

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

EDMUNDO GATTI - JORGE H. ALTERINI

EL DERECHO REAL

ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL

REIMPRESIÓN



ABELEDOPERROT

El- DERECHO REAL

EDMUNDO GATTI - JORGE H. ALTERINI

EL DERECHO REAL

ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA GENERAL

REIMPRESIÓN



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Las ideas expuestas en este libro, alguna de ellas adelantadas hace tiempo desde la Cátedra, fueron sistematizadas a través de investigaciones realizadas por los Autores en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano.

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires - Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0473-6

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2º, 9º, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

CAPÍTULO I

EL DERECHO REAL EN LAS CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

A) DISTINTAS CLASIFICACIONES

a) *Savigny* formula su criterio clasificatorio de los ■derechos subjetivos en el "Sistema de derecho romano actual" (1840-1849). Luego de definir la relación de ■derecho, como "el dominio de la voluntad libre", expresa •que "h voluntad puede obrar sobre la persona misma del individuo; y también moverse fuera de su propia persona, -es decir, sobre el mundo que es exterior", para agregar luego: "nos encontramos con tres clases de objetos sobre los cuales puede obrar la voluntad humana y que parecen •constituir tres grupos principales de relaciones de derecho, a saber: la persona propia, la naturaleza no libre y las personas extrañas". Después de descartar los "preten-■diidos derechos originarios", que el hombre tendría sobre su propia persona, se ocupa de "los derechos verdaderos, <s decir, los derechos adquiridos", y significa: "encontramos dos objetos de aplicación posible para la voluntad humana, que son, la naturaleza no libre y las personas extrañas". Expresa que en cuanto a la naturaleza no libre, nuestra voluntad puede dominar no la totalidad sino únicamente "una porción determinada, separada de su con-

junto; esta parte así eliminada, se llama cosa". En cuanto a las personas extrañas, ellas pueden ser consideradas "aisladamente, de modo que en esas relaciones cada una constituye, por su propia personalidad, un ser enteramente distinto del otro", o "como miembros del todo orgánico-que compone la humanidad, con la cual se relaciona por medio de individuos determinados". Concluye más adelante en que "debemos, por consiguiente, reconocer tres clases principales de derecho: primero, derecho de familia,-segundo, derecho de cosas; tercero, derecho de obligaciones". *

Desde otro punto de vista, entiende que las instituciones de derecho deben clasificarse de la siguiente manera: "1º) *Respecto de todos los hombres*: derechos reales y derechos de sucesión; 2º) *Respecto de individuos determinados*: relaciones de familia y obligaciones". Sostiene que el orden según el cual nos aparecen las instituciones-de derecho es: "Derecho de familia puro, Derecho de cosas. o propiedad o "iura in re", Obligaciones, Derecho de familia aplicado, Sucesiones". Advierte que no es conveniente separar al Derecho de familia puro del aplicado, y con el objeto de clarificar los conceptos, propone como-clasificación final y más sencilla, la siguiente: 1º Derecho-de las cosas; 2º Obligaciones; 3º Derecho de familia (puro-y aplicado); 4*? Sucesiones.²

b) *Puchta*, en su obra "Kursus der Institutionem" (1841) expone esta clasificación de los derechos subjetivos:

1º) *Derechos sobre la propia persona*: 1) derechos de la personalidad; 2) derechos de la posesión.

¹ Savigny, M. F. C. de, "Sistema del derecho romano actual", traducido del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mecia. y Manuel Poley, Madrid, 1878, t. I, parágrafo 53, págs. 224, 226, 228 y 230.

- Op. cit. en nota 1, parágrafo 58, págs. 257 y 258.

2^o) *Derechos sobre mía cosa*: 1) la propiedad (suje-tamiento total de una cosa); 2) "jus in re aliena" (suje-tamiento parcial).

3<?) *Derecho a la acción de otro, la "obligado".**

c) *Freitas* aborda el tema en la Introducción a su "• Consolidadão das leis civis" (1857). Si bien recoge como-una clasificación fundamental la que separa los derechos absolutos de los relativos, en definitiva la desecha para agrupar todos los derechos civiles en otras dos categorías: 1^o Derechos reales, 2^o Derechos personales. *Freitas* puntualiza que ese dualismo "es la clave de todas las relaciones-civiles",⁴ que sobre él "reposa todo el sistema del derecho-civil",⁵ y llega a afirmar: "Concíbense todas las combinaciones posibles, investigúeme las variadas relaciones de la vida civil, y no se hallarán otros derechos que no sean los reales y los personales".* Destaca "el valor práctico" <le la distinción,⁷ e insiste en estos términos: "¿Cuál es la clasificación de derechos más perceptible en la escena jurídica y que en la ciencia práctica corresponda a las acciones Je que se puede hacer uso, comprendiéndolas a todas? No hay otra sino la de los derechos personales y derechos reales".⁸

Pensamos que la dicotomía *derechos reales* y *derechos-personales* es fruto de la elaboración del genial brasileño; él mismo lo afirma inequívocamente cuando expresa: "El plan de la Consolidación de las leyes civiles fue obra mía,.

³ Puchta, Giorgio, "Corso delle Istituzioni. Storia del diritto presso il popolo romano", Milano e Verona, 1958; traducido por Cario Poli de la 5ª edición alemana (Berlín 1855), t. III, n.º 207, pág. 273 y sgtes.

¹ *Freitas*, Augusto Teixeira de, "Introducción a la Consolidación de las-leyes civiles", en "Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino",. ■de Enrique Martínez Paz, Córdoba, 1927, pág. 16.

⁵ Op. cit., pág. 27.

« Op. cit, pág. 48.

l Op. cit., pág. 96.

⁸ Op. cit., pág. 97.

primera tentativa de la exactísima división de los derechos en reales y personales".⁹

El único antecedente que según Freitas podría tener tal vez alguna correspondencia con su concepción, sería el Código del Cantón de Argovia, en cuanto bajo la denominación "derechos personales" comienza por tratar los derechos de familia, lo que en su criterio importaría "novedad del plan".¹⁰ Posteriormente Freitas se pronuncia sobre esa presunta "novedad", con reflexiones que desdibujan cualquier influencia del Código mencionado, cuando dice: "La división general —derechos personales-abrazando los derechos de familia fue lo que nos mereció atención; pero puede ser y es bien probable que tomase la expresión derechos personales en el sentido que ya distinguimos. No parece como supusimos que la denominación secundaria 'derechos personales' propiamente dichos, comprenda los derechos de familia...".¹¹ Es evidente que Freitas tuvo a su alcance sólo una parte del Código del Cantón de Argovia, a través de su difusión en la edición primera de "Concordance entre les codes civils étran-gers et le Code Napoléon", de Saint-Joseph, pues su primitiva impresión sobre la posible novedad metodológica, que luego pone en duda, queda descartada con el análisis del plan total de dicho Código.¹²

Freitas subdivide los derechos personales, en derechos personales en las relaciones de familia (derechos de familia) y derechos personales en las relaciones civiles (de-Techos creditorios u obligacionales), con lo que exterioriza una vez más su criterio dicotómico, que entiende como "procedimiento imprescindible" para la clasificación

⁹ Op. cit., pág. 141.

¹⁰ Op. cit., pág. 23.

¹¹ Op. cit., pág. 82, especialmente su nota 241.

Saint-Joseph, Anthoine de, "Concordance entre les codes civils étran-gers et le Code Napoléon", segunda edición, París 1856, Tomo Tercero. págs. 550 a 580.

de los derechos en derecho privado.¹³ Freitas resalta que la subdivisión de los derechos personales en la forma expuesta, implica "una innovación" suya.¹⁴

En cuanto al derecho sucesorio, los privilegios y la prescripción reflejan para Freitas *disposiciones comunes a los derechos reales y personales*. "La herencia es un patrimonio, una universalidad, es la propiedad en complejo ideal, conteniendo no sólo los derechos reales, como los derechos personales activa y pasivamente... La herencia, por tanto, tiene naturaleza común que la hace entrar en las dos especies de derechos. El concurso de acreedores para ser pagado por un solo deudor insolvente también tiene cualidad común... Lo mismo aconteció con la prescripción". Concluye así: "Este resultado a que llegamos con la rigurosa demarcación de las dos clases de derechos, nos convence de la necesidad de un Tercer Libro que conteniendo las disposiciones comunes a los derechos reales y a los derechos personales se dividiese en tres títulos: el 1° para la herencia, el 2° para el concurso de acreedores, el 3° para la prescripción".¹⁵

d) *Roguin*, en sus obras fundamentales, "La regle de droit" (1889) y "La science juridique puré" (1923), divide los derechos subjetivos en absolutos y relativos. a) Son derechos *absolutos*: 1° Los derechos de las personas sobre sí misma. 2° Los derechos de las personas sobre otro individuo (derechos de potestad). 3°? Los derechos

¹³ Dice textualmente: "La teoría de la Clasificación de las leyes es parte de la teoría de la clasificación como lo es también la de la clasificación de los poderes en el derecho público y la de la clasificación de los derechos en derecho privado; siempre por el procedimiento imprescindible de la división dicotómica, instrumento único (no) de arte grosero, sino de arte ciencia y *por* tanto del derecho... Usen de ese método y habrán removido cualquier dificultad en la clasificación de los derechos" (op. cit. en nota 4, pág. 9, en su nota 11).

w Op. cit., pág. 81.

¹⁵Op. cit., págs. 65 a 67.

de las personas sobre las cosas (derechos reales). b) Son derechos *relativos*, los obligacionales.¹¹

En cuanto a los monopolios de derecho privado (derechos intelectuales), en su primera obra, si bien no opta decididamente por ubicarlos en una u otra categoría, puntualiza que en su esencia son derechos relativos por su carácter obligacional,¹⁷ opinión que no ha sido advertida por la generalidad de la doctrina.¹⁸ En la ciencia jurídica pura se define con más claridad por ubicar los monopolios de derecho privado (derechos intelectuales) entre los derechos relativos,¹⁹ lo que también es común que omita destacar la doctrina.²⁰

e) *Picará*, en "Le droit pur" (1899), clasifica los derechos en la siguiente forma: 1*? Derechos sobre la propia persona (derechos personales); 2" Derechos sobre la persona de otro (derechos de obligaciones); 3⁹ Derechos sobre cosas materiales (derechos reales); 4*? Derechos so-

¹⁰ Roguin, Ernest, "La regle de droit" ("Système des rapports de droit privé"), Lausana, 1889, Capítulo II ("Droits absolus et droits rela-tifs"), núms. 106 a 126, págs. 207 a 243; "La science juridique puré", Lausana, 1923, Tomo Tercero, VIII ("Droits absolus et droits relatifs"), r.úms. 920 a 1195, págs. 637 a 968.

¹⁷ Op. cit., n<> 108, pág. 211; n? 165, pág. 308 y sgtes.; n? 180, pág. 329.

¹⁸ Bunge, C. O., "La clasificación de los derechos", Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1916, t. II, 3ª serie, págs. 17 a 42, y "El Derecho" (Ensayo de una teoría integral), 4ª edición, Buenos Aires, 1916, t. II, parágrafo 74, pág. 140 y sgtes.; Aftalión, Enrique R., García Olano, Fernando, y Vilanova, José, "Introducción al derecho", 7ª edición, Buenos Aires, 1964, pág. 247 y sgtes.; Mouchet, Carlos, y Zorraquín Becú, Ricardo, "Introducción al derecho", 3ª edición, Buenos Aires 1957, n<> 46, pág. 128, en nota 11; Aráuz Castex, Manuel, "Derecho Civil" (Parte General), Buenos Aires, 1968, t. II, n? 945, pág. 12; Torres Lacroze, Federico, "Manual de Introducción al Derecho", Buenos Aires, 1967, págs. 50 a 52.

¹⁹ Op. cit en nota 16, n? 1.158, págs. 918/919.

²⁰ Así los autores citados en la nota 18, con excepción de Mouchet-Zorraquín Becú y Torres Lacroze.

bre cosas intelectuales (derechos intelectuales).²¹ Como una posible nueva categoría alude a los Derechos sobre universalidades, tales como los que recaen sobre las masas hereditarias, el activo de las quiebras, los bienes sociales, etc.;²² tampoco esta última circunstancia es computada por la doctrina. TM

f) *Ferrini*, en su "Manuale di Pandette", después de insistir en el concepto iheringniano de que el derecho subjetivo es "un interés humano al que la norma protege", agrega que "en el campo del derecho privado se pueden distinguir tres categorías de derechos: conservación individual, conservación de la especie, uso y goce de la naturaleza exterior. Y respectivamente tenemos: derechos que conciernen a la persona humana como tal (derechos a la integridad personal, a la libertad, al nombre, al honor) ; derechos que conciernen a la prole y a su educación (derechos de familia); derechos concernientes a la disposición de los bienes exteriores (derechos de propiedad)... Pero el hombre... no puede hacer nada sin la cooperación de sus semejantes; el interés que tenemos a asegurarnos el hecho de otro merece protección jurídica; en tal caso tenemos alguien que es constreñido a obrar a favor de otro. Tal vínculo llámase *obligación* en sentido técnico".²⁴

g) *Dabin*, en "El derecho subjetivo", divide los derechos subjetivos desde los puntos de vista del objeto, del sujeto y de la finalidad.

²¹ Picard, Edmundo, "El derecho puro" (traducido por Alfredo Serrano Jover), Madrid, 1911, Libro IV ("Las clasificaciones en el derecho"), pará grafos 51 a 88, págs. 94 a 148.

²² Op. cit, *tí*> 46, págs. 85/86 y *tí*> 55, págs. **101/102**.

²³ Bunge, op. y loe. cit., en nota 18; Aftalión-García Olano-Vilanova, op. y loe. cit. en nota 18; Torres Lacroze, op. y loe. cit. en nota 18.

²⁴* Ferrini, Contardo, "Manuale di Pandette", 3ª edición, Milán **1908**, **oúms. 84 y 86**, págs. **117 a 119**.

