a soluciones divergentes, según lo expresa el propio codificador en la nota al mencionado artículo. En ella explica las razones, por cierto sólidas, que fundan la solución dada por nuestra ley.

Respecto de las servidumbres, dice VÉLEZ SARSFIELD que el fin de la hipoteca según nuestro derecho, es que la cosa hipotecada pueda ser vendida para pagar el crédito y una servidumbre no puede ser vendida en remate; una venta tal supone que todos puedan pujar la cosa en venta, lo que no podría tener lugar en una servidumbre, porque no es útil sino a los fundos vecinos.

En cuanto a los derechos de usufructo, uso y habitación dice que son de incierto valor, pues esos derechos acaban con la persona. Finalmente, respecto de la hipoteca sobre la hipoteca expresa que en definitiva se trata de un derecho por el cual se priva al acreedor hipotecario de hacer ejecutar el inmueble mientras él siga siendo deudor de la persona a quien hipotecó su derecho hipotecario. Vale decir, lo que se hipoteca es la acción; y según nuestro Código, las acciones de cualquier naturaleza que sean no son susceptibles de hipoteca porque una acción es un derecho incorporal sin base sólida (véase nota al art. 3120 Ver Texto).

1112/10610

B.— ACCESORIOS DE LA HIPOTECA

1112/1144

1144. COSAS COMPRENDIDAS EN ELLA.— El art. 3110 Ver Texto establece que la hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o ventas debidos por los arrendatarios; al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.

Veamos las distintas cosas comprendidas en la norma:

1112/1145

1145. a) Accesorios.— Dentro del concepto de accesorios están comprendidas las cosas muebles convertidas en inmuebles por accesión física, como, por ejemplo, los artefactos del baño (ver nota 9), las instalaciones afectadas a la explotación de un cinematógrafo (ver nota 10), las butacas, tableros de luz, radiadores, caldera para calefacción y extractar de aire (ver nota 11), las cañerías de gas (ver nota 12), etc.

También están comprendidas dentro del concepto de accesorios, las cosas que sin estar adheridas físicamente al suelo, son inmuebles por destino.

El concepto de, inmuebles por, destino es impreciso, como lo es la pauta que sirve para distinguirlos de las cosas muebles que están ubicadas en el inmueble, pero que no adquieren el carácter de tales. El criterio de la distinción es el siguiente: cosas muebles están destinadas permanentemente a servir al inmueble, o muebles introducidos en él para comodidad o servicio del dueño. Sólo en el primer caso estamos en presencia de inmuebles por destino.

Desde luego, hay algunos casos típicos que no ofrecen dificultad; por ejemplo, las maquinarias introducidas en una mina para su explotación son inmuebles por destino y están comprendidas en la hipoteca, porque evidentemente están al servicio de la mina (ver nota 13); no hay duda de que igual solución debe admitirse respecto de las maquinarias introducidas en un fundo para su explotación agropecuaria. Pero otros casos son dudosos:

1) Los muebles que adornan una casa, ¿están comprendidos en la hipoteca? En doctrina, las opiniones se hallan divididas (ver nota 14). Es necesario decir que los textos del Código favorecen la tesis de que son inmuebles por destino (arts. 2320 Ver Texto y 2323 Ver Texto). Pero también es verdad que esta categoría de inmuebles es imprecisa, que su fundamento es objetable (véase Tratado de Parte General, t. 2, n° 767) y que el acreedor hipotecario sólo toma en cuenta la garantía que significa el inmueble y no los muebles que lo adornan. En la práctica, nunca se los reputa comprendidos en la hipoteca; los acreedores se limitan a ejecutar el inmueble y el propietario retira de él sus muebles personales, salvo que sean embargados cuando queda un saldo de precio impago. Inclusive hay muchos importantes muebles que adornan una casa que son inembargables y que, por lo tanto, no pueden ser ejecutados; esta solución legal no se compagina fácilmente con la concepción de que tales muebles son inmuebles por destino. Hoy puede considerarse *ius receptum* que los muebles no están comprendidos en la hipoteca.

2) Otro problema que ha dado lugar a dificultades y ha originado una jurisprudencia vacilante es el de las maquinarias de un establecimiento industrial. Algunos fallos se inclinan por considerar que las maquinarias no están puestas al servicio del inmueble, desde que éste podría ser destinado a otra industria; y que, por lo tanto, no están comprendidas en la hipoteca (ver nota 15). Otros en cambio, las reputan incluidas en ella (ver nota 16).

Por nuestra parte, consideramos que cuando las maquinarias integran una planta industrial, debe reputárselas inmuebles por destino; es verdad que el inmueble podría ser utilizado para otra industria, pero ello no quita que mientras esas maquinarias están adheridas al inmueble, sirven al destino de éste, lo integran como accesorios y, por consiguiente, deben quedar comprendidos en la hipoteca (ver nota 17). No encontramos ninguna congruencia en admitir que las maquinarias que sirven a la explotación de un campo son inmuebles por destino y que, en cambio, no tienen el mismo carácter las introducidas en un inmueble con fines industriales.

La solución es distinta si se trata de un pequeño taller que sirve exclusivamente a la profesión personal del propietario. En ese caso, pensamos que las máquinas no son accesorios del inmueble.

1146.— ¿Pueden las partes en el contrato de mutuo hipotecario atribuirle carácter de inmueble por destino a cosas que por naturaleza no lo son, declarándolas comprendidas en la hipoteca? Algunos fallos han resuelto afirmativamente esta cuestión (ver nota 18). No estamos de acuerdo con esta teoría. El régimen de los derechos reales depende de la ley, no de la voluntad de las partes. Éstas no pueden darle a la hipoteca una extensión mayor que la que legalmente tiene (ver nota 19). Hay que tener presente que lo que principalmente juega cuando se debate el problema de la extensión de la hipoteca, es el interés de los terceros que serán postergados o no por el acreedor hipotecario, según sea la extensión que ella abarque. Y no es razonable que las partes del mutuo puedan perjudicar los intereses de terceros atribuyéndole a la hipoteca una extensión mayor que la dispuesta por la ley.

1112/1147

1147.— Los accesorios que interesan a los efectos de la hipoteca son los que existen en el momento de la ejecución. Esto significa: 1) Que quedan comprendidos en ella los accesorios que no estaban destinados al inmueble en el momento de la constitución del mutuo hipotecario, pero sí al ejecutarse la hipoteca. La razón es simple: los inmuebles por accesión o por destino forman un todo con el inmueble al cual acceden. De tal manera que si se ha incorporado después del contrato de mutuo, vienen a engrosar la garantía hipotecaria. 2) No integran la garantía hipotecaria las cosas muebles por destino o por accesión física, que han sido separadas del inmueble. Así lo dispone muy claramente el art. 3110 Ver Texto , que pone como condición inexcusable de la extensión de la hipoteca a los accesorios, que éstos se mantengan unidos al principal.

De tal manera que si el propietario ha separado el accesorio del inmueble, el gravamen deja de pesar sobre esa cosa separada. Si ella permanece en poder del propietario, el acreedor hipotecario podrá embargarla como cualquier otro acreedor quirografario. Si ella ha sido enajenada a un tercero de buena fe, la acción del acreedor hipotecario queda paralizada por el art. 2412 Ver Texto , C. Civil.

1112/1148

1148.— En cuanto a los frutos naturales e industriales ellos deben considerarse accesorios de la cosa mientras no han sido separados, pues hasta entonces conservan su carácter de inmuebles; una vez separados son muebles distintos de la cosa principal y están, por consiguiente, excluidos de la hipoteca (ver nota 20). Iguales principios se aplican a los productos.

De los frutos civiles nos ocupamos más adelante (véase nº 1151).

1112/1149

1149. b) Mejoras.— Según ya lo hemos visto, el art. 3110 Ver Texto extiende la hipoteca a todas las mejoras sobrevinientes del inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales aunque sean el hecho de un tercero; agrega en seguida esta norma que la hipoteca se extiende también a las construcciones hechas sobre un terreno vacío, cláusula evidentemente innecesaria desde que las construcciones son una típica mejora y están comprendidas, por consiguiente, en el enunciado anterior de carácter más general.

La ley habla de mejoras naturales, accidentales o artificiales. La mención de las mejoras accidentales es impropia pues no se conciben otras mejoras que las naturales (provocadas por un hecho de la naturaleza) o artificiales (provocadas por el hecho del hombre). No existe un tercer género. En verdad, lo que el Código llama mejoras accidentales están comprendidas dentro del concepto de las naturales, que se producen sea por aluvión o por avulsión.

Todas estas mejoras quedan abarcadas por la hipoteca, porque las tierras que por cualquier hecho de la naturaleza acrecen a un inmueble, se integran a éste, forman un todo con él. Naturalmente que en el caso de la avulsión, el principio no se aplicaría si las tierras, plantas o arenas fueran reivindicadas por su dueño antes de su adhesión al inmueble inferior (ver nota 21).

En cuanto a las mejoras artificiales, introducidas en el inmueble por el hecho del hombre, quedan comprendidas en la hipoteca, sin que interese si ellas han sido realizadas por el propietario (deudor hipotecario) o por un tercero. Así lo establece expresamente el art. 3110 Ver Texto y la jurisprudencia lo ha aplicado sin vacilación (ver nota 22).

1112/1150

1150.— La circunstancia de que la ley extienda la hipoteca aun a las mejoras hechas por un tercero no significa en modo alguno conferirle prioridad al acreedor hipotecario, respecto de los derechos de ese tercero. La preferencia se refiere a los otros acreedores quirografarios o privilegiados de rango inferior. En cuanto al tercero que ha introducido la mejora, la colisión de su derecho con el hipotecario debe ser resuelta en cada caso conforme a las disposiciones legales pertinentes. Especial y muy frecuente colisión se plantea entre los derechos del acreedor hipotecario y los del constructor. Si éste ha ejercido su derecho de retención, su privilegio prevalece sobre el del acreedor hipotecario si ha comenzado a ejercerse antes de nacer este último crédito (art. 3946 Ver Texto , C. Civil y art. 265 Ver Texto , ley 19551).

1112/1151

1151. c) Alquileres o rentas.— El art. 3110 Ver Texto extiende la hipoteca a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios. La aplicación de esta norma suscita varios problemas de interés práctico que analizaremos a continuación.

1) Adviértase ante todo que la ley habla de alquileres debidos. Esto significa que los alquileres ya pagados quedan excluidos de la hipoteca por la muy simple razón de que se han incorporado al patrimonio general del propietario y carecen, por tanto, de la individualización que es indispensable para hacer recaer sobre ellos el derecho de hipoteca.

El problema es claro cuando el inquilino ha pagado normalmente y a su debido tiempo conforme a las cláusulas contractuales el alquiler. Pero supongamos que él hubiera pagado por anticipado. ¿Es oponible ese pago al acreedor hipotecario o, por el contrario, éste tiene el derecho a exigir del inquilino nuevamente el pago de los alquileres satisfechos antes de tiempo?

Nos parece fuera de toda discusión que el pago es válido si el locatario hubiera obrado de buena fe es decir, ignorando la existencia de la hipoteca (ver nota 23); sin embargo, hay que tener presente que, conforme con el art. 1575 Ver Texto , inciso 4º, se presume que el pago adelantado no fue de buena fe respecto del acreedor hipotecario, si fue hecho sin estar obligado por el contrato. Pensamos que esta presunción es iuris tantum y que el pago adelantado debe reputarse de buena fe si el locatario obró en la ignorancia de la existencia de la hipoteca y su conducta se justifica por razones serias, como sería el haber conseguido del locador algunas ventajas a cambio del pago anticipado, por ejemplo, la prórroga del contrato.

2) Para hacer efectiva la preferencia que tiene el acreedor hipotecario sobre las rentas o alquileres debidos, es indispensable que el acreedor trabaje embargo sobre ellas (ver nota 24). Mientras el embargo no esté trabado, el propietario tiene derecho a percibir y el inquilino debe pagarle los arrendamientos, sin que tal pago pueda originar luego reclamo alguno respecto del locador o del locatario. No basta, por consiguiente, para la pretensión del acreedor hipotecario ni la simple mora del deudor, ni tampoco la circunstancia de haber promovido el correspondiente juicio ejecutivo sin trabar el embargo (ver nota 25); por igual razón, se ha decidido que el acreedor hipotecario pierde su derecho de preferencia sobre los alquileres si éstos son depositados en el concurso civil del deudor antes de haberse trabado la medida cautelar (ver nota 26); que si un acreedor hipotecario de grado posterior embargó los arrendamientos antes que lo hiciera el de grado anterior, aquél tiene preferencia en el pago hasta la fecha en que éste obtuvo igual medida, y sólo a partir de este momento el acreedor hipotecario de primer término goza de preferencia (ver nota 27); que si los alquileres depositados excedían la medida del embargo trabado por el acreedor hipotecario y el excedente fue embargado por otro acreedor, éste tiene preferencia (ver nota 28).

En otras palabras, sólo a partir del momento en que el acreedor hipotecario ha trabado el embargo y en la medida de éste, los alquileres debidos integran la garantía de la hipoteca. Lo que significa que mientras el deudor hipotecario no se encuentre en mora, el acreedor carece de derecho a los alquileres desde que no podría trabar el embargo (ver nota 29).

3) La circunstancia de que las rentas o alquileres del inmueble formen parte de la garantía del acreedor hipotecario, no significa que el deudor esté obligado a dar en arrendamiento el inmueble ni tampoco que, habitándolo personalmente, deba fijársela una renta o alquiler por el uso del inmueble. El propietario conserva plenamente el derecho de uso y goce de la cosa y nada lo obliga a alquilarlo (ver nota 30). Sin embargo, en un caso se juzgó que siendo evidente el propósito del deudor de menoscabar la garantía del acreedor hipotecario dado que entró a ocupar la finca arrendada hasta el momento de contraer el mutuo, se le puede imponer el pago de un alquiler (ver nota 31). Estamos en desacuerdo con esa solución. Hemos dicho ya que el propietario conserva el uso y goce del inmueble y, por lo tanto, tiene pleno derecho a habitarlo personalmente aunque antes hubiera estado arrendado. La hipoteca no lo obliga a conservar arrendado el inmueble.

4) Dentro del concepto de alquiler queda comprendida la hipótesis evidentemente análoga de las sumas debidas en concepto de aparcería (ver nota 32), pero no los ingresos de otra naturaleza, como los de boletería de un teatro o cinematógrafo (ver nota 33).

5) Aunque en principio basta para asegurar el derecho del acreedor hipotecario con el embargo de los alquileres, se le ha reconocido también el derecho de pedir la designación de un administrador en casos especiales, tales como el de que los inquilinos sean numerosos (ver nota 34) o que habiendo sido aquéllos notificados de la medida no dan cumplimiento depositando los alquileres (ver nota 35) o que exista un considerable atraso en el pago de los impuestos y contribuciones (ver nota 36).

1112/1152

1152. d) Seguros.— También se extiende la hipoteca al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble (art. 3110 Ver Texto). La solución es lógica porque la indemnización viene a subrogar en el patrimonio del deudor el inmueble dañado o destruido; por consiguiente, esa indemnización no se incorpora al patrimonio general del deudor, sino que está afectada especialmente al pago de la hipoteca en el mismo rango y condiciones que lo estaba el inmueble.

1112/1153

1153. e) Expropiación.— En caso de que el inmueble hipotecado sea expropiado, los derechos del acreedor hipotecario se transfieren a la indemnización (ver nota 37). Aquí también la indemnización viene a subrogar en el patrimonio del deudor el inmueble expropiado y, por consiguiente, es justo que los derechos del acreedor hipotecario se transfieran a ella.

1112/10620

C.— COSAS A LAS CUALES NO SE EXTIENDE LA HIPOTECA

1112/1154

1154. INMUEBLES CONTIGUOS.— En su última parte el art. 3110 Ver Texto dispone que las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado no están sujetas a la hipoteca. En rigor era innecesario decirlo, desde que se trata de inmuebles distintos aunque sean contiguos. Pero el legislador quiso eliminar la duda que tal vez podría surgir de la solución distinta que se da a una situación que guarda una cierta analogía: en caso de aumentos del inmueble por avulsión o aluvión, esos aumentos están comprendidos dentro de la hipoteca (véase nº 1149).

Pero en verdad las hipótesis son muy distintas: en el caso de la avulsión y el aluvión, los aumentos se producen o bien en forma paulatina e insensible o bien son de poco significado económico. En cambio, la adquisición de un inmueble contiguo supone una fracción distinta del inmueble hipotecado, por más que el propietario los haya unido materialmente.

1112/1155

1155. TESOROS.— El tesoro hallado en un inmueble hipotecado no está comprendido en la hipoteca (art. 2566 Ver Texto). La ley no lo considera accesorio del inmueble, sino una cosa separada y distinta de él.

(nota 1) Para mayores datos véase: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, Tratado de derecho civil, t. 3, p. 2, § 129.

(nota 2) Véase en este sentido, SALVAT, t. 3, n° 2575; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 5, p. 580.

(nota 3) La doctrina es unánime.

(nota 4) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2218; LAFAILLE, t. 3, n° 1797; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 405; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 347; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 2, n° 915.

(nota 5) SALVAT, t. 4, n° 2218; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 405; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 51; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 348; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 2, n° 915-1.

(nota 6) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2219; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 357; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 2, n° 913.

(nota 7) SALVAT, t. 4, n° 2219 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 90; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 95; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 537; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 2, n° 920.

(nota 8) La doctrina es unánime.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 7/9/1936, J.A., t. 55, p. 925.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 21/12/1938, J.A., t. 64, p. 980.

(nota 11) C. Fed. Cap., 11/4/1947, J.A., 1948-III, p. 661.

(nota 12) C.S.N., 22/11/1900, Fallos, t. 89, p. 57.

(nota 13) C. Apel. Mendoza, 3/3/1936, J.A., t. 54, p. 307.

(nota 14) En el sentido de que están comprendidas en la hipoteca: SALVAT, t. 4, n° 2222. En el sentido de que no lo están: FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 470; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, p. 142, nota 2.

(nota 15) En este sentido: C. Civil 1ª Cap., 25/2/1938, L.L., t. 9, p. 681; C. Civil 2ª Cap., 7/11/1923, J.A., t. 11, p. 1075 (maquinarias de un aserradero); C. Com. Cap., 277/11/1937, J.A., t. 59, p. 268 (maquinarias de una panadería); íd., 6/5/1938, J.A., t. 62, p. 478; C. Civil 1ª Cap., 21/3/1942, L.L., t. 26, p. 359.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 6/7/1921, J.A., t. 7, p. 34; C. Com. Cap., 15/10/1924, J.A., t. 14, p. 559; C. Apel. Mendoza, 3/3/1936, J.A., t. 54, p. 307.

(nota 17) En este sentido, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2224, nota 102, a; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 471; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 237 a. En contra, SALVAT, Derechos reales, t. 4, n° 2224.

(nota 18) C.S.N., 23/11/1925, G.F., t. 60, p. 73; C. Civil 1ª Cap., 25/2/1938, L.L., t. 9, p. 681; C. Civil 2ª Cap., 22/10/1919, G.F., t. 24, p. 15.

(nota 19) En este sentido, SALVAT, Derechos reales, t. 4, n° 2224; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 237 bis; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 467.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 3/6/1940, J.A., t. 71, p. 126; C. Fed. Bahía Blanca, 27/9/1934, J.A., t. 47, p. 837; SALVAT, t. 4, n° 2228; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 475; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 240 a.

(nota 21) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2230.

(nota 22) C.S.N., 27/11/1936, J.A., t. 56, p. 373 (mejoras introducidas por un aparcerero); C. Fed. Cap., 29/11/1950, L.L., t. 61, p. 580 (tercero a quien se le había prometido en venta el inmueble). La doctrina es unánime.

(nota 23) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2236. En cambio, sostienen que conforme con el art. 1575, inc. 4º, el pago adelantado debe considerarse siempre hecho de mala fe; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 476; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 254; MACHADO, t. 6, p. 337.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 7/10/1929, J.A., t. 31, p. 473; íd., 22/11/1933, J.A., t. 44, p. 166; C. Civil 2ª Cap., 15/4/1941, J.A., t. 74, p. 315; C. Fed. Bahía Blanca, 26/3/1935, J.A., t. 50, p. 47; SALVAT, t. 4, n° 2237.

(nota 25) C. Civil 2ª Cap., 17/8/1937, L.L., t. 6, p. 841.

(nota 26) C. Civil 1ª Cap., 7/10/1929, J.A., t. 31, p. 473.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 23/6/1942, J.A., 1942-III, p. 497.

(nota 28) S.C. Buenos Aires, 14/9/1943, Acuerdos y Sentencias, Serie 18, t. 8, p. 256.

(nota 29) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2236 a; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 475 y 476; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 253.

(nota 30) En este sentido, C. Civ. 1ª Cap., 19/2/1937, L.L., t. 5, p. 747; C. Civil 2ª Cap., 14/6/1932, J.A., t. 42, p. 769; la doctrina es unánime.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 7/12/1937, J.A., t. 60, p. 808.

(nota 32) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2236 b; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 475.

(nota 33) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2236 b; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 275.

(nota 34) C. Civil 1ª Cap., 3/1/1933, J.A., t. 43, p. 1000.

(nota 35) C. Civil 2ª Cap., 10/6/1936, J.A., t. 54, p. 853.

(nota 36) C. Civil 2ª Cap., 14/2/1936, L.L., t. 1, p. 297.

(nota 37) S.C. Tucumán, 7/5/1940, L.L., t. 18, p. 823; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2239, nota 143 b.

1112/10630

§3. Constitución de la hipoteca

1112/10640

A.— CONDICIONES DE FONDO

1112/1156

1156. ENUMERACIÓN.— Las condiciones de fondo exigidas para la constitución de una hipoteca son las siguientes: 1) Que el constituyente sea propietario del inmueble gravado; 2) Que tenga capacidad de enajenar sus bienes; 3) Que tratándose de bienes gananciales o de inmuebles, en los que está constituido el hogar conyugal, el cónyuge preste su asentimiento; 4) Que se respete el principio de la especialidad.

1112/10650

1.— Propiedad del inmueble

1112/1157

1157. EL CONSTITUYENTE DEBE SER PROPIETARIO.— Para constituir una hipoteca el constituyente debe ser propietario del inmueble (art. 3119 Ver Texto). El Código ha afirmado netamente este principio disponiendo además que la hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciera ulteriormente ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniese a suceder al constituyente a título universal (art. 3126 Ver Texto).

Este problema de la hipoteca constituida sobre bienes ajenos, tiene un interés puramente teórico, salvo los casos de propiedad simulada o aparente; porque debiendo otorgarse la hipoteca por escritura pública y siendo indispensable como requisito previo a su otorgamiento el respectivo informe del Registro de la Propiedad, el escribano no otorgará la escritura si el inmueble no aparece inscripto a nombre del constituyente.

Por ello, el problema solamente tiene interés en el caso de que el bien figurase inscripto a nombre de quien no es el verdadero dueño. Pero precisamente en estos casos de propiedad aparente es donde el principio deviene inaplicable. Siempre que los bienes estén inscriptos a nombre del constituyente, la escritura será válida respecto del acreedor de buena fe, sea que se trate de un heredero aparente (ver nota 1) sea que se trate de quien ostenta el carácter de propietario en virtud de un acto simulado (ver nota 2). Y no podría ser de otro modo, pues de lo contrario se perjudicaría la seriedad y seguridad de los negocios jurídicos y se burlaría la buena fe de los terceros que han contratado confiados en el título que exhibe el hipotecante.

1112/1158

1158.— El art. 3127 Ver Texto agrega que la nulidad de la hipoteca constituida sobre bienes ajenos, puede ser alegada no sólo por el propietario del inmueble sino aun por aquellos a quienes el constituyente hubiese vendido el inmueble después de ser dueño de él y aun por el mismo constituyente, a menos que hubiese obrado de mala fe. Por las razones dadas hasta aquí, nos parece una disposición sin aplicación práctica, pues, ya lo dijimos, la hipoteca no puede ser constituida por nadie que no sea el propietario, salvo que se trate de una propiedad aparente, en cuyo caso la hipoteca es válida, a menos que el acreedor hipotecario sea de mala fe, es, decir, a menos que él sepa que el hipotecante no es el dueño. Pero este supuesto es casi inconcebible: quien tiene dinero se asegura la mejor garantía posible y no daría un préstamo, a quien sabe que no es el propietario, con lo que correría un riesgo completamente inútil.

Los arts. 3126 Ver Texto y 3127, repetimos, carecen de toda relevancia práctica. Se explica porque cuando el Código entró en vigencia, no existían los Registros de la Propiedad; y entonces podía darse el caso de que se hipotecase una propiedad ajena. Después de la organización de los Registros, quien tiene inscripta la propiedad a su nombre es propietario real o aparente. En ambos casos los aludidos artículos son inaplicables.

1112/1159

1159. PROPIEDAD SUJETA A CONDICIÓN, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN.— Dispone el art. 3125 Ver Texto que el que no tiene sobre un inmueble más que un derecho sujeto a una condición, rescisión o resolución, no puede constituir hipotecas sino sometidas a las mismas condiciones, aunque así no se exprese. La expresión condición, rescisión o resolución es confusa. Obviamente, cuando la ley habla de condición no puede referirse sino a la resolutoria, de modo que hubiera bastado con hablar de resolución. Seguramente el propósito del codificador fue aludir a toda resolución, resultara ella de una condición puesta por las partes en sus contratos, o de una disposición de la ley. En estos casos, la solución legal es clara: es posible constituir una hipoteca por un propietario sobre cuyo derecho se

cierte el peligro de una resolución; pero en ese caso, la hipoteca está también sujeta a resolución, aunque nada diga de ella el contrato de mutuo.

Si el significado de lo dispuesto por el art. 3125 Ver Texto en materia de resolución es claro, no tanto resulta la referencia a la rescisión. En su acepción propia, rescisión es el acuerdo, de las partes que resuelven dejar sin efecto el contrato que las liga. En otras palabras, es el disenso o sea, el acuerdo por el cual las partes se desvinculan de un contrato. En materia de transmisión del dominio, no puede hablarse de disenso propiamente dicho. Si quien ha vendido a otra persona un inmueble transfiriéndole la propiedad, decide luego de común acuerdo con el comprador dejar sin efecto la operación y recupera el dominio, no hay rescisión del contrato de venta, sino un acto nuevo por el cual se opera una retransmisión del dominio. Si en el tiempo en que el comprador fue propietario y tuvo el dominio inscrito a su nombre hipoteca el inmueble, obvio es que esa hipoteca no caduca por la circunstancia de que le retransmita la propiedad del inmueble a quien se lo vendió. La hipoteca mantiene todo su vigor.

¿Cómo se explica entonces esta referencia a la rescisión? Lo que ocurre es que el codificador ha utilizado esta palabra con gran imprecisión técnica, aludiendo a veces a la rescisión propiamente dicha, otras a la resolución, otras, en fin, a la revocación. Puesto que en este caso no ha podido aludir a la rescisión propiamente dicha (como lo hemos demostrado), ni a la resolución (porque ello sería absurdamente reiterativo) es preciso concluir que ha aludido a la revocación. Pero hay que admitir que esta solución es francamente mala. Supuesto que la donación de un inmueble sea revocada por ingratitud del donatario, es muy injusto que se anule la hipoteca constituida por éste.

Por su parte el art. 3117 Ver Texto agrega que el que hubiese enajenado un inmueble bajo una condición resolutoria o bajo un pacto comisorio expreso o tácito no puede hipotecarlo antes del cumplimiento de la condición resolutoria. La razón es muy simple: hasta el cumplimiento de la condición resolutoria, el enajenante queda privado de su derecho de propiedad y, por lo tanto, no puede constituir la hipoteca. De igual modo el adquirente de un inmueble bajo condición suspensiva, no puede constituir hipoteca sobre él, ya que hasta el cumplimiento de la condición y la tradición no habrá adquirido sobre el inmueble ningún derecho real (ver nota 3).

1112/1160

1160. SUPUESTO DEL CONDOMINIO (ver nota 4).— El sistema de nuestro Código en materia de hipoteca por el condómino se hace pasible, a nuestro juicio, de serias reservas. El art. 3123 Ver Texto dispone que cada uno de los condóminos de un inmueble puede hipotecar su parte indivisa en el inmueble común o una parte materialmente determinada del inmueble; pero los efectos de tal constitución quedan subordinados al resultado de la partición o licitación entre los condóminos. En sentido coincidente el art. 2678 Ver Texto

dispone que cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición y no tendrá efecto alguno en el caso de que el inmueble toque en lote a otro copropietario o le sea adjudicado en licitación. En suma, el sistema de nuestra ley es el siguiente: el condómino puede hipotecar su parte indivisa, pero el privilegio del acreedor hipotecario sólo podrá hacerse efectivo después de realizada la partición y siempre que en ésta le tocara al deudor que ha hipotecado su parte, el inmueble hipotecado o una parte de él. Porque si hecha la partición, el inmueble hipotecado quedara íntegramente en el lote de otro u otros de los condóminos y no tocara parte alguna al deudor hipotecario, la hipoteca queda sin efecto.

Esta solución es una consecuencia del principio de que la partición tiene efectos declarativos y retroactivos, de tal modo que quien es privado de toda parte en el bien como consecuencia de la partición, se reputa como si nunca hubiera tenido un derecho de propiedad sobre ella (art. 2695 Ver Texto). Lo cual es una buena muestra de cómo los principios jurídicos pueden ser buenos y razonables como tales, es decir, como principios generales, pero injustos aplicados a ciertos casos o situaciones particulares. El error consiste en seguir aplicándolos en forma indiscriminada y a todas las situaciones, sin hacer las salvedades correspondientes. Porque el derecho no es una pura lógica, sino, sobre todo, el gran instrumento de la realización de la justicia en las relaciones humanas. Y cuando los principios se ponen en contra de la justicia, deben ser dejados de lado. Desgraciadamente, los artículos citados llevan a sus últimas consecuencias la regla de la retroactividad de la partición, sentada en el art. 2695 Ver Texto .

La solución del art. 2678 Ver Texto permite una fácil burla de los derechos del acreedor hipotecario, porque bastaría que el condómino hipotecante reciba como parte de la división otro bien o una suma de dinero, para desbaratar los derechos del acreedor hipotecario (ver nota 5). Lo razonable sería que hipotecada la parte indivisa de un inmueble, la partición no pueda excluir de dicho bien al deudor hipotecario sin desinteresar previamente al acreedor garantizado con ese derecho real.

1112/1161

1161.— Precisemos ahora el alcance de nuestro sistema legal y veamos cuáles han sido las soluciones propiciadas en la doctrina y la jurisprudencia para atenuar sus injusticias.

Ante todo, es necesario puntualizar que el acreedor hipotecario puede hacer subastar la parte indivisa como cualquier acreedor común (art. 2677 Ver Texto), pues sería inadmisibles que estuviera en peores condiciones legales que los quirografarios; lo que no tiene, según los arts. 2678 Ver Texto y 3123 Ver Texto , son los derechos peculiares de la hipoteca (particularmente su preferencia), mientras no se haya hecho la partición (ver nota

6). Pero la privación de este privilegio no se justifica. Si la parte indivisa puede hipotecarse, no hay razón para no hacer valer la preferencia que es inherente a ese derecho real.

En cambio, no se puede ejecutar el bien en sí mismo, sea en su totalidad, sea en una parte materialmente determinada. Algunos Tribunales han llevado a sus límites extremos el sistema legal, disponiendo que no se puede promover la ejecución hipotecaria mientras no se haya realizado la partición (ver nota 7). Con mejor criterio, la Cámara Civil de la Capital ha resuelto que es procedente la ejecución hipotecaria aún antes de la partición del bien (ver nota 8). Lo que no puede hacer el acreedor hipotecario es ejecutar materialmente el bien, es decir, promover su subasta mientras no haya sido hecha la partición. Pero nada se opone a que se instaure la acción hipotecaria y se obtenga la sentencia de trance y remate; hecho lo cual, puede subrogarse en los derechos de su deudor hipotecario y promover la partición del bien (ver nota 9). Conviene precisar que estamos refiriéndonos a la subasta del inmueble, pues ya hemos dicho que el acreedor hipotecario puede promover la subasta de la parte indivisa en su carácter de simple acreedor y sin pretender ninguna preferencia.

1112/1162

1162.— Hasta ahora hemos examinado la situación del acreedor ante la inacción del deudor y sus comuneros. Pero existe también el riesgo de que la partición se haga por los condóminos de forma tal que no toque al deudor hipotecario parte alguna en el inmueble hipotecado, sea porque esa parte se ha compensado con otras de otros inmuebles, también en condominio, o porque ha sido desinteresado mediante el pago de una suma de dinero. En este caso, el acreedor mantendrá su crédito pero habrá perdido la hipoteca. Para obviar este grave riesgo se ha sostenido que la partición realizada sin intervención del acreedor hipotecario es nula (ver nota 10) o bien simplemente inoponible a él (ver nota 11). Nos parece que esta última solución se desprende de la aplicación extensiva del art. 3474 Ver Texto , según el cual en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión. Si los condóminos no han cumplido con esta obligación de reserva, la partición debe reputarse inoponible al acreedor hipotecario no notificado (ver nota 12). Es ésta una solución que está en la línea de pensamiento del art. 3474 Ver Texto y resuelve con justicia los intereses en juego.

A nuestro juicio, la medida de la intervención del acreedor hipotecario en la partición debe estar limitada a una razonable protección de su interés; de tal modo que no podrá oponerse a la partición que excluya del inmueble a su deudor, si su crédito es garantizado suficientemente.

Agreguemos, para concluir, que la nulidad de la hipoteca dispuesta por el art. 2678 Ver Texto para el caso de que al deudor no le tocara parte alguna en el inmueble, se refiere a la hipoteca en sí misma, pero no afecta la validez del crédito que aquélla garantiza (ver nota 13).

1112/1163

1163.— Cuando el propietario que no ha hipotecado sino su parte indivisa viene a ser por la división o licitación propietario de la totalidad del inmueble común, la hipoteca queda limitada a la parte indivisa que el constituyente tenía en el inmueble (art. 3124 Ver Texto).

Esto significa que subastado el inmueble, la preferencia del acreedor hipotecario se limita a la parte indivisa. Si, por ejemplo, el hipotecante fuera dueño de un tercio al constituirse la hipoteca y luego el inmueble que en la partición le ha tocado en su totalidad, se subasta por \$ 1.000.000, el acreedor hipotecario sólo tiene preferencia respecto de \$ 333.333; en cuanto al resto, concurre en paridad de derechos con los restantes acreedores quirografarios.

1112/1164

1164.— ¿Puede el condómino hipotecar la totalidad del inmueble del cual posee solamente una parte indivisa?

Obviamente el problema sólo tiene interés para el caso de que el deudor condómino llegue a ser luego propietario de la totalidad del inmueble por efecto de la partición; porque si hecha ésta le corresponde a los otros condóminos una parte del inmueble, como es lo normal, es claro que los derechos de los condóminos no se pueden ver afectados por la hipoteca constituida por su condómino en favor de un tercero, acto que para ellos es res inter alios acta.

Pensamos que nada se opone a la validez de esta hipoteca (ver nota 14).

Supongamos ahora que constituida por un condómino la hipoteca sobre la totalidad del inmueble, y realizada la partición, le toque solamente una parte en dicho inmueble, como es lo normal. La hipoteca así constituida ¿es nula en su totalidad o subsiste sobre la parte que le tocó al deudor hipotecante? No encontramos razón de lógica ni de sentido común que imponga la nulidad de la totalidad de la hipoteca; es necesario concluir, por consiguiente, que ella es válida en la medida de la parte que ha tocado al deudor hipotecario.

1112/1165

1165.— Los problemas que implica para el acreedor la hipoteca por el condómino, hacen que con frecuencia exija y obtenga el consentimiento de los demás condóminos para la constitución del gravamen sobre todo el bien. Si los condóminos se han limitado a eso, sin asumir personalmente la deuda, el derecho del acreedor respecto de ellos se limita a la ejecución del inmueble; pero si el precio obtenido en la subasta no cubriese la deuda, los condóminos no quedan personalmente obligados por el saldo (ver nota 15).

1112/1166

1166.— Supongamos ahora que todos los condóminos, sean deudores. Si en la obligación principal no se establece la solidaridad, la aplicación de la regla general de que la solidaridad es excepcional y no se presume, debería llevar a la conclusión de que esta obligación es también divisible. Pero el art. 2689 Ver Texto establece la solución contraria. Dice que en las cargas reales que graven la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda.

Pero sería un error pensar que esta disposición establece la solidaridad entre los condóminos. Su significado es que, en la medida en que uno de los condóminos no pague la parte que le corresponde en la obligación, todo el bien, inclusive la parte perteneciente a los otros condóminos, responde por, ese incumplimiento. Pero si vendido el inmueble, quedara todavía un saldo impago, ese saldo personal se divide entre los condóminos que responden cada uno en la medida de su parte (ver nota 16).

(nota 1) S.C. Buenos Aires, 30/10/1894, Acuerdos y Sentencia, Serie 4, t. 1, p. 210.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 5/12/1958, L.L., t. 94, p. 8; C. Civil 1ª Cap., p., 7/6/1935, J.A., t. 50, p. 830; C. Civil 2ª Cap, 30/7/1932, J.A., t. 38, p. 1196; C. Apel. 2ª La Plata, 24/3/1936, L.L., t. 5, p. 432; C. Apel. Rosario, 5/4/1940, L.L., t. 18, p. 232; C. Apel. Mendoza, 18/7/1935, J.A., t. 51, p. 348. SALVAT, t. 4, n° 2271; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 162.

(nota 3) SALVAT, t. 4, n° 2262; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 437; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 128; LAFAILLE, t. 3, n° 1696, nota 161. En cambio, sostienen que es válida la hipoteca hecha sobre un inmueble enajenado bajo condición resolutoria: MACHADO, t. 7, p. 34 y PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 19, quienes sostienen que en ese caso la hipoteca tendrá efectos si se cumple la condición y, de lo contrario, desaparecerá por faltar el dominio en quien la constituyó.

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CARMINIO CASTAGNO, Hipoteca por el condómino, Revista del Notariado, n° 722, p. 419; FORNIELES, Hipoteca constituida por el condómino, J.A., 1945-III, sec. doct., p. 3; Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 19; NEPPI, El condominio frente a los acreedores hipotecarios, L.L., t. 43, p. 473; SPOTA, La hipoteca constituida por el condómino, J.A., 1955-I, p. 262 y L.L., t. 12, p. 1197; ADROGUÉ, Hipoteca constituida por condómino, J.A. Doctrina, 1970, p. 113.

(nota 5) Sin embargo, algunos autores sostienen que se produce en tal caso una subrogación real, es decir, que la preferencia se traslada de la cosa hipotecada a la que la sustituye: ADROGUÉ, J.A. Doctrina, 1970, p. 120; SPOTA, L.L., t. 12, p. 1170.

(nota 6) De acuerdo: SPOTA, L.L., t. 12, p. 1167 y J.A., 1955-I, p. 263. En contra, sosteniendo que los acreedores hipotecarios no pueden ejecutar la parte indivisa; FORNIELES en Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 20, quien sin embargo no da una explicación satisfactoria de su opinión.

(nota 7) S.C. Tucumán, 21/11/1938, J.A., t. 64, p. 687. De acuerdo, FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 20.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala B, 29/9/1954, L.L., t. 77, p. 479; Sala D, 7/6/1955, L.L., t. 79, p. 590.

(nota 9) De acuerdo: S.T. Santa Fe, 6/11/1961, L.L., t. 109, p. 153 y J.A., 1963-I, p. 240; S.C. Tucumán, 21/11/1938, L.L., t. 12, p. 1167, con nota aprobatoria de SPOTA. ADROGUÉ va más lejos y sostiene que nada obsta a la ejecución lisa y llana, sin necesidad de recurrir a la acción oblicua para obtener la partición: J.A. Doctrina, 1970, p. 117.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., G.F., t. 14, p. 210; S.C. Tucumán, 5/7/1934, J.A., t. 47, p. 380; FORNIELES, J.A., 1945-III, sec. doct., p. 4.

(nota 11) SPOTA, L.L., t. 12, p. 1170; ADROGUÉ, J.A., Doctrina, 1970, p. 119; CARMINIO CASTAGNO, Revista del Notariado, n° 722, p. 430.

(nota 12) En contra, sosteniendo que ninguna disposición legal impone la notificación del acreedor hipotecario y que, por consiguiente, la partición hecha sin su conocimiento es válida, C. Fed. Paraná, 31/5/1946, L.L., t. 43, p. 473, con nota aprobatoria de NEPPI.

(nota 13) De acuerdo: C. Fed. Paraná, fallo citado en nota anterior.

(nota 14) De acuerdo, C. Civil 1ª Cap., 17/7/1931, J.A., t. 35, p. 201; SALVAT, t. 2, nº 1256; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, nº 2274 a. Es de notar que este autor empieza afirmando que la hipoteca de la totalidad de la cosa por un condómino es nula por aplicación de lo dispuesto en el art. 1131 Ver Texto , que declara la nulidad de la venta que un condómino hace de la totalidad de la cosa indivisa pues ello significa que tampoco puede hipotecarla (art. 3119 Ver Texto). Pero a continuación dice que si al dividirse el condominio el inmueble viniera a ser adjudicado al condómino que lo dio en hipoteca el acto quedaría convalidado; con lo cual viene a conferirle validez en el único caso en que realmente el problema se plantea.

(nota 15) FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 24 y nota en J.A., 1945-III, sec. doct., p. 3.

(nota 16) C. Civiles Cap. en Pleno, 24/8/1923, J.A., t. 11, p. 350; FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 25 y J.A., 1945-III, sec. doct., p. 3.

1112/10660

2.— Capacidad

1112/1167

1167. PRINCIPIO LEGAL; PERSONAS INCAPACES.— Para constituir la hipoteca es necesario tener capacidad para enajenar bienes inmuebles (art. 3119 Ver Texto). De este principio se desprende que son incapaces las siguientes personas:

a) Los menores de edad no emancipados; salvo el caso de los menores con más de 18 años que hubiesen adquirido bienes inmuebles con el producto de su trabajo personal, quienes tienen sobre estos bienes facultades de libre disposición y pueden, por consiguiente, hipotecarlos (art. 128 Ver Texto).

b) Los menores emancipados, sólo en relación a los bienes que hubiesen recibido a título gratuito; respecto de lo demás tienen facultades de libre disposición (art. 135 Ver Texto). Y aun respecto de los adquiridos a título gratuito, pueden hipotecarlos si mediare autorización judicial o la del otro cónyuge, si fuera mayor de edad (art. 135 Ver Texto).

c) Los dementes, sean o no declarados tales en juicio, salvo los derechos de los acreedores hipotecarios de buena fe (art. 473 Ver Texto).

d) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (arts. 54 Ver Texto , inc. 4 y 153 Ver Texto).

e) Los condenados a pena de reclusión o prisión de más de tres años (art. 12 Ver Texto , C. Penal).

Naturalmente que los representantes legales de los incapaces pueden gravar sus bienes con hipoteca bajo las condiciones que la ley determina (arts. 56 Ver Texto , 297 Ver Texto , 435 Ver Texto y 443 Ver Texto , inc. 13), vale decir, con autorización judicial.

1112/1168

1168.— En cuanto a los comerciantes fallidos y concursados civiles, la hipoteca constituida por ellos después del desapoderamiento de sus bienes es inoponible a los acreedores; pero si desinteresados éstos y levantado el concurso o quiebra, el inmueble permaneciese en el patrimonio del deudor, la hipoteca tiene plena validez.

1112/10670

3.— Asentimiento del cónyuge

1112/1169

1169. BIENES GANANCIALES.— No se puede constituir hipoteca sobre los bienes gananciales del matrimonio sin el asentimiento del otro cónyuge (art. 1277 Ver Texto); bien entendido que quien constituye la hipoteca es el cónyuge a quien le corresponde la administración del inmueble hipotecado; el otro cónyuge se limita a dar su asentimiento, sin que ello lo comprometa en lo más mínimo respecto de las obligaciones contraídas.

Pero el asentimiento del cónyuge no es necesario si la hipoteca se constituye en el momento de adquirir un inmueble, como garantía del pago del saldo de precio (véase Tratado de Familia, 8ª ed., t. 1, nº 392).

1112/1170

1170. BIENES PROPIOS.— Los bienes propios pueden ser hipotecados libremente por el cónyuge propietario, salvo que se trate del inmueble en que se encuentra ubicado el hogar conyugal y existan hijos menores de edad (art. 1277 Ver Texto). En este caso excepcional, aun tratándose de bienes propios, es necesario el asentimiento del cónyuge.

1112/10680

4.— Especialidad de la hipoteca (ver nota 1)

1112/1171

1171. EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD; SU CARÁCTER RELATIVO.— El Código Civil en distintas disposiciones, consagra expresamente el principio de la especialidad conforme con el cual la hipoteca debe recaer sobre un inmueble cierto y determinado con garantía de una suma de dinero, también cierta y determinada. Así lo dispone claramente el art. 3109 Ver Texto .

Con respecto al inmueble, el principio es reiterado en los arts. 3131 Ver Texto y 3132. El primero establece que el acto constitutivo de la hipoteca debe contener: ... 3) la situación de la finca y sus linderos y si fuera rural, el distrito a que pertenece; y si fuera urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre; y el segundo agrega que una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente cada inmueble.

Con respecto al crédito, hemos visto ya que el art. 3109 Ver Texto establece que no se pueden constituir hipotecas sino por una suma de dinero también cierta y determinada. El principio es ratificado por el art. 3131 Ver Texto que enumera entre las enunciaciones que debe contener el acto constitutivo de la hipoteca la cantidad cierta de la deuda; y finalmente, respecto de los intereses, el art. 3152 Ver Texto establece que la hipoteca

garantiza tanto el principal del crédito como los intereses que corren desde su constitución, si estuvieran determinados en la obligación. Al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados si los hubiere, deben liquidarse y designarse en suma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados sin designación de su importancia es sin efecto alguno. Como puede apreciarse, el principio de la especialidad no solamente se refiere al capital en sí mismo, sino también a los intereses.

1112/1172

1172.— Este principio de la especialidad, destinado, por una parte, a evitar las hipotecas ocultas y, por la otra, a hacer precisos los derechos de las partes y de terceros respecto de los bienes afectados, no es sin embargo riguroso. Con respecto al inmueble gravado, su precisa determinación es condición inexcusable de la hipoteca; pero ya sabemos que la hipoteca se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; y que las mejoras sobrevinientes al inmueble, también quedan comprendidas en la hipoteca (art. 3110 Ver Texto). Esto significa que si los accesorios se separan por el propietario, dejan de integrar la garantía, que, por consiguiente, se ve disminuida, en tanto que se ve aumentada con las mejoras sobrevinientes.

Con respecto al crédito, el art. 3109 Ver Texto admite inclusive los créditos condicionales o eventuales y aun los indeterminados en su valor o que tengan por objeto prestaciones en especie, (no ya en dinero) u obligaciones de hacer o no hacer, siempre que en el acto constitutivo se declare el valor estimativo de dicha obligación. De donde resulta que es perfectamente posible constituir una hipoteca en garantía del pago de una obligación en especie o indeterminada o de hacer o no hacer, siempre que se haya estimado su valor en dinero al constituirse la hipoteca.

Supongamos ahora que quien ha garantizado con hipoteca el cumplimiento de una obligación indeterminada, o de especie o de hacer o no hacer, haya incurrido en incumplimiento. ¿Podría el acreedor exigir directamente y ejecutivamente el pago de la suma estimada como valor del crédito asegurado con la hipoteca? Si hay confesión del incumplimiento, no cabe duda de que la ejecución por la cantidad estimada es procedente; de lo contrario, la ejecución no procede, porque para ello se necesita la existencia de una deuda líquida y exigible (art. 523 Ver Texto , inc. 3, C. Procesal) y mientras esté en discusión si ha habido o no cumplimiento, si ese cumplimiento ha sido parcial o no, no hay título ejecutivo; deberá seguirse el juicio ordinario, y determinar allí el monto de la deuda. El bien hipotecado será ejecutado por dicho monto, siempre que no exceda la estimación en el acto constitutivo. Si la excede, por el saldo el acreedor hipotecario tiene carácter simplemente quirografario (ver nota 2).

1112/1173

1173. MUTUO HIPOTECARIO EN MONEDA EXTRANJERA. PROHIBICIÓN DE CLÁUSULAS INDEXATORIAS.— El problema de la inflación que azotó a nuestra economía durante largos años, trajo la necesidad de pactar deudas de prolongado plazo bien sea en moneda extranjera (generalmente dólares estadounidenses), bien con cláusulas de reajuste que tenían en cuenta el encarecimiento del costo de vida, conforme las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística y Censos o bien algún otro índice indexatorio, como, por ejemplo, el valor novillo en la plaza de Liniers, el valor trigo, etc. La validez de estas cláusulas no presentaba problemas legales en los contratos comunes; pero sí las presentaban en los préstamos con garantía hipotecaria, porque parecían contrariar el principio de la especialidad de la hipoteca, según el cual la suma debida debía ser cierta y determinada (art. 3109 Ver Texto). El problema de la validez o nulidad de las hipotecas constituidas con cláusulas indexatorias dio lugar a una larga controversia doctrinaria y jurisprudencia (ver nota 3), a la cual puso fin la ley 21309 , sancionada en 1976, que convalidó las hipotecas así constituidas. Y aunque la ley no lo decía expresamente, la jurisprudencia convalidó también las hipotecas constituidas en moneda extranjera (ver nota 4).

Ahora bien: la ley 23928 , llamada de convertibilidad del austral, que entró en vigencia el 1/4/1991, estableció rígidamente el principio nominalista y dispuso que el deudor de una suma de dinero cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada; en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor (art. 7 Ver Texto). Quedó así derogada la ley 21309 en cuanto permitía cláusulas indexatorias en las hipotecas; pero, en cambio, se sancionó expresamente la posibilidad de hacer préstamos en moneda extranjera (art. 619, nueva redacción); y el decreto 628/1991 del 12/4/1991 estableció que se registrará el documento que constituya derecho real de hipoteca y que consigne su valor en moneda nacional o en moneda extranjera, sin necesidad en este último caso, de que se haga constar la conversión correspondiente en moneda nacional (art. 125, nueva redacción del decreto 2080/80).

Haciendo aplicación de estas disposiciones, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, dictó una resolución conforme con la cual serán objeto de toma de razón a partir del 19 de abril de 1991 las hipotecas constituidas en garantía de un crédito en moneda extranjera, no exigiéndose su estimación en moneda argentina (art. 1); y a la inversa, se dispuso que no serán objeto de toma de razón las cláusulas de ajuste pactadas en las constituciones hipotecarias, sea cual fuere la forma adoptada en los documentos autorizados a partir del 1/4/1991 (art. 4 de la resolución del 16 de abril de 1991).

1112/1174

1174.— Pero si no se permiten cláusulas de reajuste de la deuda originaria, nada impide que se pacten intereses, más aún, el art. 3152 Ver Texto los convalida expresamente. Todavía más: el nuevo art. 623 Ver Texto (ref. por ley 23928) permite la capitalización

periódica de los intereses si así se hubiera pactado expresamente. Pero la disposición citada contiene una importante limitación: son válidos los convenios de capitalización de Intereses en tanto se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza. Es una disposición destinada a poner un coto a la usura.

De igual modo, nada se opone a que en el contrato de constitución de hipoteca se fije un interés variable, por ejemplo, en un préstamo hipotecario a un año, se puede fijar una tasa de interés de 6% para los seis primeros meses y 8% para los últimos seis.

Pero los jueces no deben perder el control del monto de los intereses pactados y deben limitarlos prudentemente cuando ellos resulten usurarios. En este sentido, las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en 1991 declararon que a partir de la sanción de la ley 23928 se pueden establecer en las hipotecas intereses a tasa variable y capitalizable, con los límites que la jurisprudencia tradicionalmente impuso a las tasas usurarias.

1112/1175

1175. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.— Si no se respeta el principio de la especialidad, la hipoteca es nula (art. 3148 Ver Texto). Esta nulidad puede ser opuesta tanto por terceros como por el propio deudor (art. citado). En realidad, los principales interesados en la nulidad de la hipoteca son los terceros acreedores hipotecarios de rango posterior o simplemente quirografarios, dado que la nulidad de la hipoteca dispone eliminar la preferencia que tenía el acreedor hipotecario. Pero el deudor, siempre está obligado al pago de sus deudas, con todos sus bienes, inclusive el inmueble hipotecado. Esto significa que la nulidad de la hipoteca no le impide al acreedor ejecutar el bien sobre el cual recayó la hipoteca declarada nula. Parecería, por tanto, que el deudor carece de acción para pedir la nulidad de la hipoteca, ya que con ella o sin ella, el inmueble puede ser embargado y vendido por el acreedor. Sin embargo no es así. Si el inmueble no está hipotecado ni embargado (y el embargo no procede mientras no haya mora), el propietario puede disponer libremente de él, enajenándolo o gravándolo. Claro que el propietario de un inmueble hipotecado también puede enajenarlo o gravarlo; pero esas atribuciones están seriamente afectadas por la hipoteca anterior. Si quiere enajenarlo, obtendrá un menor precio; si quiere gravarlo con hipoteca, tendrá que satisfacer condiciones más onerosas, porque la garantía derivada de una segunda hipoteca es considerablemente menor que la nacida de la primera hipoteca y, por lo tanto, los prestamistas exigen mayores intereses.

(nota 1) Véase HIGHTON, Hipoteca: especialidad en cuanto al crédito, Tesis, Buenos Aires, 1981, quien sostiene sobre el tema un punto de vista peculiar según el cual la causa, entidad y magnitud de la obligación, no están vinculadas con el principio de la especialidad, sino a la accesoriedad de la hipoteca (§ 236).

(nota 2) LAFAILLE piensa que hay que distinguir entre la hipótesis en que la cifra significa un límite máximo susceptible de objetarse y aquella en que envuelve una cláusula penal y sostiene que solamente en este último caso podría autorizarse el juicio ejecutivo: Derechos reales, t. 3, n° 1681.

(nota 3) Sobre la doctrina en torno a este problema antes de la sanción de la ley 21309, véase: OTEGUI, Mutuo hipotecario en moneda extranjera, J.A., 1964-I, p. 29; BENEDETTI, Las cláusulas de estabilización o de valor garantizado, Revista del Notariado, n° 724, p. 1165; QUESADA ZAPIOLA, La cláusula oro en la hipoteca, L.L., t. 110, p. 738; SABRANSKY, La moneda extranjera en las obligaciones y garantías particulares, Revista del Notariado, n° 677, p. 881; MARIANI DE VIDAL, Derecho hipotecario, p. 94 y sig.; fallo del juez Carneiro, 29/6/1966, L.L., t. 114, p. 625; RIVERA, La especialidad y la publicidad de la hipoteca frente a la revalorización de las deudas en dinero, L.L., 1979-D, p. 929; ALTERINI, Las cláusulas de estabilización y el principio de la especialidad de la hipoteca, E.D., t. 84, p. 799; ADROGUÉ, Las cláusulas de estabilización y el principio de la especialidad de la hipoteca, L.L., 1979-D, p. 899.

(nota 4) C.S.N., 22/6/1976, E.D., t. 70, p. 216.

1112/10690

B.— CONDICIONES DE FORMA

1112/10700

1.— La escritura

1112/1176

1176. ESCRITURA PÚBLICA.— La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública (art. 3128 Ver Texto). El Código habla también de la constitución por documentos que sirviendo de títulos al dominio o derecho real estén expedidos por autoridad competente para darlos y que deban hacer fe por sí mismos (art. citado); pero esta disposición tenía sentido solamente hasta la sanción de la ley reglamentaria de la Escribanía General de Gobierno (Ley 9078 , de 1913), porque muchos actos jurídicos que interesaban al Estado se otorgaban por simples resoluciones dictadas en los expedientes

administrativos. Como hoy todos estos actos se otorgan por la Escribanía General de Gobierno en el orden nacional y las Escribanías de Gobierno de las Provincias, esta disposición ha perdido interés práctico (ver nota 1).

Cabe preguntarse qué ocurre si la hipoteca ha sido constituida por instrumento privado. ¿Vale como promesa de hipoteca que permite al acreedor exigir el otorgamiento de la escritura pública y el ulterior registro?

La cuestión está discutida (ver nota 2); por nuestra parte, pensamos que la promesa de hipoteca es plenamente válida entre las partes, vale decir, permite exigir del deudor el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Ninguna disposición legal otorga a la escritura pública el carácter de formalidad ad solemnitatem; y, por consiguiente, debe privar el principio de libertad de las convenciones, en tanto ellas no sean contrarias al orden público. Va de suyo, que la promesa de hipoteca no tiene efecto alguno respecto de terceros, mientras no se haya otorgado la correspondiente escritura y se la haya inscripto en el Registro.

1112/1177

1177. ACEPTACIÓN POR EL ACREEDOR.— La constitución de la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor (art. 3130 Ver Texto). Esto resulta del carácter convencional de la hipoteca: puesto que la convención es un requisito esencial para la existencia de ella, no se concebiría su constitución sin la aceptación del acreedor.

Sin embargo el art. 3130 Ver Texto , en su segunda parte, dispone que cuando ha sido establecida por una escritura pública en que el acreedor no figure, podrá ser aceptada ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de su constitución. Esto significa que no es indispensable que el acuerdo de voluntades se exprese en un mismo acto. Puede serlo por actos separados, pero de todas maneras el acuerdo debe existir porque sin él no hay hipoteca.

Cabe preguntarse si es posible registrar una hipoteca constituida por el deudor cuando todavía no hay aceptación por el acreedor. Por nuestra parte, pensamos que el Registro, debe rechazar el pedido de inscripción (ver nota 3), por la muy simple razón de que no es posible registrar una hipoteca que todavía no tiene existencia legal desde que le falta un requisito esencial como es el convenio de las partes. Resulta así claro que el efecto retroactivo dispuesto por el art. 3130 Ver Texto no puede perjudicar ni tener efectos respecto de terceros (ver nota 4), con lo cual lo dispuesto por esta norma no tiene aplicación posible.

1112/1178

1178.— La aceptación por acto ulterior debe ser hecha en escritura pública. Si el art. 3130 Ver Texto exige esta formalidad para la constitución de la hipoteca, como ésta sólo queda constituida por el acuerdo de partes, tanto el consentimiento del deudor como el del acreedor deben ser hechos con las formalidades exigidas por la ley (ver nota 5).

1112/1179

1179. ENUNCIACIONES QUE DEBE CONTENER LA ESCRITURA.— La escritura hipotecaria debe, ante todo, llenar los requisitos que son generales a toda escritura, conforme con lo dispuesto en los arts. 997 Ver Texto y siguientes. Pero la ley ha establecido algunos requisitos propios de la escritura hipotecaria. En este sentido el art. 3131 Ver Texto dispone: El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: 1) el nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal y el lugar de su establecimiento; 2) la fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra; 3) la situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre; 4) la cantidad cierta de la deuda.

El artículo siguiente agrega: una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque como existentes en un lugar o ciudad determinada, no es bastante para dar a la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble.

Éstas son pues las enunciaciones esenciales de la escritura hipotecaria, vinculadas unas con la determinación precisa de las partes intervinientes y su domicilio, otras con la individualización del contrato a que acceden y, las dos últimas, con el principio de la especialidad.

Estas disposiciones formales deben ser interpretadas con una cierta laxitud. El mismo Código dice que la constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte (art. 3133 Ver Texto). Corresponde a los Tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca. Así, por ejemplo, podría ocurrir que no se hubiese determinado con precisión los linderos de la finca pero que, sin embargo, bastara en el caso con la enunciación de su ubicación (ver nota 6).

(nota 1) SALVAT, t. 4, n° 2296. Sin embargo, algunos autores dan como ejemplo de hipoteca válida y registrable sin escritura pública, la constituida en una subasta judicial, en la cual se da plazo para el pago con garantía hipotecaria; HIGHTON, Derechos reales de garantía, § 141; MACHADO, t. 8, p. 58; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, p. 305.

(nota 2) En el sentido de que la promesa de hipoteca es nula: SALVAT, t. 4, n° 2297; LAFAILLE, t. 3, n° 1665. En el sentido de que es válida; FERNÁNDEZ, t. 1, núms. 302 y 308; HIGHTON, Derechos reales de garantía, § 148.

(nota 3) De acuerdo: LAFAILLE, t. 3, n° 1706; en contra SALVAT, t. 4, n° 2299 y sig.

(nota 4) De acuerdo, MACHADO, t. 8, p. 63; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 200; BIBILONI, t. 3, n° 1706; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 25. En contra, SALVAT, t. 4, n° 2299.

(nota 5) De acuerdo, FERNÁNDEZ, t. 1, n° 463; LAFAILLE, t. 3, n° 1705; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 24. En contra: SALVAT, t. 4, n° 2300.

(nota 6) En este sentido, C.S.N., 17/7/1884, Fallos, t. 27, p. 69.

1112/10710

2.— Registro de la hipoteca

1112/1180

1180. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— Si bien el codificador en la nota final al título de la hipoteca se manifestó contrario a implantar el registro como sistema general de publicidad de los derechos reales, en cambio, lo admitió para la hipoteca. Esto se explica porque VÉLEZ SARSFIELD juzgaba que la tradición era una publicidad suficiente de la transmisión de los derechos reales; pero la tradición no se opera en la hipoteca, que si no se registra, permanece como un acto oculto entre propietario y acreedor. Si se quería proteger a los terceros contra eventuales maniobras del propietario, era inevitable crear el registro de

hipotecas y, efectivamente, así lo hizo VÉLEZ SARSFIELD en los arts. 3134 Ver Texto y siguientes.

El sistema de registro establecido en el Código Civil, ha sufrido luego el impacto de la ley 17801 , que ha ratificado algunas de sus disposiciones y modificado otras; también la ley 20089 ha modificado los arts. 3137 Ver Texto y 3149 Ver Texto .

El art. 3139 Ver Texto dispone que la inscripción o toma de razón, debe contener los siguientes datos mínimos: a) fecha del instrumento hipotecario, es decir, de la escritura pública; b) el escribano ante quien se ha otorgado; c) los nombres de los otorgantes, su vecindad; d) la calidad de la obligación o contrato; con estas palabras un tanto impropias, el codificador ha querido referirse a los datos esenciales de la operación que da lugar al otorgamiento de la garantía hipotecaria, incluyendo su monto (ver nota 1); e) los bienes raíces gravados, con expresión de sus nombres, situaciones y linderos. Es necesario agregar respecto de este último requisito, que conforme con el sistema de la ley 17801 todos estos datos de identificación del inmueble están ya contenidos en el folio real en el que se anota la hipoteca.

1112/1181

1181.— A su vez el art. 3144 Ver Texto dispone que la toma de razón de las hipotecas debe hacerse en los registros sucesivamente, sin dejar blancos, en que se pudiese anotar otro registro. Esta disposición coincide con el art. 14 Ver Texto de la ley 17801 y tiene por objeto evitar intercalaciones fraudulentas.

1112/1182

1182.— El art. 3145 Ver Texto dispone que tomada razón de la hipoteca debe anotarse el acto en la escritura de la obligación por el oficial encargado del oficio de hipotecas, bajo su firma, expresando el día en que lo ha hecho y el folio de su libro donde se ha tomado razón de la hipoteca. Concuera con esta disposición el art. 28 Ver Texto de la ley 17801, que además exige que se exprese en la nota que debe poner el registrador en el documento, el número de orden de la registración practicada.

1112/1183

1183. QUIÉN PUEDE PEDIR LA INSCRIPCIÓN.— Según el art. 3140 Ver Texto , la toma de razón podrá pedirse: 1º) por el que, transmite el derecho; 2º) por el que lo adquiere; 3º) por el que tenga representación legítima de cualquiera de ellos; 4º) por el que tenga

interés en asegurar el derecho hipotecario. El art. 6 Ver Texto de la ley 17801 ha reconocido también ese derecho al autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, que generalmente será el escribano que otorga la escritura y que es, en la práctica, el que siempre formula el pedido de inscripción.

1112/1184

1184. GASTOS DE LA INSCRIPCIÓN.— Los gastos de inscripción son de cuenta del deudor (art. 3138 Ver Texto). Es una solución de justicia dudosa porque la hipoteca se concierta en interés de ambas partes y lo razonable hubiera sido hacer pesar sobre ambas el gasto. Y de hacerlo pesar sobre una sola, parece más equitativo ponerlo a cargo del acreedor, que es a quien beneficia la inscripción.

La regla legal se aplica quien quiera sea el que ha pedido la inscripción. En la práctica notarial estos gastos se cobran y liquidan al realizarse la operación hipotecaria.

1112/1185

1185. PLAZO.— Originariamente el art. 3137 Ver Texto del Código establecía que el registro debía hacerse en un plazo de seis días corridos desde el momento del otorgamiento de la escritura para que la hipoteca tenga lugar respecto de terceros; se preveía una ampliación por razón de distancia de un día por cada dos leguas. Esta disposición fue respetada por la ley 17801 , que fijó el plazo de inscripción de los documentos en general en cuarenta y cinco días contados desde, el otorgamiento del documento, pero hizo la excepción de las hipotecas, que continuaban regidas por el art. 3137 Ver Texto . En verdad, no se justificaba un distinto tratamiento de las escrituras hipotecarias y las restantes escrituras a estos efectos. A ello se debió la reforma introducida por la ley 20089 , según la cual el art. 3137 Ver Texto quedó redactado de la siguiente manera: el registro debe hacerse dentro del término establecido en la ley nacional de registros de la propiedad. También modificó el art. 5 Ver Texto de la ley 17801, eliminando la excepción referida a las hipotecas. Por consiguiente, en el régimen actual el registro de la hipoteca debe hacerse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, como cualquier otra escritura.

Para concordarlo con esta reforma, también en el art. 3149 Ver Texto se ha suprimido la referencia a los seis días para la inscripción, siendo la actual redacción de ese texto la siguiente: la hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria, si el ingreso para su registro se hubiese producido dentro del término previsto en el art. 3137 Ver Texto ; es decir, cuarenta y cinco días, que es el plazo fijado por la ley 17801 a la cual se remite, a su vez, el art. 3137 Ver Texto (ver nota 2).

1112/1186

1186.— Agreguemos que el art. 3141 Ver Texto dispone que el Registro debe inscribir la escritura hipotecaria dentro de las 24 horas de remitida la escritura por el escribano; agregando que será de ningún valor toda otra toma de razón de hipotecas sobre el mismo inmueble hecha en el tiempo intermedio de las veinticuatro horas.

Esta última disposición es confusa. No es exacto que la nueva inscripción sea nula; lo que ocurre es que no podrá oponerse contra otra hipoteca anterior cuyo pedido de inscripción ingresó en los plazos legales. Agreguemos que la ley 17801 ha modificado y perfeccionado el sistema del Código, estableciendo el bloqueo del registro a partir del primer pedido de certificación del estado del inmueble, con lo que se evita toda posibilidad de fraude. Sobre esta materia, véase nº 1457.

1112/1187

1187. PRIORIDAD.— El art. 3136 Ver Texto establece la prioridad de las hipotecas por su orden de registración, pero hace la salvedad de que si un subsiguiente acreedor, que tiene conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciere registrar primero la que se le ha dado en seguridad de su crédito, la prioridad se regirá por la fecha de la escritura y no por la fecha de la inscripción. De una manera más clara, el art. 5 Ver Texto , ley 17801 establece que las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación.

Preocupado por impedir los fraudes a terceros el codificador dispuso que el oficial del registro debía tomar anotación de las hipotecas dentro de las veinticuatro horas de presentado el documento (art. 3141 Ver Texto); agregando en el artículo siguiente que si el que ha dado una hipoteca sobre sus bienes, se vale de la falta de inscripción para hipotecarlos a otra persona, sin prevenirle de la existencia de esa hipoteca, será culpado de fraude y como tal sujeto a satisfacer los daños y perjuicios de la parte que lo sufre por su dolo.

Esta disposición se mantiene en vigencia, pero hay que añadir que hoy es prácticamente imposible que se produzcan estos tipos de fraude, dado el sistema de la certificación estructurado en la ley 17801 (arts. 22 Ver Texto y sig.). Sobre estas certificaciones y su funcionamiento práctico, véase nº 1456, y siguientes.

1112/1188

1188. PRIORIDAD Y RESERVA DE RANGO (ver nota 3).— En materia hipotecaria el principio esencial es que quien inscribe primero su hipoteca, tiene prioridad sobre los posteriores. Para decirlo con más rigor, la prioridad entre dos o más inscripciones se establece por la fecha de la escritura y el número de orden de presentación en el Registro (art. 19 Ver Texto , ley 17801). Ha quedado derogado tácitamente el art. 3934 Ver Texto in fine, que disponía que las hipotecas inscriptas el mismo día concurrían a prorrata.

Ahora bien: la ley 17711 agregó al art. 3135 Ver Texto el siguiente párrafo, que constituye una importante novedad: al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento, del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar.

La nueva norma, si bien mantiene el principio de la prioridad fundada en la registración, permite lo que se llama la reserva de rango. Es una institución de gran significado práctico, pues permite mejorar las posibilidades crediticias del dueño del inmueble. Es particularmente importante para obtener crédito de instituciones oficiales que no lo dan sino en primera hipoteca. Pero los trámites para obtenerlo suelen ser largos y, entre tanto, las necesidades financieras del propietario pueden adquirir urgencia. Recurre entonces al crédito particular, reservando el primer rango para la hipoteca de la institución oficial que ofrece siempre condiciones más ventajosas.

1112/1189

1189.— Para la reserva del rango es necesario: a) el consentimiento del acreedor; b) la determinación del monto a que pueda alcanzar la hipoteca posterior que vendría a tener preferencias. Esta segunda condición que la ley impone en protección del primer acreedor que admite la reserva del rango, no puede a nuestro juicio omitirse ni aun con consentimiento del acreedor. Es una disposición tendiente a evitar que las personas de buena fe, puedan ser víctimas de engaños que en definitiva frustren sus derechos.

¿Qué debe entenderse por monto que podrá alcanzar la hipoteca ulterior? ¿La cantidad fijada se refiere sólo al capital o debe comprender también los intereses? No dudamos de que la última es la solución correcta (ver nota 4). De lo que se trata es de fijar una cantidad hasta la cual el primer acreedor cede su prioridad. De lo contrario, sería fácil burlar sus derechos dejando acumular los intereses moratorias y aun los punitivos, con lo que se excedería sustancialmente la cantidad prevista.

En otras palabras: la cantidad fijada para la preferencia de una hipoteca ulterior no puede ser excedida por el conjunto de capital e intereses. En lo que la excedan, el exceso ocupará un rango posterior al acreedor que cedió su rango.

La ley dice que al constituir la primera hipoteca puede hacerse la reserva de constituir otra hipoteca de grado preferente. Cabe preguntarse si es un requisito ineludible hacerlo en ese momento o si el acreedor hipotecario podría dar su consentimiento por un acto posterior. No parece discutible que debe tenerse por válido el consentimiento del acreedor hipotecario cualquiera sea el momento en que lo preste (ver nota 5). Al referirse al momento de la constitución la ley ha previsto la hipótesis normal, pues será difícil que el acreedor hipotecario acepte después de tener inscrita la hipoteca y asegurado su primer rango, que la ceda a otro acreedor. Difícil pero no imposible, porque podría obtenerse su consentimiento sobre la base de un aumento de la tasa de interés u otras ventajas. Sobre todo si el inmueble cubre holgadamente ambas hipotecas.

La circunstancia de que la ley hable de la hipótesis normal del consentimiento prestado al constituirse la hipoteca, no puede convertir esta disposición en una formalidad sine qua non. Las formalidades establecidas por la ley también tienen su fin, y si éste se satisface, la formalidad debe considerarse cumplida, aunque no se ajuste de modo perfecto a la literalidad del texto legal. Lo que la ley quiere es que el acreedor hipotecario que registró primero su hipoteca, no pueda ser postergado por otros sin su consentimiento. Pero logrado éste, es indiferente que se preste al constituir la hipoteca o con posterioridad.

1112/1190

1190.— La reserva de rango afecta al derecho real hipotecario y, por tanto, debe ser inscrita en el Registro Inmobiliario para su oposición a terceros (ver nota 6).

1112/1191

1191.— ¿Hasta qué momento puede hacer uso el propietario del derecho que se ha reservado? Pensamos que su derecho sólo caduca cuando el inmueble ha sido embargado, sea por terceros acreedores (ver nota 7), sea por el acreedor hipotecario que consintió la reserva, pero que ante el incumplimiento del deudor ejecuta su crédito. No basta, desde luego, la notificación de la demanda ejecutiva (ver nota 8), porque dicha demanda puede ser ignorada por el tercero con quien el deudor contrata un préstamo, atribuyéndole el primer rango que se había reservado.

Y no sería justo privarle de ese rango en virtud de un incumplimiento y una demanda ejecutiva que no tenía modo de conocer.

Supongamos ahora que el deudor ha constituido una segunda hipoteca, utilizando el rango reservado. Luego levanta esta hipoteca. ¿Puede volver a utilizar la reserva para una nueva

hipoteca? La cuestión está discutida. Algunos autores opinan que utilizada la reserva, no puede el acreedor conferir el rango preferente a una tercera hipoteca sin el nuevo consentimiento del acreedor que había autorizado la reserva originariamente. En otras palabras, utilizada la reserva, caducaría el derecho del deudor a ubicar en rango preferente a un nuevo acreedor (ver nota 9). No compartimos esta opinión.

Cuando un acreedor hipotecario autoriza a su deudor a que hipoteque nuevamente el bien con preferencia a su propia crédito y hasta un monto determinado, no le interesa cuántas veces utiliza de ese derecho el deudor. Su único interés legítimo es que no se exceda el monto autorizado. Pensamos pues, que extinguida la hipoteca que ocupó el rango reservado, el deudor puede constituir una nueva confiriéndole esa preferencia (ver nota 10).

1112/1192

1192.— Supongamos que, conforme con el art. 3135 Ver Texto , el propietario se haya reservado la facultad de constituir otra hipoteca de grado preferente. ¿Significa esto que su derecho está limitado a una sola hipoteca o puede constituir varias mientras no se exceda el límite del monto establecido? El más elemental buen sentido indica que mientras respete el monto fijado, al acreedor que concedió la reserva le es indiferente que ese monto sea cubierto por una o varias hipotecas. El hecho de que el art. 3135 Ver Texto hable de otra hipoteca, en singular, no da pie suficiente para sostener una interpretación restrictiva que carecería de sustento lógico (ver nota 11). Pensamos que aunque en la escritura hipotecaria en la que se hace reserva del rango, se estipule de manera taxativa e inequívoca que sólo podrá contratarse una única hipoteca de grado preferente, la oposición del primer acreedor a que se grave el inmueble con más de una hipoteca debe desestimarse como abusiva, mientras no se exceda el límite convenido.

1112/1193

1193. PERMUTA DE RANGO.— La permuta de rango hipotecario supone que los dos acreedores hipotecarios se ponen de acuerdo para ocupar el uno el rango que le corresponde al otro. Si son dos los acreedores, aquel al cual por orden de inscripción le correspondía el primer rango, pasa a ocupar el segundo, y viceversa.

La permuta de rango, autorizada por el art. 19 Ver Texto , ley 17801, requiere solamente el consentimiento de los permutantes, no así el del propietario, para quien dicha permuta resulta indiferente.

Supongamos ahora que haya varios acreedores hipotecarios y que entre los permutantes haya otro acreedor de rango intermedio. Es obvio que la permuta no podría en ningún caso

perjudicar a éste. Un ejemplo aclara el problema. Imaginemos una primera hipoteca de \$ 100.000, una segunda de \$ 100.000 y una tercera de \$ 200.000. La permuta se hace entre la primera y la tercera hipoteca. Está claro que si esta última pasara a ocupar el primer rango por todo su importe, la segunda hipoteca quedaría seriamente perjudicada. Hay que concluir, por tanto, que respecto de esta segunda hipoteca el acreedor que ha pasado al primer rango sólo podría hacer valer su preferencia por \$ 100.000 (ver nota 12); salvo, claro está, que el acreedor intermedio haya dado su consentimiento.

1112/1194

1194. COPARTICIPACIÓN DE RANGO.— Por último, también es legítimo que los acreedores hipotecarios convengan entre sí que compartirán o coparticiparán del mismo rango hipotecario (art. 19 Ver Texto , ley 17801). Naturalmente, debemos hacer en este caso la misma salvedad que en el anterior: esa coparticipación no puede operar nunca en perjuicio de los acreedores de rango intermedio.

1112/1195

1195. PUBLICIDAD.— EL art. 3146 Ver Texto establecía que el oficial encargado de las hipotecas no debía dar sino por orden del juez, certificado de las hipotecas registradas o de que determinado inmueble está libre de gravamen. Era una disposición inconveniente, porque si el objeto de los Registros es precisamente la publicidad y la defensa de los intereses de terceros, parece indudable que debe reconocerse a cualquier interesado el derecho de conocer cuál es el estado del inmueble. En consonancia con estas ideas, el art. 21 Ver Texto , ley 17801 ha establecido que el registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones e interdicciones inscriptas. Esta disposición ha venido a derogar tácitamente el art. 3146 Ver Texto .

1112/1196

1196. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.— El registro no es constitutivo del derecho real de hipoteca que, entre las partes queda definitivamente constituido por la escritura hipotecaria; pero sin el registro, la hipoteca no producirá efectos contra terceros (art. 3149 Ver Texto). Sin embargo, ni los herederos de los contratantes ni los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada. Esta disposición, que ha quedado corroborada por el art. 20 Ver Texto de la ley 17801, se funda en razones de diversa índole; en cuanto a los herederos de las partes, porque en su calidad de sucesores universales ocupan el lugar que tenía el causante y si éste no podía invocar la falta de inscripción, tampoco lo pueden ellos; en cuanto al escribano, los testigos y demás

intervinientes en el acto (por ejemplo, los mandatarios, fiadores, etc.), todos ellos han tenido conocimiento de la constitución de la hipoteca y, por consiguiente, no pueden pretender de buena fe que una hipoteca posterior en favor suyo tenga prioridad sobre la anterior, aunque ésta no esté registrada.

Sobre los efectos simplemente declarativos de nuestro registro, véase nº 1441 y siguientes.

1112/1197

1197.— Las personas enumeradas en el art. 3135 Ver Texto , no solamente no pueden invocar la falta de inscripción de la hipoteca, sino que tampoco pueden prevalerse de la falta de renovación (ver nota 13), lo que es lógico, pues la renovación hace a la inscripción de la hipoteca y no a la existencia misma del derecho hipotecario. Y si la falta de inscripción no puede ser opuesta por las personas enumeradas en el art. 3135 Ver Texto , es obvio que tampoco puede perjudicarles su falta de renovación.

1112/1198

1198. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.— Dispone el art. 3147 Ver Texto que el registrador es responsable de la omisión en sus libros de las tomas de razón o de haberlas hecho fuera del término legal. Es responsable también del perjuicio que resulte al acreedor de la falta de mención en sus certificados, de las inscripciones o tomas de razón existentes o por negar la toma de razón que se le pide por persona autorizada para ello.

En este artículo se trata de dos responsabilidades distintas: a) la primera es administrativa, y surge de la simple omisión del cumplimiento de las inscripciones en forma legal; esta responsabilidad existe, haya o no daño a terceros; a ella se refiere el primer párrafo del artículo que comentamos; b) la segunda se refiere a los perjuicios causados a terceros, por los defectos u omisiones en la forma de llevar los registros. Ésta es una responsabilidad extracontractual (ver nota 14) y como toda responsabilidad civil, exige la existencia y prueba de un daño.

Advertimos que el segundo párrafo del art. 3147 Ver Texto se refiere solamente a los perjuicios que resulten al acreedor; pero es obvio que no sólo el acreedor tiene derecho a ser indemnizado sino también cualquier otra persona que sufra un perjuicio como consecuencia de la omisión del encargado del registro (ver nota 15).

1112/1199

1199.— Independientemente de la responsabilidad del oficial encargado del Registro, existe una responsabilidad del Estado en su carácter de principal del registrador, que es su dependiente. Esa responsabilidad surge de lo dispuesto por los arts. 43 Ver Texto (ref. por ley 17711) y 1113 Ver Texto (ver nota 16).

1112/1200

1200. CADUCIDAD DE LA HIPOTECA.— En su redacción originaria el art. 3151 Ver Texto establecía: La hipoteca registrada conserva los derechos del acreedor sobre el inmueble hipotecado por el término de diez años, si antes no se renovare. Este texto se complementaba con el art. 3197 Ver Texto que establecía: la hipoteca se extingue pasados diez años desde su registro en el oficio de hipotecas.

Los textos transcritos presentaban ante todo una dificultad interpretativa: ¿qué se extinguía con el cumplimiento del plazo, la hipoteca misma o solamente la inscripción? Los textos del Código y particularmente el art. 3197 Ver Texto , parecían claros en el sentido de que era la misma hipoteca la que se extinguía; pero esta interpretación no era razonable y terminó prevaleciendo la tesis de que lo que se extinguía eran los efectos de la inscripción, pero no la hipoteca en sí misma (ver nota 17).

Sin embargo, era conveniente clarificar el sistema legal y precisar que lo que caducaba era solamente la inscripción. Igualmente era conveniente extender el término del Código que resultaba demasiado breve. Con frecuencia las hipotecas se arrastran durante largos años por conveniencia de ambas partes. De pronto se vencía el término de diez años, sin que se renovara la inscripción, fuera por ignorancia de la ley, por descuido, por confianza en el deudor. Y así el acreedor se encontraba sin garantía.

Estas consideraciones fueron tenidas en cuenta al dictarse la ley 17711 , que reemplazó los arts. 3151 Ver Texto y 3197 Ver Texto por los siguientes textos: los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renovare (art. 3151 Ver Texto); los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados veinte años desde que fue registrada (art. 3197 Ver Texto).

Si la inscripción no se renovare oportunamente, caducan de pleno derecho los efectos de la inscripción, sin necesidad de solicitud alguna de parte interesada (art. 37 Ver Texto , ley 17801).

El plazo se cuenta a partir de la toma de razón (art. 37 Ver Texto , ley 17801, in fine). Vencido el plazo legal, ya no cabe la renovación de la hipoteca; y no se la puede reinscribir sin una nueva escritura otorgada por las partes.

1112/1201

1201. RENOVACIÓN DE LA HIPOTECA.— Lo normal es que la renovación de la inscripción sea hecha a pedido del acreedor hipotecario, que es quien tiene interés en ella, aunque se ha admitido que puede pedirla también toda persona que demuestre tener un interés legítimo (ver nota 18).

Para obtener la renovación le basta al acreedor hipotecario con presentar al Registro el título hipotecario donde consta la inscripción que se renueva, sin que sea necesaria la conformidad del deudor, porque se trata de una medida de carácter conservatorio que el acreedor tiene derecho a tomar por sí (ver nota 19).

La nueva inscripción debe tener una indicación precisa de la que se renueva; de lo contrario sólo valdrá como inscripción primera (art. 3935 Ver Texto).

1112/1202

1202.— Vencido el plazo de caducidad, el acreedor hipotecario conserva el derecho de hacer reinscribir su hipoteca, pero entonces ella producirá todos los efectos de una nueva inscripción; de tal modo que si se hubiesen inscripto con anterioridad otras hipotecas, son éstas las que tienen prioridad (ver nota 20). No procede la reinscripción tardía si en el momento de efectuarse había sido declarada la quiebra del deudor (ver nota 21).

Se ha decidido que promovida la ejecución de la hipoteca por falta de pago, el acreedor hipotecario ejecutante queda relevado de la obligación de renovar la inscripción hipotecaria cuyo término hubiese vencido antes del remate y adjudicación del inmueble (ver nota 22).

1112/1203

1203. HIPOTECA CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO.— Es lícito constituir en el extranjero hipotecas sobre bienes existentes en la República, siempre que constaren en instrumentos públicos y se presentaren legalizados (art. 3129 Ver Texto y su remisión al art. 1211 Ver Texto). Agrega el art. 3129 Ver Texto que de la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el

juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Llama la atención que la ley 20089 que modificó el plazo dentro del cual debe hacerse el registro de la hipoteca, no reformara el art. 3129 Ver Texto . Nos parece obvio que se trata de una omisión involuntaria, y que también en este caso debe aplicarse el nuevo art. 3137 Ver Texto , según el cual el registro debe hacerse dentro del término establecido en la ley nacional de registros de la propiedad, es decir 45 días.

1112/1204

1204.— El último apartado del art. 3129 Ver Texto establece que, la hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República. Es de toda lógica que no se inscriba una hipoteca que para nuestras leyes tiene una causa ilícita.

1112/10720

3.— Preanotación hipotecaria (ver nota 23)

1112/1205

1205. CONCEPTO.— Se vincula con el problema del registro de la hipoteca, una institución propia del derecho bancario, la preanotación hipotecaria. Suele ocurrir que los interesados en gestionar un préstamo hipotecario de alguna institución bancaria oficial, inician los trámites y obtienen el correspondiente acuerdo; sin embargo, desde ese momento hasta el del otorgamiento de la escritura hipotecaria suele transcurrir un tiempo bastante prolongado durante el cual el interesado en el préstamo, no puede hacer uso de él no obstante haber decisión del Banco de otorgárselo. La preanotación hipotecaria permite resolver este problema: mientras se concluyen los trámites, el Banco libra un oficio al Registro de la Propiedad disponiendo la preanotación, hecho lo cual da al interesado un adelanto sobre el préstamo concedido.

Esta anotación tiene una vigencia de 45 días, pero es prorrogable por el mismo lapso a pedido del Banco cuantas veces sea necesario (art. 2, decreto ley 15347/46).

Como puede apreciarse, la preanotación hipotecaria desempeña el papel de una medida cautelar impidiendo que, durante su vigencia puedan constituirse sobre el inmueble otros derechos reales. Pero es algo más que una medida cautelar: origina una carga real (art. 2, decreto ley 15347/46) sobre el inmueble, con todos los efectos propios de la hipoteca:

privilegio sobre el inmueble por el capital, intereses y costas, derecho de ejecución, etc. (ver nota 24).

1112/1206

1206. BANCOS CON DERECHO A INSCRIBIR LA PREANOTACIÓN.— En el decreto ley de creación de esta institución, se concedió el privilegio de la preanotación hipotecaria solamente a los Bancos oficiales de la Nación (art. 1, decreto ley 15347/1946). Pero posteriormente se dictó la ley 15283, según la cual las disposiciones establecidas para las operaciones de crédito real con garantía hipotecaria del Banco Hipotecario Nacional, en lo que se refiere a privilegios y ejecución especial, consignados en la ley orgánica de dicha institución, como así las que se establezcan en el futuro al respecto, alcanzarán a los bancos provinciales, oficiales o mixtos, que realicen operaciones similares.

¿Significa esto que se ha extendido a los bancos oficiales provinciales el derecho de la preanotación hipotecaria? La cuestión está discutida. Un sector de la doctrina sostiene que la ley 15283 se ha referido solamente a los privilegios y al derecho de ejecución especial de que goza el Banco Hipotecario, pero no a la preanotación (ver nota 25). Otros autores, a cuya opinión adherimos, sostienen que los bancos provinciales gozan del derecho de la preanotación (ver nota 26). Los fundamentos de esta doctrina parecen incontrovertibles. Por lo pronto, la preanotación es evidentemente un privilegio y queda, por tanto, comprendido en los términos latos de la ley 15283; además, en la carta orgánica del Banco Hipotecario Nacional se menciona a la preanotación hipotecaria como una de las atribuciones del Banco (art. 11, inc. i), que por la ley 15283 se extiende a los bancos provinciales.

1112/1207

1207. CADUCIDAD DE LA PREANOTACIÓN.— La preanotación caduca: a) por el mero vencimiento del término de 45 días, si el Banco no hubiere pedido su prórroga; b) por el pago del anticipo, sus intereses y gastos, que comunicará el Banco por oficio directo al Registro; c) por la inscripción de la escritura de hipoteca que garantice el crédito total (art. 3, decreto ley 15347).

1112/1208

1208. FRACASO DE LA ESCRITURACIÓN.— Puede ocurrir también que la escritura hipotecaria no se otorgue, sea por incumplimiento del contrato, por fallecimiento del interesado o por cualquier otra causa. En tal hipótesis, el Banco está autorizado a disponer la ejecución inmediata del inmueble como si se tratara de una deuda de plazo vencido garantizada con derecho real de hipoteca en el grado en que se halla preanotada y conforme

con los procedimientos especiales de ejecución propios del Banco Hipotecario. El remate saldrá con la base del anticipo, más los intereses, impuestos, tasas y gastos (art. 4, decreto ley 15347/1946).

(nota 1) SALVAT, t. 4, n° 2333 y su anotador ARGAÑARAZ; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 424-A; SEGOVIA, t. 2, p. 343, núms. 85 y 86.

(nota 2) Por evidente inadvertencia, no se eliminó la referencia al plazo de seis días también contenida en el art. 2129 Ver Texto .

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ADROGUÉ, Reserva de rango hipotecario, L.L., t.137, p. 962; ALTERINI, Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación, Revista del Notariado, n° 720, p. 1997; MOLINARIO, De la pretendida e inexistente hipoteca abierta en el derecho positivo argentino, J.A., Doctrina, 1972, p. 1; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Hipoteca: reserva, permuta, posposición de rango, L.L., t. 154, p. 991; SOSA MOLINÉ, Reserva, permuta y posposición del rango hipotecario, Revista del Notariado, n° 734, p. 457.

(nota 4) De acuerdo, ADROGUÉ, Reserva de rango hipotecario, n° VIII, L.L., t. 137, p. 962; ALTERINI, nota en Revista del Notariado, n° 720, p. 2033; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Hipoteca: reserva, permuta, posposición de rango, L.L., t. 154, p. 998.

(nota 5) De acuerdo SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, n° 16. En contra: ADROGUÉ, Reserva de rango hipotecario, n° IX, L.L., t. 137, p. 962; ALTERINI, en Revista del Notariado, n° 720, p. 2031 in fine. MOISSET DE ESPANÉS, en E.D., t. 42, p. 859; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, L.L., t. 154, p. 997.

(nota 6) De acuerdo, ADROGUÉ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 7) De acuerdo, ADROGUÉ, op. cit., n° IX; ALTERINI, en Revista del Notariado, n° 720, p. 2036; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, nota en L.L., t. 154, p. 998.

(nota 8) De acuerdo: GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, L.L., t. 154, p. 999.

(nota 9) GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, L.L., t. 154, p. 993, quien cita la opinión concordante de MOLINARIO. Nos parece que GUTIÉRREZ ZALDÍVAR no es congruente con la opinión por él mismo sostenida, de que la reserva puede utilizarse para

varias hipotecas mientras no se exceda el monto fijado. ¿Qué diferencia hay entre varias hipotecas que ocupan el rango reservado simultáneamente y varias que lo ocupan sucesivamente unas después de las otras, cuando las primeras han sido extinguidas?

(nota 10) De acuerdo: ADROGUÉ, en L.L., t. 137, p. 962.

(nota 11) De acuerdo: ALTERINI, en Revista del Notariado, n° 720, p. 2032; ADROGUÉ, nota en L.L., t. 137, p. 967; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, L.L., t. 154, p. 993. En contra: MOLINARIO, nota en J.A. Doctrina, 1972, p. 1.

(nota 12) De acuerdo: ALTERINI, en Revista del Notariado, n° 720, p. 2038; SOSA MOLINÉ, en Revista del Notariado, n° 734, p. 490.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 17/10/1935, J.A., t. 52, p. 71; C. Civil 2ª Cap., 14/10/1936, J.A., t. 56, p. 227; S.C. Bs. As., 7/12/1937, Acuerdos y Sentencias, Serie 16, t. 1, p. 111; íd., 28/6/1938, Acuerdos y Sentencias, Serie 16, t. 4, p. 31; S.T. Santa Fe, 25/4/1944, J.A., 1944-II, p. 263; SALVAT, t. 4, n° 2321.

(nota 14) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2346; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 759.

(nota 15) De acuerdo, SALVAT, t. 4, n° 2348; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 379.

(nota 16) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2346, nota 357 a; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 435, f y g.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 5/11/1956, L.L., t. 85, p. 394; C. Civil 1ª Cap., 2/12/1940, L.L., t. 21, p. 356; S.C. Buenos Aires, 28/7/1938, Acuerdos y Sentencias, Serie 16, t. 4, p. 31; SALVAT, t. 4, n° 2351; LAFAILLE, t. 3, núms. 1771 y 1773; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, núms. 383 y 389; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, núms. 269 a 273; etc.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 17/6/1935, J.A., t. 50, p. 857; FERNÁNDEZ, t. 1, n° 395 y nota 166; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2354, nota 369.

(nota 19) SALVAT, t. 4, n° 2355.

(nota 20) C.S.N., 3/10/1949, J.A., 1949-IV, p. 764; C. Civil 1ª Cap., 13/10/1939, L.L., t. 16, p. 73; C. Civil 2ª Cap., 12/7/1935, J.A., t. 51, p. 168; SALVAT, t. 4, n° 2358. Sostiene la improcedencia de la renovación tardía, FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, t. 2, p. 56; requiere para la renovación tardía la conformidad del deudor: C. Civil 1ª Cap., 23/4/1941, J.A., t. 74, p. 289.

(nota 21) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 4, n° 2358, n° 4; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 389.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 18/3/1938, J.A., t. 61, p. 635 y L.L., t. 9, p. 967; íd., 29/8/1938, L.L., t. 11, p. 1019; C. Civil 2ª Cap., 15/10/1938, J.A., t. 48, p. 192; C. Com. Cap., 7/9/1938, L.L., t. 12, p. 464; C. Fed. Cap., 29/11/1939, L.L., t. 16, p. 1003; C. Apel. Mendoza, 24/3/1939, L.L., t. 14, p. 517.

(nota 23) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MOLINARIO, La preanotación hipotecaria, La Plata, 1966; íd., La preanotación hipotecaria y la ley 15283, E.D., t. 38, p. 1025; RIVERA, Titulares del derecho de preanotación hipotecaria y del de anotación hipotecaria, E.D., t. 46, p. 447; ZAVALETA, La preanotación hipotecaria, L.L., t. 142, p. 962; PODETTI, Las preanotaciones hipotecarias y las instituciones provinciales, J.A., 1947-III, p. 559.

(nota 24) De acuerdo: ZAVALETA, en L.L., t. 142, p. 962; MOLINARIO, en E.D., t. 38, p. 1025, II.

(nota 25) ZAVALETA, en L.L., t. 142, p. 961.

(nota 26) MOLINARIO, en E.D., t. 38, p. 1025; RIVERA, en E.D., t. 46, p. 477; S.C. Tucumán, acordada del 7/9/1972, E.D., t. 46, p. 447 y resolución de la misma fecha, E.D., t. 46, p. 448.

1112/10730

§ 4. Modalidades de la hipoteca

1112/1209

1209. PLAZO Y CONDICIÓN.— La hipoteca puede sujetarse a plazo o condición (art. 3116 Ver Texto).

a) Ante todo, la hipoteca puede constituirse bajo plazo suspensivo o resolutorio: desde un día cierto o hasta un día cierto, dice el art. 3116 Ver Texto .

b) Igualmente puede constituirse la hipoteca bajo condición suspensiva o resolutoria (art. 3116 Ver Texto). Agreguemos que esta norma dice que la hipoteca se puede constituir bajo cualquier condición; lo que evidentemente alude a cualquier condición lícita, ya que sería inconcebible que se admitieran condiciones ilícitas (ver nota 1).

c) Igualmente puede constituirse una hipoteca en garantía de una obligación condicional (art. 3116 Ver Texto). Aquí lo que se condiciona no es la garantía hipotecaria en sí misma, sino la obligación de la cual es un accesorio. De más está decir que la hipoteca sigue en este caso la suerte de la obligación a la cual accede. Si la condición fuese suspensiva, la garantía hipotecaria nacerá el día en que se cumpla la condición, con efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria (art. 3116 Ver Texto in fine). Si la condición es resolutoria, la hipoteca cesará en sus efectos desde el día del cumplimiento de la condición.

Agrega el art. 3116 Ver Texto que otorgada la hipoteca bajo condición suspensiva o desde cierto día, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día será su fecha la misma en que se hubiese tomado razón de ella en el oficio de hipotecas.

1112/1210

1210. OBLIGACIONES NATURALES.— ¿Puede constituirse una hipoteca en garantía de una obligación natural? El problema debe ser analizado según quien sea el obligado, si el propio deudor o un tercero. En el primer caso, la constitución de una hipoteca importa el reconocimiento de la deuda y, por lo tanto, la conversión de la obligación natural en civil. Por lo que no cabe duda de que la hipoteca es válida. Hay sin embargo, una hipótesis, en que no se produce esa conversión: las deudas de juego. El reconocimiento que se haga de ellas no convierte la obligación natural en civil (véase Tratado de Obligaciones, t. 1, n° 400). En ese caso, la hipoteca que se constituyera sería nula, porque ella requiere como presupuesto necesario la existencia de una deuda válida y exigible (ver nota 2).

1112/1211

1211.— Supongamos ahora la hipótesis de una hipoteca constituida por un tercero en garantía de la deuda de otro. La ley expresamente las declara válidas (art. 518 Ver Texto). Se da así una situación curiosa: una obligación no exigible al deudor principal y exigible al tercero que la garantizó con hipoteca. Es una clara excepción al principio de la accesoriedad de la hipoteca (ver nota 3).

Es también un error. No se justifica que siendo inexigible la obligación principal, pueda exigirse el cumplimiento de la accesoría. Esto explica que, en materia de hipoteca, el art. 518 Ver Texto sea letra muerta. Como dice FORNIELES, no hay memoria de que semejante contrato se haya dado alguna vez en la práctica; si ya es raro que una persona consienta en hipotecar sus bienes propios en garantía del pago de una deuda ajena, es inverosímil que lo haga cuando esa deuda no puede ser exigida por el acreedor. Concluye FORNIELES diciendo que no vale la pena considerar los problemas que surgen de la hipoteca dada por un tercero en garantía de una obligación natural porque entraríamos en un terreno de pura especulación, del que hay que huir, porque vicia el espíritu, es decir, lo acostumbra a trabajar en el vacío (ver nota 4).

1112/1212

1212.— Hasta aquí hemos considerado el supuesto de que la hipoteca se haya constituido en garantía de una obligación que en el momento de la constitución de la garantía era ya natural. Pero si el tiempo ha operado la conversión de una obligación civil en natural (caso de la prescripción), la hipoteca constituida tanto por el propio deudor como por un tercero cuando la obligación era todavía exigible, deviene inválida (ver nota 5). Aquí el principio de la accesoriedad recupera todo su vigor: la inexigibilidad de la obligación principal hace inexigible la hipoteca.

1112/1213

1213. SUPUESTO DE SUBASTA DEL INMUEBLE.— Supongamos que sobre un inmueble pesa una hipoteca sujeta a plazo o condición no cumplidos y que el inmueble se subaste, sea por acción de otros acreedores hipotecarios, sea por la de acreedores simplemente quirografarios.

a) Si la hipoteca está sometida a plazo, éste caduca y el acreedor tiene derecho a cobrarse como si su plazo estuviera vencido (arts. 754 Ver Texto y 3154 Ver Texto). Hacemos notar que el art. 3154 Ver Texto dice que el acreedor puede pedir una colocación como si su crédito estuviera vencido. La expresión no es muy feliz. Lo que puede pedir es el pago, como muy claramente lo dice el art. 754 Ver Texto . El sentido de la palabra colocación es, sin duda, que este acreedor puede pedir, mediando varias hipotecas, que se lo coloque en el orden de preferencia que tiene la suya.

b) Si la hipoteca estuviera sometida a una condición resolutoria, el acreedor puede pedir que se le pague lo que le corresponde, dando fianzas suficientes de que restituirá la suma que se le pague en caso de cumplimiento de la condición (art. 3155 Ver Texto). Es una solución que contempla de modo razonable todos los intereses en juego.

e) Si el acreedor hipotecario lo es bajo condición suspensiva, puede pedir que los fondos que le correspondan se depositen, si los acreedores posteriores no prefieren darle una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos en caso de que la condición llegue a cumplirse (art. 3156 Ver Texto). Al hablar de acreedores hipotecarios, el Código se refiere tanto a los hipotecarios como a los quirografarios.

1112/1214

1214. CRÉDITOS EVENTUALES (ver nota 6).— La hipoteca no sólo puede constituirse en garantía de créditos condicionales, sino también de créditos eventuales (art. 3153 Ver Texto), es decir, de créditos que no tienen existencia actual, pero que pueden llegar eventualmente a existir. Para que la hipoteca sea válida, es indispensable que se declare el valor estimativo del crédito en el acto constitutivo (art. 3109 Ver Texto).

Un caso práctico de aplicación de este supuesto es la apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria. El prestamista se obliga a ir entregando las sumas que necesite el prestatario estableciéndose el monto total hasta el cual se ha de prestar y el tiempo dentro del cual puede el prestatario hacer uso del crédito. La hipoteca garantiza las sumas efectivamente prestadas pero sólo hasta el monto fijado al ser abierto el crédito; de tal modo, que si el prestamista continúa haciendo entregas más allá de lo acordado y de lo garantizado por la hipoteca, este exceso no queda bajo la garantía hipotecaria.

La posibilidad de constituir hipotecas en garantía de créditos eventuales tiene gran interés práctico, porque constituida e inscrita esa garantía, el crédito puede obtenerse rápidamente, sin las demoras administrativas y notariales propias de la constitución de la hipoteca.

1112/1215

1215. ALGUNAS CLÁUSULAS USUALES.— Las escrituras hipotecarias suelen contener frecuentemente algunas cláusulas sobre las que conviene detenerse:

a) Renuncia a los trámites del juicio ejecutivo. Era habitual que las escrituras hipotecarias contuviesen una cláusula por la cual el deudor renunciaba a todos los trámites del juicio ejecutivo hasta la sentencia de trance y remate inclusive. Primeramente la jurisprudencia se orientó en el sentido de convalidar estas cláusulas; pero poco a poco se produjo una reacción contra ellas, pues eran claramente contrarias al principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. El Código Procesal de la Nación dispone expresamente que son irrenunciables la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia (art. 543 Ver Texto).

1112/1216

1216. b) Prohibición de alquilar.— También suelen incluir las escrituras de constitución de hipoteca la obligación adquirida por el propietario de no locar el inmueble gravado o de no hacerlo sin el consentimiento escrito del acreedor. La cuestión ha adquirido relevante importancia a raíz de la prórroga legal de las locaciones; el inmueble alquilado pierde gran parte de su valor venal de modo que la existencia de un contrato de locación puede ser gravemente lesiva para los intereses del acreedor hipotecario.

No es extraño, por consiguiente, que la jurisprudencia haya convalidado tales cláusulas, disponiendo que en caso de ejecución de la hipoteca el acreedor hipotecario tiene derecho a exigir el previo desalojo del inquilino (ver nota 7).

Conviene precisar que la hipoteca no invalida el contrato de locación celebrado en contravención de lo dispuesto, en la escritura hipotecaria; simplemente le es inoponible al acreedor hipotecario, de tal suerte que si ejecuta su crédito Por incumplimiento del propietario puede obtener la venta del bien libre de ocupantes.

Claro está que si la hipoteca es posterior a la locación ésta no se verá afectada por aquélla. De lo contrario sería muy fácil a los propietarios burlar las obligaciones contraídas con el locatario hipotecando el inmueble simuladamente y haciéndolo ejecutar por quien actúa como presta nombre. Sin contar con que el que acepta como garantía un inmueble alquilado no tiene motivo de queja si ese estado de ocupación continúa al ejecutarse la obligación.

1112/1217

1217. c) Caducidad del plazo.— También es habitual en las escrituras hipotecarias la cláusula según la cual el atraso o falta de pago de los intereses estipulados en los períodos establecidos en la escritura, provoca la caducidad del plazo y da derecho al acreedor a exigir la restitución inmediata de todo el capital. Se trata de cláusulas perfectamente

legítimas, que obran a modo de estímulo para obligar al deudor a cumplir fielmente sus obligaciones.

1112/1218

1218. HIPOTECA CONSTITUIDA POR TERCEROS.— Puede ocurrir que la garantía hipotecaria no sea dada por el deudor mismo sino por un tercero. Este tercero puede intervenir en el contrato como fiador obligándose personalmente o bien puede gravar un inmueble que le pertenece en garantía de la deuda del tercero sin obligarse personalmente (art. 3121 Ver Texto). En este último caso, el tercero no tiene el carácter de fiador; no hace otra cosa que otorgar una caución real en cumplimiento de la obligación contraída por otro. Por eso mismo, no es personalmente responsable y, desde luego, tiene derecho de abandono de la cosa (ver nota 8).

1112/1219

1219.— Puede ocurrir que la obligación garantizada con hipoteca constituida por un tercero, sea nula. En principio la nulidad de la obligación trae aparejada la nulidad de la hipoteca, ya que ésta es accesoria, de la primera. Sin embargo, hay un supuesto en que la nulidad de la obligación no afecta el gravamen hipotecario constituido por un tercero. Es el caso previsto por el art. 3122 Ver Texto , que dice así: si la obligación por la que un tercero ha dado una hipoteca fuese solamente anulada por una excepción puramente personal, como la de un menor, la hipoteca dada por un tercero será válida y tendrá su pleno y entero efecto.

La norma da el ejemplo de los menores y obviamente lo dispuesto respecto de éstos es extensivo a todos los otros incapaces; pero fuera de este caso excepcional previsto en el art. 3122 Ver Texto , los principios generales recobran todo su imperio: la nulidad de la obligación trae aparejada la nulidad de la hipoteca constituida en garantía.

(nota 1) Unanimidad en la doctrina.

(nota 2) MESSINEO, t. IV, § 105, nº 7; GRECO, Enajenación de la cosa hipotecada, p. 71.

(nota 3) Así lo hace notar LAFAILLE, t. 3, nº 1688.

(nota 4) FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 18.

(nota 5) En este sentido, GRECO, Enajenación de la cosa hipotecada, ps. 71 y siguientes.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: CAPÓN FILAS y BARBERO, Hipoteca constituida en garantía de obligaciones eventuales, J.A., diario del 14/6/1974.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 2/10/1963, E.D., t. 6, p. 350; *id.*, 26/7/1962, E.D., t. 6, 351; Sala B, 5/3/1963, L.L., t. 112, p. 781, 9543-S; Sala E, 14/5/1959, L.L., t. 95, p. 77 y J.A., 1959-V, p. 60. Cabe agregar que otros tribunales han decidido que el acreedor hipotecario tiene derecho a obtener la venta del inmueble libre de ocupantes aun cuando no existan cláusulas que prohíban arrendar y siempre que el contrato de arrendamiento sea posterior a la constitución de la hipoteca: C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1963, E.D., t. 6, p. 349 y L.L., t. 112, p. 730; Sala F, 12/9/1963, E.D., t. 6, p. 352 y L.L., t. 112, p. 727, con nota de IVAL ROCA.

(nota 8) CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 139; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2256, nota 186; HIGHTON, Derechos reales de garantía, § 150.

1112/10740

§5. Efectos de la hipoteca

1112/10750

A.— ENTRE LAS PARTES

1112/1220

1220. ACLARACIÓN PREVIA.— Ordinariamente los autores enumeran entre los derechos que tiene el acreedor hipotecario el de hacer ejecutar el bien una vez vencido el plazo y no cumplida la obligación por el deudor. Se trata, a nuestro juicio, de un error de método. La ejecución de los bienes del deudor, inclusive el inmueble hipotecado, es la consecuencia del incumplimiento de la obligación principal; y para hacer efectiva la obligación del deudor, se seguirá la vía ejecutiva o la vía ordinaria, según que el título

reúna o no las condiciones exigidas por las leyes procesales para que proceda la vía ejecutiva. En la práctica, las obligaciones garantizadas con hipoteca casi siempre tienen pactada la vía ejecutiva o ésta resulta del título de la obligación. Pero no es inconcebible que pueda requerirse, la vía ordinaria, como ocurriría en el caso de que la hipoteca garantice una obligación condicional y el acreedor tenga que probar que la condición se ha cumplido. En lo esencial, la llamada ejecución hipotecaria no es otra cosa que la ejecución común sólo que en este caso, el crédito tiene una garantía especial que es la hipoteca. Eso, repetimos, hace a la garantía del pago de la deuda pero no al procedimiento a seguir. Algunas reglas especiales contenidas en los Códigos de Procedimientos no altera la identidad sustancial de ambos procedimientos.

Por eso excluirémos de nuestro estudio toda referencia a la llamada acción hipotecaria, que reiteramos, no difiere para nada de la acción ejecutiva común. Nos ocuparemos, en cambio, de los efectos propios de la hipoteca, vale decir en qué situación se encuentran el dueño que ha hipotecado su inmueble (o en su caso, el tercero que ha dado la hipoteca en garantía de una deuda extraña), el acreedor hipotecario y, finalmente, los terceros.

1112/10760

1.— Facultades que conserva el dueño

1112/1221

1221. REGLA GENERAL Y APLICACIONES.— La regla es que el propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad (art. 3157 Ver Texto).

En consecuencia el propietario puede:

a) Enajenar la propiedad del inmueble sea por venta, donación, permuta, etc., nada de lo cual perjudica al acreedor hipotecario, pues él conserva íntegra la garantía que surge del gravamen; y oportunamente, si el deudor que ha enajenado el inmueble, no paga la deuda, el acreedor hipotecario podrá hacer vender el inmueble, quien quiera sea el actual dueño. Como dice MESSINEO, al acreedor le es indiferente quién ostente la titularidad del inmueble luego de constituida válidamente la hipoteca (ver nota 1).

Sin embargo, a veces la enajenación puede disminuir el valor del bien, como ocurriría si se lo lotea en fracciones antieconómicas. Tal enajenación es inoponible al acreedor

hipotecario, quien al momento de ejecutar su crédito, puede vender el inmueble en su conjunto, como una unidad (ver nota 2).

b) Puede constituir sobre el inmueble otras hipotecas de grado inferior. Estas hipotecas no dañan al acreedor hipotecario de primer rango, ya que tiene preferencia para el cobro total de su crédito. Inclusive, puede constituir hipotecas de grado preferente siempre que se haya reservado este derecho al constituirse la primera hipoteca, expresando el monto a que puede alcanzar la hipoteca posterior a la cual se reconoce rango preferente (art. 3135 Ver Texto , ap. 2º, agregado por ley 17711).

c) Puede dar el inmueble en usufructo, uso, habitación, anticresis, puede constituir sobre él servidumbres reales o personales, puede arrendarlo o darlo en aparcería. Sin embargo, en la medida en que estos derechos disminuyan el valor del inmueble, son inoponibles al acreedor hipotecario. Volveremos sobre este punto más adelante (véase núm. 1222).

d) Puede introducir modificaciones y reformas en el inmueble siempre que ellas no disminuyan su valor; naturalmente tampoco hay límite a la realización de mejoras, que no hacen sino aumentar la garantía del acreedor.

e) Puede, finalmente, realizar todos los actos de goce, disfrute y explotación normal del inmueble. Justamente una de las ventajas fundamentales de la hipoteca es que deja al propietario en posesión del inmueble y le permite extraer de él los frutos que le ayudarán a pagar la deuda contraída. Es necesario agregar que los frutos del inmueble una vez separados de éste dejan de estar afectados a la hipoteca (art. 3110 Ver Texto); sólo las cosechas en pie, es decir las que todavía no han sido recolectadas, integran la garantía. Sin embargo, se reconoce al dueño el derecho de vender las cosechas en pie, sin perjuicio del derecho del acreedor hipotecario a hacerlas embargar cuando estén reunidos los requisitos procesales para obtener tal medida (ver nota 3).

(nota 1) MESSINEO, Manual, t. IV, § 105, n° 3 bis.

(nota 2) De acuerdo, GRECO, Enajenación de la cosa hipotecada, p. 105.

(nota 3) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 509; SALVAT, t. 3, n° 2381.

2.— Actos que el dueño no puede realizar

1112/1222

1222. REGLA LEGAL.— Después de sentar el art. 315 Ver Texto , el principio general de que el propietario conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad agrega: pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de desposesión material o jurídica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado.

Ante todo es necesario una breve aclaración. En la norma transcripta se habla de desposesión material o jurídica; obviamente se trata de un error tipográfico y debe entenderse que dice disposición (ver nota 1).

Cuando la ley habla de disposición material, se refiere a todos los actos que materialmente disminuyen el valor del inmueble tal como la demolición de una construcción, la tala de un bosque (salvo que se trate de la explotación normal del inmueble), etc. Los actos de disposición jurídica prohibidos por el art. 3157 Ver Texto , son todos aquellos por medio de los cuales se reconocen derechos a terceros sobre el inmueble, disminuyendo el valor económico de éste: usufructo uso, habitación, anticresis, servidumbres, arrendamientos aparcerías, etc. El art. 3157 Ver Texto dice que el propietario no puede ejercer ningún acto de disposición jurídica; lo cual ha movido a algunos autores a hablar de nulidad de los actos celebrados en contravención de esta norma (ver nota 2). Pero no se trata de nulidad. Ya dijimos anteriormente que el propietario conserva todas las facultades propias del ejercicio de su derecho de propiedad, inclusive la de constituir sobre el inmueble todos estos derechos a los cuales ahora estamos aludiendo (véase nº 1221, c). Lo que no puede es constituir esos derechos en perjuicio del acreedor hipotecario. El problema se resuelve de una manera muy simple: estos contratos son plenamente válidos entre el propietario y el tercero con el cual contrató; pero son inoponibles al acreedor hipotecario (ver nota 3), quien al ejecutar el inmueble, puede hacerlo libre de gravámenes y ocupantes (ver nota 4). En otras palabras, constituido el derecho de usufructo, uso, etc., o arrendado el inmueble, el tercero entra en posesión del bien y el contrato se cumple en todas sus partes hasta llegado el momento de la ejecución hipotecaria. En ese momento, el acreedor hipotecario tiene derecho a que el inmueble se venda libre de todo gravamen y desocupado.

1112/1223

1223.— Conviene detenerse en el supuesto del arrendamiento o alquiler, que es el que se presenta con más frecuencia práctica. En tiempos normales, cuando el régimen de locación

del C. Civil imperaba en todo su rigor y simplicidad, un contrato de arrendamiento normal y de breve plazo, no disminuía el valor de la propiedad. Por ello, los Tribunales sólo declaraban la inoponibilidad de los contratos al acreedor hipotecario, cuando las condiciones del contrato eran tales que significaban un verdadero desmedro del valor de la propiedad como, por ejemplo, si la locación era por cinco años prorrogable por otros cinco y por un canon irrisorio (ver nota 5) o si se trataba de un arrendamiento a largo plazo y de pago adelantado (ver nota 6) o con fecha apenas anterior al vencimiento de la hipoteca o posterior a él (ver nota 7). Pero luego el régimen de prórroga legal de las locaciones determinó una gran disminución del valor venal de los inmuebles alquilados, cualquiera fuera el plazo o el alquiler pactado. Eso motivó que la jurisprudencia, sin tener en cuenta las condiciones del contrato, juzgara que los contratos de arrendamiento eran siempre inoponibles al acreedor hipotecario (ver nota 8). Y con tanta mayor razón si el mutuo hipotecario prohíbe al hipotecante alquilar el inmueble (véase nº 1216).

En el momento actual, los contratos de locación están exentos del régimen de prórroga, pero lo cierto es que el grave problema de la vivienda subsiste, que ya nadie duda de la legitimidad del intervencionismo estatal en esta materia y que, por tanto, se cierne sobre todo inmueble arrendado el riesgo de que se dicte una ley prorrogando la locación. Esta inestabilidad en el régimen de las locaciones (inestabilidad que es una consecuencia inevitable de la falta de estabilidad económica y social) determina que todo inmueble alquilado disminuya considerablemente su valor. Por ello compartimos la jurisprudencia actual que reconoce el derecho al acreedor hipotecario a que el inmueble se venda libre de ocupantes, cualquiera que sea el plazo y condiciones del contrato de alquiler.

Bien entendido que nos referimos a los contratos posteriores a la hipoteca; porque el acreedor que acepta como garantía un inmueble alquilado no tiene motivo de quejas si ese estado de ocupación continúa al ejecutarse la obligación.

Ahora bien, la jurisprudencia exige para que el inquilino pueda hacer valer su condición de tal anterior a la hipoteca, que acompañe recibos de fecha cierta anterior a la constitución de la hipoteca (ver nota 9). La exigencia de la fecha cierta está destinada a impedir la burla de los derechos del acreedor hipotecario sobre la base de recibos antedatados; pero pensamos que debe admitirse toda prueba que acredite de modo cierto e inequívoco la anterioridad de la locación.

1112/1224

1224.— El desalojo del locatario puede hacerse por el trámite de los incidentes en la misma ejecución hipotecaria (ver nota 10).

(nota 1) Unanimidad en la doctrina nacional.

(nota 2) Véase por ejemplo, SALVAT, t. 3, n° 2379.

(nota 3) De acuerdo, FERNÁNDEZ, t. 1, n° 515; LAFAILLE, t. 3, n° 1716; GRECO, Enajenación de la cosa hipotecada, p. 118; MESSINEO, Manual, t. IV, § 105, n° 21; RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, n° 164.

(nota 4) El S.T. Entre Ríos hizo suyo todo este párrafo: 31/11/1975, J.A., t. 1976-I, p. 452.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 4/3/1918, J.A., t. 1, p. 167; íd., 13/12/1918, J.A., t. 2, p. 896.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 6/11/1920, J.A., t. 5, p. 516; íd., 23/8/1933, J.A., t. 43, p. 158.

(nota 7) Véase entre otros casos, C. Civil Cap., Sala C, 3/12/1958, L.L., t. 94, p. 78; C. Apel. Rosario, 31/8/1961, Juris, t. 19, p. 264; C. Apel. San Nicolás, 16/7/1963, L.L., t. 112, p. 330.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1963, E.D., t. 6, p. 352 y L.L., t. 112, p. 730; Sala F, 12/9/1963, E.D., t. 6, p. 352 y L.L., t. 112, p. 727, con nota de IVAL ROCA; Sala C, 26/12/1973, J.A., t. 22, 1974, p. 268; Sala E, 16/3/1967, E.D., t. 18, p. 804 y J.A., 1967-IV, p. 436.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 27/3/1969, E.D., t. 29, p. 396; Sala C, 26/12/1973, J.A., t. 22, 1974, p. 268; Sala E, 16/3/1967, E.D., t. 18, p. 804.

(nota 10) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 516; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 216; SALVAT, t. 3, n° 2379.

1112/10780

3.— Derechos del acreedor

1112/1225

1225. DISTINTAS ACCIONES PARA ASEGURAR LA GARANTÍA.— Entre los derechos que la ley reconoce al acreedor hipotecario no computamos el derecho de ejecutar el bien en caso de incumplimiento de la obligación, pues ya lo dijimos, ésta no es una consecuencia de la hipoteca en sí misma, sino de la obligación principal a la cual ella accede. Aquí aludiremos a las acciones que la ley reconoce al acreedor como medio de mantener íntegra la garantía que significa el inmueble hipotecado. Estas acciones son las siguientes: a) Las de carácter preventivo o cautelar destinadas a impedir que el deudor continúe realizando actos que disminuyen la garantía; b) Las destinadas a solicitar un suplemento de garantía cuando ya el acto de deterioro del inmueble por el deudor se ha producido; c) Finalmente la caducidad de plazo como sanción impuesta al deudor hipotecario. Nos ocuparemos de ellas a continuación.

1112/1226

1226. ACCIONES PREVENTIVAS.— Dispone el art. 3158 Ver Texto que todo acreedor hipotecario aunque su crédito sea a término o subordinado a una condición tiene derecho a asegurar su crédito pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre los que dispone el artículo anterior; o sea, contra los actos de disposición material o jurídica de la cosa que disminuyan la garantía. Mientras el deudor se comporta normalmente y no incurra en ninguno de los actos que le están prohibidos, ninguna acción tiene el acreedor; pero desde que la conducta del deudor revela su propósito de realizar actos que disminuyen la garantía, el acreedor tiene derecho, a pedir las medidas correspondientes. Supongamos que el dueño del inmueble haya firmado un contrato por el que venda la demolición del edificio o la producción de la tala de un bosque. En tal caso debe reconocerse al acreedor los siguientes derechos:

a) Si la demolición o venta no ha tenido todavía principio de ejecución o si habiendo tenido principio de ejecución puede todavía evitarse mayores perjuicios para la garantía, el acreedor tiene derecho a pedir una medida de no innovar e inclusive solicitar la designación de un administrador o depositario judicial que tome posesión del inmueble evitando que continúe su deterioro (ver nota 1).

b) Si las cosas accesorias (árboles, muebles, etc.) hubieran sido retiradas del inmueble por un tercero adquirente de buena fe, el acreedor hipotecario pierde todo derecho a perseguirlas (arts. 2412 Ver Texto y 3162 Ver Texto). Si el tercero adquirente de buena fe adeuda el precio, el acreedor hipotecario tiene derecho a embargarlo (ver nota 2).

1112/1227

1227. SUPLEMENTO DE GARANTÍA.— El Código no solamente brinda medidas preventivas contra los actos de disposición material o jurídica de la cosa realizados por el deudor, sino también otras destinadas a proteger los derechos del acreedor cuando ya el deterioro se ha producido. Establece el art. 3159 Ver Texto que cuando los deterioros hubiesen sido consumados y el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido a término de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, éstos podrán, aunque sus créditos sean condicionales o eventuales, pedir la estimación de los deterioros causados, y el depósito de lo que importen, o demandar un suplemento a la hipoteca.

La norma exige por consiguiente dos condiciones: a) Que los deterioros hayan sido consumados; b) Que como, consecuencia de ello el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido a límites de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios.

En la apreciación de cuándo los actos importan disminuir la garantía a límites de no dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, los Tribunales deben ser severos con el deudor, por la muy simple razón de que a éste le están prohibidos todos los actos que disminuyan la garantía. Sólo cuando sea a todas luces evidente que la insignificancia del deterioro en relación al valor del inmueble y al crédito garantizado con hipoteca, no hace correr ningún riesgo al acreedor, podrá negársele los derechos que el art. 3159 Ver Texto le reconoce.

Además debe tratarse de deterioros producidos por actos del deudor y no de aquellos que resulten de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que el deudor no es responsable en principio del caso fortuito (ver nota 3).

1112/1228

1228.— Producido el deterioro por obra del deudor el acreedor tiene derecho a exigir el depósito de lo que importa el deterioro o demandar un suplemento a la hipoteca.

Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios cuando el propietario de un fundo o de un edificio enajena los muebles accesorios a él y los entrega a un adquirente de buena fe (art. 3160 Ver Texto).

1112/1229

1229. CADUCIDAD DEL PLAZO.— Finalmente el art. 3161 Ver Texto agrega que en los casos de los tres artículos anteriores (que aluden a los actos de disposición material o jurídica, deterioros consumados y enajenación de muebles accesorios al inmueble), los acreedores hipotecarios podrán, aunque sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba. En otras palabras, se produce la caducidad del plazo y la obligación se hace inmediatamente exigible.

Es necesario agregar que este derecho sólo se acuerda a los acreedores a plazo; en cuanto a los condicionales sólo pueden reclamar las medidas de carácter conservatorio que autorizan los arts. 3158 Ver Texto y 3159 (ver nota 4).

(nota 1) De acuerdo: FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 521; SALVAT, t. 3, n° 2382.

(nota 2) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 519; SALVAT, t. 3, n° 2381.

(nota 3) De acuerdo: FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 522; SALVAT, t. 3, n° 2391; MACHADO, t. 8, p. 117; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, núms. 231 a 233.

(nota 4) SALVAT, t. 3, n° 2389; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 225, nota 26.

1112/10790

B.— CON RELACIÓN A TERCEROS

1112/10800

1.— Extensión de la garantía

1112/1230

1230. CRÉDITOS COMPRENDIDOS EN LA GARANTÍA.— Al hablar aquí de la extensión de la hipoteca, no nos referimos al objeto de ella, tema que hemos tratado en otro lugar (véase núms. 1137 y sig.), sino a los créditos comprendidos en la garantía. Y aunque la acción por el cobro de todos estos créditos se dirigirá contra el deudor hipotecario, obvio es que estas disposiciones sólo tienen interés en relación a terceros, ya sea por el derecho de preferencia que engendra la garantía, ya sea por el derecho de persecución que tiene el acreedor contra el tercero poseedor. Porque con respecto al deudor principal, exista o no garantía hipotecaria, adeuda siempre todos los créditos aludidos en las disposiciones que comentaremos a continuación. La hipoteca garantiza:

a) El capital adeudado (art. 3152 Ver Texto), que es naturalmente el principal objeto de la garantía.

b) Los intereses que corren desde la constitución, si estuvieran determinados en la obligación (art. 3152 Ver Texto). Lo que la ley exige es que ellos estén determinados en la obligación, sin que sea indispensable que en la inscripción se haga mención de los intereses estipulados.

Sin embargo, la garantía de los intereses no es indefinida; ella se limita a los intereses o rentas de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta hacerse efectivo el pago (art. 3936 Ver Texto). Sería injusto, en efecto, que un acreedor indolente dejase acumular indefinidamente intereses y luego hiciera valer su derecho de preferencia o de persecución respecto de terceros. Bien entendido que al establecer la ley que la garantía hipotecaria queda limitada a dos años, se refiere a los efectos de la hipoteca con relación a terceros, porque entre las partes, los intereses se siguen adeudando mientras no estén prescriptos.

Conviene insistir en el criterio de que la garantía cubre los intereses que corren desde la constitución de la hipoteca; por el contrario, si la hipoteca se constituyera para garantizar un crédito anterior y hubiese intereses atrasados, éstos no están cubiertos por la hipoteca a menos que al constituirla se los haya liquidado y designado en una suma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados, sin designación de su monto, carece de todo efecto (art. 3152 Ver Texto).

c) También las costas y gastos participan, como accesorios del crédito principal, de las seguridades hipotecarias (art. 3111 Ver Texto). Por costas debe entenderse todos los gastos realizados con motivo de la ejecución hipotecaria: impuesto de justicia, sellado de actuación, honorarios de los profesionales intervinientes. Se sobreentiende que la ley se refiere a los gastos incurridos por el ejecutante; los honorarios devengados para la defensa del ejecutado carecen de privilegio (ver nota 1).

Dentro de estos gastos tienen un significado especial los de ejecución y venta del inmueble, que están amparados por el privilegio que la ley acuerda por los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores (art. 3879 Ver Texto , inc. 1º). En virtud de este privilegio no derivado de la hipoteca sino de lo dispuesto por la ley respecto a los gastos de justicia, deriva una preferencia que inclusive pueden esgrimir los acreedores hipotecarios de rango posterior sobre los de rango anterior (ver nota 2).

Se ha decidido que no están comprendidos en el privilegio los intereses devengados por la mora del deudor en pagar los honorarios devengados en el juicio hipotecario (ver nota 3). En otras palabras, el privilegio alcanza a los honorarios pero no a los intereses devengados por la falta de pago oportuno de ellos.

d) Por último, están comprendidos también dentro de la garantía hipotecaria los daños y perjuicios a que el deudor puede ser condenado por causa de la inejecución de la obligación (art. 3111 Ver Texto).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 23/3/1973, E.D., t. 49, p. 198, nº 100.

(nota 2) SALVAT, t. 3, nº 2367.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 31/12/1937, L.L., t. 154, p. 301.

1112/10810

2.— Derecho de persecución

1112/1231

1231. NOCIÓN GENERAL.— Lo que verdaderamente define el derecho del acreedor hipotecario es la posibilidad de perseguir el bien hipotecado, cualquiera sea su actual titular, hacerlo vender y cobrarse con preferencia a los demás acreedores del producido de la venta. El ius perseguendi y el ius preferendi son así las notas esenciales características de la garantía hipotecaria.

El derecho de persecución está consagrado por el Código Civil en el art. 3162 Ver Texto : Si el deudor enajena sea título oneroso o lucrativo el todo o una parte de la cosa a una desmembración de ella que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor.

1112/1232

1232. CONCEPTO DE TERCERO POSEEDOR.— Por tercero poseedor se entiende toda persona que no está personalmente obligada al pago de la deuda y que ostenta actualmente la titularidad del dominio del inmueble (ver nota 1).

En consecuencia, tienen el carácter de tercero poseedor: a) El propietario que ha dado en garantía de la deuda de un tercero su propio inmueble, sin constituirse en fiador de la obligación; pues de haberse constituido en fiador sería también el deudor y, por lo tanto, no es un tercero; b) El adquirente del inmueble por actos entre vivos, sea por título gratuito u oneroso; c) El legatario del inmueble (ver nota 2).

En cambio no son terceros poseedores:

a) Los herederos del hipotecante ya que en su carácter de tales están personalmente obligados al pago de las deudas; la solución no varía por la circunstancia de que la herencia haya sido aceptada bajo beneficio de inventario, porque también en, este caso, el heredero está obligado al pago de las deudas, sólo que su obligación está limitada por el monto de los bienes que reciba; pero la acción debe dirigirse contra él (ver nota 3).

b) El tercero que posee el inmueble no a título de dueño, sino como usufructuario, usuario, anticresista, arrendatario, etc. Estos derechos reales o personales podrán ser opuestos al ejecutante si han sido constituidos con anterioridad a la hipoteca; pero ello no confiere al titular del derecho la calidad de tercero poseedor: la acción deberá dirigirse siempre contra el titular del dominio.

c) Los poseedores del inmueble que lo han adquirido por boleto de compraventa (ver nota 4). Hemos sostenido anteriormente que estos poseedores adquieren un dominio imperfecto sobre, el inmueble. Pero la falta de registro hace que su derecho sea inoponible a los acreedores hipotecarios (art. 2505 Ver Texto) trátese de adquisiciones anteriores o posteriores a la hipoteca.

1112/1233

1233.— Si los casos mencionados en el párrafo anterior son claros, hay otros supuestos que ofrecen dudas y merecen una consideración especial.

Tal vez el más delicado y controvertido de ellos sea la situación del usucapiente. ¿Debe o no considerárselo como tercero poseedor? ¿Tiene derecho el acreedor hipotecario a hacer vender judicialmente el bien que ese tercero ha usucapido? Hemos tratado anteriormente esta cuestión (véase nº 407) y nos hemos pronunciado por la siguiente solución: si en el momento de inscribirse la hipoteca el usucapiente había ya adquirido el dominio por el transcurso de los plazos legales, queda libre de la acción del acreedor hipotecario aunque todavía no hubiera realizado el juicio de información posesoria ni inscripto su título; en cambio, si la hipoteca fue inscrita mientras corría el plazo de la usucapición no cumplida, el acreedor hipotecario tiene derecho a la ejecución del bien. No debe considerarse tercero poseedor al propietario aparente que otorgó la hipoteca (ver nota 5). Él es parte en el contrato hipotecario de manera que no es tercero; y ciertamente la ejecución debe seguirse contra él ya que el bien está inscripto a su nombre. En cuanto al legatario de parte alícuota, sólo puede ser considerado como tercero poseedor cuando el inmueble gravado con hipoteca que está comprendido en el legado le ha sido entregado. Hasta tanto se haya hecho efectiva la entrega, la acción del acreedor hipotecario debe dirigirse contra los herederos (ver nota 6).

1112/1234

1234. ENAJENACIÓN PARCIAL.— ¿Puede el acreedor hipotecario oponerse a la venta fraccionada del inmueble hipotecado? La cuestión está discutida (ver nota 7). Por nuestra parte, pensamos que el acreedor hipotecario no puede oponerse a la venta parcial del inmueble. El derecho del dueño a enajenarlo parcialmente aparece claramente reconocido en el art. 3162 Ver Texto . Y es lógico que así sea. Quien puede lo más, puede lo menos. Si el deudor puede enajenar a un tercero la totalidad del inmueble, es natural que pueda enajenar también sólo una parte de él. Es verdad que la enajenación parcial a un tercero complica la ejecución, porque habrá que darle intervención en el juicio también al tercero; pero ello ocurre en todo caso de enajenación, sea total o parcial.

Algunos autores sostienen que la enajenación parcial permite al acreedor hipotecario ejecutar de inmediato la hipoteca porque aparte de la disminución del valor del inmueble que puede significar la división, ésta implica siempre un detrimento de los derechos del acreedor al complicar la ejecución hipotecaria (ver nota 8). Esta solución nos parece excesiva. Hemos explicado ya que la sola complicación de la ejecución hipotecaria no da fundamento suficiente como para impedir el ejercicio del derecho de enajenación que tiene el propietario. Sólo en el supuesto de que se demostrara que la división, ha sido antieconómica y ha tenido como consecuencia una disminución del valor del inmueble cabe la caducidad del plazo y la ejecución inmediata de la hipoteca (ver nota 9); más aún, en este

supuesto tiene derecho a vender el inmueble como si no estuviera dividido (véase nº 1221, a).

1112/1235

1235.— Puede ocurrir que la enajenación sea de una parte indivisa del inmueble. Esta enajenación es perfectamente legítima, de modo que el acreedor hipotecario no puede oponerse a ella ni pretender la caducidad del plazo. El nuevo condómino será considerado como tercer poseedor y habrá que dirigir la acción contra él conjuntamente con los otros copropietarios.

1112/1236

1236. ENAJENACIONES QUE, EXTINGUEN EL DERECHO DE PERSECUCIÓN.— El principio de que la enajenación del inmueble no produce la extinción del derecho de persecución, tiene tres importantes excepciones:

a) En primer lugar, cuando el inmueble ha sido expropiado por causa de utilidad pública; en ese caso el inmueble pasa al expropiante libre de todo gravamen, y los derechos de preferencia del acreedor se trasladan de la cosa al precio pagado.

b) Una solución similar ocurre en el caso de ejecución judicial del inmueble. Dispone el art. 3196 Ver Texto que la hipoteca se extingue aunque no esté cancelada en el Registro de Hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituida hipoteca sobre el inmueble, desde que el comprador consignó el precio de la venta a la orden del juez. También en este caso los derechos de acreedor hipotecario se transfieren del inmueble al precio.

c) También se extingue el derecho de persecución cuando se tratase de una cosa mueble enajenada a un adquirente de buena fe (art. 3162 Ver Texto) ; desde que los muebles se separan del inmueble quedan excluidos de la hipoteca y su adquirente protegido por la regla liminar del art. 2412 Ver Texto .

1112/1237

1237. CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO DE PERSECUCIÓN.— La existencia del derecho de persecución está sujeta a dos condiciones: a) que la hipoteca haya sido inscrita en tiempo oportuno; b) que el crédito sea exigible.

1112/1238

1238. a) Inscripción oportuna.— Dispone el art. 3274 Ver Texto que las hipotecas que el propietario de un inmueble ha consentido no producen su efecto contra el tercer poseedor sino a condición de haber sido registradas en tiempo oportuno. Por tiempo oportuno debe entenderse una registración anterior a la fecha en que la propiedad del inmueble fue transferida al tercer adquirente.

1112/1239

1239. b) Exigibilidad del crédito.— Para que el acreedor pueda ejercer el derecho de persecución debe contar con un crédito que en el momento de accionar sea ya exigible (arts. 3163 Ver Texto y 3164). Refirmando este concepto el art. 3164 Ver Texto dice que el tercer poseedor goza de los términos y plazos concedidos al deudor por el contrato o por un acto de gracia. Las prórrogas por acto de gracia no existen en nuestro derecho, aunque sí pueden existir moratorias legales que naturalmente aprovechan también al tercer poseedor (ver nota 10).

1112/1240

1240.— Supongamos ahora que el deudor ha caído en concurso o quiebra. Se produce entonces la caducidad de los plazos contractuales y la acción queda expedita contra el tercer adquirente (ver nota 11). En cambio los términos y plazos dados al deudor concursado o quebrado para facilitarle el pago de los créditos no aprovechan al tercer poseedor (art. 3164 Ver Texto).

1112/1241

1241. SOLUCIONES POR LAS QUE PUEDE OPTAR EL TERCERO POSEEDOR EN CASO DE EJECUCIÓN.— Supuesto que el acreedor resuelva ejecutar el inmueble, debe dirigir su acción contra el tercer poseedor, quien puede optar por una de las siguientes soluciones:

a) Defenderse en el juicio ejecutivo, oponiendo las excepciones que corresponda;

b) Pagar el capital con sus intereses;

c) Abandonar el inmueble;

d) Finalmente, puede limitarse a sufrir pasivamente la ejecución, sin hacer abandono del inmueble. Aunque la situación es análoga, no es exactamente igual, porque en caso de abandono se designa un curador para seguir la ejecución contra él (art. 3174), solución únicamente admisible en caso de que el abandono sea expreso; en cambio, si el tercero ejecutado se limita a guardar silencio, la ejecución debe continuarse contra él (ver nota 12).

1112/1242

1242.— ¿En qué plazo debe hacer la opción el tercero poseedor? El art. 3163 Ver Texto no lo ha establecido, porque el plazo de tres días que en él se fija se refiere a la intimación que debe hacerse al deudor como paso previo para dirigirse contra el tercero poseedor. Puesto que la ley no lo fija, debe hacerlo el juez, a requerimiento del ejecutante. Algunos autores piensan que es lógico fijarle al tercero poseedor el mismo plazo que el art. 3163 Ver Texto fija para el deudor (ver nota 13). No compartimos ese punto de vista. La acción contra el tercero poseedor es una verdadera intimación de pago que debe tramitar procesalmente conforme corresponde a dicha intimación. Y es natural que puesto que una de las opciones que tiene el tercero poseedor es oponer excepciones, tenga como plazo mínimo el de cinco días que la ley procesal fija para oponerlas (art. 542 Ver Texto , C. Procesal). Tanto más cuanto que el tercer poseedor, precisamente por ser un tercero, no estará en las mismas condiciones que el propio deudor para preparar la documentación que le, permita defenderse.

1112/1243

1243. EXCEPCIONES QUE PUEDE Oponer EL TERCERO POSEEDOR.— El art. 3166 Ver Texto establece que el tercer poseedor es admitido a excepcionar la ejecución del inmueble alegando la no existencia o la extinción del derecho hipotecario como la nulidad de la toma de razón o inenajenabilidad de la deuda. Ante todo, es bueno aclarar que la palabra inenajenabilidad es un evidente error material y que debe leerse inexigibilidad (ver nota 14). Este texto, no muy feliz, ha dado lugar a una cuestión que hoy puede considerarse superada. Anteriormente, la jurisprudencia había interpretado restrictivamente esta norma, sosteniendo que no podían oponerse otras excepciones que las que enumeraba taxativamente el art. 3166 Ver Texto . Así fue que se declaró inoponibles las excepciones de nulidad de la ejecución, incompetencia de jurisdicción e inhabilidad de título (ver nota 15), y las de espera y transacción (ver nota 16). Este criterio no resiste el análisis. Como

dice FERNÁNDEZ, para que haya ejecución válida se requiere juez competente, legitimación procesal de las partes, procedimiento ajustado a la ley, título auténtico que traiga aparejada ejecución y no puede admitirse que se accione ante determinado juez si la misma acción se encuentra pendiente ante otro magistrado; es indudable pues que también podrá oponer las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de personalidad en el actor o de personería en sus representantes, nulidad de la ejecución por vicios procesales, falsedad e inhabilidad de título y litispendencia (ver nota 17). En cuanto a las excepciones de prescripción, pago, compensación, quita, espera, remisión, novación, transacción, conciliación, compromiso documentado y cosa juzgada, quedan todas ellas comprendidas dentro del concepto de inexigibilidad de la deuda, de que habla el art. 3166 Ver Texto .

En suma, el tercero poseedor está legitimado para oponer cualquiera de las excepciones admitidas en los Códigos de Procedimiento para el juicio de ejecución hipotecaria (ver nota 18).

Por aplicación de este principio, se ha declarado oponibles por él, las excepciones de incompetencia (ver nota 19), inhabilidad de título (ver nota 20), falta de personería (ver nota 21), como también la nulidad de las actuaciones (ver nota 22).

1112/1244

1244. DEFENSAS DE QUE NO PUEDE VALERSE EL TERCERO POSEEDOR.— Para disipar algunas dudas que podrían surgir respecto de excepciones que se admitían en el Derecho Romano o en otras legislaciones, el art. 3167 Ver Texto establece que ,el tercer poseedor no puede exigir que se ejecuten antes otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, que se hallen en poder del deudor originario, ni oponer que el inmueble que posee reconoce hipotecas anteriores que no alcanzan a pagarse con su valor.

De los dos casos previstos en este artículo reviste particular interés el primero. Tanto en el Derecho Romano como en la antigua legislación española (Partida V, título 13, Ley 14) se reconocía al tercer poseedor el derecho de exigir del acreedor que previamente procediera a la ejecución de los bienes del deudor. VÉLEZ SANSFIELD se inclinó decididamente por la solución contraria, con el evidente propósito de evitar toda dilación que perjudicase el rápido ejercicio de la acción hipotecaria. Esta solución concordaba, por lo demás, con lo dispuesto en el art. 3113 Ver Texto , según el cual el acreedor podía perseguir cualquiera de los inmuebles hipotecados. Pero esta norma ha sufrido una importante reforma en la ley 17711 . Después de sentar el mismo principio de que el acreedor puede a su elección perseguir a cualquiera de los inmuebles hipotecados, agrega el siguiente párrafo: ello no obstante el juez podrá por causa fundada fijar un orden para la venta de los bienes afectados. Pensamos que esta norma es también aplicable al caso del tercer poseedor. Cuando es evidente que el acreedor procede con notorio abuso o con intención de perjudicar al tercer poseedor, debe reconocérsela la facultad de solicitar al juez que

disponga otro orden para la venta de los bienes afectados. Así podría ocurrir, por ejemplo, si el tercer poseedor tuviera el asiento de su familia en el inmueble afectado y los otros inmuebles comprendidos en la hipoteca pudieran ser subastados sin que ello originase perjuicios o dilaciones al acreedor.

1112/1245

1245.— El tercero poseedor tampoco puede exigir la retención del inmueble hipotecado para ser pagadas las expensas necesarias o útiles que hubiese hecho y su derecho se limita, a un aspecto a las expensas necesarias, al mayor valor que resulte del inmueble hipotecado, pagado que sea el acreedor y los gastos de la ejecución (art. 3168 Ver Texto).

Es una solución de justicia discutible. El tercero poseedor que es propietario, ni siquiera tiene derecho a ser reintegrado de las mejoras necesarias que han beneficiado directamente al inmueble, derecho que el Código reconoce aun al poseedor de mala fe (art. 2440 Ver Texto). Como dice SALVAT, el ejecutante se aprovecha del capital y del trabajo del tercero poseedor y en contra de principios fundamentales se beneficia y enriquece con perjuicio de éste (ver nota 23).

1112/1246

1246. PAGO POR EL TERCERO POSEEDOR.— Al tercero poseedor que quiere salvar el inmueble y no tiene defensas que oponer, la ley le brinda la posibilidad de pagar al ejecutante. Para detener la ejecución debe pagar todas las sumas a que tiene derecho el acreedor, es decir, capital, intereses y costas del juicio (arts. 3111 Ver Texto y 3152 Ver Texto), con la salvedad respecto de los intereses, que sólo está obligado a pagar los correspondientes a dos años anteriores a la ejecución (art. 3936 Ver Texto).

1112/1247

1247.— Satisfecho el crédito del ejecutante, el tercero poseedor que lo ha pagado queda subrogado en la hipoteca correspondiente al acreedor a quien hubiera hecho el pago (arts. 768 Ver Texto y 3185 Ver Texto).

Esta subrogación produce las siguientes consecuencias.

a) Otorga al tercero poseedor una acción contra el deudor por reembolso de las sumas pagadas.

b) Cuando sobre el inmueble hipotecado pesan otras hipotecas de grado inferior, el tercero poseedor que pagó al primer acreedor hipotecario puede oponer la preferencia de su hipoteca a los demás (ver nota 24). Bien entendido que los acreedores hipotecarios de grado posterior tienen todos ellos el derecho a exigir la venta del inmueble y que si el tercero poseedor quiere evitarla debe pagarles el crédito a todos ellos. Pero vendido el inmueble, del precio obtenido debe ser satisfecho con preferencia el crédito del tercero poseedor que se subrogó al primer acreedor hipotecario.

c) Finalmente, puede ocurrir que el crédito hipotecario esté garantizado por varios inmuebles. La subrogación alcanza naturalmente a todos los inmuebles hipotecados (art. 3185 Ver Texto), puesto que el subrogante ocupa el lugar del subrogado y tiene sus mismos derechos. Más aún: si estos inmuebles estuvieran a su vez en manos de terceros poseedores puede exigir de ellos que contribuyan al pago en proporción al valor del inmueble que cada uno de ellos poseyera (art. 3171 Ver Texto).

Es necesario agregar que la subrogación se produce por imperio de la ley y sin necesidad de que el acreedor hipotecario ceda sus acciones al tercero poseedor que pagó la deuda (arts. 768 Ver Texto y 3185 Ver Texto).

Para que la subrogación pueda hacerse valer en contra del enajenante, debe tratarse de una adquisición hecha a título oneroso. El donatario del inmueble carece de ese derecho porque cuando una persona dona un inmueble hipotecado entiende que el donatario, que ya recibe un beneficio, se hará cargo de la hipoteca. Se exceptúa, sin embargo, el caso de que el donante hubiera exonerado al donatario del pago de la hipoteca (art. 2151 Ver Texto ; véase Tratado de Contratos, t. 2, n° 1568), en cuyo supuesto el donatario podría reclamar del donante lo que él pagó al acreedor.

Pero la subrogación se opera siempre, aun en caso de que el tercero poseedor sea donatario, en relación a los restantes acreedores hipotecarios, pues respecto de ellos es indiferente que aquél hubiera entrado en la posesión del inmueble por un título gratuito u oneroso.

1112/1248

1248.— Hemos dicho que el tercero poseedor se subroga en los derechos del acreedor pagado. Pero cabe preguntarse si habiendo pagado él la deuda, tiene acción contra el fiador de ésta. La solución negativa parece imponerse. El fiador, al prestar la fianza tiene normalmente en cuenta que se trata de una obligación garantizada con hipoteca; si el tercero poseedor que paga pudiera dirigir contra él su acción, se vería privado de la garantía que tuvo en mira al otorgar la fianza (ver nota 25).

1112/1249

1249. ABANDONO.— Otra opción que tiene el tercero poseedor del inmueble frente a la ejecución de la hipoteca es hacer abandono del inmueble. Es necesario aclarar que este abandono no significa desprenderse de la propiedad del inmueble sino simplemente hacer entrega de la posesión del bien para que los acreedores puedan ejecutarlo. De esta manera, el tercero poseedor se desentiende de la ejecución, sin perder el eventual derecho a percibir el saldo que quedare de la venta del inmueble una vez satisfechos los créditos. Si, en cambio, no hace abandono del inmueble, la ejecución a partir de la sentencia de remate, debe seguir no sólo contra el deudor sino también contra él (art. 599 Ver Texto , C. Procesal), lo que significa que eventualmente será también condenado en costas.

El abandono presenta distintos problemas jurídicos que trataremos a continuación.

1112/1250

1250. a) Condición de no estar personalmente obligado.— Solamente puede hacer abandono del inmueble el tercero poseedor que no está personalmente obligado como heredero, codeudor o fiador del deudor (art. 3169 Ver Texto). Es una condición obvia, porque en ese caso no se trata de tercero poseedor sino de deudor. Su carácter de codeudor o fiador puede surgir tanto del instrumento de adquisición del dominio, como de un acto posterior por el cual se obliga a satisfacer el crédito (art. 3172 Ver Texto). En este último caso habría una delegación de deuda. Desde el momento en que él asume la calidad de deudor, sea liberando al deudor primitivo (delegación perfecta) o no liberándolo (delegación imperfecta), queda en calidad de obligado y, por consiguiente, no puede hacer uso del derecho de abandono.

1112/1251

1251. b) Capacidad requerida para hacer abandono.— Según lo dispone el art. 3173 Ver Texto , el abandono del inmueble hipotecado no puede ser hecho sino por persona capaz de enajenar sus bienes. Es una limitación exagerada y sin justificación. Estrictamente el abandono no supone un acto de disposición de bienes porque, en definitiva, el tercero poseedor no renuncia a la propiedad del inmueble, sino solamente lo pone a disposición de los acreedores, lo que por otra parte no hubiera podido evitar sin pagar la deuda (ver nota 26).

Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 3173 Ver Texto , no pueden hacer abandono del inmueble: los menores de edad, salvo que hubieran cumplido 18 años y hubiesen adquirido el inmueble con el producto de su trabajo personal (art. 128 Ver Texto); los menores emancipados, si se tratara de bienes que han recibido a título gratuito salvo autorización judicial o que el abandono se hiciera de común acuerdo por ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad (art. 135 Ver Texto); los dementes (art. 54 Ver Texto); los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54 Ver Texto); y los penados a más de tres años de prisión o reclusión (art. 12 Ver Texto , C. Penal).

Las principales dificultades surgidas de la norma demasiado estricta del art. 3173 Ver Texto se vinculan con problemas creados por la Reforma de 1968.

El primer problema se refiere a la situación de los inhabilitados. Conforme con el art. 152 bis Ver Texto , los inhabilitados tienen capacidad para administrar sus bienes libremente pero, en cambio, no pueden disponer de ellos sin la conformidad de su curador.

Dado el escaso significado del abandono, parecería lógico autorizar a los inhabilitados a hacerlo; pero es indudable que esta solución choca frontalmente con el art. 3173 Ver Texto que exige capacidad de enajenar. Hay que concluir, por tanto, que el inhabilitado no puede hacer abandono del inmueble sin la conformidad de su curador.

El cónyuge administrador, ¿puede hacer abandono del inmueble ganancial sin asentimiento del otro cónyuge? La cuestión es dudosa. Pensamos, sin embargo, que el asentimiento no es necesario. La exigencia del art. 1277 Ver Texto obedece al propósito de evitar que uno de los cónyuges pueda disponer arbitrariamente o irrazonablemente del inmueble ganancial; pero aquí se trata de un acto cuya consecuencia no es otra que la de evitarse las molestias y gastos propios de la ejecución, sin pérdida de la propiedad de la cosa. Adviértase, además, que el art. 3173 Ver Texto no confiere al abandono el carácter de acto de enajenación, sino que se limita a exigir en quien lo hace la capacidad de enajenar.

1112/1252

1252.— En cuanto a los tutores o curadores de incapaces, sólo podrán hacer abandono autorizados debidamente por el juez, con audiencia del Ministerio de Menores (art. 3173 Ver Texto).

Por las razones expuestas en el número anterior, pensamos que también esta disposición es excesiva y que los tutores y curadores deberían estar autorizados a hacer abandono del inmueble, sin necesidad de autorización judicial.

Advertimos que la ley se refiere solamente a los tutores o curadores y no a los padres.

Una aplicación analógica simplista del último párrafo, del art. 3173 Ver Texto debería llevar a la conclusión de que también los padres requieren autorización judicial para hacer abandono del inmueble. Pensamos, por el contrario, que tal autorización no es necesaria. Ya que la ley no se ha referido expresamente a ellos, es preciso admitir la solución más razonable. Sin contar con que los padres gozan de mayores atribuciones que los tutores y curadores, razón por la cual no resulta arbitrario introducir una distinción entre unos y otros (ver nota 27).

1112/1253

1253. c) Forma.— Aunque la ley no establece la forma en que debe ser hecho el abandono, lo lógico es que se practique por declaración formulada por escrito al juzgado en el cual se lleva adelante la ejecución. El abandono debe ser notificado al acreedor y al deudor; al primero porque está interesado en la designación de curador para poder llevar adelante la ejecución; y al segundo, porque en ciertos casos, tiene derecho de oponerse a él (véase n° 1256) (ver nota 28).

1112/1254

1254. d) Plazo.— Tampoco establece el Código Civil cuál es el plazo en el que es permitido hacer el abandono. Ante el silencio de la ley, la doctrina se dividió, antes de la sanción del nuevo Código Procesal para la Justicia Nacional, en dos soluciones: para algunos autores, podía hacerse en cualquier momento antes de la venta judicial del inmueble (ver nota 29); para otros, debía ser hecho dentro del plazo fijado por el juez para que el tercero poseedor pague o haga abandono del inmueble (ver nota 30). El Código Procesal para la Justicia Nacional, ha resuelto la cuestión de la siguiente manera: dictada la sentencia de remate contra el deudor se intimará al tercero poseedor para que en el plazo de cinco días pague o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él (art. 599 Ver Texto).

1112/1255

1255. e) Efectos del abandono.— Abandonados los inmuebles, el juez debe nombrarles un curador contra el cual se siga la ejecución (art. 3174 Ver Texto). Él será, pues, el contradictor del ejecutante, sin perjuicio de la intervención que le corresponde al deudor ejecutado. Al curador le corresponde la administración del inmueble abandonado (ver nota 31).

Pero si la administración del inmueble corresponde al curador, su propiedad sigue perteneciendo al tercero poseedor del inmueble abandonado hasta que se hubiese adjudicado por sentencia judicial (art. 3175 Ver Texto). De este principio esencial, surgen las siguientes consecuencias:

1) La primera es que el abandono no exime al tercero poseedor de las obligaciones que tuviera pendientes, con motivo o por razón del inmueble abandonado; y si quedara adeudando un saldo de precio al enajenante ahora ejecutado, debe pagarlo. Aclaremos la hipótesis legal. A constituye una hipoteca en favor de B; luego enajena el inmueble a C, quien adquiere el dominio pero sigue adeudando a A parte del precio. Si ejecutado el inmueble por B, C hiciera abandono de él, no por ello quedaría liberado de pagar el saldo de precio. Más aún, no queda liberado de pagar el saldo aunque la cosa se pierda por caso fortuito. Es la solución que resulta de una disposición de redacción poco feliz, el art. 3175 Ver Texto que dice que si la cosa se pierde por caso fortuito antes de la adjudicación, es por cuenta del tercer poseedor, el cual queda obligado a pagar su precio. Naturalmente que si la cosa se pierde, ella perece para su dueño (que en el caso sigue siendo el tercero poseedor que la ha abandonado); ésta es una simple aplicación de los principios generales, que no necesitaba una enunciación expresa en este caso particular. Tanto más cuanto que el verdadero damnificado por la pérdida no será el tercer poseedor, sino el acreedor ejecutante, que se ve privado de su garantía. Y la última frase: el cual queda obligado a pagar su precio, es evidente que se refiere a la hipótesis a que ya hemos aludido, a saber, que después de constituida la hipoteca, el propietario enajena el inmueble a un tercero, el cual queda adeudando una parte del precio (ver nota 32). No por abandonar la cosa queda eximido de pagar ese saldo. Y esto también era innecesario decirlo, pues nunca el dueño cuya cosa perece, queda liberado de la obligación de pagar la parte del precio adeudado.

2) Puesto que el abandono no importa perder la propiedad del inmueble, el tercero poseedor que lo hizo puede en cualquier momento recuperar el inmueble pagando el capital y los intereses exigibles (art. 3176 Ver Texto).

Este derecho sólo puede ser ejercido hasta el momento de la realización de la subasta pública, porque a partir de ese instante, el comprador adquiere un derecho que no puede verse afectado por la tardía decisión del tercero poseedor (ver nota 33).

Para hacer uso de este derecho, el tercero poseedor debe pagar íntegramente el capital y los intereses adeudados (hasta los dos años anteriores a la promoción de la ejecución, art. 3936 Ver Texto) y las costas del juicio (ver nota 34). No basta la simple oferta de pago, es necesario que el pago se haga efectivo realmente (ver nota 35).

3) Si realizada la subasta, y pagados los acreedores hipotecarios quedara un saldo de precio le pertenece al tercero poseedor con exclusión del precedente propio y de los acreedores quirografarios de éste (art. 3184 Ver Texto).

4) El abandono no interrumpe ni suspende la prescripción adquisitiva porque aunque la administración corresponde al curador, la posesión en sentido propio, se mantiene en cabeza del tercero poseedor (ver nota 36).

5) Los acreedores hipotecarios no tienen derecho de apropiarse del inmueble o conservarlo en su poder; su derecho se reduce a hacer vender el inmueble y pagarse con su precio (art. 3169 Ver Texto).

6) El tercero poseedor que abandona el inmueble no queda personalmente obligado al pago de las costas originadas en la ejecución.

7) El tercero poseedor que abandona el inmueble tiene derecho a ser plenamente indemnizado por el deudor (véase nº 1263), salvo el caso de enajenación gratuita que hemos considerado en el nº 1247.

1112/1256

1256. f) Oposición del deudor al abandono.— Dispone el art. 3177 Ver Texto que el vendedor del inmueble hipotecado podrá oponerse al abandono que quiera hacer el tercero poseedor, cuando la ejecución pura y simple del contrato de venta pueda dar la suma suficiente para el pago de los créditos. Esta disposición, no parece justificarse. La ventaja que resulta de la extinción de la deuda con el pago por el tercero poseedor de lo que continúa adeudando al vendedor, es que no se venderá el inmueble. Pero ese inmueble ya no pertenece al deudor, de manera que él no tiene interés legítimo en oponerse a la subasta. Por lo demás, la oposición del vendedor no puede impedir que la ejecución del acreedor hipotecario se haga efectiva y que el inmueble sea vendido en remate al mejor postor (ver nota 37).

1112/1257

1257.— A su vez, el art. 3178 Ver Texto agrega que el vendedor del inmueble hipotecado puede obligar, antes de la adjudicación, al tercer poseedor que lo hubiere abandonado, a volverlo a tomar y ejecutar el contrato de venta, cuando él hubiese satisfecho a los acreedores hipotecarios. Tampoco esta disposición parece justificarse. Lo que en definitiva interesa al vendedor del inmueble es cobrar el precio de venta faltante. Y si el tercero

poseedor no lo pagare, el vendedor puede ejecutar sus bienes (entre los cuales se cuenta el inmueble abandonado, que según ya dijimos, no ha salido del dominio del tercero poseedor) o bien rescindir el contrato y recuperar el inmueble. En cualquier hipótesis, el vendedor del inmueble puede proceder directamente respecto de éste ya sea para ejecutarlo, ya sea para recuperarlo, sin necesidad de que el tercero poseedor haga ningún acto formal de recuperación del bien abandonado.

1112/1258

1258. ACTOS DEL TERCERO POSEEDOR NO OPONIBLES AL ACREEDOR EJECUTANTE.— Dispone el art. 3179 Ver Texto que los acreedores hipotecarios aun antes de la exigibilidad de sus créditos están autorizados a ejercer contra el tercer poseedor todas las acciones que les corresponderían contra el deudor mismo, para impedir la ejecución de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecado. Como no podría ser de otra manera, la enajenación del bien no altera los derechos de los acreedores hipotecarios. La idea es que la enajenación hecha por el deudor no puede perjudicar los derechos de los acreedores hipotecarios; y, por tanto, si éstos podían oponerse a la realización de actos que perjudicasen, el valor del inmueble cuando éste estaba en manos del deudor originario, también pueden oponerse a los actos similares del sucesor en el dominio. Es, por tanto, aplicable en este punto, todo lo que dijéramos anteriormente respecto de la limitación de los derechos del propietario que ha hipotecado un inmueble (véase nº 1222 y sig.).

Haciendo aplicación de este principio, el art. 3183 Ver Texto establece que en caso de venta del inmueble, éste debe quedar libre de las servidumbres que le hubiere impuesto el tercer poseedor. En verdad es una disposición sobreabundante; hubiera bastado con la regla general del art. 3179 Ver Texto . Quizás el codificador quiso eliminar la cuestión de si determinadas servidumbres disminuyen o no el valor del inmueble y optó por la solución más favorable a los acreedores. Sin embargo, si es claro que no lo disminuyen, pensamos que la servidumbre se mantiene, ya que los acreedores no podrían invocar ningún interés legítimo en apoyo de su pretensión de que se declare libre de la servidumbre al inmueble (ver nota 38).

En sentido coincidente, agrega el art. 3180 Ver Texto que los arrendamientos hechos por el tercer poseedor pueden ser anulados cuando no hubieren adquirido una fecha cierta antes de la intimación del pago o abandono del inmueble; pero los que tuvieran una fecha cierta antes de la intimación del pago, deben ser mantenidos. Esta norma según la cual los contratos de fecha cierta anterior a la intimación del pago deben ser mantenidos, debe entenderse con las mismas limitaciones que la jurisprudencia ha reconocido al derecho de los deudores originarios a arrendar el inmueble hipotecado (véase nº 1223) (ver nota 39).

Y, desde luego, serán inoponibles al acreedor hipotecario los contratos de locación suscritos en contra de lo acordado en el mutuo hipotecario (ver nota 40).

1112/1259

1259. EFECTOS DE LA EXPROPIACIÓN SEGUIDA CONTRA EL TERCER POSEEDOR.— El efecto esencial de la ejecución seguida contra el tercero poseedor es que la subasta pública del bien puede hacerse por el acreedor en condiciones semejantes a las que hubieran existido de no salir el inmueble del dominio del anterior propietario. De esta regla general emergen algunas consecuencias que el Código ha considerado conveniente prever explícitamente, pues podrían haber originado dudas.

Es preciso advertir que en este capítulo el Código habla de expropiación aludiendo a la que se opera como consecuencia de la ejecución por los acreedores y no a la que se origina en una acción del Estado por causa de utilidad pública.

1112/1260

1260. a) Derechos reales existentes antes de la adquisición por el tercero poseedor.— Establece el art. 3181 Ver Texto que las servidumbres personales o reales que el tercer poseedor tenía sobre el inmueble hipotecado antes de la adquisición que había hecho y que se habían extinguido por la consolidación o confusión, renacen después de la expropiación.

El caso previsto es el siguiente: A, propietario de un fundo, tiene una servidumbre activa respecto de otro fundo; el dueño de éste lo hipoteca, luego A compra el inmueble sirviente. La servidumbre se extiende por ser A propietario de los fondos dominante y sirviente. Luego el acreedor hipotecario ejecuta el inmueble; entonces renace la servidumbre en favor de A, es decir, que la ejecución se hace respetando dicha servidumbre.

Al concertarse la hipoteca, el acreedor ha tenido en cuenta el inmueble en el estado en que se encontraba; por consiguiente, no tiene motivo de agravio por esta solución legal que precisamente mantiene las cosas en el mismo estado en que se encontraban al momento de contraerse la hipoteca. Por lo demás, esta solución es una consecuencia lógica del principio de que la enajenación del inmueble hipotecado no altera los derechos del acreedor. Sin embargo, era conveniente disponerlo expresamente porque podía surgir la duda de si extinguida la servidumbre por confusión, debía o no considerarse definitiva esa extinción. Apartándose del rigor de los principios, el codificador se decidió por la solución más equitativa, siguiendo lo preceptuado en el Código Napoleón (art. 2177 Ver Texto).

El mismo art. 3181 Ver Texto agrega que recíprocamente, la expropiación hace revivir las servidumbres activas debidas al inmueble expropiado, por otro inmueble perteneciente al tercer poseedor. Esta solución responde a la misma lógica. De lo contrario, la transferencia de la propiedad al tercero poseedor habría perjudicado al acreedor hipotecario al extinguir servidumbres en favor del fundo gravado, que naturalmente aumentan su valor.

1112/1261

1261.— Con relación a las hipotecas, el art. 3182 Ver Texto dispone que el tercer poseedor puede hacer valer en el orden que les corresponde de ser propietario de él. La situación prevista por la ley es la siguiente: el propietario del inmueble vende al acreedor hipotecario el inmueble gravado; ello produce la extinción de la hipoteca, pero no de la deuda que tuviera pendiente el vendedor del inmueble respecto del comprador que gozaba de la hipoteca. Supuesto que existan otros acreedores hipotecarios, la hipoteca de que gozaba el tercer poseedor revive y puede hacerla valer en el orden de preferencia que le correspondía.

Naturalmente para que esta disposición pueda tener aplicación es necesario que el tercer poseedor haya renovado la inscripción de su crédito en el Registro de Hipotecas (arts. 3135 Ver Texto y 3934 Ver Texto) (ver nota 41).

1112/1262

1262. b) Derechos reales constituidos por el tercer poseedor.— Según el art. 3183 Ver Texto los acreedores pueden demandar que el inmueble hipotecado se venda, libre de las servidumbres que le hubiera impuesto el tercer poseedor. Es una disposición sobreabundante porque bastaba con la regla general del art. 3179 Ver Texto , según el cual el acreedor hipotecario tiene todas las acciones que le corresponderían contra el deudor mismo para impedir la ejecución de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecado (art. 3179 Ver Texto). En consecuencia, no sólo le son inoponibles las servidumbres constituidas por el tercer poseedor, sino también cualquier otro gravamen o derecho reconocido a terceros por aquél, como podrían ser usufructos, arrendamientos, etc. Hemos tratado este tema anteriormente (véase nº 1258).

1112/1263

1263. c) Recursos otorgados al tercer poseedor.— El Código prevé las consecuencias de dos situaciones distintas: que el tercer poseedor haya sido despojado del bien como consecuencia de la acción del acreedor hipotecario; y que haya pagado a éste para evitar la

subasta del inmueble. En cada caso, la ley otorga al tercero poseedor las acciones correspondientes.

a) Establece el art. 3170 Ver Texto que el tercer poseedor que fuere desposeído del inmueble o que lo abandonare a solicitud de acreedores hipotecarios, será plenamente indemnizado por el deudor con inclusión de las mejoras que hubiere hecho en el inmueble. Esta disposición tiene su fundamento en la evicción (ver nota 42); como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contraídas por el vendedor con terceros, el comprador se ve privado del inmueble adquirido; es natural entonces que tenga derecho a exigir de quien le vendió el inmueble el resarcimiento de todos los daños sufridos, que comprende el valor del inmueble y las mejoras. Para que la indemnización sea verdaderamente justa debe considerarse el valor del inmueble en el momento en que el vendedor paga la indemnización al tercero poseedor.