19) Según su objeto los derechos subjetivos pueden clasificarse en: 1, Derechos de la personalidad; 2, Derechos reales (sobre las cosas materiales); 3, Derechos de crédito o de obligación (que afectan a las personas); 4, Derechos intelectuales (sobre cosas incorpóreas). 2º) En atención al sujeto en 1, Derechos interindividuales (derechos del individuo frente a otros sujetos de derecho, individuales o colectivos); 2, Derechos corporativos (derechos recíprocos de los miembros de una corporación respecto de ella, y de ésta respecto de aquélla, y derechos de los miembros entre sí). 3º) Según su fin en: 1, Derechos con fin egoísta; 2, Derechos función (especialmente en la familia y en el estado).²⁵

B) CRITERIOS CLASIFICATORIOS

Los derechos subjetivos han sido clasificados según se desprende de los desarrollos antecedentes, a través de diversas pautas; las principales apuntan a la oponibilidad, al contenido, al objeto, al sujeto, al interés protegido y al fin.

Por su oponibilidad, los derechos son absolutos o relativos; los primeros, son aquellos que tienen eficacia frente a todos ("erga omnes") ; los segundos, son los que pueden hacerse valer contra persona o personas determinadas. Como se advertirá, este criterio es el que ha servido de base para la clasificación de Roguin y que también Savigny y Freitas tienen en cuenta antes de arribar a sus clasificaciones finales.

Por su contenido, y según que este se traduzca o no en un valor económico, los derechos subjetivos se dividen en patrimoniales y extrapatrimoniales. De este criterio hace mérito Savigny, cuando en una de sus clasificaciones separa el derecho de familia puro del aplicado.

•* Dabin, Jean, "El derecho subjetivo", traducido del francés por Francisco Javier Osset, Madrid, 1955, págs. 205 y sgtes.

Freitas, Picard y Dabin, han formulado sus clasificaciones en torno del objeto, aunque con mirajes distintos. Freitas tomó en consideración para su clasificación dicotómica, como único criterio distintivo de los derechos subjetivos civiles, el objeto inmediato de ellos, según que recayese sobre las cosas o sobre el hecho de las personas.^{26*}

Picard, por su parte, adopta una postura parecida a la de Freitas, pero separa el derecho de familia del derecho civil, por entender que se trata de una institución regida no sólo por el último sino también por el derecho comercial, penal y otras ramas del derecho público.²⁷ También computa el objeto del derecho una de las clasificaciones de Dabin.

El sujeto y el fin son otras pautas que utiliza Dabin para sendas clasificaciones.

En torno del interés jurídico protegido construye su clasificación Ferrini.

C) ESQUEMA CLASIFICATORIO

Como esquema clasificatorio en cuanto a oponibilidad y contenido, que sin seguir a ningún autor en particular procura hacer mérito de diversos criterios y doctrinas, proponemos el siguiente:

²⁶ Dice el art. 18 del EsIxzof "Los derechos que este Código regla, son considerados relativamente a su *objeto*, y distinguidos en *derechos personales* y *derechos reales*. Los *derechos personales* son distintamente considerados en las relaciones de familia, y en las relaciones civiles"; agrega el art. 19: "Son *derechos personales* los que tienen por *objeto inmediato* las *personas*, aunque mediatamente puedan tener por objeto las *cosas*. Son *derechos reales* los que tienen por *objeto inmediato* las *cosas*, aunque mediatamente tengan por objeto las *personas*". Al final de la extensa nota al art. 19, se lee en el Esbozo: "En último análisis, ya las *personas* y ya las *cosas*, son objeto mediato e inmediato de los derechos; y nuestra clasificación. ■capital es solamente bajo el punto de vista del objeto inmediato".

²⁷ Op. cit. en nota 21, parágrafo 74, pág. 122.

DERECHOS	<i>son por su Oponibilidad</i>	<i>ion por su Contenido</i>
personales	relativos	patrimoniales
reales	absolutos	patrimoniales
personalísimos	absolutos	extrapatrimoniales
intelectuales de	absolutos	mixtos
familia	mixtos	mixtos

Por su oponibilidad, figuran como derechos absolutos: los reales, los personalísimos y los intelectuales, y como relativos solamente los personales (o creditorios). Los derechos de familia que Savigny y Freitas ubicaban como relativos y Roguin como absolutos, los encuadramos como mixtos. Si bien los vínculos que se generan entre los integrantes de la familia responden a los rasgos relativos, las potestades familiares tienen un carácter absoluto.

Desde el punto de vista del contenido son derechos patrimoniales: los personales y los reales, y extrapatrimoniales: los personalísimos. En cambio, tanto los intelectuales como los de familia, se presentan como mixtos. Los primeros, porque en su aspecto moral se evidencian como extrapatrimoniales y como patrimoniales en el derecho a la explotación económica de la creación intelectual. Los de familia, porque en su faceta pura, es decir, en el plano potestativo, están ausentes de todo contenido económico, al par que las relaciones familiares, pueden derivar en prestaciones de valor pecuniario.

D) GRAVITACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DE FREITAS EN LA METODOLOGÍA DEL CÓDIGO CIVIL

En nuestro Código ha tenido evidente gravitación el criterio clasificatorio de Freitas, que divide todos los derechos subjetivos civiles en personales y reales. En efecto, basta examinar el índice del Código para comprobar que todo su contenido está organizado con criterio dicotómico.

Los derechos de familia y los creditorios, entran en la categoría de los "derechos personales", si bien distinguidos en la subdivisión de éstos en "derechos personales en las relaciones de familia" y "derechos personales en la^f. relaciones civiles". Los derechos reales conforman la otra categoría bien diferenciada. Por último, el derecho sucesorio (conjuntamente con los privilegios, el derecho de retención y la prescripción), es tratado bajo la denominación: "Disposiciones comunes a los derechos reales y personales".

La influencia de Freitas fue anunciada por el propio Vélez al expresar en la nota de remisión del Proyecto del Primer Libro del Código Civil, que para su trabajo se ha servido, "sobre todo, del Proyecto de Código Civil que está trabajando para el Brasil el Sr. Freitas, del cual, he tomado muchísimos artículos".²⁸ Agrega luego: "Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil...".²⁸

Vélez apartándose aquí de Freitas, no incorporó una parte general, sino que directamente dividió el código en cuatro libros; en los dos primeros trata los derechos personales (en las relaciones de familia y en las relaciones civiles) ; en el tercero, los derechos reales, y en el cuarto,

²⁸ "Nota del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield elevando al gobierno nacional el Libro Primero del Proyecto de Código Civil" (junio 24 de 1865), publicada en la Revista de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, nº 6, octubre de 1969, pág. 6. No obstante que, efectivamente, Vélez tomó "muchísimos artículos" del jurista brasileño, desde que constituye la principal fuente del Código Civil, sólo aparece citado en las notas 22 veces. Las solitarias 22 citas se inscriben al pie de 23 artículos, un Título y una Sección, se trata de las notas a: artículo 3, arts. 6, 7 y 8, art. 14, Título Iv Sección 1* Libro 1º, arts. 33 y 34, art. 51, art. 58, art. 109, art. 110, art. 495, art. 577, art. 672, art. 679, art. 707, art. 717, art. 728, art. 823, art. 854, Sección 2* Libro 2º, art. 1137, art. 2084 y art. 2311. Es interesante resaltar que de todas las citas, solamente en la del art. 854, Vélez recoge la opinión de Freitas como contraria a la que adopta.

²⁹ Publicación cit, pág. 12.

las disposiciones comunes a ambas clases de derechos (sucesiones, privilegios, derecho de retención y prescripción). No obstante, la parte general del derecho civil podría ser construida con la sección primera del libro primero, que trata de las personas (sujeto de derecho), con la sección segunda del libro segundo, que se ocupa de los hechos y actos jurídicos (causa del derecho), y con el título primero del libro tercero, que legisla sobre las cosas (objeto del derecho).

Freitas organizó en su "Consolidación" la parte general con tan sólo las personas y las cosas, desechando expresamente el tercer elemento (hechos y actos jurídicos).^{3*}

Posteriormente modificó su postura, y lo afirma categóricamente, con estas palabras: "cambiaron mis ideas", como se puede ver en la nota al art. 431 del Esbozo del Código Civil,⁵¹ y efectivamente allí se lee: "Esta Sección 3*, que trata *de los hechos*, uno de los elementos de los derechos reglados en el Código Civil, no formaba parte de mi primitivo plan... Hoy, al contrario, estoy convencido de que sin este método será imposible exponer con

³⁰ Decía Freitas: "Nuestra parte general se compone de dos títulos, uno para las personas y otro para las cosas. Ahora, como la entidad activa y pasiva de los derechos y su objeto no bastan para engendrarlos, como la causa eficiente es necesaria, esto es lo que hace nacer, modificar, transmitir y extinguir los derechos; algunos escritores agregan este tercer elemento bajo la denominación de hechos, hechos jurídicos, actos jurídicos de que tratan también en la parte preliminar de las materias del derecho civil. No nos conformamos con este método... La naturaleza de los hechos es de tal modo concreta que necesariamente deben ser reservados *pura* cada una de las materias especiales a ejemplo de lo que se ha seguido en el plan del derecho romano y de todas las legislaciones. El estudio de estas manifestaciones concretas, como reconoce Savigny, entra en la exposición de las diversas instituciones de derecho y por cierto siendo las más importantes las declaraciones de voluntad en los contratos y testamentos, caben mejor cuando ellas se trata, las disposiciones sobre las formas de esos actos, sus condiciones esenciales, sus vicios, no obstante que algunas de esas disposiciones •can susceptibles de aplicación común" (op. cit. en su nota 15, págs. 67/68).

³¹ Op. cit., pág. 68, en su nota 204.

verdad la síntesis de las relaciones del derecho privado y evitar un gravísimo defecto de que se resienten todos los códigos, con excepción únicamente del de Prusia".

Freitas, al cambiar de criterio, se inclinó por la corriente doctrinaria que preconizaba la conveniencia de esa parte general, concretada después en el Código Civil alemán de 1900 y en los que siguieron sus aguas, entre los que merece destacarse el Código Civil brasileño de 1916. Sin embargo, la postura de Vélez es la que ostentaron después importantes cuerpos legales que se alejaron en ese aspecto metodológico del código germano; así el Código Civil suizo de 1907, el italiano de 1942 y algunos códigos americanos como el mexicano de 1928, el peruano de 1936 y el venezolano de 1942.ⁱⁱ³

Todos los proyectos de reforma de nuestro Código Civil adoptan la parte general (Anteproyecto Babilom, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954). Por el contrario, el Anteproyecto De Gásperi de 1964 (Paraguay), no trae parte general, antecedente de cierta importancia por regir en dicho país el Código Civil argentino.

^{ss} Ver el trabajo de Moisset de Espartes, Luis, "Notas sobre el problema de la parte general y los libros preliminares en la legislación civil", J. A., Doctrina, 1970, pág. 528.

CAPÍTULO II

HISTORIA DEL DERECHO REAL Y DE SU TERMINOLOGÍA

A) HISTORIA DEL DERECHO REAL

Algunos autores niegan la legitimidad de una investigación sobre el origen histórico del derecho real, en el entendimiento de que el concepto del derecho real es una entidad lógica y no histórica, y significa "una categoría de nuestro pensamiento jurídico... independiente del derecho positivo, no es un concepto romano o un concepto germano, sino un concepto científico",³³ que "tiene sus raíces en la íntima naturaleza de los derechos subjetivos"³⁴ "como algo necesario. Ínsito de la naturaleza de las relaciones jurídicas".³⁵ Otros creen que la distinción *derechos reales* y *personales* es "tradicional y fundamental en la ciencia y en la legislación",³⁶ "que tiene su base en

³³ Windscheid, Bernardo, "Diritto delle pandette", Volumen Cuarto, r.ota del profesor Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensi, Turín, 1930.. pág. 72.

^{34*} Sohm, Rodolfo: "Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema", 17ª edición, corregida por L. Mitteis y sacada a luz por L. Wen-ger, traducción del alemán por W. Roces, Madrid, 1928, V> 112, pág. 636.

³⁵ Heusler, cit. en op. y loc. cit. en nota 33.

³⁶ Fadda y Bensa, op. cit. en nota 33, pág. 71.

los primeros elementos del derecho" y que "no puede fallar en un derecho de cualquier época".³⁷ No obstante, *c ha hecho notar con razón que ese distinguo carece de sentido en la llamada infancia del derecho.^{as}

Debe resaltarse que en el derecho romano primitivo no podían captarse distintas categorías de derechos, puesto que sólo existía el poder casi soberano del pater familias sobre todas las personas y cosas que le estaban sometidas. Más aún, hasta la sanción de la ley Poetelia Papiria (428 ó 441 de Roma - 326 ó 313 antes de Cristo), no aparece con nitidez la separación entre los derechos reales y los personales. *En electo*: así como el que tenía un derecho sobre una cosa, para ejercitarlo y hacerlo valer se dirigía directamente hacia ella, el acreedor, también lo hacía directamente sobre la persona del deudor que en virtud del *nexum* (una suerte de esclavitud), le quedaba sometido.^{3U} Como es sabido, con la ley Poetelia Papiria, la ejecución que antes se ejercitaba contra la persona del deudor, se enderezó desde entonces contra su patrimonio.

Del mismo modo que hasta la ley Poetelia Papiria el derecho personal se estructuraba como el real, recíprocamente, el derecho real no se conformó originariamente como un derecho absoluto, ejercitable contra cualquiera, sino como "un simple derecho relativo contra el antecesor",⁴⁰ ya que "la adquisición del derecho, antes bien, estaba condicionada por las obligaciones que asumía el ena-

³⁷ Kohler, *ibid.*

³⁸ Summer Maine, "Ancien droit", cit. en Rigaud, Luis, "El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional", traducción de J. R. Xirau, Madrid, 1928, pág. 20.

³⁰ Ver De Vischer, F., "Nouvelles études de droit romain public et privé", Milán, 1949, pág. 269, que expresa: "...la noción arcaica de la obligación romana era la de un poder sobre la persona."

⁴⁰ Von Mayr, Robert, "Historia del derecho romano", traducido del alemán por Wenceslao Roces, Barcelona, 1926, t. I, págs. 184; también págs. 191 y 192.

leñante, el cual había de asegurar la posesión pacífica al adquirente y su defensa contra terceros".⁴¹

La clasificación de los derechos en reales y personales no aparece en Roma en forma expresa, pero sí implícita en la clasificación de los medios para obtener su protección judicial, o sea a través de las acciones.

Según Ihering, "los juristas romanos no soñaron en profundizar esas cuestiones; se colocaron en el punto de vista inmediatamente práctico, o sea la acción (III, 360). Poco les importaba la manera como era necesario caracterizar y clasificar el derecho que es la base de la acción... Como ya hemos dicho, no la acción, sino el derecho, es el -eje de nuestra ciencia actual.⁴² Como bien expresa Bion-di,⁴³ "la distinción deriva de aquella más antigua entre *vindicatio* y *actio*, la cual, antes que distinción dentro de un concepto más amplio, se presenta como la expresión de dos nociones jurídicas diversas, las cuales corresponden a los conceptos fundamentales de *dominium* y *obligatin*. *Vindicatio*, como dice la misma palabra (*vim dicere*), no es otra cosa que actuación de fuerza, autoritaria y violenta,

⁴¹ Jors, Paúl, "Derecho privado romano", edición totalmente refundida por Wolfgangj Kunkel, traducción de la 2ª edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, parágrafo 67, 3, b), págs. 175/176, quienes dicen además: "Agregúese a esto el hecho de que la denominación técnica de la propiedad (*dominium*) parece relativamente moderna y que en los documentos más antiguos que poseemos en lugar de tal denominación aparece la descripción de la propiedad por sus funciones (*Uti fruí habere possidere*). Todo eso nos lleva a considerar como muy probable que con anterioridad al derecho clásico la divisoria entre derechos reales y de obligación está desvanecida, teniendo la propiedad, en cierto grado, un carácter relativo".

⁴² Ihering, R. von, "El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo", traducción española de Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, 1904, t. IV, parágrafo LXXI, tit. 71, pág. 393.

⁴³ Biondi, Biondo, "Istituzioni di diritto romano", Milán, 1946. parágrafo 21, pág. 64. En el mismo sentido leemos en von Ma>r, op. cit. en nota 40, t. II, pág. 52, "La clasificación de los derechos por su contenido, que es usual hoy, no la conocían los romanos. La misma distinción entre los derechos reales y personales sólo se manifestaba sistemáticamente en la distinción procesal entre *actiones* y *vindicationes*".

acerca de la posesión de una cosa. Bien pronto la *civitas* interviene para regular legalmente la lucha, reduciendo-la violencia sólo a palabras, de modo que el antiguo procedimiento violento Y arbitrario, se convierte ahora en *legis actio*, esto es, actividad por la ley".⁴⁴

En el procedimiento de las acciones de la ley, la más importante de éstas, es decir, la "*legis actio per sacramentum*", presentaba dos modalidades típicas, según se tradujera en la defensa de los derechos sobre cosas, o en la tutela judicial de los derechos de crédito. El primer maiz: de la acción referida reflejaba la *legis actio sacramentum in rem* y el segundo, la *legis actio sacramentum in personam*.^{*7'}

El procedimiento formulario que advino posterior-

⁴⁴ Betti, Emilio, "Diritto romano", Padua, 1935, t. I, "Parte Générale", parágrafo 83, pág. 437 y sgtes. Expresa: El "*vindicare*" (= "vim dicere"), que en edad posterior se reduce a significar la actividad (procesal) de hacer valer en juicio el señorío sobre una cosa o la potestad sobre una persona y la de colocarse en el papel de demandado en un proceso de ejecución! (quale vindex) o de libertad (quale adsertor), debía en edad primitiva significar algo bien distinto. La vindicatio primitiva era probablemente-tanto el típico acto de autodefensa extrajudicial con el que se afirmaba el señorío sobre una cosa o (con la vindicta) la sujeción o la libertad de una persona, cuanto el mismo acto de apoderamiento con el que se instauraba tal señorío o sujeción: acto que debía consistir en una solemne "afirmación. de fuerza" en función ya protectora, ya ejecutiva, ya constitutiva, acompañada de la actividad violenta del apoderarse, sea de la cosa, sea de la persona, según un rito calificable como "rito de la mano", acto que podía. «er en sí mismo legítimo o sea conforme a derecho, pero también ilegítimo".

^{44b} Comp.: Cario, Giuseppe: "Le origini del diritto romano", Turin, 1888, tí> 435, pág. 564, quien manifiesta: "De las antiguas *legis actiones*, aquella en torno a la que se tienen mayores noticias, es por cierto la *actio-mcramento*. Sabemos de la misma, que *generalis erat*, en cuanto podía ser utilizada para todas las controversias, para las que no hubiese sido introducido otro procedimiento especial, se tratase de *ágete in rem* o también de *agere in personam*. Ella por tanto parece referirse a una época en la cual no debía existir aún la distinción entre la acción *in rem* y la acción *in personam*; lo que no obstante no impedía que ella presentare diferencias erólas solemnidades y en las expresiones adoptadas, según que se tratase de-*agere in rem* o de *agere in personam*".

mente, patentiza también la distinción entre las acciones reales y las personales. Es sabido que la fórmula se componía de las siguientes partes ordinarias: "intentio" (pretensión del accionante), "demonstrado" (fundamentos de la pretensión), "condemnatio" (parte por la cual el magistrado confería al juez la facultad de condenar o absolver al demandado), "adjudicado" (consistía en el facultamiento al juez para hacer adjudicaciones en los juicios divisorios).⁴⁶

En la "intentio" de la fórmula el nombre del demandado figuraba o no, según se tratase de acción personal o de acción real. Sin embargo, excepcionalmente, en la "intentio" de una acción personal podía no aparecer el nombre del demandado y por el contrario figurar dicho nombre en supuestos de acciones reales.⁴⁷

⁴⁶ Gayo, "Institutes", traduites et annotées, avec le texte en regard par M. L. Domenget, segunda edición, París, 1847, Comentario Cuarto, parágrafo 39 y sgtes., pág. 349.

⁴⁷ Conformes: Savigny, op. cit. en nota 1, t. IV, parágrafo 208, págs. 21 a 24; Girard, Paul Frédéric, "Manuel élémentaire de droit romain", 7^a edición, París, 1924, pág. 1079 en nota 4: "El nombre del demandado no se encuentra en la acción *metus* que es una acción personal *in rem scriptae*, ni, creemos nosotros, en la acción *ad exhibendum* y se encuentra en las acciones prohibitoria y negatoria y en ciertas fórmulas de acción confesoria". Von Mayr, op. cit. en nota 40, pág. 377: "La *intentio* de las acciones *in rem* no mencionaba normalmente al demandado (así ocurría en la *vindicatio* y en la *hereditatis petitio*); el caso contrario era el de las acciones dadas en materia de servidumbres", Francisci, Pietro de, "Síntesis histórica del derecho romano", Madrid, págs. 556/557, nos dice: "Pero no todas estas partes se encontraban en todas las *formulae*. La *adiudicatio* es propia de los juicios divisorios; la *demonstratio* se encuentra en los juicios divisorios y en las acciones personales inciertas, en las que se trata sobre todo de establecer el *titulum* (juicios de buena fe; acción de estipulación o de legado imperfectamente determinado, etc.); mientras que basta la *intentio* en las *formulae* correspondientes a acciones personales dirigidas a un *certum*, y en las de acciones reales. También hay *formulae* sin *condemnatio*, como las referentes a acciones de mera comprobación encaminadas corrientemente a fijar los presupuestos de un juicio futuro, y designadas, por tanto, con el nombre de *praeiudicia*... Se discute, en cambio, si existieron *formulae* sin *Intentio* (Audibert, Arangio Ruiz), en contra de una opinión arraigada hace

La "demonstrado" sólo integraba la fórmula tratándose de "actio in personam incerta", por tanto, no la había en la "actio in personam certa" ni en la "actio in rem"; la existencia de la "demonstrado" en la fórmula excluía la posibilidad de que se tratase de una "actio in rem".⁴⁸

Vinculado con este planteamiento, el Digesto transcribe el siguiente comentario de Paulo: "Las acciones personales difieren de las acciones reales, en esto, en que cuando la misma cosa se me deba por uno mismo, cada una de las causas sigue a cada una de las obligaciones, y ninguna de ellas se vicia por la demanda de la otra; pero cuando ejercito una acción real sin haber expresado la causa, por la que digo que la cosa es mía, todas las causas están comprendidas en esta sola petición; porque una cosa no puede ser mía más que una vez, pero se puede deber muchas".⁴⁹ La idea precedente, que se reitera en otros

tiempo. Ahora bien, es cierto que en los juicios de buena fe, a pesar de la opinión de Gayo, que consideraba como *intentio* la cláusula "*quidquid ob rem daré facere oportet*", no existía una verdadera *intentio*, ya que esas palabras sólo constituían una determinación de la *condemnatio*. Sin embargo, hay una profunda diferencia de estructura entre la *formulae* que tienen por eje la existencia de una pretensión (con la *intentio: si paret...*), y aquellas en que la recíproca situación de las partes no se discute en apariencia (con *demonstratio*, que se inicia con el *quod* y el indicativo), y se describe como presupuesto de la actividad conciliadora del juez". Iglesias, Juan, "Derecho romano. Instituciones de derecho romano". 5ª edición, Barcelona, 1965, parágrafo 50, pág. 186, en nota 37: "Es de advertir que las cuatro partes no se dan imprescindiblemente en todas las fórmulas. Tienen sólo *intentio* las acciones *praeiudiciales*; tiene *intentio* y *condemnatio*, v. gr., la *rei vindicatio*; *intentio, demonstratio* y *condemnatio* la *actio depositi* y la *actio empti*; *intentio, demonstratio, condemnatio* y *adiudicatio*, las acciones divisorias".

⁴⁸ Conformes: Jors-Kunkel, op. cit. en nota 41, apéndice, parágrafo 9, 2. pág. 522; Petit., Eugéne, "Tratado elemental de derecho romano", traducido de la 9ª edición francesa por José Fernández González, n.º 740, 1, pág. 847. Monier, Raymond, "Manuel élémentaire de droit romain", París, 1935, Tomo Primero, Núm. 139, pág. 211.

⁴⁹ D.44.2.14.2.

textos del Digesto, también tomados de Paulo,⁵⁰ fue receptada por Vélez en el art. 2509 y en su nota.⁵¹

Algunos romanistas encuentran el fundamento de la distinción de las acciones en personales y reales en la circunstancia de que el demandado estuviese o no obligado a defenderse. Lo primero ocurría en la "actio in perso-nam", porque ella se dirigía contra el demandado; lo segundo, en la "actio in rem" enderezada hacia la cosa y por lo tanto el accionado podía retenerla o abandonarla.⁵² Esta idea responde al texto del Digesto que recoge la opinión de Ulpiano según la cual "nadie es obligado a defender contra su voluntad una cosa".⁵³

⁵⁰ D.41.2.3.4.: "...porque así como el dominio no se puede alcanzar sino por una sola causa, así podemos poseer también no por virtud de una sola causa"; D. 50.17.159: "No puede ser nuestra una cosa por muchas causas, así como se nos puede deber la misma por muchas causas".

⁵¹ La redacción del art. 2509 y la segunda parte de su anotación están tomadas del Código de Luisiana (art. 487), que Vélez cita conjuntamente con Pothier y con los dos textos del Digesto transcritos en nuestra nota anterior; omite, en cambio, toda alusión al comentario de Paulo contenido en D.44.2.14.2.

⁵² Ver von Mayr, op. cit. en nota 40, pag. 388; Schulz, Fritz, "Derecho romano clásico", traducido de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona, 1960, parágrafo 56, págs. 31/33, quien expresa: "El demandado ha de defender su caso *in ture*, esto es, aceptar una fórmula aprobada por el pretor y consiguientemente un procedimiento ante el juez (*iudicium*). Un número escaso de acciones no implican este deber y el demandado puede libremente abandonar su caso. Tales acciones son llamadas acciones *in rem*... En contraste con estas acciones, todas las demás que implican el deber de asumir la defensa judicial son llamadas acciones *in personam*". Después de hacer referencia a que la presencia o no del nombre del demandado en la *intentio* de la fórmula, cataloga a la acción como personal o real. significa: "Tal es el alcance clásico de la distinción entre acciones *in rem* y acciones *in personam*. Y debe cuidarse mucho de no incurrir en grave confusión por la aceptación de otras ideas extrañas. No se puede afirmar sin incurrir en error, que las acciones *in rem* son aquellas acciones por las cuales resultan protegidos los *ius in re* (o *in rem*). La *actio legis Aquilae* y *h. condictio furtiva* son acciones mediante las cuales se protege un *ius in re* (*dominium*); se dan contra todo el que viola un *ius in re* (*dominium*); y, sin embargo, estas acciones son acciones *in personam* y no *in rem*".

⁵³ D.50.17.156.pr.

Se ha destacado también que la-diferencia entre las acciones personales y reales era más nítida en el procedimiento de las *legis* acciones que en el formulario, ya que dentro del último "tuvo lugar una cierta aproximación de las acciones reales a las personales, simplemente en el «■entido de que la *fórmula petitoria*, que vino a substituir a la *legis actio sacramento (in rem)*... era, como su propio nombre indica, una acción que recaía sobre el interés tasado en dinero (*quanti ea res erit*) y sólo de un modo mediato exigía del demandado la restitución de la cosa (*si ea res arbitrato iudici non restitutor*). Con esto, quedaba descartado el carácter genuinamente real del antiguo procedimiento *in rem*. La *litis-contestatio* a base de una fórmula petitoria engendraba ahora una simple obligación personal, de igual contenido que la *actio in personam*".⁵⁵

Es digno de resaltarse que la *actio in rem* tutelaba más allá de los derechos reales, a los de la personalidad y a los de familia, inclusive en el procedimiento de las *legis utiones*, a través especialmente de las acciones prejudiciales que revestían carácter real^{3"} en su faceta pura (sta-

M^yer Gayo, op. cit. en nota 46, parágrafo 48, pág. 354, Vori Mayiv op. cit. en nota 34, pág. 389, También Savigny, op., cit., en nota 1, t. IV, parágrafo 209, pág. 25, y Arangio Ruiz, Vincenzo, "Instituciones de derecho romano", trad. de la 10* ed. italiana por José M. Caramés Ferro, Buenos-Aires, 1952, pág. 125.