Supongamos ahora que fuera el propio tercero poseedor el que adquiriera el inmueble en la subasta pública. Su derecho a ser indemnizado por el vendedor subsiste, pues para conservar el inmueble ha debido pagar nuevamente su precio (ver nota 43).

Hay que decir, sin embargo, que como principio esta regla se aplica solamente en caso de enajenación onerosa del bien al tercero poseedor; porque si éste lo ha adquirido a título gratuito, carece de acción de garantía (art. 2145 Ver Texto), salvo los casos previstos en el art. 2146 Ver Texto .

Este derecho a ser indemnizado por el vendedor no solamente compete al tercero poseedor en sentido estricto, es decir, a aquel que ha adquirido el bien del deudor hipotecario, sino también a cualquier otro deudor que haya dado la hipoteca en seguridad del crédito de un tercero. En este sentido, el art. 3186 Ver Texto establece que cuando otro que el deudor haya dado la hipoteca en seguridad del crédito, la acción de indemnización que le corresponde, es la que compete al fiador que hubiera hecho el pago y puede pedir al deudor después de la expropiación el valor íntegro de su inmueble, cualquiera que fuere el precio en que se hubiera vendido.

Como la misma ley lo dice, esta acción está regida por las disposiciones de la fianza (arts. 2029 Ver Texto y 2030 Ver Texto ; véase Tratado de Contratos, t. 2, nº 1894 y sig.).

2) Dispone el art. 3185 Ver Texto que el tercer poseedor que paga el crédito hipotecario queda subrogado en las hipotecas que el acreedor a quien hubiera pagado tenía por su crédito, no sólo sobre el inmueble librado, sino también sobre otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, sin necesidad que el acreedor hipotecario le ceda sus acciones. Esto significa que el tercero poseedor que ha pagado, no solamente tiene un crédito contra el enajenante, sino que tiene también un derecho de preferencia respecto de otros acreedores

hipotecarios respecto de los cuales el acreedor a quien pagó tenía también rango preferente. De estos temas nos hemos ocupado anteriormente (véase nº 1247).

3) Por último, el tercer poseedor que se opone al pago o al abandono del inmueble, está autorizado para hacer citar al juicio a los terceros poseedores de otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, con el fin de hacerles condenar por vía de indemnización a contribuir al pago de la deuda en proporción al valor de los inmuebles que cada uno poseyere (art. 3171 Ver Texto).

1112/10820

3.— Derecho de preferencia

1112/1264

1264. REMISIÓN.— Lo que esencialmente confiere fuerza e interés jurídico a la hipoteca, es la preferencia que la ley reconoce al acreedor hipotecario sobre los restantes acreedores, para ser pagado con prioridad.

Estrictamente no se trata de un privilegio, puesto que es una referencia no derivada de la ley, sino del contrato de las partes; sin embargo, este tema está tan indisolublemente ligado con el orden de preferencia nacida de los privilegios legales, que no puede omitirse su tratamiento conjunto. Remitimos, en consecuencia, a lo que hemos dicho sobre el orden de preferencia del acreedor hipotecario en el Tratado de Obligaciones, t. 1, nº 353 y siguientes.

(nota 1) Es el concepto generalmente compartido en la doctrina; véase FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 528; SALVAT, t. 3, nº 2402; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, nº 59; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, nº 275; RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, nº 178. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala C, 3/8/1956, L.L., t. 84, p. 293; Sala D, 4/10/1957, L.L., t. 90, p. 305; Sala E, 18/9/1959, L.L., t. 99, p. 824, 5321-S.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, L.L., t. 23, p. 99; SALVAT, t. 3, nº 2402; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 529.

(nota 3) RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, n° 182; FERNÁNDEZ agrega el siguiente supuesto en el cual los herederos del deudor serían terceros poseedores: que por cualquier causa no estén obligados personalmente al pago de la deuda como ocurre si siendo varios los herederos aquel a quien ha correspondido el inmueble, ha pagado su parte en la deuda, no obstante lo cual hay un saldo impago, el correspondiente a la parte de los demás herederos. (*Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 529). Nos parece un caso casi puramente teórico. Es prácticamente inconcebible que un heredero acepte una participación en la cual su lote está compuesto por un inmueble hipotecado, cuando los demás herederos no han pagado su deuda y él sí lo ha hecho.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 27/11/1962, L.L., t. 109, p. 198; Sala D, 15/4/1955, L.L., t. 80, p. 189 y J.A., 1955-III, p. 226; Sala E, 28/8/1958, L.L., t. 93, p. 649; Sala F, 21/11/1972, E.D., t. 47, p. 275; C. Apel. 2ª La Plata, 7/10/1958, D.J.B.A., t. 55, p. 253.

(nota 5) De acuerdo, FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 531; SALVAT, t. 3, n° 2271.

(nota 6) FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 532.

(nota 7) En sentido de que el acreedor puede oponerse: SALVAT, t. 3, n° 2390; en el sentido de que carece de ese derecho, FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 538; MACHADO, t. 8, ps. 113 y 114.

(nota 8) FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 538; SALVAT, t. 3, n° 2390.

(nota 9) De acuerdo, GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 3, núms. 1584 y s.

(nota 10) De acuerdo, FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 547; LAFAILLE, t. 3, n° 1742; SALVAT, t. 3, n° 2416; MACHADO, t. 8, p. 126; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, *Tratado de derecho hipotecario*, n° 59, nota 12.

(nota 11) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2416 A; CAMMAROTA, *Tratado de la hipoteca*, n° 283.

(nota 12) SALVAT, t. 3, n° 2424.

(nota 13) SALVAT, t. 3, n° 2425; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 554.

(nota 14) La doctrina es unánime: puede verse SALVAT, t. 3, n° 2428; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 555 y nota 115; SEGOVIA, Código Civil anotado, t. 2, p. 354, nota 145; MACHADO, t. 8, p. 129; LAFAILLE, Derechos reales, t. 3, n° 1742; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 284; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 59.

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 23/7/1919, G.F., t. 21, p. 228.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 14/6/1920, J.A., t. 3, p. 394.

(nota 17) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 562.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala D, 23/12/1960, L.L., t. 104, p. 749, 7195-S; C. Civil 2ª Cap., 16/6/1941, L.L., t. 23, p. 113 y J.A., t. 75, p. 252; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 562; SALVAT, t. 3, n° 2436; LAFAILLE, t. 3, n° 1742.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 16/6/1941, J.A., t. 75, p. 252.

(nota 20) C. Apel. 2ª La Plata, 15/7/1952, L.L., t. 67, p. 540 y J.A., 1952-III, p. 363.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala E, 30/4/1959, L.L. Diario del 30/12/1959, 3209-S.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 7/5/1936, L.L., t. 2, p. 649.

(nota 23) SALVAT, t. 3, n° 2433. De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 355, nota 150.

(nota 24) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 565.

(nota 25) De acuerdo: FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 570; SALVAT, t. 3, n° 2480.

(nota 26) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 579.

(nota 27) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 581; SALVAT, t. 3, nº 2448; SEGOVIA, t. 2, p. 357, nota 160. En contra, MACHADO, t. 8, p. 138.

(nota 28) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2449; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 584.

(nota 29) En este sentido, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 583; SEGOVIA, t. 2, p. 356, nota 151; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 3, nº 2191; BAUDRY y RAU, t. 3, § 287.

(nota 30) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 2450.

(nota 31) SALVAT, t. 3, nº 2451; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, nº 295; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 585; SEGOVIA, t. 2, p. 357, nota 161.

(nota 32) Unanimidad en la doctrina nacional; véase SALVAT, t. 3, nº 2564; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 587; SEGOVIA, t. 2, p. 357, nota 164.

(nota 33) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 590; SALVAT, t. 3, nº 2455; MACHADO, t. 8, ps. 141 y 142; LLERENA, t. 8, art. 3176, nº 1; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, nº 62.

(nota 34) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 590; SALVAT, t. 3, nº 2455; MACHADO, t. 8, p. 141, nota; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, nº 62.

(nota 35) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2455; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 165; MACHADO, t. 8, p. 141, nota.

(nota 36) SALVAT, t. 3, nº 2457; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 591; PLANIOL y RIPERT, t. 13, nº 1153.

(nota 37) Véase en este sentido, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, núms. 594 y sigs.; ARGANARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2460, nota 551 a. Estos autores anotan que

habría, sin embargo, una ventaja del vendedor oponente, que consistiría en evitar que su deuda hipotecaria aumente con los honorarios del curador.

(nota 38) En sentido concordante, PRAYONES-DASSEN-LAQUIS sostienen que si el tercero poseedor demostrase que aun en la servidumbre el valor del inmueble alcanza suficientemente para cubrir la deuda, ella puede ser mantenida, pues el ejecutante carece de interés en su eliminación: Tratado de derecho hipotecario, n° 63.

(nota 39) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2464; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 603; C. Civil 1ª Cap., 6/11/1920, J.A., t. 5, p. 516; C. Civil 2ª Cap., 4/8/1922, J.A., t. 9, p. 260.

(nota 40) C. Civil 2ª Cap., 20/8/1919, J.A., t. 3, p. 734; y autores citados en nota anterior.

(nota 41) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2470; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 605; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 310.

(nota 42) LAFAILLE, t. 3, n° 1748; RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, n° 190.

(nota 43) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2476; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 610; PLANIOL y RIPERT, t. 13, n° 1181 in fine.

1112/10830

§ 6. Extinción de la hipoteca

1112/1265

1265. MODOS DE EXTINCIÓN.— La hipoteca puede extinguirse bien sea como consecuencia de la extinción de la obligación principal a la que ella accede; bien sea por la extinción de la hipoteca en sí misma, sin afectar la obligación principal. Nos ocuparemos sucesivamente de ambas hipótesis.

1112/10840

A.— EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA

1112/1266

1266. PRINCIPIO LEGAL.— Dispone el art. 3187 Ver Texto que la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones. Es una consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca, desaparecida la deuda que ella garantizaba, es natural que también ella quede extinguida.

Adviértase que la ley exige para que se opere la extinción de la hipoteca, que se haya producido la extinción total de la obligación principal; porque si se produce solamente una extinción parcial, la hipoteca se mantiene sobre la totalidad del inmueble. Una aplicación de este principio es el art. 3188 Ver Texto que establece el codeudor o coheredero del deudor que hubiere pagado su cuota en la hipoteca, no podrá exigir la cancelación de la hipoteca, mientras la deuda no esté totalmente pagada. El coacreedor o coheredero del acreedor a quien se hubiese pagado su cuota, tampoco podrá hacer cancelar su hipoteca mientras los otros acreedores o coherederos no sean enteramente pasados, sin perjuicio de las liberaciones y cancelaciones parciales autorizadas por el art. 3112 Ver Texto . En el primer caso previsto en este artículo, si bien alguno de los codeudores y coherederos del deudor han pagado toda su deuda, lo cierto es que la obligación no ha sido todavía totalmente extinguida por falta de pago de la parte que corresponde a los restantes codeudores. Y por ello mismo, porque subsiste una parte de la deuda, la hipoteca se mantiene íntegra.

El segundo caso es el del coacreedor o coheredero a quien se hubiere pagado la totalidad de su cuota subsistiendo empero el crédito de los otros acreedores o coherederos: mientras éstos no sean íntegramente pagados la hipoteca subsiste. Pero este principio no es absoluto. Si en la ejecución de los bienes hipotecados es posible la división en lotes o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes y cancelación parcial de la hipoteca siempre que de ello no se siga lesión al acreedor. Así lo dispone el art. 3112 Ver Texto , al cual remite el último párrafo del art. 3188 Ver Texto (ver nota 1).

1112/1267

1267.— El art. 3192 Ver Texto dispone que la consignación de la cantidad debida hecha por el deudor a la orden del acreedor no extingue la hipoteca antes que el acreedor la hubiese aceptado o que una sentencia pasada en cosa juzgada le hubiese dado fuerza de

pago. En rigor era innecesario decirlo. Se trata de una simple aplicación de lo dispuesto en el art. 759 Ver Texto sobre el momento en que se producen los efectos de la consignación.

1112/1268

1268.— El art. 3198 Ver Texto contiene una disposición que ha dado lugar a algunas dificultades interpretativas, sobre todo porque la confusión ha sido facilitada por expresiones contenidas en la nota respectiva. Dice el artículo mencionado que si la propiedad irrevocable y la calidad de acreedor hipotecario se encuentran reunidas en la misma persona, la hipoteca se extingue naturalmente.

En su texto mismo, esta disposición es irreprochable; para que se produzca la extinción es necesario que se trate de una propiedad irrevocable, porque el dominio revocable no extingue la hipoteca. Pero la nota ha ido más allá y dice: “hablamos precisamente de la calidad de irrevocable en el dominio adquirido, porque no siéndolo así, la hipoteca no se extingue. La dación en pago, por ejemplo, no extingue el crédito antiguo y sus accesorios; sino cuando hay una traslación irrevocable del dominio”. De ello resultaría que si la cosa dada en pago es reivindicada por un tercero, reviviría la hipoteca. Pero el párrafo de la nota que hemos transcrito es francamente contradictorio con el art. 783 Ver Texto , según el cual si el acreedor fuese vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa dada en pago, tendrá el derecho para ser indemnizado como comprador, pero no podrá hacer revivir la obligación primitiva. Hay que concluir, por tanto, que las hipotecas quedan definitivamente extinguidas con la dación en pago (ver nota 2).

1112/1269

1269.— Un supuesto que exige una consideración especial es el de la extinción de la obligación principal por confusión.

Como hemos explicado en otro lugar (Tratado de Obligaciones, t. 1, nº 954) la confusión no es realmente un medio extintivo de las obligaciones, sino más bien una paralización de las acciones, puesto que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 867 Ver Texto , si la confusión cesa por un acontecimiento posterior que vuelve a separar la calidad de acreedor y deudor, la obligación primitiva revive con todos sus accesorios. Así, pues, si la confusión cesa, revive la hipoteca.

Sin embargo, es necesario hacer una salvedad importante. Para que la hipoteca reviva, es indispensable que la causa jurídica por la cual cesa la confusión tenga efectos retroactivos, como ocurre si el contrato ha quedado resuelto o se declaró nulo. Pero la hipoteca no revive si la confusión ha cesado por un hecho posterior de la persona en cuya cabeza se operó. Así

ocurre si la confusión se ha operado por herencia, y el heredero cede sus derechos sucesorios a un tercero (ver nota 3).

1112/1270

1270.— También se extingue la hipoteca cuando se ha operado la prescripción liberatoria de la obligación principal. Es verdad que la prescripción no extingue la obligación en sí misma, sino que simplemente priva de acciones al acreedor, quedando la obligación en calidad de natural. Sin embargo, puesto que por desidia del acreedor ha sido privado por la ley de sus acciones para cobrar el crédito es lógico que pierda también la garantía con que la ley lo protegía. De lo contrario tendría un medio indirecto para obligar al deudor a cumplir una obligación prescripta (ver nota 4).

1112/1271

1271. CASOS EN QUE NO HAY EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.— En los arts. 3189 Ver Texto y siguientes, el Código ha previsto varios casos que podrían ser dudosos y en los cuales no se produce, la extinción de la hipoteca. El art. 3189 Ver Texto establece que el pago de la deuda hecho por un tercero subrogado a los derechos del acreedor, no extingue la hipoteca. Era innecesario decirlo: puesto que el tercero ocupa exactamente el lugar del acreedor, es natural que se mantenga la hipoteca que garantiza el crédito del acreedor subrogado.

A su vez, el art. 3190 Ver Texto establece que si el acreedor, novando la primera obligación con su deudor, se hubiera reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continúa garantizando la nueva obligación. Es también una repetición inútil porque esta misma disposición está contenida en el art. 803 Ver Texto , que agrega que esta reserva no exige la intervención de la persona respecto de la cual es hecha. Es decir, basta una manifestación unilateral hecha en el acto de novación, por el acreedor. Veamos ahora qué ocurre en caso de una fianza extinguida por confusión entre las personas del fiador y del fiado. La fianza se ha extinguido, pero en cambio la obligación para con el acreedor subsiste. Y si el fiador, en garantía de la fianza prestada, ha dado una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad, esta hipoteca subsiste, porque ella no es accesoria de la fianza sino de la obligación principal. Es lo que dispone el art. 3191 Ver Texto : la hipoteca dada por el fiador subsiste, aun cuando la fianza se extinga por la confusión.

(nota 1) Ambas disposiciones han sido agregadas por la ley 11725 .

(nota 2) De acuerdo SALVAT, t. 3, n° 2492; LAFAILLE, t. 3, n° 1761; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 617; COLMO, Obligaciones, n° 684. En contra dos viejos fallos de la C.S.N., 30/11/1878, Fallos, t. 20, p. 465 y 1/6/1882, t. 24, p. 177.

(nota 3) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 95; coincide aunque por otras razones, SALVAT, t. 3, n° 2487.

(nota 4) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2488; PLANIOL y RIPERT, t. 13, n° 1313.

1112/10850

B.— EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA POR VÍA PRINCIPAL

1112/1272

1272. DISTINTOS CASOS.— Hasta aquí hemos estudiado la extinción de la hipoteca que se produce como consecuencia de la extinción de la obligación principal. Pero puede ocurrir también que la hipoteca se extinga por sí misma, quedando en vigor la obligación principal. Veamos los distintos casos.

1112/1273

1273. a) Renuncia.— Según lo dispone el art. 3193 Ver Texto , la hipoteca se extingue por la enuncia expresa y constante en escritura pública, que el acreedor hiciere de su derecho hipotecario, consintiendo la cancelación de la hipoteca. El deudor en tal caso tendrá derecho a pedir que así se anote en en Registro hipotecario o toma de razón y en la escritura de la deuda.

Conforme con este texto, la renuncia debe ser expresa y debe constar en escritura pública. Cabe preguntarse qué validez tiene una renuncia hecha en instrumento privado. Pensamos que la exigencia del art. 3193 Ver Texto es ad probationem y no, ad solemnitatem. En consecuencia, mientras la renuncia sea hecha por simple instrumento privado, no puede tomarse, nota de ella en el Registro hipotecario; pero el deudor que la ha aceptado puede exigir del renunciante la elevación a escritura pública para después hacerla anotar en el Registro.

1112/1274

1274.— ¿Puede ser retractada una renuncia hecha conforme los requisitos formales del art. 3193 Ver Texto ? Aunque la cuestión está discutida, la solución a nuestro juicio es clara. Toda renuncia, hasta el momento de la aceptación, Puede ser retractada (arts. 868 Ver Texto y 875 Ver Texto), sin perjuicio del derecho que los terceros hubiesen adquirido en el ínterin sobre la cosa, dado que la retractación en este caso opera ex nunc (ver nota 1).

La aceptación de la renuncia puede ser expresa o tácita; esta última resultará principalmente del pedido de que se anote en el Registro hipotecario la renuncia, derecho que le confiere al deudor el art. 3193 Ver Texto , in fine.

1112/1275

1275.— De más está decir que si un acto unilateral como la renuncia a la hipoteca es suficiente para extinguirla, también se extingue ésta por acuerdo entre acreedor y deudor.

1112/1276

1276. b) Resolución del derecho de propiedad del otorgante de la hipoteca.— Dispone el art. 3194 Ver Texto que la extinción de la hipoteca tiene lugar cuando el que la ha concedido no tenía sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional y la condición no se realiza, o el contrato por el cual lo adquirió se encuentra resuelto.

Esta disposición habla ante todo de derecho resoluble. Aquí la palabra resolución ha sido tomada en su sentido propia, es decir, de la extinción de derechos con efectos retroactivos. Si sólo se trata de una revocación, cuyos efectos se producen ex nunc, es decir, para el futuro, entonces la hipoteca no se extingue (ver nota 2), tal como ocurre en el caso de revocación de la donación por ingratitud del donatario, en el cual la hipoteca no se extingue (art. 2672 Ver Texto). Aclaremos las hipótesis legales. Una persona adquiere un inmueble con condición resolutoria; luego lo hipoteca; finalmente, la condición se cumple, quedando revocado el dominio con efecto retroactivo. Naturalmente, la hipoteca queda extinguida. Supongamos ahora que una persona recibe un inmueble en donación; más tarde lo hipoteca; luego incurre en ingratitud y la donación es revocada. Como esta revocación no tiene efectos retroactivos, la hipoteca subsiste.

Para que la cláusula resolutoria tenga efectos extintivos de la hipoteca, debe constar en el título de propiedad del otorgante (art. 2668 Ver Texto) (ver nota 3). Es natural que así sea, pues de lo contrario el acreedor hipotecario podría ser fácilmente burlado en sus derechos.

1112/1277

1277.— El art. 3194 Ver Texto se refiere también al derecho condicional agregando que la hipoteca se extingue si la condición no se realiza. Evidentemente alude a la condición suspensiva. Se trata de una aplicación irreflexivo de soluciones de las fuentes francesas en las que se inspiró VÉLEZ, sin considerar que en nuestro derecho no es posible hipotecar un inmueble adquirido bajo condición suspensiva (ver nota 4).

1112/1278

1278. c) Destrucción de la cosa hipotecada.— Según el art. 3195 Ver Texto , si el inmueble hipotecado tiene edificios y estos son destruidos, la hipoteca sólo subsiste sobre el suelo y no sobre los materiales que formaban el edificio. La solución es lógica porque estos materiales han recuperado su carácter de cosa mueble y, por consiguiente, dejan de estar comprendidos en la hipoteca. Pero si el edificio es reconstruido, la hipoteca vuelve a gravarlo (art. 3195 Ver Texto , in fine). Es una simple aplicación del principio general de que la hipoteca se extiende a todos los accesorios y mejoras del inmueble (art. 3110 Ver Texto). En caso de destrucción por incendio, la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores (art. 3110 Ver Texto). Como puede apreciarse, se trata de un caso de extinción parcial de la hipoteca, porque ésta continúa siempre gravando el inmueble sobre el cual se levantaba el edificio o las mejoras destruidas.

1112/1279

1279. d) Expropiación. La hipoteca se extingue también por expropiación del inmueble por causa de utilidad pública; el privilegio del acreedor pasa a ejercerse sobre el precio de la expropiación (art. 26 , ley 23264) (ver nota 5).

1112/1280

1280. e) Venta judicial.— También se extingue la hipoteca por subasta judicial del inmueble. Así lo dispone el art. 3196 Ver Texto : la hipoteca se extingue aunque no esté cancelada en el Registro de hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el juez con citación de los acreedores que tuviesen constituida hipoteca sobre el inmueble, desde que el comprador consignó el precio

de la venta a la orden del juez. Por consiguiente, para que la extinción de la hipoteca tenga lugar es necesario:

1) Que la venta se haya efectuado en remate judicial ordenado por juez competente. Se ha declarado, con razón, que para que se opere la extinción de la hipoteca por subasta judicial no es indispensable que ésta se haya ordenado en un juicio ejecutivo; igual eficacia tiene si el remate se lleva a cabo en un juicio sucesorio o de división de condominio. (ver nota 6)

2) Que el remate haya sido decretado con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble.

La notificación debe ser hecha en tiempo hábil como para darles oportunidad a los acreedores para que puedan hacer valer los derechos que les correspondan (ver nota 7). En un caso se consideró hecha en tiempo hábil una notificación practicada tres días antes de la subasta (ver nota 8); nos parece una solución excesivamente rigurosa para los acreedores, que en tan breve lapso carecen materialmente de tiempo de preparar sus defensas, encontrar abogado que los defienda, presentarse en los autos, etc.

Notificada personalmente la fecha de la primera subasta a los acreedores, es innecesario notificarles en igual forma la que se realiza posteriormente por fracaso de la anterior (ver nota 9), a menos que hayan mediado interrupciones prolongadas en la tramitación del juicio (ver nota 10), en cuyo caso es prudente que los jueces ordenen una nueva notificación.

La citación de los acreedores no se suple con los anuncios de remate del inmueble (ver nota 11); si se ignora el domicilio del acreedor hipotecario se lo debe citar por edictos (ver nota 12).

Los acreedores hipotecarios citados están facultados para intervenir en todo lo referente a la base con que se ha de efectuar la subasta (ver nota 13); igualmente se les ha reconocido el derecho de apelar las regulaciones de honorarios hechas en favor de los profesionales que intervienen por el ejecutante (ver nota 14); e intervenir en lo relativo a la liquidación del crédito de quien sacó a la subasta el inmueble, siempre que la reducción que persigue pueda beneficiarlo (ver nota 15).

La falta de citación de los acreedores hipotecarios no produce la nulidad de la subasta pero determina la subsistencia de las hipotecas constituidas en favor de aquéllos (ver nota 16). Sin embargo, se ha reconocido al comprador el derecho de optar entre mantener la adjudicación cargando con la hipoteca o rescindir la compra (ver nota 17). Es lógico que así sea porque el comprador ha ofrecido el precio sobre la base de que adquiriría un inmueble libre de gravámenes. El no tiene obligación, antes del remate, de revisar los autos y

comprobar si el procedimiento se ha llevado adelante en forma normal y ajustada a derecho. Si luego aparece subsistente una hipoteca, es indiscutible su derecho a desistir de la compra.

3) Finalmente, es necesario que el comprador haya consignado el precio. Se trata de una condición esencial ya que los derechos de los acreedores hipotecarios se transfieren entonces al precio pagado por el comprador, de tal manera que hasta ese momento sería injusto privarlos de su garantía.

1112/1281

1281. f) Confusión.— Aquí no tratamos de la confusión de la calidad de acreedor y deudor, que extingue la obligación principal y, por consiguiente, la hipoteca que es accesoria de ella; sino de la confusión entre las cualidades de acreedor y de propietario del inmueble. En este caso, la deuda subsiste pero la hipoteca se extingue, porque no se puede concebir una hipoteca sobre un bien propio. En este sentido dispone el art. 3198 Ver Texto que si la propiedad irrevocable y la calidad de acreedor hipotecario se encuentran reunidas en la misma persona, la hipoteca se extingue naturalmente.

Para que esta disposición tenga aplicación es necesario:

a) Que se trate de una propiedad irrevocable; tratándose de un dominio revocable, no hay extinción porque sobre el dominio se cierne un peligro de resolución que lo hace incierto y precario.

b) Que no existan otras hipotecas de rango inferior sobre el mismo inmueble. Si éstas existen, el adquirente puede hacer valer el orden que le correspondía a su hipoteca antes de ser propietario del inmueble (art. 3182 Ver Texto).

1112/1282

1282.— Si el dominio adquirido por el acreedor hipotecario queda resuelto como consecuencia de la declaración de nulidad del acto por el cual adquirió el dominio, la hipoteca renace (ver nota 18). Es una consecuencia normal de la nulidad, cuyo efecto es retrotraer la situación de las partes al momento que tenían antes de celebrarse el acto anulado.

(nota 1) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2499, nota 621; LAFAILLE, t. 3, n° 1764; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 630; en contra, sosteniendo que la renuncia no puede redactarse. SALVAT, t. 3, n° 2499.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2500; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 629.

(nota 3) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2500; MACHADO, t. 8, ps. 162 y 173; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 335; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 629.

(nota 4) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2501; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 629; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 335 (segunda edición, en la que este autor rectifica lo sostenido en la primera). En contra, SEGOVIA, t. 2, p. 363.

(nota 5) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2503; SALVAT, t. 3, n° 2521; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 631.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 25/4/1930, G.F., t. 88, p. 27.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 17/4/1933, J.A., t. 41, p. 675; C. Apel. Tucumán, 14/4/1928, J.A., 27, p. 1346.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 18/12/1931, J.A., t. 37, p. 323.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 2/9/1936, L.L., t. 3, p. 893.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 16/3/1921, J.A., t. 6, p. 225.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala D, 18/9/1956, J.A., 19456-IV, p. 514.

(nota 12) C. Com. Cap., 12/11/1954, L.L., t. 78, p. 586.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 3/6/1936, L.L., t. 2, p. 1030; C. Civil 2ª Cap., 26/10/1936, L.L., t. 5, p. 253; C. Com. Cap., 31/5/1929, J.A., t. 29, p. 821; S.C. Buenos Aires,

7/11/1930, Acuerdos y Sentencias, XII-X-61; C. Apel. Tucumán, 14/4/1928, J.A., t. 27, p. 1346.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 22/3/1933, J.A., t. 41, p. 359; C. Apel. Córdoba, 26/4/1918, J.A., t. 1, p. 587.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 1/4/1927, J.A., t. 24, p. 421; C. Civil 2ª Cap., 31/5/1937, L.L., t. 6, p. 839.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 10/9/1918, J.A., t. 2, p. 444; C. Fed. Cap., 7/6/1920, J.A., t. 4, p. 334; C. Civil 2ª Cap., 26/2/1920, J.A., t. 4, p. 42; íd., 14/10/1925, J.A., t. 18, p. 193; SALVAT, t. 3, n° 2508; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 332; LAFAILLE, t. 3, n° 367; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 642. En contra y en el sentido de que la subasta es nula, C. Com. Cap., 20/4/1934, J.A., t. 45, p. 393; C. 2ª Apel. La Plata, 11/7/1924, J.A., t. 13, p. 609; C. Apel. Tucumán, 14/4/1928, J.A., t. 27, p. 1346.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 25/6/1929, J.A., t. 30, p. 116; C. Civil 2ª Cap., 1/7/1935, J.A., t. 51, p. 157; SALVAT, t. 3, n° 2509; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 642.

(nota 18) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2517; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 628.

1112/10855

§ 7. Cancelación de la hipoteca

1112/1283

1283. CONCEPTO Y DISTINTOS CASOS.— Para precisar los conceptos, se hace necesario distinguir la extinción de la hipoteca de su cancelación. En el primer caso, que es el que hasta aquí hemos estudiado, desaparece la hipoteca con todos sus efectos; en la cancelación lo que se extingue es la inscripción de la hipoteca en el Registro.

Mientras en el primer caso lo que está en juego es la hipoteca misma, tanto en relación a las partes como a terceros, en el segundo sólo se afectan los efectos de la inscripción en el Registro, es decir los efectos de la hipoteca con relación a terceros; pero, la hipoteca se mantiene viva entre las partes.

La cancelación se opera: a) por vía indirecta, como consecuencia de la extinción de la hipoteca por cualquiera de los modos antes estudiados; b) por vía directa, cuando, la registración queda sin efecto sin afectar la hipoteca en sí misma. Esto puede ocurrir por voluntad de las partes o bien por el transcurso de veinte años si antes no ha sido renovada (art. 3197 Ver Texto).

Con prescindencia de que la cancelación haya sido lograda por vía directa o por vía de consecuencia, nos ocuparemos en los párrafos que siguen de la cancelación voluntaria y de la obtenida por sentencia judicial, que son las hipótesis previstas por nuestra ley (art. 3199 Ver Texto).

1112/1284

1284. CANCELACIÓN VOLUNTARIA.— Según el artículo 3199 Ver Texto la hipoteca y la toma de razón se cancelarán por consentimiento de partes que tengan capacidad para enajenar sus bienes. En verdad, la cancelación del registro no exige el consentimiento del deudor sino sólo del acreedor hipotecario, único interesado en el mantenimiento del registro. Como éste tiene efectos respecto de terceros y no entre acreedor y deudor hipotecario, es perfectamente concebible que el acreedor acceda a la cancelación de la hipoteca por un acuerdo con los otros acreedores hipotecarios o quirografarios; en cambio, el consentimiento del deudor es inoperante, porque la cancelación se produce en beneficio suyo. En otras palabras, se trata de un derecho al que puede renunciar unilateralmente el acreedor (ver nota 1).

Lo dicho no excluye la posibilidad de un acuerdo entre acreedor y deudor para cancelar la inscripción, porque el deudor puede tener interés en hipotecar el bien en favor de terceros, en ese caso, el acuerdo de voluntades tiene plena validez y la cancelación podría ser demandada tanto por el acreedor como por el deudor (ver nota 2).

1112/1285

1285.— El Código exige capacidad para enajenar en quien da el consentimiento para la cancelación de la hipoteca. Se refiere, por cierto, al acreedor que es quien por ese acto renuncia a los importantes privilegios que le confiere la hipoteca (ver nota 3).

1112/1286

1286.— Procede también la cancelación a solicitud de parte interesada acompañada del documento en que conste la extinción del derecho registrado; para que el oficial público pueda cancelar la hipoteca, la extinción debe resultar de escritura pública y ésta debe contener el consentimiento del titular del derecho inscripto, sus sucesores o representantes legítimos (art. 36 Ver Texto , ley 17801). Estrictamente no se requiere el consentimiento para la cancelación de la hipoteca, sino la manifestación de haber sido totalmente pagada la deuda que fue garantizada con la hipoteca.

1112/1287

1287. CANCELACIÓN POR SENTENCIA JUDICIAL.— La cancelación por sentencia judicial procede en los siguientes casos:

a) Cuando la inscripción no se ha fundado en instrumento suficiente para constituir la hipoteca (art. 3200 Ver Texto), tal como podría ser un título constitutivo que no llena las formalidades legales, como el otorgado por instrumento privado, o el anulado en razón de que el notario estaba personalmente interesado, etc.

b) Cuando el crédito ha sido pagado (art. 3200 Ver Texto). Hemos dicho ya que no es necesario la sentencia judicial cuando la extinción del crédito consta en escritura pública en la cual el acreedor da su consentimiento para la cancelación o manifiesta haber sido íntegramente desinteresado. Pero si tal manifestación no existe en instrumento público, entonces el pago debe acreditarse judicialmente y la cancelación sólo se anotará por sentencia judicial. Obviamente, debe acreditarse el pago, no solamente del capital, sino también de todos los accesorios, intereses y costas.

c) Cuando la hipoteca ha dejado de existir por cualquier causa legal (art. 3200 Ver Texto). Si el acreedor manifiesta su consentimiento con la extinción de la obligación o la cancelación de la hipoteca, haciendo esa manifestación por instrumento público, el Registro puede proceder por sí a la cancelación. Pero si no mediara tal consentimiento, deberá demostrarse judicialmente la extinción de la deuda y la cancelación sólo podrá hacerse por sentencia judicial.

1112/1288

1288.— Agrega el art. 3203 Ver Texto que si el acreedor estuviera ausente y el deudor hubiese pagado la deuda podrá pedir al juez del lugar donde el pago debía hacerse que se cite por edictos al acreedor para que haga cancelar la hipoteca y no compareciendo le nombrará un defensor con quien se sigue el juicio sobre el pago del crédito y cancelación de la hipoteca.

1112/1289

1289. CANCELACIÓN DE PLENO DERECHO POR TRANSCURSO DE VEINTE AÑOS.— Dispone el art. 3197 Ver Texto que los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados veinte años desde que fue registrada. Es la nueva redacción dada a este texto por la ley 17711 . El artículo originario decía: La hipoteca se extingue pasados diez años desde su registro en el oficio de hipotecas.

Dos diferencias notables conviene destacar entre ambos textos:

a) El ahora vigente alude a la extinción de los efectos de la inscripción, en tanto que el anterior hablaba con evidente error de técnica, de la extinción de la hipoteca. Hay que decir, sin embargo, que el viejo texto fue siempre interpretado como correspondía, es decir, en el sentido de que lo que caducaba era el registro, o sea, los efectos con relación a terceros y no la hipoteca en sí misma, que continúa vigente entre las partes (ver nota 4).

b) Pero lo verdaderamente importante es la modificación del término de la vigencia de los efectos de la inscripción, que se amplía a veinte años. El término del Código era demasiado breve. Con frecuencia las hipotecas se arrastran durante largos años por conveniencia de ambas partes. De pronto se vencía el término de diez años, sin que se renovara la inscripción, fuera por ignorancia de la ley, por descuido, por confianza en el deudor. Y así, el acreedor se encontraba sin garantía. El nuevo plazo hace mucho más improbable esta situación.

1112/1290

1290.— La extinción de los efectos de la inscripción se opera de pleno derecho, sin necesidad de solicitud alguna (art. 37 Ver Texto , ley 17801). Debe agregarse que antes de que las leyes 17417 y 17801 dispusieran la caducidad de pleno derecho de la anotación de la hipoteca por el transcurso del plazo legal, la jurisprudencia exigía la intervención judicial con audiencia del acreedor (ver nota 5). Era una solución irrazonable. Puesto que la caducidad de la inscripción se opera por el transcurso del plazo legal, es obvio que no era necesaria la intervención del juez ni la audiencia del acreedor interesado; si el crédito estaba pendiente, éste tenía una sola vía para obtener el mantenimiento de la inscripción: pedir su reinscripción.

1112/1291

1291.— La iniciación de la ejecución hipotecaria interrumpe el plazo del art. 3197 Ver Texto (ver nota 6), de tal modo que no es necesaria la reinscripción, aunque durante el procedimiento venza dicho plazo. Claro está que si no se hubiese trabado el embargo dispuesto por el art. 598 Ver Texto , C. Procesal, y luego de vencido el plazo del art. 3197 Ver Texto se anotare otra hipoteca, ésta tendrá prioridad respecto de la que ha caducado. Esta solución es de estricta justicia respecto del nuevo acreedor hipotecario, que ha debido confiar en que el inmueble estaba libre de hipotecas y no es injusta respecto del anterior que tiene a su disposición el medio para evitar todo perjuicio a sus intereses, como es la traba del embargo.

1112/1292

1292.— ¿Cuál es el procedimiento a seguir para la reinscripción? ¿Es necesaria la intervención judicial? Aunque la cuestión se ha discutido, no se ve razón alguna para exigir la orden judicial; basta, por consiguiente, que el acreedor se presente ante el Registro con el título hipotecario donde conste la inscripción que se renueva (ver nota 7).

Cuando se ha seguido la vía judicial, los Tribunales han resuelto que el pedido formulado antes del vencimiento de la inscripción, debe ser proveído de conformidad, sin necesidad de darle intervención al deudor (ver nota 8) (lo que, por lo demás, prueba lo innecesario de la intervención judicial); en cambio, se declaró que es indispensable darle traslado del cedido al deudor, si la inscripción estuviera ya vencida (ver nota 9).

1112/1293

1293.— La reinscripción tardía de la hipoteca importa un nuevo registro (ver nota 10), es decir, tiene efectos a partir de la reinscripción y no desde la inscripción originaria. Lo que significa que las hipotecas inscriptas durante el transcurso del plazo y antes de la reinscripción, tienen preferencia sobre la reinscripta (ver nota 11); y que ésta no puede hacerse valer contra los terceros poseedores que hubieran registrado su dominio antes de la reinscripción (ver nota 12).

1112/1294

1294. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA CANCELACIÓN.— En los casos en que se requiere la intervención judicial para la cancelación de la hipoteca, el juicio debe tramitar con intervención del acreedor y por vía sumaria (art. 320 Ver Texto , inc. 3, 1, C. Procesal).

1112/1295

1295. EFECTOS DE LA CANCELACIÓN.— Hemos dicho ya anteriormente que la cancelación se refiere exclusivamente al registro o toma de razón de la hipoteca; de tal modo que la cancelación sólo produce efectos respecto de terceros, pero la hipoteca continúa existiendo entre las partes.

Inclusive nada obsta a la reinscripción de la hipoteca si la cancelación se ha fundado en la falta de un instrumento suficiente para constituir la hipoteca y luego este defecto formal es subsanado; o si la cancelación se ha producido por el vencimiento del plazo del art. 3197 Ver Texto . En este caso la hipoteca sólo será oponible a terceros desde la fecha de la nueva inscripción, tal como lo hemos expresado en el n° 1293.

Obvio resulta agregar que si la cancelación se ha dispuesto como consecuencia de la extinción de la hipoteca, ya no estamos en presencia tan sólo de la caducidad de los efectos de la inscripción, sino que la hipoteca misma es la que ha caído.

1112/1296

1296. ANULACIÓN DE LA CANCELACIÓN.— ¿Qué ocurre si la cancelación resulta anulada por sentencia judicial? Se produce aquí un conflicto entre el efecto retroactivo propio de la nulidad y los derechos de terceros inscriptos durante el tiempo en que la hipoteca estuvo cancelada. La cuestión ha dado lugar a algunas divergencias (ver nota 13). Pero la doctrina, con razón predominante, admite las siguientes soluciones: 1) La hipoteca restablecida por la anulación de la cancelación es oponible a los terceros cuyos derechos son anteriores a la cancelación; en efecto, ellos no podrán aducir perjuicio alguno, pues cuando adquirieron sus derechos tenían pleno conocimiento de la situación de dominio del bien y de la hipoteca que éste registraba; el hecho que después esa hipoteca haya sido cancelada no puede mejorar su situación si se demuestra que la cancelación ha sido ilegal; 2) En cambio, la hipoteca restablecida no es oponible a los terceros que inscribieron sus derechos después de la cancelación y antes de la inscripción de la anulación de ésta, porque ellos hicieron fe en las constancias del Registro, tal como éstas se encontraban en el momento de adquirir sus derechos (ver nota 14).

(nota 1) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2526; CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 345; LAFAILLE, t. 3, n° 1779.

(nota 2) CAMMAROTA, Tratado de la hipoteca, n° 345; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2526, nota 671.

(nota 3) Unanimidad en la doctrina.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 20/12/1940, L.L., t. 21, p. 356; C. Civil 2ª Cap., 9/12/1936, L.L., t. 5, p. 754; S.T. Santa Fe, 10/3/1944, R.S.F., t. 6, p. 52; S.T. Entre Ríos, 24/11/1942, J.E.F., 1942, p. 970; S.C. Buenos Aires, 28/6/1937, L.L., t. 11, p. 699; SALVAT, t. 3, n° 2512; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 645; PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 57; LAFAILLE, t. 3, n° 1771.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 21/9/1927, J.A., t. 25, p. 1327; C. Civil 2ª Cap., 31/7/1933, J.A., t. 42, p. 1149.

(nota 6) S.T. Santa Fe, 13/12/1946, R.S.F., t. 14, p. 209; C. Apel. Mendoza, 24/3/1939, L.L., t. 14, p. 517.

(nota 7) De acuerdo: SALVAT, t. 3, n° 2355; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 393; consulta evacuada por el presidente de la Suprema Corte de Tucumán, 13/7/1939, J.T., t. 15, p. 63. En contra: PRAYONES-DASSEN-LAQUIS, Tratado de derecho hipotecario, n° 58.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 20/12/1940, L.L., t. 21, p. 356; íd., 11/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 378, S.T. Entre Ríos, 22/2/1945, J.E.F., 1945, p. 62.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 23/4/1941, J.A., t. 74, p. 289.

(nota 10) C.S.N., 3/10/1949, Fallos, t. 215, p. 25; L.L., t. 57, p. 48 y J.A., 1949-IV, p. 764; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 665. Es también la solución en el derecho italiano: véase RUBINO, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, n° 224.

(nota 11) SALVAT, t. 3, n° 2358; RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) SALVAT, t. 3, n° 2358.

(nota 13) Puede verse una completa exposición de estas teorías en FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, núms. 666 y sigs.

(nota 14) En este sentido, S.C. Buenos Aires, 15/12/1933, Acuerdos y Sentencias, Serie 14, t. 1, p. 540; SALVAT, t. 3, n° 2536; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 661. Es también la doctrina y jurisprudencia predominante en el derecho francés: PLANIOL y RIPERT, t. 13, n° 863; AUBRY y RAU, t. 3, § 281; HUC, t. 13, n° 368; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 3, n° 1895.

1112/10860

§ 8. Letras y pagarés hipotecarios (ver nota 1)

1112/1297

1297. CONCEPTO.— El pagaré hipotecario es una figura híbrida, en la que confluyen dos elementos aparentemente antitéticos: por un lado, el pagaré, cuya esencia es la movilidad, el carácter abstracto, el valor por sí mismo, autónomo; por el otro, la hipoteca, derecho real, ligado concretamente a una obligación y una cosa. Y, sin embargo, instituciones tan dispares han podido conciliarse en esta figura del pagaré hipotecario que une a su fluida transmisibilidad la garantía hipotecaria.

Lo mismo puede decirse de la letra con garantía hipotecaria; pero el casi nulo interés de esta figura, que no ha entrado en la práctica de los negocios, nos mueve a referirnos en adelante en forma casi exclusiva a los pagarés.

Digamos antes de seguir adelante, que nuestro Código se ocupa de este tema en un solo artículo, en el que alude a la forma en que se cancelan las hipotecas cuando se han emitido letras o pagarés hipotecarios. Es el art. 3202 Ver Texto que dice: si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomadas en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, pueden solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos. Ésta es toda la reglamentación legal del instituto. Es natural que sobre la base legislativa tan endeble, surjan muchos problemas y controversias en torno a las múltiples cuestiones que plantean estos pagarés.

Sin embargo, es necesario agregar que la mayor parte de estas dificultades están siendo superadas por la labor de la doctrina y de la jurisprudencia.

1112/1298

1298.— El pagaré hipotecario supone: a) una obligación garantizada con hipoteca; b) la emisión de uno o varios pagarés, cada uno correspondiente a los distintos vencimientos de la obligación; c) la anotación hecha por el oficial del Registro en el pagaré, en la que debe constar el registro de la hipoteca.

1112/1299

1299.— El pagaré hipotecario ¿tiene carácter accesorio respecto de la obligación principal? Quizá nada ponga tanto de manifiesto la naturaleza híbrida del pagaré hipotecario como esta cuestión. Algunos fallos han declarado su carácter accesorio, sea para admitir la competencia de la justicia civil (ver nota 2), sea para sostener que el tenedor del pagaré se beneficia con las cláusulas de caducidad de plazo y mora automática establecidas en la escritura del mutuo (ver nota 3), sea para aplicar a los pagarés el plazo de prescripción de la obligación principal (ver nota 4), sea, en fin, para declarar procedente la ejecución iniciada sobre la base de la escritura hipotecaria y sin acompañar los pagarés (ver nota 5).

Pero aparte de que estas soluciones concretas que se desprenden del principio de la accesoriedad no son pacíficas, está fuera de cuestión que el pago hecho por el deudor al acreedor originario no lo libera de hacer frente a los pagarés y que la nulidad de la obligación principal no afecta tampoco la validez y ejecutabilidad de los pagarés. Y no puede llegarse a estas soluciones si no se admite el carácter autónomo, no accesorio, de los pagarés (ver nota 6).

Es éste un buen ejemplo de cómo la lógica de los principios debe ceder ante la justicia y las conveniencias prácticas. Los jueces han admitido aquí o allá el principio de la accesoriedad o lo han negado en tales otras situaciones, según conviniera a la justicia del caso. Y de ello ha resultado una jurisprudencia en que la lógica sale malparada, pero que ha ido elaborando un sistema de soluciones concretas, sensatas y equitativas.

1112/1300

1300. REQUISITOS FORMALES: INTERVENCIÓN DEL ANOTADOR DE HIPOTECAS.— Los pagarés hipotecarios deben tener, ante todo, las formas propias de los pagarés en general; pero para que tengan carácter hipotecario es indispensable que el oficial del Registro (el anotador de hipotecas, dice el art. 3202 Ver Texto) suscriba el pagaré individualizando en él la escritura hipotecaria a la cual corresponde y su fecha; del mismo modo, anotará en el Registro la emisión de los pagarés.

La intervención del oficial público para conferir carácter hipotecario al pagaré es insalvable (ver nota 7). La omisión de la intervención del oficial del Registro no puede ser subsanada con las certificaciones puestas al dorso de los pagarés por el escribano interviniente en la escritura (ver nota 8).

1112/1301

1301. ENDOSOS.— Como cualquier pagaré, el hipotecario es transmisible por endoso. Este endoso transmite no solamente el crédito en él documentado, sino también la garantía de la hipoteca con todos sus efectos frente a terceros, sin necesidad de nueva escritura pública, ni tampoco de la inscripción del endoso en el Registro de la Propiedad (ver nota 9). Pensamos, sin embargo, que aunque la inscripción del endoso no es indispensable, es en cambio un derecho que tiene el endosatario (ver nota 10).

1112/1302

1302. CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA SOBRE CADUCIDAD DE PLAZOS.— ¿Puede el tenedor de los pagarés hipotecarios prevalerse de la caducidad de los plazos acordados en la escritura para el supuesto de falta de pago de una cuota? El supuesto es que se hayan entregado varios pagarés con vencimientos escalonados; al vencerse, por ejemplo, el primero, el deudor no paga; se cuestiona si el acreedor está en condiciones de ejecutar todos los pagarés aun los de plazo no vencido.

Aunque la cuestión está discutida, la jurisprudencia se ha inclinado en el sentido de que el endosatario de los pagarés hipotecarios puede prevalerse de la cláusula de la escritura que estipula la caducidad de los plazos (ver nota 11). En favor de la solución predominante en la jurisprudencia se aduce que el endoso de los pagarés hipotecarios no sólo importa la transferencia del crédito documentado sino también de todos los derechos de garantía y las modalidades que acompañan la obligación.

1112/1303

1303. CLÁUSULAS SOBRE MORA AUTOMÁTICA.— También se cuestiona en la jurisprudencia si el endosatario de los pagarés hipotecarios necesita protestarlos o si, por el contrario, se puede prevaler de la cláusula de la escritura hipotecaria que estipula la mora automática (ver nota 12). La cuestión nos parece extremadamente dudosa y probablemente la contradicción en la jurisprudencia se deba a las circunstancias particulares del litigio resuelto, que han movido a los jueces a inclinarse a veces en un sentido, a veces en otro,

según lo indicara la justicia concreta del caso. Como principio general, nos parece que debe aplicarse la cláusula sobre mora automática, porque el deudor que la aceptó en la escritura, sabe que está sometido a esa cláusula contractual y no tiene, por consiguiente, de qué quejarse cuando es ejecutado en base a un pagaré no levantado, aunque no se haya cumplido con la diligencia del protesto. No se nos escapa, sin embargo, que los Tribunales podrán inclinarse por la solución contraria si las circunstancias del caso demuestran que la conducta del ejecutante ha sido abusiva. De cualquier modo, parece claro que si el pagaré hipotecario ha sido transmitido, no ya por endoso, sino por una cesión de derechos formal, el protesto no será necesario para el cobro judicial, porque los derechos cedidos conservan todas sus prerrogativas y caracteres originarios (ver nota 13).

1112/1304

1304. TÍTULO EJECUTIVO.— El tenedor del pagaré hipotecario tiene, desde luego, acción ejecutiva contra el deudor. Pero se plantea la cuestión de si también la tiene el acreedor originario con sólo acompañar la escritura hipotecaria.

La cuestión ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria. Algunos tribunales han desestimado la inhabilidad de título opuesta al ejecutante que no había acompañado los pagarés junto con la escritura original, fundándose en que la escritura hipotecaria es por sí misma un título hábil para ejecutar al deudor; bien entendido que la ejecución no puede hacerse efectiva sin que el ejecutante acompañe los pagarés para acreditar que no fueron negociados (ver nota 14). En cambio, la Sala A de la Cámara Civil de la Capital ha declarado que la escritura de mutuo con garantía hipotecaria es formalmente inhábil como título ejecutivo cuando el mutuo se ha documentado también en pagarés a la orden y éstos no se acompañan junto con la escritura al promoverse el juicio; agregó el Tribunal que el acreedor ha creado en su propio beneficio un título de crédito complejo integrado por la escritura y los pagarés, que le brindan la ventaja del posible descuento de las letras, pero correlativamente le imponen la obligación de mostrar el título íntegro para percibir el cobro (ver nota 15).

Desde el punto de vista práctico, ambas decisiones evitan el principal riesgo para el deudor: que pueda promoverse contra él una doble ejecución, basada la una en la escritura originaria y la otra en los pagarés. Pero nos parece más jurídica la solución de la Sala A. Sólo si el acreedor originario tiene en su poder los pagarés (sea porque no los ha negociado o porque los ha rescatado), puede ejecutar a su deudor. Y si es así, no se concibe que pueda bastar como título ejecutivo la escritura originaria, no acompañada de los pagarés. Ante una ejecución iniciada de este modo, el deudor tiene derecho a oponer la excepción de inhabilidad de título, ya que ése es el único momento procesal que tiene el demandado a su alcance para obligar al ejecutante a presentar los pagarés. Y, siendo así, la excepción es perfectamente pertinente, puesto que el ejecutante no ha presentado la documentación completa que le permita ejecutar al deudor.

1112/1305

1305. CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA.— Dispone el art. 3202 Ver Texto que teniendo el deudor o un tercero en su poder los pagarés, pueden solicitar la cancelación de la hipoteca. Basta, por tanto, la tenencia del pagaré para poder solicitar la cancelación, sin que sea necesaria otra prueba del pago de la obligación. Es natural que así sea, porque la costumbre comercial es que los pagarés se devuelven contra su pago.

La cancelación podrá ser total, como ocurrirá si se presentan todos los pagarés, o solamente parcial, si se presentan algunos. En cualquier caso el oficial del Registro hará la anotación marginal correspondiente de la que resulte la reducción parcial de la deuda o su extinción (ver nota 16).

Un problema delicado se presenta en caso de pérdida de los pagarés. No cabe duda de que el endosatario que lo ha perdido, tiene a su disposición el procedimiento establecido en el art. 89 Ver Texto del decreto ley 5965/63, para hacer valer sus derechos (ver nota 17). El mencionado decreto se refiere al extravío de letras y pagarés en general sin prever el caso de los de carácter hipotecario, pero no se ve razón para no aplicar también a ellos sus normas. Y precisamente por prever el supuesto de letras y pagarés en general, sólo ha tenido en cuenta el interés del tenedor del documento que lo ha perdido. Pero en nuestro caso, quien también puede tener un interés muy vivo en la cancelación de la hipoteca es el dueño del inmueble que desea pagar su deuda para liberar la propiedad. ¿Contra quién dirigir la acción de consignación?

Pensamos que debe dirigirse contra el acreedor originario y contra quien resulte tenedor del documento. El juez hará lugar a la consignación, los fondos consignados quedarán a disposición del que presente oportunamente el documento y se ordenará la cancelación de la hipoteca.

1112/1306

1306. PRESCRIPCIÓN.— También esta cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios. En un viejo fallo, la Cámara Comercial de la Capital ha decidido que ejecutándose pagarés hipotecarios rige la prescripción liberatoria de tres años establecida en el art. 848 Ver Texto , inc. 2 del Código de Comercio (ver nota 18). En cambio, la Cámara Civil ha declarado que es aplicable el plazo que corresponde a la deuda principal (ver nota 19). Dijo el Tribunal citado en último término, a nuestro juicio con razón, que el otorgamiento de pagarés hipotecarios no cambia la causa sustancial del acto que continúa siendo la misma (en el caso, era el saldo de precio de una compraventa de un inmueble) y, por consiguiente, es aplicable el art. 813 Ver Texto del Código Civil que establece que si el

acreedor que tiene alguna garantía o privilegio en seguridad de su crédito, aceptase de su deudor billetes suscriptos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación. Agregó el Tribunal que era evidente que en el caso no había intención de novar, sino que los pagarés habían sido librados como medio para facilitar el pago o, si se quiere, persiguiendo una más fácil negociabilidad del crédito, pero derivado siempre de una obligación civil.

1112/1307

1307. COMPETENCIA—. La cuestión de si eran competentes los Tribunales civiles a los comerciales en la ejecución de los pagarés hipotecarios, había dado lugar a pronunciamientos contradictorios, en la Capital Federal en la cual los dos fueros están separados, lo que no ocurre en la mayor parte de las provincias. Por aplicación del principio de la accesoriadad de los pagarés, los Tribunales civiles sostenían su propia competencia (ver nota 20), en tanto que los comerciales sostenían la suya fundados en la naturaleza esencialmente comercial de los pagarés y letras (ver nota 21). En 1965 se dictó la ley 16732 por la que se atribuye competencia a los Tribunales civiles para conocer en los juicios por cobro de créditos garantizados con hipoteca, aunque tales créditos fueran de naturaleza comercial. Posteriormente, la ley 22093 atribuyó la competencia a la justicia especial en lo civil y comercial (art. 46 , inc. h). Actualmente, la justicia especial en lo civil y comercial se ha unificado con la civil, de tal modo que hoy ésta es la competente para entender en estas ejecuciones (ley 23637).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: COLOMBO, Letras y Pagarés hipotecarios, L.L., t. 115, p. 532; ASCÚA, Los pagarés hipotecarios, Revista del Notariado, mayo-junio 1972, p. 773; PELOSI, Los pagarés hipotecarios en la ley y en la práctica, Anales del Notariado Argentino, t. 2, p. 20; BENDERSKY, Régimen de los pagarés garantizados con hipoteca en el derecho argentino, J.A., 1956-VI, p. 114; CÁMARA, Letra de cambio y pagaré con garantía hipotecaria, Revista Notarial, n° 786, p. 1539; y nota jurisprudencial en E.D., t. 32, p. 557; RICHARD, Pagarés con derecho real de garantía accesoria, E.D., t. 31, p. 1091; MOLINARIO, La letra y el pagaré hipotecarios y el derecho registral inmobiliario, J.A., t. 19, 1973, p. 478; FERNÁNDEZ, Pagaré o letra con garantía real (hipoteca o prenda), L.L., 1980-D, p. 1073.

(nota 2) Véase jurisprudencia citada en nota 1437.

(nota 3) Véase jurisprudencia citada en notas 1428 y 1429.

(nota 4) Véase jurisprudencia citada en nota 1436.

(nota 5) Véase jurisprudencia citada en nota 1431.

(nota 6) BENDERSKY (nota en J.A., 1966-VI, p. 120) y RICHARD (nota en E.D., t. 31, p. 1091) sostienen que no solamente los pagarés no son accesorios de la hipoteca, sino que ésta es accesoria de los pagarés.

(nota 7) C. Civ. Cap., Sala D, 28/7/1964, E.D., t. 9, p. 328; Sala A, 17/7/1969, E.D., t. 32, p. 567; Sala B, 15/6/1964, E.D., t. 9, p. 331 y L.L., t. 115, p. 541.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 17/7/1969, E.D., t. 32, p. 567.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 15/4/1966, E.D., t. 16, p. 707; Sala E, 18/12/1974, J.A., t. 27-1976, p. 24; C. 1ª Apel. Civ. Com. y Minas de Mendoza, 24/4/1959, E.D., t. 32, p. 562, nº 42; CÁMARA, Letra de cambio y pagaré con garantía hipotecaria, Revista Notarial, nº 786, p. 1539. En contra, sosteniendo que es necesaria la inscripción de los endosos: C. Com. Cap., 23/3/1973, L.L., t. 151, p. 380; C. Com. Cap., Sala C, 23/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 477, con nota en desacuerdo de MOLINARIO, quien adhiere a la opinión de que la inscripción es innecesaria.

(nota 10) BENDERSKY, nota en J.A., 1966-VI, p. 127.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala B, 30/3/1967, E.D., t. 32, p. 567; S.C. Mendoza, 27/2/1967, E.D., t. 32, p. 561, nº 37; en contra, sosteniendo que los tenedores de pagarés no vencidos deben esperar el vencimiento de ellos para demandar su pago. ASCÚA, Los pagarés hipotecarios, Revista del Notariado, mayo-junio, 1972, p. 783, quien cita la opinión concordante de PELOSI.

(nota 12) En el sentido de que puede prevalecerse de dicha cláusula, C. Civil Cap., Sala B, 30/3/1967, E.D., t. 32, p. 67; por la solución contraria, vale decir por la exigencia del protesto, C. J. San Juan, 16/5/1967, E.D., t. 32, p. 562, nº 39; C. 1ª Apel. Mar del Plata, 30/12/1965, t. 32, p. 562.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala F, 29/6/1961, E.D., t. 2, p. 27.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 10.8.1972, J.A., t. 17, 1973, p. 14; id., 14/9/1966, L.L., t. 125, p. 762, 14.769-S; Sala D, 28/7/1964, E.D., t. 9, p. 328. Hay que advertir sin embargo, que en este último fallo influyeron decisivamente las circunstancias peculiares del caso: el

ejecutante había manifestado que tenía los pagarés en su poder y que los pondría a disposición del deudor cuando pagara la obligación; además, el ejecutado estaba animado de un evidente propósito dilatorio y obstruccionista y había tenido una conducta reñida con los principios de lealtad y buena fe. También se señala el propósito obstruccionista en el fallo antes citado de la Sala B, del 14/9/1966, no así en el del 10/8/1972.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala A, 23/8/1966, E.D., t. 32, p. 560, nº 25. En sentido concordante, Sala E, 18/12/1974, J.A., t. 27-1975, p. 24.

(nota 16) ROTMAN, El pagaré hipotecario, Revista Notarial, nº 748, p. 933.

(nota 17) De acuerdo, CÁMARA, Letra de cambio y pagaré con garantía hipotecaria Revista Notarial, nº 786, p. 1539. Dice el decreto ley 5965/63 (en disposiciones sobre la letra de cambio, que conforme al art. 103 Ver Texto , son aplicables también a los pagarés): Art. 89 Ver Texto : En caso de pérdida, sustracción o destrucción de una letra de cambio, el portador puede comunicar el hecho al girado y al librador y requerir la cancelación del título al juez letrado del lugar donde la letra deba pagarse o ante el de su domicilio. Deberá ofrecer fianza en resguardo a los derechos del tenedor. La petición debe indicar los requisitos esenciales de la letra y si se tratase de una letra en blanco, los que sean suficientes para identificarla. El juez previo examen de los antecedentes que se le proporcionen acerca de la verdad de los hechos invocados y del derecho del portador, dictará a la brevedad un auto indicando todos los datos necesarios para individualizar la letra de cambio y disponiendo su cancelación; también autorizará su pago para después de transcurridos 60 días contados desde la fecha de la última publicación del auto respectivo si la letra ya hubiese vencido o fuese a la vista o desde el vencimiento, si éste fuese posterior a aquella fecha y siempre que en el intervalo no se dedujese oposición por el tenedor. El auto judicial deberá publicarse durante quince días en un diario del lugar del procedimiento y en uno del lugar del pago, si no fuese el mismo; y notificarse al girado y al librador. No obstante la denuncia, el pago de la letra de cambio al tenedor antes de la notificación del auto judicial, libera al deudor. Art. 90 Ver Texto : La oposición deberá deducirla al tenedor ante el juez del lugar donde la letra debe pagarse cuando la cancelación fuese solicitada ante el del domicilio del portador desposeído y se sustanciará con el que promovió la cancelación y cualquier obligado que quiera intervenir, debiendo notificarse la oposición al girado y al librador. Art. 91 Ver Texto : Durante el término establecido por el art. 89 Ver Texto , el recurrente puede ejercer todos los actos que tiendan a la conservación de sus derechos, y si la letra de cambio fuese a la vista o hubiese vencido o venciera en el intervalo, puede exigir la consignación judicial de su importe. Art. 92 Ver Texto : Vencido el término fijado en el art. 89 Ver Texto sin haberse deducido oposición o rechazado ésta por sentencia definitiva, la letra queda privada de toda eficacia. El que haya tenido la cancelación puede, presentando la constancia judicial de que no se dedujo oposición o de que ésta fue rechazada definitivamente, exigir el pago y si la letra fuese en blanco o no hubiese vencido aún exigir un duplicado. Este deberá pedirse por el portador desposeído a su endosante y así sucesivamente de un endosante al que le precede hasta llegar al librador. Art. 93 Ver Texto : La cancelación extingue todo el derecho emergente de la letra de

cambio pero no perjudica los derechos que eventualmente pudiera tener el poseedor que no formuló oposición contra el que obtuvo la cancelación. Art. 94 Ver Texto : Todos los gastos que origine este procedimiento serán a cargo del que los solicitó. Art. 95 Ver Texto : La fianza a que se refiere el art. 89 Ver Texto subsiste mientras no se presente la letra cancelada o se haya operado la prescripción.

(nota 18) C. Com. Cap., 21/8/1922, E.D., t. 32, p. 562, nº 47.

(nota 19) C. Civil Cap., 27/2/1931, E.D., t. 32, p. 562, nº 48.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala D, 20/8/1964, E.D., t. 9, p. 328; C. Civil 2ª Cap., 18/10/1935, E.D., t. 32, p. 566, nº 61.

(nota 21) C. Com. Cap., 17/5/1965, E.D., t. 32, p. 569.

1112/10870

§ 9. El juicio hipotecario

1112/1308

1308. BREVES NOCIONES.— El problema del juicio hipotecario es de carácter procesal y corresponde sea estudiado dentro de esa rama del derecho; nos limitaremos, por consiguiente, a dar unas breves nociones sobre los principios que son aplicables al juicio hipotecario dada su estrecha conexión con el derecho de fondo que hemos venido considerando.

1112/1309

1309. a) Naturaleza.— Hemos dicho anteriormente que el carácter ejecutivo u ordinario del juicio hipotecario depende de que el título al que accede la hipoteca traiga o no aparejada ejecución (véase nº 1220); pero como la hipoteca debe constituirse por escritura pública tiene por esa circunstancia carácter de título ejecutivo (art. 523 Ver Texto , inc. 1, C. Procesal) salvo los supuestos absolutamente excepcionales, de ciertas condiciones suspensivas u obligaciones eventuales, en los que sería necesario probar en juicio ordinario el cumplimiento de la condición o el nacimiento de los créditos eventuales. En la práctica,

por consiguiente, los juicios hipotecarios tramitan siempre por vía ejecutiva. Es necesario agregar, que por las características propias de la ejecución hipotecaria, el Código Procesal trae algunas disposiciones específicamente referidas a ella (arts. 597 Ver Texto a 599).

1112/1310

1310. b) Excepciones admisibles.— El art. 597 Ver Texto , C. Procesal, declara oponibles en la ejecución hipotecaria las siguientes excepciones: a) incompetencia; b) falta de personería en el ejecutante, en el ejecutado, o en su representante, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente; c) litispendencia en otro juzgado o Tribunal competente; d) cosa juzgada; e) nulidad de la ejecución por no haberse hecho legalmente la intimación de pago o por incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva en los casos en que ésta corresponda; f) prescripción; g) pago total o parcial; h) quita, espera o remisión. Las excepciones señaladas con las letras, g) y h) sólo podrán probarse por instrumentos públicos o privados o actuaciones judiciales que deberán presentarse en sus originales o testimoniadas, al oponerlas.

Llama la atención que esta enumeración tan prolija no incluya la excepción de inhabilidad o falsedad de título. Y aunque el art. 597 Ver Texto establece que únicamente se admitirán las excepciones enumeradas, es obvio que también debe proceder la inhabilidad de título, porque si éste no trae aparejada la vía ejecutiva, no puede servir de base a ese procedimiento. Supongamos que, por error, el ejecutante en vez del testimonio auténtico de la escritura hipotecaria, acompañe una copia simple. Obviamente la excepción de inhabilidad es procedente, tal como lo ha declarado la jurisprudencia (ver nota 1).

1112/1311

1311.— La renuncia al derecho de oponer excepciones, que antes era casi de rigor en el mutuo hipotecario, fue declarada contraria al principio de la defensa en juicio (véase n° 1215) y el nuevo Código Procesal declara irrenunciables la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia (art. 543 Ver Texto).

1112/1312

1312.— Es necesario agregar que en el último párrafo del art. 597 Ver Texto se añade que dentro del plazo para oponer excepciones podrá invocarse también la caducidad de la inscripción hipotecaria con los efectos que determine el Código Civil. No se comprende el sentido de esta disposición. El derecho del acreedor a llevar la ejecución adelante, no se funda en el registro de la hipoteca, sino en la obligación principal de la cual la hipoteca es un accesorio. Y, por cierto, la falta o la caducidad de la inscripción no perjudica el título

ejecutivo. De cualquier modo, el acreedor puede ejecutar el inmueble sobre el cual pesaba la hipoteca cuyo registro caducó, como cualquier otro bien del deudor. A quienes realmente interesará invocar la caducidad de la inscripción será a los otros acreedores que tengan hipotecas registradas en el mismo bien, que podrán alegar su preferencia aunque su hipoteca haya sido inscrita con posterioridad a la que caducó. Y ellos invocarán esa preferencia no en el plazo para contestar excepciones sino cuando llegue el momento de distribuir el precio del inmueble subastado.

1112/1313

1313. c) Informe sobre las condiciones del inmueble hipotecado.— El art. 598 Ver Texto , C. Procesal, dispone que en la providencia que ordenare la intimación de pago y la citación de remate se dispondrá la anotación del embargo sobre el inmueble hipotecado y el libramiento de oficio al Registro de la Propiedad para que informe: 1º) sobre las medidas cautelares y gravámenes que afectaren al inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios; 2º) sobre las transferencias que de aquél se hubieren realizado desde la fecha de constitución de la hipoteca y nombre y domicilio de los adquirentes.

Sin perjuicio de ello, el deudor deberá durante el plazo para oponer excepciones, denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y terceros poseedores del inmueble hipotecado.

1112/1314

1314. d) Tercer poseedor.— Finalmente el art. 599 Ver Texto , C. Procesal dispone que si del informe o de la denuncia a que se refiere el artículo anterior resultara que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquél se le intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él. Nos hemos ocupado anteriormente de esta cuestión (véase nº 1254).

1112/1315

1315. SUBASTAS REALIZADAS POR EL BANCO HIPOTECARIO NACIONAL.— La ley orgánica del Banco Hipotecario Nacional (decreto-ley 13128/957) atribuye a esta institución un privilegio excepcional: el de realizar por sí el remate del bien ejecutado una vez transcurridos 90 días del vencimiento de las obligaciones contraídas por el deudor, sin forma alguna de juicio (art. 29). El remate se efectuará al mejor postor y con base del total

de la deuda; si el primer remate no diera resultado, se realizará un segundo remate con la base que fije el Directorio del Banco (arts. 29 y 30).

El Banco está obligado a publicar avisos del remate durante un término de tres a quince días, en la forma que lo determine la reglamentación (art. 29).

El Banco está autorizado para proceder a la venta del bien hipotecado en conjunto o dividido en lotes, según lo estime más conveniente (art. 43, inc. 3) quedando asimismo autorizado a dividir la hipoteca.

Fracasados dos remates, el Banco podrá pedir y el juez decretará, sin más recaudos que la constancia de haber fracasado dichos remates, la adjudicación de la propiedad otorgando la escritura correspondiente a favor del Banco por el importe de la suma que sirvió de base para el último remate (art. 31); y si, adjudicada al Banco la propiedad por el precio indicado, quedase un remanente impago, el Banco mantiene ese crédito contra el deudor en calidad de saldo personal (art. 31).

Hay que agregar que el remate realizado por el Banco es siempre libre de ocupantes y que el Banco los puede desalojar, cualquiera sea la causa de la ocupación, inmediatamente de realizado el remate y aprobado por el Directorio, salvo que hubiera contrato de locación aceptado por el Banco (art. 43, inc. 5).

(nota 1) C. Apel. 1ª La Plata, 15/7/1952, L.L., t. 67, p. 540; S.T. Entre Ríos, 5/6/1944, J.E.R., 1944, p. 370.

1112/10880

CAPÍTULO XVII - PRENDA (ver nota 1)

1112/10890

§ 1. Nociones generales

1112/1316

1316. CONCEPTO.— La prenda es, como la hipoteca, un derecho real constituido por el deudor en favor del acreedor en seguridad del pago de una obligación; pero mientras en la hipoteca, la cosa dada en garantía permanece en poder del deudor, en la prenda la posesión de la cosa se transfiere al acreedor.

En nuestro Código la palabra prenda es utilizada con tres acepciones distintas:

a) Sirve ante todo para denominar al contrato de prenda, es decir, al acto jurídico que da nacimiento al derecho real (arts. 3204 Ver Texto , 3205, 3217 Ver Texto , etc.).

b) Es la designación del derecho real (arts. 3233 Ver Texto , 3234, 3235, 3236, 3237, 3238, etc.).

c) Finalmente, se llama así a la cosa dada en garantía; así, por ejemplo, los arts. 3220 Ver Texto y 3221 hablan del derecho de retener la prenda; el art. 3222 Ver Texto , se refiere a la apropiación de la prenda. Es, a nuestro entender, una manera impropia de aludir a la cosa dada en prenda. Esta designación debería reservarse para el contrato y el derecho real.

1112/1317

1317. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NUEVAS FORMAS DE PRENDA.— Históricamente la prenda aparece en el campo del derecho antes que la hipoteca. Era natural que así fuera, porque responde a una idea muy simple: la entrega de una cosa en garantía del pago de una deuda. Es también la garantía que responde mejor a las necesidades de sociedades primitivas, con deficiente organización social y falta de registros. La prenda se constituía simplemente por la entrega manual de la cosa.

Pero esta forma de garantía consistente en la entrega de la cosa al deudor, suficiente en las sociedades primitivas, no lo es en las modernas. Las cosas muebles han adquirido un valor insospechado, no sólo en cantidad sino también individualmente consideradas. Esto ha motivado la organización de Registros en donde se inscribe el dominio de las cosas muebles más valiosas. Por otra parte, hoy muchos muebles (y particularmente las máquinas) son productores de bienes, de tal modo que existe un gran interés de parte del deudor de retenerlos en su poder, inclusive como medio de pagar la deuda contraída con el acreedor prendario. Así ha nacido la llamada prenda sin desplazamiento, es decir el derecho real constituido en favor de terceros sobre una cosa mueble que no pasa a poder del acreedor, sino que la conserva el deudor. Es necesario decir que la prenda clásica, o sea con entrega de la cosa, ocupa hoy un lugar muy modesto en la vida económica. Casi ha

desaparecido de las transacciones privadas; sólo tienen relevancia económica las prendas constituidas en favor del Banco de la Ciudad de Buenos Aires (que originariamente se dedicaba exclusivamente a estas operaciones) o de otras instituciones provinciales similares. Lo que hoy tiene verdadera importancia económica son las prendas sin desplazamiento. En nuestro país estas nuevas formas de prenda están organizadas por la ley 9644 , de prenda agraria, y la ley 12962 , de prenda con registro. En verdad, sería más propio llamarla hipoteca mobiliario, porque lo que sustancialmente distingue la hipoteca de la prenda, no es el carácter inmueble o mueble de la cosa sobre la cual recae el derecho real, sino la circunstancia de que el deudor conserve o no en su poder la cosa dada en prenda (véase nº 1137).

Como estas prendas sin desplazamiento tienen su campo más vasto de aplicación en las transacciones comerciales, en nuestro país han sido reguladas como complemento de la legislación comercial. Su estudio compete, pues, a esa rama del derecho, lo mismo que el de los warrants y los debentures.

1112/1318

1318. OBLIGACIONES QUE PUEDEN GARANTIZARSE CON PRENDA.— La prenda puede constituirse en garantía de una obligación cierta o condicional (art. 3204 Ver Texto); es decir, en garantía de una obligación lisa y llana o que esté sujeta a condición. La ley, con razón, no distingue entre condiciones suspensivas o resolutorias; por consiguiente, todas las obligaciones condicionales pueden ser objeto de una garantía prendaria (ver nota 2). También pueden garantizarse con prenda las obligaciones presentes o futuras (art. 3204 Ver Texto), es decir, las que tienen o no tienen plazo, sea éste suspensivo o resolutorio (ver nota 3); asimismo, deben considerarse comprendidos dentro de este concepto de obligaciones futuras las eventuales, o sea, las que pueden o no llegar a existir, como ocurre, por ejemplo, con la que resulte al cerrarse una cuenta corriente comercial (ver nota 4); al ocurrir el cierre, puede arrojar un saldo en favor o en contra del titular de la cuenta. La prenda se otorga para el supuesto eventual de que el saldo sea negativo. En cambio, no cabe, en principio, constituir una prenda en pago de una obligación natural, porque ésta no tiene carácter exigible; pero éste es un principio cubierto de excepciones, a punto de que en la mayor parte de los casos la prenda es válida. En efecto, si la cosa ha sido entregada en prenda por un deudor capaz, la obligación natural queda convertida en obligación civil, dado que la constitución de la prenda importa un reconocimiento; en consecuencia ella será plenamente válida. Debe hacerse la excepción de las obligaciones surgidas de deudas de juego, cuyo reconocimiento no les hace perder el carácter de obligación natural, por lo que la prenda constituida en garantía de ellas es ineficaz.

En cuanto a los terceros, la constitución por ellos de una prenda en garantía del pago de una obligación natural de otra persona, es plenamente válida (art. 518 Ver Texto).

Pueden garantizarse con prenda no sólo las obligaciones pecuniarias, sino cualquier otra, sea de dar, hacer o no hacer (ver nota 5). Pero el contrato en estos casos, debe contener una estimación pecuniaria del monto del crédito (art. 3217 Ver Texto).

1112/1319

1319. OBJETO: COSAS Y BIENES SUSCEPTIBLES DE DARSE EN PRENDA.—
Pueden darse en prenda:

a) Las cosas muebles (art. 3204 Ver Texto); los inmuebles no son susceptibles de ser entregados en prenda, aunque ya se verá que existe respecto de ellos un instituto análogo al de la prenda que es la anticresis.

b) Todas las cosas muebles pueden darse en prenda siempre que se hallen en el comercio, es decir, que puedan ser susceptibles de venta o cesión (ver nota 6).

Dentro del concepto de cosas pignoras deben incluirse las fungibles e inclusive el dinero (ver nota 7). Se ha declarado que el dinero entregado en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de locación importa una prenda sobre dicha suma (ver nota 8); también tiene este carácter la entrega de una suma de dinero en garantía del pago del suministro de corriente eléctrica (ver nota 9); la depositada por el procurador en garantía del correcto desempeño de su profesión (ver nota 10). Es necesario decir, sin embargo, que la prenda de dinero asume un carácter especial, porque en definitiva, el acreedor prendario se convierte en propietario del dinero y su obligación consiste en devolver una suma igual. Es una situación análoga a la del depósito irregular y por ello se la ha llamado prenda irregular.

Las cosas ajenas no pueden darse en prenda (art. 3213 Ver Texto). Para que las cosas puedan darse en prenda, debe tratarse de objetos individualizados y existentes; no se concibe la prenda sobre una cosa futura o no individualizada, porque tales objetos no pueden entregarse al acreedor, requisito sin el cual no existe la prenda. Sin embargo, una cosa futura puede ser objeto de una promesa de prenda, promesa que obligará al promitente a constituir la prenda si la cosa llega a existir (ver nota 11).

b) También pueden darse en prenda los créditos (arts. 3204 Ver Texto y 3211 Ver Texto) siempre que consten en un título por escrito (art. 3212 Ver Texto) (ver nota 12). En principio toda clase de créditos puede ser objeto de la prenda: documentos de créditos civiles o comerciales, pagarés, título de la deuda pública, acciones de compañías, debentures, etc.

¿Pueden prendarse los derechos intelectuales (patentes de invención, marcas de fábrica, derechos de autor, etc.)? La cuestión está discutida (ver nota 13); por nuestra parte, pensamos que no es posible. Para que los créditos o derechos puedan ser susceptibles de prenda, deben constar en un título documentado (art. 3212 Ver Texto), cuya posesión por el acreedor impida al deudor y titular ejercitar sus derechos de tales y, en cambio, confiera al acreedor la tenencia del crédito; sólo así se cumple el desplazamiento que es de la esencia de la prenda. Siendo así, para que los derechos intelectuales pudieran ser dados en prenda, sería indispensable que estuvieran representados por un título cuya transmisión o tenencia involucrara la transmisión o tenencia del derecho, lo que no ocurre en nuestro caso. Hace notar FERNÁNDEZ que sólo para las patentes de invención el art. 41 Ver Texto de la ley 111, exige para la anotación de la transferencia en el Registro respectivo “la exhibición de la escritura pública de cesión y de la patente”, pero si en virtud de tal disposición al entregar el título de la patente el deudor no puede ya transferirla, en cambio podría burlarse de los terceros para quienes el deudor sería siempre el dueño de la patente, dominio que se acredita con la inscripción en el Registro. Para las marcas de fábrica y de comercio no existe ni siquiera una disposición análoga, por lo cual el título que entrega la oficina respectiva no es más que un certificado o constancia del dominio de la marca. Lo mismo ocurre para la propiedad intelectual. El dueño de la marca o autor de la obra puede, pues, transferirla aun cuando no tenga en su poder el documento en que se certifica la inscripción a su nombre. En tales condiciones, concluye el autor que estamos glosando, es imposible hablar de desplazamiento del derecho y, por ende, de prenda sobre él (ver nota 14).

1112/1320

1320.— En cambio no son susceptibles de prenda los derechos de usufructo, uso o habitación, ni las servidumbres (ver nota 15). Es de aplicación aquí la prohibición establecida para el caso evidentemente análogo de la hipoteca (art. 3120 Ver Texto).

1112/1321

1321.— Los fondos de comercio no pueden darse en prenda pues no sería posible cumplir con el requisito de la entrega al acreedor (ver nota 16); ello sin perjuicio de que naturalmente pueden darse en prenda los elementos constitutivos del fondo, como las mercaderías, créditos, etc.

Sin embargo, es necesario agregar que se ha llegado a una solución semejante a la que resultaría de la prenda del fondo de comercio por vía de la ley de debentures que autoriza la emisión de éstos con garantía flotante, que comprende todos los derechos bienes muebles y raíces presentes o futuros o una parte de ellos (art. 5 Ver Texto).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FERNÁNDEZ, Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios, Buenos Aires, 1941; SALVAT, Derechos reales, 4ª edición actualizada por ARGAÑARAZ, t. 4, n° 2549 y sig.; LAFAILLE, Derechos reales, t. 3, n° 1806 y sig.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 1949 y sig.; RUBINO, Il pegno, 2ª ed., Milano, 1956.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2563; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 147.

(nota 3) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2564; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 147.

(nota 4) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2564; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 147; RUBINO, Il pegno, n° 6; JOSSERAND, t. 2., vol. 2, n° 1516.

(nota 5) RUBINO, Il pegno, n° 7; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 162.

(nota 6) SALVAT, t. 3, n° 2566; LAFAILLE, t. 3, n° 1820; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 77; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, n° 37; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 136 y RUBINO, Il pegno, n° 17, con evidente error, dicen que es necesario que las cosas muebles sean susceptibles de expropiación forzada, es decir, embargables por los acreedores. No es así; hay numerosas cosas que son inembargables por los acreedores, pero que sin embargo el dueño puede vender o ceder; y puede, por lo tanto, darlas en prenda. En este sentido, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 161; JOSSERAND, t. 2., vol. 2, n° 1517.

(nota 7) En este sentido, SALVAT, t. 3, n° 2567; LAFAILLE, t. 3, n° 1820; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 161; JOSSERAND, t. 2., vol. 2, n° 1517 y fallos citados en notas siguientes.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 11/12/1936, L.L., t. 4, p. 905; C. Com. Cap., 6/7/1938, L.L., t. 11, p. 459; C. Apel. Mendoza, 20/8/1940, J.A., t. 72, p. 5.

(nota 9) C. Com. Cap., 14/12/1943, G.F., t. 168, p. 345.

(nota 10) C.S.N. 11/3/1932, L.L., t. 4, p. 477, en nota; J.A., t. 37, p. 788.

(nota 11) SALVAT, t. 3, nº 2568; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 142; LAFAILLE, t. 3, nº 1820; PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 90.

(nota 12) El art. 3211 habla con notoria impropiedad de las deudas activas, aduciendo a los créditos.

(nota 13) En el sentido de que pueden prendarse, SALVAT, t. 3, nº 2569; LAFAILLE, t. 3, nº 1849; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1958; en contra, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 139; es también ésta la solución del derecho italiano (ley del 22/4/1941, cit. por RUBINO, Il pegno, nº 28).

(nota 14) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 139.

(nota 15) SALVAT, t. 3, nº 2569; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 140.

(nota 16) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2571; LAFAILLE, t. 3, nº 1820; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 141; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 1962.

1112/10900

§ 2. El contrato de prenda

1112/1322

1322. DFFINICIÓN.— El art. 3204 Ver Texto define el contrato de prenda de la siguiente manera: habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda. Hay que advertir, en primer término, que el contrato de prenda así definido por el Código, es el acuerdo de voluntades para constituir la prenda; acuerdo de voluntades que puede ser simultáneo o posterior al nacimiento de la obligación cuyo cumplimiento se quiere garantizar con la prenda. De ahí que si la obligación hubiera tenido origen en un contrato (por ejemplo, un mutuo), es necesario distinguir entre el contrato principal en sí mismo, y el convenio por el cual se constituye la prenda. Así, por ejemplo, una persona presta a otra \$ 10.000 y recibe en garantía un brillante. La obligación principal

es el préstamo y la accesoria, el convenio por el cual se entrega en prenda el brillante. Este último contrato es el aludido por el art. 3204 Ver Texto y el que será el objeto de nuestro estudio en los párrafos que siguen. En el ejemplo del mutuo, lo normal será que el contrato de préstamo y la garantía prendaria se convengan en un mismo acto; pero nada se opone a que una obligación anterior (nacida de un contrato o un hecho ilícito) sea posteriormente garantizada con la prenda.

1112/1323

1323.— El art. 3204 Ver Texto habla de la entrega de la cosa por el acreedor al deudor, porque es en efecto el caso más frecuente; pero nada se opone a que la cosa quede en poder de un tercero que haya recibido de ambas partes el encargo de guardarla (art. 3207 Ver Texto).

La prenda puede también ser constituida por un tercero en garantía de una deuda de otro (art. 3221 Ver Texto). Si el tercero que entregó la cosa en prenda no se ha constituido en fiador, su obligación se limita a la cosa (ver nota 1); y, casi es innecesario decirlo, conserva la propiedad de ella hasta el momento en que el acreedor la ejecuta para cobrarse la deuda impaga.

1112/1324

1324. CARACTERES.— El contrato de prenda tiene los siguientes caracteres:

a) Es un contrato real (arts. 3204 Ver Texto , 3205 y 3206), es decir, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa. Pero es necesario agregar que la simple convención, aún antes de la entrega, vale como promesa de contrato que permite al acreedor exigir la cosa (ver nota 2). Con lo cual este famoso carácter real del contrato de prenda queda reducido a un principio puramente teórico.

b) Entre las partes no tiene carácter formal; cualquier forma es suficiente, sea escrita u oral (ver nota 3). Pero si se lo quiere hacer valer respecto de terceros, debe constar en instrumento público o privado de fecha cierta (art. 3217 Ver Texto). Cabe agregar que en la prenda comercial no es necesario que tenga fecha cierta; la fecha del contrato puede acreditarse por cualquier medio de prueba (ver nota 4).

c) Es accesorio respecto de la obligación que ha dado origen a la constitución de la prenda. De ahí que la ineficacia de la obligación principal, cualquiera sea su causa (nulidad,

resolución, revocación, rescisión), trae aparejada la obligación del acreedor de restituir la prenda.

1112/1325

1325. FORMA Y PRUEBA.— En las relaciones entre las partes, ya lo hemos dicho, la ley no exige ningún requisito formal. Por consiguiente, puede probarse por cualquier medio; y bastarán testigos si la cosa hubiese sido ya entregada, porque este hecho importa un principio de ejecución que autoriza la utilización, sin límites de monto, de la prueba testimonial (art. 1191 Ver Texto). Si, en cambio, se tratase de la promesa de prenda, sólo se admitirá la prueba por testigos si el contrato tuviese un valor inferior a diez mil pesos moneda nacional (art. 1193 Ver Texto).

1112/1326

1326.— Pero la constitución de prenda no puede oponerse a terceros si no consta en instrumento público o privado de fecha cierta, cualquiera sea la importancia del crédito (art. 3217 Ver Texto). Ya dijimos que en materia comercial no es indispensable que el documento privado haya adquirido fecha cierta y que ésta puede probarse por cualquier medio (véase nº 1324).

El instrumento debe mencionar el importe del crédito y contener una designación detallada de la especie y naturaleza de los objetos dados en prenda, su calidad, su peso y medida, si estas indicaciones fueren necesarias para determinar la individualidad de la cosa (art. 3217 Ver Texto). En suma, lo que la ley exige es:

a) Mencionar el importe del crédito. Pero cabe preguntarse cómo se procederá si se trata de un crédito de monto indeterminado o eventual. Pensamos que en tal caso debe estimarse el monto del crédito en el instrumento y que la preferencia del acreedor prendario respecto de los coacreedores se limitará en ese supuesto, al monto estimado (ver nota 5).

Supongamos ahora que las partes no hayan indicado el monto de la obligación, pero que el contrato exprese que la prenda se da en garantía de una obligación que se determina con precisión, indicando por ejemplo, el instrumento en que consta o la causa de la cual surge. Pensamos que esta exigencia (como la de que se indique con precisión la cosa prendada) tiene por objeto evitar que se burlen los derechos de terceros, entregando una cosa a un supuesto acreedor prendario para sustraerla a la acción de los otros acreedores. Y el interés de terceros se defiende suficientemente si se indica el instrumento en que consta la obligación principal, porque entonces quedará demostrado que la obligación es real y no simulada.

b) Individualizar con la debida precisión la cosa que se da en prenda, para evitar toda confusión y, sobre todo, que una cosa pueda ser sustituida por otra. El Código agrega que inclusive se determinará la calidad, peso y medida, si estas indicaciones fueran necesarias para determinar la individualidad de la cosa; así ocurriría si se tratara de cosas fungibles, como por ejemplo, trigo, maíz, vino, etc.

1112/1327

1327. CAPACIDAD.— Dispone el art. 3213 Ver Texto que sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla y sólo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. Dejamos para más adelante (nº 1337) el problema de la propiedad de la cosa; por ahora nos ceñiremos al tema de la capacidad.

Según surge del texto antes transcripto, la ley hace una distinción: para dar en prenda una cosa hace falta capacidad de enajenar; para recibirla, basta la capacidad de contratar. La idea del codificador fue, sin duda, ser más riguroso en lo que atañe a la capacidad para dar en prenda que para recibirla. Pero en el sistema del Código Civil los únicos que tenían capacidad para contratar pero no para enajenar a título gratuito (aunque sí podían hacerlo a título oneroso) eran los menores emancipados. La ley 17711 , al modificar el art. 134 Ver Texto e introducir el art. 152 bis Ver Texto , amplió el campo de aplicación de lo normado por el art. 3213 Ver Texto . En cuanto a los emancipados, porque pueden enajenar (inclusive donar) sus bienes, salvo los que hubieran recibido por título gratuito. En cuanto al art. 152 bis Ver Texto , ha creado la categoría de los inhabilitados, los cuales están impedidos de realizar actos de disposición de sus bienes sin el asentimiento del curador, en cambio, pueden realizar actos de administración libremente. Consideramos que ellos están incapacitados para constituir prendas por sí y sin la conformidad del curador; en tanto que es indudable su capacidad para recibir una cosa en prenda. Adviértase que estamos hablando del contrato de prenda en sí mismo y no de la obligación principal a la que accede, ésta será nula o válida según que el contrato suponga o no un acto de disposición de bienes; pero la prenda en sí misma, no crea para el que la recibe otra obligación que la de cuidar la cosa y devolverla a su debido tiempo, y todo ello está evidentemente dentro de la órbita de actos que los inhabilitados pueden realizar.

1112/1328

1328.— En suma, están incapacitados para otorgar y recibir prendas los menores de edad (salvo que hayan cumplido 18 años y se trate de bienes adquiridos con el producido de su trabajo personal, art. 128 Ver Texto), los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los penados. En cuanto a los emancipados, en principio tienen capacidad amplia para dar o recibir prendas, salvo que se hayan casado sin autorización y

se trate de bienes recibidos por título gratuito (art. 131 Ver Texto), en este último caso, sólo podrán dar en prenda con autorización judicial o si mediare conformidad de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad (art. 135 Ver Texto), puesto que dar en prenda una cosa implica un acto de disposición. En cambio, ningún obstáculo hay en que pueda recibir una cosa en prenda. Los emancipados comercialmente tienen amplia capacidad para dar o recibir prendas si se tratare de accesorios de una obligación comercial, dado que ellos tienen aptitud para todos los actos y obligaciones comerciales (art. 11 Ver Texto , C. Comercio).

1112/1329

1329. BIENES GANANCIALES.— En cuanto a la prenda sobre bienes gananciales, en principio el cónyuge administrador puede constituirla libremente, pero requerirá el consentimiento del otro cónyuge si se trata de muebles registrables (art. 1277 Ver Texto). En cambio, por no ser un acto de disposición, cualquiera de los cónyuges puede recibir un mueble registrable en prenda, sin necesidad del consentimiento, del otro.

1112/1330

1330. LEGITIMACIÓN.— ¿Pueden los representantes, legales de los incapaces dar o recibir prendas a nombre de sus representados?

Respecto de los padres hay que tener presente que ellos necesitan autorización judicial tanto para disponer de bienes inmuebles como muebles (véase Tratado de Familia, t. 2, n° 898 y 900); por consiguiente, es necesario concluir que no pueden sin autorización judicial dar los bienes del menor en prenda, puesto que éste es un acto de disposición. En cambio, no se ve necesidad de dicha autorización para que reciban una cosa en prenda como seguridad del pago de una obligación constituida en favor del menor, dado que éste es un acto de mera administración y aun diríamos, de buena administración.

Con respecto a los tutores y curadores, sus poderes son en este punto iguales a los de los padres. Necesitan como éstos, autorización judicial para dar en prenda un bien del menor, pero no para recibirlo. Bien entendido que tanto en este caso como en el de los padres, nos referimos exclusivamente al contrato de prenda y no a la obligación principal de la cual ésta es un accesorio. Así, por ejemplo, los tutores y curadores no pueden prestar dinero de sus pupilos, aun recibiendo una garantía real suficiente, sin autorización judicial (art. 443 Ver Texto , inc. 13). Pero si la obligación principal estuviere legalmente formada y sólo se tratara de garantizar su pago, entonces los representantes legales pueden recibir por sí la prenda válidamente.

1112/1331

1331.— En cuanto al mandato voluntario, pensamos que se requieren poderes especiales para dar en prenda una cosa mueble (ver nota 6), pero no para recibirla, porque éste debe considerarse un acto de administración, para el que bastan los poderes generales (art. 1880 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2560 a; LAFAILLE, t. 3, n° 1807; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 120.

(nota 2) SALVAT, t. 3, n° 2560 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 21; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 116.

(nota 3) RUBINO, Il pegno, n° 34.

(nota 4) C. Com. Cap., Sala A, 30/12/1959, L.L., t. 99, p. 455; Sala B, 23/2/1957, G.F., t. 223, p. 266; C. Com. Cap., 20/10/1944, J.A., 1944-IV, p. 673; C. Fed. Rosario, 13/3/1959, L.L., t. 98, p. 100; S.C. Mendoza, 30/8/1962, L.L., t. 111, p. 434.

(nota 5) SALVAT, t. 3, n° 2619.

(nota 6) SALVAT, t. 3, n° 2612.

1112/10910

§ 3. El derecho real de prenda

1112/1332

1332. ENTREGA DE LA COSA.— Para que el derecho real de prenda tenga nacimiento es indispensable la entrega de la cosa al acreedor. Hasta ese momento existirá sólo un acuerdo de voluntades o una promesa de prenda, pero el derecho real, repetimos, nace con la entrega de la posesión.

Este desplazamiento es, por cierto, la principal garantía para el acreedor de que su crédito será pagado; desde el punto de vista de los terceros es un medio de publicidad, todo lo rudimentario que se quiera, pero de publicidad al fin.

Establece el art. 3205 Ver Texto que la posesión que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales. Lo fundamental, pues, es la tradición, es decir la entrega voluntaria de la cosa por el deudor al acreedor.

La entrega de la cosa debe considerarse suficientemente realizada por el deudor cuando la cosa se encontraba ya en poder del acreedor por un título distinto: en este caso, el contrato de prenda transforma la tenencia que ostentaba el acreedor en posesión suficiente para constituir la prenda (ver nota 1).

Se discute si la tradición simbólica es bastante para la constitución de la prenda. La entrega de las llaves de la casa en donde las cosas se encuentran depositadas o de las cajas que las contienen, la transferencia de los conocimientos o cartas de porte, ¿bastan para tener por constituida la prenda? Se ha sostenido la opinión negativa afirmándose que en estos casos falta la apariencia y notoriedad que es el más eficaz medio de publicidad de la constitución de la prenda para evitar el posible engaño a los terceros (ver nota 2). Por nuestra parte pensamos que la publicidad que surge de la entrega de una cosa mueble tiene un valor muy relativo; en el momento actual nadie o casi nadie contrata con una persona teniendo en cuenta la solvencia derivada de la posesión por el deudor de ciertos muebles determinados (salvo el caso de semovientes o de maquinarias de gran valor, en los que precisamente funciona la prenda sin desplazamiento); en realidad, el interés fundamental de la prenda en el derecho moderno es que sirve de garantía muy eficaz para el acreedor. Si a ello se añade que la entrega de las llaves o de los conocimientos o cartas de porte importan tradición de la cosa en sentido propio (véanse arts. 2385 Ver Texto y 2388 Ver Texto), parece necesario concluir en que esta entrega simbólica de las cosas basta para tener por constituida válidamente la prenda (ver nota 3).

1112/1333

1333.— Para constituir la prenda no es imprescindible que la cosa se entregue al acreedor, aunque esto es, desde luego, lo normal. La prenda puede constituirse también entregando la cosa a un tercero, pero en tal caso es necesario que éste haya recibido la cosa de ambas partes con el encargo de guardarla en el interés del acreedor (art. 3207 Ver Texto).

Es necesario, desde luego, la aceptación del tercero, que no podría ser obligado en contra de su voluntad a recibir un depósito; pero ello no lo hace parte en el contrato de prenda: es un

simple depositario que tiene la prenda por encargo de ambas partes y en interés del acreedor.

La posibilidad de que un tercero tenga la cosa en su poder es el único procedimiento que permite afectar un mismo objeto mueble a la garantía de diversas deudas. El tercero o mediador retiene la cosa para todos los acreedores. De esta manera la prenda viene a funcionar como la hipoteca, que también permite garantizar varios créditos con un solo inmueble (ver nota 4).

Es necesario, agregar que para poder constituir nuevas prendas sobre la cosa que se encuentra en poder de un tercero, se requiere la aceptación de éste de tenerla también en interés del nuevo acreedor (ver nota 5). En cambio, no es preciso el consentimiento del primer acreedor prendario ya que a él le resulta indiferente la constitución de nuevas prendas, puesto que la fecha de su crédito le asegura cobrar con prioridad a los ulteriores acreedores prendarios (ver nota 6).

El tercero tiene el carácter de depositario. Si bien el depósito se presume gratuito, nada obsta a que se estipule un precio. Si éste se ha pactado pero el contrato no dice quién debe pagarlo, entendemos que quien está obligado es el acreedor en cuyo interés tiene la cosa el tercero (art. 3207 Ver Texto) (ver nota 7).

1112/1334

1334.— La posesión de la cosa por el acreedor o el tercero depositario es indispensable para la existencia del derecho real de prenda. Por ello el art. 3206 Ver Texto dispone que los derechos que da al acreedor la constitución de la prenda sólo subsisten mientras está en posesión de la cosa o un tercero convenido entre las partes. Recuperada la cosa por el deudor propietario, la prenda se extingue como derecho real.

Pero esta regla no es absoluta. Según el art. 3208 Ver Texto se juzga que el acreedor continúa en la posesión de la prenda cuando la hubiese perdido o le hubiere sido robada, o la hubiere entregado a un tercero que se obligase a devolvérsela.

Es decir, la pérdida o robo de la cosa no extingue la prenda y si la cosa reaparece, el acreedor prendario tiene derecho a exigir que se la entregue quien quiera sea el que la tenga en su poder. Tampoco desaparece la prenda porque el acreedor la haya entregado a un tercero que se obligue a devolverla. La solución es lógica, porque no por ello pierde la posesión el poseedor. El acreedor puede, por consiguiente, entregarla a un tercero para su guarda, su reparación, conservación, etc., sin que la momentánea privación de la tenencia le haga perder la posesión y la prenda.

Sin embargo, debe admitirse que si el acreedor pignoraticio entrega la cosa al propio deudor en carácter de depositario, pierde la posesión y la tenencia, porque en este caso resulta ya muy difícil admitir que el propietario que tiene la cosa en su poder, la detenta sólo en carácter de simple tenedor y no de poseedor; a lo que se agrega todavía que esta confusión podría servir cómodamente para perjudicar a terceros (ver nota 8). Sin embargo, se ha admitido que la esposa del deudor puede ser depositaria si éste y el acreedor han estado de acuerdo en confiarle la guarda de la cosa prendada (ver nota 9).

1112/1335

1335. PRENDA DE CRÉDITO.— Según lo hemos dicho, anteriormente los créditos documentados pueden darse en prenda; y en su caso también debe operarse la tradición. Sobre este punto establece el art. 3209 Ver Texto que si el objeto dado en prenda fuese un crédito o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato para que la prenda quede constituida debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor o a un tercero aunque él sea superior a la deuda.

El texto transcrito se refiere claramente a los créditos o acciones nominales, es decir, no negociables por endoso. Respecto de ellos exige dos requisitos para la constitución de la prenda: la entrega del título al acreedor y la notificación al deudor de que el crédito ha sido dado en prenda.

En cambio, el Código no ha aludido a los títulos o acciones endosadas o al portador, quedando librada la solución del problema al Código de Comercio.

Esos títulos o acciones endosables pueden ser dados en garantía mediante el endoso al acreedor prendario con la leyenda en garantía o sin ella (art. 585 Ver Texto , Cód. de Comercio) (ver nota 10).

1112/1336

1336.— Lo que debe entregarse es el título del crédito. Es decir, el instrumento público o privado en el cual se ha constituido el derecho. Tratándose de una escritura, va de suyo que lo que hay que entregar es el testimonio que el acreedor tiene en su poder.

En cuanto a la notificación al deudor del crédito, en los casos en que es necesaria, ella debe ser hecha en instrumento público para tener eficacia respecto de terceros (art. 1467 Ver Texto , in fine).

1112/1337

1337. PROPIEDAD DE LA COSA DADA EN PRENDA.— El principio general es que sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa (art. 3213 Ver Texto). Ello no significa, sin embargo, que la prenda de cosa ajena esté totalmente desprovista de valor. Se produce en este caso una situación que tiene analogía con la venta de cosa ajena; y las soluciones dadas por el Código, también guardan paralelismo. Vamos a considerar el problema en las relaciones con el verdadero propietario y en las relaciones entre acreedor y deudor.

1112/1338

1338.— a) Relaciones con el verdadero propietario.— El verdadero propietario es un tercero respecto del contrato de prenda, que naturalmente, le es inoponible. Pero hay que distinguir entre el contrato de prenda en sí mismo y la cosa dada en prenda. Respecto de ésta rige el principio liminar del art. 2412 Ver Texto , según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea a favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no fuera robada o perdida. En coincidencia con esa disposición del art. 3213 Ver Texto establece que el acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual éste no era propietario, puede si la cosa no fuere perdida o robada, negar su entrega al verdadero propietario.

En consecuencia, el verdadero propietario puede reivindicar en cualquier momento la cosa robada o perdida; pero si no se tratase de estos supuestos, si la cosa hubiese sido entregada voluntariamente por el propietario al deudor, quien a su vez la dio en prenda, entonces el propietario carece de acción de reivindicación y el acreedor puede resistirse a entregar la cosa.

Precisando estos conceptos diremos que para que el acreedor pueda negarse a entregar la cosa al verdadero propietario se requiere: 1) que se trate de un acreedor de buena fe (art. 3213 Ver Texto), es decir de una persona que ignoraba en el momento de constituirse la prenda que la cosa pertenecía a un tercero; 2) que la cosa no fuera robada o perdida (art. 3213 Ver Texto); 3) que la prenda haya sido regularmente constituida es decir, que se hayan cumplido los requisitos de haberse extendido el contrato en instrumento público o privado de fecha cierta.

1112/1339

1339.— Hemos dicho que si la cosa fuese robada o perdida, el propietario puede reivindicarla del acreedor prendario. Ahora bien: si la cosa robada o perdida ha sido comprada por el deudor en venta pública o a un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario puede reivindicarla de manos del acreedor pero debe pagarle lo que le hubiese costado al deudor (art. 3214 Ver Texto). El supuesto legal es el siguiente: A compra una cosa robada o perdida en venta pública o a persona que acostumbra vender cosas semejantes; luego la entrega en prenda a B; C, propietario de la cosa, puede reivindicarla, pero debe entregarle a B el precio que A pagó por ella. Es una solución paralela a la que establece el art. 2768 Ver Texto respecto del propietario reivindicante de una cosa comprada por su actual poseedor en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes.

La solución del art. 3214 Ver Texto es lógica: si conforme con el art. 2768 Ver Texto , el propietario que reivindica una cosa comprada en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes está obligado a restituir el precio pagado por la cosa, cuando ésta haya sido dada en prenda por quien la compró es natural que el pago deba ser hecho al acreedor prendario.

De esta manera la garantía constituida por la cosa, es sustituida por la garantía que significa el depósito de su precio. Es decir, se produce una subrogación real: el dinero viene a ocupar el lugar de la cosa dada en prenda y queda en este carácter en manos del acreedor.

1112/1340

1340. b) Relaciones entre las partes, supuesto de evicción.— Dispone el art. 3216 Ver Texto que la prenda de la cosa ajena aun cuando no afecte a la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes. La idea puede expresarse con mayor claridad diciendo que aun cuando el acreedor se vea obligado a devolver la cosa dada en prenda, el hecho de preñar la cosa ajena produce, sin embargo, obligaciones personales entre las partes. Esto queda claro en lo dispuesto por el art. 3215 Ver Texto : cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la creía del deudor y la restituye al dueño que la reclamara, podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor, y si el deudor no lo hiciera podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.

Probado que la cosa pertenecía a un tercero, el acreedor prendario puede restituirla al dueño que la reclamare aún sin necesidad de juicio; claro está que en este caso se expone a que el deudor probase que la cosa le pertenecía no obstante el título exhibido por el que se dice propietario. Y en ese caso, el acreedor que la devolvió es responsable ante el deudor que la

constituyó en prenda. Por ello es aconsejable que la devolución se haga con citación del deudor que la prendó.

Intentado el juicio de reivindicación por el tercero y supuesto que triunfe en él, el deudor es responsable por evicción de la cosa dada en prenda (art. 3205 Ver Texto). De allí que la ley le permita al acreedor exigirle la entrega de otra cosa de igual valor; y si no lo hiciere caducará el plazo pendiente para el pago y se podrá exigir de inmediato el cumplimiento de la obligación (art. 3215 Ver Texto).

1112/1341

1341.— Supongamos ahora que el acreedor cuyo crédito ha sido cancelado, se entere antes de restituir la cosa, que ésta pertenece a un tercero; es indudable que no puede negarse a restituir la cosa al deudor, pues no tendría título para conservarla en su poder (ver nota 11).

1112/1342

1342. c) Supuesto de condominio.— Todo lo dicho respecto de la cosa ajena es aplicable al supuesto de cosa parcialmente ajena (arg. art. 1331 Ver Texto). Sin embargo, es posible dar una cosa parcialmente ajena en prenda, si el condómino da su consentimiento. Ese consentimiento puede tener dos alcances: o bien el condómino acepta que toda la cosa garantice la deuda, en cuyo caso en la parte que a él le corresponde se reputará como prenda constituida por un tercero (véase nº 1323); o bien limita su consentimiento a una autorización para que el condómino deudor entregue la cosa en prenda, haciendo la salvedad de que la parte que le pertenece no garantiza la deuda. En este supuesto el acreedor pignoraticio o el tercero que tenga la cosa en su poder, tienen respecto del condómino no deudor la posición de un depositario; y así, están obligados, por ejemplo, a pagarle la parte de los frutos que le corresponde (ver nota 12).

1112/1343

1343. CARACTERES DEL DERECHO REAL DE PRENDA.— El derecho real de prenda tiene los siguientes caracteres:

a) Confiere al acreedor prendario la posesión de la cosa. No obstante que el Código es enfático en calificar el derecho del acreedor prendario como una posesión real (art. 3205 Ver Texto), la mayor parte de nuestros autores opina que no se trata de una verdadera posesión, sino de una simple tenencia (ver nota 13). Se parte de un prejuicio: que sólo el que posee a título de dueño es verdadero poseedor. Y sobre la base de ese prejuicio no se

vacila en prescindir de textos expresos del Código. Hemos dicho anteriormente que, como principio, es poseedor aquel que se comporta respecto de la cosa como lo haría el propietario; pero aunque ése es el paradigma de la posesión, no es el único caso y por razones diversas, la ley extiende la protección posesoria a otras personas que no pretenden ser dueños (usufructuario, usuario, habitador, acreedor anticresista). En nuestro caso, el legislador ha querido reafirmar el carácter posesorio del derecho de prenda, no sólo al calificarlo así, sino al otorgarle al acreedor prendario la facultad de percibir los frutos e intereses de la cosa dada en prenda (art. 3231 Ver Texto) e inclusive el derecho de reivindicar la cosa (arts. 3227 Ver Texto y 3890 Ver Texto); además, el atribuirle carácter de simple tenedor no se concilia con el derecho que se le reconoce de entregar la cosa a un tercero que se obligase a devolverla (art. 3208 Ver Texto), pues en esa hipótesis es obvio que el tenedor es el tercero.

Y, finalmente, hay que reconocer que la discusión sobre si el acreedor prendario es poseedor o simple tenedor es bastante ociosa; porque lo que interesa son los derechos del acreedor prendario y ellos están claramente establecidos en el Código.

El derecho que confiere la prenda se extiende a todos los accesorios de la cosa y a todos los aumentos de ella, aunque su propiedad corresponda al propietario (art. 3232 Ver Texto). Ya veremos, sin embargo, que el acreedor tiene derecho a percibir los frutos e intereses de la cosa (véase nº 1348).

Pero si bien la ley reconoce al acreedor este derecho a percibir los frutos, en cambio, no puede servirse de la cosa que ha recibido en prenda, sin consentimiento del deudor (art. 3226 Ver Texto). Vale decir, carece del uso y goce de la cosa, lo que es natural, porque él ha recibido la cosa sólo como garantía del pago de una suma de dinero y no para servirse de ella. Contrariaría los fines de la institución, que el acreedor utilizara la cosa extrayendo de la prenda una ventaja que nada justifica y muy probablemente en desmedro de los intereses del deudor, ya que por lo común, el uso de la cosa disminuye o puede disminuir su valor.

Sin embargo, nada obsta a que el deudor, en el contrato de prenda preste su consentimiento a que el acreedor use de la cosa (art. 3226 Ver Texto); solución lógica, puesto que en la prohibición legal no media ningún interés de orden público y, por tanto, es conveniente que las partes puedan reglar sus relaciones como mejor convenga a sus intereses.

Y si contrariando el principio de que el acreedor no puede servirse de la cosa, lo hiciere, ejerciendo en ella derechos que no le correspondían, el deudor puede pedir que la cosa se ponga en secuestro (art. 3230 Ver Texto). En este caso, lo que corresponde es el nombramiento de un tercero encargado del depósito de la cosa dada en prenda.

Bien entendido que esta solución se aplica no solamente al caso de que el acreedor pignoraticio use la cosa sin tener derecho a hacerlo, sino también para el supuesto de que habiendo sido autorizado a usarla, abusa de la autorización que le ha sido conferida (ver nota 14).

Cabe, sin embargo, hacer una salvedad: que el uso fuera necesario para la conservación de la cosa, en cuyo caso corresponde interpretar el contrato de prenda en el sentido que ha habido tácito consentimiento por parte del deudor para dicho uso (ver nota 15).

Sin perjuicio del derecho de pedir el secuestro de la, cosa indebidamente usada, pensamos que el deudor puede pedir que se tase el beneficio económico obtenido por el acreedor con el uso y se impute al pago parcial o total de la deuda (ver nota 16).

1112/1344

1344.— b) Es un derecho accesorio, puesto que se constituye en garantía de una obligación.

1112/1345

1345.— c) Es especial, puesto que tanto el crédito como la cosa dada en prenda deben determinarse con precisión (art. 3217 Ver Texto).

1112/1346

1346. d) Es indivisible.— Este principio está expresamente sentado en el art. 3233 Ver Texto según el cual la prenda es indivisible, no obstante la división de la deuda. Los efectos de este principio se reflejan no sólo en las relaciones entre las partes mismas, sino también en relación a sus herederos.

1) Entre las partes, el principio de la indivisibilidad conduce a la solución establecida en el art. 3235 Ver Texto : cuando, muchas cosas han sido dadas en prenda, no se puede retirar una sin pagar el total de la obligación. Vale decir, el total de la prenda continúa garantizando lo que queda impago, de la deuda. De igual modo, si una o varias cosas han sido dadas en prenda de diversos créditos del mismo acreedor, el pago de uno de ellos no permite al deudor reclamar la devolución de una parte de ellas, porque la totalidad sigue afectada a la garantía del resto de los créditos (ver nota 17).

2) Cuando el deudor muere la obligación se divide automáticamente entre todos los herederos; puede ocurrir entonces que uno de ellos pague íntegramente su porción. Sin embargo, no puede demandar la devolución de su porción en la prenda mientras la deuda no haya sido íntegramente pagada (art. 3233 Ver Texto).

3) Si el fallecido es el acreedor, la solución de la ley guarda paralelismo con la anterior y congruencia con el principio de la indivisibilidad: el heredero del acreedor que ha recibido su porción de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pasados (art. 3233 Ver Texto).

4) Si la prenda se ha constituido en garantía de una obligación solidaria o indivisible con pluralidad de acreedores, y en el contrato de prenda ha intervenido uno solo de los acreedores, la garantía se extiende automáticamente a los restantes y puede ser invocada por cualquiera de ellos (ver nota 18).

1112/1347

1347.— La indivisibilidad no es de la esencia de la prenda y, por lo tanto, nada obsta a que sea excluida por cláusula expresa del contrato, estableciéndose que el pago parcial da al deudor el derecho a reclamar una parte de la prenda (ver nota 19), siempre, claro está, que ésta sea divisible.

(nota 1) DE acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2576; MACHADO, t. 8, p. 187, en nota; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 131.

(nota 2) En este sentido, PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 87; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 129, autor que, sin embargo, admite que si la tradición simbólica hubiera estado rodeada de apariencia y notoriedad, puede admitirse la constitución de la prenda.

(nota 3) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2577; LAFAILLE, t. 3, nº 1813; MACHADO, t. 8, ps. 187 y sigs.

(nota 4) PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 101.

(nota 5) RUBINO, Il pegno, nº 10.

(nota 6) RUBINO, *Il pegno*, n° 10.

(nota 7) Para el derecho italiano, RUBINO sostiene que la obligación pesa sobre acreedor y deudor solidariamente: *Il pegno*, n° 31.

(nota 8) En este sentido, SALVAT, t. 3, n° 2585; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 88.

(nota 9) C. Com. Cap., 16/11/1944, L.L., t. 37, p. 11 y J.A., 1944-IV, p. 71.

(nota 10) La Cámara Comercial de la Capital ha declarado que aunque en el endoso de los pagarés dados en prenda no se haya establecido que eran en garantía, tal requisito sólo actúa como presunción *iuris tantum* y, en su defecto, ha podido ser suplido por el reconocimiento en juicio de que los documentos se entregaron en prenda: 5/9/1939, J.A., t. 68, p. 16.

(nota 11) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2606; MACHADO, t. 8, ps. 200 y 204.

(nota 12) RUBINO, *Il pegno*, n° 20.

(nota 13) SALVAT, t. 3, n° 2629; FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, n° 124. Sobre la naturaleza compleja y difícil de definir de la posesión que corresponde al acreedor prendario, véase LAFAILLE, t. 3, n° 1825 y, particularmente, RUBINO, *Il pegno*, n° 48.

(nota 14) SALVAT, t. 3, n° 2229; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, n° 96.

(nota 15) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2629, nota 143 A, quien cita en su apoyo el art. 2792 del Código Civil italiano.

(nota 16) Es la solución del Código Civil italiano, art. 2792.

(nota 17) RUBINO, *Il pegno*, n° 9.

(nota 18) RUBINO, *Il pegno*, n° 16.

(nota 19) RUBINO, Il pegno, n° 15; PLANIOL y RIPERT, t. 12, n° 113; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, n° 103.

1112/10920

§ 4. Efectos

1112/10930

A.— DERECHOS DEL ACREEDOR

1112/10940

1.— Frutos e intereses

1112/1348

1348. PERCEPCIÓN POR EL ACREEDOR.— Establece el art. 3231 Ver Texto que si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor los percibe de cuenta del deudor y los imputará a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no se debieren.

Se trata de una disposición de la mayor importancia, que permite al acreedor ir cobrándose la deuda que ya sea por capital o por intereses, tenga con él el deudor.

El acreedor tiene derecho a guardar o conservar los frutos, o bien a venderlos, trátase o no de cosas perecederas (ver nota 1). El derecho a la venta surge claramente de la facultad que concede el art. 3231 Ver Texto al acreedor de imputar los frutos a los intereses o al capital de la deuda, porque si no los vendiere, no hay imputación posible. Desde luego, también tiene el acreedor el derecho a conservar los frutos en su poder y aun devolverlos al deudor (ver nota 2). Pero si se trata de frutos perecederos deberá devolverlos al deudor o venderlos, pues si por conservarlos indebidamente se perdieran en su poder, es responsable ante el deudor.

1112/1349

1349.— Si la cosa prendada produjera intereses, el acreedor tiene derecho a percibirlos por cuenta del deudor y debe imputarlos a los intereses de la deuda si se debieren o al capital si no se debieren (art. 3231 Ver Texto). Esto significa no solamente el derecho del acreedor a aceptar el pago que le ofrece el deudor del crédito pignorado, sino también el de exigir judicialmente el pago de los intereses (ver nota 3).

1112/1350

1350.— Tratándose de títulos, el acreedor no tiene derecho a los premios que por sorteo puedan corresponderle ni en general, a ninguna utilidad aleatoria (ver nota 4). Es justo que así sea, pues al recibir el título como garantía es obvio que el acreedor ha tenido en mira su valor normal y no el que resulta de un evento aleatorio e improbable.

1112/1351

1351.— Si la cosa se encuentra en poder de un tercero, éste debe permitir al acreedor la percepción de los frutos pero si el acreedor no lo hiciera, debe percibirlos el tercero y entregarlos al acreedor (ver nota 5).

1112/10950

2.— Derecho de retención

1112/1352

1352.— NATURALEZA PECULIAR.— Dispone el art. 3229 Ver Texto que el deudor no puede reclamar la devolución de la prenda mientras no pague la deuda, los intereses y las expensas hechas. Lo que significa que el acreedor puede retener la cosa hasta ser desinteresado. Este derecho de retención tiene una naturaleza peculiar, distinta de la que es propia del derecho de retención típico legislado en los artículos 3939 Ver Texto y siguientes. En su forma típica, no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida y hagan la venta judicial de ella, pero el retentor mantiene la tenencia de la cosa hasta ser pagado de su deuda. Así se desprende claramente del art. 3942 Ver Texto , según el cual el adjudicatario de la cosa vendida para obtener los objetos comprados debe entregar el precio

al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor. Distinta es la solución en el caso del derecho de retención que se reconoce al acreedor prendario. El art. 3234 Ver Texto dispone que el derecho de retención que da la prenda (ver nota 6) no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedor se limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa.

En otras palabras, en el supuesto de ejercicio del derecho de retención común, mientras el retenedor no ha sido pagado no puede ser obligado a entregar la cosa; en el caso del acreedor prendario, su derecho se limita a ejecutar su privilegio sobre el precio de la cosa, pero no puede impedir que ésta le sea embargada y entregada al comprador.

1112/1353

1353.— El derecho de retención se mantiene mientras el deudor no pague la deuda, los intereses y las expensas (art. 3229 Ver Texto), vale decir, hasta que esté íntegramente satisfecho el crédito.

Por expensas no sólo debe entenderse los gastos de conservación de la cosa (ver nota 7), sino también los realizados para el cobro judicial del crédito (ver nota 8).

1112/1354

1354.— El derecho de retención y el privilegio nacido de la prenda se extienden a todos los accesorios de la cosa (art. 3232 Ver Texto), es decir, a los aumentos, frutos e intereses.

1112/1355

1355. ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN.— Establece el art. 3227 Ver Texto que si el acreedor pierde la tenencia de la cosa, puede recobrarla en cualquier poder que se halle sin exceptuar al deudor.

Debemos advertir, ante todo, que esta acción sólo la tiene el acreedor que pierde involuntariamente la tenencia de la cosa, como sucedería en caso de extravío o robo. En cambio, la devolución voluntaria que el acreedor hiciere de la cosa dada en prenda, causa la pérdida del derecho de prenda, aunque la obligación continúe vigente (art. 886 Ver Texto).

Anotemos que el art. 3890 Ver Texto califica como reivindicatoria esta acción aunque estrictamente la reivindicación nace solamente del derecho de propiedad; pero al calificarla así la ley, ha querido significar que esta acción está regida por los mismos principios de la reivindicación de cosas muebles robadas o perdidas. Por consiguiente, si el acreedor pignoraticio la reivindica de un adquirente de buena fe que compró la cosa robada o perdida en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes, deberá reembolsar al comprador el precio que por ella hubiere pagado (art. 2768 Ver Texto) (ver nota 9).

El art. 3890 Ver Texto fija a esta acción un término de prescripción de tres años.

1112/10960

3.— Derecho de venta

1112/1356

1356. CARÁCTER ESENCIAL DE ESTE DERECHO.— El derecho que tiene el acreedor hipotecario cuyo crédito no ha sido satisfecho en debido tiempo de hacer vender la cosa para pagarse con su precio, es de la esencia de la prenda. En efecto, ésta se constituye precisamente como garantía de que el acreedor será pagado oportunamente. Y la forma de hacerse efectiva esa garantía es promoviendo la venta y pagándose del precio obtenido. Por ello, el art. 3222 Ver Texto establece que es aulica la cláusula que prive al acreedor de solicitar la venta de la cosa. Una cláusula tal desnaturalizaría el derecho de prenda.

1112/1357

1357. FORMA DE LA VENTA.— La venta debe realizarse en remate público a pedido del acreedor y con citación del deudor (art. 3224 Ver Texto); sólo en caso de que el valor de la prenda no pase de doscientos pesos, puede el juez ordenar la venta privada de ella (art. 3224 Ver Texto). El límite fijado por la ley referido a pesos moneda nacional es hoy tan insignificante, que la venta privada de la prenda ha quedado prácticamente excluida.

El art. 3224 Ver Texto dice que la venta debe realizarse con citación del deudor. En verdad, lo necesario es seguir el juicio, generalmente ejecutivo, contra el deudor para obtener la sentencia de trance y remate y la consiguiente venta judicial de la prenda.

Nada se opone a que el acreedor pueda él mismo adquirir la prenda en el remate público (art. 3224 Ver Texto , in fine).

1112/1358

1358. ADJUDICACIÓN DE LA COSA POR EL ACREEDOR, CONDICIONES DE VALIDEZ.— ¿Puede el acreedor prendario adjudicarse la prenda en pago de su crédito? Ante todo, es necesario sentar el principio de que toda cláusula del contrato de prenda que autorice al acreedor a apropiarse de ella en pago de la obligación es nula, aunque la prenda sea de menor valor que la deuda (art. 3222 Ver Texto). El Código ha sancionado así de una manera expresa un principio que viene ya del Derecho Romano y que se funda en la necesidad de evitar que el deudor, apremiado por sus necesidades, acceda a una estipulación que llegado el momento del vencimiento de la deuda, le será ruinosa. En otras palabras, es una forma de combatir la usura. Tales convenciones son nulas, hayan sido contenidas en el contrato originario o en una convención posterior pero anterior al vencimiento de la obligación (ver nota 10).

En cambio, es lícito que se convenga, ya sea al constituirse la prenda o posteriormente, que la cosa prendada le pertenecerá al acreedor por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda (art. 3223 Ver Texto). En este caso, el deudor está garantizado contra el abuso del acreedor por la exigencia de que el valor de la prenda debe estimarse al tiempo del vencimiento de la deuda. La ley no ha establecido formas rituales para practicar la estimación. Por consiguiente, es válida inclusive la estimación privada (ver nota 11).

Pero cabe preguntarse si basta la estimación hecha de común acuerdo por las partes o es necesario que la practique un experto. Para comprender el sistema de nuestro Código, es preciso tener presente que el art. 3223 Ver Texto tiene como fuente (aunque no lo recuerda la nota) el art. 2078 del Código Civil francés, texto que habla de la estimación hecha por expertos. El texto del Código Civil argentino ha omitido referirse expresamente a ellos; pero parece evidente que si lo que la ley ha querido es asegurar al deudor una estimación seria, ésta debe ser hecha por expertos. Ello significa que la sola estimación practicada por las partes no cubre las exigencias del art. 3223 Ver Texto ; y que la intervención de peritos es una condición inexcusable de la validez del convenio de adjudicación de la prenda. Naturalmente, si las partes no se ponen de acuerdo en la designación del experto, ella tendrá que ser hecha judicialmente.

Sólo debe exceptuarse a nuestro criterio, el supuesto de que la cosa tenga un valor de mercado en cuyo caso la pericia sería inútilmente gravosa (ver nota 12).

1112/1359

1359.— En nuestra doctrina se admite generalmente que una vez vencida la obligación, deja de jugar la prohibición legal de que el acreedor se apropie de la cosa y que nada se opone a que ella sea dada en pago por el deudor al acreedor; igualmente, se admite que vencido el plazo pueda el acreedor ser autorizado por el deudor a vender la cosa a un tercero por un precio determinado o sin observar las formas legales (ver nota 13).

Por nuestra parte, pensamos que en todos estos casos es indispensable para la validez de la dación en pago o venta a un tercero, que ella se haga previa estimación del valor de la cosa, pues de lo contrario se podría burlar fácilmente el fin moralizador del art. 3223 Ver Texto ; a menos que la cosa tenga un precio de mercado, en cuyo caso, ya lo hemos dicho, la estimación es innecesaria.

1112/1360

1360. VENTA ANTICIPADA.— Supongamos que la cosa dada en prenda esté sufriendo un proceso de deterioro que haga temer su pérdida total o parcial en medida tal que amenace afectar la garantía del crédito. Aunque nuestra ley no ha previsto el punto, parece indudable el derecho del acreedor a pedir la venta anticipada, es decir, aún antes del vencimiento de la obligación (ver nota 14). Pero no por ello el acreedor podría cobrar anticipadamente; la prenda se transfiere de la cosa al precio obtenido en la venta (ver nota 15). Creemos, empero, que el propietario deudor podría impedir la venta ofreciendo en sustitución de la cosa que se está deteriorando otra de igual valor, con lo cual el interés del acreedor queda plenamente garantizado.

1112/1361

1361. CRÉDITOS.— El art. 3224 Ver Texto , que autoriza a pedir la venta de la cosa en remate público con citación del deudor, es sólo aplicable a las cosas en sentido propio, pero no a los créditos prendados. Respecto de ellos, el derecho del acreedor se limita a cobrar el crédito que recibe en prenda; aunque este derecho no ha sido previsto expresamente en materia de prenda, surge obviamente de la acción oblicua que confiere a los acreedores el art. 1196 Ver Texto (ver nota 16).

Pueden darse dos hipótesis: que el crédito asegurado con prenda no haya todavía vencido al hacerse exigible el crédito prendado o que haya vencido. Ejemplo del primer supuesto: Juan tiene obligación de pagarle \$ 100.000 a Pedro el 1º de enero de 1993; en garantía del pago de esa obligación le da en prenda un documento contra Diego, que vence el 30 de octubre de 1992. En este caso el acreedor pignoraticio tiene dos derechos: 1) a recibir el pago del crédito prendado y a retenerlo en su poder, produciéndose entonces una subrogación real: la prenda sobre el crédito se transfiere a la suma de dinero u otra cosa pagada por el deudor

(en nuestro ejemplo, Diego) (ver nota 17); 2) a demandar el pago si el deudor del crédito prendado (en nuestro ejemplo, Diego) fuere moroso (ver nota 18).

Veamos ahora la segunda hipótesis: Juan tiene obligación de pagarle \$ 100.000 a Pedro el 1º de enero de 1993 y en garantía del pago le prenda un crédito contra Diego que vence el 28 de febrero de 1993. Aquí la posición del acreedor prendario es todavía más fuerte: no sólo está fuera de discusión posible su derecho a demandar a Diego por el pago del crédito, sino también el de recibir el pago de dicho crédito, si éste consistiera en una suma de dinero, puede pagarse íntegramente sus acreencias, debiendo entregar el saldo a su deudor (en nuestro ejemplo, Juan); si se trata de otra cosa mueble, la prenda queda automáticamente transferida del crédito a la cosa pagada por Diego; cosa que Pedro hace vender conforme a los procedimientos ordinarios, si Juan no le paga su deuda (ver nota 19).

Se ha declarado que la ejecución de un crédito prendario es un derecho pero no una obligación del acreedor que lo ha recibido en prenda (ver nota 20).

En cuanto a los papeles de comercio dados en prenda, es cuestión regulada en el Código de la materia, de lo cual nos ocuparemos brevemente en el párrafo que sigue.

1112/1362

1362. PRENDA COMERCIAL.— Por su estrecha vinculación con la prenda civil, haremos una breve referencia a las disposiciones legales establecidas en el Código de Comercio.

El art. 585 Ver Texto dispone que en defecto de pago al vencimiento y cuando no se hubiese pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda en remate, debidamente anunciado con diez días de anticipación. Como puede apreciarse el Código de Comercio no contiene una prohibición tan expresa como el Civil de las cláusulas que autorizan al acreedor a apropiarse de la prenda; sin embargo, es doctrina unánime que esta disposición es aplicable también en materia comercial en razón del carácter supletorio de las normas del derecho civil (ver nota 21).

Una diferencia esencial con el sistema del Código Civil es que éste requiere la venta judicial de la cosa, lo que no es exigido por el Código de Comercio que sólo dispone el remate público y el anuncio con diez días de anticipación.

Agrega el art. 585 Ver Texto que si la prenda consistiese en títulos de renta, acciones de compañía u otros papeles de comercio negociables en las bolsas o mercados públicos, podrá

hacerse la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento.

A su vez, el art. 587 Ver Texto establece que el acreedor prendario está facultado para cobrar el principal y réditos del título o papel de crédito que se le hubiese dado en prenda, sin que se le puedan exigir poderes generales y especiales del deudor.

1112/10970

4.— Derecho de preferencia

1112/1363

1363. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL.— En el sistema del Código Civil, tal como lo redactó VÉLEZ SANSFIELD, el problema del rango de preferencia que tenía el acreedor pignoraticio era simple, porque esa preferencia tenía una sola fuente: la prenda. Pero la cuestión se ha complicado singularmente después de la sanción de las leyes 17711 y 19551 , porque ellas confieren también una preferencia al retentor. Y como el acreedor prendario es al mismo tiempo retentor, se produce un doble orden de preferencias que hay que analizar según que el deudor haya caído o no en concurso o quiebra. Si no ha caído en concurso, el orden de preferencia está regido por el Código Civil; si, en cambio, se ha concursado civil o comercialmente, está regido por la ley 19551 . Nos ocuparemos, en primer lugar del problema en el Código Civil, tal como ha quedado después de la modificación introducida por la ley 17711 .

1112/1364

1364.— En cuanto al acreedor pignoraticio, el crédito tiene un privilegio especial que sólo es pospuesto por los gastos de justicia y los gastos de venta judicial o extrajudicial hechos en interés del acreedor prendario (arts. 3900 Ver Texto y 3913 Ver Texto); por los gastos de conservación que han precedido a la constitución de la prenda, si el acreedor prendario tenía conocimiento del crédito del conservador (art. 3902 Ver Texto); por el precio debido al vendedor de la cosa mueble, si el acreedor pignoraticio al tiempo de la constitución de la prenda, tenía conocimiento de la existencia de esa deuda (art. 3907 Ver Texto); y finalmente, por los gastos funerarios y de última enfermedad (art. 3913 Ver Texto). Con excepción de estos gastos, el crédito del acreedor pignoraticio tiene preferencia sobre todos los restantes privilegios generales o especiales.

1112/1365

1365.— En el Código Civil el derecho de retención no daba lugar a un privilegio sino que simplemente permitía al retentor mantener la cosa en su poder hasta tanto fuera desinteresado su crédito. Pero luego de la sanción de la ley 17711 , aunque en rigor el derecho de retención no importa un privilegio, en la práctica funciona como tal. En efecto, se ha agregado al art. 3946 Ver Texto un párrafo que dice: el derecho de retención prevalece sobre los privilegios especiales, inclusive el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse desde antes de nacer los créditos privilegiados. El derecho de retención o la garantía otorgada en sustitución subsiste en caso de concurso o quiebra.

Cabe preguntarse, por consiguiente, si en cuanto retentor, la preferencia del acreedor prendario prevalece sobre todos los créditos que según los arts. 3900 Ver Texto , 3902 Ver Texto , 3907 Ver Texto y 3913 Ver Texto lo postergan. Por nuestra parte, pensamos que el art. 3946 Ver Texto no hace otra cosa que establecer un principio general relativo al derecho de retención, que en el caso del acreedor pignoraticio cede ante las disposiciones especiales contenidas en los artículos antes mencionados. En otras palabras, pensamos que dichos artículos no pueden considerarse derogadas por el art. 3946 Ver Texto (ref. por ley 17711). Para sostener esta solución, nos fundamos en un doble orden de consideraciones: ante todo, es preciso tener en cuenta que sólo en el caso de que las normas introducidas por la ley 17711 sean totalmente inconciliables con las disposiciones no derogadas del Código Civil, deben éstas reputarse derogadas implícitamente, y en nuestro caso no son inconciliables, además, la justicia de que el acreedor pignoraticio sea preferido por los acreedores a que se refieren los artículos del Código Civil antes citados es evidente, de modo que en la duda, hay que estar por la solución que mejor satisfaga la justicia.

1112/1366

1366. EL PROBLEMA EN LA LEY DE QUIEBRAS Y DE CONTRATO DE TRABAJO.— En el art. 265 Ver Texto , ley 19551, el privilegio del acreedor prendario ocupa el séptimo rango entre los especiales, siendo postergado entre otros, por el privilegio del trabajador, que ocupa el cuarto. Esto cambia en la ley 20744 : el de los trabajadores tiene preferencia sobre cualquier otro, con excepción del crédito del retenedor y del acreedor prendario. Hay que añadir que es postergado también por los gastos de justicia. De donde resulta esta situación: si en el concurso no hay créditos laborales, se observa el orden del art. 265 Ver Texto , ley 19551: el crédito del acreedor prendario ocupa el séptimo rango entre los créditos que gozan de privilegio especial. Si hay créditos laborales, se observa el siguiente rango: 1) gastos de justicia y de conservación de la cosa; 2) crédito del retenedor y del acreedor prendario; 3) créditos laborales; 4) luego los restantes privilegios en el orden establecido por el art. 265 Ver Texto , ley 19551.

Para mayores desarrollos de este tema véase Tratado de Obligaciones, 4ª ed., t. 1, n° 356-XV.

1112/1367

1367. GARANTÍA DE VARIOS CRÉDITOS CON UNA SOLA COSA.— Puede ocurrir que una sola cosa garantice varios créditos de distintos acreedores. En tal caso la preferencia seguirá el orden en que cada prenda se ha constituido (art. 3210 Ver Texto), o sea la fecha en que los contratos se han celebrado. Si se hubieran constituido en el mismo acto, no habrá preferencia y el pago deberá efectuarse a prorrata de cada crédito (ver nota 22).

La misma solución se aplica al caso de que la cosa garantice varios créditos del mismo acreedor. Ordinariamente esta cuestión carecerá de interés, pues el acreedor siempre es el mismo; pero cobra importancia cuando el acreedor original cede uno de sus créditos a un tercero. Este crédito tendrá entonces el rango que resulte de su fecha.

1112/10980

B.— OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

1112/1368

1368. ENUMERACIÓN.— El acreedor prendario tiene las siguientes obligaciones:

a) Custodia de la cosa.— Como todo retenedor, el acreedor prendario tiene obligación de cuidar la cosa con diligencia y es responsable de toda pérdida o deterioro debido a su culpa o negligencia (art. 3225 Ver Texto); y, naturalmente, ocurrido el deterioro o la pérdida de la cosa por culpa o negligencia del acreedor, éste debe al deudor la indemnización correspondiente (art. 3225 Ver Texto). El monto de la indemnización se compensará con la deuda, en la medida que lo permitan los valores de una y otra (ver nota 23).

b) Pero el acreedor no está obligado a mejorar la cosa, ni a evitar los deterioros que sean una consecuencia de la naturaleza misma de ella. Vale decir, está obligado a preservar la cosa de los daños que puedan ocasionarle los agentes exteriores, pero no los interiores de la cosa (ver nota 24). Respecto de los créditos, la obligación de custodia incluye la adopción de las medidas tendientes a evitar que el crédito se perjudique; por ejemplo, está obligado a

protestar un pagaré o una letra a su vencimiento (ver nota 25), pero no a demandar su cobro (ver nota 26).

En cuanto a los actos conservatorios que pueda también cumplir el deudor no obstante hallarse la cosa en poder del acreedor, éste debe considerarse facultado, pero no obligado a hacerlos (ver nota 27).

La obligación de custodia existe aun en el caso de que la cosa se haya entregado en cumplimiento de un contrato nulo (ver nota 28), pues surge no de la prenda sino de la entrega y aceptación en custodia de una cosa ajena.

1112/1369

1369. b) Uso de la cosa.— El acreedor debe abstenerse de usar y gozar de la cosa, salvo que medie el consentimiento del deudor (art. 3226 Ver Texto). Si como consecuencia del uso indebido, la cosa se ha deteriorado o destruido, debe indemnizar al deudor aun cuando el daño se produzca por caso fortuito, si éste no la hubiere dañado de no encontrarse en uso (ver nota 29).

1112/1370

1370. c) Devolución de la cosa.— Pagada la deuda, el acreedor está obligado a restituir la cosa con todos los accesorios y aumentos (art. 3238 Ver Texto). Entre los aumentos están naturalmente los frutos de la cosa que hubiera conservado en especie; y si el acreedor hubiera recibido sumas en concepto de intereses o venta de frutos, está obligado a rendir cuentas (ver nota 30).

1112/10990

C.— DERECHOS DEL DEUDOR

1112/1371

1371. ENUMERACIÓN.— Los derechos del deudor que ha constituido la prenda son los siguientes:

a) Facultades inherentes al derecho de propiedad.— El deudor que pignora una cosa conserva el derecho de propiedad y todas las atribuciones inherentes a él, con la sola limitación que surge de la entrega de la posesión al acreedor. En consecuencia, podrá vender la cosa, pero no transferir la propiedad ya que le será imposible hacer la tradición de la cosa al comprador mientras ésta permanezca en poder del acreedor prendario, puede también constituir una nueva prenda sobre la misma cosa pero sólo en el caso de que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero la posesión de la cosa empeñada o que ésta sea puesta en manos de un tercero por cuenta común (art. 3210 Ver Texto). El primer caso previsto en esta norma, es decir, que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero la posesión de la cosa, es poco menos que inconcebible en la práctica, porque será muy difícil que el primer acreedor que ha recibido la posesión de la cosa se avenga a compartirla con otro posterior. En cambio, es más probable la constitución de la segunda prenda cuando la cosa ha sido entregada a un tercero. En esa hipótesis el derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido (art. 3210 Ver Texto).

Tampoco se ve inconveniente en que el propietario constituya sobre la cosa un derecho de usufructo en favor de un tercero (ver nota 31), pero tal derecho evidentemente no podrá hacerse efectivo mientras el acreedor prendario conserve la cosa en su poder. Es decir, no se tratará de la constitución actual de un usufructo (pues falta la tradición), sino de una promesa de usufructo.

1112/1372

1372. b) Secuestro de la cosa.— El art. 3230 Ver Texto dispone que si el acreedor abusare de la prenda ejerciendo en ella derechos que no eran propios, el deudor puede pedir que la cosa se ponga en secuestro. La atribución se da en caso de abuso; así ocurriría, por ejemplo, si el acreedor se sirve de la cosa que ha recibido en prenda sin consentimiento del deudor (art. 3226 Ver Texto), o si habiendo sido autorizado a usarla, le da un uso abusivo y perjudicial; o si es negligente en su obligación de cuidado de la cosa. En este último caso, pensamos que el derecho al secuestro no sólo lo tiene el deudor propietario cuando como consecuencia de esa negligencia se haya producido un deterioro de la cosa, sino también en el supuesto de que por evidente descuido, haya peligro de que la cosa se deteriore o pierda.

1112/1373

1373. c) Indemnización por uso indebido.— Hemos dicho ya que el acreedor prendario no tiene derecho a servirse de la cosa ni a usarla (véase nº 1343). Y si lo hiciera, independientemente del secuestro de la cosa, el deudor tiene derecho a pedir que se tase el valor del uso indebido y se lo impute al pago parcial o total de la deuda. También tiene

derecho a que se lo indemnice por los deterioros o la destrucción de la cosa originados por uso indebido.

1112/1374

1374. d) Restitución de la cosa.— Extinguido el derecho de prenda por el pago de la deuda, el deudor tiene derecho a exigir al acreedor la restitución de la cosa empeñada con todos sus accesorios (art. 3238 Ver Texto).

1112/1375

1375. VENTA DE LA COSA.— En el caso de la venta de la cosa, si hubiera resultado un excedente después de cubierto el crédito garantizado, ese excedente corresponde al propietario.

1112/11000

D.— OBLIGACIONES DEL DEUDOR

1112/1376

1376. ENUMERACIÓN.— Al hablar de las obligaciones del deudor no nos referimos a las que surgen de la obligación principal, sino a las que derivan de la constitución del derecho real de prenda. Esas obligaciones son:

a) Cuando el acreedor se ha visto precisado a devolver la prenda a su verdadero dueño, puede exigir que se le entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo, hiciere, se hace pasible de que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación aunque haya todavía plazo pendiente (art. 3215 Ver Texto).

Es congruente con esta solución la obligación de evicción que tiene el dueño de la cosa dada en prenda (art. 3205 Ver Texto).

b) El deudor está obligado a pagar al acreedor todas las expensas necesarias que hubiera hecho para la conservación de la cosa, aunque ésta pereciere después; le debe asimismo los

gastos útiles o las mejoras hechas en la cosa siempre que le hubiesen dado un mayor valor (art. 3228 Ver Texto).

c) Finalmente, está obligado a responder por los perjuicios que los vicios de la cosa, sin culpa del acreedor prendario, le hayan ocasionado a éste (art. 1113 Ver Texto) (ver nota 32).

1112/11010

§ 5. Prenda tácita

1112/1377

1377. CONCEPTO.— Supongamos una prenda constituida entre dos personas, en garantía del cumplimiento de una obligación. Luego el deudor contrae una segunda obligación respecto del mismo acreedor; cuando esta segunda obligación es de vencimiento anterior al momento de haberse pagado la primera obligación, se produce lo que se llama la prenda tácita: la ley reputa que la cosa dada en prenda garantiza también el pago de la segunda obligación.

Esta institución, de viejo origen, ha sido consagrada por el art. 3218 Ver Texto que establece: si existiere, por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente que viniese a ser exigible antes del pago de la primera, el acreedor no está obligado a devolver la prenda antes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulación de afectar la cosa al pago de la segunda.

1112/1378

1378.— Para que se dé el supuesto de prenda tácita es necesario:

a) Que la segunda obligación haya sido contratada posteriormente a la garantizada por la prenda y tenga una fecha de vencimiento anterior al pago de la primera. Destacamos, que nuestra ley habla precisamente del pago de la primera; lo que interesa, por consiguiente, no es la fecha de vencimiento de la primera obligación, sino el momento en que la deuda se ha pagado; de tal manera que si vencida la obligación demorase en pagarla el deudor y en ese tiempo venciese la obligación contraída en segundo término, ésta queda amparada por la

prenda tácita, no obstante ser su fecha de vencimiento posterior a la fecha del vencimiento de la primera obligación (ver nota 33).

b) La segunda condición de la existencia de la prenda tácita es que la segunda obligación haya sido contraída originariamente por el mismo deudor respecto del mismo acreedor; de tal modo que si el acreedor viniese a tener un nuevo crédito contra el deudor que le entregó la prenda, por haber recibido el nuevo crédito de un tercero por cesión, subrogación o sucesión, la prenda tácita no tiene lugar (art. 3219 Ver Texto).

Esta solución se basa en el fundamento tradicional de la prenda tácita: la ley presume que cuando una persona que tiene en su poder una cosa, concede otro crédito al mismo deudor que constituyó la prenda, entiende estar amparada por la misma garantía que significa la tenencia, de la cosa. Naturalmente esta presunción no puede tener lugar cuando la segunda obligación no ha sido originariamente contraída por el mismo deudor respecto del mismo acreedor.

Por razones semejantes la prenda tácita no tiene lugar cuando ha sido constituida por un tercero (art. 3221 Ver Texto). Sería totalmente injusto que el tercero que no fue parte en esta nueva obligación, tenga, sin embargo, que responder por ella con el valor de la cosa.

1112/1379

1379. EFECTOS.— Al hablar de la prenda hemos puesto de manifiesto que el acreedor pignoraticio tiene dos derechos esenciales: el de retención y el de preferencia. Pero respecto a la prenda tácita el art. 3220 Ver Texto establece el derecho del acreedor sobre la prenda por la segunda deuda está limitado al derecho de retención, pero no tiene por ello los privilegios del acreedor pignoraticio al cual se le constituya expresamente la cosa en prenda. Vale decir, en este caso el Código le niega el derecho de preferencia propio del acreedor pignoraticio. En otras palabras, la prenda tácita estaba colocada en un plano inferior en lo que se refiere a los derechos que concede al acreedor, al de la prenda expresa.

Pero esta solución dada por el Código Civil ha quedado alterada por las reformas, introducidas por la ley 17711 , de reformas al Código Civil, y la ley 19551 , de concursos civiles y comerciales. Ambas leyes le confieren al derecho de retención un verdadero privilegio, y lo que es más notable, un privilegio superior al que es propio del acreedor pignoraticio (véase sobre este punto nº 1363 y sig.). Pero como no es concebible que la prenda tácita tenga un efecto más favorable y amplio que la prenda expresa, forzoso será concluir que en el estado actual de nuestra legislación, ambas tienen el mismo privilegio.

1112/11020

§ 6. Extinción de la prenda

1112/1380

1380. EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA.— La extinción de la obligación principal extingue la prenda que se ha constituido en garantía de aquélla (art. 3236 Ver Texto). Es natural que así sea, porque la prenda es accesoria de la obligación principal y habiéndose extinguido ésta, el acreedor prendario no tendría título para retener la cosa. Debe tratarse de una extinción total de la obligación principal, porque si ésta subsiste aunque sea parcialmente, la prenda también subsiste (art. 3233 Ver Texto).

Estos efectos se producen cualquiera sea el modo de extinción de la obligación principal: pago, novación, compensación, transacción, confusión, renuncia, remisión, imposibilidad de pago, cumplimiento de la condición resolutoria. Naturalmente, la prenda no se extingue con el pago con subrogación de la obligación principal; en cuyo caso el pagador asume la calidad de nuevo acreedor con todas las garantías del anterior (ver nota 34).

Una cuestión controvertida en la doctrina es la de si la prescripción de la obligación principal implica también la extinción de la prenda. La teoría predominante en doctrina sostiene que las obligaciones garantizadas por prenda no pueden prescribir porque el mantenimiento de una cosa prendada en poder del acreedor es un reconocimiento permanente de la obligación que el deudor tiene, reconocimiento cuyo efecto natural es la interrupción de la prescripción. En otras palabras, mientras la prenda esté en poder de acreedor, la deuda no prescribe (ver nota 35). Otros autores, por el contrario, niegan que el mantenimiento de la prenda en poder del acreedor constituya un reconocimiento permanente de la obligación por parte del deudor. Desde el momento en que mientras la obligación subsista el deudor carece de acción para obtener la restitución de la prenda, mal puede entenderse su pasividad como un reconocimiento de ella. No es otra cosa que una actitud pasiva que el deudor no podría dejar de seguir; y siendo así carece del significado de un reconocimiento que importa una manifestación siquiera tácita de voluntad, cosa que en nuestro caso no existe (ver nota 36).

No obstante la indudable fuerza de estas argumentaciones, nos inclinamos por la tesis predominante. Nos parece indudable que mientras la cosa está en poder del acreedor, la obligación permanece viva. El acreedor tiene derecho a pensar que mientras no sea pagado, está facultado para retener la prenda; y el deudor que no reclama la cosa, reconoce tácitamente ese derecho. Una situación análoga se produce en el caso de compraventa de inmuebles por un instrumento privado, cuando el comprador ha entrado en posesión de la cosa. La jurisprudencia ha declarado con buen tino, que en tal situación la acción de

escrituración deviene imprescriptible (ver nota 37). Observemos que tampoco en este caso el vendedor tiene derecho alguno a reclamar el inmueble mientras la acción no esté prescripta; es decir, se encuentra en la misma situación del deudor prendario, que no paga su deuda.

1112/1381

1381. EXTINCIÓN POR VÍA PRINCIPAL O DIRECTA.— La prenda se extingue:

a) Por renuncia hecha por el acreedor. La renuncia inclusive puede ser tácita, como es la que resulta de la devolución voluntaria de la cosa prendada (art. 886 Ver Texto). Advertamos que estamos hablando de la renuncia a la prenda en sí misma, lo que no implica renuncia al crédito principal (art. 886 Ver Texto).

Puesto que la prenda se extingue por renuncia, tanto más se extinguirá por acuerdo de partes.

b) También se extingue la prenda por confusión, lo que ocurre cuando por cualquier causa legítima la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor (art. 3237 Ver Texto). Volvemos a hacer notar que de lo que se trata es de la extinción de la prenda en sí misma; la obligación principal en cambio, no se extingue por el hecho de que el acreedor haya pasado a ser propietario de la cosa. Para que la confusión extinga la obligación principal, se requiere que se hayan reunido en la misma persona las calidades de acreedor y deudor.

c) La prenda se extingue por la venta de la cosa pignorada en la forma que la ley establece. En tal caso los derechos del acreedor se transfieren de la cosa al precio obtenido (art. 3889 Ver Texto).

d) Por último, la prenda se extingue por la pérdida total de la cosa pignorada.

1112/1382

1382. CONSECUENCIAS DE LA EXTINCIÓN.— Establece el art. 3238 Ver Texto que extinguido el derecho de prenda por el pago de la deuda, el acreedor está obligado a restituir al deudor la cosa empeñada, con todos los accesorios que dependían de ella al tiempo del contrato, y las acciones que después hubiese recibido.

Por pago de la deuda debe entenderse toda forma de extinción de la obligación.

Según lo expresa el art. 3238 Ver Texto , la restitución debe comprender no sólo la cosa, sino también los accesorios que dependían de ella al tiempo del contrato y las accesiones que después hubiese recibido. Vale decir, los frutos, intereses y aumentos que hubiera producido la cosa.

Obviamente, la demora del acreedor en restituir la cosa una vez extinguida la obligación principal, lo hace responsable de los daños y perjuicios que la falta de cumplimiento en debido tiempo le produce al propietario de la cosa.

1112/1383

1383. ACCIÓN PARA RECLAMAR LA COSA.— Extinguida la obligación principal el deudor tiene, para reclamar la cosa, una acción derivada del contrato de prenda, la que prescribe a los veinte años (art. 4021 Ver Texto). Este plazo empieza a correr desde el momento en que el deudor estuvo en condiciones de reclamar la restitución de la cosa, pues antes de ese momento carecía de acción y, por lo tanto, ésta no podía empezar a prescribir.

¿Tiene también el deudor prendario, dueño de la cosa, una acción reivindicatoria para obtener la restitución? Predomina la opinión afirmativa; pero mientras algunos autores sostienen que esa acción sólo puede ejercerse mientras no se haya operado la prescripción de la acción pignoraticia (ver nota 38), otros sostienen que la acción de reivindicación es imprescriptible puesto que nace del derecho de propiedad, que no se extingue por prescripción liberatoria (ver nota 39). Por nuestra parte pensamos que entre acreedor y deudor, sólo existe la acción contractual. Nos parece imposible admitir la existencia de una acción reivindicatoria imprescriptible, porque entonces carecería de sentido lo dispuesto en el art. 4021 Ver Texto ; igualmente nos parece inadmisibles una acción de reivindicación que prescriba a los 20 años, porque esto es inconciliable con el carácter perpetuo del dominio. Esto conduce inexorablemente a rechazar la idea de que el dueño de la cosa cuenta con una acción reivindicatoria. La única que le concede el derecho vigente es la contractual derivada del art. 4021 Ver Texto .

(nota 1) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 166. Comp. SALVAT, t. 3, nº 632.

(nota 2) Unanimidad en la doctrina.

(nota 3) SALVAT, t. 3, nº 2633; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 167.

(nota 4) Es la solución del C. Civil italiano, art. 1998.

(nota 5) RUBINO, Il pegno, nº 54.

(nota 6) Advertimos que el texto empieza diciendo la indivisibilidad de la prenda, lo que constituye un evidente error de redacción que ha hecho notar SEGOVIA (t. 2, p. 379, nota 70), quien sugiere que las palabras “la indivisibilidad de la prenda” se constituyan por “el derecho de retención que da la prenda”; de acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº nota 156 b.

(nota 7) SEGOVIA, t. 2, p. 377, nota 59; MACHADO, t. 8, p. 223.

(nota 8) SALVAT, t. 3, nº 2635 y su anotador ARGAÑARAZ, nota 156 A.

(nota 9) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2638; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 154.

(nota 10) SALVAT, t. 3, nº 2649; LAFAILLE, t. 3, nº 1829.

(nota 11) SALVAT, t. 3, nº 2648.

(nota 12) Es la solución del Código Civil italiano, arts. 2797 y 2798.

(nota 13) SALVAT, t. 3, nº 2649; MACHADO, t. 8, p. 213; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 178.

(nota 14) Es la solución del Código Civil italiano, art. 2795 y del derecho alemán, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 104.

(nota 15) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 164; RUBINO, Il pegno, nº 58.

(nota 16) C. Com. Cap., 29/12/1943, L.L., t. 33, p. 325; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2645 a. Es la solución del derecho alemán (véase ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 177) e italiano (RUBINO, Il pegno, n° 52).

(nota 17) En este sentido, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 177. En el derecho italiano, la cosa debe ser depositada en el lugar acordado por las partes y, a falta de acuerdo, en el determinado por la autoridad judicial (art. 2803, C. Civil italiano).

(nota 18) ENNECERUS-KIPP-WOLFF, loc. cit. en nota anterior; RUBINO, Il pegno, n° 52. En cambio, PLANIOL y RIPERT opinen que el acreedor pignoraticio cuyo crédito no ha vencido no puede ejecutar el crédito pignorado: t. 12, n° 117.

(nota 19) De acuerdo: ENNECERUS-KIPP-WOLFF, loc. cit. en nota 1497; y RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) C. Com. Cap., 29/12/1943, L.L., t. 33, p. 325.

(nota 21) OBARRIO, t. 2, n° 98; SEGOVIA, Código de Comercio, t. 2, p. 130, n° 1979; MALAGARRIGA, t. 3, p. 341.

(nota 22) RUBINO, Il pegno, n° 9.

(nota 23) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, n° 183; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, n° 137.

(nota 24) RUBINO, Il pegno, n° 51.

(nota 25) RUBINO, Il pegno, n° 51.

(nota 26) C. Com. Cap., 29/12/1943, L.L., t. 33, p. 325.

(nota 27) RUBINO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 28) C. Com. Cap., 29/12/1943, L.L., t. 33, p. 325; C. Fed. Mendoza, 1/8/1941, L.L., t. 24, p. 379; RUBINO, Il pegno, n° 51.

(nota 29) RUBINO, *Il pegno*, nº 55.

(nota 30) FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, nº 185; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, t. 3, vol. 2, § 160.

(nota 31) SALVAT, t. 3, nº 2630; FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, nº 188.

(nota 32) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2664; LAFAILLE, t. 3, nº 1840; FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, nº 194.

(nota 33) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2657; MACHADO, t. 8, p. 207; FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, nº 164 y nota 79; LAFAILLE, t. 3, nº 1847.

(nota 34) RUBINO, *Il pegno*, nº 77.

(nota 35) C. Civ. Cap., 4/8/1944, J.A., 1944-III, p. 623 y L.L., t. 35, p. 550; SALVAT, t. 3, nº 2666; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, nº 102; PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 112; AUBRY y RAU, t. 4, § 434.

(nota 36) FERNÁNDEZ, *Tratado de la hipoteca*, t. 1, nº 196; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2666, nota 220 a. Estos autores han seguido la tesis de COLMET DE SANTERRE, t. 4, nº 312 bis, que es aislada en la doctrina francesa. En el mismo sentido, RUBINO, *Il pegno*, nº 85. Agreguemos que FERNÁNDEZ añade con argumento complementario lo prescripto en el art. 4023 Ver Texto , según el cual la prescripción liberatoria se opera aunque l deuda esté garantizada con hipoteca. Pero es evidente que no existe analogía entre una y otra situación, porque no es lo mismo hallarse en plena posesión y dominio de la cosa, como el deudor hipotecario, a tener la cosa en poder del acreedor, como ocurre en la prenda.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala E, 26/4/1953, E.D., t. 5, p. 324.

(nota 38) PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 111, in fine; AUBRY y RAU, t. 4, § 435.

(nota 39) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 2672; BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, nº 93.

1112/11030

CAPÍTULO XVIII - ANTICRESIS (ver nota 1)

1112/11040

§ 1. Nociones generales

1112/1384

1384. CONCEPTO.— La anticresis es una institución paralela a la prenda, sólo que su objeto son cosas inmuebles, no muebles. En ambos casos, el deudor entrega la cosa al acreedor en garantía del pago de una obligación. Claro está que este paralelismo no significa identidad; independientemente de otras diferencias de menor significado, debemos señalar desde ya la más importante: mientras que el acreedor prendario no tiene derecho a usar ni gozar de la cosa dada en prenda, el anticresista no sólo tiene tal derecho, sino también el de hacerla producir sus frutos.

La palabra anticresis deriva etimológicamente del griego: anti, que significa contra y chresis, uso. Con ello se quiere significar la idea de que contra el uso del capital que tiene el deudor, éste entrega el uso de la cosa al acreedor.

Nuestro Código define esta institución de la siguiente manera: el anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente, si no se deben intereses (art. 3239 Ver Texto).

La anticresis desempeña simultáneamente una doble función: la de servir de garantía del pago de una deuda, ya que el acreedor anticresista tiene derecho a retener el inmueble hasta que no se pague la totalidad de la obligación; y la de servir como medio de ejecución directo de la deuda, ya que el acreedor tiene derecho a percibir los frutos e imputarlos al pago de los intereses y del capital. Debemos señalar que, esta última es una característica propia de la anticresis, que la distingue netamente de los demás derechos de garantía (ver nota 2).

1112/1385

1385.— En el derecho moderno, la anticresis casi ha desaparecido de los usos. Ello se explica fácilmente, porque cuando una persona necesita garantizar una obligación, le basta con hipotecar su inmueble sin tener que entregar su posesión, con todos los perjuicios que este desprendimiento patrimonial significa; desde el punto de vista del acreedor, lo que le interesa es tener una buena garantía del pago de su crédito, y para ello le basta con la hipoteca que, por lo demás, le evita las molestias y responsabilidades de tomar la posesión del inmueble, hacerle producir frutos, etc. En suma, como instrumento de crédito, la hipoteca es mucho más ágil, más simple, más conveniente, tanto para el acreedor como para el deudor. Pero la anticresis no ha muerto. Llena a veces necesidades que la hipoteca no cubre. Supongamos un deudor en comprometida situación patrimonial, dueño de un inmueble que no quiere o no puede explotar, sea por enfermedad, ausencia, falta de aptitud. Supongamos, asimismo, un acreedor con espíritu de empresa, que ve la posibilidad de hacer rendir importantes frutos al inmueble. La anticresis da solución a este interés recíproco. Ello explica que esta institución, eliminada en algunos códigos modernos por inútil (alemán, suizo, mexicano, portugués) ha sido mantenida en otros códigos (italiano, arts. 1960 y sigs.; venezolano, arts. 1855 y sigs.; brasileño, arts. 805 y sigs.; peruano, arts. 1004 y sig.). También han propuesto mantenerla nuestros proyectos de reformas (Anteproyecto de BIBILONI, arts. 2874 y sigs.; Proyecto de 1936, arts. 1806 y sigs.; Anteproyecto de 1954, arts. 1743 y sigs.).

En nuestro país, aunque tiene muy poca aplicación práctica, sin embargo, la tiene y ello parece justificar el mantenimiento de una institución que satisface ciertas situaciones que no por poco frecuentes son menos dignas de protección por el legislador.

1112/1386

1386. ANTICRESIS TÍPICA Y ANTICRESIS COMPENSATORIA.— En su forma típica, la anticresis supone en el acreedor la obligación de explotar el inmueble y de imputar los frutos (una vez salvados los gastos) primero a los intereses y luego al capital. Es una forma de ejecución directa de la obligación por el acreedor, puesto que él mismo se va cobrando su propio crédito, a medida que los ingresos del inmueble lo vayan permitiendo. Esto no significa que el acreedor sólo pueda cobrarse de los frutos; si vencido el término de la anticresis, aquéllos no hubieren alcanzado para extinguir la obligación, el acreedor puede ejecutar el inmueble o cualquier otro bien del deudor. La circunstancia de que deba imputar los frutos a la deuda, le impone naturalmente la obligación de rendir cuentas (art. 3246 Ver Texto).

Sin embargo, las partes pueden convenir la llamada anticresis compensatoria, disponiendo que los frutos del inmueble se compensarán bien sea con los intereses adeudados, bien sea con el capital o una parte de él (art. 3246 Ver Texto) (ver nota 3). Si lo que se compensa son solamente los intereses, el significado del pacto es el siguiente: el acreedor hace suyos los frutos, cualquiera sea su monto, y, a cambio de ello, el deudor queda liberado de los intereses, aunque no de la obligación de devolver el capital. Pero puede acordarse que el capital mismo queda compensado, como ocurre si se conviene que la deuda se extinguirá, por ejemplo, en un plazo de cinco o diez años, cualquiera sea el producido del inmueble.

Esta anticresis compensatoria tiene los siguientes efectos que la distinguen de la típica:

1) El acreedor queda liberado de la obligación de explotar el inmueble y de rendir cuentas (ver nota 4); lo que es natural, puesto que el resultado de la explotación es indiferente para el deudor.

2) Aunque el contrato nada diga, el acreedor carga con las reparaciones ordinarias de conservación, pero no con las extraordinarias. Es lo que resulta del art. 3258 Ver Texto , según el cual en este caso sólo podrá repetir del deudor las expensas que el usufructuario está autorizado a repetir del nudo propietario.

La anticresis compensatoria puede ser conveniente para el acreedor, al que exime de la obligación de rendir cuentas; y para el deudor, al que lo libera de los riesgos propios de la explotación del inmueble, tanto mayores cuanto esa explotación queda en manos de un tercero.

1112/11050

§ 2. El contrato de anticresis

1112/1387

1387. CARACTERES.— Como en el caso de la prenda, es necesario distinguir entre el contrato de anticresis, en sí mismo, y el derecho real que nace como consecuencia de dicho contrato y de la entrega de la cosa. Los caracteres del contrato son los siguientes:

a) Es real, pues conforme con el art. 3240 Ver Texto sólo queda perfecto entre las partes por la entrega del inmueble. Ya hemos dicho, sin embargo, que esta característica es poco

significativa, porque de cualquier modo, la promesa de anticresis, como la de cualquier otro contrato real, permite exigir la entrega de la cosa (véase Tratado de Obligaciones, t. 2, n° 1185).

b) Es accesorio de la obligación principal garantizada con la anticresis, de donde resulta que sigue sus vicisitudes: la nulidad de la obligación principal o su extinción por pago, deja sin causa al contrato, que también se extingue.

c) Es formal. Sobre este tema, respecto del cual existen disposiciones contradictorias, volveremos más adelante (véase n° 1391).

1112/1388

1388. CAPACIDAD.— Para constituir la anticresis se necesita en el constituyente la capacidad de disponer de los bienes, el que sólo tiene capacidad para administrar, no puede constituirlos (art. 3244 Ver Texto). En consecuencia, carecen de capacidad los menores (salvo que hayan cumplido 18 años y se trate de bienes adquiridos con el producido de su trabajo, (art. 128 Ver Texto), los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, los penados a más de tres años de prisión o reclusión. Los inhabilitados pueden constituir anticresis sólo con el consentimiento de su curador (art. 152 bis Ver Texto).

En cuanto a los emancipados, el principio es que tienen plena capacidad para constituirlos, salvo que se trate de bienes recibidos a título gratuito, en cuyo caso sólo tienen capacidad para constituirlos con autorización judicial o con la del otro cónyuge si fuera mayor de edad (art. 135 Ver Texto). Si se hubieran casado sin la venia correspondiente, la autorización judicial es indispensable (art. 131 Ver Texto).

Pensamos que esta capacidad se requiere tanto en el que entrega un bien en anticresis como en el que lo recibe; a diferencia de lo que ocurre en la prenda, en donde la obligación del acreedor prendario se limita a la simple custodia de la cosa, aquí el que la recibe se compromete a explotarla y hacerle producir sus frutos, obligación que no puede contraerse sin una plena capacidad en quien la asume.

1112/1389

1389. LEGITIMACIÓN.— La anticresis puede ser constituida no solamente por el propietario del inmueble sino también por el usufructuario (arts. 3241 Ver Texto y 3242).