⁵⁵ Así resulta de la Instituía 4,6,13, cuando afirma: "Las prejudiciales parecen ser acciones reales. Tales son aquellas por las que se investiga si uno es libre o liberto, o se ha de reconocer un parto; de las que sólo tienen fundamentó en la ley aquella por la cual se averigua si uno es libre; las-demás nacen de la jurisdicción del mismo pretor". Son categóricos Savignyv op. cit. en nota 1, tomo IV, parágrafo 206, pág. 18, cuando dice: "Se ha objetado que dicho texto no dice *sunt*, sino *esse videntur* que por tanto, las-acciones prejudiciales *parecen* únicamente tener *analogía* con las *in rem acciones* (Duroi), pero la objeción no era fundada, porque la palabra *videntur* expresa, ordinariamente, no una apariencia o una analogía, sino-una realidad positiva; Alvarez, José María, "Instituciones de Derecho Real de España", 2» ed., Madrid, 1839, t. 2, pág. 166; Heineccio, J., "Elementos de derecho romano", 3» edición, París, 1851, *nf* 1141, pág. 400, al expresar

tus),^{5C} lo que lleva a pensar que la dicotomía "actio in rem" y "actio in personam" apunta más bien que a la protección de los derechos reales y de los derechos personales, a la atinente a los derechos absolutos y a los derechos relativos, respectivamente."

B) HISTORIA DE LA TERMINOLOGÍA

Las denominaciones de los derechos: "ius in personam", "ius in re", no se encuentran en los textos romanos; han sido encontradas por primera vez en el "Brachylogus" o "Corpus legum", respecto del cual generalmente se admite, con Savigny, que fue redactado en Lombardía entre

que las acciones prejudiciales "también son reales"; van Wetter, P., "Pan-dectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien", París, 1909, Tomo Primero, parágrafo 102, pág. 303, para quien- "Las acciones prejudiciales son reales; se basan sobre un derecho real o sobre un derecho de la personalidad, jamás sobre una obligación". Según Petit, op. cit. en nota 48, nv 782, pág. 895, como las acciones prejudiciales "no tienden a obtener una condena, la fórmula está reducida a una simple *intentio*, concebida *in rem*, es decir, donde no figura el nombre del demandado". En sentido análogo, entre otros, Girard, op. cit. en nota 47, pág. 147; Jórs-Kunkel, op. cit. en nota 41, parágrafo 184, 2, pág. 409, que puntualizan que la patria potestad se hacía valer mediante una *vindicatio*. Mackenzie, "Estudios de derecho romano comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés", traducido de la tercera edición de 1870 por Santiago Immerarity y Gumersindo de Azcárate, Madrid, 1876, pág. 367.

⁵⁶ Conf. Betti, Emilio, "Diritto Romano. Parte Generale", Padua, 1935, párrafos 86, págs. 458/459 y 93, pág. 554. Según Giffard, A. E., "Précis de droit romain", segunda edición, París, 1934, t. I, n.º 154, pág. 99: "La «*cito sacramenti in rem* sanciona también el poder del jefe de familia sobre las personas libres de su familia, mujer, hijos, etc. (*in iurisdictione filii, filiae*)".

⁵⁷ Conf.: Mackeldey, F., "Elementos del Derecho Romano", 3ª edición traducida del alemán, Madrid 1876, parágrafo 202, 1, pág. 121; Bonfante, Pedro, "Instituciones de derecho romano", traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, 1929, parágrafo 39, pág. 112; Arangio Ruiz, "Las acciones en el Derecho Privado Romano", traducido del italiano por Faustino Gutiérrez Alvis, Madrid, 1945, pág. 122; Iglesias, op. cit. en nota 47, parágrafo 55, pág. 227.

los siglos XI y XII,³⁸ pero la doctrina no es pacífica al respecto.⁵⁰ Esas expresiones fueron desenvueltas por los glosadores y comentadores sobre la base de que si la acción era el medio de hacer valer el derecho en justicia, la división de las acciones en personales y reales no podía sino responder a la clasificación de los derechos, que según ellos, tendían a proteger, o sea, derechos personales y derechos reales.⁸⁰

Debe advertirse que la traducción correcta de los vocablos "actio in rem" o "actio in personam" no se corresponde con "acción real" y "acción personal".

Las expresiones que serían equivalentes a estas últimas para el latín son las de "actio realis" y "actio personalis", pero la primera nunca aparece en las fuentes romanas y la segunda por lo menos no es clásica.¹ Llegamos a la conclusión precedente, porque "actio in rem" y "actio

⁵⁸ Savigny, F. C. de, "Histoire du droit romain au moyen age", traducido del alemán por M. Charles Guenoux, París, 1830, Tomo Segundo, pág. 219.

⁶¹ De Diego, Felipe Clemente, "Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano", Madrid, 1900, págs. 210/211: "El *Brachylogus iuris civilis*, denominado también *Corpus legum*, es un manual de derecho calcado en gran parte sobre las Instituciones de Justiniano y, como éstas, dividido en cuatro libros. Debió ser escrito a fines del siglo X o principios del XI, pues ya Petrus al compilar sus *Exceptiones* en la primera mitad de este último siglo, le tuvo en cuenta... Sobre la patria del *Brachylogus* hay cuestión, pues mientras Filting cree que debió ser escrito en Francia, y más especialmente en la Escuela Jurídica de Orleans, Ficker cree que en Italia y más particularmente en la Romagna y en Rávena. El tratarse de un compendio de derecho justiniano hace ya más verosímil esta última especie, pues en Francia en esta época predominaba el derecho teodosiano... De las comarcas de Italia en que pudo nacer este libro hay que excluir a la Lombardía: 1° porque sería extraño que en un país dominado por el derecho lombardo se hubiera escrito una compilación de derecho romano; 2° porque la manera de citar las fuentes no es la usual en la escuela lombarda; 3° porque los términos empleados en el *Brachylogus* no se toman en el sentido que era ya corriente en la Lombardía en el siglo en que se escribió; y 4° porque no se encuentran en él huellas de derecho feudal".

⁶⁰ Ver Rigaud, op. cit. en nota 38, pág. 57 y sgtes.

⁸¹ Conf. Schulz, op. cit. en nota 52, parágrafo 59, pág. 33.

in personam" se traducen por *acción hacia, contra o sobre la cosa* y *acción hacia, contra o sobre la persona*.⁶² Se ha advertido que cuando la expresión "ius in re" se encuentra -en la fuente, designa la cosa sobre la que se tiene el derecho v no al derecho sobre la cosa.^{fi3}

⁶² - Conf.: Arangio Ruiz, op. cit. en nota 57, pág. 119; Iglesias, op. cit. -en nota 47, párrafo 55, pág. 225.

*& Así, Iglesias, op. cit. en nota 47, párrafo 55, págs. 223/224, en su nota 3: "La expresión *ius in re* se encuentra en las fuentes, pero no designa el derecho sobre la cosa, sino la cosa sobre la que se tiene el derecho: *rem habere-ius habere*. Así Windscheid, Pand, 1, par. 38, n.4; par. 42, n.5; par. 165, n.l. Sobre la cuestión, véase ahora Villey, Du sens de l'expression "jus in re" en droit romain classique; Rida, 3 (Mélanges De Vischer, 2), 1949, pág. 417 y sgtes; Le "jus in re" du droit classique romain au droit moderne, Conf. Inst. Der. Rom., París, 1950, pág. 187 y sgtes. Cfr.: C. 7, 39, 8, donde *ius in eadem re* alude al derecho que tiene como objeto la cosa, con especial referencia al dominio; D. 7, 1, 2, (interpolado, según Riccobono), donde se afirma que el usufructo es un *ius in corpore*; *• 9, 4, 30, interpolado desde *sive domini*; D. 39, 2, 19 pr., interpolado desde *sive domini*, pero haciéndose mención del *superficiarius*, que se omite en el anterior texto. Véase Biondi, "Le servitu prediali nel diritto romano", Milán, 1946, pág. 15".

^

CAPÍTULO III

CONCEPTO DOCTRINARIO DEL DERECHO REAL

A) CONCEPTO TRADICIONAL DEL DERECHO REAL

Tradicionalmente el derecho real y el derecho personal han sido separados con nitidez. Ortolán, transcrito al final de la nota al art. 497, dice: "Derecho personal es Aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en ■ términos más sencillos, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona ^ una prestación cualquiera, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer una cosa. Un derecho real es aquel que da la iacultad de sacar de una cosa un beneficio mayor o menor".*⁴

Para Mackeldey: "Derecho real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón •del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos conceptos o bajo algunos solamente". ^

⁶⁴ Ortolán, M., "Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano precedidas de una generalización del derecho romano", ■ traducida de la 3ª edición por Francisco D. Pérez de Anaya, Madrid, 1847, *• I, n<? 97, pág. 148 y sgtes.

⁶⁵ Op. cit. en nota 57, parágrafo 218, pág. 128. Comp.: Sintenis, Cari-Friederich Ferdinand, "Das Practische Gemeine Civilrecht", Leipzig, J844,

Según Demolombe: "El derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, a saber; la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto" (nota al título IV del libro III).⁶⁷

Para Aubry y Rau: "Los derechos reales son aquellos que crean una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a la que se encuentra sometida de una manera más o menos completa, siendo, por eso mismo, susceptibles de ser ejercidos no solamente contra tal persona determinada, sino contra todos".⁶⁷

Maynz, por su parte, entiende por derecho real "nuestra voluntad dirigiéndose hacia una cosa con abstracción de todo otro individuo humano fuera de nosotros".⁶⁸

Como surge de las definiciones transcritas, el derecho real ha sido concebido tradicionalmente como integrado por dos elementos: el sujeto o titular del derecho y la cosa u objeto de él. Entre el sujeto y la cosa se establece una relación directa o inmediata, un poder que permite al titular obtener de ella una utilidad mayor o menor sin necesidad y con exclusión de la intervención de otra persona. Por oposición, se configuró al derecho personal con tres elementos: el sujeto activo (titular del derecho), el

artículo I, parágrafo 37, pág. 399, quien expresa: "Hay una cantidad de institutos de derecho, en virtud de los cuales una cosa se encuentra sometida a la dominación del titular del derecho, bien en forma total, o en ciertos aspectos".

⁶⁷ Demolombe, C, "Cours de Code Napoléon", París, 1854, t. IX., p. 464, pág. 354.

⁶⁸ Aubry et Rau, "Cours de droit français d'après la méthode de Zachariae", cinquième édition, tome deuxième, París, 1897, parágrafo 172., pág. 72.

⁶⁹ Maynz, Charles, "Cours de droit romain", troisième édition, tome premier, Bruxelles, 1870, parágrafo 162, pág. 507; ver también parágrafo 91., pág. 279.

sujeto pasivo (obligado) y el objeto (la prestación: dar, hacer o no hacer).

B) DOCTRINAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE DIFERENCIAS SUBSTANCIALES ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES

Frente a la teoría clásica que por haber contrapuesto conceptualmente los derechos reales y los personales, recibió el nombre de dualista, se levantaron otras doctrinas que tendieron a borrar la distinción enunciada, ya reduciendo todos esos derechos a una sola categoría, ya formulando nuevas categorías divisorias sin tener en cuenta el dualismo derechos reales y derechos personales. En tal sentido, nos ocuparemos de las llamadas teorías unitarias o monistas, que o bien afirman que todos los derechos son personales (unitaria personalista), o que todos son reales (unitaria realista). Finalmente expondremos las demás concepciones que distinguen los derechos sobre la base de otras facetas.

a) *Teoría unitaria personalista*

A fines del siglo pasado, Planiol, en Francia, expuso y difundió a través de su "Traite élémentaire", lo que calificó como nueva doctrina, conforme a la cual no existe diferencia substancial entre los derechos reales y los personales, porque en los primeros también existen sujetos pasivos representados por cada uno de los integrantes de la comunidad, obligados a respetarlos.⁽ⁱⁿ⁾ Esa idea es reco-

⁰⁹ Planiol, Marcel, "Traite élémentaire de droit civil", tercera edición, tomo primero, París, 1904, parágrafo 2158 y sgtes., pág. 679 y sgtes. Hacemos notar que la primera edición de la obra de Planiol fue publicada entre los años 1899-1901, pues no obstante que en el "Catalogue générale des livres imprimés de la Bibliothèque National", París, V. 1:38, págs 662/963, figura que tal obra data de 1900-1901, en la nota 1 de la página VII del Preface" de la 3ª edición se lee: "la première édition du t. 1er. a été mise en vente le 2 octobre 1899". Debe tenerse presente que el contenido del

gída por uno de sus alumnos, *Michas*, quien en 1900 escribe su tesis con el significativo título de "El derecho real considerado como una obligación pasiva universal", es decir, que el derecho real es concebido como un derecho persona! en el que los sujetos pasivos (los integrantes de la comunidad) están obligados al cumplimiento de una prestación (obligación de no hacer) .⁷⁰

Dicha doctrina se proyecta en otras tesis posteriores como las de *Querú*: "Síntesis del derecho real y del derecho personal" (1905) ; *Prodan*: "Ensayo de una teoría general de los derechos reales" (1909) ; *Mineí*: "Ensayo sobre la naturaleza jurídica de los derechos reales y de los derechos de crédito" (1912) ; *Basque*: "De la distinción de los derechos reales y de las obligaciones" (1914)."