En cuanto a las atribuciones de los representantes legales y convencionales para dar un inmueble en anticresis, son aplicables los mismos principios que en materia de prenda, a los cuales nos remitimos (véase nº 1330).

1112/1390

1390.— El art. 3243 Ver Texto establece que el marido puede también dar en anticresis los frutos del inmueble de la mujer mientras dure el matrimonio o mientras no suceda una separación de bienes. Esta disposición ha devenido inaplicable después de la reforma de los arts. 1276 Ver Texto y 1277 por la ley 17711 . En efecto, conforme con el art. 1277 Ver Texto , es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales inmuebles; si, por consiguiente, el marido no puede, por sí solo, dar en anticresis un bien ganancial cuya administración le está reservada, a fortiori habrá que concluir que tampoco puede dar en anticresis los bienes propios de ella ni los gananciales que ella administra. Esta interpretación se ve todavía reforzada por lo dispuesto en el art. 1276 Ver Texto , que da a cada cónyuge la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con lo cual se establece una neta separación de administración en la sociedad conyugal que hace inaplicable el art. 3243 Ver Texto .

1112/1391

1391. FORMA Y PRUEBA.— El art. 3240 Ver Texto establece que salvo la entrega del inmueble, el contrato de anticresis no está sujeto a ninguna otra formalidad. Esta disposición, sin embargo, es contradictoria con el art. 1184 Ver Texto , inc. 19, según el cual deben ser hechos en escritura pública todos los contratos que tuvieran por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos. Además, la ley 17801 establece que los documentos relativos a la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales deben redactarse por escritura notarial o resolución judicial o administrativa (art. 3 Ver Texto). Vale decir, el contrato no producirá ningún efecto respecto de terceros si no está inscripto, para lo cual es indispensable la escritura pública.

Frente a textos tan dispares, sólo cabe interpretar el art. 3240 Ver Texto en el sentido de que un contrato de anticresis no redactado en escritura pública, da derecho a demandar la escrituración conforme lo establece el art. 1185 Ver Texto . En otras palabras, el contrato en sí mismo no es formal, pero para que nazca el derecho real y produzca efectos respecto de terceros se requiere el cumplimiento de la escritura pública y la inscripción en el Registro.

1112/1392

1392. OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE GARANTIZARSE CON ANTICRESIS.— ¿Cualquier obligación, aun futura, aun eventual, puede garantizarse con anticresis? La cuestión está discutida. Algunos autores se pronuncian por la tesis amplia, admitiendo que toda obligación, inclusive las eventuales, puede ser garantizada con anticresis (ver nota 5). Por su parte FERNÁNDEZ sostiene que se puede garantizar una obligación bajo condición suspensiva resolutoria no así las eventuales, porque, aduce, en tal caso no podría tener lugar la imputación de los frutos a los intereses o al capital o a la compensación de los frutos con los intereses, indispensable para que el derecho de anticresis pueda funcionar en la forma querida por el legislador (ver nota 6).

El argumento de FERNÁNDEZ prueba demasiado; si las razones que él da fueran suficientes para excluir las obligaciones eventuales, también deberían excluirse las obligaciones bajo condición suspensiva que, sin embargo, este autor admite. Por nuestra parte, consideramos prácticamente inconcebible que se constituya una anticresis en garantía de una obligación eventual o de una obligación sujeta a una condición suspensiva, porque nadie puede entregar la posesión, disfrute y aprovechamiento de los frutos de un inmueble a cambio de una obligación que no se sabe si existirá o no. Sería un contrato irrazonable. Sin embargo, como ninguna disposición legal lo prohíbe, consideramos que no se lo podría atacar de nulidad.

En cuanto a las obligaciones naturales remitimos a lo que hemos dicho a este respecto en materia de prenda (véase nº 1318).

1112/1393

1393. ANTICRESIS CONSTITUIDA POR UN TERCERO.— No es indispensable que el inmueble dado en anticresis pertenezca al deudor; nada se opone a que un tercero constituya una anticresis en un inmueble de su propiedad en garantía de la deuda de otro (art. 3239 Ver Texto). Si el tercero se limitara a dar el inmueble en anticresis, sin asumir expresamente la obligación como fiador del deudor, debe entenderse que su responsabilidad se limita al inmueble dado en anticresis. Es de aplicación analógica lo establecido por el art. 3121 Ver Texto para la hipoteca, principio que se aplica también en el caso, de la prenda (véase nº 1323).

1112/1394

1394. PACTOS PROHIBIDOS.— Con el propósito de evitar negocios usurarios y perjuicios derivados de la situación apremiante en que pueda encontrarse un deudor, el Código, prohíbe los siguientes pactos:

a) Toda convención que le atribuya al acreedor el derecho de hacer vender por sí el inmueble que tiene en anticresis; la venta debe ser siempre judicial (art. 3251 Ver Texto).

b) Las cláusulas que autoricen al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagara a su vencimiento (art. 3252 Ver Texto).

c) Las cláusulas que hicieran al acreedor propietario, del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio (art. 3252 Ver Texto).

Bien entendido que estas cláusulas son nulas solamente cuando figuran en el contrato de anticresis; pero no si se convienen con posterioridad. Esta conclusión se impone en vista de que el art. 3253 Ver Texto establece que el deudor puede, sin embargo, vender al acreedor el inmueble dado en anticresis antes o después del vencimiento de la deuda. Si, por consiguiente el deudor está facultado para vender al acreedor el inmueble dado en anticresis aún antes del vencimiento de la deuda, con tanta mayor razón estará autorizado a darlo en pago, o a vender el inmueble difiriendo el precio a la estimación de peritos elegidos por las partes.

Nos apartamos así de la solución que sostuviéramos respecto de la prenda (véase nº 1358), porque en el caso de la anticresis existe un texto expreso, el art. 3253 Ver Texto , que, a nuestro juicio, nos obliga a admitir esta solución, no obstante que ella puede indirectamente favorecer pactos usurarios, en cambio, en materia de prenda no existe una disposición análoga al art. 3253 Ver Texto , lo cual nos permite admitir una solución superior desde el punto de vista de la justicia (ver nota 7).

1112/11060

§ 3. El derecho real

1112/1395

1395. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANTICRESIS.— En la doctrina francesa anterior al Código Civil, se discutía si la anticresis era un derecho real o simplemente personal (ver nota 8), controversia que se ha mantenido en la doctrina posterior (ver nota 9). En la doctrina italiana siempre se lo ha considerado como derecho personal, y el nuevo Código lo legisla entre los contratos.

VÉLEZ SANSFIELD hace referencia a esta controversia en la nota al art. 3239 Ver Texto y toma partido en ella, confiriéndoles expresamente el carácter de derecho real (art. 3239 Ver Texto).

En verdad, resulta difícil discutir la naturaleza real de la anticresis, porque se dan en ella todas las características propias de esta categoría de derechos: el acreedor anticresista toma posesión de la cosa, goza de ella, la usufructúa, y puede hacer valer su derecho frente a terceros. Es indudable, por consiguiente, que nuestro codificador dio la solución acertada a esta controversia.

1112/1396

1396. CARACTERES DE LA ANTICRESIS.— EL derecho, de anticresis tiene los siguientes caracteres:

a) Es ante todo un derecho real, tal como lo hemos puesto de manifiesto en el número anterior,

b) Es un derecho accesorio, puesto que se constituye para asegurar el pago de una obligación y de sus intereses. De ahí que la existencia del derecho real dependa de la existencia del crédito que garantiza; por lo cual, si éste es nulo, la anticresis se extingue con retroactividad.

c) Es indivisible; el acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio (art. 3245 Ver Texto).

1112/1397

1397. FORMA DE CONSTITUCIÓN.— La constitución del derecho real de anticresis es formal: exige el otorgamiento de escritura pública (art. 1184 Ver Texto , inc. 1º); y para poder oponerla a terceros, se necesita también la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 29 Ver Texto , ley 17801). Además, es indispensable la tradición de la cosa, sin la cual el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real (artículo 577 Ver Texto).

1112/1398

1398. ENTREGA DE LA COSA.— La entrega de la cosa, ya lo dijimos, es esencial para la constitución del derecho real. Es necesario agregar que conforme con lo que dispone el art. 3239 Ver Texto , lo que transfiere el propietario al acreedor anticresista es la posesión de la cosa. Se renueva aquí respecto a la anticresis la misma controversia que hemos referido en relación a la prenda, sobre si el derecho adquirido por el acreedor debe calificarse como posesión o como simple tenencia (véase nº 1343). Refirmamos aquí nuestra teoría de que se trata de una posesión; y sólo cabe agregar que la posesión de que goza el acreedor anticresista es aún más definida y amplia que la del acreedor prendario, puesto que tiene el derecho de uso, goce y usufructo de la cosa, de que carece el acreedor prendario, salvo pacto especial que se lo conceda.

1112/11070

§ 4. Efectos de la anticresis

1112/11080

A.— DERECHOS DEL ACREEDOR ANTICRESISTA

1112/1399

1399. DERECHO DE GOCE DE LA COSA.— Ante todo, el acreedor anticresista tiene derecho de usar y gozar de la cosa, puede administrar el inmueble, explotarlo, y habitar la casa que se le hubiera dado en anticresis (art. 3249 Ver Texto).

1112/1400

1400. DERECHO A LA PERCEPCIÓN DE LOS FRUTOS.— El acreedor tiene derecho a percibir los frutos del inmueble, para cuya extracción debe usar todos los medios propios de un buen administrador (art. 3249 Ver Texto); está facultado para cultivar él mismo la tierra o bien para darla en arrendamiento (art. citado).

Supuesto que haya dado la finca en arrendamiento, debe entenderse que el contrato de locación, cualquiera que sea su plazo, se extingue al término de la anticresis. Es de aplicación analógica el art. 2870 Ver Texto in fine, referido al usufructo, según el cual los

contratos que los usufructuarios celebran con terceros terminan al fin del usufructo; como dice ARGAÑARAZ, puesto que el derecho de goce del acreedor anticresista se asemeja en cierta medida al del usufructuario (aunque el de éste es de una mayor intensidad), hay la misma razón para decidir que al extinguirse la anticresis deben cesar también las locaciones que el anticresista hubiera consentido (ver nota 10).

1112/1401

1401. Sin embargo, el derecho del acreedor anticresista a la explotación del inmueble no es irrestricto; ante todo debe hacerlo con los medios propios de un buen administrador; además no puede hacer ningún cambio en el inmueble ni alterar el género de explotación que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultara que el deudor después de pasada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía (art. 3249 Ver Texto).

1112/1402

1402.— El acreedor no sólo está autorizado a percibir los frutos del inmueble sino que tiene el derecho de imputar su valor primero a los gastos que ha realizado conforme con sus obligaciones (contribuciones y cargas, gastos de conservación, mejoras útiles) y luego a lo que le es debido, sea en concepto de intereses, sea en concepto de capital. Esta atribución del acreedor es, al mismo tiempo, un derecho y una obligación: si percibe para sí los frutos del inmueble, está obligado a imputarlos al valor de lo que se le debe y, por consiguiente, a rendir cuenta de ellos al propietario (art. 3246 Ver Texto). Esta obligación de compensar los frutos con los intereses subsiste aun en el caso de que no se haya convenido nada entre las partes (art. 3247 Ver Texto); y si la deuda no llevara intereses o si los frutos excedieran de los intereses, ellos se imputarán al pago del capital (art. 3248 Ver Texto).

1112/1403

1403.— El principio es, pues, que el acreedor está obligado a percibir los frutos, a rendir cuenta de ellos y a imputarlos (luego de salvados los gastos) primero a los intereses y luego al capital. Sin embargo, nada se opone a que, las partes convengan que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad, sea hasta una determinada concurrencia (art. 3246 Ver Texto). En otras palabras, nada se opone a que las partes convengan lisa y llanamente la compensación de los frutos con los intereses de la deuda. Es la llamada anticresis compensatoria. Estamos así en presencia de un contrato aleatorio: las partes han estimado prima facie que los frutos equivalen aproximadamente a los intereses; y para evitar el problema de la rendición de cuentas, asumen el riesgo de la variabilidad de los frutos; si la cosecha es muy abundante y los frutos exceden de los intereses, se beneficiará el acreedor anticresista; si, por cualquier evento, los frutos se pierden o son poco

importantes, el acreedor se perjudicará. La compensación puede ser total o parcial (art. 3246 Ver Texto). Es decir, puede convenirse que todos los productos se compensen con los intereses, o que una parte de aquéllos (por ejemplo, la mitad) se compense con los últimos.

Y aunque la ley no lo diga expresamente, la aplicación de los mismos principios lleva ciertamente a admitir la validez de las cláusulas por las cuales los frutos se compensan no solamente con los intereses sino también con una parte del capital. Así, por ejemplo, nada obsta a que se convenga una anticresis por cinco y diez años al cabo de los cuales el deudor quedará liberado totalmente tanto de los intereses como del capital.

1112/1404

1404.— La anticresis da derecho a percibir los frutos del inmueble, pero no los productos. Sin embargo, consideramos que este principio no es absoluto. Ya hemos dicho que los derechos del acreedor anticresista guardan marcada analogía con los del usufructuario; es aplicable, por consiguiente, el art. 2866 Ver Texto según el cual corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas de toda clase que estén en explotación al tiempo de comenzar el usufructo, pero no tiene derecho a abrir minas o canteras. Es lógico que esta solución se aplique también a la anticresis, no sólo por la analogía de los derechos de usufructuario y acreedor anticresista, sino también porque está evidentemente en el espíritu de la institución. Cuando lo que se da en anticresis es una mina en explotación, es obvio que el derecho del acreedor consiste en explotar la mina y hacerle producir los frutos.

1112/1405

1405. MEJORAS.— El acreedor tiene el derecho y la obligación de hacer mejoras; las necesarias están comprendidas dentro de su obligación de conservar el inmueble. En cuanto a las útiles, puede hacerlas, y si las hace, tiene derecho a que se le paguen hasta la concurrencia del mayor valor que resultara para la finca; pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado (art. 3250 Ver Texto). Bien entendido que como se trata de una deuda de valor, debe admitirse la actualización de lo gastado; de lo contrario, en épocas de inflación, la solución del Código sería intolerablemente injusta.

Lo invertido en estos conceptos, puede imputarlo el acreedor a los frutos y en caso de insuficiencia de éstos, puede cobrarlos directamente del deudor (art. 3258 Ver Texto).

1112/1406

1406. DERECHO DE RETENCIÓN.— Dispone el artículo 3245 Ver Texto que el acreedor está autorizado a retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio.

El acreedor puede hacer valer su derecho de retención, no sólo contra el deudor, sino también contra los terceros adquirentes del inmueble, los acreedores quirografarios y aun contra los acreedores hipotecarios posteriores al establecimiento de la anticresis (art. 3254 Ver Texto). En salvaguarda de su derecho de retención, el acreedor anticresista tiene las acciones posesorias, ya sea contra el deudor o contra terceros (art. 3944 Ver Texto). Igualmente se le reconoce el derecho de reivindicarla contra cualquiera que pretenda un derecho de posesión (arts. 2772 Ver Texto , 2890 Ver Texto y 3227 Ver Texto) (ver nota 11).

1112/1407

1407. CUESTIÓN ACERCA DEL PRIVILEGIO DEL ACREEDOR ANTICRESISTA.— Dispone el art. 3255 Ver Texto que si el acreedor anticresista solicitara la venta del inmueble no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de la venta. Es una solución que no tiene justificación razonable: no hay explicación para negar al acreedor anticresista el privilegio que se reconoce al acreedor prendario.

Sin embargo, la disposición del Código era inequívoca. El sistema era el siguiente: si el acreedor anticresista solicita la venta del inmueble, no tiene privilegio alguno sobre el precio; si la venta es solicitada por terceros, puede oponer su derecho de retención (ver nota 12). Estas soluciones se explicaban en el Código Civil, en cuyo sistema el derecho de retención no implicaba por sí un privilegio; pero esta situación ha variada fundamentalmente después de la sanción de la ley n° 17711 , de reformas al Código Civil, y 19551, de concursos civiles y comerciales, las cuales han reconocido al retentor un verdadero privilegio (art. 3946 Ver Texto , C. Civil, y art. 265 Ver Texto , inc. 1°, ley 19551). Se plantea, por consiguiente, la cuestión sobre si estas disposiciones relativas al privilegio del derecho de retención deben privar sobre el art. 3255 Ver Texto , C. Civil; o si, por el contrario, esta disposición específica referida a la anticresis debe privar sobre las disposiciones generales posteriores. Por nuestra parte, pensamos que las nuevas disposiciones deben prevalecer sobre el viejo art. 3255 Ver Texto , que en consecuencia ha quedado derogado. Esta conclusión se impone porque los derechos del retentor son hoy más amplios que los que le reconocía el Código; y puesto que el acreedor anticresista tiene el derecho de retención, es natural que lo ejerza con todo el alcance que hoy se le reconoce. Por consiguiente, es necesario reconocerle el mismo privilegio del acreedor prendario. Sobre el orden de este privilegio, véase lo que decimos en el n° 1363 y siguientes.

1112/1408

1408.— Finalmente, agreguemos que nada se opone a que el acreedor tenga al propio tiempo que el derecho de anticresis una hipoteca establecida sobre el mismo inmueble; en tal caso, puede usar de su derecho de acreedor hipotecario como si no fuera acreedor anticresista (art. 3256 Ver Texto). En otras palabras, se trata de una acumulación de derechos del acreedor sobre el inmueble; y el acreedor goza de todos los derechos que corresponden a su calidad de anticresista y de acreedor hipotecario.

1112/1409

1409. DERECHO DE RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE.— Puesto que la anticresis es una garantía del pago de una deuda, el acreedor puede renunciar en cualquier momento a dicha garantía y restituir el inmueble, sin que ello implique renunciar al crédito (art. 3257 Ver Texto). La solución es tanto más lógica, cuanto que la anticresis supone trabajos y responsabilidades que el acreedor puede no querer seguir asumiendo. Y es lógico que, en tales circunstancias, se le reconozca el derecho de renunciar a la garantía constituida en su favor.

1112/1410

1410. DERECHO DE VENTA.— La anticresis se constituye en garantía del pago de una obligación; es natural, por consiguiente, que si a su vencimiento la obligación no fuere pagada, el acreedor tenga derecho a pedir judicialmente que se haga la venta del bien. Así lo establece expresamente el art. 3251 Ver Texto .

La venta debe ser siempre judicial; es de ningún valor toda convención que le atribuya al acreedor el derecho de hacer vender por sí el inmueble (art. 3251 Ver Texto). Se trata de una disposición tendiente a proteger al deudor anticresista asegurándole que la venta se hará con todas las garantías propias de la subasta judicial. Son asimismo nulas las cláusulas que autorizan al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare a su vencimiento y la que disponga que el propietario pueda adquirir la propiedad del inmueble por el precio que fijen los peritos elegidos por las partes o de oficio (art. 3252 Ver Texto). De estas disposiciones nos hemos ocupado anteriormente (véase nº 1394, c).

1112/11090

B.— OBLIGACIONES DEL ACREEDOR ANTICRESISTA

1112/1411

1411. ENUMERACIÓN.— La anticresis no solamente confiere derechos al acreedor anticresista, sino también le impone obligaciones. Veamos cuáles son:

a) Conservación y administración del inmueble.— Ante todo, el acreedor está obligado a cuidar del inmueble y a proveer a su conservación (art. 3258 Ver Texto). Agreguemos que en la administración de la cosa debe obrar con el cuidado y diligencia propios del buen administrador (art. 3249 Ver Texto). Sus obligaciones incluyen, por consiguiente, la explotación normal y adecuada del inmueble, para hacerle rendir sus frutos. Destacamos así, que la percepción de los frutos no sólo es un derecho del acreedor anticresista sino una obligación; en otras palabras, la entrega de la cosa al acreedor a los fines de su explotación y administración, se hace no solamente en interés del acreedor, sino también del deudor (ver nota 13). Es natural que así sea, pues éste está interesado en liberarse cuanto antes de su obligación con el producido del inmueble.

De lo dicho se deduce también que la obligación de explotar el inmueble cesa en la anticresis compensatoria, pues en este caso, el resultado de la explotación es indiferente para el deudor.

El incumplimiento por parte del acreedor de estas obligaciones lo hace pasible de las siguientes sanciones: a) debe reparar los daños que sufriera como consecuencia de su culpa o negligencia (art. 3258 Ver Texto); b) puede ser condenado a restituir el inmueble aún antes de pagado el crédito, si abusare de sus facultades (art. 3258 Ver Texto). La cuestión de si ha mediado o no abuso en las facultades es un problema de hecho que debe ser resuelto por los jueces según su libre arbitrio. A manera de ejemplo, debe considerarse que ha mediado abuso si el acreedor anticresista cambia el género de explotación del inmueble cuando de ello resultara que el deudor, después de pagada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacía (art. 3249 Ver Texto); o cuando hay desidia o abandono en la administración o en la percepción de frutos; y de una manera más general, cuando la conducta del administrador anticresista no se ajustara a la directiva legal del buen administrador.

1112/1412

1412. b) Pago de contribuciones y cargas.— El acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas anuales del inmueble, si bien debe hacerlo por cuenta del deudor (art. 3259 Ver Texto); vale decir, tiene derecho a que tales pagos se descuenten de los

frutos percibidos por los cuales deba rendir cuentas y, si éstos no alcanzaron, puede repetir su pago directamente del deudor (art. 3259 Ver Texto).

1112/1413

1413. c) Conservación de los derechos de la heredad.— Es igualmente responsable el acreedor anticresista de la conservación de todos los derechos que tenía la heredad cuando la recibió en anticresis (art. 3260 Ver Texto). Adviértase que la ley habla de los derechos de la heredad; el ejemplo típico es el de las servidumbres activas de que gozara el inmueble y que se hayan perdido por falta de uso. En tal caso, el acreedor anticresista debe pagar los daños y perjuicios consiguientes al propietario.

1112/1414

1414. d) Rendición de cuentas.— Puesto que el acreedor anticresista está obligado a imputar los frutos percibidos al pago de los intereses y del capital adeudado, obvio es que está obligado a rendir cuentas (arts. 3246 Ver Texto y 3247). Aunque la ley no establece en qué tiempo debe hacerse la rendición de cuentas, pensamos que ella debe ser anual (ver nota 14), porque ésa es la costumbre tratándose de explotaciones agropecuarias, cuyo ciclo generalmente es anual y además, porque de esa manera el deudor hipotecario puede ir teniendo un estado de sus obligaciones, que le permita hacer las previsiones del caso para afrontar la obligación que reste al término del contrato de anticresis.

La rendición de cuentas no se debe en la anticresis compensatoria (véase nº 1386).

1112/1415

1415. e) Restitución del inmueble.— Finalmente, el acreedor está obligado a restituir el inmueble al deudor cuando esté íntegramente pagado su crédito (art. 3261 Ver Texto). Al hablar de pago, la ley se refiere desde luego a cualquier medio de extinción de las obligaciones. Con respecto a la prescripción como hecho extintivo de la acción, se presenta aquí el mismo problema que ya hemos analizado respecto de la prenda. Nos remitimos en consecuencia a lo dicho en ese lugar (véase nº 1380). Aun antes de la extinción de la deuda, el acreedor puede ser condenado a restituir el inmueble si abusare de sus atribuciones (art. 3258 Ver Texto).

1112/11100

C.— DERECHOS DEL DEUDOR

1112/1416

1416. ENUMERACIÓN.— Aunque los derechos y obligaciones del deudor constituyente de la anticresis surgen de lo dicho hasta aquí en los números anteriores, conviene precisarlos para una mejor sistematización de la materia. Los derechos son los siguientes:

a) Controlar el modo como el acreedor administra y explota el inmueble; es una atribución consecuente a la obligación que la ley le impone al acreedor anticresista de administrar la cosa con la diligencia y los cuidados del buen administrador.

b) Exigir rendición de cuentas, que el acreedor debe presentar por lo menos anualmente (véase n° 1414).

c) Demandar los daños y perjuicios inherentes a la culpa o negligencia en la administración y explotación del inmueble; a la falta de pago en tiempo oportuno de las contribuciones y cargas (así, por ejemplo, el deudor podrá exigir del acreedor hipotecario el pago de las multas en que haya incurrido por la falta de pago en tiempo oportuno de los impuestos); a la pérdida de los derechos que tenía la heredad; y finalmente, a los perjuicios que le cause la falta de restitución oportuna de la cosa, una vez extinguida la obligación.

d) Disponer del inmueble siempre que no se afecte los derechos del acreedor anticresista. Sin embargo, es de notar que si bien el deudor propietario puede enajenar el inmueble, en cambio no puede transmitir la propiedad a un tercero, porque hallándose el acreedor anticresista en posesión del inmueble, no puede hacerle tradición de éste al comprador, requisito sin el cual no se produce la transmisión del dominio.

e) Finalmente, puede exigir la restitución del inmueble cuando se extingue la obligación principal o cuando el acreedor abusare de sus facultades (art. 3258 Ver Texto).

1112/11110

D.— OBLIGACIONES DEL DEUDOR ANTICRESISTA

1112/1417

1417. ENUMERACIÓN.— Las obligaciones del deudor anticresista, son las siguientes:

a) En primer término debe abstenerse de cualquier acto que implique perturbar los derechos transmitidos al acreedor anticresista. Más aún, está obligado a defenderlo frente a terceros, y responde por la evicción del inmueble. Esta obligación surge analógicamente de lo dispuesto en el art. 3205 Ver Texto respecto de la prenda (ver nota 15).

b) Está obligado a reembolsar al acreedor los gastos hechos en la conservación del inmueble (art. 3258 Ver Texto) y en el pago de contribuciones y cargas anuales (art. 3259 Ver Texto); asimismo, está obligado a reembolsar al acreedor los gastos hechos en mejoras del inmueble, hasta el mayor valor adquirido por éste (art. 3250 Ver Texto).

1112/11120

§ 5. Anticresis tácita

1112/1418

1418. REGLA LEGAL Y REMISIÓN.— Establece el art. 3261 Ver Texto que si el deudor después de haber constituido el inmueble en anticresis contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda. La ley admite, por consiguiente, la anticresis tácita en las mismas circunstancias, y con los mismos efectos que la prenda tácita. Remitimos en consecuencia a lo que dijéramos respecto de ésta (véase n° 1377 y sig.).

1112/11130

§ 6. Incesibilidad de la anticresis

1112/1419

1419. LA CUESTIÓN.— Está fuera de toda discusión posible que el derecho de anticresis, en sí mismo, no puede ser cedido. Se oponen a ello dos razones igualmente decisivas: la primera, que la anticresis es un derecho real constituido *intuitae personae*, pues obviamente el constituyente ha transferido la posesión y administración del inmueble teniendo en mira las cualidades personales del acreedor; la segunda, que siendo la anticresis un accesorio de una obligación principal no podría cederse sin ésta (ver nota 16).

¿Pero puede cederse el crédito principal junto con la garantía que implica la anticresis? La opinión afirmativa ha sido sostenida por TEDESCHI, quien afirma que el único obstáculo para tal cesión sería la consideración de que la persona del acreedor se ha tenido en mira para la constitución de la anticresis; y ese obstáculo se elimina si se admite, como debe serlo, que el cedente continúa responsable frente al deudor que constituye la anticresis, por todas las obligaciones emergentes de ella (ver nota 17). El argumento no es convincente. Una obligación *intuitae personae* no puede cederse; en nuestro caso no es lo mismo para el deudor que constituyó la anticresis que la administración y explotación del inmueble la haga una persona en cuyas calidades, honradez y conocimientos confía, u otra persona cuyas aptitudes ignora. Nada se saca con decir que el cedente continúa obligado por las responsabilidades en que incurra el cesionario; porque aun sin llegar al extremo de que las deficiencias de la administración originen una responsabilidad del administrador, puede muy bien ocurrir que esa administración sea simplemente menos eficaz de lo que podría ser la del cedente. Y esto no origina responsabilidad para nadie, pero perjudica al deudor.

En suma la anticresis no puede cederse ni aun como accesorio del crédito principal.

1112/11140

§ 7. Extinción de la anticresis

1112/1420

1420. EXTINCIÓN POR VÍA DE CONSECUENCIA.— La Extinción de la obligación principal por cualquiera de los medios que la ley establece, supone la extinción de la anticresis y, por tanto, implica la obligación del acreedor anticresista de restituir el inmueble (art. 3261 Ver Texto). Bien entendido que como la anticresis es indivisible, el pago o extinción parcial de la deuda, no extingue parcialmente la anticresis que se mantiene íntegra hasta la extinción total (art. 3245 Ver Texto). Respecto de la controvertida cuestión de la prescripción, remitimos a lo que dijéramos en el n° 1380.

De igual modo quedará extinguida la anticresis si la obligación principal se declarase nula.

En caso de que la anticresis haya sido constituida por un usufructuario, aquélla termina al concluir el usufructo, pues es obvio que aquél no puede comprometer la posesión y goce del inmueble más allá del término de su propio derecho (ver nota 18).

1112/1421

1421. EXTINCIÓN POR VÍA PRINCIPAL.— La anticresis se extingue por vía principal en los siguientes casos:

a) Por acuerdo de las partes; bien entendido que hablamos del acuerdo referente a la anticresis en sí misma porque si el acuerdo se refiriese a la extinción de la obligación, la extinción de la anticresis se operaría por vía de consecuencia.

b) Por renuncia del acreedor, renuncia que puede resultar no solamente de los términos expresos sino de la simple restitución del inmueble (art. 3257 Ver Texto). Volvemos a destacar que la renuncia a la anticresis no significa la renuncia al crédito, ni tampoco la hace presumir. La devolución del inmueble al deudor no priva al acreedor de perseguir por cualquier medio el pago de su crédito (art. 3257 Ver Texto).

c) Por confusión en la persona del acreedor de la calidad de anticresista y propietario del inmueble gravado.

d) Por sentencia judicial que haya condenado al acreedor a restituir el inmueble por haber abusado de sus facultades (art. 3258 Ver Texto).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, la prenda y demás privilegios, t. 1, n° 244 y sig.; SALVAT, Tratado de derechos reales, t. 3, n° 2673 y sig.; LAFAILLE, Derechos reales, t. 3, n° 1905 y sig.; TEDESCHI, L'anticresi, Torino. 1954.

(nota 2) En este sentido, TEDESCHI, L'anticresi, n° 32.

(nota 3) Advirtamos que el art. 3246 Ver Texto sólo se refiere a la compensación de los intereses, pero obviamente, nada se opone a la compensación con una parte o todo el capital, con lo que no se haría sino aplicar el principio de la libertad de las convenciones. De acuerdo, TEDESCHI, L'anticresi, n° 77.

(nota 4) TEDESCHI, L'anticresi, nº 70.

(nota 5) TEDESCHI, L'anticresi, nº 27.

(nota 6) FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 256.

(nota 7) SALVAT, t. 3, nº 2703 y FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 275, sostienen, con fundamentos divergentes, que los convenios por los cuales el acreedor tomará la cosa por el importe de la deuda si ésta no se pagare o la cláusula que lo hiciera propietario por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio, son nulos aunque se convenga después de la constitución de la anticresis y mientras ésta subsista.

(nota 8) En el sentido de que es un derecho personal: TROPLONG, Anticresis, nº 524; AUBRY y RAU, t. 4, § 348. En el sentido de que es un derecho real: POTHIER, Del'hypothèque, nº 231 y siguientes; DURANTON, t. 18, nº 560.

(nota 9) En el sentido de que es un derecho personal, BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, t. 1, nº 208 y siguientes; LAURENT, t. 28, nº 562 y siguientes. En el sentido de que es un derecho real, PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 310; COLIN, CAPITANT y JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1425.

(nota 10) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2698, nota 26 a; en donde cita de conformidad con su opinión a SEGOVIA, t. 2, p. 384, nota 29, y MACHADO, t. 8, p. 244; en el mismo sentido, PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 2109; TEDESCHI, L'anticresi, nº 92.

(nota 11) SALVAT, t. 3, nº 2692, y su anotador ARGAÑARAZ, nota 20; SEGOVIA, t. 2, p. 382, nº 22; LAFAILLE, t. 3, nº 1910.

(nota 12) En este sentido, SALVAT, t. 3, nº 2708 y 2709; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 258 y sigs.

(nota 13) De acuerdo, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 294, nota 21 a; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 280; LAFAILLE, t. 3, nº 1911; TEDESCHI, L'anticresi, nº 42 (este último autor habla del poder-deber de administrar el inmueble).

(nota 14) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2695; FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 279; TEDESCHI, L'anticresi, nº 70; PLANIOL y RIPERT, t. 12, nº 294.

(nota 15) De acuerdo, FERNÁNDEZ, Tratado de la hipoteca, t. 1, nº 290.

(nota 16) En este sentido, TEDESCHI, L'anticresi, nº 82.

(nota 17) TEDESCHI, L'anticresi, nº 82.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1936, L.L., t. 5, p. 383.

1112/11150

CAPÍTULO XIX - PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES (ver nota 1)

1112/11160

§ 1. Nociones generales

1112/1422

1422. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS.— La registraci3n de los derechos reales tiene antecedentes hist3ricos antiguos, seg3n hemos de verlo m3s adelante; pero en el Estado moderno est3 tomando una importancia siempre creciente. Es que los registros, y en especial los de la propiedad, satisfacen m3ltiples necesidades que conviene puntualizar:

a) En primer t3rmino, los inmuebles y los muebles de relevancia econ3mica son una importante fuente impositiva; un correcto registro permite identificar a los titulares del dominio y dem3s derechos reales, as3 como verificar las transmisiones tambi3n gravadas.

b) El Estado moderno está atento al régimen de la propiedad de la tierra, vigila su producción, combate los latifundios y minifundios. Todo ello requiere inexcusablemente una apropiada registración.

c) La planificación está en la médula del Estado moderno; y ella se funda en una completa información que en materia de propiedad sólo pueden brindarla los registros y catastros.

d) Los registros constituyen, además, un régimen de publicidad que permite a terceros adquirentes de derechos reales sobre un bien, conocer el estado en que ese bien se encuentra, quién es su dueño, qué derechos lo gravan.

e) De igual modo, permiten conocer con facilidad el patrimonio de una persona, impidiendo la ocultación de bienes en perjuicio de los acreedores, a quienes los registros les facilitan el embargo de los bienes del deudor.

f) Desde el punto de vista del propietario, clarifica sus derechos y en algunos sistemas (no en el nuestro), lo pone a cubierto contra cualquier defecto del título de adquisición.

Lo cierto es que el intervencionismo estatal propio de la creciente socialización de los pueblos modernos requiere registros lo más completos y precisos que sea dable lograr. Y no es aventurado afirmar que la registración tiene perspectivas de constante ampliación y perfeccionamiento como instrumento imprescindible de ese proceso de socialización.

1112/1423

1423. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS (ver nota 2).— Aunque la registración, con su técnica moderna, es un fenómeno propio de la época contemporánea, existen antecedentes valiosos en legislaciones antiguas.

En Grecia, en los primeros tiempos, los contratos de ventas de inmuebles se formalizaban por medio de ceremonias solemnes en presencia de testigos; la venta era anunciada por medio de pregoneros públicos durante cinco días. Luego el empleo de la escritura se fue haciendo cada vez más frecuente y empezó a generalizarse la costumbre de remitir esos documentos a los archivos de cada ciudad, en donde quedaban registrados. Parece, sin embargo, que el propósito de esos registros era meramente fiscal y que su fin era tan sólo asegurar el pago del impuesto que gravaba las transmisiones de inmuebles; en cambio, no servía para darle eficacia a una venta nula o para proteger a un adquirente que contratase, con quien no era propietario.

Otro medio de publicidad utilizado en Grecia era el de gravar las operaciones de transmisión o constitución de derechos reales en placas de mármol que se exponían en lugares públicos; pero estas inscripciones no eran obligatorias, de modo que su valor práctico era muy relativo.

A un perfeccionamiento mayor llegó la publicidad inmobiliaria en Egipto. Los egipcios se caracterizaron por su amor por las formas escritas; la escritura se practicó más firmemente que en otros pueblos de la antigüedad. Las escrituras eran registradas en oficinas especiales y el registro daba valor de autenticidad al contrato y constituía una prueba de los derechos de propiedad para ambas partes. La organización de los registros era bastante perfecta: los documentos se agrupaban en tomos, confeccionándose índices por orden cronológico, con notas relativas al tipo de los contratos, nombre de las partes, etc. Sin embargo, la inscripción de los documentos era voluntaria, lo que debilitaba en buena medida el sistema. Más tarde, empero, el sistema deviene obligatorio a partir de un edicto dictado en el año 89, que ordenó a todos los propietarios inscribir en el término de seis meses sus bienes en el archivo de Alejandría. En esta última etapa, el procedimiento parece haber sido el siguiente: quien deseaba hacer un negocio respecto de un inmueble debía dirigirse al registro pidiendo autorización para realizar el acto; el funcionario del registro otorgaba la autorización si el fundo estaba inscripto a nombre del vendedor o del constituyente de la hipoteca; obtenida la autorización por el registro, se confeccionaba el documento del negocio propuesto y los interesados debían dirigirse nuevamente al registro pidiendo la inscripción.

Resulta sorprendente que los romanos, tan agudos para asimilar las buenas instituciones de otros pueblos y tan sensibles a la seguridad de los derechos, no incorporasen a su derecho un adecuado sistema de publicidad. No se conocieron los registros y la publicidad organizada se limitaba a la tradición o ciertas formas solemnes de que se rodeaban los actos jurídicos.

En el derecho germánico, en cambio, la publicidad por medio de registros adquiere pronto una importancia destacada. Hacia el año 1100 aparecen las noticias de los primeros libros que llevaban los consejos de las ciudades para archivar oficialmente los documentos. Los primeros libros fueron bastante deficientes, puesto que se consignaban los actos de acuerdo con el orden cronológico de su ocurrencia; pero más adelante por cada casa empezó a llevarse una inscripción, en la que debe encontrarse el origen del moderno folio real. Poco a poco se fue concediendo a la inscripción en los registros, una importancia creciente, al punto de que, finalmente, se la reputó como un acto creador de derechos; es decir, la inscripción era constitutiva de derechos y hacía fe pública respecto de las partes y de terceros.

1424. LEGISLACIÓN COMPARADA (ver nota 3).— En el mundo moderno, el registro está establecido en todos los países. Los sistemas de registración se pueden dividir en tres grandes grupos:

a) De acuerdo con un primer sistema, el registro inmobiliario no es requisito ineludible para la transmisión o constitución de los derechos reales entre las partes, pero sí es requisito inexcusable de la oponibilidad del acto respecto de terceros. Tal es el sistema del derecho francés, italiano, argentino, etc.

b) En el sistema germánico, en cambio, la inscripción no tiene efectos de mera publicidad, sino que es constitutiva aun para las partes; en otras palabras, entre las mismas partes no hay transmisión, modificación o constitución de derechos, sin la inscripción. Sin embargo, los efectos de la inscripción no son exactamente los mismos respecto de las partes y respecto de terceros. Acorde con el art. 891 Ver Texto del Código Civil alemán, cuando alguien tiene un derecho inscripto a su favor en el registro, se presume que le corresponde ese derecho. Es lo que se llama principio de legitimidad. Pero entre las partes, es posible impugnar el acto en que se fundó la registración y, por consiguiente, obtener la cancelación de ésta. En cambio, respecto de terceros de buena fe la presunción de legitimidad del acto no admite prueba en contrario (art. 892, C. Civil alemán).

c) Finalmente, el sistema Torrens, vigente en Australia y algunos Estados de América del Norte, confiere al registro una máxima importancia: la inscripción del inmueble en el Registro a nombre de una persona confiere a ésta una situación de propietario definitiva e inatacable, sea con relación a las partes, sea con relación a terceros. Si ha existido vicio en las transmisiones no por ello queda afectada la transmisión, porque se supone que el nuevo propietario recibe su título del Estado, de tal manera que el anterior propietario carece de acción de reivindicación y todo su derecho consiste en una acción de daños y perjuicios contra el Estado que es, repetimos, quien otorga cada nuevo título. Para comprender estas singulares consecuencias del sistema Torrens, es necesario hacer una referencia al procedimiento por el cual se hace la inscripción.

El propietario que quiere colocar un inmueble bajo el régimen Torrens, debe dirigir una solicitud al Registro adjuntando sus títulos y los planos hechos por un agrimensor autorizado, además de una descripción prolija del inmueble. El Registro, a la vista de la petición dispone una doble verificación: la primera, de orden físico, a cargo de la oficina topográfica que estudia si los límites de la propiedad son claros, si no hay superposición con áreas vecinas, etc. La segunda verificación es de orden jurídico y se refiere a la validez de los títulos presentados al Registro. Admitida la validez del título, para una mayor garantía se concede un plazo de dos o tres años para que los eventuales perjudicados puedan deducir oposiciones.

Cuando. no se ha deducido ninguna oposición o han sido rechazadas las deducidas, la inscripción se tiene por definitiva y se entrega al propietario un certificado de título, el que hace fe de que la persona designada está realmente investido de los derechos especificados.

El procedimiento para las transmisiones es muy sencillo; basta con enviar al Registro el certificado del título, acompañado de un memorándum redactado en formulario de acuerdo a modelos preestablecidos, en el que las partes hacen constar la enajenación y lo suscriben haciendo legalizar las firmas por un juez de paz u otro funcionario autorizado (ver nota 4).

Hecha la inscripción el Registro entrega al adquirente un nuevo certificado que constituye su título.

Agreguemos, para terminar, que la matriculación de los inmuebles en el sistema Torrens, no es obligatoria, pero su éxito ha sido tal en Australia, que un elevadísimo porcentaje de las tierras se ha registrado e incorporado a dicho sistema (ver nota 5).

1112/1425

1425. ANTECEDENTES NACIONALES (ver nota 6).— En el Código Civil la adquisición de derechos reales exigía el cumplimiento de dos requisitos: la escritura y la tradición. VÉLEZ SARSFIELD admitía la necesidad de publicidad en materia de adquisición y transmisión de derechos reales y pensó que el medio propio para lograr esa publicidad era la tradición. En la nota al art. 577 Ver Texto dice, recordando un párrafo de FREITAS: “Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos, que no sean los del derecho personal y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”.

Pero VÉLEZ SARSFIELD rechazó el sistema de Registros, salvo para la hipoteca, en cuyo caso, como no hay tradición, la única forma de exteriorizar el gravamen y de evitar hipotecas ocultas, con las consiguientes posibles defraudaciones, era crear un Registro. Con esta salvedad, VÉLEZ se manifestó contrario a los Registros, fundando extensamente su opinión en la nota final al título de la extinción de las hipotecas. En síntesis, expresa: 1) la reglamentación de los registros es tan compleja, que constituye códigos que hacen nacer más cuestiones que las que procuran evitar; 2) no se gana nada con el registro, pues si los títulos inscriptos son viciosos, pueden ser anulados, por defectos de forma o de fondo; 3) no existe todavía experiencia sobre el resultado del sistema del registro, ni puede calcularse su complejidad y extensión en pueblos en que puede ser tanta la subdivisión de la propiedad por la ley de las sucesiones; 4) en su mayor parte los títulos en nuestro país son

defectuosos, lo que generaría problemas para el registro; 5) finalmente, en diversas provincias sería difícil encontrar personas capaces para llevar esos registros y organizar el catastro de propiedades. En suma, VÉLEZ SARSFIELD creía inconvenientes los registros, aunque no descartaba que pudiera llegar un día en que fuera posible aceptar su creación.

Las razones dadas por VÉLEZ no resisten el análisis. En cuanto a la complejidad de la organización del Registro, ella no es tanta que no pueda vencérsela, como lo ha demostrado la práctica en el mundo entero. Que los defectos del título no sean subsanados por el registro, no demuestra la carencia de utilidad práctica, porque siempre el registro es una forma de publicidad. Y nuestra experiencia demostró, finalmente, que los defectos de algunos títulos no eran obstáculo para organizar los Registros, como también que existían ya en el siglo pasado en nuestro país, personas perfectamente aptas para llevarlos. Lo cierto es que los Registros eran tan indispensables, que las provincias empezaron a crearlos por su cuenta, al margen del Código Civil. La primera ley provincial fue de la Provincia de Buenos Aires, que creó el Registro en 1879, pocos años más tarde, en 1886, la ley nacional 1893 lo organizó para la Capital Federal y, sucesivamente, las restantes provincias organizaron sus propios Registros.

1112/1426

1426.— En todas estas leyes, era común la disposición de que los actos que debían inscribirse en el Registro de la Propiedad no producían efectos respecto de terceros sino desde la fecha de su inscripción. Desde el primer momento de la creación de los Registros, se los tachó de inconstitucionales, porque imponían un requisito para la transmisión del dominio que no estaba establecido en el Código Civil, invadiendo la esfera propia de éste. La mayor parte de nuestros autores, y algunos fallos (ver nota 7) se pronunciaron sin vacilación por la inconstitucionalidad. Pero éste es un buen ejemplo de cómo “los hechos se sublevan ante las malas leyes”: los Registros resultaron tan indispensables, que continuaron vigentes en nuestro país no obstante todas las objeciones de inconstitucionalidad, porque así lo requería una exigencia práctica poco menos que ineludible. Por encima de las objeciones constitucionales los Registros locales contaron con el reconocimiento instintivo de la sociedad, que veía en ellos instituciones que tendían a proteger y asegurar los derechos, por lo que no había en el tráfico título que no estuviera registrado (ver nota 8). En todo caso, constituyeron una feliz anomalía, como los llamó BIELSA (ver nota 9).

La objeción constitucional quedó finalmente superada cuando la ley 17711 reformó el art. 2505 Ver Texto del Código Civil, estableciendo: la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

De esta manera, el requisito del registro quedaba incorporado al Código Civil y legitimados, por consiguiente los Registros organizados por las provincias. Luego el sistema había de consolidarse y completarse con la sanción de la ley 17801 , sobre registro de la propiedad inmueble.

1112/11170

§ 2. La ley 17801

1112/11180

A.— LOS PRINCIPIOS REGISTRALES

1112/1427

1427. ENUNCIACIÓN.— Antes de entrar al análisis de las disposiciones de la ley 17801 , conviene enunciar cuáles son los principios de técnica registral a los que se ha ajustado la nueva ordenación legal. Esos principios son los siguientes:

a) Principio de inscripción.— Este principio tiene un doble significado: 1) que deben inscribirse en el Registro todos los documentos por los cuales se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles y los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; 2) que antes de la inscripción estos documentos no producen efectos respecto de terceros.

Es necesario agregar que en nuestro sistema legal la inscripción no es constitutiva de derechos reales sino simplemente declarativa. Lo demuestra el hecho de que las escrituras no registradas producen plenos efectos respecto de las partes intervinientes, sus herederos y los que han intervenido, en la formulación del documento, como el funcionario autorizante y los testigos (art. 20 Ver Texto , ley 17801); es decir, el derecho nace antes de la inscripción, sólo que no es oponible a terceros.

1112/1428

1428. b) Principio de autenticidad.— De acuerdo con este principio solamente pueden inscribirse en el Registro, aquellos documentos que revistan carácter de auténticos, vale decir, que hagan fe por sí mismos y que sirvan inmediatamente de título, al dominio, al derecho real o asiento practicable (art. 3 Ver Texto , ley 17801). Este principio se vincula con el de legalidad, conforme con el cual el Registro debe examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita, pudiendo, según los casos, rechazar los documentos u observarlos si el defecto fuera subsanable (arts. 8 Ver Texto y 9, ley 17801).

1112/1429

1429. c) Principio de la especialidad.— Requiere que la cosa sobre la cual recae la inscripción esté determinada con toda precisión. Nuestra ley exige que el asiento se redacte sobre la base de breves notas que indicarán la ubicación y descripción del inmueble, sus medidas, superficie y linderos y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización (art. 12 Ver Texto). De acuerdo con el sistema del folio real implantado por la ley 17801 , la matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial en el que el inmueble estará perfectamente individualizado.

1112/1430

1430. d) Principio de tracto sucesivo.— Este principio consiste en que las sucesivas inscripciones sobre un mismo inmueble deben estar encadenadas entre sí, de tal manera que cada nueva inscripción se sustente en la otra anterior, que es su antecedente legítimo y necesario. Este principio ha sido expresamente consagrado en los arts. 14 Ver Texto y siguientes de la ley 17801.

1112/1431

1431. e) Principio de rogación.— Significa que las anotaciones o inscripciones en el Registro deben ser siempre hechas a pedido de parte interesada; quedan excluidas, por consiguiente, las inscripciones o cancelaciones de oficio. Es la solución consagrada por el art. 6 Ver Texto , ley 17801.

1112/1432

1432. f) Principio de prioridad.— Significa que una inscripción anterior tiene prioridad sobre una posterior, y que inscripto y anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en

segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia de las certificaciones a que se refieren los arts. 22 Ver Texto y concordantes (arts. 17 Ver Texto y siguientes, ley 17801).

1112/1433

1433.— Hemos expuesto de manera sintética los principios de técnica registral a que se ajusta nuestra ley. Al analizar sus disposiciones en los párrafos que siguen, ampliaremos el estudio de estos principios y la forma en que nuestra ley los ha reglamentado.

1112/11190

B.— ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1112/1434

1434. SU CARÁCTER NACIONAL.— La ley 17801 es complementaria del Código Civil (art. 42 Ver Texto) y, por lo tanto, su ámbito de aplicación se extiende a todo el territorio de la Nación (art. 1º Ver Texto).

Conviene puntualizar el carácter nacional de esta ley porque, por una parte, legitima la existencia de los Registros provinciales y, por la otra, supone una legislación que se superpone a las de las leyes locales, a veces coincidiendo con ellas, a veces contradiciéndolas. El criterio que ha seguido el legislador para distinguir las facultades propias de la Nación y de las provincias en esta materia, es el siguiente: todo lo que hace a la organización y funcionamiento de los Registros, el procedimiento de registración y el trámite correspondiente a las impugnaciones o recursos que se deduzcan contra las resoluciones de sus autoridades, son materia propia de las leyes locales (art. 38 Ver Texto); pero todo lo referente a los documentos que deben inscribirse, la forma de la matriculación e inscripción, sus efectos, la publicidad de los asientos, es materia de la legislación de fondo y, por consiguiente, está regido por la ley nacional.

Solamente en un punto hay una superposición admitida por la ley 17801: el art. 43 Ver Texto dispone que las leyes locales podrán reducir los plazos establecidos en esta ley. Salvo este supuesto, en toda la materia legislada por la ley 17801 , las disposiciones de las leyes locales que las contravengan, han quedado derogadas.

1112/11200

C.— DOCUMENTOS REGISTRABLES

1112/1435

1435. ENUMERACIÓN.— Conforme con el art. 2 Ver Texto , ley 17801, se registrarán los siguientes documentos: a) los que constituyen, transmitan, declaren, modifiquen, o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos, inhibiciones, y demás providencias cautelares; c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

En cuanto al primer inciso su enunciación es amplia y comprende todos los actos referidos a los derechos reales sobre inmuebles: transmisión del dominio, hipoteca, usufructo, anticresis, uso y habitación, etc. Entre los actos que declaren derechos puede citarse la declaratoria de herederos, la declaración de que un testamento es válido en cuanto a sus formas, la división del condominio, etc.

El inciso b) se refiere a las medidas cautelares y también las comprende de modo amplio, pues luego de referirse expresamente a los embargos e inhibiciones, expresa: y demás providencias cautelares, como, por ejemplo, la anotación de litis, la medida de no innovar, las interdicciones de los concursados civiles o comerciales, de los dementes, sordomudos e inhabilitados, etc.

Por último, en el inciso c) se prevé ampliamente la inscripción de otros documentos cuya anotación pueda ser ordenada por leyes nacionales o provinciales. Como ejemplo, puede recordarse la anotación de los boletos de compraventa de loteos, conforme con la ley 14005 ; la anotación de los boletos de compraventa de propiedad horizontal, conforme con la ley 19724 ; el llamado bien de familia (ley 14394).

1112/1436

1436. REQUISITOS LEGALES DE LOS DOCUMENTOS ANOTABLES.— Expresa el art. 3 Ver Texto , ley 17801, que para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) revestir el carácter de auténticos o hacer fe de por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido

que sea objeto de la registraci3n, sirviendo inmediatamente de t3tulo al dominio, derecho real o asiento practicable. Para los casos de excepci3n que establezcan las leyes, podr3n ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes est3 certificada por escribano p3blico, juez de paz o funcionario competente.

El principio es, por consiguiente, que s3lo los documentos aut3nticos pueden ser inscriptos en el Registro. Esto hace a los principios de autenticidad y legitimidad que supone una buena registraci3n. Implica, asimismo, la obligaci3n del registrador de examinar la legalidad de las formas extr3nsecas de los documentos (art. 8 Ver Texto), de tal modo que la inscripci3n del t3tulo en el Registro supone una presunci3n de legitimidad.

Por ello mismo, quedan excluidos, en principio, los documentos privados; pero la prohibici3n no pod3a ser absoluta, porque la vida del derecho hace conveniente la registraci3n de ciertos documentos privados como, por ejemplo, los boletos de compraventa de inmuebles en lotes (ley 14005) o en propiedad horizontal (art. 12 Ver Texto , ley 19724). Pero aun en este caso y como garant3a de autenticidad, la ley exige que la firma de los otorgantes est3 certificada por escribano p3blico, juez de paz o funcionario competente (art. 3 Ver Texto , in fine, ley 17801).

1112/1437

1437. PROCEDIMIENTO (ver nota 10).— Seg3n el art. 6, la situaci3n registral s3lo variar3 a petici3n de: a) el autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar a su reemplazante legal; b) quien tuviere inter3s en asegurar el derecho que se ha de registrar. Cuando por ley local estas tareas estuvieren asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petici3n deber3 ser formulada con su intervenci3n.

El autorizante de que habla la ley es el escribano que ha intervenido en su otorgamiento, que conforme a una costumbre de viejo amigo, es quien corre con la gesti3n de la inscripci3n. Pero no solamente el escribano est3 autorizado a solicitar la inscripci3n, sino tambi3n los propios interesados, es decir, los otorgantes del acto y sus sucesores.

En consecuencia, el procedimiento de inscripci3n se inicia con el pedido de parte interesada que deber3 ser redactado en la forma y de acuerdo con los requisitos que determine la reglamentaci3n local (art. 7 Ver Texto). La ley establece as3 el principio de rogaci3n: la inscripci3n no puede hacerse de oficio, sino a pedido de parte legitimada para hacerlo. Pero una vez iniciado el tr3mite, el procedimiento siguiente es autom3tico y queda a cargo de las autoridades del Registro (ver nota 11).

Formulado el pedido de inscripción por persona que tiene legitimación para hacerlo, el Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos (art. 8 Ver Texto).

Adviértase bien que las facultades del Registro se limitan a examinar las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicita; en cambio, no tiene competencia para juzgar de los vicios intrínsecos o de fondo.

Si el documento se ajustare a la ley en cuanto a sus formas, se procederá a inscribirlo sin más trámite. Pero puede ocurrir que el documento sea observado por el Registro. En tal caso el Registro procederá de la siguiente manera:

a) Rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta.

b) Si el defecto fuera subsanable devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado, para que lo rectifique. Sin perjuicio de ello, lo inscribirá o anotará provisionalmente por el plazo de ciento ochenta días, contados desde la fecha de presentación del documento, prorrogable por periodos determinados a petición fundada del requirente. Si éste no estuviera de acuerdo con la observación formulada, deberá solicitar al Registro que rectifique la decisión. Esta solicitud implica la prórroga del plazo de la inscripción o anotación provisional si antes no se hubiera concedido. Cuando la decisión no fuese rectificada podrá promover el recurso o impugnación que correspondiera según la ley local, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional (art. 9 Ver Texto).

El procedimiento de la ley es claro y no necesita de mayores explicaciones. Sólo destacaremos que las atribuciones de control que tienen las autoridades del Registro no son absolutas, sino que, por el contrario, están sujetas al contralor judicial.

1112/1438

1438.— La reglamentación local fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse los recursos (art. 9 Ver Texto , ley 17801). La cuestión de los plazos es esencialmente procesal y, por consiguiente, es de atribución propia de las provincias.

1112/1439

1439.— Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia (art. 9 Ver Texto , ley 17801). Vale decir, no se requiere pedido de parte interesada ni decisión de las autoridades del Registro: la caducidad se opera de pleno derecho.

1112/1440

1440. FECHA DE LA REGISTRACIÓN.— El art. 5 Ver Texto , ley 17801 establece que las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación. Hay que advertir que en su redacción original, el art. 5 Ver Texto hacía la excepción de las escrituras hipotecarias, respecto de las cuales regía el art. 3137 Ver Texto , C. Civil, que establecía que el registro debía hacerse a los seis días del otorgamiento de la escritura hipotecaria. Esta diferencia de plazo para la inscripción de las hipotecas, no se justificaba; la ley 20089 modificó los arts. 3137 Ver Texto y 3149 Ver Texto del Código Civil y el art. 5 Ver Texto de la ley 17801, uniformando el plazo de la inscripción de todas las escrituras públicas en cuarenta y cinco días.

Por consiguiente, el principio es que a los efectos de establecer la prioridad, las escrituras públicas se considerarán registradas a la fecha de la escritura —cualquiera sea la fecha de la inscripción—, siempre que ellas se presentaren al Registro dentro del plazo de 45 días desde su otorgamiento; caso contrario, la fecha del registro es la de la inscripción provisoria o definitiva.

1112/1441

1441. EFECTOS.— Ya hemos dicho, al referirnos a la legislación comparada, que hay dos sistemas registrables: aquel en el cual el registro tiene efecto constitutivo y aquel en que tiene efectos sólo declarativos. En el primer caso no hay constitución, transmisión, adquisición, modificación de derechos hasta el momento de la inscripción en el Registro, tanto en las relaciones de las partes entre sí como con respecto a terceros. En el segundo caso, en cambio, la transmisión de derechos queda firme entre las partes desde que se ha cumplido con los requisitos legales previos a la inscripción; ésta sólo perfecciona el acto en relación a los terceros.

Nuestra ley ha seguido el sistema declarativo. El art. 2505 Ver Texto después de establecer que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los Registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda, agrega: esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. El último párrafo indica claramente a contrario sensu, que la transmisión será oponible a las partes aunque no

esté registrada. En el mismo sentido y con relación a la hipoteca, el art. 3135 Ver Texto establece que la constitución de la hipoteca no perjudica a terceros sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada. El mismo principio ha sido receptado con carácter general y referido a cualquier asiento en el Registro, por el art. 20 Ver Texto , ley 17801 que expresa: las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado (ver nota 12).

En suma: en nuestro derecho, los requisitos esenciales de la transmisión de un derecho real son la escritura pública y la tradición; pero ellos no son oponibles a terceros sino desde que están registrados. En otras palabras, el registro no hace a la existencia del derecho sino a la oponibilidad respecto de terceros. Por ello, el art. 2505 Ver Texto dice que la admisión o transmisión de derechos reales sólo se juzgará perfeccionada con la inscripción en el Registro; sólo a partir de entonces tienen la plenitud de sus efectos, pues serán oponibles erga omnes.

1112/1442

1442.— Sería un error, sin embargo, creer que la inscripción no tiene efectos respecto de las partes. Por el contrario, los tiene y muy importantes: a) por lo pronto, inscripto un derecho real no puede inscribirse otro con posterioridad que se le oponga o sea incompatible (art. 17 Ver Texto , ley 17801); b) la inscripción produce la prioridad de derechos reales compatibles, es decir, regula el rango de ellos (arts. 2 Ver Texto , 14 Ver Texto , 17 Ver Texto , 18, 19, ley 17801); c) los asientos registrales tienen en caso de pérdida de protocolo, valor como prueba de la existencia de la documentación que originara el asiento registral (art. 29 Ver Texto , ley 17801).

1112/1443

1443.— La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes (art. 4 Ver Texto , ley 17801); es decir, no posee el efecto convalidante que tiene, por ejemplo, en el sistema Torrens (véase nº 1414).

Ahora bien: mediando adquisición por título oneroso, la buena fe del adquirente lo pone a cubierto de cualquier acción reivindicatoria fundada en la nulidad del título que sirvió de base a la adquisición (art. 1051 Ver Texto). Esto plantea una delicada cuestión: ¿basta la

inscripción en el Registro del título del enajenante para considerar de buena fe a quien adquirió confiado en el Registro?

Algunos autores se han pronunciado en sentido afirmativo (ver nota 13), sosteniendo que no se puede negar la buena fe de quien ha confiado en la inscripción admitida por un Registro Público. Pero no parece posible admitir esta tesis. Ya hemos dicho que según el art. 4 Ver Texto , ley 17801, la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes. Es decir, el adquirente no puede ampararse en la registración del título del enajenante, si de todos modos la causa de nulidad surge del título mismo. En este caso es claro que no puede invocar su buena fe.

Resumamos nuestro sistema legal. Para juzgar la procedencia de la acción reivindicatoria intentada por un tercero; contra un adquirente a título oneroso, hay que tener presente que la buena fe se presume (y tanto más en este caso, en que se funda en la inscripción en el Registro). En consecuencia, es el reivindicante quien tiene que probar la mala fe del adquirente. Esa mala fe que excluye la aplicación convalidante del art. 1051 Ver Texto , puede resultar de dos circunstancias: a) que el adquirente tuviera un conocimiento directo y personal de los vicios ocultos del título; por ejemplo, él sabe que quien le vendió el inmueble lo adquirió a su vez empleando dolo o violencia; b) que el vicio resultara del título mismo. En rigor, en este último supuesto puede no existir verdadera mala fe del adquirente, que por ser profano en derecho puede ignorar que el título es vicioso. Pero esto no mejora su situación. Ante todo, porque el error de derecho es inexcusable (art. 923 Ver Texto). En segundo lugar, porque él tiene el deber de prudencia de hacerse asesorar por expertos. En consecuencia, aunque subjetivamente haya creído de plena buena fe en la validez del título, a los efectos legales se lo reputa de mala fe.

En consecuencia, el estudio de los títulos sigue siendo la responsabilidad primera y más importante del escribano interviniente (ver nota 14).

1112/11210

D.— MATRICULACIÓN DE INMUEBLES: EL FOLIO REAL

1112/1444

1444. REGISTROS PERSONALES Y REGISTROS REALES.— La legislación comparada y nuestros mismos antecedentes patrios muestran la existencia de dos tipos de registros: aquellos en que la registración se hace teniendo como base la persona del titular

de los derechos y aquellos en que se hace sobre la base de la matriculación de cada inmueble.

En nuestro país, los registros eran personales. La primera ley que estableció el folio real fue el decreto-ley 11643/1963 de la Provincia de Buenos Aires; en 1967 el sistema fue adoptado para el Registro de la Capital Federal, por ley 17417 ; y al año siguiente, el sistema se extendió a todo el país de acuerdo con lo dispuesto por la ley 17801 .

La superioridad técnica del registro real sobre el personal, es evidente. De los dos elementos esenciales que integran el complejo de la registración (el titular del derecho y el inmueble), el más variable es el titular del dominio. Ello introduce en la registración llevada sobre la base de la persona, un elemento de desorden. En cambio, el inmueble es un factor más estático y, por consiguiente, más idóneo para el ordenamiento registral (ver nota 15). Desde el punto de vista práctico, el folio real permite conocer de inmediato la situación de un inmueble y el registrador podrá expedir certificaciones fotocopiando el folio y eliminando así toda posibilidad de error en el informe (ver nota 16). En verdad la superioridad del folio real sobre los registros personales es tan notoria, que resulta llamativo que se tardase tanto tiempo en adoptar este sistema. Es que durante mucho tiempo se pensó que la idea del folio real estaba ligada a la de los registros constitutivos y que no era apropiada para los registros simplemente declarativos como el nuestro. Este prejuicio derivó, sin duda alguna, de que los países que habían incorporado el sistema del registro constitutivo (Alemania, Australia, etc.), lo habían organizado naturalmente sobre la base del folio real; porque casi es imposible concebir un sistema de registro Constitutivo no organizado de esta manera. Pero eso no significa que no puedan estar también organizados sobre la base del folio real los registros cuyo valor es declarativo, porque en definitiva el folio real es simplemente una técnica registral y no un elemento indefectiblemente consustanciado con el registro constitutivo (ver nota 17). Esto explica que la ley francesa del 4 de enero de 1965, haya creado un sistema de folio real paralelo a la publicidad personal llevada por los apellidos de los propietarios. Nuestra ley ha ido más allá y evita complicaciones innecesarias: ha adoptado lisa y llanamente el sistema del folio real, eliminando la registración por persona; ello no excluye la existencia de anotaciones personales que se hacen en los registros a los efectos de inscribir las declaraciones de inhibición general de las personas y toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incidan sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles (art. 3 Ver Texto , ley 17801).

1112/1445

1445. CONCEPTO DE MATRICULACIÓN.— Es necesario distinguir claramente la inscripción de la matriculación. La primera se refiere al registro de toda constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales o de medidas precautorias. La matriculación, en cambio, importa asignar a cada inmueble un folio especial en el que se individualiza con precisión el inmueble, fijándole una característica de

ordenamiento que luego servirá para designarlo; una vez matriculado el inmueble, se anotan en esa matrícula o folio real, todas las modificaciones en el estado del dominio u otros derechos reales, así como los embargos y otras medidas cautelares (ver nota 18).

1112/1446

1446. EL FOLIO REAL.— Hemos dicho ya que la característica esencial del registro organizado por la ley 17801 es el folio real, esto es, un folio especial para cada uno de los inmuebles. Este folio puede consistir en una hoja de un libro de registro o bien en tarjetones separados; la ley habla de folio en general, dejando por consiguiente la reglamentación de las características de cada folio a las provincias. En la Capital Federal se ha adoptado el sistema de fichas o tarjetones, que tienen la ventaja de que entre ellas se pueden intercalar nuevas fichas, lo que puede resultar necesario, sea porque el número y extensión de las inscripciones ha colmado la capacidad de la tarjeta originaria, sea porque el inmueble se subdivide, lo que obliga a matricular las parcelas en tarjetas o folios separados.

Las constancias que deben figurar en el folio están determinadas en el art. 11 Ver Texto que dice así: se redactará sobre la base de breves notas que indicarán la ubicación y descripción del inmueble, sus medidas, superficie y linderos y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización. Además, cuando exista, se tomará razón de su nomenclatura catastral, se identificará en el plano de mensura correspondiente y se hará mención de las constancias de trascendencia real que resulten. Expresará el nombre del o de los titulares del dominio, con los datos personales que se requieran para las escrituras públicas. Respecto de las sociedades o personas jurídicas, se consignará su nombre o razón social, clase de sociedad y domicilio. Se hará mención de la proporción en la copropiedad o en el monto del gravamen, el título de adquisición, su clase, lugar y fecha del otorgamiento y funcionario autorizante, estableciéndose el encadenamiento del dominio que exista al momento de la matriculación. Se expresará además el número y fecha de presentación del documento en el Registro.

El asiento de matriculación debe llevar la firma del registrador responsable (art. 12 Ver Texto).

1112/1447

1447.— Todas las constancias exigidas por el art. 12 Ver Texto , deben expresarse en el folio real desde el momento mismo de su matriculación. Este es el comienzo de la historia jurídica del inmueble reflejada en el registro. Luego se inscribirán en el mismo folio las siguientes inscripciones:

- a) Las posteriores transmisiones del dominio;
- b) Las hipotecas, otros derechos reales y demás limitaciones que se relacionen con el dominio;
- c) Los embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;
- d) Las cancelaciones o extinciones de derechos reales o de embargos y demás medidas precautorias;
- e) Los documentos privados establecidos por otras leyes nacionales o provinciales, tales como los boletos de compraventa de inmuebles destinados a propiedad horizontal o a ser loteados (arts. 2 Ver Texto y 14 Ver Texto , ley 17801).

En la Capital Federal el folio está dividido en ocho sectores que corresponden a los siguientes rubros: 1) número de matrícula; 2) nomenclatura catastral; 3) ubicación (calle, número y entrecalles); 4) medidas y linderos; 5) antecedentes dominiales; 6) titularidad del dominio; 7) gravámenes, restricciones e interdicciones; 8) cancelaciones.

1112/1448

1448.— La idea de la ley, ya lo dijimos, es reflejar en cada folio la historia jurídica del inmueble. Pero puede ocurrir que un inmueble se subdivida o, por el contrario, que varios inmuebles se unifiquen. El caso está previsto en el art. 13 Ver Texto que dice así: si un inmueble se subdividiera, se confeccionarán tantas nuevas matrículas como partes resultasen, anotándose en el folio primitivo la desmembración operada. Cuando diversos inmuebles se anexaren o unificaren, se hará una nueva y única matrícula de las anteriores, poniéndose nota de correlación. En ambos casos se vincularán la o las matrículas con los planos de mensura correspondientes.

1112/1449

1449.— De la matriculación quedan exentos los inmuebles del dominio público (art. 10 Ver Texto , in fine, ley 17801). Se explica que así sea, porque los bienes del dominio público del Estado están fuera del comercio y no se concibe respecto de ellos ningún acto de enajenación, constitución de derechos reales, embargos, etc. (sobre el carácter del dominio público del Estado, véase Parte General, t. 2, n° 803 y sig.) Bien entendido que la ley exceptúa solamente a los bienes del dominio público y no a los del dominio privado, del

Estado, que por estar en el comercio y ser susceptibles de actos jurídicos, deben también matricularse.

1112/11220

E.— TRACTO SUCESIVO

1112/1450

1450. RÉGIMEN LEGAL.— Hemos dicho ya que el tracto sucesivo consiste en un encadenamiento de las sucesivas transmisiones del dominio, de tal manera que la nueva transmisión se apoye en la anterior. Así, por ejemplo, para que se inscriba la venta de una finca, es indispensable que él que vende figure en la matrícula como propietario.

Este principio del tracto sucesivo ha sido establecido en los arts. 14 Ver Texto y siguientes, ley 17801, que dicen así: matriculado el inmueble, en los lugares correspondientes del folio se registrarán: a) las posteriores transmisiones de dominio; b) las hipotecas, otros derechos reales y demás limitaciones que se relacionen con el dominio; c) las cancelaciones o extinciones que correspondan; d) las constancias de las certificaciones expedidas de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 22 Ver Texto , 24 Ver Texto y concordantes.

Los asientos mencionados en los incisos precedentes se llevarán por estricto orden cronológico que impida intercalación entre los de su misma especie y en la forma que expresa el art. 12 Ver Texto , en cuanto fuere compatible con la debida especificación de las circunstancias particulares que resulten de los respectivos documentos, especialmente con relación al derecho que se inscriba (art. 14 Ver Texto).

No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones (art. 15 Ver Texto).

1112/1451

1451.— De acuerdo con las reglas transcriptas, para inscribir un documento en el Registro, es indispensable que aparezca como titular la persona que por el documento constituye o

transmite un derecho; es decir, el transmitente debe tener inscripto previamente su derecho en el Registro. Pero, el art. 16 Ver Texto se refiere a algunos supuestos llamados de tracto sucesivo abreviado, que consiste en inscribir un derecho a nombre de una persona, aunque anteriormente en el folio no resultara registrado el derecho a nombre de quien lo transmite, si la titularidad del derecho resulta de la documentación acompañada. Así, por ejemplo, una persona firma un boleto de compraventa de un inmueble que le pertenece; pero muere antes de escriturar e inscribir el dominio a nombre del comprador. Demandada la escrituración a los herederos, el juez hace lugar a la demanda. En cumplimiento de la sentencia, los herederos firman la escritura traslativa de dominio, pero el inmueble no se halla inscripto en el Registro a su nombre; en ese caso, será necesario inscribir conjuntamente la declaratoria de herederos de la que resulta el derecho de los transmitentes y la escritura de venta. Otro supuesto muy frecuente es el siguiente: el comprador de un inmueble necesita, para pagar el precio, que un tercero le facilite dinero con garantía hipotecaria. El préstamo y la constitución de la hipoteca pueden hacerse simultáneamente con la escritura de venta. En los supuestos de tracto sucesivo abreviado, el conjunto de la documentación acompañada debe indicar los antecedentes del dominio o de los derechos transmitidos o adjudicados, partiendo del titular que figure inscripto en el Registro. De esta manera queda superado el perfecto encadenamiento del dominio.

Este sistema resulta del art. 16 Ver Texto , que dispone así: no será necesaria la previa inscripción o anotación a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue en los siguientes casos:

- a) Cuando el documento sea otorgado por los jueces, los herederos declarados o sus representantes, en cumplimiento de contratos u obligaciones contraídas en vida por el causante o su cónyuge sobre bienes registrados a su nombre;
- b) Cuando los herederos declarados o sus sucesores transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge;
- c) Cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios;
- d) Cuando se trate de instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea y se refieran a negocios jurídicos que versen sobre el mismo inmueble, aunque en las respectivas autorizaciones hayan intervenido distintos funcionarios.

En todos estos casos el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Curso de Derecho Registral Inmobiliario, organizado por MOLINARIO con la colaboración de DI PIETRO, MOISSET ESPANÉS, CHAVARRI, DÍAZ, FALBO, BOULIN ZAPATA, MOLINAS (h.), SCOTTI, BERNARD y ADROGUÉ, Buenos Aires, 1971; GARCÍA CONI, Derecho Registral Aplicado, La Plata, 1972; PÉREZ LASALA, Derecho Inmobiliario Registral, Buenos Aires, 1965; LEZANA, La nueva ley orgánica del Registro de Propiedad, J.A., 1967-V, p. 826; SCOTTI y FALBO, Registro de la Propiedad Inmueble, Buenos Aires, 1966.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: DI PIETRO, Evolución histórica de la publicidad inmobiliaria; MOISSET DE ESPANÉS, Evolución histórica del sistema registral hispánico y su régimen inmobiliario actual. Ambos trabajos están incluidos en el Curso de derecho registral inmobiliario, Buenos Aires, 1971.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CHAVARRI, La publicidad inmobiliaria en el derecho comparado, en Curso de derecho registral inmobiliario, Buenos Aires, 1971; GARCÍA CONI, Derecho registral aplicado, La Plata, 1972.

(nota 4) En la descripción del sistema Torrens hemos seguido de cerca el trabajo de CHAVARRI, La Publicidad inmobiliaria en el derecho comparado, en Curso de derecho registral inmobiliario, Buenos Aires, 1971.

(nota 5) CHAVARRI, op. cit., en nota anterior.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ DE ZAVALÍA, La evolución histórica del derecho registral en la República Argentina, en Curso de derecho registral inmobiliario, Buenos Aires, 1971.

(nota 7) Omitimos la cita de autores y fallos, pues la cuestión ha quedado superada con las leyes 17711 y 17801 .

(nota 8) Así lo dice FALBO, El registro de la propiedad inmueble organizado por la ley 17801, en Curso de derecho registral inmobiliario, p. 201.

(nota 9) Tratado de Derecho Administrativo, t. 4, p. 125.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: Véase BOULIN ZAPATA, El procedimiento registral regulado en la ley 17801 , en Curso de derecho registral inmobiliario, p. 231.

(nota 11) FALBO, El Registro de la Propiedad, en Curso de Derecho registral inmobiliario, p. 217.

(nota 12) Al adoptar este sistema, tanto la comisión que redactó la ley 17711 como la que redactó la ley 17801 siguieron la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil que fue adoptado casi textualmente por el art. 2505 Ver Texto . Sin embargo el Cuarto Congreso de Derecho Civil reunido también en la Ciudad de Córdoba después de la Reforma propició reemplazar el actual régimen por un sistema registral constitutivo que, como principio rector, cuando el Código exige la tradición, la sustituye por la inscripción.

(nota 13) En este sentido: PÉREZ LASALA, La fe pública registral y las normas civiles argentinas de protección a los terceros, L.L., t. 148, p. 1128; y SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, p. 85; no sin reservas adhiere también ADROGUÉ, El art. 1051 del Código Civil, L.L., t. 143, p. 1180.

(nota 14) De acuerdo en que la inscripción del título en el Registro no basta para tener por admitida la buena fe del adquirente y en que, por consiguiente, el estudio de los títulos mantiene toda su importancia, C. Civil Cap., Sala F, 27/8/1979, E.D., t. 87, p. 252 y L.L., 1980-D, p. 295; PUYSEGUR, El art. 1051, C. Civil, L.L., t. 152, p. 873 y s.; ALTERINI, El art. 1051 del C. Civil y el acto inoponible, J.A. Doctrina 1971, p. 634; RAFFO BENEGAS, Régimen de las nulidades en el C. Civil y en la Reforma, Revista del Notariado, n° 713, p. 1423, n° 23; GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes de buena fe, J.A., Doctrina, 1973, p. 93; MARTÍNEZ RUIZ, La reforma del Código Civil y la seguridad jurídica, Revista del Notariado, n° 702, p. 1396; CARNEIRO, Régimen de las nulidades en la reforma del Código Civil, Revista del Notariado, n° 702, p. 1411; VILLALBA WELSH, La reforma del art. 1051, C. Civil, Revista del Notariado, n° 772, p. 877; DEL CARRIL, Nulidad, E.D., t. 61, p. 997, n° 22; Declaración del 5° Congreso de Derecho Civil de Rosario, 1971.

(nota 15) En este sentido, GARCÍA CONI, Derecho registral aplicado, p. 61.

(nota 16) SCOTTI, en Curso de derecho registral inmobiliario, p. 286.

(nota 17) GARCÍA CONI, loc. cit. en nota anterior; SCOTTI, Visualización del Registro de la Propiedad, en Curso de Derecho registral inmobiliario, p. 284.

(nota 18) La VI Reunión Nacional de Directores del Registro de la Propiedad, celebrada en Mendoza en 1966, definió así la matriculación: “es el procedimiento que tomando como

base una inscripción de dominio, tiene por objeto el ingreso de un inmueble a un Registro, abriendo folio, donde se le determina y se le da una característica de ordenamiento, que mientras no se presente otro documento público que modifique dicha determinación, permanecerá inalterable” (FALBO, El Registro de la Propiedad, en Curso de Derecho registral inmobiliario, p. 220).

1112/11230

F.— PRIORIDAD

1112/1452

1452. DISPOSICIONES LEGALES.— El principio de prioridad, es decir de prevalencia de los documentos anteriores sobre los posteriores, está reglamentado en los arts. 17 Ver Texto y siguientes de la ley 17801.

El art. 17 Ver Texto establece que inscripto o anotado un documento no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiese instrumentado dentro del plazo de vigencia de la certificación a que se refieren los arts. 22 Ver Texto y concordantes y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5 Ver Texto (ver nota 1).

El principio, por consiguiente, es la prevalencia del documento inscripto con anterioridad; pero la ley hace una excepción: que al presentarlo con posterioridad se hubiese documentado dentro del plazo del bloqueo del registro establecido en los arts. 22 Ver Texto y concordantes (véase nº 1457) y, además se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5 Ver Texto , o sea cuarenta y cinco días desde la fecha de su otorgamiento.

1112/1453

1453.— El art. 18 Ver Texto establece: no obstante lo dispuesto en el artículo anterior y a los efectos a que hubiere lugar por derecho, el Registro procederá de la siguiente forma:

a) Devolverá los documentos que resulten rechazados dejando constancia de su presentación, tanto en el Registro como en el documento mismo. La forma y tiempo de duración de esta anotación serán los que rijan respecto de la inscripción provisional.

b) Si al solicitarse la inscripción o anotación existieran otras de carácter provisional o certificaciones vigentes o esté ocurriendo respecto de éstas el plazo previsto en el art. 5 Ver Texto , aquélla se practicará con advertencia de la circunstancia que la condiciona.

c) Cuando la segunda inscripción o anotación obtenga prioridad respecto de la primera, el Registro informará la variación producida.

La advertencia o información indicada se dirigirá a quien hubiere efectuado la petición o a quien tuviere interés legítimo en conocer la situación registral mediante notificación fehaciente.

1112/1454

1454.— Por su parte, el art. 19 Ver Texto establece: la prioridad entre dos o más inscripciones sobre anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el art. 40 Ver Texto . La disposición citada en último término establece que el Registro llevará un sistema de ordenamiento diario donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico asignándoles el número correlativo que les corresponda. Continúa el art. 19 Ver Texto : con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida.

Ejemplo típico de esta situación, es el supuesto previsto en el art. 3135 Ver Texto , C. Civil, según el cual al constituir hipoteca el propietario puede con consentimiento del acreedor reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente. De igual modo, no habría inconveniente en que dos acreedores hipotecarios sucesivos expresasen su voluntad, de compartir la prioridad. Es natural que así sea, porque el principio de prioridad no es de orden público y puede ser renunciado por la persona a quien beneficia.

1112/11240

G.— PUBLICIDAD REGISTRAL: CERTIFICACIONES E INFORMES

1112/1455

1455. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.— El objeto fundamental de los Registros de la propiedad inmobiliaria, es establecer un adecuado sistema de publicidad que proteja los derechos de terceros. Puesto que una de las características esenciales de los derechos reales es su valor erga omnes, resulta evidente la necesidad que los terceros y la sociedad toda, estén lo mejor informados que sea posible, del estado de dominio del inmueble. Por ello el art. 21 Ver Texto establece: el registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas. Las disposiciones locales determinarán la forma en que la documentación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración, pérdida o deterioro.

1112/1456

1456. CERTIFICACIONES.— Para proteger adecuada mente los derechos de terceros no bastaría con un simple conocimiento del estado de dominio de un bien, porque si bastara el simple informe del Registro de la Propiedad podría darse el siguiente fraude: el propietario que tiene inscripto el bien a su nombre lo vende simultáneamente a dos personas distintas; antes de cerrar la operación, ambas piden informes al Registro de cuya contestación resulta que el enajenante es titular del dominio y que no pesan gravámenes sobre él; luego, uno de los compradores se encontrará defraudado en sus derechos porque la otra venta es inscripta con anterioridad. Para evitar este tipo de maniobras la ley ha establecido un sistema de certificaciones que asegura a quienes van a otorgar un acto referido a un bien inmueble, que no podrá encontrarse con sorpresas al inscribirlo.

El art. 22 Ver Texto establece que la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros con las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes.

Art. 23 Ver Texto : Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto en dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

Tenemos así un primer paso para el otorgamiento de cualquier documento relativo a la transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales o de inmuebles: el escribano interviniente debe tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como las certificaciones expedidas por éste en las que se consigne el estado jurídico del inmueble. Obviamente si de dicha certificación resulta que el transmitente no tiene la titularidad del derecho real que pretende transmitir, o está embargado o inhibido es imposible el otorgamiento del documento. Pero puede ocurrir que el inmueble aparezca gravado con

hipotecas, usufructo, etc.; si en conocimiento de esa circunstancia, el adquirente insiste en el otorgamiento del acto, ningún inconveniente hay en que el documento se otorgue. Pero el interesado está ya avisado de las condiciones del inmueble y, por consiguiente, tomará las precauciones debidas para defender sus derechos. Así, por ejemplo, si apareciera una hipoteca no denunciada por el vendedor, exigirá, sin duda, la deducción del precio correspondiente a ese gravamen.