Esta postura que sus adeptos difundieron como una novedad, tuvo el sentido de un frontal ataque a la teoría clásica, y se fundó en el argumento de que toda relación jurídica presupone personas ligadas por ella, y era por tanto inadmisibles aludir a relaciones jurídicas entre personas y cosas.

La invocada novedad no era tal; varios años antes (1889) , *Roguin*, en "La regle de droit", la había desarrollado exhaustivamente, reconociendo asimismo que otros autores habían tenido igual inquietud aunque no la plasmaron plenamente (*Ihering, Warkonig, Ahrens, Merkel, Dernburg, Thon, Windscheid*),⁷²

ler. tomo aludido trata las siguientes materias: "Principes généraux; rhéorie générale des personnes; les biens; filiation; incapables".

⁷⁰ Cit. por Rigaud, op. cit. en nota 38, págs. 7/8, y por Bonnacase, Julien, en su "Supplément" al "Traite théorique et pratique de droit civil", de G. Baudry-Laeantinerie, tomo quinto, París, 1930, n.º 23 y sgtes., pág. 30 y sgtes.

⁷¹ Ver Ginossar, S., "Droit reel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux", París, 1960, su nota 8 en pág. 5.

⁷² Ver Roguin, Ernest, "La regle de droit", cit. en nota 160, n.º 39, págs. 77/78 y n.º 124, pág. 237 y sgtes.

También debemos ubicar en similar corriente a *Ortolán*,⁷⁵ *Mackeldey*,⁷⁴ *Marcadé*,⁷⁵, *Van Bemmelen* (en Holanda), y *Austin* (en Inglaterra).⁷⁶

T3 Op. cit- en nota 64, t. I, n° 67, págs. 107 y 110: "... Puede decirse que en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo a quien se atribuye el derecho; y por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas, obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquél a quien pertenec el derecho y dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden... En suma, un derecho personal es aquél en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho; un derecho real es aquél en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho; o en términos más sencillos: un derecho personal es aquél que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera (e.c decir, a dar, a suministrar, a hacer o no hacer alguna cosa); un derecho real es aquél que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor; hecha abstracción, tanto en uno como en otro caso, de la masa de todas las personas, obligadas siempre cada una a abstenerse de impedir o de oponer obstáculos al goce y ejercicio del derecho".

⁷⁴ Mackeldey, "Elementos del derecho romano", Madrid, 1845: "El deber que corresponde a un derecho es o general y negativo, o consiste en una obligación personal y positiva. El primero, en cada caso particular, está impuesto a todos los hombres, excepto aquel a quien se refiere, y consiste en que no sea permitido a nadie perturbar a los demás en el ejercicio de sus derechos; la obligación propiamente dicha no sujeta más que a las personas especialmente ligadas a ella, a las cuales constituye en la precisión de hacer lo que el que tiene derecho puede exigirles en virtud de él. Las primeras corresponden a los derechos absolutos, las segundas a los relativos" (nº 16, pág. 12). Al derecho real "corresponde el deber negativo de no turbar en el ejercicio de su derecho a aquel a quien compete" (nº 218^ Pág. 128).

⁷⁵ Dice Marcadé "Explicación théorique et pratique *du* Code Napo león", París, 1868, sexta edición, t. IV, nota 387 al art. 1101: "...Cuando vos me habéis vendido vuestra casa o cedido el usufructo de vuestra granja, es verdad que estáis obligado a no molestarne en el goce del inmueble. pero ésa no es una obligación de no hacer. Porque esta necesidad nada tiene que os sea personal; ella es común a todo el mundo; ella es para vos, como para los otros, la consecuencia y la correlación de mi derecho real existente *erga omnes*. Esta necesidad general y común a todos, que corresponde al derecho real, forma un deber que cada uno sin duda tiene que respetar al igual que una obligación personal, pero ella no constituya una obligación...".

* Ver Demogue, Rene, "Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique", París, 1911, pág. 416.

Savigny, por su parte, no sólo la expuso con claridad» destacando que se trataba de una teoría muy en boga en sus tiempos, sino que la criticó extensamente al expresar que la palabra obligación no es la expresión técnica adecuada para referirse a la necesidad jurídica de respetar los derechos de los demás. "Así —dice— la necesidad de reconocer la propiedad de otro es lo opuesto de la obligación", y agrega: "Esta teoría es errónea y censurable por dos razones diferentes: primero, la analogía y la diferencia natural de las ideas jurídicas son oscurecidas; en segundo lugar, el empleo de la expresión romana obligación, en un sentido completamente extraño a los romanos, nos arrebató la exacta concepción de las decisiones de nuestras fuentes de derecho". ~~

Quizá sea *Freilias* quien con mayor envidia haya abordado y censurado la teoría tantas veces mal atribuida a *Planiol*, y por cierto muchos años antes que éste. En su "Consolidación de las leyes civiles" (1857), se lee: "La condición distintiva de los derechos absolutos es que su correspondiente obligación (en nota aclara que esta obligación no es del derecho civil), afecta la masa entera de las personalidades con las cuales el agente de derecho pueda estar en contacto. La cualidad propia de los derechos relativos, a la inversa, es la de recaer su peculiar obligación sobre personas ciertas y determinadas. En el primer caso la obligación es negativa, consiste en la inacción, esto es, en la abstención de cualquier acto que pueda estorbar al derecho. En el segundo caso, la obligación es positiva y consistente en un hecho o prestación necesaria de la persona obligada (en nota destaca que es la obligación del derecho civil). Ese hecho o prestación puede ser también como en el primer caso una abstención pero con una no-

⁷ *Savigny*, F. C, "Le droit des obligations", traducido del alemán y acompañado de notas por C. Gerardin y Paúl Jozon, segunda edición (1873), t. I, pág. 14 y sgtes.

table diferencia. La inacción indispensable a la efectividad de los derechos absolutos nunca induce a la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe; esa inacción es necesaria para la coexistencia de los derechos de todos, o de otro modo, es el justo límite de los derechos de cada uno. Cuando, pues, los derechos personales corresponden a una obligación de no hacer, o de abstención, la persona obligada se priva del ejercicio de un derecho que tenía y que voluntariamente renunció ■en favor del agente del derecho".⁷⁸

La teoría unitaria personalista tiene en el fondo un substracto filosófico, tanto es así que ya *Kant* en 1797 en sus "Principios metafísicos del Derecho", al puntmli¿ar <]ue el derecho implica una relación entre personas y que <^a todo derecho corresponde un deber", afirmó: "es, pues, absurdo suponer la obligación de una persona respecto de una cosa y, recíprocamente, aunque sea muy admisible hacer sensible una relación jurídica mediante esta imagen".⁷⁹

El criterio descripto, es irrefutable, en tanto se lo encuadre en sus verdaderos límites, ya que el derecho como regulación de conductas humanas presupone que sus naturales destinatarios —las personas— respeten sus dicta dos, y en tal medida se realice en la comunidad el añejo principio que los romanos acuñaron con la fórmula del "neminem laedere", o sea el no dañar a los demás.⁸⁰ Estas nociones ínsitas en el concepto de derecho no fueron des

⁷⁸ Op. cit. en nota 4, pág. 28 y sgtes. Adviértase que estas ideas fueron •expuestas desde la primera edición de la obra (1857).

⁷⁹ Kant, Manuel, "Principios metafísicos del derecho", con nota preliminar de Francisco Ayala, Buenos Aires, 1943 (editorial Americalee), 'páf?'. -82 y sgtes.; 202 y sgtes.

⁸⁰ Josserand, Louis, "Derecho civil", revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, ■t. I, vol. III, tít> 1335, págs. 17/18, estima "que los reproches dirigidos por los personalistas contra la explicación tradicional no son ni con mucho del

conocidas por todos quienes concibieron una sociedad reglada por él y de allí que los romanos al diagramar las acciones reales no incluyeron en la "intentio" de la fórmula el nombre del eventual demandado, porque ellas se dirigían contra cualquier ingerencia extraña.

Como aquí están en juego, insistimos, principios elementales del derecho, que Planiol no hizo más que reiterar, el propio Vélez Sársfield en su Código de 1869 —muy anterior al ilustre francés— (nota al art. 2507), al referirse al dominio internacional, expresa: "Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional, o propiedad de Estado a Estado. No consiste en una relación especial de acreedor y de deudor entre una nación y otra, sino en una obligación general de todas las naciones, obligación pasiva, como toda la que es relativa a los derechos reales, obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno. Como se comprueba, Vélez habla con toda naturalidad de la "obligación pasiva general", empleando prácticamente las mismas palabras que muchos años después utilizara Michas para titular su tesis. ("Obligación pasiva universal"), que causó injustificado-alboroto en el mundo jurídico.

lodo merecidos. .. Los prudentes nunca dijeron, como parece que se trata de hacerles decir, que, en los derechos reales, la cosa desempeña el papel de sujeto pasivo, sino solamente que dichos derechos establecen una relación directa entre el titular y esa cosa... La concepción que se forman los personalistas del derecho real es francamente paradójica y arbitraria... El lujo de los medios empleados no guarda proporción con el fin que se persigue; la soberanía de mi derecho no es tal que todos los habitantes del planeta deban ser declarados desde este momento mis subditos; un derecho que repercute en el vacío y que al luchar contra molinos de viento, pretende hendir así puertas, no ya tan sólo abiertas, sino inexistentes, se convierte en un monstruo jurídico, es un espantajo para niños. No conviene caracterizar un derecho por los conflictos a que puede eventualmente dar lugar; debe ser calificado por una *actualidad*, no por una *eventualidad*".

Analizada en su integridad la obra de Planiol, se advierte que admitió sin lugar a dudas la diferencia esencial que existe entre la obligación de no hacer en el derecho de crédito y la abstención universal impuesta por la existencia de un derecho real. La primera constituye siempre una "carga excepcional para el deudor", "un elemento del pasivo de su patrimonio", mientras que la segunda "no disminuye en nada las facultades naturales o legales de las otras personas; se les pide solamente que no dañen al titular del derecho; todos los derechos que les son propios continúan intactos".⁸¹

Por otra parte, en el posterior "Tratado Práctico", en colaboración con Ripert, se reconoce además que el derecho real presenta un doble aspecto, el externo, en cuanto genera la obligación pasiva universal, y el interno, en tanto "representa un poder sobre la cosa".⁸²

Otro argumento contra la tesis unitaria personalista estribaría en que el sujeto pasivo universal se advertiría no sólo en los derechos reales, sino también en los personales, y aún en los restantes, porque constituye un simple deber de abstención sin otro sentido que el respeto del orden jurídico establecido.⁸³ Esta afirmación ha sido puesta en tela de juicio con el argumento de que la invocada lesión al derecho personal sólo podría alcanzarse por parte de un tercero mediante una acción dirigida contra la persona de un deudor, o sobre la cosa que éste debiese entregar (destrucción, deterioro, etc.), situaciones en las cuales lo violado sería siempre un derecho absoluto (el de la personalidad o propiedad del deudor),⁸⁴ Se ha argüido-

⁸¹ Op. cit. en nota 69, parágrafo 2163, pág. 682.

⁸² Planiol, Marcel, y Ripert, George, "Traité pratique de droit civil français", t. III "Les biens", París 1926, n.º 40, pág. 44.

⁸³ Ortolan, op. cit. en nota 64, t. I, n.º 67, págs. 107 y 110; Demolombe, op. cit. en nota 66, pág. 355.

⁸⁴ Así Roguin, cit. por Rigaud, op. cit. en nota 38, pág. 151.

■ que en las situaciones descriptas habría también una lesión al derecho del acreedor, aunque ello sería más fácil de concebir en tanto se considerase al crédito como propiedad ■ del acreedor, es decir, como derecho absoluto. De todas maneras, por lo menos indirectamente, se advierte aún en los derechos personales el sujeto pasivo universal en actitud de respeto.

Puede observarse, no obstante, que mientras en el • derecho real no hay dudas respecto a que es imprescindible la existencia del sujeto pasivo universal como elemento integrante de la relación jurídica, en el derecho personal la relación jurídica correspondiente se construye esencialmente con el sujeto pasivo determinado,

b) *Teoría unitaria realista*

Con criterio unitario, pero con miraje opuesto al personalista, se sostiene que todos los derechos patrimoniales son reales. Se ha querido ver en los derechos creditorios más que un vínculo entre personas, una relación entre patrimonios, y de tal forma así como el derecho real implica una relación con la cosa que es su objeto, el personal —para este criterio— importa una relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor. Esta idea invoca en su favor el conocido principio de que el patrimonio del deudor ■ es la garantía colectiva o "prenda común" de sus acreedores.

Esta postura fue sostenida por autores como *Saleilles* (1889)⁸³ y en las obras de tesis de *Gaudemet* (1898), *Jallu* (1902) y *Gazin* (1910).^{8C} con motivo de estudios sobre la cesión de deudas y la noción de patrimonio.

⁸³ Ver *Bonnecase*, op. cit. en nota 70, n' -> 21 y sgtes; pág. 23 y sgtes, ⁸⁰ Ver *Bonnecase*, op. y loe. cit. en nota anterior; *Rigaud*, op. cit. en *Tiota* 38, pág. 331 y sgtes.; y *Ginossard*, op. cit. en nota 71, pág. 23, y su nota 40.

Esta teoría, que no ha tenido gran suceso, y que debe ■su relativa difusión a la circunstancia de haber sido tratada y rechazada por Rigaud en su conocida tesis "Le droit réel, histoire et théorie" (1912) ,⁸⁷ es objetable por diversas razones.

1*?) Sólo tiene en cuenta el momento anormal del incumplimiento, con el secuento derecho del acreedor de agredir el patrimonio del deudor y no que lo normal es el cumplimiento y que a ello aspira el acreedor.