Si hay anotación de litis la escritura se puede otorgar a riesgo del comprador que no podrá invocar su buena fe ni ampararse en el art. 1051 Ver Texto .

1112/1457

1457.— La certificación no tiene solamente un valor informativo; además bloquea el Registro. Este bloqueo está dispuesto en el art. 25 Ver Texto de la ley que ordena: expedida una certificación de las comprendidas en los artículos anteriores, el Registro tomará nota en el folio correspondiente y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de su vigencia, más el del plazo a que se refiere el art. 5 Ver Texto , sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período hubiere despachado. A los efectos del cómputo del plazo de validez de los certificados hay que tener en cuenta que el art. 24 Ver Texto dispone que ese plazo comenzará a contar desde la cero hora del día de su expedición y será de quince, veinticinco o treinta días, según se trate respectivamente de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal. En cuanto al plazo del art. 5 Ver Texto , es de cuarenta y cinco días.

Expedida la certificación, ésta producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera en el plazo legal la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiese solicitado (art. 25 Ver Texto). En otras palabras: expedida una certificación por el Registro, el interesado queda a resguardo de que se pueda modificar el estado dominial del inmueble durante el plazo de vigencia del certificado. Por ello mismo, si durante la vigencia del aludido plazo, se pidiera otra certificación sobre el mismo inmueble, el Registro la dará, advirtiendo la existencia de certificaciones anteriores; de tal modo, que dentro de los plazos legales, la certificación otorgada en primer término confiere prioridad sobre cualquier otro pedido de inscripción posterior. De igual modo, carecerán de efecto respecto de la persona que ha pedido el certificado, los embargos o inhibiciones trabados con posterioridad (ver nota 2).

1112/1458

1458. INFORMES.— Lo dicho hasta acá se refiere a la certificación con todos sus efectos legales. Esa certificación es, por cierto un informe del estado dominial del inmueble, pero un informe que sólo los escribanos o ciertos funcionarios públicos (determinados en cada caso por la reglamentación local) pueden requerir. Es natural que así sea, por la importancia de los efectos jurídicos que supone la certificación, hecha siempre en mira al otorgamiento de un documento.

Pero aparte de la certificación, el Registro expide simples informes y copia autenticada de la documentación registral a toda persona que lo solicite, siguiendo las normas de la reglamentación local (art. 27 Ver Texto). Estos informes no tienen otro efecto que el de hacer saber a los interesados el estado del dominio, pero no bloquean el Registro, ni otorgan ningún derecho a la persona que la ha requerido.

1112/1459

1459. ANOTACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL TÍTULO.— Dispone el art. 28 Ver Texto que en todo documento que se presente para que en su consecuencia se practique inscripción o anotación, inmediatamente después que se hubiera efectuado, el Registro le pondrá nota que exprese la fecha, especie y número de orden de la registración practicada, en la forma que determine la reglamentación local. Quien expida o disponga se expida segundo o ulterior testimonio de un documento ya registrado, deberá solicitar al Registro ponga nota de la inscripción que había correspondido al original. El Registro hará constar en las inscripciones o anotaciones pertinentes, la existencia de los testimonios que le fueren presentados.

La anotación de la inscripción en el título es una garantía más de la autenticidad de éste y de que ha sido otorgado formalmente de conformidad a la ley y debidamente registrado.

1112/1460

1460. VALOR PROBATORIO DEL REGISTRO.— El registro no sustituye al título de propiedad; de por sí no basta para tener por acreditado el dominio ni los demás derechos reales. Pero si la escritura en que consta el derecho real y el libro de protocolo se perdiese, el asiento registral sirve como prueba de la existencia de la documentación que lo originara. Es lo que dispone el art. 29 Ver Texto , ley 17801.

1112/11620

1460 bis. CONSECUENCIAS DE LOS INFORMES Y CERTIFICACIONES ERRÓNEAS DEL REGISTRO.— Puede ocurrir que, por error del funcionario encargado de expedir el certificado, este omita mencionar la existencia de un embargo, una inhibición, una hipoteca, etc. que gravan el bien que se transmite. Cuando celebrada la escritura en base a ese falso informe, se la pretende inscribir, salta la existencia del gravamen: ¿Qué debe prevalecer, el derecho del embargante, acreedor hipotecario, etc., que oportunamente inscribió el gravamen, o el derecho del nuevo adquirente que adquirió confiado en el falso informe del Registro? La cuestión dio lugar a vacilaciones jurisprudenciales, que hoy pueden considerarse zanjadas en favor del derecho de quién, confiado en el informe del Registro ha adquirido un derecho sobre el inmueble. Así, la Cámara Civil de la Capital, reunida en Tribunal Plenario, ha decidido que la existencia de un embargo sobre el inmueble anotado en el Registro de la Propiedad, pero omitido en el certificado en virtud del cual actuó el escribano al autorizar la escritura de venta, no obstaculiza la inscripción de este acto, es decir, es inoponible al comprador (ver nota 3). Lo mismo ha declarado la Corte Suprema respecto de la hipoteca omitida en el certificado, que por lo tanto, no puede ser opuesta al adquirente del dominio (ver nota 4).

Estas decisiones son una consecuencia necesaria del sistema de la publicidad de los derechos reales que exige que se dé fe a las constancias registrales, tal como ellas resultan de los informes y certificados expedidos por el Registro (ver nota 5). Sin perjuicio de ello, el Estado responde por las consecuencias de los informes erróneos expedidos por el Registro de la Propiedad (ver nota 6). Esta responsabilidad es de naturaleza extracontractual y, por lo tanto, la acción prescribe a los dos años (ver nota 7).

1112/11250

H.— REGISTROS PERSONALES

1112/1461

1461. DISPOSICIONES LEGALES.— Si bien el registro está fundado en el folio real, es decir en la matriculación de los inmuebles y no de los titulares del dominio, hay secciones destinadas a hacer anotaciones que no podrían llevarse sino sobre la base de la persona del titular. Así es como el art. 30 Ver Texto dispone que el Registro tendrá secciones donde se anotarán:

a) La declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes; esta declaración es de carácter general: se refiere a todos los bienes del inhibido, estén inscriptos con anterioridad o con posterioridad a la inhibición, mientras ésta mantenga su

vigencia. Se explica así que el centro de la registración tenga que ser la persona respecto de la cual se ha anotado la inhabilitación.

b) Toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles; así, por ejemplo, la interdicción de los dementes o sordomudos que no saben darse a entender por escrito, la incapacidad relativa que pesa sobre los inhabilitados, etc.

1112/1462

1462.— La circunstancia de que estos registros sean personales no excluye la obligación de las autoridades del Registro, de relacionar las anotaciones que allí se hagan con el folio del inmueble que corresponda, cuando ello fuera procedente (art. 31 Ver Texto). La relación se hace mediante notas inscriptas en el folio real.

1112/1463

1463.— El art. 32 Ver Texto dispone que el registro de las inhabilitaciones o interdicciones de las personas físicas se practicará siempre que en el oficio que las ordene se expresen los datos que el respectivo Código de Procedimientos señale, el número de documento nacional de identidad, y toda otra referencia que tienda a evitar la posibilidad de homónimos.

Es decir, se deja librado a la reglamentación y a los Códigos de Procedimientos locales la determinación de los datos que debe contener el oficio que ordene las inhabilitaciones o interdicciones, limitándose la ley nacional a señalar una directiva legal (que las reglamentaciones locales deben prever las referencias tendientes a evitar la posibilidad de homónimos) y establecer una exigencia que las reglamentaciones locales no pueden omitir: el número del documento nacional de identidad. Es también una exigencia tendiente al mismo objeto de evitar las posibilidades de homonimia.

Sin embargo, esta exigencia del número del documento de identidad no es invencible. Cuando en el oficio judicial no se consigne el número de documento de identidad, la anotación se hará con carácter provisorio por el plazo de ciento ochenta días, y devolviendo el documento al solicitante para que lo rectifique (arts. 32 Ver Texto y 9 Ver Texto , ley 17801). Sin embargo, la registración se hará definitiva cuando por resolución judicial se declare que se han realizado los trámites de información ante los organismos correspondientes, sin haberse podido obtener el número del documento identificatorio (art. 32 Ver Texto , ley 17801).

1112/11260

I.— NOTAS ACLARATORIAS

1112/1464

1464. DISPOSICIÓN LEGAL.— El art. 33 Ver Texto , segundo párrafo, dice que el cumplimiento de condiciones suspensivas o resolutorias que resultan de los documentos inscriptos, así como las modificaciones o aclaraciones que se instrumenten con relación a los mismos, se harán constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias, cuando expresamente así se solicite.

Según hemos dicho con anterioridad, el propósito del folio real es reflejar con la mayor fidelidad posible el estado jurídico del inmueble. Cuando del título que se registra resulta que los derechos del titular están sujetos a una condición suspensiva o resolutoria, la inscripción no refleja por sí misma el estado definitivo del inmueble, sino después que la condición se ha cumplido pero como ésta, por definición, es un acontecimiento futuro e incierto, sólo mediante una nueva nota que acredite la ocurrencia de la condición, podrá reflejarse el estado real del inmueble.

En este caso, el pedido de anotación aclaratorio debe ser hecho por parte interesada, acreditando la ocurrencia del acontecimiento por un documento auténtico.

En cambio, no cabe anotación aclaratorio en caso de plazos resolutorios o suspensivos, porque el efecto de éstos se produce ipso iure por el mero vencimiento del término. Sin embargo, pensamos que debe hacerse la excepción de los plazos inciertos, es decir, de aquellos que no se sabe cuándo ocurrirán (por ejemplo, la muerte de una persona), en cuyo caso también habrá de acreditar el acaecimiento del plazo por documento auténtico.

Del mismo modo, todas las modificaciones o aclaraciones relativas a los documentos inscriptos, se harán constar en el folio respectivo por medio de notas aclaratorias a pedido de parte que las acredite con documento auténtico.

1112/11270

J.— RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS

1112/1465

1465. DISTINTOS CASOS.— Es posible que el asiento hecho en el Registro no concuerde con la realidad jurídica extra registral. Ello puede ocurrir en dos hipótesis:

a) Cuando el desacuerdo o inexactitud del registro proviene de un error u omisión contenido en el documento registrado; en ese caso, el Registro procederá a rectificar la inexactitud siempre que a la solicitud respectiva se acompañe el documento de la misma naturaleza que el que la motivó, o resolución judicial que contenga los elementos necesarios para hacer la rectificación (art. 35 Ver Texto).

b) La inexactitud puede provenir de un error u omisión material de la inscripción con relación al documento inscripto, en cuyo caso se procederá a su rectificación teniendo a la vista el que la originó (art. 35 Ver Texto). En este último caso, por consiguiente, no es necesario la presentación de un nuevo documento; basta con tener a la vista el original para hacer la rectificación.

1112/11280

K.— CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES

1112/1466

1466. DISTINTOS SUPUESTOS DE CANCELACIÓN.— Las inscripciones y anotaciones del Registro de la Propiedad se cancelan a veces a solicitud de parte y a veces de pleno derecho. Analizaremos las dos hipótesis.

1112/1467

1467. a) Cancelación a solicitud de parte interesada.— Conforme con el art. 36 Ver Texto , las inscripciones y anotaciones se cancelarán con la presentación de solicitud de parte interesada en los siguientes casos: 1) cuando se acompañe el documento en el que conste la extinción del derecho registrado; 2) cuando se acompañe el documento que instrumenta la transferencia del dominio o derecho real a favor de otra persona; en este caso, la transferencia del derecho real supone la cancelación implícita de la inscripción anterior a

favor del transmitente; 3) cuando se produce confusión entre, el titular del dominio y el del derecho real que lo grava; como ocurriría, por ejemplo, si el propietario heredase al acreedor hipotecario; 4) cuando así lo disponga una sentencia judicial; 5) cuando lo disponga la ley.

Cuando las inscripciones resulten de escritura pública, éstas deberán contener el consentimiento del titular del derecho inscripto, sus sucesores o representantes legítimos (art. 36 Ver Texto). La ley se refiere naturalmente a las cancelaciones que resultan del acuerdo de las partes. Por ello mismo se dispone a continuación que tratándose de usufructo vitalicio, será instrumento suficiente el certificado de defunción del usufructuario. Lo que es natural, porque dicho fallecimiento produce la extinción del derecho con independencia de la conformidad de los herederos del usufructuario.

Finalmente, dispone el art. 36 Ver Texto que la cancelación podrá ser total o parcial según resulte de los respectivos documentos y se practicará en la forma determinada por la reglamentación local.

1112/1468

1468. b) Cancelación de pleno derecho.— De acuerdo con el art. 37 Ver Texto caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna: 1) la inscripción de la hipoteca al vencimiento del plazo legal si antes no se renovare; conforme con el art. 3151 Ver Texto (ref. por ley 17711), dicho plazo vence a los veinte años; 2) las anotaciones que dispongan embargos, inhibiciones y otras medidas cautelares caducan a los cinco años, salvo disposición en contrario de las leyes.

Los plazos se cuentan a partir de la toma de razón (art. 37 Ver Texto , in fine, ley 17801).

1112/11290

L.— REGISTROS LOCALES

1112/1469

1469. SU RÉGIMEN.— Todo lo referente a la organización, funcionamiento y número de los Registros de Propiedad, así como los procedimientos de registración y el trámite que

corresponda a las impugnaciones y recursos, son materia propia de las leyes y reglamentaciones locales (artículo 38 Ver Texto).

La ley nacional se limita en ese aspecto a dar algunas directivas generales como las siguientes:

- a) La guarda y conservación de la documentación registral estará a cargo de quien dirija el Registro, quien deberá tomar todas las precauciones necesarias a fin de impedir el dolo o las falsedades que pudieran someterse en ella (art. 39 Ver Texto).

- b) El Registro, por los procedimientos técnicos que disponga la reglamentación local, llevará un sistema de ordenamiento diario, donde se anotará la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándoles el número correlativo que les corresponda (art. 40 Ver Texto).

Aparte de estas directivas generales, la ley establece una disposición de carácter imperativo: no podrá restringirse ni limitarse la inmediata inscripción de los títulos mediante normas de carácter administrativo o tributario (art. 41 Ver Texto). Se trata de impedir que la correcta e inmediata registración de los títulos y documentos, pueda ser obstaculizada mediante disposiciones de carácter local, sean administrativas o tributarias.

1112/11300

§ 3. El Registro de la Propiedad Inmueble en la Capital Federal

1112/1470

1470. BREVES NOCIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO.— La ley 17417 organizó el Registro para la Capital Federal, Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur sobre la base del folio real y estableció principios registrados que luego fueron adoptados en algunos casos textualmente por la ley nacional 17801 , dictada poco después. Esto dejó sin contenido normativo a la ley 17417 y por ello fue derogada por la ley 22231 dictada en mayo de 1980. Poco después se dictó el decreto reglamentario 2080/80, que estableció prolijas normas para la organización del Registro y su funcionamiento. Como esta es materia propia del Derecho Administrativo, nos limitaremos a dar una breve noción acerca de la organización del Registro y de los recursos registrales.

1112/1471

1471.— El Registro de la Propiedad Inmueble tiene en la Capital Federal un Director General, que debe poseer título de abogado o escribano, con cinco años como mínimo de ejercicio profesional, además de los restantes requisitos exigidos para el ingreso a la administración nacional (art. 179, decreto 2080/80).

El Director General resuelve las cuestiones que se promuevan por aplicación e interpretación de las normas legales y reglamentarias; puede proponer las reformas que estime conveniente introducir en leyes y reglamentos; asignar tareas y responsabilidad de los agentes; aplicar y hacer cumplir las y normas referentes a la función registral; disponer los estudios que correspondan a la especialidad; participar en congresos o asambleas en que se traten temas relacionados con el Registro (arts. 181 y 182, decreto 2.080/80).

Habrá también un Subdirector General que reemplaza al Director en caso de ausencia, fiscaliza las actividades internas del organismo y desempeña las funciones que el Director General le delegue (art. 183, decreto 2.080/80).

1112/1472

1472.— El Registro de la Propiedad Inmueble está integrado por las siguientes secciones:

- a) Inscripciones reales, encargada de recibir la documentación registral, hacer las registraciones y verificaciones de asientos.
- b) Publicidad registral, que expide las certificaciones e informes sobre el estado dominial de los inmuebles o derechos reales inscriptos, embargos, inhabiliciones, medidas cautelares y, en general, toda clase de asientos relativos a inmuebles.
- c) Anotaciones especiales, que anota y cancela inhabiliciones, interdicciones (declaración de demencia o de que el sordomudo no sabe darse a entender por escrito, inhabilitaciones, sentencias que condenan al penado a más de tres años de pena de prisión, etc.).
- d) Coordinación general, que centraliza la información que disponga la Dirección General; se ocupa de la recepción y entrega de los documentos, de su microfilmación y fotocopia, del archivo de antecedentes, de la confección y guarda de los diarios, de la fiscalización e informe de los trámites, etc.

1112/1473

1473-1476. RECURSOS REGISTRALES.— El decreto 2080/80 establece los siguientes recursos contra las decisiones del Registro:

a) Recurso de recalificación.— Si el Registrador rechazare la inscripción o anotación definitiva (admitiéndola sólo provisionalmente), el interesado podrá interponer un recurso de recalificación dentro de los noventa días de efectuada la inscripción o anotación provisional. El recurrente deberá fundar su derecho y ofrecer o acompañar en su caso, todas las pruebas de que intente valerse (art. 44, decreto 2080/80).

b) Recurso de apelación ante el Director del Registro.— Si interpuesto el recurso de recalificación recayere resolución denegatoria, o la cuestión no fuera resuelta dentro de los plazos legales, el interesado podrá interponer recurso de apelación ante el Director General, dentro de los quince días contados a partir de la notificación de la resolución denegatoria recaída en el recurso de recalificación o a partir del vencimiento del plazo para resolver (arts. 47 y 48, decreto 2080/80).

c) Recurso de apelación ante la Cámara Civil. Si la resolución dictada por el Director General del Registro en el recurso de apelación fuere denegatorio, el interesado podrá recurrir por vía de apelación ante la Cámara Nacional en lo Civil dentro de los diez días de notificada la resolución. El recurso debe fundarse en el mismo escrito de apelación (art. 2 Ver Texto , ley 22231).

(nota 1) Agreguemos que este artículo termina de la siguiente manera: o si se trata de hipoteca, dentro del plazo fijado en el art. 3137 Ver Texto del Cód. Civil. Como este artículo fue reformado por la ley 20089 , estableciendo para las hipotecas el mismo plazo que para cualquier otro derecho real, este último apartado ha quedado sin efectos normativos.

(nota 2) DÍAZ, La ley 17801,, en Curso de derecho registral inmobiliario, p. 190.

(nota 3) C. Civil Cap., en Pleno, 21/4/1976, E.D., t. 67, p. 267; en igual sentido: S.C. Buenos Aires, 13/9/1977, E.D., t. 76, p. 253.

(nota 4) C.S.N., 22/6/1976, L.L., 1976-D, p. 3 y E.D., t. 70, p. 216; en igual sentido, C. Civil Cap., Sala F, 2/6/1976, E.D., t. 70, p. 141.

(nota 5) De acuerdo: ALTERINI y LLOVERAS, Responsabilidad civil por inexactitudes registrales, E.D., t. 62, p. 557; LEZANA, notas en L.L., t. 124, p. 474, J.A., 1967-III, p. 103 y J.A., t. 15-1972, p. 304; MARTÍNEZ RUIZ, Revista del Notariado, nº 723, p. 921; TAQUINI Y ESPAÑA, nota en Revista del Notariado, nº 736, p. 1293.

(nota 6) C.S.N., 23/10/1973, L.L., t. 154, p. 451; íd., 16/11/1976, E.D., t. 72, p. 399; íd., 11/5/1978, L.L., 1978-D, p. 137. Sobre este tema, véase el minucioso e importante trabajo de ALTERINI y LLOVERAS citado en la nota anterior.

(nota 7) C.S.N., 16/11/1976, E.D., t. 72, p. 399.

1112/11310

ACCIONES REALES

1112/11320

CAPÍTULO XX - ACCIONES REALES (ver nota 1)

1112/11330

§ 1. Nociones generales

1112/1477

1477. ACCIONES REALES Y PERSONALES.— De acuerdo con una clásica distinción, las acciones patrimoniales se dividen en reales y personales. Las primeras son las que se dan en protección de los derechos reales y tienen las siguientes características generales: a) gozan del *ius persequendi*, o sea de la facultad de hacer valer el derecho contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; b) tienden al mantenimiento del derecho y, por lo tanto, se ejercen tantas veces como sea necesario para defenderlo; c) deben instaurarse ante el juez del lugar en donde está situada la cosa.

Las acciones personales, en cambio se dan en protección de los derechos personales y tienen las siguientes características: a) solamente pueden ser ejercitadas contra él o los obligados; b) tienden a la extinción del derecho porque una vez ejercida la acción y cobrado el crédito se extingue la obligación; c) es competente para entender en ellas el juez del lugar en donde debe cumplirse la obligación o el del domicilio del demandado.

Sería un error, sin embargo, creer que esta tipificación de las acciones es neta. En realidad, los caracteres señalados más bien sirven como tendencia general que como expresión de caracteres típicos. Así, por ejemplo, el *ius persecuendi* está hoy muy limitado, inclusive respecto de la más típica de las acciones reales, la reivindicatoria, que queda paralizada cuando el adquirente de la cosa es de buena fe y a título oneroso (art. 1051 Ver Texto). Por el contrario, hay acciones personales que tienen una suerte de *ius persecuendi*, como ocurre con las obligaciones *propter rem*, que pueden ser ejercidas contra el actual titular de la cosa de la cual surge la obligación.

También es relativa la segunda pauta de la distinción antes señalada. Hay acciones personales que no están dirigidas a la extinción del derecho, como sucede, por ejemplo, con la acción de rendición de cuentas que tiene el administrado respecto de su administrador o las acciones que derivan del contrato de sociedad, mientras éste mantiene su vigencia; es decir, se trata en estos casos de acciones personales que aunque ejercidas exitosamente no extinguen el derecho del acreedor, sino que lo mantienen vivo.

En cuanto a la competencia del juez, su reglamentación es bastante compleja. Así, si se trata de acciones reales ejercidas respecto de bienes inmuebles es competente el juez del lugar en que se encuentren o el del domicilio del demandado a elección del actor (art. 5 Ver Texto , inc. 2, C. Procesal); pero también las acciones de medianería, mensura y deslinde y división de condominio, que son personales, deben tramitar en el lugar donde está situado el inmueble que da lugar a la acción; lo mismo ocurre con las acciones posesorias y los interdictos cuyo carácter real o personal está discutido, si bien el Código Procesal parece reputarlas personales (inc. 1, art. 5 Ver Texto).

En suma, la calificación de acción real no permite por sí misma atribuirle los efectos que hemos señalado como característicos de estas acciones, sino que en definitiva esos efectos dependen en cada caso de la reglamentación legal.

1112/1478

1478.— Según el art. 2757 Ver Texto , las acciones reales son las de reivindicación, la confesoria y la negatoria. Cabe preguntarse si esta enumeración es limitativa o si, por el

contrario, hay otras acciones reales. Veamos los casos que han dado lugar a vacilaciones y dudas.

a) Se discute, por lo pronto, si las acciones posesorias y los interdictos son reales o personales; por las razones que hemos dado en otro lugar nos inclinamos a pensar que son reales (véase nº 193).

b) Respecto de las acciones que surgen de la hipoteca es necesario distinguir entre las que tiene el acreedor hipotecario para mantener incólume su garantía (art. 3157 Ver Texto) y la acción para obtener el pago de la obligación garantizada por la hipoteca. Las primeras son inequívocamente de carácter real; tienden a proteger un derecho de esa naturaleza; se pueden ejercer tantas veces como exista un peligro para el inmueble hipotecado y su fin es mantener el derecho y no extinguirlo.

En cambio, cuando la hipoteca se ejecuta, lo que en verdad se está ejecutando es la obligación principal a la cual la hipoteca accede; esa obligación es de carácter personal y, por lo tanto, la acción que se ejerce tiene también carácter personal. Es verdad que el acreedor hipotecario tiene derecho a ejecutar el bien cualquiera sea su actual propietario o poseedor; es decir, tiene el *ius persequendi*. Esta consecuencia no alcanza a alterar la fisonomía de la relación establecida entre acreedor y deudor, que es el asiento sobre el cual se funda el derecho hipotecario. Y como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la acción hipotecaria tendrá la naturaleza propia de la acción principal que se ejercita. Los Tribunales no han vacilado nunca en reconocer la competencia del juez del domicilio del demandado en este tipo de acciones; lo que supone reconocer carácter personal a la acción instaurada.

c) Es confuso el carácter de las acciones derivadas de las obligaciones ambulatorias o *propter rem*, que están vinculadas a un derecho real (sobre el concepto de estas obligaciones, véase nuestro Tratado de Obligaciones, t. 1, nº 7 y sig.). Se trata de obligaciones que se transmiten junto con el derecho real, de tal manera que el enajenante queda liberado de la obligación, que pasa al adquirente. Puesto que en definitiva se trata de obligaciones y no de derechos reales, las acciones que los protegen deben tener carácter personal; empero, el Código de Procedimientos establece la competencia del lugar en donde está situado el inmueble cuando se ejercitan las acciones derivadas de la medianería, de restricciones y límites al dominio, de mensura y deslinde y de división de condominio, que son típicas obligaciones *propter rem*.

El fenómeno jurídico de las obligaciones ambulatorias no fue perfilado conceptualmente en el Derecho Romano; pero no escapó a los jurisconsultos de Roma el carácter singular de ciertas acciones en las que encontraban elementos reales y personales: así fue que llamaron mixtas las acciones de deslinde (*finium regundorum*), de partición (*familiae erciscundae*) y la de división de condominio (*communi dividundo*). Nuestro derecho no admite esta

categoría de acciones mixtas, y todos estos supuestos caen dentro de las acciones personales, bien que la competencia judicial se determina por las mismas reglas que las acciones reales.

1112/1479

1479.— Habiendo tratado antes de las acciones posesorias (véase nº 185 y sig.), nos ocuparemos en adelante de las acciones reales enumeradas en el art. 2757 Ver Texto .

1112/1480

1480. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ACCIONES REALES.— El ámbito de aplicación de las acciones reales ha dado lugar a dificultades, no sólo porque los textos del Código no son todo lo claro que sería de desear, sino también porque el sistema elaborado por VÉLEZ se apartó de las fuentes romanas, todo lo cual ha originado una cierta confusión.

Sin embargo, un análisis cuidadoso de las disposiciones de nuestro Código, aclarado por la compulsión de las fuentes, permite definir con claridad el sistema seguido por VÉLEZ SANSFIELD.

Conforme con nuestro Código, que en este punto ha seguido muy de cerca, a veces literalmente, las enseñanzas de FREITAS, el ámbito de aplicación de las tres acciones enumeradas en el art. 2757 Ver Texto es el siguiente:

a) La acción reivindicatoria se brinda en defensa de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión: dominio, condominio, usufructo, uso y habitación, prenda y anticresis. Para su procedencia es necesario que haya mediado desposesión.

b) La acción negatoria se brinda en defensa de estos mismos derechos reales, es decir aquellos que se ejercen por la posesión y para defenderla no ya contra un ataque grave, como la desposesión, sino ante un ataque o lesión de menor importancia; como, por ejemplo, si alguien pretende tener una servidumbre respecto de un inmueble cuya posesión no se discute.

c) La acción confesoria se brinda en defensa de las servidumbres activas (ver nota 2); asimismo, protege al acreedor hipotecario contra los actos del deudor que disminuyen o afectan la garantía.

Nos limitamos, por ahora, a dejar sentados estos conceptos previos, a manera de introducción al tema de las acciones reales; al estudiar cada una de ellas precisaremos su ámbito de aplicación y sus efectos.

1112/1481

1481.— El Anteproyecto de BIBILONI (arts. 2547 y sig.) y el Proyecto de 1936 (arts. 1818 y sig.) han seguido de cerca el sistema del Código Civil; es lamentable que al definir el ámbito de aplicación de la acción confesoria no se haya precisado que se limita a las servidumbres activas. El Anteproyecto de 1954 es todavía más confuso. Al definir la acción confesoria dice que ella pertenece al titular de un derecho real diverso del dominio contra quien impida de cualquier modo el pleno ejercicio del derecho de que se trata (art. 1800 Ver Texto). En esta disposición está claro que esta acción no corresponde solamente al titular de una servidumbre activa sino al de cualquier otro derecho real que no sea el dominio. Siendo así hay una evidente superposición entre esta acción y la reivindicatoria o la negatoria.

1112/1482

1482. IMPORTANCIA DE LAS ACCIONES REALES.— A la época de dictarse el Código Civil las acciones reales, particularmente la reivindicatoria, eran muy importantes. En un sistema dominado por la regla *nemo plus iuris* (nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee) y en el que no había Registros, a todo lo cual se agregaba todavía la muy frecuente deficiencia en los títulos, la importancia práctica de la acción reivindicatoria era notable. Esta situación ha cambiado en este momento. La organización de los Registros, el creciente perfeccionamiento de los títulos, el saneamiento derivado de la prescripción adquisitiva, y finalmente la drástica limitación a la regla *nemo plus iuris* por efecto de la reforma al art. 1051 Ver Texto , han reducido de modo notable las oportunidades de ejercicio de estas acciones. En los Tribunales de la Capital es excepcional una acción reivindicatoria y casi desconocidas la confesoria o negatoria. Sin embargo, en las regiones apartadas del país donde la tierra vale poco, y los propietarios con frecuencia no hacen las sucesiones, ni inscriben sus títulos, la reivindicación de inmuebles es más frecuente.

Lo cierto es que hoy, en la mayor parte de los casos basta para la protección de la propiedad con las acciones posesorias y los interdictos. Estos constituyen el gran instrumento de defensa de los derechos reales, como lo demuestra la gran frecuencia con que este tipo de acciones se plantea ante los Tribunales. Y es de suponer que el creciente perfeccionamiento de catastros y registros vaya disminuyendo cada vez más el interés de las acciones reales, y muy particularmente de la negatoria. Se hace difícil comprender el interés jurídico de esta

acción, destinada a poner coto a lesiones de los derechos reales que no importan una desposesión total, cuando para ese efecto bastan los remedios más rápidos y eficaces brindados por las acciones e interdictos posesorios.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ALLENDE, *Ámbito de aplicación de las acciones reales*, L.L., t. 89, p. 794; SALVAT, *Tratado de Derechos Reales* (anotado por ARGAÑARAZ, t. 3, n° 2028 y sig.); LAFAILLE, *Tratado de derechos reales*, t. 3, n° 394 y sig.; PEÑA GUZMÁN, *Derechos reales*, t. 3, n° 2124 y sig.; MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, t. 3, p. 155 y sig.

(nota 2) En ese tema hemos seguido la convincente exposición de ALLENDE, *Ámbito de aplicación de las acciones reales*, L.L., t. 89, p. 794; véase también SALVAT, t. 3, n° 2029 y sig.; LAFAILLE, t. 3, n° 2036.

1112/11340

§ 2. Acción reivindicatoria (ver nota 1)

1112/1483

1483. CONCEPTO.— EL artículo 2758 Ver Texto define esta acción en los siguientes términos: la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

Sin duda, ésta es una de las definiciones menos felices del codificador. Ante todo, es objetable que se emplee en la definición la misma palabra que se quiere definir, lo que vuelve oscuro el concepto. Pero la definición del art. 2758 Ver Texto tiene otros defectos más graves.

Se dice que la acción de reivindicación nace del dominio, cuando en verdad surge de cualquiera de los derechos reales que confieren la posesión de la cosa. Tampoco es rigurosamente exacto que la acción nace cuando el propietario ha perdido la posesión, pues también la tiene en algunos casos en que nunca adquirió dicha posesión.

Con mayor propiedad podría definírsela como la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa para reclamarla de quien efectivamente la posee.

Adviértase que decimos “el que tiene derecho a poseer” una cosa, no el que la posee. La posesión está amparada por las acciones posesorias y los interdictos; estos remedios no se otorgan para proteger el derecho a poseer, sino la posesión en sí misma. En cambio, la acción reivindicatoria se vincula con el título, con el derecho a poseer, con independencia de la posesión misma.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: FORNIELES, Reivindicación sobre al adquirente de buena fe, en Cuestiones de derecho civil, 1944, ps. 47 y s.; íd., La prueba de dominio en el juicio de reivindicación, en Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, ps. 59 y s.; SPOTA, La reivindicación de la cosa antes de la tradición, L.L., t. 12, p. 860; FERNÁNDEZ GIANOTTI, Protección al tercer adquirente de buena fe, L.L., t. 50, p. 69; SALAS, El tenedor frente a la acción de reivindicación, J.A., t. 71, p. 162; GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes de inmuebles, J.A. diario del 21/8/1972; ALTERINI, El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible, J.A. Doctrina, 1971, p. 634; ALSINA ATIENZA, Los derechos reales en la reforma al Código Civil, J.A., Doctrina, 1969, p. 466; RAYCES, Alcance de la acción reivindicatoria, Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, t. 33, p. 369 y nota de jurisprudencia en E.D., 32, p. 412; NÚÑEZ LAGOS, Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles, Madrid, 1953; y nota de jurisprudencia por E. A. R. M. en L.L., t. 156, diario del 1º/11/1974.

1112/11350

A.— PERSONAS QUE PUEDEN EJERCERLA

1112/1484

1484. PRINCIPIO GENERAL.— El ámbito propio de la acción reivindicatoria ha suscitado divergencias en nuestro derecho, divergencias surgidas de que los textos no son todo lo claro que sería de desear. Hemos visto ya que en el art. 2758 Ver Texto se dice que la acción reivindicatoria nace del dominio; se explica así que no haya faltado quienes sostuvieran que la acción reivindicatoria en nuestro derecho surge únicamente del dominio; pero esta tesis está hoy en franca retirada. Porque si bien el art. 2758 Ver Texto parece limitar la acción al propietario, otros textos la extienden a otros titulares de derechos reales. El art. 2772 Ver Texto es claro en este sentido, cuando dice que la acción de reivindicación puede ser ejercida contra el poseedor de la cosa por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto o imperfecto. Ya no se trata solamente del propietario, sino de todos los que tengan un derecho real sobre la cosa. Más aún: el art. 2950 Ver Texto confiere al

usuario las acciones reales, con independencia de las posesorias; y la acción real típica es la reivindicación. Si, por consiguiente, ésta se confiere al usuario, es natural reconocerla también al usufructuario, cuyos derechos son similares pero más amplios que los del usuario. Por último, el art. 3890 Ver Texto confiere expresamente la acción reivindicatoria al acreedor prendario; y siendo así no habría razón para no reconocerla al acreedor anticresista, que se encuentra en una situación análoga. Está claro, pues, que la acción reivindicatoria se confiere a los titulares de los derechos de dominio, usufructo, uso y habitación, prenda y anticresis; es decir, de todos los derechos reales que confieren la posesión de la cosa. En cambio, no la tienen los que poseen un derecho real que no confiere la posesión, como ocurre con la hipoteca o las servidumbres activas (ver nota 1).

1112/1485

1485. COMPRADOR A QUIEN NO SE HIZO LA TRADICIÓN.— ¿Tiene el comprador a quien no se hizo la tradición la acción reivindicatoria? La situación debe analizarse en las relaciones con el vendedor y con los terceros.

Con relación al vendedor que no le ha entregado la posesión de la cosa, el comprador tiene una acción de cumplimiento de contrato, que lo protege suficientemente. Si la escritura pública se ha otorgado ya, demandará simplemente la entrega de la cosa; si la escritura no se ha otorgado, demandará la escrituración y la posesión (sobre este punto, véase Tratado de Contratos, t. 1, n° 460 y sig.). Algunos pronunciamientos reconocieron también al comprador un interdicto de adquirir (ver nota 2). Pero esta solución no resulta ya sostenible frente al texto del nuevo art. 607 Ver Texto del Código Procesal (posterior a las decisiones citadas), según el cual para que proceda el interdicto de adquirir se requiere que nadie tenga la posesión de los bienes que constituyen el objeto del interdicto; y como en nuestro caso, por hipótesis, ese bien está poseído por el vendedor, es claro que el interdicto no procede.

Pero la cuestión verdaderamente importante es la de si el comprador que no ha recibido la tradición de la cosa tiene acción de reivindicación contra el tercero que la posee. Sobre esta cuestión se han sostenido dos teorías encontradas:

a) Conforme con la primera, el comprador no tiene acción reivindicatoria, porque ésta nace del dominio y no habiendo recibido la tradición de la cosa, nunca ha ostentado dicho dominio. En consecuencia, no puede reivindicar (ver nota 3).

b) De acuerdo con una segunda opinión, hoy decididamente predominante, el comprador que no ha recibido la tradición tiene acción reivindicatoria contra los terceros. Los fundamentos de esta doctrina parecen incontrovertibles. Hay que observar, en primer término, que acción real y derecho real no son conceptos equivalentes y, por ello, es perfectamente posible el ejercicio de una acción real sin la titularidad actual de un derecho

real, dado que la transmisión de las acciones reales es independiente de los derechos reales que le sirven de base (ver nota 4). A ello se debe que se admita unánimemente la posibilidad de ceder la acción reivindicatoria (véase nº 1486). Y si esto es así debe entenderse que el vendedor no se reserva ningún derecho sobre la cosa y que se desprende y transmite al comprador todas las acciones que tenía respecto de ella. Resulta evidente que quien enajena una cosa que no entrega el adquirente, simultánea y necesariamente le transmite también el poder jurídico de reclamarla contra cualquiera (ver nota 5). Esto explica que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina domine hoy la opinión de que el adquirente tiene la acción reivindicatoria contra terceros (ver nota 6).

Bien entendido que el contrato de compraventa permite al comprador ejercer la acción de reivindicación en tanto cesionario de los derechos y acciones del vendedor; de tal modo que si éste careciera de la acción de reivindicación, tampoco la tiene el comprador. Este supuesto se da en la siguiente hipótesis: el propietario de un inmueble firma boleto de compraventa en favor de A y le da la posesión; luego escritura en favor de B. Como el propietario carecía de acción reivindicatoria contra A (véase nº 57 b), B tampoco la tiene, ya que no puede tener derechos mejores ni más extensos que el cedente.

1112/1486

1486. OTROS REIVINDICANTES NO TITULARES DE DERECHOS REALES.— Puesto que la acción reivindicatoria no va necesariamente ligada al dominio actual de la cosa, se ha reconocido la acción reivindicatoria al cesionario (ver nota 7); igualmente se admite que los acreedores del propietario pueden reivindicar lo que a él le pertenece, por vía de la acción oblicua o subrogatoria (ver nota 8).

Compete también al heredero aun cuando no haya tenido él personalmente la posesión de la cosa, puesto que sucede al causante en todos sus derechos (ver nota 9).

En cuanto al legatario de cosa determinada, está expresamente autorizado a reivindicarla de los terceros detentadores por el art. 3775 Ver Texto .

Ninguna duda cabe tampoco de que los herederos de una persona ausente con presunción de fallecimiento tienen la acción reivindicatoria, dado el carácter de sucesores universales que invisten (arts. 28 Ver Texto y sig., ley 14394).

Tampoco cabe dudar de que la tiene el nudo propietario (ver nota 10). En cambio, se ha declarado que no la tienen los socios ni sus herederos o cesionarios, porque el dominio pertenece a la sociedad y sólo ella puede reivindicar (ver nota 11).

1112/1487

1487. REIVINDICACIÓN POR EL CONDÓMINO.— El problema de la reivindicación por el condómino debe analizarse en relación a dos hipótesis distintas: que la acción sea dirigida contra otro de los comuneros o que sea dirigida contra un tercero.

a) Reivindicación entre condóminos.— Este primer problema está expresamente resuelto por el art. 2761 Ver Texto según el cual son también reivindicables las partes ideales de los muebles o inmuebles por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

Esta disposición prevé el supuesto de que uno de los condóminos le niegue a otro su derecho a la cosa y lo prive de su posesión, uso y goce. El Código confiere expresamente la acción reivindicatoria. Estrictamente no se trata de una acción de reivindicación, pues no se puede reivindicar un algo inmaterial, ese conjunto de derechos y obligaciones sobre la cosa que es esa llamada parte ideal. Como dice FORNIELES, no hay propiamente una acción de reivindicación, sino simplemente una acción dirigida a que los otros comuneros reconozcan el derecho del actor a coparticipar en el dominio (ver nota 12).

1112/1488

1488. b) Reivindicación contra terceros.— Supongamos ahora que la cosa perteneciente en condominio a varias personas se encuentre en poder de un tercero. Se cuestiona si uno de los condóminos puede tan sólo reivindicar su parte indivisa en la cosa o si tiene derecho a reivindicarla en su totalidad.

1) En favor de la primera teoría se aduce que nadie puede reclamar un derecho más extenso del que posee. Si el condómino es propietario sólo de una parte de la cosa ¿con qué título podría reclamar las otras partes? Todavía puede aducirse en favor de esta tesis el art. 3450 Ver Texto , aplicable por analogía, según el cual los herederos en estado de indivisión pueden reivindicar contra terceros los inmuebles de la herencia hasta la concurrencia de su parte (ver nota 13).

2) Pero hoy predomina decididamente la opinión según la cual el condómino tiene derecho a reivindicar la totalidad de la cosa contra terceros. Esta tesis tiene, por lo pronto, un fundamento de derecho positivo muy importante en el art. 2679 Ver Texto , según el cual cada uno de los condóminos puede reivindicar contra un tercero detentador, la, cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella. La acción, por consiguiente, se confiere por el todo. Además, la reivindicación tiene principalmente en mira reintegrar al demandante en la posesión y las partes indivisas no son

susceptibles de ser poseídas; lo que se reivindica, por consiguiente, es la cosa, no la parte ideal. Como dice LAFAILLE, el artificio técnico de las partes indivisas ha sido arbitrado para el régimen interno del condominio, pero no sería lógico extenderlo en relación a otros (ver nota 14). Finalmente, desde el punto de vista práctico, es evidentemente superior la solución que permite al actor reivindicar la totalidad de la cosa y no colocarlo en una situación híbrida respecto de una persona que se ha demostrado no ser propietaria de la cosa reivindicada (ver nota 15).

Todavía puede agregarse en apoyo de esta tesis, que por nuestra parte compartimos, que la propiedad de cada condómino no es esencialmente diversa de la propiedad exclusiva y que el señorío del condómino se extiende a toda la cosa, como surge del art. 2684 Ver Texto , según el cual todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular. Porque tiene este derecho al uso y goce de la cosa, dice ARGAÑARAZ, sin otra limitación que la de no contrariar el igual derecho de los demás condóminos, y porque esta limitación no ampara a quien no es copropietario, cada condómino tiene el derecho de apartar de la comunidad a quien no forma parte de ella (ver nota 16).

(nota 1) De acuerdo con esta interpretación amplia: C. Fed. Bahía Blanca, 9/3/1945, L.L., t. 38, p. 182; BIBILONI, nota al art. 2548 del Anteproyecto; LAFAILLE, t. 3, n° 2044; ALLENDE, Ámbito de aplicación de las acciones reales, L.L., t. 89, p. 794; SEGOVIA, t. 2, p. 179, n° 8. En el sentido de que la acción de reivindicación corresponde sólo al propietario: SALVAT, t. 3, n° 2050; MACHADO, t. 7, p. 186.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 22/5/1964, J.A., 1964-IV, p. 511; C. Civil 1ª Cap., 3/3/1936, J.A., t. 53, p. 595; C. Civil 2ª Cap., 29/12/1949, L.L., t. 57, p. 649 y J.A., 1950-III, p. 172; C. Fed. La Plata, 19/7/1940, L.L., t. 20, p. 949 y J.A., t. 73, p. 190.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 26/5/1953, L.L., t. 70, p. 611 y J.A., 1953-IV, p. 376; C. Apel. La Plata, 20/8/1937, L.L., t. 7, p. 1046; C. Apel. Rosario, 29/7/1938, L.L., t. 13, p. 563; C. Fed. Bahía Blanca, 14/5/1957, L.L., t. 87, p. 483 y J.A. 1957-III, p. 300; C. Apel. Córdoba, 28/8/1936, L.L., t. 3, p. 1038; SALVAT, t. 3, n° 2035.

(nota 4) En este sentido, CICHERO, en voto en C. Civil Cap. en pleno, 11/11/1958, L.L., t. 92, p. 464.

(nota 5) Voto del Dr. FLIESS, en el plenario citado en nota anterior.

(nota 6) C.S.N., Fallos, t. 36, p. 372; íd., Fallos, t. 83, p. 223; íd., Fallos, t. 123, p. 285; C. Civ. Cap., en pleno, 11/11/1958, L.L., t. 92, p. 463 y J.A., 1963-II, p. 442 nota (debe señalarse que el pronunciamiento del tribunal fue unánime); S.C. Buenos Aires, 16/10/1945, L.L., t. 41, p. 70 y J.A., 1945-IV, p. 840; ed., 26/9/1966, Rep. L.L., t. 31, p. 1687, sum. 12; C. Fed. Bahía Blanca, 12/4/1955, L.L., t. 78, p. 609; S.T. Santa Fe, 24/4/1961, L.L., t. 107, p. 481; C. Apel. Rosario, 14/3/1947, L.L., t. 47, p. 218; S.C. Tucumán, 19/9/1933, J.T., t. 15, p. 14; S.T. Entre Ríos, 15/4/1943, J.A., 1943-III, p. 442; S.T. Neuquén, 11/10/1968, L.L., t. 137, p. 799, 23.071-S; C. Fed. Mendoza, 16/8/1945, L.L., t. 41, p. 485; C. 4ª Apel. Córdoba, 9/4/1965, L.L., Rep. t. 28, p. 2633, sum. 20; LAFAILLE, t. 3, n° 2047; RUIZ MORENO, La acción reivindicatoria antes de la tradición de la cosa, Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1928, p. 534; SPOTA, nota en L.L., t. 12, p. 860; FORNIELES, J.A., 1945-III, sec. doct., p. 11, n° 8.

(nota 7) Es la doctrina que surge del plenario de la C. Civil Cap., 11/11/1958, LL., t. 92, p. 463; C. Fed. Bahía Blanca, 9/3/1945, L.L., t. 38, p. 182 y J.A., 1945-II, p. 245; S.C. Buenos Aires, 20/12/1960, L.L., t. 102, p. 322 y J.A., 1961-II, p. 105; S.C. Tucumán, 4/12/1952, L.L., t. 73, p. 286; C. Apel. Rosario, 11/9/1942, R.S.F., t. 1, p. 286; C. Apel. 1ª La Plata, 30/10/1951, L.L., t. 66, p. 666 y J.A., 1952-II, p. 106; C. Apel. 2ª Córdoba, 15/4/1958, C.J., t. 13, p. 220; LAFAILLE, t. 3, n° 2047; MARTÍNEZ, Es cesible la acción reivindicatoria, Homenaje a Zenón Martínez, Santa Fe, 1945, p. 687; SALVAT, t. 3, n° 2059; MACHADO, t. 7, p. 187; SPOTA, L.L., t. 12, p. 860; el mismo VÉLEZ SANSFIELD en la nota al art. 1445 dice que la reivindicación fundada sobre el derecho de propiedad es cesible.

(nota 8) C. Fed. Bahía Blanca, 9/3/1945, L.L., t. 38, p. 182 y J.A., 1945-II, p. 245; LAFAILLE, t. 3, n° 2046; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, números 541 y 589.

(nota 9) De acuerdo, LAFAILLE, t. 3, n° 2047; SALVAT, t. 3, n° 2060; S.C. Buenos Aires, 2/8/1960, L.L., t. 100, p. 494; C. Fed. La Plata, 18/11/1938, J.A., t. 64, p. 450.

(nota 10) S.C. Buenos Aires, 17/6/1952, Digesto de La Ley, t. IV, p. 1389, n° 58; C. Apel. 1ª La Plata, 4/12/1951, J.A., 1952-II, p. 158.

(nota 11) C. Apel. 2ª Córdoba, 16/2/1940, J.C., t. 1, p. 162.

(nota 12) FORNIELES, Tratado de las sucesiones, 4ª edición, t. 1, p. 464; en sentido concordante, ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2053, nota 56.

(nota 13) C. Apel. Rosario, 21/12/1951, *Juris*, t. 1, p. 207; C. Apel. 2ª Córdoba, 15/6/1954, *C.J.*, t. 7, p. 668; C. Fed. Bahía Blanca, 18/9/1957, *L.L.* diario del 12/4/1959; C. Apel. Tucumán, 27/7/1959, *L.L.*, diario del 15/11/1959. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha tenido una jurisprudencia cambiante: primero decidió que el condómino sólo podía reivindicar la parte ideal que tenía en la cosa: 16/10/1945, *L.L.*, t. 41, p. 70 y *J.A.*, 1945-IV, p. 840; luego decidió que podía reivindicar la totalidad de la cosa: 18/8/1954, *L.L.*, t. 76, p. 670; para volver posteriormente a su jurisprudencia originaria: 2/8/1960, *L.L.*, t. 100, p. 494. Sostienen esta doctrina, *SALVAT*, t. 3, n° 2054 y s.; *MACHADO*, t. 7, ps. 85 y s.; *LLERENA*, t. 7, p. 487 y t. 8, p. 15.

(nota 14) *LAFAILLE*, t. 3, n° 2051.

(nota 15) De acuerdo con esta solución: *C. Civil Cap.*, Sala C, 2/7/1968, *L.L.*, t. 133, p. 784; Sala D, 10/2/1967, *L.L.*, t. 125, p. 621; *C. Civil 1ª Cap.*, 26/7/1939, *J.A.*, t. 69, p. 500; *id.*, 18/2/1943, *L.L.*, t. 30, p. 141 y *J.A.*, 1943-I, p. 625; *C. 2ª Apel. La Plata*, 10/4/1973, *L.L.*, t. 151, p. 542; *C. Fed. La Plata*, 22/10/1943, *J.A.*, 1943-IV, 448; *C. Fed. Bahía Blanca*, 15/2/1952, *L.L.*, t. 66, p. 203; *S.C. San Luis*, 16/7/1936, *J.A.*, t. 57, p. 923; *C.J. San Juan*, 5/12/1966, *L.L.*, t. 125, p. 619 (respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Buenos Aires véase nota 619); *LAFAILLE*, t. 3, n° 2051; *MOYANO y SPOTA*, nota en *J.A.*, t. 48, p. 609; *BIBILONI*, nota al art. 2509 del Anteproyecto; *FORNIELES*, Tratado de las sucesiones, 4ª ed., p. 464; *ARGAÑARAZ*, en *SALVAT*, t. 3, n° 2058 a.

(nota 16) *ARGAÑARAZ*, en *SALVAT*, t. 3, n° 2058, a.

1112/11360

B.— CONTRA QUIÉN SE DIRIGE

1112/1489

1489. PRINCIPIO.— La acción de reivindicación está fundamentalmente dirigida a recuperar (y, excepcionalmente, adquirir) la posesión perdida. Pero cabe preguntarse si al hablar de poseedor o posesión, el Código se refiere al sentido propio de la palabra o comprende también la simple tenencia. La cuestión es delicada y exige a nuestro entender algunas precisiones:

a) Como principio, la acción reivindicatoria se otorga contra cualquiera que tiene la cosa, sea a título de poseedor propiamente dicho o de simple tenedor (ver nota 1). Es la solución

que surge expresamente del primer párrafo del art. 2782 Ver Texto , según la cual la reivindicación puede dirigirse contra el que posee a nombre de otro; concepto que, por otra parte, está ratificado por la nota al art. 2758 Ver Texto , en la cual VÉLEZ SANSFIELD dice que “la palabra poseer, poseedor se aplica en el caso del artículo y respecto al demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa como al que meramente la tiene”.

Sin embargo, el simple tenedor, que tiene la cosa a nombre de un tercero, puede desviar de sí la acción declarando el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene; desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa (art. 2782 Ver Texto).

La solución es razonable: si el tenedor no pretende tener ningún derecho a la posesión de la cosa, salvo el que emerge de una relación contractual con un tercero, es entre el reivindicante y este tercero que debe trabarse el litigio.

Para que el tenedor pueda desviar de sí la acción, debe declarar el nombre y domicilio del poseedor hasta el momento de la traba de la litis, siendo extemporánea una manifestación posterior (ver nota 2).

Si no obstante la manifestación del demandado de no ser poseedor y de tener la cosa a nombre del tercero, el actor insistiera en que aquél es el verdadero poseedor, el juicio debe proseguir bajo la responsabilidad del actor, que deberá probar su afirmación (ver nota 3); y, por cierto, la reivindicación es procedente contra el tenedor, aunque declare que posee a nombre de otro, si de las pruebas resulta la inexactitud de su afirmación (ver nota 4).

No basta que el simple tenedor de la cosa diga que tiene este carácter, sin expresar al propio tiempo el nombre y el domicilio de la persona por la cual posee o que lisa y llanamente niegue ser poseedor. El juicio se seguirá contra él y el reivindicante recuperará la posesión de la cosa desde que pruebe que se encuentra en poder del demandado (art. 2783 Ver Texto). Ello sin perjuicio del derecho que tiene la persona a cuyo nombre poseía el tercero de discutir el derecho a la cosa con el reivindicante (ver nota 5).

b) De todo lo dicho hasta aquí surge la siguiente conclusión: que el reivindicante tiene acción reivindicatoria contra el poseedor o el simple tenedor; pero que si éste da el nombre de la persona por quien posee, la acción debe dirigirse contra éste. Pero puede ocurrir que el tenedor detente la cosa no a nombre de un tercero, sino por entrega hecha por el propio reivindicante. Supongamos que el demandado tenga la cosa como consecuencia de un contrato de locación, de mandato, de depósito, de comodato, etc. Y supongamos también que al propietario no le resulte cómodo instaurar la acción nacida del contrato, por ejemplo, porque ha perdido la prueba de éste. En ese caso, ninguna duda cabe de que el propietario

tiene la acción de reivindicación, que es propia de todo dueño y la tiene contra el simple tenedor, aunque éste no pretenda tener la posesión en sentido propio (ver nota 6).

1112/1490

1490. REIVINDICACIÓN CONTRA EL HEREDERO DEL POSEEDOR.— Dispone el art. 2773 Ver Texto que la acción de reivindicación no se da contra el heredero del poseedor sino cuando el heredero es poseedor él mismo de la cosa sobre que versa la acción y no está obligado por la parte de que sea heredero del difunto poseedor, sino en cuanto a la parte que tenga en la posesión.

Advirtamos, ante todo, que el texto se refiere a la posesión de la cosa en sí misma y no a la posesión hereditaria; de donde resulta claro que el art. 2773 Ver Texto alude al supuesto de reivindicación promovida después de la partición de los bienes de la herencia (ver nota 7). Si la cosa ha sido adjudicada en la partición a un solo heredero, es éste el único que puede ser demandado; si ha sido adjudicada en condominio a varios, cada uno de los condóminos no está obligado sino en cuanto a la parte que tenga en la posesión.

Pero si la reivindicación fue intentada durante el estado de indivisión, todos los herederos son responsables (ver nota 8).

1112/1491

1491. REIVINDICACIÓN SIN POSESIÓN NI TENENCIA DE LA COSA POR EL DEMANDADO.— Siguiendo la tradición del Derecho Romano, nuestro Código admite la reivindicación en casos supuestos en los cuales el demandado, al entablarse la demanda, no es ni poseedor ni tenedor de la cosa reivindicada. Esos casos son los siguientes: a) cuando el demandado se da por poseedor sin serlo (art. 2784 Ver Texto); b) cuando el demandado ha dejado de poseer por dolo o hecho suyo (art. 2785 Ver Texto). Los romanistas hablaban de que en estos casos había posesión ficta, porque en ellos se hace aplicación del principio de que el dolo del demandado equivale a la posesión de la cosa reivindicada. Trataremos por separado estos casos.

a) Según el art. 2784 Ver Texto , el que de mala fe se da por poseedor sin serlo, será condenado a la indemnización de cualquier perjuicio que de este engaño haya resultado al reivindicante. La sentencia no podría condenar a la restitución de la cosa, puesto que el demandado no es poseedor ni tenedor; pero sería injusto exonerar de toda responsabilidad a quien ha inducido en error al reivindicante. La ley castiga su mala fe imponiéndole la indemnización de todos los daños y perjuicios resultantes de este engaño.

b) Por lo pronto, deberá cargar con las costas del juicio; pero pueden haber ocurrido otros daños. Así, por ejemplo, es posible que durante el tiempo que duró el trámite del juicio, se haya operado la prescripción adquisitiva en favor del poseedor verdadero. En esa hipótesis el reivindicado que declaró ser poseedor, sin serlo, tendrá que pagar los daños sufridos por el reivindicante como consecuencia de la pérdida de su propiedad. De igual modo, deberá indemnizarlo por los frutos dejados de percibir durante el tiempo que duró el pleito.

b) Por su parte, el art. 2785 Ver Texto dispone que la reivindicación podrá intentarse contra el que por dolo o hecho suyo ha dejado de poseer para dificultar o imposibilitar la reivindicación. La ley supone el caso de que el demandado haya enajenado la cosa a un tercero; si éste es a título oneroso y de buena fe, la reivindicación se habrá hecho imposible; si lo ha sido de mala fe o a título gratuito la reivindicación se dificulta, pero no se hace imposible. En ambos casos, el que ha procedido con dolo debe indemnizar todos los daños y perjuicios sufridos por el reivindicante.

Advirtamos que la ley habla del que hubiera procedido por dolo o hecho suyo, lo que parecería indicar que se trata de dos situaciones distintas. Sin embargo no es así. El hecho suyo de que habla la ley debe ser realizado para dificultar o imposibilitar la reivindicación. Debe tratarse, por tanto, de un hecho intencional. Y siendo intencional, es doloso. Concluimos, pues, que las palabras dolo o hecho suyo son dos maneras reiterativas de expresar la misma idea. En cambio, la reivindicación no cabe si el demandado ha dejado de poseer por simple negligencia, como ocurriría si hubiera perdido la cosa sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios que eventualmente pudiera corresponder. Decimos eventualmente, porque esta acción de daños y perjuicios puede o no nacer en favor del propietario de la cosa; tendrá derecho a ella si hubiera confiado la tenencia de la cosa a un tercero y éste la perdiere; no la tendrá, en cambio, contra el tercer adquirente a título gratuito y de buena fe que por negligencia la perdiere.

Se explica que así sea, porque esta acción de daños es contractual; el que está ligado al dueño por un contrato, de depósito, locación, etc., responde de su negligencia; pero no, el tercer poseedor no ligado al dueño por contrato alguno. Por el contrario, la acción derivada del art. 2785 Ver Texto no surge de un contrato, sino del dominio, por lo cual se brinda contra cualquier poseedor que por su dolo haya hecho imposible la reivindicación.

Por nuestra parte pensamos que es un error de técnica jurídica llamar reivindicación a la acción que se intenta contra el que por dolo ha dejado de poseer para dificultar o imposibilitar la reivindicación; lo que se tiene contra él es una acción de daños y perjuicios y no la reivindicatoria, cuyo objeto fundamental es recuperar la posesión de la cosa. Claro está que si el demandado ha dejado de poseer después de iniciado el juicio de reivindicación, entonces la acción debe seguir adelante y transformarse en una de daños y perjuicios.

1112/1492

1492. VENDEDOR DE COSAS INMUEBLES.— Acorde con el art. 3923 Ver Texto , el vendedor de cosas inmuebles que no ha dados término para el pago, puede reivindicarlas del comprador o de terceros poseedores. En la práctica, en las relaciones entre comprador y vendedor, basta con la acción de resolución por incumplimiento del contrato; con respecto a los terceros poseedores, la acción reivindicatoria procederá solamente si estos son de mala fe o han adquirido la cosa por título gratuito, según hemos de ver más adelante (véase nº 1500 y sig.).

1112/1493

1493. DERECHO DE PERSECUCIÓN DEL LOCADOR.— El art. 3883 Ver Texto del C. Civil establece un privilegio en favor del locador, que afecta los muebles que se encuentran en la casa que sirven para la explotación de la hacienda rural; y el art. 3885 Ver Texto le confiere un derecho de persecución sobre esas cosas, que puede hacerse efectivo durante un mes después de retiradas de la cosa alquilada, aunque el poseedor de ellos sea de buena fe.

No se trata, por cierto, de una acción de reivindicación puesto que el titular de ella no es propietario ni tiene tampoco ningún derecho real que confiera la posesión de la cosa; tampoco se compadece con la naturaleza de la reivindicación el brevísimo término de caducidad que se fija para la acción del art. 3885 Ver Texto . Pero tiene con ella alguna analogía porque confiere, aunque sea brevemente, un derecho de persecución para hacer efectivo el privilegio que la ley reconoce al locador.

(nota 1) De acuerdo en que puede dirigirse contra el simple tenedor: C. Com. Cap., Sala B, 16/5/1956, L.L., t. 88, p. 613; S.C. Buenos Aires, 16/8/1955, L.L., t. 81, p. 386 y J.A., 1956-I, p. 200; S.T. Santa Fe, 4/10/1957, Juris, t. 12, p. 226; S.C. Tucumán, 6/9/1936, L.L., t. 6, p. 322; C. Apel. Río Cuarto, 3/7/1962, L.L., t. 111, p. 222; C. Fed. Resistencia, 26/5/1950, J.A., 1960-IV, p. 156; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, nº 2137.

(nota 2) De acuerdo, LAFAILLE, t. 3, nº 2055; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2064, nota 81. En cambio, SALVAT opina que la manifestación puede hacerse en cualquier estado del juicio (loc. cit.).

(nota 3) S.C. Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, Serie 14, t. 4, p. 365; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2064, nota 80.

(nota 4) C.S.N., Fallos, t. 92, p. 78.

(nota 5) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2065.

(nota 6) Esta es la solución que surge claramente no sólo de los textos legales, sino también de la nota al art. 2758, en el cual se expone el ejemplo del depósito: véase C.S.N., Fallos, t. 78, p. 18; íd., t. 79, p. 430; C. Civil 1ª Cap., 29/9/1931, J.A., t. 36, p. 981; C. Civil 2ª Cap., 29/7/1932, J.A., t. 38, p. 1179; íd., 7/5/1942, J.A., 1942-II, p. 678; S.C. Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, Serie 16, t. 10, p. 187 y L.L., t. 81, p. 386; SALVAT, t. 3, n° 2066; SEGOVIA, t. 2, p. 179, n° 11.

(nota 7) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2073 a.

(nota 8) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2073 a; MACHADO, t. 7, p. 207; S.C. Buenos Aires, Acuerdos y Sentencias, Serie 14, t. 5, p. 415.

1112/11370

C.— OBJETO DE LA ACCIÓN

1112/1494

1494. PRINCIPIO.— Ya hemos dicho que el objeto de la acción reivindicatoria es la recuperación de la posesión de cosas muebles o inmuebles. Debe referirse siempre a cosas particulares, es decir, a cosas físicamente determinadas, sean muebles o inmuebles. Este principio surge del mismo artículo en que se define la acción de reivindicación, el 2758, en el que se dice que esta acción es la que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares; y el concepto está refirmado en el art. 2759 Ver Texto , según el cual las cosas particulares de que se tiene dominio, sean muebles o raíces, pueden ser objeto de la acción de reivindicación.

Por cosas particulares debe entenderse aquellas que pueden determinarse físicamente. Para eliminar algunas posibles dudas, el Código agrega que son reivindicables los títulos de créditos que no fuesen al portador, aunque se tengan cedidos o endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto o simple

detentador (art. 2760 Ver Texto). La ley se refiere claramente a los títulos nominativos o a la orden; en cuanto a los títulos al portador, véase nº 1496, d.

Del mismo modo, son reivindicables las cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo (art. 2759 Ver Texto), es decir los instrumentos destinados a documentar la existencia de derechos reales o personales. Por consiguiente, puede reivindicarse el título de propiedad de un inmueble o el que compruebe la existencia de otros derechos reales o personales.

1112/1495

1495. UNIVERSALIDADES DE BIENES Y DE COSAS.— Dispone el art. 2764 Ver Texto que una universalidad de bienes tales como una sucesión cuestionada, no puede ser objeto de la acción de reivindicación; pero puede serlo una universalidad de cosas. La ley distingue, por consiguiente, entre las universalidades de bienes y de cosas. La universalidad de bienes o universalidad jurídica, es un conjunto patrimonial integrado por bienes y cosas y cuya composición es indeterminada. Tal es el caso del acervo sucesorio o de la masa que constituye el patrimonio de un deudor concursado. En ninguno de estos caso cabe la acción reivindicatoria referida al conjunto de dichos bienes; en el caso de la herencia cabe, empero, la acción de petición de herencia; en el caso de la masa de un concurso o quiebra, cabe la acción reivindicatoria respecto de cosas determinadas, pero no de la masa en sí.

En cambio las simples universalidades de cosas llamadas también de hecho, como, por ejemplo, una biblioteca, una majada, pueden ser reivindicadas.

1112/1496

1496. COSAS QUE NO SON REIVINDICABLES.— Dispone el art. 2762 Ver Texto que no son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las cosas accesorias aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles.

Veamos por su orden, la enumeración del Código.

a) Ante todo, no son reivindicables los bienes que no sean cosas, es decir, los derechos. Conviene recordar que en, el Código se llama cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311 Ver Texto). La ley 17711 agregó a este artículo un apartado que resuelve un problema que era objeto de debates doctrinarios; el de si las energías eran o no

cosas. Dice así la nueva disposición legal: las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de aprovechamiento. Es decir, las energías son cosas o deben ser tratadas como cosas. Ahora bien: ¿son reivindicables? Por lo general, la apropiación de energía implica simultáneamente su consumo; por consiguiente no se concibe la reivindicación de algo que ya no existe (ver nota 1). Excepcionalmente puede darse el caso de que la energía de la cual una persona se haya apropiado indebidamente no esté consumida sino almacenada en acumuladores. Aún así pensemos que no es susceptible de reivindicación porque se trata de una cosa evidentemente fungible (un kw de electricidad es exactamente igual a otro) y, por lo tanto, no puede ser identificada ni reivindicada.

b) No son reivindicables las cosas futuras, es decir, aquellas que no han llegado todavía a tener existencia jurídica, tal como ocurre con una cosecha en pie. La acción reivindicatoria exige la existencia actual de la cosa.

c) Tampoco son reivindicables las cosas accesorias aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas. Lo que la ley quiere significar es que mientras las cosas accesorias estén unidas a las principales, no son reivindicables con independencia de éstas. La redacción de este párrafo del art. 2762 Ver Texto no es feliz cuando dice aunque lleguen a separarse de las principales. Parece dar a entender que las cosas accesorias ni aun separadas de las principales pueden ser reivindicadas. No es ésta, sin embargo, la interpretación correcta de la ley.

Cuando las cosas accesorias han sido legítimamente separadas de las principales por quien tiene derecho a hacerlo, dejan de ser accesorias y se convierten en principales; como tales, pueden ser reivindicadas. Lo que la ley quiere decir es que las cosas accesorias no pueden ser reivindicadas aunque puedan separarse de las principales o aunque se separasen de ellas de manera indebida o ilegítima (ver nota 2).

Esta inteligencia del texto legal está corroborada por el art. 2763 Ver Texto , según el cual si la cosa ha perecido en parte o si sólo quedan los accesorios de ella, se pueden reivindicar los accesorios.

d) No son reivindicables las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida como el dinero, títulos al portador o cosas fungibles. Esta solución es una consecuencia de que la acción reivindicatoria sólo se concibe respecto de cosas determinadas de manera precisa y las cosas fungibles son indeterminadas. En cuanto a los títulos al portador, en principio no pueden ser identificados y, por lo tanto, tampoco cabe la acción reivindicatoria; sin embargo, el Código de Comercio establece varias disposiciones tendientes a la identificación de títulos al portador de los cuales el propietario haya sido desposeído por robo, abuso de confianza, estafa, pérdida o inutilización (arts. 746 Ver Texto y sig.); y si

conforme con el procedimiento legal, pudieran identificarse los títulos en poder de un tercero de mala fe, el art. 765 Ver Texto confiere al propietario el derecho de reivindicarlos.

Se ha declarado que no son reivindicables las cuotas de capital de una sociedad de responsabilidad limitada porque no tienen individualidad corpórea (ver nota 3), pero si las acciones de una sociedad anónima (ver nota 4).

En cuanto a las cosas fungibles, si bien el principio es que no pueden reivindicarse, podría darse el supuesto que determinadas cosas fungibles estén separadas, localizadas e individualizadas; como podría ocurrir con una cosecha de maíz o trigo, almacenada en los galpones de una estancia. En tal supuesto, la reivindicación es admisible (ver nota 5).

1112/1497

1497. EXTINCIÓN PARCIAL DE LA COSA.— El art. 2763 Ver Texto dispone que si la cosa ha perecido en parte, o si sólo quedan accesorios de ella, se puede reivindicar la parte que subsiste o los accesorios; determinando de un modo cierto lo que se quiere reivindicar.

Ya nos hemos referido anteriormente al supuesto de los accesorios (véase nº 1496, c); en cuanto a las cosas perdidas o perecidas parcialmente, es obvio el derecho que tiene el propietario a reivindicar la parte que queda subsistente. Todo ello, sin perjuicio de la eventual acción de daños y perjuicios que pudiera corresponderle contra la persona por cuyo dolo o culpa la cosa ha sido deteriorada.

(nota 1) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, Curso de derechos reales, p. 36.

(nota 2) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2046.

(nota 3) Sala C, 6/6/1975, L.L., t. 1976-A, p. 142.

(nota 4) Fallo citado en nota anterior.

(nota 5) C. Paz Cap., 25/6/1945, G.P., t. 63, p. 153; C. Apel. Rosario, 23/8/1936, L.L., t. 5, p. 135.

1112/11380

D.— REIVINDICACIÓN DE INMUEBLES

1112/1498

1498. IDEA GENERAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY 17711.— En materia de reivindicación, el sistema del Código Civil está dominado por la clásica regla *nemo plus iuris que el art. 3270 Ver Texto* enuncia en los siguientes términos: nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere.

La lógica de esta regla es impecable. ¿Cómo puede concebirse que alguien transmita un derecho que no tiene? Pero la pura lógica suele conducir en materia jurídica a consecuencias imprevistas e indeseables. He aquí una persona que adquiere a título oneroso y de buena fe un inmueble sobre la base de un título perfecto; más tarde resulta que quien le vendió el inmueble o alguno de los antecesores en el dominio, lo obtuvo en razón de un acto nulo o anulable. La consecuencia de la aplicación de la regla del art. 3270 Ver Texto es que caen todas las sucesivas transmisiones del dominio posteriores al acto nulo, con grave perjuicio de la seguridad jurídica y con grave e injusta lesión de quien adquirió el bien de buena fe y a título oneroso.

Ello explica que el mismo codificador excluyera de la disposición del art. 3270 Ver Texto al poseedor de cosas muebles (art. 3271 Ver Texto). Tampoco se aplicaba al caso del adquirente de buena fe y a título oneroso de un inmueble, que lo hubo de un enajenante de buena fe.

Aun con estas limitaciones, el sistema del Código era evidentemente injusto y contrario a la seguridad jurídica. La ley 17711 introdujo una drástica limitación a la aplicación de la regla del art. 3270 Ver Texto mediante un agregado hecho al art. 1051 Ver Texto , en el cual se ponen a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, los que no pueden ser afectados por ninguna nulidad que vicie las anteriores transmisiones.

Nos hemos limitado aquí a dar una idea general del sistema legal argentino, sobre el que volveremos detalladamente en los párrafos que siguen.

1112/11390

1.— Reivindicación contra el despojante

1112/1499

1499. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.— Dispone el art. 2776 Ver Texto que la acción reivindicatoria compete contra el actual poseedor de una cosa inmueble que la hubo por despojo contra el reivindicante.

Es necesario advertir, ante todo, que la palabra despojo está tomada en este texto, no en su sentido propio, sino en el de cualquier desposesión, haya o no mediado violencia (ver nota 1).

En caso de despojo propiamente dicho, el propietario no sólo tiene la acción reivindicatoria, sino también la posesoria pero puede ocurrir que ésta haya prescrito o que iniciada la acción de despojo, el propietario resultara derrotado; en esos casos, le queda todavía la posibilidad de intentar la reivindicatoria.

1112/11400

2.— Reivindicación contra el adquirente que posee un título nulo o anulable

1112/1500

1500. SISTEMA LEGAL.— Dispone el art. 2778 Ver Texto que sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuera de buena fe que la hubiese obtenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado.

Aquí se trata de las relaciones entre el enajenante y el adquirente por un título nulo o anulado. El art. 2778 Ver Texto confiere al enajenante la acción de nulidad, que en caso de prosperar, obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido (art. 1052 Ver Texto). La prueba de que la acción pertinentes es la de restitución derivada de la nulidad y no propiamente la reivindicatoria, la da el siguiente hecho: supuesto que el acto fuera nulo por dolo o violencia y que hubieran transcurrido más de dos años del hecho, ya no podrá pedirse la restitución del bien no obstante que la acción de reivindicación no está prescripta,

porque, en cambio sí lo está la acción de restitución derivada de la nulidad (art. 4030 Ver Texto).

La acción de restitución procede aunque el adquirente fuera de buena fe, según lo establece el art. 2778 Ver Texto , como ocurriría en el caso de que el dolo o la violencia hubieran sido cometidos por un tercero sin complicidad del adquirente.

1112/11410

3.— Reivindicación contra terceros adquirentes

1112/1501

1501. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL; ATENUACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES.— Como ya lo adelantáramos (véase nº 1498), el sistema del Código Civil está fundamentalmente basado en la regla *nemo plus iuris*: nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho, mejor o más extenso que el que gozaba (art. 3270 Ver Texto); regla confirmada por la disposición coincidente del art. 1051 Ver Texto , que establecía: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual. Estas dos disposiciones básicas estaban ratificadas por otras varias, entre ellas el art. 2777 Ver Texto , el art. 787 Ver Texto sobre dación en pago, el art. 1388 Ver Texto sobre pacto de retroventa, el art. 1855 Ver Texto sobre donación con cargo, etc.

Hemos dicho también que esta famosa regla *nemo plus iuris*, no obstante su impecable lógica, conduce a consecuencias jurídicas irritantes, en perjuicio de terceros de buena fe y de la seguridad jurídica. El propio VÉLEZ SANSFIELD, no obstante ser evidente que aquella regla dominó su pensamiento jurídico en materia de reivindicación, tuvo sus vacilaciones derivadas a veces de las distintas fuentes que consultaba, y otras de que su sentido práctico de jurista le mostraba en forma demasiado palmaria las injusticias de la aplicación inexorable de la regla. Así, en la segunda parte del art. 2778 Ver Texto , niega implícitamente la acción reivindicatoria contra el actual poseedor de una cosa adquirida por título oneroso y de buena fe que la hubiese de un enajenante de buena fe a título oneroso; tampoco es procedente la acción reivindicatoria contra el actual poseedor de una cosa adquirida por título oneroso y de buena fe del heredero aparente (art. 3430 Ver Texto); o del que la adquirió por fraude (art. 968 Ver Texto) o por permuta (art. 2130 Ver Texto). Más aún, los terceros poseedores de buena fe están libres de los efectos de la acción reivindicatoria aunque hubieran adquirido la cosa a título gratuito del heredero que fue declarado indigno (art. 3309 Ver Texto), o del que adquirió la cosa por un acto simulado

(art. 996 Ver Texto); o en el caso de revocación de la donación por ingratitud del donatario (art. 1865 Ver Texto).

Es interesante ahora poner de manifiesto los esfuerzos hechos por la doctrina y la jurisprudencia para superar los inconvenientes de un sistema injusto y con frecuencia vacilante.

a) En la primera época de interpretación del Código Civil, no se dudó de que los arts. 3270 Ver Texto y 1051 Ver Texto establecían las reglas básicas en esta materia y que las disposiciones concretas que se apartaban de ella eran simples excepciones que debían interpretarse restrictivamente (ver nota 2).

b) LAFAILLE, si bien sustancialmente comparte la doctrina anterior, considera que todas las excepciones a la regla *nemo plus iuris*, permiten afirmar que el codificador siempre que se encontraba en presencia de un título aparente lo reputaba base suficiente para convalidar en forma definitiva la transmisión de derechos en favor de terceros. En otras palabras, en vez de interpretar restrictivamente las excepciones a la regla del art. 3270 Ver Texto , elabora una construcción jurídica según la cual dicha regla no debe aplicarse cada vez que el tercero ha podido confiar en la apariencia del título sobre cuya base se le transmitió el dominio (ver nota 3).

c) En una posición más audaz, FORNIELES hace un profundo análisis de las fuentes del Código y demuestra que VÉLEZ SARSFIELD siguió distintas corrientes doctrinarias al aceptar la regla de los arts. 3270 Ver Texto y 1051 Ver Texto , y al redactar las disposiciones que autorizan al tercer subadquirente a paralizar la acción reivindicatoria. Así pues, el pensamiento de VÉLEZ SARSFIELD siguió dos sistemas distintos; y el intérprete debe preferir de los dos, aquel que resuelva mejor los intereses en juego. En consecuencia, se pronuncia por la aplicación del art. 2778 Ver Texto , 2ª parte, reduciendo así en forma notable el campo de acción de la reivindicación (ver nota 4). En sentido semejante, ALLENDE sostiene que en esta materia, la regla fundamental es la del art. 2778 Ver Texto , 2ª parte; por consiguiente, tratándose de inmuebles si el enajenante y el adquirente son de buena fe y el acto jurídico correspondiente es oneroso, se paraliza la acción reivindicatoria (ver nota 5).

d) Pero, sin duda, la construcción moderna que más repercusión tuvo en la jurisprudencia y que más eficazmente contribuyó a atenuar los efectos injustos de la regla *nemo plus iuris*, fue una interpretación del art. 1051 Ver Texto que distinguía entre actos nulos y anulables; de acuerdo con un sector muy importante de la doctrina y que predominó finalmente en la jurisprudencia, la regla del art. 1051 Ver Texto era aplicable solamente a los actos nulos, pero no a los anulables. De tal manera que la anulación de un acto simplemente anulable no producía efectos respecto de los terceros subadquirentes, cuya adquisición quedaba así definitivamente amparada contra la acción reivindicatoria (ver nota 6).

1112/1502

1502. REFORMA DE LA LEY 17711.— Toda esta controversia ha quedado superada por la ley 17711 . Recordemos que el art. 1051 Ver Texto establecía: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; la ley 17711 reprodujo esta disposición y agregó un último apartado que dice: salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso sea el acto nulo o anulable.

Esta salvedad final es tan importante, que prácticamente destruye los efectos de la regla *nemo plus iuris*. Sea el acto nulo o anulable, el tercero adquirente de buena fe y a título oneroso queda libre de la acción reivindicatoria. Destacamos las dos condiciones legales para detener la acción reivindicatoria: buena fe y título oneroso. Si el tercero no es de buena fe, sí conocía el vicio del acto antecedente, si era cómplice de una maniobra para despojar de sus bienes al enajenante, no merece la protección del derecho. Pero como la buena fe se presume, corre a cargo de quien intenta la acción reivindicatoria demostrar la mala fe del reivindicado.

La inscripción en el Registro del título que sirve de antecedente a la nueva transmisión del dominio, no asegura de por sí la buena fe del adquirente; de tal modo que si ese título fuera vicioso, el adquirente no puede invocar su ignorancia del derecho para sostener su buena fe subjetiva. Hemos tratado esta delicada cuestión en el n° 1443.

En cuanto al título gratuito, la ley ha seguido un camino prudente: entre el derecho del propietario originario despojado injustamente de sus bienes y el derecho del tercero adquirente que lo hubo por título gratuito, la ley se pronuncia por el primero. Es justo que así sea.

Adviértase que el nuevo texto legal entra en frontal colisión con el art. 2777 Ver Texto , según el cual compete la acción reivindicatoria contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario; como consecuencia de esta colisión, este artículo ha quedado derogado tácitamente por una ley posterior (la nueva regla del art. 1051 Ver Texto , sentada por la ley 17711) que es incompatible con él (ver nota 7).

Sin embargo, hay que destacar que en algunos casos ni siquiera es necesario el título oneroso; inclusive los adquirentes de buena fe y a título gratuito están protegidos contra la reivindicación; así ocurre en caso de que el tercero haya adquirido un bien vendido

simuladamente al transmitente (art. 996 Ver Texto); o lo adquiriese del heredero que luego fue declarado indigno (art. 3309 Ver Texto); o lo haya adquirido del donatario cuya donación fue revocada por causa de ingratitud (art. 1865 Ver Texto).

1112/1503

1503.— La protección de los terceros subadquirentes está específicamente referida, según el art. 1051 Ver Texto in fine, a los casos de nulidad de los actos jurídicos. Es necesario que nos detengamos ahora en algunos supuestos en que no hay propiamente nulidad, pero sí invalidez, y en los que se plantea, por lo tanto, la aplicabilidad del art. 1051 Ver Texto , in fine.

1112/1504

1504. a) Falsificación material del instrumento.— Supongamos que la persona que se encuentra en posesión de un bien, por ejemplo, el locatario, falsifica una escritura de compra en connivencia con un escribano y la inscribe en el Registro; luego vende el inmueble a un tercero. ¿Este tercero que adquirió por título oneroso y de buena fe está protegido contra la acción reivindicatoria del propietario original? Pensamos que no. La protección del tercer adquirente exige el antecedente de un acto nulo o anulado, pero en el que ha sido parte el propietario enajenante. Si en cambio, la escritura de venta ha sido materialmente falsificada, no hay acto jurídico o para decirlo con mayor propiedad, estamos en presencia de un acto inexistente (ver nota 8). Siendo así, el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso no está protegido por el art. 1051 Ver Texto , in fine (ver nota 9). Es la solución justa. Sería irritante que como consecuencia de una maniobra en la que no ha tenido ninguna intervención, el propietario resulte despojado de su propiedad. Es verdad que la solución que propiciamos implica perjudicar al tercero que adquirió de buena fe y a título oneroso; pero ese perjuicio no surge, en verdad, de la interpretación que creemos justa, sino del delito, de la defraudación de que ha sido víctima el adquirente. Porque en nuestro ejemplo el defraudado, es decir, el engañado ha sido el tercero a quien se le vendió un bien haciéndole creer que el enajenante tenía justo título; en cambio, el propietario original permaneció completamente ajeno al negocio y no fue víctima de ninguna maniobra engañosa.

1112/1505

1505. b) Resolución.— Supongamos que una persona vende a otra un inmueble sujeto a una condición resolutoria; y que el comprador vende, a su vez, el inmueble a un tercero. Después de esta segunda venta, acaece la condición que resuelve el primer contrato; ¿esta resolución afecta la transmisión ulterior?