2P) De esa posibilidad para el acreedor de agredir el patrimonio del deudor, no debe inferirse que el derecho personal se asemeje al real, puesto que el patrimonio no sólo se compone de cosas sino también de bienes y tampoco existe afectación especial alguna de esos elementos patrimoniales al cumplimiento de la obligación. Prueba de ello es el hecho de que el derecho personal no se extingue con la insolvencia del deudor, ni siquiera con la desaparición de todos sus bienes; el derecho real se extingue con la pérdida de la cosa (arts. 2604, 3051 del Código Civil). La expresión "prenda común" de los acreedores, no debe llevar al equívoco de ver un derecho real de prenda sobre el patrimonio del deudor; es solamente una imagen expresiva despojada de tecnicismo en cuanto no puede pretenderse que aluda al derecho real de prenda, con el que no debe confundirse.⁸⁸

⁸⁷ Ibid. Ver también Quincarle, Simón, "La notion de gage en droit privé français. Les diverses applications", Burdeos, 1937, pág. 396.

⁸⁸ García Maynes, Eduardo, "Introducción al estudio del derecho", 3ª edición revisada, México, 1949, n.º 117, pág. 219: "El hecho de que el deudor responda con todos sus bienes de las obligaciones que ha contraído, no significa que los derechos correlativos sean derechos contra tales bienes. La facultad del acreedor corresponde a un deber del deudor. Y esta obligación no debe ser confundida con las garantías que la ley concede al acreedor, como tampoco debe confundirse la facultad correlativa (derecho a la prestación) con el derecho que el acreedor puede ejecutar en el supuesto de que el obligado no cumpla (derecho de acción)".

3^) Es inadmisibles la despersonalización del derecho creditorio sobre cuya base se asienta esta doctrina. Es de la esencia del derecho creditorio la persona del deudor, que lejos de ser indiferente al acreedor, es de peculiar importancia para él, y muchas veces elemento decisivo para dar nacimiento al vínculo jurídico. En todos los derechos personales, incluso en los que imponen una obligación de dar, las cualidades del deudor interesan a los titulares. Por cierto que las condiciones personales tienen más trascendencia en las obligaciones de hacer y de no hacer y hasta se convierten en el motivo determinante para el nacimiento de los derechos creditorios cuando estamos en presencia de las obligaciones "intuitae personae", que excluyen el cumplimiento por terceros (arts. 626, 730, 1641 del Código Civil).

Lo expuesto se ve con claridad cuando un tercero extraño al vínculo jurídico paga subrogándose en los derechos del primitivo acreedor (arts. 767 y sgtes. del Código Civil), en cuyo caso este último no llega a ponerse en contacto con los bienes del obligado. Más aún, si el tercero paga con miras de beneficiar al acreedor (según la fórmula del derogado inciso 6^Q del art. 1791 del Código Civil) , no se subroga en sus derechos y no surge por tanto ninguna relación, ni siquiera potencial, sobre los bienes del deudor.

Por último, la cesión de deudas presupone el consentimiento del acreedor, sin el cual es difícil admitirla.^{8*}

^{8*} Comp. con los análisis críticos que contienen: Alsina Atienza, Dal-miro A., "Las diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito", J. A., 1956-III, sec. doctr., pág. 11 y sgtes.; Rojina Villegas, Rafael, "Derecho civil mexicano", México, 1960, t. V, vol. I, pág. 30 y sgtes.; Molinario, Alberto D., "Derecho patrimonial y derecho real", Buenos Aires, 1965, n' 18, pág. 110 y sgtes.; Carbonnier, Jean, "Derecho civil", traducción de la edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz, t. II, vol. I, "Situaciones jurídico-reales", Barcelona, 1965, pág. 80; Alterini, Jorge Horacio, "La supervivencia del dualismo derechos reales y derechos personales", Revista del Colegio de Abogados

c) *Otras concepciones*

Entre las concepciones que clasifican los derechos subjetivos sobre bases distintas a aquellas que generaron el tradicional distingo entre personales y reales, merecen ■citarse las que desarrollaremos aquí.

Demogue en "Les notions fondamentales du droit privé" (1911) y en "Obligations", cuestiona las clasificaciones de los derechos fundadas en su naturaleza intrínseca (absolutos y relativos, personales y reales), y advierte ■que sólo puede aludirse a derechos que en su ejercicio son más cómodos o menos cómodos. En ese sentido los derechos reales al exigir únicamente la abstención de los terceros en general, serían de ejercicio más cómodo que los personales, que requerirían la colaboración activa de personas determinadas. Desde otro punto de vista los derechos podrían ser más o menos fuertes según su oponibi- lidad, y en tal línea de ideas destaca que si bien generalmente los derechos reales serían más fuertes que los personales, estos últimos no siempre serían los débiles (por ejemplo: derecho del arrendatario) .⁹⁰ Las pautas en torno de las cuales Demogue distingue los derechos no pueden admitirse como meramente circunstanciales, sino que responden en el fondo a una diferencia de esencia.

La *doctrina institucionalista* plantea la ubicación de los derechos subjetivos teniendo en cuenta su mayor o menor contenido institucional, y es sostenida por autores como *Hauriou*, "Principios de droit public" (1910), "La théorie de l'institution et de la fondation" (1925); *Renard*, "La théorie de l'institution" (1930), y a propósito •de los derechos reales: *Rigaud*, "Le droit réel. Histoire et

de La Plata, año VIII, n.º 16 (enero-junio de 1966), pág. 134 y sgtes. (en apartados VI y VII).

⁹⁰ "Traite des obligations en general", "Sources des obligations", t. I, Paris, 1923, n.º 4, pág. 5 y sgts., y op. cit. en nota 76, capítulo IV, "Droits -absolus et droits relatifs", pág. 405 y sgtes.

théorie. Son origine institutionnelle" (1912).⁹¹ Los derechos reales y de familia reciben una definida influencia institucional, lo que no ocurre por el contrario con los derechos personales. Mientras en los primeros las relaciones son de subordinación al orden legal, en los segundos, más bien de coordinación de voluntades individuales.

Sin desconocer el encomiable esfuerzo sistemático de esta teoría para clasificar los derechos reales sobre la base de su institucionalidad, se puede argüir que similares resultados en el ámbito clasificatorio se obtienen con el principio del orden público. En el ámbito de los derechos de familia y reales la influencia del orden público es mayor que en los derechos personales.

Ginossard, en "Droit réel, propriété et créance" (1960)⁹² formula una elaboración de lo que llama sistema racional de los derechos patrimoniales. Sostiene que el activo del patrimonio se integra con la propiedad de los bienes, que pueden ser corporales o incorporeales; y estos últimos, derechos relativos o derechos intelectuales. A su vez los derechos relativos los subdivide en personales, en reales, y en los que toman notas de unos y de otros: los mixtos.

El concepto amplio de propiedad aplicable a todos los bienes que constituyen el activo del patrimonio, no representa una idea novedosa, desde que éste es el criterio adoptado con claridad por la fuente del Código Civil, el Esbozo de Freitas (nota al art. 317 y art. 4071), y el más aceptable en nuestro derecho.⁹³

En cuanto a la subclasificación de los bienes en corporales e incorporeales, incluyendo entre los últimos a los derechos personales y a los reales sobre cosa ajena, implica

⁹¹Op. cit. en nota 70, pág. 246 y sgtes. »2 Ver nota 71.

⁹²Gatti, Edmundo, "Propiedad y dominio", Lecciones y Ensayos, iv? 24 (1962), pág. 23 y sgtes,

volver al sistema del derecho romano, que llamaba cosas-a las que aquí se denominan bienes, y distinguía cosas corporales (dominio) y cosas incorpóreas (derechos personales y reales, salvo el de dominio).

Otro de los puntos de vista sobresalientes de Ginossard, consiste en incluir los derechos reales sobre la cosa ajena en la categoría de derechos relativos, como consecuencia de participar de la opinión de que en esos derechos, además del sujeto pasivo universal, aparece un sujeto pasivo-determinado, que es el propietario de la cosa gravada con el respectivo derecho real sobre la cosa ajena. La crítica de esta idea la expondremos en el apartado siguiente.

C) PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE SUJETO PASIVO DETERMINADO EN LOS DERECHOS REALES

Alguna doctrina sostiene la existencia del sujeto pasivo determinado en los derechos reales sobre la cosa ajena; así serían sujetos pasivos individualizados, el titular del dominio gravado con usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prebda, anticresis (*Arangio Ruiz*,^{0*} *De Buen*,^{9*} *Atard*,^{Mi} *Legón*,⁹¹ *Ginossard*).⁸ Hasta se ha llegado a decir que aún para el dominio es captable ese sujeto-

⁹⁴ Op. cit. en nota 54, pág. 195, quien expresa que en materia de-servidumbres prediales, "el poder del titular se reduce a pretender cierta abstención del propietario o poseedor del fundo sirviente. ...; todos los demás son verdaderamente extraños".

⁹⁵ De Buen, Demófilo, "Derecho civil español común", 2ª edición, Madrid, 1930/1931, t. I, pág. 150: "En el derecho real puede existir una persona especialmente obligada, como sucede en el caso de una servidumbre, en la cual está el propietario del fundo sirviente obligado de un modo-especial".

⁹⁶ Atard, Rafael, en el apartado XIV del "Preliminar" al "Tratado de derecho hipotecario alemán", de Arthur Nussbaum, Madrid, 1929.

⁹⁷ Legón, Fernando, "Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma", t. V (Superestructura de los derechos reales), Buenos Aires, 1942, pág. 67.

⁹⁸ Op. cit. en nota 71, n9 45 y sgtes., pág. 121 y sgtes.

pasivo determinado, representado por el anterior titular y en el caso de la adquisición de las "res nullius", por el ístado (Legón)." Atard ¹⁰⁰ —en sugestiva postura— ve el sujeto pasivo especial en "los que viven más próximos" al objeto sobre el que recae el derecho de dominio.

En lo que hace al invocado sujeto pasivo determi-jiado en los derechos reales sobre la cosa ajena, puede replicarse, con éxito, que él no es sino uno más entre todos los integrantes de la comunidad que deben respetarlos. En el aspecto pasivo, el titular del dominio gravado asume «n deber de abstención similar al de los otros componentes de la comunidad, que perdurará aunque cese esa titularidad. Si por su peculiar situación está más expuesto a soportar o violar el derecho real sobre cosa ajena, ello obedece a una valoración extrajurídica, más propia del •orden moral o psicológico.

En este orden de ideas, Freitas, en la nota al art. 868 <7el Esbozo, advierte: "La posición en que el poseedor de una cosa se halla para con el titular de un derecho real sobre esa cosa, como por ejemplo, en el caso de la servidumbre o de hipoteca de bienes existentes en poder de am tercero, es la misma posición de cualquiera otra per-■sona a quien se prohíbe impedir el ejercicio de los dere--chos reales y no constituye por tanto la posición de un •deudor. La posición de deudor en relación a los derechos reales no puede manifestarse sino cuando éstos son violados...". ¹⁰¹

^{9U} Op. y loe. cit. en nota 97.

¹⁰⁰ Op. y loe. cit. en nota 96.

¹⁰¹ Comp. Bibiloni, Antonio J., "Reforma del Código civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni", t. II, Buenos Aires, 1929: "...El derecho Teal se ejerce directamente sin pasar por el intermedio de una prestación. •Cuando se le viola impidiendo su libre ejercicio, nace un derecho especial -a exigir su restablecimiento semejante al personal, porque no existe sino •contra el autor de la violación. Pero es un motivo, un título, una pretensión s. exigir la protección del Estado, por vía de acción. No es un crédito".

La afirmación de que en el derecho de dominio el sujeto pasivo determinado es su anterior titular, es inadmisibile. Vélez, en la nota al art. 497 del Código Civil, transcribe un significativo párrafo de Marcadé: "Cuando me habéis vendido vuestra casa, estáis obligado a no molestarme en el goce del inmueble: pero esto no es una ■obligación de no hacer, pues no os priváis de ningún derecho. Esta necesidad nada tiene que os sea personal: ella es común a todos; es para vos, como para los otros, la consecuencia y correlación de mi derecho real existente "erga ■omnes". Esta necesidad general y común a todos, que corresponde a un derecho real, forma un deber que cada uno está sin duda en el caso de respetar, como una obligación personal, mas no constituye una obligación".

Legón procura defender el aserto de ver el sujeto pasivo determinado en el anterior titular de la propiedad, invocando la garantía de evicción, "como último apéndice perceptible".¹⁰² Pierde de vista, que esa garantía no atañe en nada ai derecho real y sólo es una consecuencia del acto jurídico que origina la trasmisión; se trata de una relación jurídica independiente del derecho real y de carácter creditorio. Más aún, la garantía de evicción juega cuando el derecho real no fue en realidad trasmitido.

La opinión de Atard, respecto a que los sujetos pasivos del derecho de dominio son quienes tienen mayor proximidad física con el objeto sobre el que recae, es rebatible, *a fortiori", con las argumentaciones expuestas para cuestionar el sujeto pasivo determinado en los derechos reales sobre la cosa ajena. Es decir, que si el titular de la cosa gravada con otro derecho real no puede catalogarse como un sujeto pasivo más determinado que los restantes, con mayor razón todavía, no podrán serlo los últimos, en virtud de la irrelevante circunstancia de su cercanía física con el objeto del derecho.

102 Op. cit. en nota 97, pág. 68.

CAPÍTULO IV

COMPARACIÓN ANALÍTICA ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES

A) SEMEJANZA Y DIFERENCIAS

Los derechos reales, al igual que los personales o creditorios, son por su contenido económico, derechos patrimoniales; frente a esta semejanza, son numerosas las diferencias que los separan.

19) *Esencia:*

El derecho personal o creditorio consiste en la facultad de exigir a otro el cumplimiento de una prestación. El derecho real se configura en su esencia como un poder jurídico, es decir, como un complejo de facultades.