Para que la cláusula resolutoria tenga efectos respecto del tercer adquirente debe constar en el instrumento originario; de lo contrario, ese acto será inoponible al tercer subadquirente. La más elemental buena fe impone esta solución, pues de lo contrario se podría prestar a toda clase de maniobras en perjuicio de terceros (véase sobre este punto, Tratado de Contratos, t. 1, n° 333) (ver nota 10).

1112/1506

1506. e) Revocación.— Revocada por justa causa una donación, ¿quedan sin efecto los actos de transmisión o constitución de derechos reales otorgados por el donatario, en favor de terceros? El Código resuelve el problema en forma perfectamente coherente, distinguiendo diferentes situaciones. Con relación a la donación con cargo de inmuebles, el art. 1855 Ver Texto dispone que si luego de hecha la donación, el donatario, a su vez, enajena el bien o lo grava con servidumbre o hipotecas, estos actos quedan anulados por la revocación de la donación cuando en el instrumento público estén, expresadas las cargas impuestas por el donante. Vale decir, que es condición para que la revocación pueda tener efectos respecto de los subadquirentes, que las cargas consten en el instrumento de la donación, porque de esta manera el tercer subadquirente que debe examinar el título, no podrá luego alegar buena fe ni ignorancia de que existían tales cargas. Pero si las cargas no están expresadas en el instrumento originario, la revocación no anula las posteriores enajenaciones aunque sean a título gratuito.

En cuanto a la revocación por ingratitud del donatario, ella no afecta a los sucesores (art. 1865 Ver Texto). Es natural que así sea. La revocación es una sanción para el donatario pero no puede perjudicar a terceros que han adquirido sobre la base de un título legítimo.

Finalmente, las donaciones por supernacencia de hijos, no pueden ser revocadas si expresamente no estuviera estipulada esa condición (art. 1868 Ver Texto). Y estando estipulada la condición en el contrato originario, los terceros subadquirentes no podrán alegar buena fe para pretender oponerse a la eventual acción reivindicatoria.

(nota 1) En este sentido, S.C. Santa Fe, 22/12/1959, Juris, t. 18, p. 15; SALVAT, t. 3, n° 2077; LAFAILLE, t. 3, n° 2094; FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, p. 59.

(nota 2) En este sentido, SALVAT, t. 3, n° 2079 y sigs.; MACHADO, t. 7, p. 211 y sigtes.; LLERENA, t. 9, p. 14 y sigs.; MOLINARIO, La reivindicación inmobiliaria y el adquirente de buena fe a título oneroso, Santa Fe, 1962.

(nota 3) LAFAILLE, t. 3, n° 2084 y sigs., especialmente n° 2091.

(nota 4) FORNIELES, Reivindicación sobre el adquirente de buena fe., en Cuestiones de derecho civil, p. 1944; en sentido semejante, RAYCES, Alcance de la acción reivindicatoria, en Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1916, t. 33, p. 369; COLMO, Reivindicación contra terceros adquirentes, Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, 1917, t. 34, p. 32.

(nota 5) ALLENDE, El acto jurídico real, L.L., t. 110, p. 1962.

(nota 6) Sobre esta cuestión, la controversia mantenida y la jurisprudencia dominante, véase nuestro Tratado de Parte General, t. 2, n° 1277.

(nota 7) De acuerdo PÉREZ LASALA, nota en L.L., t. 148, p. 1129; SPOTA, Sobre la reforma al Código Civil, p. 85; GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes de inmuebles, J.A., Doctrina, 1973, p. 93; LAQUIS, en colaboración en la obra dirigida por MORELLO y PORTAS, Examen y crítica de la reforma del Código Civil, t. 1, p. 359. Comp.: ALTERINI, El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible, J.A., Doctrina, 1971, p. 634; ALSINA ATIENZA, Los derechos reales en la reforma del Código Civil, J.A. Doctrina, 1969, p. 448.

(nota 8) De acuerdo en que la escritura falsificada importa un acto inexistente: C. Apel. Bahía Blanca, 30/11/1976, L.L., 1977-D, p. 141; LLAMBÍAS, Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos, L.L., t. 50, p. 878, n° 12 y 13; LÓPEZ OLACIREGUI, adiciones a SALVAT, Parte general, n° 2641, VI D; CORDEIRO ÁLVAREZ, El acto jurídico inexistente, Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, 1942, p. 243.

(nota 9) De acuerdo aunque por distintas razones, C. Civil Cap., Sala A, 23/6/1983, L.L., 1985-A, p. 351; Sala D, 8/2/1983, L.L., t. 1983-C, p. 267; Sala F, 27/8/1979, E.D., t. 87, p. 252; íd., 15/11/1978, L.L., 1979-D, ps. 113 y 109; DEL CARRIL, Nulidad, E.D., t. 61, p. 1009, n° 42, GUASTAVINO, nota en J.A., Doctrina, 1973, p. 106, n° 17; MEINCKE, nota en L.L., 1983-A, p. 907; C. Apel. Bahía Blanca, 30/11/1976; L.L., 1977-D, p. 141; C. Apel. San Martín, L.L., 1980-A, p. 103, con nota aprobatoria de KRAUSE; LEVITAN, Prescripción adquisitiva de dominio, 2ª ed., p. 118; ALTERINI, El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible, J.A., Doctrina, 1971, p. 640; PÉREZ LASALA, nota en L.L., t. 148, p. 1128; Declaración de las Quintas Jornadas de Derecho Civil (1971). En cambio, ALSINA ATIENZA, no obstante pensar que la solución es injusta, cree que el art. 1051 protege también al tercero que ha llegado a ser propietario sobre la base de un antecedente materialmente falsificado: nota en J.A., Doctrina, 1969, p. 469, n° 78; SPOTA, nota en E.D., t. 106, p. 657.

(nota 10) De acuerdo, ALTERINI, J.A., Doctrina, 1971, p. 639.

1112/11420

E.— REIVINDICACIÓN DE COSAS MUEBLES

1112/11430

1.— Sistema del Código

1112/1507

1507. PRINCIPIO GENERAL.— Hemos dicho ya que hasta la sanción de la ley 17711 , dominaba en nuestro Código en materia de inmuebles la regla *nemo plus iuris nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que posee*. Pero en materia de muebles, el codificador siguió un sistema distinto. Se inclinó por la protección, no ya del titular del derecho, sino del actual poseedor. En esta materia, el régimen del Código es claro y coherente; no se observa ninguna de las vacilaciones que pusieramos de manifiesto en materia de inmuebles. El art. 3271 Ver Texto dispone que la regla *nemo plus iure* no se aplica al poseedor de cosas muebles; y en el art. 2412 Ver Texto se sienta la regla liminar en esta materia: la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida.

En consecuencia, para que el actual poseedor esté en condiciones de repeler la acción de reivindicación del propietario se requieren las siguientes circunstancias:

a) Que la cosa no sea robada o perdida. De serlo, la ley se inclina por proteger al dueño originario. Aunque ya volveremos sobre el concepto de cosas robadas, adelantemos que la ley supone que la cosa ha sido sustraída sin que la haya entregado el propietario; por el contrario, si éste la ha entregado voluntariamente y la persona que la recibió, por abuso de confianza, defraudación, etc., dispone de ella enajenándola a un tercero, entonces éste está amparado por el art. 2412 Ver Texto . Para que la presunción del art. 2412 Ver Texto no cubra al tercero, es necesario que el propietario haya sido desposeído de la cosa por un acto no voluntario, como ocurre en el caso de robo o pérdida.

b) Que el poseedor sea de buena fe. Si el actual poseedor sabe que la cosa que se le transfirió pertenecía a un tercero, no puede pretender el amparo del art. 2412 Ver Texto . Menos aún puede pretenderlo el poseedor que hubiera recibido directamente la cosa del propietario, como locatario, comodatario, depositario, etc. Ninguna de estas personas podría pretender ampararse en su posesión para rechazar la acción de reivindicación del propietario, porque carece de buena fe. Hay que notar que en estos supuestos, el propietario tiene, además de la acción reivindicatoria, la acción nacida del contrato en virtud del cual entregó la cosa.

c) Que el poseedor la haya adquirido por título oneroso. Si bien el requisito del título oneroso no está previsto en el art. 2412 Ver Texto , sí lo está en los arts. 2767 Ver Texto y 2778 Ver Texto .

1112/1508

1508. PRUEBA DE LOS EXTREMOS EN QUE SE FUNDA LA REIVINDICACIÓN.— En materia de muebles, el gran principio es la protección de la posesión. Por consiguiente, quien pretende hacer valer contra el poseedor su mejor derecho, debe aportar todas las pruebas de que están cumplidos los recaudos legales: o que la cosa es robada o perdida o que el poseedor es de mala fe o que la ha adquirido por título gratuito.

En cuanto al requisito de la mala fe, su prueba a cargo del reivindicante es obvia, puesto que la buena fe se presume.

Igualmente evidente es que al reivindicante compete la prueba de que la cosa fue robada o perdida, ya que se trata de circunstancias de excepción, cuya acreditación corresponde a quien la invoca. También es clara la solución del problema acerca de la prueba de la onerosidad o gratuidad de la adquisición por el poseedor. Ya dijimos que el gran principio en esta materia lo sienta el art. 2412 Ver Texto . Conforme con esta norma liminar, la presunción de propiedad surge de la posesión de buena fe de una cosa mueble. En principio, pues, basta con eso. El reivindicante que pretenda hacer prevalecer su derecho sobre el del poseedor, deberá demostrar que éste adquirió la cosa a título gratuito y que, por consiguiente, la reivindicación procede conforme a los arts. 2767 Ver Texto y 2778 Ver Texto .

Y como la venta de muebles no requiere instrumentación (salvo el caso de los muebles registrables, de que hablaremos más adelante) ni el dueño necesita ostentar otro título que la propia posesión, la demostración por el reivindicante de que la enajenación fue gratuita será, en la mayor parte de los casos, prácticamente imposible. Tratándose de cosas no

robadas ni perdidas, la posesión será generalmente invencible. Decimos generalmente, porque la ley abre la posibilidad siquiera sea remota, pero existente, de que el reivindicante demuestre que el poseedor era de mala fe o por título gratuito.

1112/1509

1509. CASO DE PRENDA.— Dispone el art. 2781 Ver Texto que el acreedor que de buena fe, ha recibido en prenda una cosa mueble puede repulsar, hasta el pago de su crédito, la reivindicación dirigida contra él por el propietario.

Esta norma es coherente con el art. 2412 Ver Texto : puesto que la posesión de buena fe de una cosa mueble crea la presunción de que el que la posee es su dueño, el acreedor prendario ha podido recibirla confiando en que la persona que le entregó la cosa era efectivamente su dueño y tenía legitimación para prendaarla. El art. 2781 Ver Texto no sólo protege al acreedor de buena fe, sino también la seguridad del crédito.

Naturalmente, para que el acreedor tenga derecho a repeler la acción de reivindicación dirigida contra él, no debe tratarse de una cosa robada o perdida, tal como expresamente lo dispone el art. 3213 Ver Texto , con toda lógica; porque si el dueño de una cosa robada o perdida tiene derecho a reivindicarla del que la adquirió a título oneroso, es natural que tenga también derecho a hacer lo propio respecto del que la tiene en calidad de simple acreedor prendario.

1112/11440

2.— Cosas robadas o perdidas

1112/1510

1510. PRINCIPIO GENERAL.— Si se tratare de cosas robadas o perdidas, el propietario tiene derecho a reivindicarlas no sólo de quien las robó o las encontró, sino también de los terceros de buena fe, aunque las hubiesen adquirido por título oneroso (arts. 2412 Ver Texto , 2775 Ver Texto , 2765 Ver Texto). En otras palabras, la regla de que la posesión vale título, no rige respecto de las cosas robadas o perdidas.

1112/1511

1511. CONCEPTO DE COSA ROBADA.— Conforme con el art. 2766 Ver Texto , la calidad de cosa robada sólo es aplicable a la sustracción fraudulenta de la cosa ajena y no a un abuso de confianza, violación de un depósito ni a ningún acto de engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario.

Por consiguiente, debe haber robo o hurto (ver nota 1); si, por el contrario, el propietario ha hecho entrega voluntaria de la cosa, aunque sea por engaño, pierde el derecho de reivindicarla (ver nota 2).

De todo lo dicho se desprende que si el tercero ha adquirido de buena fe y a título oneroso una cosa que la persona que se la transfirió ha recibido en concepto de locación, depósito, préstamo, mandato, etc., la acción de reivindicación no es procedente (ver nota 3).

1112/1512

1512. CASOS EN QUE EL TERCERO REIVINDICADO TIENE DERECHO A RESARCIMIENTO.— Como principio, el comprador de buena fe que ha adquirido una cosa robada o perdida, debe soportar la reivindicación sin derecho alguno a resarcimiento por parte del reivindicante, no obstante su buena fe (art. 2768 Ver Texto). Naturalmente, tiene acción de evicción contra el que se la enajenó; pero no contra el reivindicante.

Dado que la acción de evicción contra el enajenante es muchas veces teórica (como ocurre en el caso de que el enajenante sea insolvente) la solución que niega al poseedor de buena fe reivindicado el derecho a recuperar el precio pagado del reivindicante, es dura; y por ello la ley la atenúa en algunos supuestos en que la injusticia es, si se quiere, más resaltante:

a) Si el tercero poseedor adquirió la cosa en un lugar en donde se vendieren otras cosas iguales, en una venta pública, o en casa de venta de objetos semejantes, el tercer poseedor de buena fe tiene derecho a ser reembolsado del precio que por ella hubiese pagado (art. 2768 Ver Texto); lo mismo ocurre si lo hubiera adquirido a un individuo que acostumbraba a vender cosas semejantes (art. 3214 Ver Texto).

Adviértase que la ley no obliga a pagar el valor de la cosa, sino lo que ella le hubiera costado al deudor. La diferencia es importante, sobre todo en materia de cosas robadas o perdidas, que suelen venderse a precios considerablemente inferiores a lo que ellas realmente valen. No se trata, por consiguiente, de una reparación integral, sino de la restitución del precio que se hubiese pagado. Ello no excluye por cierto, la actualización del valor de lo pagado, sin lo cual no se le restituiría al deudor lo que la cosa efectivamente le costó, como lo quiere el art. 3214 Ver Texto , in fine (ver nota 4).

De cualquier modo, el reivindicante que ha debido de volver al reivindicado el precio que éste pagó por la cosa, tiene acción de restitución de ese precio contra el comerciante en cuya casa se compró la cosa (ver nota 5).

b) El otro supuesto está previsto en el art. 2422 Ver Texto que establece: sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esa circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada.

Para precisar el ámbito de aplicación de esta norma es necesario tener en cuenta que el tercero que adquiere de buena fe y por título oneroso una cosa mueble, tiene derecho a rechazar la acción reivindicatoria a menos que se trate de una cosa robada o perdida. Por consiguiente, el art. 2422 Ver Texto al conceder este derecho a la indemnización sólo puede aludir a cosas robadas o perdidas (ver nota 6).

Cuándo debe entenderse que está dado el caso, de la difícil recuperación por parte del propietario, es una cuestión de hecho que queda librada al arbitrio judicial (ver nota 7).

Se ha declarado que debe apreciarse con criterio restrictivo el supuesto de cosa difícilmente recuperable sin la adquisición por el tercero de buena fe, porque no debe olvidarse que el principio general establecido en el Código cuando sucede la reivindicación de la cosa, es la falta de derecho del poseedor de buena fe a reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella (ver nota 8). Nos parece una solución discutible. El criterio con que debe decidirse la cuestión no debe ser restrictivo ni amplio, sino fundado en una prudente apreciación de las dificultades que el dueño hubiera tenido para recuperar la cosa de no hallarse ella en poder de quien se hallaba.

1112/1513

1513.— Dadas las circunstancias previstas en el art. 2768 Ver Texto (compra en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes o a un individuo que acostumbre vender cosas semejantes) se presume la buena fe del adquirente. Pero esta presunción admite prueba en contrario. Vale decir, el reivindicante puede demostrar que el tercero poseedor sabía que la cosa era robada o perdida. Sin embargo, esta prueba debe ser inequívoca: los anuncios de hurtos o de pérdidas no bastan para hacer presumir la mala fe de] poseedor de cosas hurtadas o perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probase que tenía de ello conocimiento cuando adquirió las cosas (art. 2770 Ver Texto). Es una disposición razonable, porque los anuncios de cosas hurtadas o perdidas, hechos en

periódicos, pasan inadvertidos para la mayor parte de la gente. Pero, naturalmente, si el reivindicante prueba que el tercero poseedor tenía conocimiento de esos anuncios, basta con ello para descartar su buena fe. A su vez el art. 2771 Ver Texto agrega: será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbra a vender cosas semejantes o que no tenía capacidad o medios para adquirirla. En realidad es una disposición sobreabundante; el beneficio excepcional de recuperar el precio, pagado por la cosa que se concede al tercero poseedor de buena fe, lo es a condición de que compre la cosa a persona que estaba acostumbrada a vender cosas semejantes o que la compra haya sido hecha en una venta pública de cosas semejantes. No dándose estas circunstancias, el que compre la cosa no tiene derecho a requerir la restitución del precio pagado, sea de buena o de mala fe.

1112/1514

1514.— Al reivindicado de buena fe que no tiene derecho a resarcimiento, sólo le queda acción de daños y perjuicios contra el vendedor (ver nota 9).

1112/11450

3.— Automotores

1112/1515

1515. RÉGIMEN-LEGAL.— El decreto ley 6582/1958 , estableció un régimen peculiar para la transmisión del dominio de los automotores, distinto del que es propio de las cosas muebles en general.

De acuerdo con el art. 1 Ver Texto , la transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad del Automotor.

Respecto de la acción de reivindicación, el art. 2 Ver Texto dice que la inscripción de buena fe de un automotor en el Registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiese sido hurtado o robado.

Como puede apreciarse basta la inscripción de buena fe del automotor; no es necesario el título oneroso.

Si el automotor hubiese sido hurtado o robado, el propietario podrá reivindicarlo contra quien lo tuviese inscripto a su nombre, debiendo resarcirlo de lo que hubiese abonado, si la inscripción fuera de buena fe y conforme con las normas establecidas por este decreto ley (art. 3 Ver Texto).

La solución del art. 3 Ver Texto es coherente con el sistema del Código Civil; de acuerdo con éste, cuando la cosa mueble se adquiere en un lugar en que se acostumbra a vender cosas semejantes, la buena fe y la seguridad de las transacciones exige la indemnización del adquirente reivindicado; en nuestro caso, ese resarcimiento procede cuando el automotor adquirido esté inscripto en el Registro de la Propiedad.

1112/11460

4.— Aeronaves

1112/1516

1516. RÉGIMEN LEGAL.— De acuerdo con el art. 50 de la ley 17825, la transferencia del dominio de las aeronaves no producirá efectos contra terceros si no va seguida de la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves.

Por consiguiente, no juega respecto de ellas el principio del art. 2412 Ver Texto : el poseedor de buena fe no se convierte en propietario por el solo hecho de serlo, sino por la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves. Sólo así produce efectos respecto de terceros y sólo así el poseedor podrá repeler la acción de reivindicación intentada por el propietario.

1112/11470

5.— Semovientes

1112/1517

1517. RÉGIMEN LEGAL.— El Código Civil no ha establecido ningún régimen especial para los semovientes; es una omisión sorprendente porque el régimen de marcas y señales ya estaba en plena vigencia en nuestro país cuando se dictó el Código. Pero lo cierto es que dicho régimen estaba tan arraigado en nuestro país y es tan necesario para la prueba y transferencia del dominio de los semovientes, que continuó utilizándose y fue reglamentado e impuesto por todos los Códigos rurales provinciales.

Estas disposiciones de los Códigos locales suscitaron las inevitables objeciones de carácter constitucional, ya que importaban introducir un requisito para la prueba del dominio y su transferencia, que no estaba en el Código Civil. En la colisión entre las disposiciones de carácter nacional (en nuestro caso el Código Civil) y las disposiciones locales (los Códigos rurales) no podía dudarse de que prevalecían las primeras. Pero lo cierto es que el régimen de marcas y señales era indispensable en la práctica; fue entonces que BIBILONI tuvo una idea que permitía conciliar el régimen del Código Civil con el de los Códigos locales. Consultado sobre el punto, sostuvo que dado que las marcas y señales estaban en una costumbre inveterada del país y reglamentadas en los Códigos locales, no puede aducirse posesión de buena fe si el animal no tiene la marca de quien pretende ser su dueño o no tiene a su nombre el certificado de venta suscrito por el titular de la marca que ostenta el animal. En otras palabras: para que la posesión confiera el derecho de dominio, debe ser de buena fe, conforme con el art. 2412 Ver Texto ; y en materia de semovientes no hay buena fe si no existe la marca o señal correspondiente o el certificado de transferencia del dominio.

Este es el sistema que hoy rige en nuestra vida jurídica. La propiedad de los animales se prueba por la marca y, en caso de que el propietario original venda el animal a un tercero, por la contramarca o por el certificado de venta que debe estar visado por la autoridad administrativa competente, que varía según los Códigos locales.

En razón de las exigencias locales, actualmente no es posible trasladar la hacienda de un Partido o Departamento a otro, o de una Provincia a otra, sin la guía de campaña en la que debe constar la cantidad de animales, su marca, el nombre del remitente y del acarreador.

En cuanto al certificado de venta, es el instrumento, otorgado por el comprador al vendedor del ganado, en el que se indica la cantidad de animales vendidos y su marca (ver nota 10).

Algunos fallos han declarado que la marca o señal es una presunción de propiedad de los animales que la llevan, pero es insuficiente como prueba si no está demostrado que hubo transmisión de la posesión al adquirente, es decir tradición (ver nota 11).

(nota 1) S.C. Buenos Aires, 21/6/1966, Rep. L.L., t. 31, p. 1686, sum. 7 (el concepto de robo incluye el hurto). La doctrina es unánime.

(nota 2) En este sentido, Sala D, 8/11/1973, L.L., t. 153, p. 312; Sala E, 20/11/1962, E.D., t. 4, p. 212; íd., Sala F, 25/6/1968, E.D., t. 26, p. 217.

(nota 3) C. Apel. 2ª Córdoba, 15/4/1958, E.D., t. 32, p. 442, nº 322.

(nota 4) En contra: C. Civil Cap. Sala D, 8/11/1973, L.L., t. 153, p. 312, que negó el derecho a actualizar el valor de lo pagado.

(nota 5) S.C. Buenos Aires, 21/6/1966, Rep. L.L., t. 31, p. 1686, sum. 5.

(nota 6) De acuerdo, MARIANI DE VIDAL, Régimen jurídico de las cosas muebles, p. 49.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 22/3/1963, L.L., t. 110, p. 717; MARIANI DE VIDAL, Régimen jurídico de las cosas muebles, p. 48.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 22/3/1963, L.L., t. 110, p. 717. En esa ocasión, nosotros adherimos al voto del Dr. Abelleyra, aunque una nueva reflexión del tema nos induce a rectificarnos en la forma en que lo hacemos en el texto.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 19/7/1955, L.L., t. 80, p. 584; ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, nº 2135 in fine.

(nota 10) Sobre estos temas véase JAKOB, El certificado de venta y la guía de campaña, E.D., t. 4, p. 212; MARIANI DE VIDAL, Régimen jurídico de las cosas muebles, p. 77, texto y nota 149.

(nota 11) S.C. Buenos Aires, 10/10/1919, Acuerdos y Sentencias, Serie 9, t. 5, p. 189; íd., 9/9/1941, Acuerdos y Sentencias, Serie 17, t. 10, p. 266.

F.— LA PRUEBA EN EL JUICIO DE REIVINDICACIÓN (ver nota 1)

1112/1518

1518. EL PROBLEMA.— Como todo demandante, corresponde al reivindicante demostrar su derecho, es decir, probar que es propietario. Pero la aplicación rigurosa del principio *nemo plus iuris*, complica singularmente la prueba del dominio. Estrictamente no debería bastar con el título del reivindicante; éste debería demostrar, además, que la persona que le transmitió el dominio tenía a su vez un justo título; que el que lo transmitió a su transmitente, también lo tenía, y así sucesivamente. Los autores clásicos llaman a esto la *probatio diabolica*; es decir una prueba casi imposible de producir.

Si a ello se agrega todavía que el dominio requiere no solamente el título sino también haber tenido la posesión, el reivindicante debería además probar que en algún momento tuvo la posesión del bien que reivindica.

Era necesario adoptar un sistema que evitara que la reivindicación fuera simplemente un derecho teórico, sin posibilidad de ejercicio práctico. Así lo hizo VÉLEZ SARSFIELD, estableciendo una serie de reglas, inspiradas en POTHIER, que estudiaremos a continuación. Es necesario decir, sin embargo, que la llamada *probatio diabolica*, es decir, la prueba de la propiedad de todos los antecesores en el dominio del reivindicante, ha quedado eliminada en la mayor parte los casos después de la reforma del art. 1051 Ver Texto , porque hoy propietario que adquirió el dominio de buena fe y por título oneroso está cubierto contra cualquier vicio que pueda tener el título de su antecesor.

1112/1519

1519. DISTINTOS CASOS.— El Código prevé los siguientes casos:

a) Reivindicante con título de fecha posterior a la posesión del demandado. Este título no es suficiente para fundar la demanda (art. 2789 Ver Texto), porque el dominio exige no solamente el título, sino también la posesión; y la circunstancia de que la posesión del demandado sea anterior al título presentado por el actor, prueba que éste en ningún momento fue propietario.

Cuando la ley habla de título posterior a la posesión del demandado, no se refiere solamente al título mismo de reivindicante, sino también al de sus antecesores en el dominio; en otras

palabras, el art. 2789 Ver Texto no se refiere al título inmediato y recién otorgado al reivindicante, sino al que tuvieron sus causantes (ver nota 2), solución que es la consecuencia lógica y necesaria de la regla aceptada por nuestra jurisprudencia en el sentido de que el comprador, aunque no ha recibido la posesión del inmueble, tiene acción reivindicatoria contra el actual poseedor (véase n° 1485).

1112/1520

1520. b) Reivindicación con título anterior a la posesión del demandado.— En este caso se presume que el autor del título era poseedor y propietario de la heredad que reivindica por la sola presentación del título de propiedad (art. 2790 Ver Texto); vale decir, basta con la presentación de un título de fecha anterior a la posesión del demandado para que la acción proceda.

Debe destacarse que conforme con el art. 2790 Ver Texto , se presume que el reivindicante que presenta un título de fecha anterior a la posesión del demandado ha tenido la posesión desde la fecha del título. No necesita, por tanto, probar que ha tenido dicha posesión (ver nota 3).

1112/1521

1521.— Cuando la ley habla de título de propiedad alude naturalmente a títulos válidos, ya que los nulos, carecen de efectos legales. Sin embargo, este problema exige una distinción: si la nulidad del título fuera simplemente relativa, entonces es evidente que el poseedor no podría invocarla, ya que la acción de nulidad relativa se confiere sólo a las personas a quienes la ley ha querido proteger (véase Tratado de Parte General, t. 2, n° 1248). Así, por ejemplo, si el acto de transmisión del dominio al reivindicante estuviera viciado por dolo o violencia, la nulidad podría ser invocada por el que sufrió el dolo o la violencia, es decir el enajenante, pero no por el poseedor reivindicado que es extraño a esa situación (ver nota 4). En cambio, si se tratase de una nulidad absoluta, ella puede ser invocada por el poseedor demandado, ya que este tipo de nulidad puede ser opuesta por cualquier interesado (art. 1047 Ver Texto) y evidentemente el reivindicado lo es (ver nota 5).

1112/1522

1522. e) Reivindicante y reivindicado presentan títulos de dominio.— Las dos hipótesis anteriores suponen que el poseedor reivindicado carece de título; ahora trataremos el supuesto de que ambos tengan título y lo presenten en el juicio.

Si los títulos presentados al juicio emanan de la misma persona (como ocurriría, por ejemplo, si el propietario vendiera el mismo inmueble a dos personas distintas), el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad se reputa ser el propietario (art. 2791 Ver Texto).

Digamos que en la actualidad, después de la organización de los Registros, es poco menos que imposible que se produzca esta situación, porque el propietario que ha escriturado a nombre de una persona, no puede luego escriturar a nombre de otra, pues los certificados de dominio que debe requerir el escribano interviniente al Registro, pondrían en evidencia que el que aparece como vendedor ya ha enajenado el inmueble.

Hay que agregar todavía que de acuerdo con el sistema del Código Civil, el adquirente que primero ha sido puesto en posesión de la heredad se reputa ser propietario siempre que fuera de buena fe, es decir, que no tuviera conocimiento de que el inmueble había sido ya vendido a otra persona. Es la solución que surge expresamente del art. 594 Ver Texto según el cual si la cosa fuera inmueble y el deudor hiciere, tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa.

Supóngase que una persona propietaria de un inmueble firma un boleto de compraventa en favor de otra; más tarde, y antes de la escrituración, escritura en favor de un tercero a quien transmite la posesión. Conforme con el art. 594 Ver Texto prevalecerá el derecho del comprador al cual se le otorgó la escritura y la posesión; pero si él conocía que con anterioridad el vendedor había firmado boleto de compraventa a favor de un tercero, la ley lo reputa de mala fe y reconoce al primer adquirente el derecho a reivindicar.

1112/1523

1523.— Supongamos ahora que los títulos presentados por actor y demandado emanan de distintas personas. Para ese supuesto, el art. 2792 Ver Texto establece: cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión.

Ante todo, debemos señalar un error de redacción. Es evidente que cuando el artículo dice: sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, es evidente que debería decir cuál de ellas, porque la frase no se refiere al actor y al demandado sino a las personas de las cuales hubieron el inmueble (ver nota 6).

En suma, en este caso, el juez está obligado a hacer un examen cuidadoso de los títulos para determinar cuál ha sido el verdadero propietario. En el fondo, el problema a considerar es igual al de si el pleito se hubiera trabado entre los antecesores del dominio: si en la contienda entre ellos hubiera vencido el antecesor del reivindicante, así también ha de resolverse el pleito reivindicatorio, pues el autor del título del reivindicado no habría podido transferir a éste un derecho mejor que el que él mismo tenía (ver nota 7). La antigüedad de los títulos tiene importancia pero no es decisiva si la circunstancia de la causa ha venido a probar que el título de fecha más reciente es demostrativo de un mejor derecho (ver nota 8), como ocurriría, por ejemplo, si el título más reciente corresponde a una usucapión.

1112/1524

1524. REIVINDICACIÓN POR EL ESTADO.— De acuerdo, con el art. 2342 Ver Texto , son bienes privados de] Estado general o de los Estados particulares todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República carecen de otro dueño. La consecuencia lógica de esta disposición es que si el Estado reivindica sosteniendo que el inmueble nunca ha salido de su dominio, no necesita presentar título alguno, porque su título es el propio art. 2342 Ver Texto , del Código Civil. Pero la jurisprudencia ha resuelto, con razón, que si se demuestra que el inmueble había salido del dominio del Estado, sea por un acto de enajenación o por haberlo adquirido un tercero por usucapión, el Estado no puede fundar su reivindicación solamente en el art. 2342 Ver Texto , sino, que debe acompañar título como cualquier particular (ver nota 9).

1112/11490

G.— MEDIDAS PRECAUTORIAS

1112/1525

1525. RÉGIMEN LEGAL.— Iniciada la acción reivindicatoria y siempre que el derecho del reivindicante se haya probado al menos prima facie (para lo cual basta con la presentación del título), a pedido del actor pueden trabarse distintas medidas precautorias tendientes a asegurar su derecho. Ante todo, puede embargar tanto las cosas muebles como las inmuebles (art. 210 Ver Texto , inc. 4, C. Procesal y arts. 2 Ver Texto y 30 Ver Texto , ley 17801 de Registro). Para el embargo de los bienes inmuebles basta la anotación en el Registro de la Propiedad, en cuanto al de las cosas muebles, puede acompañarse del secuestro de la cosa siempre que el solo embargo no asegure por sí el derecho invocado (art. 221 Ver Texto , C. Procesal).

Aunque el embargo es la medida precautoria normal y típica, cabría al actor pedir, en lugar de él, la anotación de litis respecto de los bienes inmuebles y de los muebles registrables (art. 229 Ver Texto , C. Procesal).

Agreguemos que el propio Código Civil en el art. 2788 Ver Texto establece que el que ejerce la acción de reivindicación puede, durante el juicio, impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa que se reivindica. A pedido de parte, el juez adoptará las medidas tendientes a evitar ese deterioro, para lo cual en algunos casos bastará con una orden de no innovar (ver nota 10) y en otros casos será necesario el secuestro de la cosa y el nombramiento de un depositario (ver nota 11).

1112/1526

1526.— Existe jurisprudencia contradictoria en torno al derecho del embargante a pedir el embargo de los frutos de la cosa reivindicada. Algunos fallos reconocen este derecho (ver nota 12), en tanto que otros se lo niegan (ver nota 13).

Por nuestra parte, pensamos que el embargo de los frutos es una medida gravísima, que deja sin rentas al reivindicado y lo coloca, por consiguiente, en una situación de apremio tal, que rompe el equilibrio entre las partes, y que quizás obligue al demandado, aunque tenga la razón de su parte, a buscar una solución transaccional que le evite la ruina. El derecho sustancial del acreedor está suficientemente garantizado con el embargo del bien; si luego resulta que tiene derecho también a los frutos, podrá perseguir su cobro mediante las vías que las leyes procesales ponen a su disposición. A nuestro juicio, el embargo de los frutos sólo debería decretarse en caso de que exista sentencia de primera instancia condenando a restituirlos, o que se trate de circunstancias excepcionales, como podría ser la muy acentuada verosimilitud del derecho del actor unida a una posición económica del demandado que no lo obligue a claudicar en el juicio en caso de que se decrete ese embargo.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: FORNIELES, La prueba del dominio en el juicio de reivindicación, J.A., 1946-III, sec. doct., p. 6, reproducido en Cuestiones de derecho civil, 2ª parte, p. 59.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 26/12/1978, J.A., 1979-III, p. 287; Sala B, 27/7/1967, E.D., t. 26, p. 223; S.C. Buenos Aires, 17/11/1964, E.D., t. 14, p. 339, n° 1017; id., 1°/8/1961, Acuerdos y Sentencias, 1961-III, p. 354; C. Civil 2ª La Plata, 3/10/1967, E.D., t. 26, p. 229; en contra, SALVAT, t. 3, n° 2098.

(nota 3) La jurisprudencia es unánime, véase: C. Civil Cap., Sala B, 25/8/1955, L.L., t. 81, p. 36 y J.A., 1956-II, p. 39; Sala B, 16/4/1952, L.L., t. 66, p. 460; C. Civil 1ª Cap., 5/10/1936, L.L., t. 3, p. 1105; S.C. Buenos Aires, 29/4/1958, Acuerdos y Sentencias, 1958-II, p. 850; *id.*, 25/4/1958, Acuerdos y Sentencias, 1958-II, p. 589; S.T. Santa Fe, 6/12/1946; R.S.F., t. 14, p. 206; C. Apel. 2ª Córdoba, 18/10/1957, B.J.C., t. 1, p. 174; S.C. Tucumán, 6/9/1936, L.L., t. 6, p. 322; en contra, SALVAT, t. 3, n° 2101.

(nota 4) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 2104; FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, p. 64.

(nota 5) En contra, FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, p. 65, quien sostiene que el poseedor reivindicado es extraño a la relación jurídica entre comprador y vendedor por lo cual no es de las personas que tienen interés en la nulidad a que se refiere el art. 1047 Ver Texto (Cuestiones de Derecho Civil, p. 65). El argumento nos parece insostenible porque el art. 1047 Ver Texto es claro en conferir la acción de nulidad a todos los que tengan interés en ella y no puede dudarse del interés que tiene el reivindicado; tanto más cuanto que esa nulidad puede y debe ser declarada de oficio puesto que interesa al orden público.

(nota 6) Unanimidad en la doctrina y jurisprudencia: C. Civil Cap., en Pleno, 20/4/1923, J.A., t. 10, p. 397; S.C. Buenos Aires, 24/9/1957, Acuerdos y Sentencias, 1957-IV, p. 663; C. Apel. 2ª La Plata, 5/3/1968, E.D., t. 26, p. 226; *id.*, 5/3/1968, L.L., t. 132, p. 301; SALVAT, t. 3, n° 2110; FORNIELES, Cuestiones de derecho civil, t. 2, p. 74; LAFAILLE, t. 3, n° 2114; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 2158.

(nota 7) ARGAÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2110, nota 159 en la que cita la opinión concordante de BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, n° 250; AUBRY y RAU, t. 2, § 219; JOSSERAND, t. 1., n° 1563; y PLANIOL y RIPERT, t. 3, n° 359.

(nota 8) ARGAÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) C.S.N., 12/5/1941, Fallos, t. 189, p. 345 Ver Texto ; 1ª Instancia Cap., 31/12/1938, L.L., t. 13, p. 186; C. Fed. Bahía Blanca, 23/12/1952, J.A., 1953-III, p. 160; SALVAT, t. 3, n° 2090.

(nota 10) S.C. Salta, 31/12/1940, J.A., t. 75, p. 861.

(nota 11) SALVAT, t. 3, n° 2114.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala B, 8/11/1954, J.A., 1955-I, p. 431; íd., Sala D, 11/11/1962, L.L., t. 111, p. 900; C. Com. Cap., Sala B, 22/10/1954, L.L., t. 77, p. 306; S.C. Salta, 20/8/1945, J.A., 1945-III, p. 631.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1936, L.L., t. 4, p. 519; C. Civil 2ª Cap., 1/4/1948, L.L., t. 50, p. 524; S.T. La Pampa, 23/8/1960, L.L., t. 104, p. 372; C. Fed. Bahía Blanca, 16/10/1959, J.A., 1959-VI, p. 409; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 3, n° 2185.

1112/11500

H.— EFECTOS DE LA SENTENCIA

1112/1527

1527. RESTITUCIÓN DE LA COSA.— El efecto fundamental de la acción de reivindicación es la restitución al reivindicado de la plena posesión de la cosa (art. 2794 Ver Texto). La restitución debe comprender todos los accesorios que están unidos físicamente a la cosa porque forman un todo con ella. En cambio, los muebles de una casa o de un establecimiento de campo, los instrumentos de trabajo, tales como tractores, arados, animales, etc. y, en general, todos los instrumentos introducidos por el poseedor sea para su comodidad, sea para el uso o explotación del inmueble, no están comprendidos en la restitución (ver nota 1).

Puede también el actor demandar todos los daños y perjuicios que le haya producido la ilegítima ocupación del inmueble; pero esto ya no es materia propia de la acción de reivindicación sino de la acción de daños y perjuicios que puede acompañarla.

1112/1528

1528. OTROS EFECTOS.— La restitución de la cosa es la consecuencia principal y más importante que se deriva de la reivindicación; es también la más clara y la que menos dificultades ofrece. Pero la reivindicación presenta problemas también respecto de los frutos, de los gastos y mejoras hechos en el inmueble por el reivindicado, y de la destrucción o deterioro de la cosa por culpa o dolo de éste. Todas estas consecuencias eventuales de la reivindicación se vinculan con el problema de la posesión de buena o mala fe y han sido estudiados en ese lugar, al que nos remitimos (véase n° 141 y sig.).

(nota 1) SALVAT, t. 3, nº 2115; LAFAILLE, t. 3, nº 2119.

1112/11510

I.— PRESCRIPCIÓN

1112/1529

1529. LA ACCIÓN DE REIVINDICACIÓN ES IMPRESCRIPTIBLE.— La acción de reivindicación emana del dominio; y como éste tiene carácter perpetuo, dicha acción es imprescriptible. Sin embargo, la reivindicación puede ser detenida como consecuencia de la prescripción adquisitiva opuesta por el poseedor de la cosa reivindicada. En otras palabras. el dominio no se pierde por prescripción, pero en cambio se adquiere por usucapión; y por cierto, una vez que la usucapión se ha operado, cesa el dominio del anterior propietario.

El problema de la usucapión de inmuebles y muebles ha sido tratado en otro lugar (véase nº 367 y sig.).

1112/11520

J.— ACCIÓN SUBSIDIARIA

1112/1530

1530. DISPOSICIÓN LEGAL.— El art. 2779 Ver Texto establece que en los casos en que según los artículos anteriores corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor queda al arbitrio del reivindicante intentarla directamente o intentar una acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos por indemnización del daño causado por la enajenación; y si obtiene de éstos completa indemnización del daño cesa el derecho de reivindicar la cosa.

En otras palabras el titular del dominio tiene la acción reivindicatoria contra el actual poseedor o bien una acción de daños y perjuicios contra el enajenante y sus herederos; y si obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa su derecho de reivindicar.

Advirtamos, ante todo, que para que la acción subsidiaria conferida por el art. 2779 Ver Texto importe la pérdida del derecho de reivindicar, debe tratarse de una acción con la cual se pretenda cubrir integralmente todos los daños sufridos por la privación del derecho de propiedad. Pero nada se opone a que el reivindicante dirija su acción para recuperar el bien contra el actual poseedor y al propio tiempo demande al enajenante de mala fe o sus herederos por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la privación del uso y goce de la cosa. En este caso, la acción de daños y perjuicios no es sustitutivo de la reivindicación; pero sí lo es, cuando la indemnización se refiere no sólo a la privación temporaria del uso y goce de la cosa, sino también a la pérdida definitiva de ella.

1112/1531

1531.— La ley dice que si el actor obtiene de los enajenantes o sus herederos una completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa. Está claro que si su acción de daños no tiene resultado porque los demandados son insolventes, el accionante conserva su derecho a intentar la reivindicación contra el actual poseedor. Pero cabe preguntarse qué ocurre si ha logrado sólo una indemnización parcial, por ejemplo, porque la ejecución de los bienes de los demandados sólo ha cubierto una parte de los daños sufridos por el actor. SALVAT, siguiendo una idea de FREITAS (ver nota 1), sostiene que la acción de reivindicación debe en este caso considerarse definitivamente extinguida, porque, demandando y percibiendo una parte del valor de la cosa y de sus accesorios, el propietario renuncia implícitamente al derecho de reclamar la cosa del actual poseedor; pero el propietario conservaría una acción personal por el saldo de la indemnización que se le hubiese quedado adeudando, porque debiendo toda renuncia interpretarse restrictivamente, él puede decir que ha entendido renunciar al derecho de reclamar la cosa contra el poseedor, pero no a las responsabilidades que a éste le incumben (ver nota 2). Pensamos que ésta no es la solución que se desprende de nuestra ley. El art. 2779 Ver Texto dice que si obtiene del enajenante o sus herederos completa indemnización del daño cesa el derecho de reivindicar la cosa. Sólo, pues, en el caso de que la indemnización sea completa, cesa el derecho de reivindicar y, por lo tanto, si la indemnización ha sido incompleta, si el propietario no ha podido obtener del enajenante nada más que una indemnización parcial, entonces conserva la acción de reivindicar, previa restitución de todo lo recibido del enajenante demandado (ver nota 3).

No sólo éste es el sistema que se desprende claramente del art. 2779 Ver Texto sino que también es el más justo: el derecho de reivindicar que la ley confiere al propietario sólo puede considerarse extinguido si él ha obtenido una completa satisfacción del daño que le ha producido la enajenación de la cosa.

1112/1532

1532. ACCIÓN POR EL PRECIO ADEUDADO.— El art. 2780 Ver Texto establece que sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si éste hubo la cosa del enajenante responsable de ella y no hubiese aún pagado el precio o lo hubiese sólo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio o lo que quede a deber.

Los supuestos previstos en esta norma son los siguientes:

a) Que el reivindicante tenga acción contra el nuevo poseedor pero prefiera recibir el pago del precio, aún no satisfecho al enajenante; está claro que en ese supuesto, al recibir el precio, hace tácita renuncia a su acción de reivindicación, pues sería contrario a toda lógica y justicia la pretensión de recibir el precio y luego reivindicar la cosa.

b) Que la acción de reivindicación no sea procedente contra el actual poseedor, como ocurre si adquirió la cosa de buena fe y por título oneroso (arts. 1051 Ver Texto , 2412 Ver Texto y 2778 Ver Texto).

En otras palabras: si el reivindicado no ha pagado todavía la totalidad del precio, la ley le brinda al reivindicante la posibilidad de sustituir la acción de reivindicación por la del pago del precio adeudado, y en caso de que la acción de reivindicación no sea procedente contra el actual poseedor pero, en cambio, el enajenante sea responsable ante el reivindicante por los daños y perjuicios, éste puede reclamar el saldo de precio adeudado del actual poseedor y dueño. Ello, sin perjuicio del derecho a reclamar el saldo de los daños y perjuicios contra el enajenante, si ellos no fueran totalmente cubiertos por la parte de precio que falta pagar.

(nota 1) FREITAS, Esboço, art. 3894.

(nota 2) SALVAT, t. 3, n° 2088; de acuerdo, LAFAILLE, t. 3, n° 2097, nota 214.

(nota 3) De acuerdo, SEGOVIA, t. 2, p. 188, nota 68.

1112/11530

§ 3. Acción confesoria

1533. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.— El concepto y el campo de aplicación de la acción confesoria han dado lugar a dificultades serias nacidas de la poca claridad de los textos legales. Veamos, ante todo, los textos, para luego exponer las distintas interpretaciones sostenidas en la doctrina.

El art. 2795 Ver Texto establece que la acción confesoria es la derivada de actos que de cualquier modo impidan la plenitud de los derechos reales o las servidumbres activas, con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan. A su vez el art. 2796 Ver Texto dispone que compete la acción confesoria a los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, que se determinan en este Código a los titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas; a los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión.

¿Cuál es la inteligencia que debe darse a estos textos?

a) De acuerdo con una primera opinión, la acción confesoria se brindaría en nuestro derecho no sólo a los titulares de servidumbres activas (que era la función que la acción desempeñaba en el Derecho Romano) sino también a los titulares de otros derechos reales, tales como el usufructo, el uso, la habitación, etc.; pero debe tratarse de actos que constituyan un impedimento absoluto para el ejercicio de ellos; si, por el contrario, se trata de actos que importan solamente una lesión o desconocimiento parcial de esos derechos, la acción que corresponde es la negatoria y no la confesoria (ver nota 1).

b) Otros autores coinciden con la opinión anterior en el sentido de que la acción confesoria se otorga a otros derechos reales que no son propiamente una servidumbre (ver nota 2); pero mientras unos sostienen que la acción se confiere siempre que hay un impedimento total o parcial para el ejercicio del derecho (ver nota 3), otros sostienen que debe formularse la siguiente distinción si está en juego la existencia del derecho, corresponde la acción reivindicatoria; si sólo está en juego la plenitud de aquél, procede la confesoria (ver nota 4).

c) A nuestro modo de ver, quien ha estudiado con mayor agudeza y profundidad el tema es ALLENDE (ver nota 5). Como es sabido, VÉLEZ SARSFIELD siguió en esta materia a FREITAS. El autor que estamos glosando hace un estudio minucioso de los textos del Esboço para llegar a la conclusión, a través del análisis de los arts. 3852 Ver Texto y 3993 Ver Texto , que FREITAS reconoció la acción confesoria sólo en protección de las servidumbres prediales o las servidumbres personales activas y de los acreedores hipotecarios. Cuando FREITAS atribuye la acción confesoria a los poseedores de

inmuebles con derecho de poseerlos, se refiere a los titulares de servidumbres prediales, como queda claro a través del art. 3852 Ver Texto ; y cuando se refiere a los titulares de servidumbres personales activas alude a aquellas servidumbres que se parecen mucho a las prediales, puesto que necesitan para existir dos fundos, pero que se constituyen no teniendo en cuenta especialmente la ventaja del fundo dominante sino la persona, es decir, el titular del fundo dominante. Nuestro codificador ha seguido casi al pie de la letra a FREITAS, de modo que las expresiones usadas por él, deben ser interpretadas a través del significado que en FREITAS resulta más claro.

A estas consideraciones fundadas en las fuentes, agrega ALLENDE otra de la mayor importancia: no es concebible que se pueda superponer la acción confesoria con la reivindicatoria o con la negatoria; si se quiere armonizar las tres y darle a cada una su campo de aplicación propio, habrá que admitir el siguiente sistema: la acción reivindicatoria se brinda para proteger a los derechos reales que se ejercen por medio de la posesión (dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda y anticresis); y se confiere a quienes han sido privados de ella; la negatoria se confiere para proteger esos mismos derechos, pero no ya contra una desposesión total, sino contra una perturbación o lesión menos grave; finalmente, la acción confesoria se brinda para proteger los derechos reales que quedan excluidos de las acciones reivindicatoria y negatoria, contra cualquier lesión, de carácter total o parcial, que ellos hayan sufrido. Por consiguiente, su campo de acción son las servidumbres prediales y personales y la hipoteca. Bien entendido que al atribuir la acción confesoria al acreedor hipotecario, no nos referimos a la que tiene para cobrar su crédito, que es una acción personal, sino a la dirigida a mantener incólume la garantía contra los actos del deudor o de terceros que la perjudiquen o disminuyan.

Por nuestra parte, si bien admitimos que la cuestión es dudosa, dada la oscuridad de los textos, nos inclinamos decididamente por la opinión de ALLENDE. Y no porque nos impresione el argumento fundado en las fuentes (que, en nuestra opinión, es un elemento interpretativo de escasísimo peso) sino porque conduce a un mejor resultado, a un sistema claro, simple y coherente en materia de acciones reales. Y debemos reconocer que en este caso el estudio de las fuentes permite llegar sin escándalo a esa solución, a despecho de lo que aparentemente dicen los textos.

1112/1534

1534. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.— Según el art. 2796 Ver Texto la acción confesoria compete:

a) A los poseedores de inmuebles con derecho de poseer cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión que se determinan en este Código. Conforme con la interpretación que de este texto hemos dado en el número anterior, este párrafo alude a los titulares de servidumbres prediales.

b) A los titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas cuando fuesen impedidos de ejercerlas. También hemos aclarado en el número anterior que al hablar de servidumbres personales activas se alude a aquellas servidumbres que no obstante ser personales se vinculan con el dominio o posesión de un fundo dominante.

¿Qué significa titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas? La expresión ha sido tomada del art. 3993 Ver Texto del Esboço y su significado está dado en el art. 3707 Ver Texto que dice respecto de los derechos reales: son verdaderos cuando el que los ejerce tuviese en todos los casos el derecho a ejercerlos o los hubiera legitimado por la prescripción; y son putativos cuando por el hecho de su ejercicio o de la posesión con justo título o sólo por el hecho de su ejercicio o de la posesión, se presumiera con derecho a ejercerlos o los ejerciera.

c) A los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión. La ley supone que el inmueble hipotecado goza de una servidumbre predial cuyo ejercicio le es impedido por el titular o poseedor del inmueble sirviente; el interés del acreedor hipotecario de conservar la servidumbre es evidente, pues ella valoriza el inmueble hipotecado. Hay que advertir que esta acción confesoria es ejercida por el acreedor hipotecario en su propio nombre y por su propio derecho y no por vía de la acción subrogatoria u oblicua (ver nota 6).

1112/1535

1535. CONTRA QUIÉN SE DA LA ACCIÓN.— Establece el art. 2797 Ver Texto que la acción confesoria se da contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro o sus servidumbres activas. Lo normal será que quien impida el ejercicio de la servidumbre sea el propietario del fundo sirviente; pero puede también ser un tercero, por ejemplo, un simple tenedor de la cosa, como el locatario, comodatario, mandatario, etc. La acción se da contra cualquiera de ellos.

1112/1536

1536. PRUEBA.— En esta materia dispone el art. 2789 Ver Texto : le basta al actor con probar su derecho de poseer el inmueble dominante cuando el derecho impedido no fuese servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa o su derecho de hipoteca, cuando fuese tal el derecho impedido.

El primer párrafo se refiere a aquellos derechos derivados de la vecindad, como, por ejemplo, el derecho de derivar las aguas sobre el fundo vecino (ver nota 7). En este caso le basta al actor con probar su derecho de poseer el fundo dominante, porque el derecho reclamado nace de la ley.

Si se tratara de una servidumbre predial o personal activa, el accionante debe demostrar no solamente su derecho a poseer el inmueble dominante, sino también la servidumbre, cosa natural porque no surgiendo esta servidumbre de la ley, el fundo vecino debe considerarse en principio libre de toda restricción o carga; y sólo si se prueba que existe una servidumbre, puede condenársele a soportarla.

Por último, si quien ejerciera la acción fuera un acreedor hipotecario, debe probar, además de su hipoteca, la servidumbre en cuyo mantenimiento está interesado (ver nota 8).

1112/1537

1537. SUPUESTO DE COPOSESIÓN.— Establece el art. 2799 Ver Texto que cuando el inmueble dominante o sirviente perteneciese a poseedores con derecho de poseer, la acción confesoria compete a cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos designados en los artículos anteriores; y la sentencia que se pronuncie, perjudicará o aprovechará a todos, respecto a su efecto principal, pero no respecto al efecto accesorio de la indemnización.

El artículo prevé el caso de que el fundo dominante o, el sirviente o ambos pertenezcan a varios poseedores con derecho de poseer; supuesto que uno de los poseedores del fundo dominante demandase a uno de los poseedores del fundo sirviente, la sentencia que se dicte aprovechará o perjudicará inclusive a los coposeedores no accionantes o no demandados.

Advertimos, ante todo, que el texto se refiere evidentemente a las servidumbres reales, porque sólo respecto de ellas puede hablarse de inmuebles dominantes y sirvientes; y la solución se funda en el principio de la indivisibilidad de las servidumbres reales (art. 3007 Ver Texto).

Pero la solución de la ley es evidentemente mala. Es razonable que si demandado el reconocimiento del derecho por uno de los coposeedores, la sentencia que lo favorezca puede beneficiar a todos los otros coposeedores del fundo dominante; también es razonable que cada uno de los coposeedores del fundo sirviente no demandados pueda oponer al coposeedor del fundo dominante que demandó la sentencia adversa a éste. Pero no es admisible que si la acción dirigida por uno de los coposeedores contra el poseedor del fundo sirviente fue rechazada, esta sentencia pueda oponerse a los otros coposeedores del

fundo dominante; o que si la sentencia dirigida por uno de los poseedores del fundo dominante contra uno de los del fundo sirviente fuera acogida, esta sentencia pueda oponerse a los otros coposeedores del fundo sirviente. En estos casos, las personas no demandadas serían condenadas sin haber sido oídas. Y lo más grave es que se puede prestar a una confabulación entre uno de los coposeedores del fundo dominante y uno de los coposeedores del fundo sirviente en perjuicio de los demás. Así, por ejemplo, sería posible que uno, de los coposeedores del fundo dominante, con un derecho mínimo sobre el fundo, demandase al propietario del fundo sirviente para que se reconozca el derecho de servidumbre; y que durante el proceso o no produzca prueba o la produzca insuficientemente, de modo de perder el pleito. Esta sentencia sería luego oponible a los otros coposeedores que se verían despojados así de su derecho. La solución lógica, por consiguiente, es que la sentencia pueda ser opuesta a quien ha sido parte en el juicio por los coposeedores que no lo han sido, porque aquél tuvo ya oportunidad de defender sus derechos; pero no que pueda ser opuesta a quienes no pudieron defenderse por ser ajenos al juicio. Más aún, juzgamos que la solución del art. 2799 Ver Texto en cuanto confiere efectos a la sentencia en contra de quien no ha sido parte en el juicio, es contraria al principio constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 Ver Texto , Constitución Nacional).

1112/1538

1538.— ¿Se aplica la solución del art. 2799 Ver Texto también a las servidumbres personales? La cuestión está discutida (ver nota 9).

Por nuestra parte, nos inclinamos por la opinión que niega la aplicabilidad de este artículo a las servidumbres personales puesto que ellas son derechos reconocidos a cada una de las personas en particular y no juega a su respecto el principio de la indivisibilidad que es propio de las servidumbres reales. A lo que todavía puede añadirse que siendo inconveniente la solución del art. 2799 Ver Texto , es prudente restringir su campo de aplicación en lo posible.

1112/1539

1539.— En su parte final, el art. 2799 Ver Texto establece que esta indivisibilidad no rige respecto al efecto accesorio de una indemnización de daños. Hay que decir que la indemnización de daños no es un efecto de la acción confesoria, sino de una acción personal por daños que puede o no acompañar a la acción confesoria. Naturalmente, esta acción por daños y perjuicios es esencialmente divisible y lo decidido en el pleito seguido por uno de los coposeedores del fundo dominante contra uno de los coposeedores del fundo sirviente no aprovecha ni perjudica a los demás.

1112/1540

1540. EFECTOS DE LA ACCIÓN.— La sentencia que acoge la acción debe disponer el cese de toda resistencia u obstáculo para que se ejerza plenamente la servidumbre (ver nota 10).

(nota 1) En este sentido, SALVAT, t. 3, n° 2150 y sigs. Comp.: MACHADO, t. 7, p. 237.

(nota 2) LAFAILLE, t. 3, n° 2036 y 2047; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2151, nota 4.

(nota 3) ARGANÑARAZ, loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) LAFAILLE, t. 3, n° 2036.

(nota 5) ALLENDE, *Ámbito de aplicación de las acciones reales*, L.L., t. 89, p. 794.

(nota 6) De acuerdo, SEGOVIA, t. 2, p. 195, nota 99; en contra, SALVAT, t. 3, n° 2152 in fine.

(nota 7) De acuerdo, SALVAT, t. 3, n° 759.

(nota 8) Dice SALVAT, que el accionante debe probar también el derecho del propietario en cuyo nombre ejerce la acción (t. 3, n° 2155); pero, en realidad, ese derecho de propiedad surge del mismo título hipotecario, es decir, de la escritura con la cual se prueba el derecho hipotecario en que se basa la acción.

(nota 9) El sentido negativo, SALVAT, t. 3, n° 2158; en sentido afirmativo LAFAILLE, t. 3, n° 2150.

(nota 10) C.S.N., Fallos, t. 39, p. 276; ARGANÑARAZ, en SALVAT, t. 3, n° 2155-A.

1112/11535

§ 4. Acción negatoria

1112/1541

1541. CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.— El art. 2800 Ver Texto la define en los siguientes términos: la acción negatoria es la que compete a los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales, a fin de que esa libertad sea restablecida. En la nota respectiva VÉLEZ aclara este concepto repitiendo palabras de MAYNZ; dice que “esta acción no difiere de la reivindicación sino por la extensión de la lesión que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado. Para que podamos intentar la reivindicación es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de la posesión. Todo ataque de una importancia menos grave basta para darnos la acción negatoria. Comúnmente semejante lesión proviene de que otro pretende tener un ius in re, particularmente una servidumbre sobre nuestra propiedad. Es por esto que la mayoría de las veces se representa esta acción como destinada a hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Pero su uso es más general y puede ser intentada toda vez que alguno nos impida obrar como propietario en la extensión que el derecho nos permite, con tal que la lesión que sufrimos no sea demasiado grave para que podamos intentar la reivindicación”.

El codificador ha pensado así de manera muy clara el ámbito propio de la acción negatoria: es el mismo de la reivindicatoria, sólo que se da en los casos menos graves, es decir, cuando no ha habido desposesión. Por consiguiente, puede ser ejercida por todos los titulares de derechos reales que se ejercen mediante la posesión, quedando excluidas, por consiguiente, las servidumbres activas y la hipoteca.

La acción negatoria, como lo hace notar VÉLEZ SARSFIELD, es el remedio clásico cuando se pretende ejercer una servidumbre sobre nuestra propiedad. La acción tiende a negar ese pretendido derecho. A la inversa, la acción confesoria tiende a hacer reconocer o confesar una servidumbre que el poseedor del inmueble niega. Pero si bien éste es el papel clásico de la acción negatoria, en nuestro derecho su ámbito de acción se extiende a impedir que alguno ejerza o pretenda ejercer un derecho sobre nuestra propiedad.

1112/1542

1542. TITULARES DE LA ACCIÓN.— Hemos dicho ya en el número anterior que la acción negatoria corresponde a todos los titulares de derechos reales que se ejercen mediante la posesión. Este concepto está ratificado por el art. 2801 Ver Texto según el cual la acción negatoria corresponde a los poseedores de inmuebles; pero a continuación agrega

que corresponde también a los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos. ¿Cómo se explica que se reconozca la acción negatoria al acreedor hipotecario que no tiene la posesión del inmueble? La explicación es la siguiente: los acreedores hipotecarios, en su carácter de tales, tienen interés en que el inmueble gravado no sufra ningún desmedro en su valor, desmedro que puede resultar del establecimiento de una servidumbre sobre el inmueble. Y en su carácter de acreedor, no ya hipotecario sino común, tiene derecho a ejercer la acción negatoria a nombre del deudor y por vía de la acción oblicua o subrogatoria (ver nota 1).

Cuando la ley habla de los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos parece aludir a la etapa de la ejecución; librado el mandamiento de ejecución y embargo, el acreedor hipotecario, si bien no toma la posesión del inmueble, de alguna manera pone su mano sobre él y la ley quiere que pueda ejercer su derecho a ejecutar la cosa libre de cargas que desvaloricen la propiedad.

1112/1543

1543. CONTRA QUIÉN SE CONFIERE.— La acción negatoria se da contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida (art. 2802 Ver Texto).

Aunque la redacción de esta norma deja que desear, su sentido es claro: la acción se brinda contra cualquiera que perturbe el derecho de poseer de otro. Lo normal será que la acción sea ejercida por el propietario contra un tercero que no tiene derecho de poseer; pero bien puede ocurrir que el derecho de poseer esté en cabeza de otro que no sea el dueño, como ocurriría si la cosa se hubiese dado en usufructo o prenda, en cuyo caso el actual poseedor tiene la acción negatoria inclusive contra el propio dueño del inmueble, si es él quien perturba su derecho. La parte final que dice “arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida”, es simplemente ejemplificativa, pues ya hemos dicho que se da contra cualquiera que impida el ejercicio de un derecho real.

Sin embargo, es necesario dejar aclarado que para que la pretensión del tercero sea repelida mediante la acción negatoria se necesita que ese tercero pretenda el ejercicio de un derecho real, como puede ser una servidumbre. Si, por el contrario, el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, la acción será juzgada como meramente personal, aunque el poseedor hubiera sido impedido accidentalmente de la libre disposición de su derecho (art. 2806 Ver Texto).

1112/1544

1544. PRUEBA.— Dispone el art. 2805 Ver Texto que al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer. La disposición es razonable. Como lo explica el mismo VÉLEZ SARSFIELD en la nota respectiva, la propiedad es por su naturaleza un derecho libre, absoluto y exclusivo y el demandado es el que debe probar la carga o servidumbre que pretende que reconozca el inmueble. Si bien después de la reforma de los arts. 2513 y 2514 por la ley 17711, no puede ya decirse que la propiedad sea un derecho absoluto, sigue siendo exclusivo, y eso basta para fundar la solución legal.

Agreguemos que si bien el artículo que comentamos habla nuevamente de servidumbre como si fuera la única hipótesis de acción negatoria, en verdad no se trata sino del ejemplo típico, que admite otros supuestos de ejercicio de la acción.

1112/1545

1545. EFECTOS.— La acción negatoria tiene por objeto privar al demandado de todo ulterior ejercicio del derecho real que indebidamente estaba ejerciendo sobre la cosa de otro. Este es, desde luego, el objeto principal de la acción; pero ésta tiene también dos efectos accesorios: obtener del demandado la reparación de los perjuicios sufridos por el actor e inclusive obligar al demandado a asegurar su abstención de nuevas infracciones mediante una fianza (art. 2803 Ver Texto). Naturalmente que esta fianza no es una consecuencia necesaria de la condena a cesar en los actos perturbadores de la posesión; el juez decidirá conforme con las circunstancias del caso, si es prudente y justo exigir esa fianza o si, por el contrario, ella es innecesaria.

1112/1546

1546.— La acción puede tener por objeto no sólo hacer cesar totalmente la conducta del demandado que importa una lesión del derecho del actor, sino que también puede tener por objeto reducir a sus verdaderos límites el ejercicio de un derecho real (art. 1804 Ver Texto). Eso puede ocurrir si, por ejemplo, quien goza de una servidumbre no discutida por el actor la usa en forma más gravosa que lo que le permite su derecho.

(nota 1) De acuerdo, SALVAT, t. 3, nº 2162.

1112/11540

APÉNDICE - DERECHOS INTELECTUALES

1112/11550

CAPÍTULO XXI - DERECHOS INTELECTUALES (ver nota 1)

1112/1547

1547. OBSERVACIÓN METODOLÓGICA.— Según veremos más adelante, los derechos intelectuales no constituyen una especie de los derechos reales, sino que forman una categoría especial. Sin embargo, ha sido tradicional tratarlos junto con los derechos reales, ya sea porque una parte de la doctrina los considera tales, ya sea porque indudablemente tienen una mayor afinidad con ellos que con los personales. Ello explica que los estudiemos en este Tratado, aunque en forma independiente de los derechos reales propiamente dichos.

Estrictamente, los derechos intelectuales abarcan no solamente los nacidos de una obra científica, artística o literaria, sino también los derechos de invención y las marcas de fábrica. Pero éstos son temas propios del derecho comercial, por lo que quedarán fuera de nuestro estudio.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MOUCHET Y RADAELLI, Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas, Buenos Aires, 1948; SATANOWSKY, Derecho intelectual, Buenos Aires, 1954; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, n° 815 y s.; SALVAT, Derechos reales, edición anotada por ARGAÑARAZ, t. 2, n° 1203 y s.; LAQUIS, Derechos reales, t. 2, p. 117 y s.; DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Toulouse, 1966; ZUCCHERINO, Régimen internacional de los derechos intelectuales, E.D., t. 58, p. 805; SAVATIER, Le droit de l'art et des lettres, Paris, 1953; DEL BIANCO, Le droit d'auteur et ses limites, Lausanne, 1951; PIOLA CASELLI, Trattato del diritto di autore, 2ª ed., 1927; DE SANCTIS, Contratto di edizione, Milano, 1965.

1112/11560

§ 1. Conceptos generales

1112/1548

1548. DERECHOS INTELECTUALES: SU NATURALEZA.— En el derecho antiguo no se conocían otros derechos patrimoniales que los reales y los personales. La explotación económica de la producción artística estaba suficientemente protegida con ellos: el escultor, el pintor, el artesano, eran dueños de su obra y podían venderla. La literatura, en cambio, no ofrecía iguales posibilidades puesto que la reproducción era manuscrita y, por tanto, el número de ejemplares limitadísimo. El aprovechamiento económico de la obra literaria era imposible y los autores, si no tenían fortuna propia, debían vivir de la generosidad de algún mecenas.

Fue la invención de la imprenta la que creó el problema, al permitir la reproducción en grandes números. El autor se vio de pronto ante la posibilidad de obtener apreciables ganancias con la venta de ejemplares. Pero si bien se advirtió, desde un comienzo la justicia de reconocerle al autor el derecho de lucrar con el producto de su ingenio, la imprenta creó otro problema no menos importante: hizo fácilmente reproducibles y divulgables todas las ideas políticas, económicas y religiosas, lo que se juzgaba peligroso para el Estado de aquella época. Se imaginó entonces un recurso que permitió conciliar el interés pecuniario del autor con el contralor de lo que pretendía imprimirse: la Corona concedía un privilegio para publicar la obra, si ésta no contenía nada que pudiera ser objeto de censura.

El sistema era desde luego insatisfactorio, puesto que los derechos del autor quedaban librados al arbitrio del príncipe; y cuando la Revolución Francesa hizo triunfar el principio de la libertad de imprenta, era ya inevitable reconocer a los autores un verdadero derecho de reproducir sus obras y explotarlas económicamente, sin depender de la concesión graciosa de un privilegio; y para asentar categóricamente su calidad de derecho natural, no susceptible de ser desconocido, se lo llamó propiedad intelectual, denominación que pese a su evidente impropiedad tuvo éxito precisamente porque importaba una reafirmación del derecho.

Casi al mismo tiempo, sobrevino otro problema igualmente desconocido en la antigüedad. El maquinismo y la gran industria dieron lugar a la valorización económica de los inventos técnicos y científicos. La nueva figura jurídica de los derechos intelectuales venía también a proteger a los inventores.

1112/1549

1549.— La naturaleza jurídica de los derechos intelectuales está controvertida. Las principales teorías son las siguientes:

a) Para un sector de la doctrina los derechos intelectuales constituyen una propiedad; y la única diferencia entre la propiedad típica y ésta, es que aquélla recae sobre una cosa en tanto que ésta recae sobre un bien inmaterial. Sería una propiedad peculiar, si se quiere, pero propiedad al fin. Todavía se hace constar en apoyo de este punto de vista que el titular del derecho intelectual posee como el propietario un derecho de carácter absoluto y, por tanto, oponible a toda la comunidad; del mismo modo se hace notar la inmediatez del poder que tiene el titular del derecho respecto del objeto de su derecho. Todas éstas son características de los derechos reales.

Pero esta teoría no resiste el análisis. En cuanto al carácter absoluto que se destaca, es necesario decir que éste no es un carácter exclusivo de los derechos reales; también lo son los derechos de la personalidad (derecho a la vida, la libertad, el honor, etc.). Y en cuanto a la inmediatez, no se da en el titular del derecho intelectual esa posibilidad de uso directo, exclusivo, ese contacto diríamos físico con la cosa que constituye lo que se llama la inmediatez de los derechos reales. En verdad la asimilación con la propiedad resulta insostenible. Es de la esencia de ésta la existencia de una cosa cierta y material sobre la cual recae el derecho; y las ideas no son susceptibles de apropiación. Es verdad que también los derechos intelectuales tienen un objeto: la obra, sea invento, descubrimiento, escrito, cuadro, estatua, página musical. Pero la obra no como materia, sino en tanto creación de la inteligencia. No hay como en la propiedad un objeto que pueda poseerse y ser aprovechado con la máxima ventaja precisamente por su adjudicación exclusiva a determinada persona. La obra literaria o artística, la obra intelectual, necesita por el contrario el mayor campo de expansión posible para producir sus mejores frutos. Ello supone la divulgación en la comunidad, no la permanencia en la mente de su autor. ¿Podría decirse que el autor es dueño absoluto de su obra, que sólo él puede usarla, gozarla y aprovecharla? (ver nota 1)

Por lo demás, aun enajenada la obra, aun desprendido de su “propiedad” el autor, éste conserva una serie de derechos de disposición sobre esa obra en virtud del llamado derecho moral de autor (ver nota 2). Y es que, como veremos, el derecho intelectual trasciende de la esfera patrimonial y tiene implicancias más vastas y más profundas. Así, por ejemplo, no obstante haber cedido su obra literaria, el autor, sigue ejerciendo una suerte de tutela sobre ella, tiene derecho a cuidar su integridad, puede oponerse a que se siga publicando, bajo ciertas condiciones (véase nº 1603). Es decir, un derecho de autor nunca es totalmente enajenable; la obra sigue ligada al autor por una suerte de cordón umbilical, que le confiere importantes atribuciones (ver nota 3). Nada de esto ocurre en la propiedad típica en que el propietario que se desprende de su dominio pierde todo derecho sobre la cosa. Además, debemos recordar que la propiedad es perpetua y los derechos intelectuales son esencialmente temporarios.

Por último, el dominio se adquiere por prescripción, lo que no ocurre con los derechos intelectuales, que no pueden ser adquiridos por prescripción ni aun en su aspecto pecuniario (ver nota 4).

En verdad, la denominación de propiedad intelectual (adoptada por nuestra Constitución, art. 17 Ver Texto , y por la ley 11723) se explica como fórmula de combate, para justificar una protección tan completa como sea posible del derecho. Es necesario recordar que esta denominación de propiedad intelectual surgió en la época de la Revolución Francesa como una bandera de lucha para afirmar de la manera más categórica y completa el derecho del autor a su obra. Se le quiso dar el máximo de protección legal que las leyes permitían. Pero hoy ni siquiera como bandera de lucha sirve la expresión de propiedad intelectual, porque las sociedades contemporáneas son más sensibles a la protección del trabajo. que a la de la propiedad. Y lo lógico es vincular el derecho intelectual a la forma, quizá más noble, del trabajo humano (ver nota 5).

b) De acuerdo con un segundo criterio, hoy largamente predominante en la doctrina universal, los derechos intelectuales no son reales ni personales, sino que tienen una naturaleza sui generis; es decir, forman una tercera categoría distinta de los anteriores (ver nota 6). En su aspecto patrimonial pueden definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual; a ese derecho estrictamente patrimonial se agrega el llamado derecho moral de autor. Sobre este tema es indispensable detenerse.

La doctrina moderna distingue netamente entre el derecho patrimonial de autor y su derecho moral. El primero es un derecho de contenido económico, como son los reales y los personales. El segundo es la atribución del autor de hacer respetar su obra, de proclamar su paternidad, de mantenerla en el anonimato o hacerla pública y aun de destruirla (véase nº 1598 y sig.). Y al tratar estos temas, la mayor parte de los autores pone el acento en el derecho patrimonial, considerando al derecho moral como una característica peculiar pero más bien secundaria de los derechos intelectuales.

Una tal concepción es, a nuestro juicio, fundamentalmente errónea. Esta dicotomía entre derecho patrimonial y moral de autor sólo puede aceptarse para facilitar la exposición del tema y para sistematizar las distintas facultades emanadas del derecho de autor. Pero sustancialmente, éste es uno. Lo que la ley protege es la creación, la obra intelectual. Y lo hace porque es una emanación de la personalidad; un parto espiritual, un desprendimiento—casi diría un desgarramiento— del artista o científico. Es decir, que el fundamento de la protección legal está más allá, es más profundo que lo meramente patrimonial. Aunque también se protege las derivaciones patrimoniales de la creación artística o científica; pero lejos de ser este derecho patrimonial lo esencial, no es sino una derivación o consecuencia de la protección integral al artista o científico y su obra.

Así, pues, el llamado derecho moral no es un derecho distinto e independiente del patrimonial; en verdad, se llama así a un haz de facultades que son inalienables e imprescriptibles, porque están en la raíz del derecho del creador. El derecho patrimonial— que está en el comercio— es otra de las emanaciones o consecuencias del derecho de autor; una emanación en rigor subordinada o dependiente. Por lo que el llamado derecho moral, es

decir, el conjunto de atribuciones más íntimamente vinculadas al autor y su obra, viene a ocupar un primer plano en toda la problemática de los derechos intelectuales (ver nota 7). Es necesario tenerlo presente por las múltiples implicancias que de este concepto se derivan.

1112/1550

1550. OBRAS PROTEGIDAS.— El art. 1º Ver Texto de la ley 11723 contiene una enumeración de las obras susceptibles de protección legal. Dice así: a los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio y a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La numeración es amplia, pero no taxativa. En particular, la jurisprudencia ha remarcado que no solamente las producciones propiamente científicas, literarias y artísticas están protegidas, sino también todas aquellas que importen un esfuerzo o una creación intelectual con características propias (ver nota 8). Por aplicación de estas ideas se ha considerado que son obras susceptibles de protección las frases de publicidad comercial (ver nota 9), las compilaciones de recetas culinarias (ver nota 10), los escritos judiciales (ver nota 11), los discursos oficiales (ver nota 12), el diseño de una reja (ver nota 13), un nuevo sistema de apuestas en las carreras de caballos (ver nota 14), etc. Como puede apreciarse, el criterio jurisprudencial es amplio y tiende a la protección de toda obra intelectual.

1112/1551

1551. Para que una obra intelectual merezca la protección de la ley es indispensable que sea novedosa u original, es decir, que trasunte una labor intelectual creadora que lleve el sello del autor (ver nota 15). Bien entendido que no se exige una originalidad absoluta; basta que el artista haya sabido organizar los elementos conocidos de una manera nueva. Estrictamente, ha dicho un tribunal, el autor trabaja siempre con elementos preconstituidos pues la mente humana en rigor no crea, sino combina de un modo distinto y novedoso imágenes intelectuales o sensibles ya existentes (ver nota 16). En otras palabras, la ley tutela la creación intelectual, es decir, la representación de una manera original o personal de ideas que pueden no serlo (ver nota 17).

Pero debe haber originalidad, aun cuando sea modesta (ver nota 18); pues si no la hay no hay creación intelectual y, por lo tanto, no hay lugar a la protección de la ley. En concordancia con estos principios, se ha declarado que la publicación, impresión o registro de motivos folclóricos no confiere derechos tutelares por las leyes de propiedad intelectual

pues ellos ya estaban en el dominio público (ver nota 19). Tampoco son tutelables las simples fotografías si no tienen un sello artístico que revele la habilidad, arte o técnica del autor (ver nota 20).

Más aún: ni siquiera el registro de la obra basta por sí solo para conferir al autor el derecho de propiedad intelectual; es indispensable siempre que la obra sea original, que signifique un aporte nuevo a la cultura (ver nota 21). Pero la jurisprudencia ha declarado que la inscripción en el Registro importa una presunción iuris tantum de originalidad (ver nota 22). Esto significa que si alguien cuestiona la originalidad de la obra o sostiene que hay plagio, debe probarlo; vale decir, la prueba de que la obra no es original compete al impugnante y no a quien la registró.

1112/1552

1552.— Esta condición de la originalidad, exige algunas precisiones. ¿Puede hablarse de originalidad en quien traduce o adapta la obra de otro? Es que la originalidad tiene grados. Hay una de carácter absoluto y otra que puede llamarse derivada (ver nota 23). La originalidad del traductor consiste, en darle a la obra una expresión idiomática distinta, por más que la traducción sea tanto mejor cuanto más fiel, más ajustada (y, en ese sentido, menos original) sea al texto traducido. De una manera general, dice PIOLA CASELLI, puede afirmarse que hay una obra nueva cuando tiene un carácter representativo nuevo (ver nota 24).

1112/1553

1553.— Según una doctrina muy difundida —aunque no sin contradictores— las puras ideas son libres y no están protegidas: lo que se protege son las obras intelectuales (ver nota 25). Lo que significa que para que la idea esté protegida es indispensable que ella asuma una forma exterior que la haga perceptible a los sentidos de los demás (ver nota 26).

Es difícil estar en desacuerdo con la afirmación de que, sin exteriorización no hay protección legal. Pero creemos irrelevante desde el punto de vista jurídico la distinción en que tanto se ha insistido, entre la idea y la obra. La obra no es otra cosa que la idea exteriorizada. Y si es verdad que la pura idea no cuenta con la protección del derecho, es porque mientras no se exterioriza no puede ser aprehendida por la ley. De donde resulta que es erróneo decir que el derecho no protege las ideas. Las protege siempre que entren en el mundo de lo concreto y sensible en que se desenvuelve el derecho.

1112/1554

1554. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ¿ES INELUDIBLE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INTELECTUALES?— De acuerdo con el sistema de la ley 11723 la inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual es ineludible para la protección de los derechos intelectuales. El art. 63 Ver Texto dispone expresamente que la falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor y que la posterior inscripción no perjudica la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta.

Este sistema se hace pasible de muy graves observaciones. El derecho de autor nace con la obra misma y desde ese momento debe gozar de protección. He aquí un plagiarlo, un desaprensivo, que aprovechándose de la falta de inscripción, publica la obra de otro, medrando con ella. El sistema de la ley 11723 significa la protección del plagiarlo, del defraudador. Es una solución que repugna al buen sentido y a la moral; es como dice DEL BIANCO, abrir la puerta grande a toda clase de trampas indignas (ver nota 27). Lo que nuestra ley ha querido es obligar a los autores a registrar sus obras, lo que es conveniente a los efectos de un ordenamiento de la protección legal y de un mejor resguardo de los derechos de los mismos autores y de terceros. Pero para inducir a los autores a registrar sus obras se pudo haber empleado otros recursos (multas, pérdida de algunos beneficios, etc.) pero sin llegar a la desprotección total del autor y el amparo de los defraudadores y plagiarios. Por ello es que en la legislación moderna prevalece decididamente el criterio de no exigir la inscripción como requisito esencial de la protección de los derechos de los autores (ver nota 28). Y por ello es también que algunos fallos, apartándose de la solución del art. 63 Ver Texto , han declarado que la inscripción no es un requisito esencial para la tutela jurídica de los derechos de autor (ver nota 29), aunque otros se han ajustado estrictamente a lo dispuesto por el art. 63 Ver Texto ley 11723 (ver nota 30).

Creemos que si el problema se juzga a través del sistema de la ley 11723 , asiste razón a quienes ven en la inscripción un requisito sine qua non de la tutela legal. Pero consideramos que este requisito ha quedado derogado por la Convención de Ginebra (decreto-ley 12088/1957), según la cual la exigencia de depósitos o registros contenida en las legislaciones internas de los países signatarios, quedará cumplida con la publicación de la obra que lleve el símbolo (C), acompañado del nombre del derecho y el año de la primera publicación (art. 111) (ver nota 31). Está claro así, que los autores extranjeros que publican sus obras en su país de origen están protegidos en el nuestro sin necesidad de inscripción en el Registro; y lo que se concede a los autores extranjeros debe concederse a los nacionales, porque de lo contrario se violaría el principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16 Ver Texto , Const. Nacional), sin contar con que repugna al buen sentido negar a los autores nacionales una tutela que se reconoce a los extranjeros.

Concluimos, pues, en que la inscripción ha dejado de ser un requisito Ineludible de la tutela legal de los derechos de autor (ver nota 32).

1112/1555

1555.— Menos necesaria todavía es la publicación de la obra; ésta se halla protegida por el hecho de su creación, y el plagio debe ser sancionado, cualquiera sea el medio por el cual ha llegado a tener conocimiento de ella (ver nota 33).

1112/1556

1556. TÍTULOS.— El título forma parte de la obra y, como tal, da lugar al nacimiento del derecho de autor, como la obra misma (ver nota 34). Pero para merecer la protección legal debe tener algo de original y propio del autor (ver nota 35); por consiguiente, los títulos genéricos o los que en sí no encierran ninguna novedad o son nombres insustanciales, no generan un derecho de protección y exclusividad (ver nota 36). Por consiguiente, no constituye un título protegido por la ley 11723 una designación genérica como tratado, manual, etc. (ver nota 37); ni los títulos “arte culinario”, “arte de la cocina argentina y francesa”, “escuela de cocina argentina y francesa” (ver nota 38). Sin embargo, en este punto hay que proceder cuidadosamente: es posible que un título que no tenga en sí mismo ninguna originalidad particular haya empero alcanzado notoriedad por ser el título de una novela en boga; si ese mismo título se diera a un film o a una pieza de teatro, el autor puede oponerse, pues es evidente el peligro de confusión (ver nota 39).

1112/1557

1557. DISCURSOS Y CONFERENCIAS.— También están protegidos por la ley los discursos o conferencias, sean de carácter político, científico o literario. Dispone el art. 27 Ver Texto que los discursos políticos o literarios y, en general, las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro sin la autorización del autor. Exceptúase la información periodística.