29) *Objeto:*

El objeto del derecho personal es la persona del deudor traducida en una determinada conducta que éste debe observar en beneficio del acreedor, o sea una prestación (dar, hacer, no hacer). El objeto de los derechos reales son las cosas.^{103 bis}

¹⁰² bis Sin una cosa que le sirva de objeto inmediato, no puede configurarse el derecho real; por tanto, entendemos que no importa derecho real alguno, el caso descrito por los arts. 2958 y 2967 del Código civil. Según estas normas, "el que tiene el uso de los frutos de un fundo, tiene derecho

3º) *Elementos:*

Se suele construir el concepto del derecho personal con tres elementos: el sujeto activo (acreedor), el sujeto pasivo (deudor), y el objeto (prestación), y el concepto del derecho real con tan sólo dos elementos: el sujeto (titular del derecho¹⁰³) y el objeto (cosa).

49) *Inmediatez:*

En el derecho personal el beneficio (prestación) es alcanzado por el acreedor a través de la persona del deudor. En el derecho real, la utilidad es obtenida por el titular del derecho directamente de la cosa sin necesidad de que intermedie persona alguna.^m

a usar de todos los frutos naturales que produzca. Pero si los frutos provienen del trabajo del propietario o usufructuario, sólo tiene derecho a usar de los frutos pagados que sean todos los costos para producirlos... 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". En la línea de ideas que sostenemos, el Código de Louisiana, en el primer apartado de su artículo 629, inexplicablemente omitido en las citas de Vélez, expresa: "El que tiene el uso de los frutos de un fundo no puede ir sobre este fundo al efecto de usar de su derecho y menos aún morar en él si no le ha sido acordado un derecho de habitación sobre ese fundo; *tiene solamente una acción contra el propietario para exigir de él los frutos que le son necesarios para sus necesidades diarias y las de su familia*".

¹⁰³ Así se expresa con precisión terminológica Roguin en op. cit. en segundo término en nota 16, n.º 1052, pág. 796, desde que al no existir sujeto pasivo no cubría un sujeto activo.

¹⁰⁴ Huc, Théopliile, "Commentaire théorique et pratique du Code Civil", París, 1893, tomo cuarto, n.º 2, pág. 6: "Estas relaciones entre la persona y la cosa pueden ser inmediatas o mediatas. La relación es inmediata cuando el sujeto afirma directamente su derecho sobre la cosa, sin que exista un intermediario entre él y esta cosa: este campo es mío. Las relaciones de esta naturaleza constituyen lo que se llama un derecho *real*; ... La relación es mediata, cuando el sujeto investido que se llama *acreedor* no puede afirmar directamente su derecho sobre la cosa porque existe un intermediario entre él y esta cosa, intermediario que es siempre otra persona que se llama *deudor*; ej.: un caballo me es debido por Pablo." Barbero, Doménico, "Sistema del derecho privado", t. II, traducción de la sexta edición italiana (1962), Buenos Aires, 1967, n.º 465, pág. 208: "a) ...frente al propietario de un inmueble... no hay particulares obligados a hacerle

5º) *Régimen legal:*

En el derecho personal rige el principio de la autonomía de la voluntad en la creación y vida de las relaciones jurídicas, sólo limitado por el orden público, la moral y las buenas costumbres. En el derecho real, por oposición, impera en todo su régimen (creación y organización), el principio del orden público y en mínima parte la autonomía de la voluntad, (infra Capítulo VI).

6*?) *Número:*

Como consecuencia de su distinto régimen legal, el número de los derechos personales es ilimitado; en cambio, el de los derechos reales no sólo está circunscripto a los que autoriza la ley, sino que además ésta los organiza en número muy reducido, (infra Capítulo VI).

7º) *Adquisición:*

En nuestro sistema inspirado en el romano, en tanto los derechos personales nacen de alguna de las causas o fuentes previstas por la ley, los reales requieren un modo suficiente, inclusive en los supuestos en que aquellas causas son el título suficiente para la adquisición.

8º) *O potabilidad:*

El derecho personal puede hacerse valer contra obligados determinados (relativo); por el contrario, el

conseguir las ventajas de la propiedad, sino que todos están obligados a no impedirle que consiga él tales ventajas mediante el goce por hecho propio del inmueble. El titular del crédito, en cambio, no puede recabar por sí la utilidad garantizada, sino que no puede menos que aguardarla de la prestación del deudor... frente a él, surge, por tanto, el "deudor"... específicamente obligado a hacerle conseguir precisamente aquella utilidad. La satisfacción del interés implicado en el "crédito" depende así del deudor mediante la prestación, b) Sigúese de aquí que en la relación real campea, según dijimos, la figura del *ius* (el "derecho", el *agere licere*); en la relación creditoria campea, en cambio, la *obligatio*, el "deber", el *deberé*'.

real es oponible a todos los integrantes de la sociedad (absoluto, "erga omnes").

9?) *Publicidad:*

El derecho personal por su carácter relativo no ha menester de una exigencia de publicidad. El derecho real, como consecuencia de su oponibilidad "erga omnes", aún contra terceros interesados, presupone su conocimiento por esos terceros, de ahí el requisito de la publicidad.

10^o) *Ejercicio:*

Los derechos personales son extraños en cuanto a su ejercicio a la idea de posesión, que es en cambio el medio natural para ejercitar la mayoría de los derechos reales. (infra Capítulo X, apartado 17").

11^o) *Prescripción:*

Mientras los derechos personales se pierden por la prescripción (extintiva o liberatoria), los reales se adquieren por ella (prescripción adquisitiva o usucapión) —con excepción de los de garantía—. La usucapión no es posible en los derechos personales, porque no se ejercen por la posesión. La prescripción liberatoria extingue la acción y transforma la obligación civil en una obligación natural (art. 515 Cód. Civil).^{10%}

12") *Permanencia:*

Los derechos personales se agotan con su ejercicio: el derecho desaparece cuando el acreedor obtiene el beneficio que aquél comporta (cumplimiento de la prestación) . Los derechos reales, ya perpetuos, ya temporarios, suponen para la obtención del beneficio una situación de permanencia en el tiempo.

10» Alterini, Jorge Horacio, "Prescri|xión", Enciclopedia Jurídica Ornaba, t. XXII, pái.: 878 y sges.

13^) *Duración:*

Los derechos personales son siempre temporales; los reales pueden ser temporales o perpetuos (infra Capítulo X, apartado 10?).

14?) *Exclusividad:*

Los derechos personales admiten la concurrencia de sujetos activos y/o pasivos (pluralidad de acreedores y/o deudores). En los derechos reales la concurrencia de titulares es compatible solamente con los de garantía y las servidumbres; para el dominio y para el usufructo rige la exclusividad; en el uso y la habitación juegan, o bien la concurrencia, o bien la exclusividad, (infra Capítulo X. apartado 9«?).^{10o}

15?) *Inherencia:*

En los derechos personales, tratándose de obligaciones de dar cosas, aún ciertas, no se establece con ellas inherencia alguna, desde que éstas son únicamente los objetos mediatos. En el real, el derecho es inherente a las cosas y se adhiere a ellas, por ser su objeto inmediato.¹¹⁷

¹⁰⁸ Tuhr, Andreas Von, "Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán", traducción del alemán por Tito Ravá, Buenos Aires, 1946, vol. 1, 1. "Los derechos subjetivos y el patrimonio", parágrafo 11, pág. 255, -expresa: "A veces, los derechos absolutos se designan como derechos de exclusión y, por lo general, el señorío que otorgan tiene tal carácter, especialmente en la propiedad. Pero la calidad aludida no es esencial; por ejemplo, las servidumbres inmobiliarias otorgan al titular el uso de la cosa junto con el uso igual del propietario, o de otra persona. Lo que importa es que el poder jurídico no existe sólo frente a una persona determinada, -como en el crédito, sino respecto a todo tercero". Ver también Barbero, op. cit. en nota 104, parágrafo 467, pág. 212.

¹⁰⁷ Barassi, Ludovico, "Instituciones de derecho civil", traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo, Barcelona, 1955, vol. I, n.º 37, -Pág. 113: "El derecho real es un señorío inmediato sobre la cosa, un gravamen inherente a la misma, y subsiste quienquiera que sea el propietario... En virtud de esta inherencia los derechos reales de contenido limitado perduran sobre la cosa, independientemente de la suerte que siga la propiedad de la misma; incluso cuando la cosa (mueble) pase a ser nullius".

16^) "/t« *persequendi*":

En virtud de lo expuesto sobre la inherencia, el derecho personal normalmente carece de "ius persequendi",. o sea de la facultad de perseguir la cosa (objeto de su derecho) cuando se encuentra en poder de un tercero. De resultas de esa inherencia, el derecho real tiene al "ius. persequendi" como una de sus ventajas típicas, que faculta al titular para seguir la cosa y reclamarla de cualquiera que la tenga en su poder.

17*?) "*Ius preferendi*":

Cuando los derechos personales procuran hacerse efectivos en las ejecuciones colectivas, siguen la "ley del concurso", es decir, que si los bienes del deudor no alcanzan para satisfacer todos los créditos, se distribuyen a prorrata (en proporción a sus montos) entre los distintos acreedores, salvo que sean créditos privilegiados, preferencia excepcional que no guarda relación alguna con la fecha del crédito (el crédito anterior no tiene preferencia sobre el posterior). En los derechos reales el "ius preferendi" constituye la otra ventaja típica derivada de la inherencia, y se traduce fielmente con la máxima romana "prior in tempore potior in jure" (primero en el tiempo,. más fuerte en el derecho). El "ius preferendi" es independiente de los privilegios, y nada tiene que ver con ellos, ni con la circunstancia de que algunos derechos reales (hipoteca y prenda) los otorguen

Para comprender acabadamente el sentido del "ius. preferendi", como reflejo de la máxima romana aludida, es útil recurrir a la ejemplificación. Constituido un usufructo sobre una cosa, su titular podría hacer valer la mayor fuerza de su derecho frente a otro usufructo posterior al suyo, lo que sería factible si un propietario despoja aL usufructuario de la cosa y constituye un nuevo usufructo.

18⁹) *Divisibilidad hereditaria:*

Ante el fallecimiento del acreedor o del deudor, los -créditos o débitos se dividen de pleno derecho entre los herederos en proporción a sus partes hereditarias (arts. 3485, 3490 y concordantes del Cód. Civil).

En los derechos reales que no se extinguen con la muerte de sus titulares, los herederos quedan en una comunidad hereditaria, es decir en un estado de indivisión.^{ie8}

La diferencia entre ambas clases de derechos, resulta más notable en los derechos reales de garantía, pues ellos continúan en su carácter de indivisibles, a pesar de la división de los créditos que garantizan (arts. 682, 3112 y sü nota, 3188, 3233, 3245, etc., del Cód. Civil).

19*?) *Extinción:*

Los derechos personales no se extinguen aunque desaparezcan todos los bienes del deudor. Los derechos reales se extinguen con la pérdida de la cosa (arts. 2604, 3051, etc. del Cód. Civil). La renuncia, que en los derechos personales funciona como causal *ds* extinción, adquiere en los reales la diferente modalidad del abandono.

20*?) *Contenido jurídico-económico:*

Los derechos personales implican una utilización de servicios (del deudor), los reales un aprovechamiento de la riqueza (de las cosas).

21⁹) *Competencia:*

En las acciones derivadas de los derechos personales, la competencia se determina por el "lugar en que deba cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del

¹⁰⁸ Según Huc, op. cit. en nota 104, iv? 3, pág. 7, los derechos reales pasan a los herederos de una manera indivisa; la muerte del acreedor origina una partición de pleno derecho de los créditos en cabeza de cada uno de sus herederos (ello se remonta al derecho de las XII Tablas).

actor el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación" (art. 5, inc. 3^o?, del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación); y tratándose de delitos o cuasidelitos, "el del lugar del hecho o el del domicilio del demanaado, .a elección del actor" (inc. 4^o?).

En las acciones que protegen los derechos reales, la competencia se establece para los inmuebles por "el lugar donde está situada la cosa litigiosa... la misma regla regirá respecto de las acciones posesorias, interdictos, restricciones y límites del dominio, medianería, declarativa de la prescripción adquisitiva, mensura y deslinde y división de condominio" (inc. 1^o). Si las acciones reales atañen a los muebles, es juez competente "el del lugar en que se encuentren o el del domicilio del demandado, a elección del actor..." (inc. 2^o).

22?) *Ley aplicable:*

Los *derechos personales* derivados de los actos jurídicos, se rigen por la ley del lugar de celebración (arts. 8 1^a parte y 1205 del Cód. Civil), pero los que deben ser ejecutados fuera de dicho lugar, "serán juzgados en cuanto-a su validez, naturaleza y obligaciones" por las leyes del lugar donde deben cumplirse (arts. 1209, 1210, art. 33 del Tratado de Montevideo de 1889, art. 37 del Tratado de Montevideo de 1940).

En cuanto a la capacidad para esos actos jurídicos, la Jlamada de hecho, es normada por la ley del domicilio de las partes (arts. 6, 7, 948) y la denominada de derecho, por la ley territorial respectiva (arts. 9, 949). En los Tratados de Montevideo, se aplica para ambos supuestos la ley del domicilio (art. 1«?) .

La forma de los actos jurídicos se determina por la ley del lugar de celebración (arts. 12, 950, 1180). que es

también el criterio del art. 36 del Tratado de Montevideo de 1940, mientras que el de 1889 (art. 32) remite a la ley del lugar de cumplimiento la decisión sobre la necesidad de la forma escrita y la calidad de ella. Lo expuesto no rige plenamente cuando las formas atañen al derecho real sobre inmuebles, según veremos a continuación.

En el ámbito de los *derechos reales*, cabe distinguir el régimen de las cosas según su calidad inmobiliaria o mobiliaria. Dice el art. 10 del Código Civil para los inmuebles: "Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

No obstante la aparente generalidad de esa norma, debemos precisar sus verdaderos alcances. El art. 10 aplica, sin lugar a dudas, la "*lex rei sitae*" a la determinación de la calidad inmobiliaria, al régimen legal de los derechos reales sobre inmuebles y a los modos de transferirlos. En lo que respecta a su referencia "a la capacidad de adquirirlos", debe entenderse que este pasaje al igual que la 2ª parte del art. 8º, apunta a la capacidad de derecho, según surge de su correlación con los arts. 9 y 949 del Cód. Civil. Expresa el primero: "Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza como la esclavitud, o las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales"; el segundo preceptúa: "La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código". Quiere decir, que a la capacidad de hecho se le aplica la "*lex domicilii*" en función de los arts. 6, 7 y 949, antes citados.