Esto significa que los periódicos pueden informar acerca de discursos, conferencias, etc., e, inclusive, reproducir íntegramente su texto. En cuanto a los discursos parlamentarios, pueden ser publicados sin fines de lucro y, desde luego, lo son siempre en el Diario de Sesiones. La Cámara Civil de la Capital ha declarado que esa norma es aplicable a todos los discursos oficiales (ver nota 40).

Fuera de estos casos no se podrán publicar discursos o conferencias cualquiera sea su índole, sin la expresa autorización del autor.

1112/1558

1558. ARTÍCULOS NO FIRMADOS Y COLABORACIONES ANÓNIMAS.— La mayor parte del material informativo y gráfico de los periódicos, es obra de colaboradores anónimos: periodistas o empleados a sueldo de la empresa. Hubiera sido excesivo acordar en este caso el derecho de autor a cada uno de los que escribieron un artículo o colaboración; más aún, sería poco menos que imposible precisar con exactitud la paternidad de esos trabajos que se hacen bajo el apremio del tiempo y el espacio. Considerando todo ello, el art. 28 Ver Texto establece que los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general, que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periodísticas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista u otras publicaciones periódicas o de la agencia. Y agrega que las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ella.

Como puede apreciarse, la norma transcrita distingue entre los artículos que tienen su origen en los colaboradores directos del periódico y los provenientes de una agencia de informaciones. En el primer caso se reputa que los artículos y demás colaboraciones son propiedad del diario o revista, y en el segundo, que lo son de la agencia informativa.

El art. 29 Ver Texto agrega que estas colaboraciones anónimas pueden ser publicadas por sus autores en colección, salvo pacto en contrario con el propietario del diario, revista o periódico. No se entiende bien cuál es el significado de esta norma. Porque si dichos artículos son propiedad del diario, conforme lo dispone el art. 28 Ver Texto, no se ve cómo pueden sus autores publicarlos en colección; tampoco se comprende qué diferencia hay entre la publicación aislada y la publicación en colección. La norma no sólo es oscura, sino que parece no justificarse.

1112/1559

1559. COLABORACIONES FIRMADAS.— Si las colaboraciones anónimas pertenecen a los diarios o revistas en que se han publicado, en cambio, las firmadas pertenecen a sus autores (art. 29 Ver Texto). Vale decir, ellos pueden disponer libremente de su obra literaria, reproducirla, publicarla por separado, etc. Y por lo mismo que ellos pueden ceder sus derechos sobre estas colaboraciones, es perfectamente lícito el pacto celebrado con el diario o revista que le confiere a éstos el derecho de publicación exclusiva.

El art. 30 Ver Texto agrega que los propietarios de las publicaciones a que se refiere el artículo anterior deben efectuar la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual para acogerse a los beneficios de la ley.

1112/1560

1560. CARTAS.— También se reconoce el derecho intelectual sobre las cartas, derecho que naturalmente pertenece a su autor. Sólo él tiene derecho a publicarlas (art. 32 Ver Texto). Después de la muerte del autor, se necesita el consentimiento expreso de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o en su defecto del padre o de la madre. Faltando ellos, la publicación es libre (arts. 31 Ver Texto y 32, ley 11723).

Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación de las cartas, sean varias y haya desacuerdo entre ellas, la cuestión será resuelta por el juez (art. 33 Ver Texto , ley 11723).

Desde ya advertimos que lo dicho se refiere exclusivamente a la carta como obra literaria; los problemas relativos a la propiedad de esa cosa mueble que es el papel en que está escrita y al derecho de hacerla valer como medio de prueba son extraños a nuestro tema y han sido tratados en otro lugar (Tratado de Parte General, t. 2, n° 954 y sig.).

1112/1561

1561. DERECHO DE CITA.— En materia científica y didáctica, es muy frecuente la cita de autores. No sólo es frecuente, en algunos trabajos científicos es casi de rigor y no se podría hacer verdadera ciencia sin la ineludible referencia a los trabajos o pensamientos precedentes, en los que funda su posición el autor de la obra. Por ello, la ley 11723 reconoce el derecho de cita en las obras científicas o didácticas. El art. 10 Ver Texto dispone que cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes.

Indudablemente, el límite rígido de mil palabras establecido en la ley es arbitrario, pues el valor de una obra artística, científica o literaria no puede medirse por su extensión. Y hay cuentos breves, artículos científicos o poesías que no llegan a esa extensión (ver nota 41). Pero la ley ha querido fijar un criterio objetivo que permite resolver de una manera clara cuando se excede el derecho de cita.

Es necesario destacar que ese derecho de cita sólo se concede para las publicaciones que tengan fines didácticos o científicos (art. 10 Ver Texto) (ver nota 42). Sin embargo, los tribunales no han llevado a extremos excesivamente rigurosos la aplicación de este criterio; y así, se ha declarado que quien inserta sin propósito de lucro y con el objeto de rendir un homenaje patriótico, una frase de un autor de fama, no está obligado a indemnizarlo (ver nota 43). Es una solución razonable.

1112/1562

1562.— Pero puede ocurrir que las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la obra nueva, como sucede, por ejemplo, en las antologías. En ese caso, los tribunales podrán fijar equitativamente en juicio sumario, la cantidad proporcional que le corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas (art. 10 Ver Texto , ley 11723).

1112/1563

1563.— De cualquier modo, la cita debe ser acompañada de la mención del nombre del autor; pues una reproducción de un trozo literario o científico, aunque no exceda de mil palabras, sin la mención de su autor significa plagio (ver nota 44).

1112/1564

1564. PLAGIO.— De una manera general puede decirse que existe plagio cuando se reproduce en forma total o parcial o desfiguradamente una obra ajena, presentándola como propia (ver nota 45). La reproducción literal, sea parcial o total no es infrecuente. Pero generalmente el plagio asume una forma disimulada. No hay una reproducción literal del texto literario o musical, sino que el nuevo texto presenta diferencias triviales, de modo que la copia quede desfigurada aparentando ser distinta del texto original (ver nota 46). Determinar, pues, si ha habido plagio, es una cuestión de hecho que los jueces resuelven apoyados generalmente en el dictamen de expertos (ver nota 47).

En materia musical se ha declarado que existe plagio cuando una de las obras resulta de la combinación idéntica, imitada, semejante o desfigurada de las frases melódicas, rítmicas o armónicas de la otra, sin que lo desvirtúe el hecho de haberse empleado un ritmo o modo de expresión diferente (ver nota 48).

El plagio puede existir aunque la índole de la obra no sea la misma. Así, por ejemplo, una obra teatral o cinematográfica puede plagiar una obra literaria (ver nota 49).

1112/1565

1565.— El plagio da lugar a la aplicación de las sanciones penales consiguientes (véase nº 1611), al secuestro y prohibición de seguir vendiendo, publicando o representando la obra que fue declarada plagio, a la reparación de los daños y perjuicios y, finalmente, a la anulación de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual que protege al plagiario (ver nota 50).

1112/1566

1566. OBRAS EXTRANJERAS.— En el mundo moderno, por la técnica de las comunicaciones, tiene una enorme trascendencia el aprovechamiento económico de los derechos intelectuales en el extranjero. Así, un novelista de éxito puede tener ganancias más importantes por la venta que de su novela se haga en el exterior, que las que obtenga en su propio país. Y lo mismo ocurre con las obras musicales. Esto ha inducido a los países a celebrar tratados recíprocos y convenciones multilaterales para la protección de los derechos de autor. Así, nuestro país forma parte de la Convención Panamericana de Buenos Aires de 1910, ratificada en 1949; de la Convención Interamericana de Washington de 1946, ratificada en 1957; de la Convención Universal de Ginebra de 1952 ratificada en 1957; y de la Convención Universal de Berna ratificada en 1967, por ley 17251. La ley 11357 ha extendido la protección de sus disposiciones a las obras científicas, artísticas y literarias publicadas en países extranjeros sea cual fuere la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual (art. 13).

Para asegurar la protección de la ley argentina, el autor de una obra extranjera sólo necesita acreditar el cumplimiento de las formalidades establecidas para su protección por las leyes del país en que se ha hecho la publicación, salvo lo dispuesto en el art. 23 sobre contratos de traducción (véase nº 1578). Finalmente, el art. 15 establece el límite de protección dispensada a los autores extranjeros. Dispone que la protección que la ley argentina acuerda a los autores extranjeros no se extenderá a un período mayor que el reconocido por las leyes del país donde se hubiere publicado la obra. Si tales leyes acuerdan una protección mayor regirán los términos de la presente ley.

1112/1567

1567. RETRATO FOTOGRÁFICO.— Dispone el art. 31 Ver Texto , ley 11723: el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos

de éstos o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre, la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Aunque la disposición es razonable, resulta obvio que es extraña a una ley en que se trata de los derechos intelectuales. El art. 31 Ver Texto no protege ningún derecho intelectual sino el derecho a la privacidad, a que se respete la propia imagen.

Por ello, hemos tratado de este tema en otro lugar (Tratado de Parte General, t. 1, nº 316).

(nota 1) Véase PLANIOL-RIPERT-PICARD, t. 3, nº 574.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 174 y L.L., 1979-B, p. 112.

(nota 3) Por eso DEL BIANCO sostiene que no es propio hablar de enajenación o cesión de derechos intelectuales, pues lo que en verdad se opera es una concesión de los derechos que pertenecen al autor: *Le droit d'auteur*, p. 69 y s.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 174 y L.L., 1979-B, p. 112.

(nota 5) MESSINEO, que adhiere a la vieja teoría de que los derechos intelectuales son una forma de propiedad, añade que la discusión con los que controvierten este punto de vista tiene, en el fondo, un interés casi exclusivamente terminológico; sin embargo, añade, la principal utilidad de concebir a los derechos sobre bienes inmateriales como derecho de propiedad reside en que la tutela de ellos está confiada a la acción de reivindicación (Manual, t. 3, § 86, p. 378). Llamar acción reivindicatoria a la que protege el derecho intelectual nos parece totalmente impropio. La acción de reivindicación se confiere esencialmente para recuperar una posesión perdida; y aquí no se trata de posesión sino de respeto del derecho de autor; un respeto que a veces excede de lo meramente patrimonial.

(nota 6) En la doctrina nacional comparten esta opinión: LLAMBÍAS, Parte general, t. 2, nº1304; ARAUZ CASTEX, Parte general, t. 2, nº 1003; SPOTA, Tratado de derecho civil, t. 1, vol. 3, nº 1573; MOLINARIO, Derecho patrimonial y derecho real, p. 40 y s.; PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, nº 819; MOUCHET y RAFAELLI, Derechos

intelectuales, t. 1, p. 92; SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 40 y s. En el sentido de que se trata de una propiedad especial, SALVAT, Derechos reales, t. 2, n° 1209.

(nota 7) De acuerdo con todo este párrafo, C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 174 y L.L., 1979-B, p. 112. Asimismo véase SAVATIER, Le droit de l'art et des lettres, n° 11.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 271; íd., 10/10/1943, L.L., t. 33, p. 716; C. Civil 2ª Cap., 17/7/1942, L.L., t. 31, p. 300; C. Civil Cap., Sala B, 22/7/1963, L.L., t. 112, p. 211; Sala C, 18/4/1974, L.L., t. 155, fallo n° 70.449.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1960, L.L., t. 101, p. 413 y J.A., 1961-III, p. 251 (se trataba de la frase comercial “amor con Armour se paga”); C. Civil Cap., Sala B, 22/7/1963, L.L., t. 112, p. 211; SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 195.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 271.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 21/2/1940, L.L., t. 17, p. 547 y J.A., t. 69, p. 383.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 10/5/1956, L.L., t. 83, p. 215; Sala D, 28/2/1957, L.L., t. 86, p. 648 y J.A., 1957-II, p. 509.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 10/10/1939, L.L., t. 16, p. 378.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala C, 18/4/1974, L.L., t. 155, fallo n° 70.449. En cambio, la C.S.N. rechazó la pretensión de que se reconocieran derechos intelectuales sobre una variante en el sistema para acordar premios en la lotería, cuya sencillez descarta la idea de creación intelectual: 18/9/1968, Fallos, t. 271, p. 368 Ver Texto .

(nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 28/2/1957, L.L., t. 86, p. 648 y J.A., 1957-II, p. 509.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1960, L.L., t. 101, p. 413 y J.A., 1961-III, p. 251.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 23/12/1948, L.L., t. 53, p. 402 y J.A., 1948-I, p. 395; C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1959, L.L., t. 99, p. 26 y J.A., 1960-III, p. 32; C. Civil Cap., Sala B, 28/12/1957, L.L., t. 86, p. 648 y J.A., 1957-II, p. 509.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala E, 28/7/1983, L.L., 1984-B, p. 401; C. Civil 2ª Cap., 17/12/1943, L.L., t. 33, p. 117 y J.A., 1944-I, p. 270; DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 24; PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore*, p. 69.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 14/11/1940, L.L., t. 20, p. 933 y J.A., t. 72, p. 552; C. Civil Cap., Sala D, 29/11/1957, L.L., t. 89, p. 653 y J.A., 1958-I, p. 309. Tampoco se protegió un dibujo que el Tribunal consideró que no era artístico ni original: C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1959, L.L., t. 99, p. 26.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 30/12/1938, L.L., t. 13, p. 1939; SATANOWSKY, *Derecho intelectual*, t. 1, p. 227; ARGAÑARAZ, en SALVAT, *Derechos reales*, t. 2, nº 1215, nota 14 d; DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 24.

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 10/10/1939, L.L., t. 16, p. 378; C. Civil 2ª Cap., 14/11/1940, L.L., t. 20, p. 933 y J.A., t. 72, p. 552; C. Civil 2ª Cap., 17/7/1942, L.L., t. 31, p. 300; C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1959, L.L., t. 99, p. 26 y J.A., 1960-III, p. 32.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 25/4/1936, L.L., t. 2, p. 596; *íd.*, 6/2/1946, J.A., 1946-I, p. 464; C. Civil 2ª Cap., 22/9/1939, L.L., t. 16, p. 31; *íd.*, 17/7/1942, L.L., t. 31, p. 300; *íd.*, 12/9/1950, L.L., t. 66, p. 147 y J.A., 1951-I, p. 647; C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1960, L.L., t. 101, p. 414 y J.A., 1961-III, p. 251.

(nota 23) En este sentido, DESBOIS, *Le droit d'auteur*, nº 6 y s. En sentido concordante, autores citados en nota siguiente.

(nota 24) PIOLA CASELLI, *Trattato*, p. 77 y s. Adhiere DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 22 in fine y 23.

(nota 25) SATANOWSKY, *Derecho intelectual*, t. 1, p. 156 y s.; DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 17 y s.; DESBOIS, *Le droit d'auteur*, nº 18 y s. Cabe señalar que tanto DEL BIANCO como DESBOIS citan fallos de jurisprudencia suiza y francesa, respectivamente, contrarios a su tesis.

(nota 26) DESBOIS, *Le droit d'auteur*, nº 17; DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 25, con cita de PIOLA CASELLI y doctrina alemana.

(nota 27) DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 32.

(nota 28) Este es el sistema de las Convenciones internacionales de Ginebra y Berna; es también el sistema de la ley francesa del 11 de marzo de 1957 y de la ley italiana del 22 de abril de 1941.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala B, 16/5/1977, E.D., t. 75, p. 557; C. Crim. Correc. Cap., en Pleno, 30/11/1981, L.L., 1982-C, p. 23 y E.D. t. 102, p. 315; C. Crim. y Correc. Cap., 20/10/1961, L.L., t. 109, p. 633; C. Fed. Cap., 28/7/1978, J.A., 1979-I, p. 126. La C. Apel. La Plata, Sala II, resolvió que estaba protegido un grabado no inscripto, porque aparecía reproducido en una publicación inscripta: 2/3/1984, L.L., t. 50, p. 1027 y J.A., 1948-I, p. 485.

(nota 30) C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1959, L.L., t. 99, p. 26; Sala B, 3/8/1982, E.D., fallo n° 36.431 y J.A., fallo n° 32.204; Sala F, 22/8/1977, E.D., t. 77, p. 519; C. Civil Cap., Sala F, 23/4/1959, L.L., t. 95, p. 267; C. Civil 1ª Cap., 25/4/1936, L.L., t. 2, p. 595; C. Civil 2ª Cap., 31/3/1942, J.A., 1943-II, p. 547; C. Crim. y Correc. Cap., 15/10/1937, L.L., t. 9, p. 481.

(nota 31) Así lo consideró la C. Crim. y Correc. Cap., en Pleno, 30/11/1981, E.D., fallo n° 36.312 y L.L., 1982-C, p. 23.

(nota 32) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala F, 8/8/1991, L.L., fallo n° 89.867.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala C, 21/9/1971, E.D., t. 41, p. 503 en que se cita en sentido coincidente otro fallo de la Sala F del 20/2/1969, causa 133.888; íd., 18/4/1974, L.L., t. 155, fallo n° 70.449.

(nota 34) C. Civil 2ª Cap., 22/9/1939, L.L., t. 16, p. 337; íd., 12/9/1950, L.L., t. 60, p. 147 y J.A. 1951-I, p. 647; DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 191.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 272.

(nota 36) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 272; C. Civil 2ª Cap., 22/9/1939, L.L., t. 16, p. 337.

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 272.

(nota 38) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 272. La C. Civil 2ª Cap., 22/9/1939, L.L., t. 16, p. 337, declaró que el título “El pobre Pérez” no merece protección pues no importa creación artística de ninguna especie.

(nota 39) Así lo resolvió la C. Civil 2ª Cap., 22/9/1939, L.L., t. 16, p. 338; en igual sentido SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, nº 348 y su cita de jurisprudencia francesa concordante (nº 351).

(nota 40) C. Civil Cap., Sala C, 10/5/1956, L.L., t. 83, p. 215.

(nota 41) Así lo hizo notar la C. Civil Cap., Sala A, 30/6/1960, L.L., t. 99, p. 307 y J.A., 1960-V, p. 148.

(nota 42) En este sentido, C. Civil Cap., Sala D, 28/2/1957, L.L., t. 86, p. 648 y J.A., 1957-II, p. 509.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala C, 10/5/1956, L.L., t. 83, p. 214; Sala D, 28/2/1957, L.L., t. 86, p. 648 y J.A., 1957-II, p. 509; C. Crim. y Correc. Cap., 2/3/1951, L.L., t. 62, p. 799 (las tres sentencias se referían a la inserción de la frase de Belisario Roldán: “Padre nuestro que están en el bronce”).

(nota 44) C. Civil 1ª Cap., 11/8/1939, L.L., t. 15, p. 861; C. Paz Let. Cap., 3/8/1949, L.L., t. 60, p. 549; DESBOIS, Le droit d’auteur, nº 418; ARGAÑARAZ, en SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1224 b; DEL BIANCO, Le droit d’auteur, p. 150.

(nota 45) Hemos tomado la definición de NOVILLO CORVALÁN, cit. por ARGAÑARAZ, en SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1224 b. Para GIURATI, el plagio consiste en hacer aparecer como propio lo que pertenece a otros (cit. por SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 2, nº 274). En sentido concordante, C. Civil Cap., Sala D, 30/4/1974, E.D., t. 56, p. 342.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala D, 30/4/1974, E.D., t. 56, p. 342; C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 272; íd., 10/11/1943, L.L., t. 33, p. 717, con nota de MENDILAHARZU.

(nota 47) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1935, J.A., t. 53, p. 135; ARGAÑARAZ, en SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1224 b.

(nota 48) C. Civil 1ª Cap., 10/11/1943, L.L., t. 33, p. 717.

(nota 49) C. Civil 2ª Cap., 23/12/1948, L.L., t. 53, p. 402 y J.A., 1949-I, p. 395; ARGAÑARAZ, en SALVAT, Derechos reales, t. 2, nº 1224 b; SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 204.

(nota 50) Sobre la anulación de la inscripción: C. Civil Cap., Sala B, 3/10/1951, L.L., t. 64, p. 500.

1112/11570

§ 2. Titularidad del derecho

1112/1568

1568. OBRA DE AUTOR ÚNICO.— Dispone el art. 4 Ver Texto que los titulares del derecho intelectual son: a) el autor de la obra; b) sus herederos o derecho habientes; c) los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante. A esta enumeración legal hay que agregar los cesionarios de los derechos intelectuales.

Es necesario distinguir entre la titularidad originaria y la derivada. La primera se adquiere por el acto de creación. Sólo el creador es titular a título originario. Los herederos, cesionarios, etc., lo son a título derivado.

1112/1569

1569.— La creación no es un acto de voluntad. En consecuencia, puede ser autor tanto un incapaz como una persona capaz (ver nota 1). Algunas de las más famosas telas de Van Gogh o de Toulouse Lautrec fueron producidas en estado demencial. En consecuencia, la creación artística o literaria no es un acto jurídico sino un simple hecho al que la ley atribuye efectos jurídicos.

1112/1570

1570.— ¿Pueden las personas jurídicas ser titulares de derechos de autor? Desde luego, pueden serlo a título derivado: nada se opone a que una persona jurídica adquiera los derechos de autor. La cuestión estriba en saber si pueden serlo también a título originario.

En principio, la respuesta debe ser negativa. La creación artística, literaria o científica es una obra del espíritu humano y la persona jurídica carece de él. Sin embargo, no parece inconcebible que las obras que son producidas por un equipo de colaboradores, puedan pertenecer originariamente a la persona jurídica en la cual esos colaboradores se han agrupado (ver nota 2). Nuestra ley admite que las personas jurídicas sean titulares de obras anónimas (arts. 8 Ver Texto y 28 Ver Texto). Con ello se admite ciertamente la posibilidad de que una persona jurídica sea propietaria de un diccionario, de una enciclopedia, del material escrito o gráfico de un diario o revista o de otras obras semejantes hechas por colaboradores anónimos.

1112/1571

1571.— Fallecido el autor, la obra pertenece a sus herederos. En relación al régimen patrimonial del matrimonio, la obra intelectual se reputa bien propio del autor, teniendo carácter ganancial solamente el beneficio percibido durante la vida del autor (art. 1272 Ver Texto , C. Civil, ref. por ley 17711). Se explica esta solución de considerarla bien propio pues, ya se ha dicho, la obra intelectual es una emanación de la personalidad del autor, es un conjunto de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales muchas veces inescindibles.

Si no hubiere herederos o derecho habientes del autor, la propiedad de la obra corresponderá por quince años a quien la edite autorizadamente. Si hubiere herederos y derecho habientes y el autor hubiera encargado a una tercera persona la publicación de la obra, la propiedad quedará en condominio entre los herederos y el editor (art. 5 Ver Texto , ley 11723).

Esta disposición envuelve, nos parece, una evidente confusión de conceptos. Si el autor ha firmado un contrato de edición con una tercera persona, los herederos estarán obligados a respetar ese contrato. Pero carece de sentido decir que la propiedad intelectual quedará en condominio entre los herederos y el editor. Lo que ocurre es simplemente, que la relación contractual, se ha desplazado del autor a sus herederos y que continúa con el editor; pero éste tiene sólo los derechos de tal, no los de dueño o condómino de la obra.

1112/1572

1572. OBRAS EN COLABORACIÓN.— La complejidad de la cultura moderna, la riqueza de manifestaciones científicas y artísticas, hacen cada vez más frecuentes las obras en colaboración. A fin de precisar los conceptos, es necesario detenerse en los distintos tipos de colaboraciones posibles. A veces, la colaboración se produce en el proceso interno mismo de la creación artística o científica. Los hermanos Álvarez Quinteros fueron autores de numerosas piezas de teatro sin que pudiera nunca distinguirse cuál fue la intervención que uno y otro tuvieron en su realización; muchos de los más famosos tratados de derecho son también obra común de varios juristas; los descubrimientos científicos son casi siempre en nuestros días la obra de un equipo de científicos que actúa mancomunadamente. Aquí tenemos un caso de indivisibilidad absoluta de la obra literaria o científica. Otras veces, la colaboración se traduce en la incorporación material de nuevos elementos a una creación anterior, incorporación hecha con el consentimiento del autor o por haber entrado la obra ya al dominio público; tal es el caso de las obras comentadas o adicionadas. Otras veces, la colaboración consiste no ya en reproducción total de la obra anterior, sino en su traducción o adaptación; por ejemplo, la adaptación de una novela para servir de guión a una película cinematográfica o para una pieza de teatro. Otras veces, la colaboración se produce en el plano de creaciones artísticas distintas que confluyen a la realización de una obra común: tal es el caso de la música y la letra de una obra melodramática, de una canción popular, etc. Inclusive hay colaboración externa en las antologías en las que el autor de la selección de trozos no ha puesto una sola palabra suya. Aún así, la antología puede ser considerada como una obra hecha en colaboración y reconocerle derechos de autor a quien hizo la selección, porque a pesar de la ausencia de todo comentario, él ha creado una obra nueva, en la cual los pasajes de obras preexistentes son materialmente incorporados, precisamente porque sus gustos, sus concepciones literarias, filosóficas, morales, religiosas le han servido de criterio en la selección (ver nota 3).

La distinción entre estos tipos de colaboración interesa sobre todo desde el punto de vista patrimonial para determinar los derechos relativos de unos y otros de los autores. Así, por ejemplo, en el caso de la indivisibilidad absoluta es evidente que el derecho pertenece a todos y que ninguno de los colaboradores puede aspirar a explotarlo separadamente. En cambio, cuando hay una divisibilidad de los aportes, la explotación separada es perfectamente posible; así, por ejemplo, nada se opone a que el autor de la música de una canción la explote separadamente del texto; y que el poeta que ha escrito la letra lo imprima por su cuenta separadamente.

Supongamos ahora el caso de una obra de teatro o musical. Es indudable que los artistas, los ejecutantes de una página de música, vuelcan su personalidad en la versión de la obra; hay acuerdo general, sin embargo, en que sería un exceso reconocerles a ellos el carácter de colaboradores (ver nota 4). Y ya lo veremos, nuestra ley ha admitido esta solución inclusive para el caso de la obra cinematográfica en que la personalidad de los intérpretes tiene una relevancia singular y está definitivamente incorporada a la obra.

Nuestra ley ha previsto distintos supuestos de colaboración que trataremos a continuación:

1112/1573

1573. a) Principio general.— Salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra disfrutan de derechos iguales (art. 16 Ver Texto). Es una disposición razonable, que evita cuestiones enojosas que de otra manera podrían presentarse. Bien entendido que queda a salvo el derecho de los colaboradores de establecer contractualmente proporciones distintas en el disfrute de los beneficios.

1112/1574

1574.— En cuanto a los colaboradores anónimos de una compilación colectiva no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor (art. 16 Ver Texto , ley 11723).

No se considera colaboración la mera pluralidad de autores, sino en el caso de que la propiedad no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra (art. 17 Ver Texto). Se trata del caso en que distintos autores han colaborado con trabajos perfectamente separables e independientes por más que estén reunidos en un solo volumen. Sin embargo, la norma citada no resuelve el verdadero problema que se presenta, que es el de los derechos respectivos, es decir, de cómo se han de repartir los beneficios que produzca la venta de la obra. No se ve otra solución a este problema sino que los distintos autores perciban iguales beneficios, tal como si se tratara de una obra en colaboración (art. 16 Ver Texto). Con lo cual estamos diciendo que nada se gana con afirmar, como lo hace el art. 17 Ver Texto , que no son colaboradores, cuando en realidad se aplican los principios de la colaboración, sin perjuicio, naturalmente, de que cada uno pueda disponer en lo sucesivo de su propia obra.

1112/1575

1575. b) Composiciones musicales con palabras.— En las composiciones musicales con palabras, la música y la letra se consideran como dos obras distintas (art. 17 Ver Texto). Por ello mismo, el autor de un libreto o composición cualquiera puesta en música, será dueño exclusivo de vender o imprimir su obra literaria separadamente de la música, autorizando o prohibiendo la ejecución o representación pública de su libreto, y el compositor podrá hacerlo igualmente con su obra musical, con independencia del autor del libreto (art. 18 Ver Texto).

La ley no resuelve cómo se dividen los derechos de autor para el caso de que la obra se difunda unidas la música y la palabra; pero es evidente que a falta de disposición concreta debe aplicarse el principio general del art. 16 Ver Texto , es decir, la igualdad de los derechos (ver nota 5). Esta solución es evidentemente injusta para el caso de obras líricas de gran vuelo, en que el valor de la música es infinitamente superior al del libreto que acompaña la representación teatral; pero en esos casos el derecho del autor puede quedar a salvo por los convenios especiales que autoriza el art. 16 Ver Texto .

1112/1576

1576.— El art. 19 Ver Texto , ley 11723 agrega que en el caso de que dos o más autores hayan colaborado en una obra dramática o lírica, bastará para su representación pública la autorización concedida por uno de ellos, sin perjuicio de las acciones personales a que hubiere lugar (art. 19 Ver Texto).

No está claro el campo de aplicación de esta norma. Indudablemente es de aplicación al supuesto de lo que nosotros hemos llamado colaboración interna o indivisible, por ejemplo, la que consiste en escribir conjuntamente la obra. Pero cabe preguntarse si se aplica también al supuesto de la colaboración consistente en la música por una parte, y las palabras por la otra. La solución de nuestra ley parecería contraria a la aplicación del art. 19 Ver Texto en este caso, ya que conforme con el art. 17 Ver Texto , en las composiciones musicales con palabras, la música y la letra se consideran como dos obras distintas. Sin embargo, algunos fallos han resuelto que el autor de la música es quien tiene derecho a la publicación sin necesidad de autorización previa del autor de la letra, en tanto que el autor de la letra sólo tendría derecho a publicar su obra literaria separada de la música (ver nota 6).

1112/1577

1577. c) Obras cinematográficas.— El art. 20 Ver Texto establece que salvo convenios especiales los colaboradores en una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento y al productor de la película. Cuando se trate de una obra cinematográfica musical en que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento y el productor de la película.

Adviértase que la música de fondo constituye una característica casi invariable del cine moderno; ello no convierte a la obra cinematográfica en musical, tal como lo exige el art. 20 Ver Texto ; para que lo sea es necesario que la música tome en la película un lugar destacado, a punto de centrar la atención del espectador en los temas musicales; sólo así puede considerarse que el autor de la música tiene iguales derechos que el autor del argumento y el productor de la película.

De esta colaboración entre el productor, el autor del argumento y el compositor, surgen problemas que nuestra ley ha procurado salvar con las siguientes reglas: salvo convenios especiales, el productor de la película cinematográfica tiene facultad para proyectarla aun sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración. El autor del argumento tiene la facultad exclusiva de publicarlo separadamente y sacar de él una obra literaria o artística de otra especie. El compositor tiene la facultad exclusiva de publicar y ejecutar separadamente la música (art. 21 Ver Texto).

Es decir, quien tiene la facultad de proyectar la película es el productor, que puede hacerlo sin el consentimiento y aun contra la oposición de los autores del argumento y de la música. Todo ello sin perjuicio del derecho a los beneficios que surgen de la colaboración.

En cuanto al derecho que tiene el compositor de ejecutar separadamente la música, se refiere no solamente al autor de obras cinematográficas musicales, sino al compositor de cualquier música utilizada en una película.

1112/1578

1578. d) Traducción.— El autor de la traducción de una obra tiene sobre ella el derecho de propiedad en las condiciones convenidas con el autor, siempre que los contratos de traducción se inscriban en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual dentro del año de publicación de la obra traducida (art. 23 Ver Texto).

Bien entendido, que la traducción no podrá hacerse sin el consentimiento del autor, ya que ello violaría evidentemente el derecho de éste. Pero concedida la autorización por el autor, la traducción tiene el valor de una obra intelectual, y sus derechos a ella están regidos por los acuerdos celebrados con el autor. En esta materia la ley no ha establecido principios o reglas generales; lo ha dejado todo librado al acuerdo entre el autor y el traductor, lo que es razonable dado que sería poco menos que imposible establecer una solución justa de carácter general en esta materia.

1112/1579

1579.— Pero puede ocurrir que la traducción sea de una obra que no pertenece ya al dominio privado. En ese caso, el traductor será dueño exclusivo de su traducción o versión; pero no podrá oponerse a que otros la traduzcan de nuevo (art. 24 Ver Texto).

1112/1580

1580. e) Adaptación, modificación, parodias.— Es frecuente el proceso de adaptación de obras literarias que han tenido éxito. Así, por ejemplo, un novelista por genial que sea, puede carecer de dotes para transformar su novela en una versión filmica o teatral. De allí surge un nuevo tipo de colaboración que nuestra ley ha considerado en los arts. 25 Ver Texto y 26. El primero establece que el que adapte, transporte, modifique o parodie una obra con la autorización del autor, tiene sobre su adaptación, transporte, modificación o parodia el derecho de coautor, salvo convenio en contrario. Y como coautor se presume que tiene derecho igual con el autor (art. 16 Ver Texto). A su vez el art. 26 Ver Texto establece que el que adapte, transporte, modifique o parodie una obra que no pertenece al dominio privado, será dueño exclusivo de su adaptación, transporte, modificación o parodia y no podrá oponerse a que otros adapten, transporten, modifiquen o parodien la misma obra. Es una disposición análoga al art. 24 Ver Texto referido a la traducción.

1112/1581

1581. INTÉRPRETES.— Hemos dicho ya que el intérprete no es un coautor de la obra (véase nº 1572); pero, sin embargo, ello no significa que quede desprovisto de protección. Esa protección consiste en lo siguiente:

a) Un derecho a la retribución, no sólo por su trabajo en sí mismo (lo que en rigor no necesitaría de una disposición especial) sino también por su participación en los derechos obtenidos por la difusión o retransmisión mediante radiotelefonía, televisión, grabaciones, películas, etc., o cualquier otro medio apto para la reproducción sonora o visual. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre ella el monto de retribución será fijado por el juez en juicio sumario (art. 56 Ver Texto).

b) Además el intérprete de una obra literaria musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos. Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, este derecho de oposición corresponde al director del coro o de la orquesta (art. 56 Ver Texto).

Pero se ha declarado, con razón, que el transformador de una obra musical que pertenece al dominio público no tiene derecho a impedir que un tercero haga una transformación diferente (ver nota 7).

(nota 1) DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 32; PIOLA CASELLI, *Tratatto*, p. 214.

(nota 2) En este sentido: SATANOWSKY, *Derecho intelectual*, t. 1, p. 294 y s., quien ejemplifica particularmente con el productor de una película cinematográfica. En contra, DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 37 y s.

(nota 3) Así lo dice DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 127.

(nota 4) DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 139.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 2/9/1936, L.L., t. 3, p. 824.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 2/9/1936, L.L., t. 3, p. 824; íd., 21/10/1942, L.L., t. 28, p. 393 y J.A., 1942-IV, p. 595.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 171.

1112/11580

§ 3. Derechos del titular

1112/1582

1582. PRINCIPIO GENERAL.— Dispone el art. 2 Ver Texto , ley 11723 que el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

En suma, el autor tiene amplias facultades de disposición del aspecto patrimonial de sus derechos intelectuales. Es la consecuencia del monopolio, de explotación que brinda el derecho intelectual. Esto significa el poder de aprovecharlo económicamente de cualquier forma lícita; y también la facultad de enajenar o ceder sus derechos.

En particular, los autores de obras literarias, teatrales, musicales y artísticas gozan del derecho exclusivo de: a) autorizar la ejecución o representación pública de sus obras; se entiende por ejecución pública aquella que se efectúe en todo lugar que no sea exclusivamente familiar, cualquiera sea el fin de dicha ejecución (ver nota 1); b) autorizar la difusión de sus obras por cualquier medio que sirva para la transmisión de imágenes o sonidos (radio, televisión); c) autorizar la comunicación pública de la obra por altoparlantes o cualquier otro medio similar (ver nota 2). Toda transmisión, ejecución o difusión pública de la obra sin la debida autorización, viola, los derechos de autor.

1112/1583

1583. CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS.— El contrato de cesión de derechos intelectuales no es sino una especie del contrato de cesión de derechos que hemos estudiado, en otro lugar (Tratado de los Contratos, t. 1, n° 486 y sig.). Pero hay algunas características peculiares de la cesión de derechos intelectuales, que es preciso destacar:

a) El art. 53 Ver Texto , ley 11723 establece que la enajenación o cesión de los derechos intelectuales debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual, sin cuyo requisito carecerá de validez. La jurisprudencia ha interpretado, a nuestro juicio con razón, que esta norma sólo se refiere a terceros y que el contrato es válido entre las partes desde el momento de su celebración (ver nota 3). Para decirlo con mayor rigor: el contrato es válido desde su celebración, pero no podrá oponerse a terceros sino desde la fecha de su registro. Así, por ejemplo, si el autor de una obra literaria cede sus derechos a un tercero, pero antes de inscribirlo en el Registro suscribe un contrato de edición con otro, el cesionario tendrá que respetar los derechos del editor.

Si la cesión se hubiere hecho en instrumento público, cualquiera de las partes puede registrarlo. Si se hubiere formalizado por instrumento privado y el cedente se negara a inscribirlo, el cesionario podrá demandarlo para que cumpla, con dicha formalidad (arg. art. 1185 Ver Texto , C. Civil).

b) La cesión puede ser total o parcial. En este última caso, la cesión debe interpretarse siempre restrictivamente. Así, por ejemplo, si se han cedido los derechos para adaptar una obra al cinematógrafo, no se entiende autorizada la adaptación y representación teatral; si se ceden los derechos para difundir por radio, no debe entenderse comprendida la difusión por televisión, etc (ver nota 4). De igual modo, la cesión de derechos puede referirse sólo al ámbito de algún país o puede ser universal.

c) Por último, la cesión puede ser definitiva o por un plazo.

En suma, las limitaciones a la cesión de derechos intelectuales pueden afectar el contenido, el ejercicio, la duración o la aplicación territorial del derecho cedido (ver nota 5).

1112/1584

1584.— ¿Qué ocurre si el cesionario hace renuncia del derecho? ¿Se incorpora éste al dominio público o revierte al patrimonio del autor cedente? Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la reversión al autor. Dado lo ligada que está la obra a la personalidad del autor, lo que se cede no es en realidad la sustancia del derecho, sino su ejercicio (ver nota 6); de modo que si el cesionario renuncia a ejercerlo, el autor recobra el derecho de hacerlo.

1112/1585

1585.— En el caso de las artes plásticas (pinturas, esculturas, etc.), el derecho de artista se agota normalmente con la venta de la obra. A partir de ese momento, el comprador adquiere un derecho de dominio sobre la cosa, aunque no de carácter pleno, pues ya veremos que tiene algunas restricciones (véase nº 1604). Pero, sin duda alguna, puede revender la obra artística.

Sobre este punto es necesario recordar una interesante institución admitida por algunas leyes (ver nota 7), y que consiste en el derecho que tienen los autores a participar con un porcentaje de todas las ventas hechas de la misma obra en lo sucesivo, sea en remate público o por intermedio de un comerciante. La institución es justa. Ocurre frecuentemente que un joven artista, lleno de talento, hace sus primeras obras y las vende prácticamente por monedas, apremiado por las necesidades de su subsistencia. Luego viene el éxito, la fama, los altos precios. Aquel feliz comprador de una obra de la juventud del artista, hará una fortuna vendiéndola; es injusto que en esa forma no tenga participación alguna el autor. Se justifica, por tanto la introducción de un derecho como el que ya han admitido algunas leyes extranjeras.

1112/1586

1586. CONTRATO DE EDICIÓN: REMISIÓN.— La difusión de las obras musicales y particularmente de las literarias, se hace a través del contrato de edición suscripto entre el autor y el editor. Este contrato tiene, por consiguiente, una importancia capital en esta materia y ha sido objeto de un estudio prolijo en otra parte de esta obra (Tratado de Contratos, t. 2, nº 1219 y sig.).

1112/1587

1587. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN: REMISIÓN.— También tiene particular importancia para las obras dramáticas o teatrales el contrato de representación pública del que nos hemos ocupado en otro lugar, al que remitimos (Tratado de Contratos, t. 2, nº 1245 y sig.).

1112/1588

1588. ¿SON EMBARGABLES LOS DERECHOS DE AUTOR?— Es ésta una cuestión extremadamente delicada. La obra artística, literaria o científica está tan ligada a la personalidad del autor que resulta chocante aceptar que una persona pueda ser despojada de sus derechos intelectuales por sus acreedores y que éstos puedan venderlos en pública subasta. Se justifica así la solución de la ley italiana del 22 de abril de 1941, según la cual el derecho intelectual en sí mismo es insusceptible de embargo o secuestro, sin perjuicio de que puedan serlo los productos de la utilización o comercialización, así como los ejemplares de la obra (art. 111) (ver nota 8).

En defecto de un texto expreso que resuelva el punto, pensamos que una solución igual debe aplicarse en nuestro país. Es necesario distinguir entre el derecho en sí, que debe ser respetado como una emanación de la personalidad (y como tal, inembargable) y el producido o resultado de la obra intelectual. Si, en efecto, se edita una novela, una obra musical, las ganancias que ella produzca pueden ser embargadas; y aún es posible el embargo de los ejemplares ya publicados, y de los cuadros, esculturas, que el artista haya expuesto públicamente.

Pero no sería susceptible de embargo el manuscrito de una obra inédita (ver nota 9) porque en ese caso el derecho moral de autor (una de sus expresiones es el derecho de no publicar la obra) recobra todo su vigor; igual solución debe aplicarse a los ejemplares de una obra editada, pero no publicada ni distribuida (ver nota 10).

De igual modo no son susceptibles de embargo los cuadros o esculturas que el artista guarda en su atelier. Aquí entra a jugar el derecho moral del autor de no hacer públicas sus obras, tanto más cuanto que sólo él es juez de si la obra está o no concluida. Sólo son embargables cuando el artista las ha puesto en venta o las ha expuesto públicamente (ver nota 11).

Pero supongamos ahora que el autor ha cedido su derecho a un tercero. ¿Pueden los acreedores del cesionario embargar y hacer vender la obra intelectual en pública subasta? Aquí desaparecen las razones que nos mueven a considerar inembargable el derecho

intelectual. El autor se ha desprendido de su obra y el cesionario no tiene por qué gozar el privilegio de la inembargabilidad (ver nota 12).

Cabe tener presente que aun respecto de las rentas producidas por la obra intelectual, la ley francesa de 1957 establece que ellas son inembargables en la medida que tengan carácter alimentario (ver nota 13). Es una solución justa, que nuestra legislación debería acoger.

1112/1589

1589. EXPROPIACIÓN.— Ninguna duda hay de que los derechos intelectuales son susceptibles de expropiación. La ley 13264 declara expropiables todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de una utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza, estén o no en el comercio, sean cosas o no (art. 4). Y es natural que los derechos intelectuales puedan ser expropiados. A veces un invento, un descubrimiento científico suele tener una trascendencia social enorme. No sería admisible que el Estado no pudiera expropiar una obra intelectual de interés público, tanto más cuanto que las obras científicas y artísticas surgen como consecuencia de una civilización, de un medio social sin el cual serían inconcebibles. Y no menos lógica es la posibilidad de expropiar una obra artística para enriquecer el acervo cultural de la Nación.

Sin embargo, los manuscritos inéditos no son susceptibles de expropiación, porque aquí entra a jugar el respeto por el derecho moral y del autor y su inalienable potestad de no publicar lo que juzga indigno, o inconveniente (ver nota 14).

1112/1590

1590.— ¿Subsiste el derecho de autor después de la expropiación? En principio, la respuesta no puede ser sino afirmativa. Como lo diremos más adelante, el derecho moral es inalienable. En consecuencia, debe admitirse que el autor expropiado tiene el derecho a que se respete la integridad de su obra, a impedir que se la mutile, a exigir que se haga pública bajo su nombre. En cambio, debe considerarse extinguida la atribución de impedir la publicación posterior aduciendo que han cambiado las ideas morales, filosóficas, políticas, del autor. Pues la publicación de las ideas de que ahora reniega el autor, ha sido precisamente el objeto de la expropiación y sólo así se satisface la utilidad pública que la inspiró (ver nota 15).

1112/11630

1590 bis. LOS DERECHOS INTELECTUALES Y LA PRESCRIPCIÓN.— La naturaleza peculiar de los derechos intelectuales, su íntima vinculación con la personalidad misma del autor (tema que hemos desarrollado en el nº 1549), hace que ellos no puedan ser perdidos ni adquiridos por prescripción (ver nota 16). Por ello se ha declarado, con razón, que el autor que ha tolerado múltiples violaciones a su derecho, puede en cualquier momento oponerse a que ellas se sigan cometiendo, puede siempre reivindicar sus derechos (ver nota 17).

(nota 1) Así lo establece el decreto 9723/1945.

(nota 2) Convención de Berna, arts. 11 y 11 bis.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 11/7/1946, L.L., t. 43, p. 543 y J.A., 1946-III, p. 692; C. Civil 2ª Cap., 6/8/1940, J.A., t. 71, p. 699; SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 2, p. 441.

(nota 4) SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 239, quien cita en su apoyo la jurisprudencia francesa.

(nota 5) DEL BIANCO, Le droit d'auteur, p. 76.

(nota 6) DEL BIANCO, Le droit d'auteur, p. 72, quien por esta razón prefiere hablar de contrato de concesión de derechos de autor y no de cesión de derechos.

(nota 7) Ley francesa de 1957, art. 42; y leyes de Bélgica, Italia, Polonia, Checoslovaquia, Uruguay, cit., por SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 505 y por DESBOIS, Le droit d'auteur, nº 291. También está previsto este derecho en la Convención de Berna (art. 14 bis), pero sólo para los países cuya legislación interna lo establezca.

(nota 8) Es también la solución del derecho alemán: DEL BIANCO, Le droit d'auteur, p. 246, nota 1.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 27/7/1949, L.L., t. 58, p. 94; DESBOIS, Le droit d'auteur, nº 608 in fine; DEL BIANCO, Le droit d'auteur, p. 246.

(nota 10) DEL BIANCO, Le droit d'auteur, p. 253.

(nota 11) DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 254 y 255, quien cita jurisprudencia suiza concordante.

(nota 12) De acuerdo, DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 249.

(nota 13) Véase DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 608, quien no obstante esta disposición opina que el derecho de autor en sí mismo es embargable. DEL BIANCO opina que es embargable en la medida en que el autor lo ha ejercido. Así, por ejemplo, si la obra está en venta en las librerías, ello no autoriza a los acreedores a hacer representar la obra en un teatro o difundirla por televisión (*Le droit d'auteur et ses limites*, p. 248). El autor se funda en textos del derecho suizo, no aplicables entre nosotros.

(nota 14) La ley italiana de 1941 declara inexpropiables las obras no publicadas durante la vida del autor (art. 20), lo que es interpretado por la doctrina en el sentido de que la expropiación es posible después de su muerte: véase DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, n° 20.

(nota 15) Rectificamos de este modo la opinión incidentalmente vertida en nuestras primeras ediciones del *Tratado de Parte General*, t. 2, n° 756 in fine.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 174 y L.L., 1979-B, p. 112.

(nota 17) Fallo citado en nota anterior.

1112/11590

§ 4. Término del derecho

1112/1591

1591. PLAZOS LEGALES.— A diferencia de la propiedad que es perpetua, los derechos intelectuales son esencialmente temporarios. Es justo que así sea. Las ideas no son susceptibles de apropiación individual; y si bien es cierto que son fruto de creaciones individuales, lo son también del ambiente social en que el autor vive. El Quijote no hubiera podido escribirlo un aborigen africano, por más talento natural que tuviere; fue necesario

que CERVANTES naciera en la cultísima España del Siglo de Oro. La televisión no hubiera podido ser inventada por el más genial físico de la antigua Grecia; se necesitó de todo el inmenso aporte de la física moderna para llegar, luego de múltiples etapas a la transmisión inalámbrica de la visión. Es justo y es estimulante que el autor pueda aprovechar de su nuevo aporte al progreso humano; es justo, inclusive, que puedan aprovecharse de él sus herederos inmediatos. Pero sería inadmisibles una suerte de monopolio perpetuo. Porque también es justo que el fruto de la civilización sea gozado y aprovechado libremente por toda la sociedad una vez que el trabajo del creador ha sido debidamente compensado.

A todo esto se debe que en la legislación universal, el goce de los derechos intelectuales tenga un término fijado por la ley.

La ley 11723 lo reconoció para toda la vida del autor y para sus herederos o derecho habientes hasta el plazo de treinta años. Luego este plazo fue prolongado a cincuenta años por el decreto-ley 12063/1957, con el objeto de colocar nuestra legislación a tono con el término establecido en la Convención de Berna y con lo que es un principio hoy prácticamente universal en la legislación comparada.

Para las obras póstumas, los términos comenzarán a correr desde la fecha de la muerte del autor (art. 5 Ver Texto); se consideran obras póstumas las no publicadas en vida del autor y las que lo hubieran sido durante ella si el mismo autor a su fallecimiento las deja refundidas, adicionadas, anotadas o corregidas de una manera tal que merezcan reputarse como obras nuevas (art. 7 Ver Texto).

Si no hubiere herederos o derechohabientes del autor la propiedad de la obra corresponderá por quince años a quien la edite autorizadamente (art. 5 Ver Texto).

1112/1592

1592.— Es necesario decir, sin embargo, que los derechos de los herederos sobre la obra no son tan extensos como los del propio autor. Así, el art. 6 Ver Texto dispone que los herederos o derecho habientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación. Tampoco podrán oponerse los herederos o derecho habientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento. En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derecho habientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros.

Está claro, pues, que mientras el autor puede en todo momento oponerse a la publicación o reedición de las obras, los herederos no pueden hacerlo después de los lapsos fijados en la ley. Con ello se quiere evitar que se sustraiga a la cultura nacional una obra que puede ser valiosa y que no llegue a publicarse por desidia de los herederos o por desavenencias entre ellos.

1112/1593

1593.— Cuando el derecho intelectual corresponda a personas jurídicas, dura cincuenta años contados desde la primera publicación (art. 8 Ver Texto).

1112/1594

1594.— Finalmente, el art. 11 Ver Texto establece que cuando las partes o los tomos de una misma obra hayan sido publicados por separado en años distintos, los plazos establecidos por la presente ley corren para cada tomo o cada parte desde el año de la publicación. Tratándose de obras publicadas parcial o periódicamente por entregas a folletines, los plazos establecidos en la presente ley corren a partir de la fecha de la última entrega de la obra.

Esta disposición es bastante equívoca. No juega, por cierto, respecto del autor, ya que él tiene sus derechos de por vida. Tampoco juega para sus herederos, en cuyo caso el término de cincuenta años se cuenta a partir de la fecha del fallecimiento del causante. Ni siquiera es aplicable a las obras póstumas, es decir, a aquellas que han sido publicadas después de la muerte del autor, pues para este caso hay una disposición específica, el art. 5 Ver Texto , que establece que el término empieza a correr desde la fecha de la muerte del autor. De esta manera, el art. 11 Ver Texto sólo parece aplicable en el caso de derechos intelectuales pertenecientes a personas jurídicas.

1112/1595

1595.— Respecto de las obras fotográficas y cinematográficas la ley contiene disposiciones especiales. En las primeras, la duración del derecho de propiedad es de veinte años desde la primera publicación y para las segundas, desde los treinta años del mismo momento (art. 34 Ver Texto , ley 11723). A los efectos de la aplicación de este precepto, el mismo artículo establece que la fecha y el lugar de la publicación y el nombre o la marca del autor o del editor debe estar inscripto sobre la obra fotográfica o sobre la película, de lo contrario, la reproducción de la obra fotográfica o cinematográfica no podrá ser motivo de la acción penal establecida en esta ley. Pero si no produce efectos penales evidentemente debe producir los civiles. En otras palabras, el autor de la obra cinematográfica o fotográfica

podrá defender en causa civil su derecho y, por consiguiente, prohibir la publicación de fotografías, embargar las que se hubiesen publicado sin su consentimiento, reclamar daños y perjuicios, etcétera.

1112/1596

1596. EFECTO DEL VENCIMIENTO DE LOS TÉRMINOS— Vencidos los términos establecidos por la ley, la obra pasa al dominio público, lo que significa que cualquier persona está autorizada a reproducirla, editarla, traducirla, etc. Hay que recordar, sin embargo, que el derecho moral de autor del que nos ocuparemos en seguida es imprescriptible y que, por consiguiente, los que, vencidos los términos de ley publican una obra ajena, deben respetar su texto y están obligados a no omitir ni alterar el nombre del autor.

1112/11600

§ 5. Derecho moral de autor

1112/1597

1597. CONCEPTO Y CONTENIDO.— Hemos dicho ya que los derechos intelectuales constituyen un complejo de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, y que estos últimos, precisamente por estar tan íntimamente ligados a la creación y a la personalidad del autor, tienen una relevancia de primer orden (véase n° 1549). Este haz de derechos extrapatrimoniales se llama derecho moral de autor.

Por tratarse de un derecho tan íntimamente vinculado a la personalidad misma del autor es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible (ver nota 1).

La naturaleza extrapatrimonial de este derecho, no obsta empero a que su ejercicio pueda importar consecuencias de orden patrimonial importantes.

Veamos en qué consisten las atribuciones reunidas bajo la denominación de derecho moral de autor:

1112/1598

1598.— a) Ante todo, el autor tiene el derecho al respeto de la obra. Así, por ejemplo, si el autor se ha desprendido totalmente de sus derechos patrimoniales vendiendo o cediéndolos a un tercero, puede no obstante eso, exigir que este tercero la publique respetando exactamente el texto original. Por ello se ha declarado que lesiona el derecho moral de autor si se reproduce una obra en forma imperfecta, parcial o fragmentaria de modo que se rompe su unidad de composición (ver nota 2). El cesionario y, en su caso, el editor sólo estarían autorizados a corregir evidentes faltas de ortografía, errores de puntuación, e inclusive algún grueso error de sintaxis que evidentemente no ha sido tenido en cuenta por el autor; también puede corregir las erratas evidentes, tal como si en un texto de historia se dijera que la Revolución de Mayo se produjo en 1816 (ver nota 3). Toda otra modificación significa un acto ilícito por parte del editor o del cesionario de los derechos y, por consiguiente, da lugar a una acción por daños y perjuicios de parte del autor. Este derecho a exigir la fidelidad del texto y título ha sido consagrado en el art. 52 Ver Texto de la ley 11723.

Parece razonable no hacer responsable al editor de alguna supresión impuesta por fuerza mayor, como puede ser la censura (ver nota 4) siempre, claro está, que la supresión no recaiga sobre partes esenciales de la obra, sin las cuales queda desvirtuada o desnaturalizada.

1112/1599

1599.— b) También tiene el autor el derecho a que se respete su nombre o seudónimo (art. 52 Ver Texto , ley 11723). Con respecto a las obras cinematográficas, el art. 22 Ver Texto dispone que el productor de la película cinematográfica, al exhibirla en público, debe mencionar su propio nombre, el del autor de la acción o argumento o aquel de los autores de las obras originales de las cuales se haya tomado el argumento de la obra cinematográfica, el del compositor, el del director artístico, adaptador y el de los intérpretes principales.

Este derecho a proclamar la paternidad de una obra tiene un aspecto positivo y otro negativo; el autor puede exigir que la obra aparezca bajo su nombre y prohibir a otro que usurpe la paternidad (ver nota 5).

1112/1600

1600.— c) Paralelo al derecho de proclamar la paternidad de una obra es el de mantener en el anonimato a su autor. Así, por ejemplo, un autor novel no seguro todavía de sus méritos literarios prefiere permanecer en el anonimato, sobre todo si tiene formada una personalidad en la vida pública o política y piensa que una crítica adversa podría perjudicarlo. Se presenta entonces el problema de saber quién es el titular de los derechos de autor. En ese caso, es el editor quien actúa como titular del derecho y a quien le corresponden todos los derechos y obligaciones del autor (art. 3 Ver Texto , ley 11723). Sin embargo, agrega esta disposición que el autor podrá recabar esos derechos para sí justificando su personalidad. Es decir, mientras el autor no resuelva salir del anonimato será el editor el que frente a terceros tenga los derechos y obligaciones propias del autor.

Esta solución legal convierte al editor en un presta nombre munido de los más amplios derechos frente a terceros. Habrá que reconocer su derecho a ceder la obra, a firmar contratos de edición, de representación, etc. Al autor que esté en desacuerdo con dichos actos sólo le quedará una acción de daños y perjuicios contra el editor que burló la confianza depositada en él.

1112/1601

1601.— d) El autor tiene también el derecho a utilizar un seudónimo. Este seudónimo es a veces una manera de ocultar su personalidad, de conseguir el anonimato por otra vía; pero a veces es un verdadero nombre de batalla, es decir, un nombre que por distintos motivos el autor ha considerado preferible para su obra literaria. Así, por ejemplo, un gran novelista argentino, Gustavo Martínez Zuviría, publicó toda su obra bajo el seudónimo de Hugo Wast. Los autores que empleen seudónimos pueden registrarlos y adquieren la propiedad de ellos (art. 3 Ver Texto , ley 11723).

Cabe agregar que la disposición legal citada establece, en su primera parte, que al editor de una obra anónima o seudónimo le corresponden los derechos y obligaciones del autor; obviamente el texto legal se refiere a las obras publicadas bajo un seudónimo no registrado, porque sólo en ese caso hay verdadero anonimato. Pero si el seudónimo está registrado, los derechos de autor pertenecen a quien lo registró. Vale decir, que el registro del seudónimo no solamente da derecho al autor a impedir que otra persona lo utilice, sino que también le confiere desde el comienzo el carácter de titular de los derechos intelectuales.

1112/1602

1602.— e) El autor tiene además el derecho de no publicar una obra inédita; más aún, tiene el derecho de no entregar una obra, aunque ella haya sido realizada por encargo y con compromiso de entrega, mientras el propio autor no la considere acabada. Vale decir, es posible que el comitente esté conforme con la obra tal como está (el editor está conforme

con la obra literaria, el retratado con el retrato, etc.); pero mientras el propio autor no está satisfecho de su propia obra, mientras él no la considere concluida, no se lo puede obligar a entregarla. El respeto por la creación intelectual impone esta solución (ver nota 6). Claro está que ante el incumplimiento del autor, el comitente tiene acción de daños y perjuicios (ver nota 7).

1112/1603

1603.— f) Tiene, finalmente, el derecho a suspender la publicación, a destruir la obra. En efecto, es perfectamente posible que un autor haya modificado con el tiempo su posición filosófica, religiosa, etc., y que ahora reniegue de lo que fue su pensamiento juvenil. Su derecho a retirar de circulación esa obra parece indiscutible. Sin embargo, es necesario tener presente que en este punto se siguen dos sistemas distintos en la legislación comparada: conforme con el sistema de la ley francesa del año 1957, el autor tiene el derecho unilateral, absoluto y discrecional a retirar la obra y retractarse. No tiene obligación de justificar las razones de su arrepentimiento ni el juez puede apreciar si son justos o no los móviles que han inspirado la voluntad de retractación del autor (ver nota 8). El derecho que tiene el editor o el cesionario del derecho de explotación se limita a exigir previamente del autor la indemnización de los daños y perjuicios (art. 32, ley citada). De acuerdo con el sistema seguido por la ley italiana de 1941, el derecho de retirar la obra debe estar justificado en graves razones de orden moral que la autoridad judicial puede apreciar (art. 142, ley del 22 de abril de 1941). En nuestro país, y a falta de un texto expreso que resuelva el problema, pensamos que el autor sólo puede negarse a la publicación de la obra que ha sido cedida o para cuya publicación ha suscripto un contrato de edición si el derecho de retractación se funda en razones serias basadas en un cambio de ideas estéticas, filosóficas, políticas o religiosas, en cuyo caso el cesionario o el editor tendrá derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios consiguientes (ver nota 9).

El derecho a destruir la obra supone naturalmente el de hacer las modificaciones que sean necesarias para adecuarla a las nuevas ideas filosóficas, morales o estéticas del autor, con la indemnización de los daños y perjuicios que de tales modificaciones resulten.

Supongamos ahora que el autor que se ha arrepentido de la publicación de una obra y ha indemnizado de los consiguientes daños y perjuicios al editor o al cesionario de los derechos, cambia nuevamente de pensamiento y decide reeditarla. La ley francesa del año 1957 prevé en su art. 32 un derecho de prioridad del cocontratante que sufrió la rescisión del contrato y en virtud del cual éste puede encargarse de la publicación en las mismas condiciones que habían sido pactadas anteriormente.

En nuestro derecho, a falta de una disposición especial sobre la materia, consideramos que el autor queda libre para publicar de la forma y por intermedio de la persona que considere

conveniente la nueva edición; el anterior cesionario o editor no podrá tener motivo de queja, porque ha sido indemnizado de los daños y perjuicios (ver nota 10).

Todo lo dicho referente al derecho de suspender la publicación y destruir la obra, se refiere a aquellas obras que por su naturaleza están destinadas a la difusión pública; por ejemplo, las literarias o musicales. De lo que se trata es de impedir que la publicación continúe. Pero el autor no tendría derecho a demandar la entrega de ejemplares de un libro o de un disco ya vendido a quien lo ha adquirido. De la misma manera, el pintor o el escultor que ha vendido su obra no podría reclamar su entrega para destruirla por más que sus nuevas ideas estéticas le hicieran repudiar esa creación artística suya. Sobre esta materia volveremos en el párrafo siguiente.

1112/1604

1604. RELACIONES ENTRE EL ARTISTA Y EL PROPIETARIO DE LA OBRA.— Los problemas relativos a las implicancias jurídicas del derecho moral se complican considerablemente cuando se trata de una colisión entre el derecho moral del autor y el propietario de la tela, mármol o libro en que la obra se ha expresado.

Como principio, el propietario de la cosa tiene todos los derechos propios del dueño; es decir, tiene la facultad de disponer de la cosa discrecionalmente. Esto no significa, sin embargo, que tenga un derecho absoluto sobre ella; por el contrario, debe reconocerse al artista una suerte de derecho de control sobre su obra. Así, por ejemplo, no podría reconocerse al propietario el derecho de desnaturalizar una pintura o una escultura con añadidos o cambios. Si el autor ha modificado fundamentalmente sus ideas políticas, sociales o religiosas, y ha sacado de la circulación su obra, puede oponerse a que el comprador la mantenga a disposición del público en una biblioteca estatal o privada. De igual modo, le está vedado al dueño hacer reproducciones de una escultura (ver nota 11) o pintura. Y no cabe duda que el propietario no puede explotar económicamente una obra intelectual (por ejemplo, alquilando libros o cobrando dinero por su exhibición pública) porque ello afecta el monopolio de explotación que es característico de los derechos intelectuales. Finalmente, consideramos que debe reconocerse al autor derecho a demandar daños y perjuicios o reparación del daño moral si el propietario de una obra plástica (pintura o escultura) la destruye. Es una consecuencia normal del principio de que la propiedad tiene una función social, y que ella no puede ejercerse abusivamente (art. 2513 Ver Texto). No es posible reconocer a un particular, por dueño que sea, el poder de destruir una obra que pertenece al acervo cultural de un pueblo. Y es natural que la acción de daños se reconozca al principal agraviado, que es el autor.

Supongamos ahora que el Estado, el municipio, adquiera una escultura como adorno de un paseo público. Luego cambian las autoridades, se ponen en boga nuevos criterios estéticos, se modifican quizá los motivos políticos que en su momento indujeron a encargar la

escultura y ésta es retirada de su lugar de emplazamiento, relegada a un depósito municipal o quizá destruida. ¿Debe reconocerse al escultor un derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos por su carácter de autor de la obra? En Francia el Consejo de Estado resolvió un caso muy interesante. Un municipio había encargado al escultor Sudré, la confección de un monumento para una comuna de su provincia natal; el monumento, privado de todo cuidado recibió el ultraje del tiempo y de los hombres y finalmente el Consejo municipal decidió precipitar la ruina y destruirlo. Esto dio lugar a una demanda por daños y perjuicios intentada por el escultor Sudré que fue acogida por el Consejo de Estado considerando que se había lesionado su derecho moral de autor (ver nota 12).

Es indudable, sin embargo, que el ejercicio de este derecho de contralor del artista respecto del propietario de la obra debe ser reconocido por los tribunales con suma discreción. Supongamos, por ejemplo, el caso de una escultura que reproduzca un personaje histórico y que es encargada a un artista para emplazarla en uno de los principales parques de una gran ciudad. La obra se emplaza en el lugar proyectado pero luego cambian los vientos políticos y aquel personaje no resulta ya simpático a los nuevos gobernantes. La estatua es llevada entonces a un depósito de trastos viejos. Estrictamente, el escultor podría agravarse sosteniendo que su obra de arte es independiente del personaje político retratado; puede aducir, con muy buenos argumentos, que una cosa es el personaje político y otra cosa la obra de arte o escultura. Y sin duda podría aducir todavía que él aceptó el encargo teniendo en cuenta que la obra tendría un lugar destacado en la ciudad y que lo agravia la circunstancia de haberla destinado a un oscuro depósito.

Aunque la solución de cada caso particular dependerá de las circunstancias peculiares, pensamos que no puede negarse a las autoridades el derecho de reputar que hay razones de orden político o estético que aconsejan el desplazamiento de una escultura de tal índole. Como dice DESBOIS, el artista no ha podido ignorar, aceptando el encargo, la versatilidad de los sentimientos públicos y la precariedad de las reputaciones (ver nota 13).

De igual modo, no cabe ninguna duda de que si hay factores serios que demandan la destrucción del monumento, el artista no tiene motivos de queja; así, por ejemplo, un día es necesario hacer pasar una nueva calle por el lugar donde se ha ubicado una fuente artística o se echa abajo un monumento público por una razón de desarrollo de la ciudad. El artista no tendrá motivos de queja.

1112/1605

1605. EL DERECHO MORAL Y LOS HEREDEROS DEL AUTOR.— El derecho moral es intransmisible y no pasa, como principio, a los herederos. Sería del todo injustificado que los herederos tuvieran derecho a modificar o alterar los textos originarios o, más aún, a suprimir una publicación, so color de que las ideas de ellos son incompatibles con las que se exponen en la obra del causante. En cambio, no cabe duda de que tienen derecho a

oponerse a las modificaciones, mutilaciones, agregados o infidelidades que pueda tener una reproducción o traducción o a exigir que la obra se publique bajo el nombre del autor (ver nota 14); pero, en verdad, éste es un derecho que le corresponde a todo habitante de la Nación, conforme con el art. 83 Ver Texto de la ley 11723. No es por consiguiente la expresión de un derecho moral de autor sino de un recurso que se concede a toda la comunidad para preservar la autenticidad y fidelidad de las obras artísticas, científicas o literarias.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala B, 16/5/1977, J.A., 1977-IV, p. 198; Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 174 y L.L., 1979-B, p. 112; Sala D, 2/11/1972, E.D., t. 47, p. 348; MOUCHET y RADAELLI, Derechos del escritor y del artista, p. 32.

(nota 2) C. Civil Cap., 18/6/1974, J.A., fallo n° 23.615.

(nota 3) Véase sobre estos temas DESBOIS, Le droit d'auteur, n° 493.

(nota 4) SATANOWSKY, Derecho intelectual, n° 283.

(nota 5) DESBOIS, Le droit d'auteur, n° 418.

(nota 6) Véase en este sentido, SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, p. 265; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, t. 11, n° 295; RAULT, Contrat d'édition, p. 238. En contra, ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, n° 2668, nota 19.

(nota 7) SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, n° 265.

(nota 8) Ley de 1957, art. 32; véase DESBOIS, Le droit d'auteur, n° 394.

(nota 9) De acuerdo, MOUCHET y RADAELLI, Derechos intelectuales, t. 2, p. 17 y s.; DE GREGORIO, Contratto di edizione, n° 88. SATANOWSKY cree que doctrinariamente ésta es la solución correcta, pero que nuestra ley no prevé el derecho de arrepentimiento (Derecho intelectual, n° 356).

(nota 10) En contra, sin dar fundamentos, SATANOWSKY, Derecho intelectual, t. 1, n° 265.

(nota 11) 1ª Instancia Cap., 8/11/1965, L.L., t. 122, p. 296.

(nota 12) El fallo está citado por DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 455. Vale la pena transcribir algunas consideraciones del tribunal: “Cuando es una colectividad pública la que compra una obra de arte, ella debe mucho más que un particular velar que ningún agravio sea hecho a los derechos del autor. La colectividad no es otra cosa que en cierta forma la guardiana de la obra en el interés general. Ella no puede modificar o dejar modificar la expresión sin violar a la vez los derechos del autor y los del público”. DESBOIS comenta este párrafo diciendo que él implica sin duda instituir una diferencia entre las personas morales de derecho público responsable de su incuria o de su indiferencia respecto de sus administrados y las personas físicas o morales de derecho privado que no tienen ningún deber de orden administrativo respecto de la colectividad; pero es también el reconocimiento de que los particulares no tienen la plena libertad y que en caso de agravio, el artista tiene personería para demandarles el pago de los daños.

(nota 13) DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 458 bis. Este autor dice que el sacrificio impuesto al artista no debe ir necesariamente hasta la destrucción de su obra; en la medida de lo posible la administración deberá contentarse con un simple desplazamiento: el busto irá a dar a un lugar retirado, a algún museo donde las miradas puedan continuar posándose en él.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 16/5/1977, J.A., 1977-IV, p. 198; Sala C, 19/9/1978, E.D., t. 81, p. 184 y L.L., 1979-B, p. 112; SATANOWSKY, *Derecho intelectual*, t. 1, n° 257; DESBOIS, *Le droit d'auteur*, n° 466. Es más tajante en la negativa de la transmisión hereditaria del derecho moral, DEL BIANCO, *Le droit d'auteur*, p. 96.

1112/11610

§ 6. Protección legal

1112/1606

1606. EL REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: SU ORGANIZACIÓN.— La ley organiza el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual bajo la dirección de un abogado que deberá reunir las condiciones requeridas por el art. 70 Ver Texto de la ley de organización de los Tribunales, es decir, deberá ser ciudadano argentino, tener treinta años de edad, haber ejercido en el país la profesión de abogado durante cuatro

años o desempeñado por igual término una magistratura o empleo judicial (art. 70 Ver Texto , ley 1893).

El Registro llevará los libros necesarios para que toda obra inscripta tenga su folio correspondiente, donde constarán su descripción, título, nombre del autor y fecha de la presentación y demás circunstancias que a ella se refieran, como ser los contratos de que fuera objeto y las decisiones de los Tribunales sobre la misma (art. 65).

1112/1607

1607. REGISTRO DE LAS OBRAS.— Todo autor que pretenda la plena protección legal debe registrar sus obras. Más aún, el depósito de toda obra literaria publicada es obligatorio para el editor (art. 61 Ver Texto) y si no lo hiciera, será reprimido con una multa de diez veces el valor venal del ejemplar no depositado (art. citado).

Tratándose de libros, el depósito debe consistir en tres ejemplares completos de toda la obra publicada, el que debe ser efectuado dentro de los tres meses siguientes a su aparición. Si la edición fuera de lujo o no excediera de cien ejemplares bastará con depositar un ejemplar (art. 57 Ver Texto). El mismo término y condiciones regirán para las obras impresas en país extranjero que tuvieran editor en la República y se contarán desde el primer día de ponerse en venta en el territorio argentino (art. citado).

Con respecto a las pinturas, esculturas, obras de arquitectura, etc., el depósito consistirá en un croquis o fotografía del original, con las indicaciones suplementarias que permitan identificarlas. En cuanto a las películas cinematográficas, el depósito consistirá en una relación del argumento, diálogos, fotografías y escenarios de sus principales escenas (art. 58 Ver Texto).

El que se presente a inscribir una obra con los ejemplares o copias correspondientes, será munido de un recibo provisorio con los datos, fecha y circunstancias que sirvan para identificar la obra haciendo constar su inscripción (art. 58 Ver Texto).

El Registro hará publicar diariamente en el Boletín Oficial la nómina de las obras presentadas a inscripción además de las actuaciones que la dirección estime necesarias con indicación de su título, autor, editor, clase a la que pertenece y demás datos que las individualicen. Pasado un mes desde la publicación sin haberse deducido oposición el Registro las inscribirá y otorgará a los autores el título de propiedad definitivo, si éstos lo solicitaren (art. 59 Ver Texto).

Si durante el plazo de las publicaciones hubiese algún reclamo, se levantará un acta por separado de la que se dará traslado por cinco días al interesado, debiendo el director del Registro Nacional de la Propiedad Intelectual resolver el caso dentro de los diez días subsiguientes. De la resolución podrá apelarse al Ministerio respectivo dentro de otros diez días y la resolución ministerial no será objeto de recurso alguno, salvo el derecho de quien se crea lesionado para iniciar el juicio correspondiente (art. 60 Ver Texto).

Está claro así, que el otorgamiento del título de propiedad, que la ley llama definitivo, y las resoluciones recaídas administrativamente, no impiden que cualquiera que se sienta lesionado en sus derechos pueda iniciar el juicio correspondiente aunque no haya formulado ninguna reclamación (ver nota 1). En efecto, sería inicuo que la circunstancia de guardar silencio ante las publicaciones hechas de una obra en el Boletín Oficial privase al verdadero autor de su derecho de impugnar el plagio, pues es sabido que las publicaciones en el Boletín Oficial no son leídas sino por un grupo reducidísimo de personas y no precisamente por artistas u hombres de ciencia. Por consiguiente, el llamado título de propiedad definitivo por la ley no es tal; se trata de un título eminentemente provisorio y sujeto a impugnación judicial por quien tuviese derecho a hacerlo.

El art. 62 establece que el depósito de las obras hechas por el editor garantiza totalmente los derechos del autor sobre su obra y los del editor sobre su edición. Esta expresión de que el depósito garantiza totalmente los derechos del autor no tiene otro significado sino el de que basta con el depósito hecho por el editor para que queden protegidos no solamente sus derechos sino también los del autor de la obra. Pero de ninguna manera impide el derecho de terceros de impugnar la autenticidad o de probar el plagio.

Si se tratase de obras no publicadas, el autor o sus derecho habientes pueden depositar una copia del manuscrito con la firma certificada del depositante.

1112/1608

1608. EFECTOS DEL REGISTRO.— La inscripción en él Registro de la Propiedad Intelectual trae aparejados importantes efectos:

a) Ante todo, es necesario recordar que en el sistema de la ley 11723 , la inscripción era un requisito indispensable para la protección de los derechos de autor (art. 63 Ver Texto). Por las razones dadas en otro lugar (véase nº 1554) pensamos que hoy ha dejado de serlo.

b) La inscripción importa una presunción iuris tantum de originalidad (véase nº 1551). Es decir, quien demanda el amparo judicial sólo debe probar la inscripción; quien sostiene que no hay obra intelectual por carecer de originalidad, debe probarlo.

c) La enajenación o cesión de una obra intelectual carecerá de validez respecto de terceros si no se inscribe en el Registro (art. 53 Ver Texto); sobre el significado de este requisito, véase nº 1583.

d) Si se discutiera la paternidad de una obra o, mejor dicho, la prioridad en la creación, deberá prevalecer el derecho de quien primero la inscribió en el Registro, salvo prueba indubitable en contrario.

1112/1609

1609. ACCIONES CIVILES.— Los autores lesionados en sus derechos tienen naturalmente todas las acciones civiles enderezadas a protegerlos. Para una mayor efectividad de los derechos, la ley ha dispuesto que el procedimiento será el que dispongan los Códigos de forma para las excepciones dilatorias (art. 81 Ver Texto), es decir, en la terminología del nuevo Código Procesal, el de las excepciones previas. La prueba debe ofrecerse junto con el escrito de demanda y de contestación y producirse, en una audiencia especial designada dentro de los diez días (arts. 350 Ver Texto y 351, C. Procesal). Pero la ley 11723 tiene disposiciones especiales sobre el punto. A pedido de las partes o de oficio, el término para la recepción de la prueba puede ampliarse a treinta días. Durante la prueba y a pedido de los interesados se podrá decretar una audiencia pública sobre el punto. A pedido de las partes o de oficio, el término para la recepción de la prueba puede ampliarse a treinta días. Durante la prueba y a pedido de los interesados se podrá decretar una audiencia pública en la Sala del Tribunal donde las partes, sus letrados y peritos expondrán sus alegatos u opiniones. Esta audiencia podrá continuar otros días si uno solo fuera insuficiente (art. 81 Ver Texto , inc. b). El juzgado está autorizado cuando así lo aconsejara la importancia del asunto y la naturaleza técnica de las cuestiones a designar un jurado de idóneos en la especialidad de que se tratare debiendo estar presidido para las cuestiones científicas por el Decano de la Facultad de Ciencias Exactas o la persona que éste designare bajo su responsabilidad para reemplazarlo; para las cuestiones literarias por el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras; para las artísticas por el Director del Museo Nacional de Bellas Artes y para las musicales, por el Director del Conservatorio Nacional de Música. Complementarán el jurado dos personas designadas de oficio. El jurado se reunirá y deliberará en último término en la audiencia que establece el inc. b). Si no se hubiere ella designado se reunirán en una sesión especial y pública, en la forma establecida en dicho inciso. Su resolución se limitará a declarar si existe o no la lesión a la propiedad intelectual, ya sea legal o convencional. Esta resolución valdrá como los informes de los peritos nombrados por las partes cuando se expiden de común acuerdo (art. 81 Ver Texto , inc. c).

El cargo de jurado será gratuito (art. 82 Ver Texto).

Es necesario precisar que el jurado previsto por la ley no tiene facultades decisorias. Quien decide es siempre el juez, de modo que el dictamen del jurado no es sino un peritaje calificado (ver nota 2), de cuyas conclusiones puede apartarse el juez, aunque en la práctica no es concebible que lo haga si las conclusiones del jurado son unánimes. En cambio, lo podrá hacer si la opinión de la mayoría está seriamente controvertida por la minoría. La designación del jurado no es obligatoria para el juez; pero se ha declarado con razón, que el juez sólo podrá denegar el pedido de las partes interesadas si la cuestión es de naturaleza técnica muy simple (ver nota 3). Y no procede denegar el pedido formulado oportunamente por una de las partes, si no ha habido oposición de la contraria (ver nota 4).

La misión del jurado se limita a establecer si ha habido o no lesión al derecho intelectual. Todo lo referente al monto del perjuicio y de la consiguiente indemnización es ajeno a su dictamen (ver nota 5).

1112/1610

1610.— Por breve que sea el procedimiento imaginado para proteger los derechos de los autores, de cualquier manera un pleito siempre se puede prolongar por meses y quizás años; con el objeto de impedir que durante ese tiempo se siga lesionando el derecho del autor, la ley prevé medidas preventivas. Los jueces podrán, previa fianza de los interesados, decretar preventivamente la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u otro análogo; podrán también decretar el embargo de las obras denunciadas, así como el del producto que se haya percibido por su explotación y toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley.

Naturalmente, que el actor tendrá que demostrar la verosimilitud del derecho invocado (ver nota 6), como condición necesaria para la procedencia de estas medidas preventivas.

(nota 1) De acuerdo, PEÑA GUZMÁN, Derechos reales, t. 2, p. 875.

(nota 2) Han precisado que se trata sólo de una medida de prueba: C. Civil Cap., Sala E, 6/4/1961, L.L., t. 104, p. 768; C. Civil 1ª Cap., 10/11/1943, L.L., t. 33, p. 718.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 10/3/1953, L.L., t. 70, p. 700 y J.A., 1953-IV, p. 397.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 27/3/1953, L.L., t. 70, p. 701.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 19/5/1939, L.L., t. 16, p. 532.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 16/10/1963, L.L., t. 115, p. 788; C. Civil 1ª Cap., 30/4/1953, G.F., t. 164, p. 463; C. Civil 2ª Cap., 19/6/1946, L.L., t. 43, p. 380 y J.A., 1946-II, p. 699; íd., 29/9/1950, L.L., t. 61, p. 312.

1112/1611

1611. PROTECCIÓN PENAL.— La ley no se ha conformado con reglamentar la acción civil; ha establecido también penas para los que infrinjan el derecho de autor.

El art. 71 Ver Texto establece que será reprimido con la pena establecida por el art. 172 Ver Texto del Código Penal el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de Propiedad intelectual que reconoce esta ley.

Sin perjuicio de la disposición general precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la misma pena del art. 172 Ver Texto , C. Penal: a) el que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derecho habientes; b) el que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto; c) el que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; d) el que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados.

Será reprimido con prisión de un mes a un año o con multa de cien a mil pesos destinada al Fondo de Protección de las Artes: a) el que representara o hiciera representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derecho habientes; b) el que ejecutara o hiciera ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derecho habientes (art. 73 Ver Texto).

Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de cien a mil pesos destinados al Fondo de las Artes el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho habiente o la representación de quien tuviere derechos, hiciera suspender una representación o ejecución pública lícita (art. 74 Ver Texto).

El proceso penal puede ser promovido de oficio, por denuncia o por querrela (art. 75 Ver Texto).

1112/1612

1612.— Finalmente, la ley establece la completa independencia del juicio civil y el criminal, disponiendo que sus resoluciones no se afectan ni influyen recíprocamente (art. 77 Ver Texto).

1112/1613

1613. ACCIÓN PÚBLICA.— La ley no solamente reconoce derechos a las partes interesadas para intentar las acciones civiles o criminales. Confiere también un derecho de denuncia que podrá ser formulado por cualquier habitante de la Nación y que está destinado a conservar el acervo literario, científico o artístico del país.

El art. 83 Ver Texto establece que cualquier habitante de la Nación puede denunciar ante el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual la mutilación de una obra literaria, científica o artística, los agregados, las trasposiciones, la infidelidad de una traducción, los errores de concepto y las deficiencias en el conocimiento del idioma del original o de la versión. Interpuesta la denuncia la Dirección del Registro constituirá un jurado que integrarán: a) para las obras literarias el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras; dos representantes de la Sociedad Gremial de Escritores, designados por la misma, y las personas que nombren el denunciante y el editor o traductor una por cada uno; b) para las obras científicas el Decano de la Facultad de Ciencias que corresponda por su especialidad, dos representantes de la sociedad científica de la respectiva especialidad, designados por la misma, y las personas que nombren el denunciante y el editor o traductor, una por cada parte; en ambos casos cuando se haya objetado la traducción el respectivo jurado se integrará también con dos traductores públicos nacionales, nombrados uno por cada parte y otro designado por la mayoría del jurado; c) para las obras artísticas el Director del Museo Nacional de Bellas Artes, dos personas idóneas designadas por la Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual y las personas que nombre el denunciante y el denunciado, una por cada parte; para las musicales, el Director del Conservatorio Nacional de Música, dos representantes de la Sociedad Gremial de compositores de música popular o de cámara en su caso y las personas que designen el denunciante y el denunciado una por cada parte.

Cuando las partes no designen sus representantes dentro del término que les fija la Dirección del Registro, serán designados por ésta. El jurado resolverá declarando si existe o no la falta denunciada y, en caso afirmativo, podrá ordenar la corrección de la obra e impedir su exposición o la circulación de ediciones no corregidas que serán inutilizadas (art. 83 Ver Texto).