En lo que hace a la alusión a "las solemnidades que deben acompañar esos actos" —los que tienen por objeto la adquisición o transferencia de derechos reales sobre inmuebles— debe interpretarse en concordancia con el art. 1211 del Código Civil. Este artículo indica: "Los contratos hechos en el país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente". Si bien la forma del acto se rige por la "lex loci celebrationis", el Código Civil impone como solemnidad mínima el instrumento público, sin exigir, según lo explica Veiz en la nota a ese artículo, la escritura pública (art. 1184 inc. 19).

Por último, cuando el art. 10 refiere como conclusión que el título a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República, no emplea el vocablo título, ni con el sentido de acto jurídico (causa o fuente), ni como instrumento (forma), sino como titularidad del derecho real de que se trate. Esta interpretación es abonada por el antes transcrito art. 1211, en tanto reconoce en su primera parte la aplicabilidad del principio "locus regit actum" para los contratos hechos en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en nuestro país; claro está, con la limitación enunciada en cuanto a la forma.

El esquema interpretativo expuesto en torno al artículo 10 del Cód. Civil sobre los inmuebles, concuerda en gran medida con ambos Tratados de Montevideo (artículos 26 y 32, respectivamente), que adoptan la "lex

fio

rei sitae", "en cuanto a su calidad, a suposición, a su «najenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles". Advuértase, en cambio, que la capacidad —aún la de derecho—es regida por la "lex domicilii" (art. 1<?).

En lo atinente a las cosas muebles, la ley aplicable es contemplada por el art. 11 del Cód. Civil, que preceptúa: "Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de trasportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño".

Ese artículo distingue el régimen legal de las cosas muebles en función de su permanencia, o no, en el lugar en que se encuentren. Para los muebles de situación permanente, se declara aplicable la "lex rei sitae", es decir, la misma que para los inmuebles. Es sabido que determinadas cosas muebles se convierten en inmuebles por vía de la accesión, que puede ser física (art. 2315), o moral (arts. 2316, 2320, 2321), y es obvio que en tales cosas juega la ley de la situación. El problema se plantea en torno de la posible vigencia del art. 11 para cosas muebles que no advengan como inmuebles por medio de la accesión, no obstante su permanencia. Así, el art. 2322 se ocupa de cosas muebles que "aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario". Es dable ejemplificar con el instrumental de un profesional o artesano adherido físicamente a un inmueble.

Para los muebles que no tienen situación permanente, rige la "lex domicilii" (ley del domicilio del due-

ño) en razón de ser cosas "sin asiento fijo susceptibles de una circulación rápida, de fácil deterioro, consumibles algunas veces al primer uso, consistiendo otras, en género y no en especie, determinándose por cantidades abstractas, y pudiendo ser legalmente sustituidas por otras homogéneas que prestan las mismas funciones..." (nota al art. 11, que se corresponde con la Introducción a la Consolidación, de Freitas).

En materia de cosas muebles, los Tratados de Montevideo establecen igual régimen ("Itx rei sitae") cualquiera fuese el carácter de esas cosas. En los arts. 26 y 32, antes transcritos, se incluyen los inmuebles y los muebles en la genérica referencia a "los bienes, cualquiera que sea su naturaleza".

B) RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

Entre los derechos personales y reales, aparte de la semejanza y las diferencias enunciadas, se aprecian algunas relaciones o vinculaciones,¹⁰⁹ de las cuales expondremos las más relevantes. Muchas veces el derecho personal se convierte en el camino para llegar al derecho real, por ejemplo, el contrato de compra y venta que genera derechos personales (obligaciones de entregar la cosa vendida y de pagar su precio), es al mismo tiempo uno de los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho real (título suficiente). Cuando el deudor de la obligación de entrega, cumple su prestación (tradición de la cosa), queda satisfecho el otro requisito impuesto por la ley para la constitución del derecho real (modo suficiente).

En ciertos derechos reales, como los de garantía, el derecho personal es camino obligado para alcanzar el de-

109 Ver Wieland, C, "Les droits réels dans le Code Civil suisse", traducción francesa de L. Guillouard, París, 1913, t. I, n° 1, pág. 3; Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique, "Manual de derechos reales", Buenos Aires, 1962, págs. 10/11.

recho real, pues el Código Civil no los admite con otra fuente que la convencional.

Determinada categoría de derechos reales cumple una función accesoria de derechos personales; aludimos a los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis).

En lo que respecta a la prenda y al anticresis, como su fuente es un contrato real, el derecho real nace con la conclusión del contrato, es decir, con la entrega de la •cosa (art. 1141 del Código Civil).

CAPÍTULO V

ALGUNAS DE LAS PRETENDIDAS SITUACIONES INTERMEDIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES

A) DERECHOS REALES "IN FACIENDO" ««.

Como vimos con anterioridad (supra Capítulo 111, A), el *concepto* clásico del derecho real de raíz romanista, íue estructurado como un señorío ejercido directamente sobre una cosa, por contraposición a los derechos personales, que significan la facultad de exigir a persona determinada el cumplimiento de una prestación.

El derecho real inviste del poder para obtener directamente de una cosa todas o algunas de sus utilidades. El personal faculta a requerir que otro haga (reclamar al deudor el cumplimiento de la prestación). Con ese punto de partida, la expresión "derechos reales in faciendo" es *XLTI* contrasentido, porque a través de él se admitiría un derecho real con el contenido de un derecho personal: es indudable la contradicción terminológica que encierra.

¹⁰ Admiten su existencia, entre otros, Fadda, Carlos, y Bensa, Pablo Emilio, en sus notas a "Diritto delle pandette", de Bernardo Windscheid, Turín, 1930, vol. Cuarto, pág. 102 y sgtes.; Rigaud, op. cit. en nota 38, pág. "70 y sgtes.; Ginossard, op. cit. en nota 71, pág. 152 y sgtes. Comp.: Laquis. Manuel Antonio, "Sobre una nueva clasificación de los derechos patrimoniales", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1966, II, págs. 239/252.

Los romanos sentaron la imposibilidad de la incoherencia apuntada con la máxima "servitus in faciendo consistere nequit", o sea, que la servidumbre (derecho real) no puede consistir en un hacer (que el propietario del fundo dominante pueda exigir al propietario del fundo» sirviente).

Ese principio romano debió ser formulado en tiempos en que además del dominio, el único derecho real lo constituían las servidumbres, pero puede y debe generalizarse a la totalidad de los derechos reales, y en tal línea de ideas la máxima es la siguiente: "El derecho real no-puede consistir nunca en que alguien haga algo en beneficio de su titular".

La postura romanista se disloca cuando se examina el régimen feudal de los derechos reales, que al desdibujar la distinción derechos reales y personales, no encuentra inconveniente en admitir que ciertos derechos reales impongan en el lado pasivo prestaciones positivas ("in faciendo") . Esas prestaciones consistían en ese sistema tanto en el pago de una suma de dinero, en la entrega en especie y hasta en la prestación de servicios personales. Ese régimen se explica por el sistema propio del feudalismo, en que lo político, lo social, lo económico y lo jurídico aparecen estrechamente compenetrados. La desintegración del poder del estado con el consiguiente parcelamiento de la soberanía, que fue compartida entre numerosos señores feudales", derivó en la multiplicidad de los derechos reales, que se agigantó por la circunstancia de que los "vasallos" de esos "señores" eran a su vez "señores de otros "vasallos" y así sucesivamente hasta llegar al último estamento en el que se hallaban los "siervos de la gleba (tierra) ".

Las prestaciones positivas referidas eran verdaderas cargas que pesaban sobre el vasallo, que las soportaba como contenido del derecho del que gozaban los señores

m

a quienes beneficiaban. Ese ambiente con múltiples derechos reales, los exhibía en mayoría con rasgos "in ta-ciendo".

El art. 497 del Cód. Civil encaja en el esquema romanista, cuando afirma: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales". Sin perjuicio de otras connotaciones, es evidente que este precepto exterioriza en su primera parte el contenido de todo derecho personal ("obligación personal") y en la segunda descarta con energía que ese contenido pueda serlo también del derecho real ("No hay obligación"). Del contexto de la nota de Vélez a ese artículo surge que ni siquiera la llamada ^ obligación universal puede integrar el contenido del derecho real; *con* mayor razón todavía ese contenido no podrá quedar configurado con la obligación de una persona determinada, y menos aún si la obligación no es pasiva (abstención) sino positiva (hacer, "in faciendo").

El principio antes enunciado ("servitus in faciendo consistere nequit") fue consagrado por Vélez en el art. 3010: "No pueden establecerse servidumbres que consistan en cualquier obligación de hacer, aunque sea temporaria, y para utilidad de un inmueble. La eme así se constituya, valdrá como simple obligación para el deudor y sus herederos, sin afectar a las heredades ni pasar con ellas a los poseedores de los inmuebles". La consecuencia de Vélez con aquel postulado es mayor aún que la del propio derecho romano, pues apartándose de éste ni siquiera admitió para el caso excepcional de la "servitus oneris ferendi" que los trabajos necesarios para la conservación de la servidumbre estuviesen a cargo del fundo sirviente. Así lo decide el art. 3022 del Código Civil: "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 la servidumbre;

mas los gastos son de su cuenta, aún 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 la servidumbre de sufrir la carga de un muro o edificio como todas las demás*".¹¹¹ El art. 3042 con alcance general para todas las servidumbres, y el artículo 3023, en su primera parte, también genérica, y en la segunda con referencia específica a la servidumbre de soportar la carga ("oneris ferendi"), reconocen la posibilidad de que por convención el propietario del fundo sirviente se obligue a hacer las obras o gastos para el ejercicio o conservación de la servidumbre. En ese caso y al igual que en el art. 3000, la obligación sólo afectará a quien la contrajo y a sus herederos y no a la heredad sirviente, pero el obligado podrá liberarse mediante el abandono. "²

Todo lo expuesto nos lleva a desechar en nuestro derecho la posibilidad de una presunta categoría intermedia entre los derechos reales y personales, en cuya virtud el titular de un singular derecho real estaría facultado para pretender una actitud "in faciendo" de la persona que aparezca ligada por su relación con la cosa.

B) "IUS AD REM"

La denominación "ius ad rem" Darece haber nacido en el derecho canónico durante el siglo XIII a influjo

¹¹¹ Ver nota al art. 3022 y autores que cita.

¹¹² Dice el art. 3042: "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 sólo afectará a él y a sus herederos, y no al que sea poseedor de la heredad sirviente". Según el art. 3023: "Se puede sin embargo estipular que los gastos para la conservación de la servidumbre sean a cargo de la heredad sirviente. En tal caso, el propietario del muro sirviente puede libertarse de ellos, abandonando el fundo al propietario del edificio dominante". Comp. la opinión del texto con la de Allende, Guillermo L., *Las obligaciones de hacer y las servidumbres*", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1969-IV, pág. 63 y sgtes.

del canonista Sinibaldo dei Fieschi, que ocupara el sillón pontificio bajo el nombre de Inocencio IV. En dicho derecho, a la dignidad de obispo iba unido un conjunto de bienes que posibilitaba el desempeño de su gestión a través de sus rentas, sobre los cuales ejercía un "ius in re" (derecho real), si bien peculiar. Ese derecho real nacía con la investidura que le brindaba la colación, porque recién entonces adquiriría la posesión de los bienes; pero esa colación no era inmediata a la designación del prelado. Durante el lapso que transcurría entre la elección del obispo y la colación, tenía sobre los bienes una suerte de expectativa de derecho, que protegía una acción personal. Ese derecho potencial a los beneficios que recién se obtendrían con la colación, se designó como "ius ad rem" (derecho a la cosa).

La idea del "ius ad rem" habría sido aplicada también en el derecho feudal para aludir a la situación jurídica del vasallo a quien se le había otorgado la investidura formal o simbólica, pero que no tenía la posesión efectiva de los bienes del feudo. Con la efectividad de la posesión aparecía el "ius in re" (derecho real); hasta entonces sólo existía un "ius ad rem" (derecho a la cosa).ⁿ³

Rigaud advierte en el derecho de las costumbres francesas de los siglos XIV y XV la alusión al "ius ad rem", para referirse al usufructo, por oposición a la propiedad, considerada como "ius in re".^{1U}

Con un criterio terminológico de antigua data, para muchos considerado como equívoco pero que otros mantienen, el "ius ad rem" se emplea para hacer referencia al derecho personal, contrapuesto al real.

¹¹⁹ Ver Rigaud, op. cit. en nota 38, pág. 65 y sgtes.; Castán Tobeñas, José, "Derecho civil español común y toral", novena edición, tomo segundo, Madrid, 1957, págs. 31 y 32.

¹¹⁴ Op. cit. en nota 38, pág. 70.

Más precisión refleja el "ius ad rem" cuando apunta al derecho personal en el supuesto de las obligaciones de dar. Es más admisible llamar derecho a la cosa al que se tiene con relación a ella contra la persona que se obligó a dársela y hablar de "ius in re" frente al que se tiene sobre la cosa después de su entrega (tradicción constitutiva de derechos reales).^m

Es más reciente la concepción de quienes como Atard, significan que el "ius ad rem" es útil para explicar situaciones intermedias entre el derecho real y el personal, donde encuentran una suerte de "vocaciones al derecho real".ⁿ¹ Esa tesis sólo tiene sentido en los regímenes jurídicos en que juega la teoría del título y del modo en la transmisión y constitución de derechos reales, pero no en aquellos en los cuales basta para esos actos el mero consentimiento (sistema francés).

La necesidad de título y de modo como requisitos para la transmisión y constitución de derechos reales, permite hablar de un "tránsito del derecho personal al derecho real". Durante ese "tránsito" y hasta el nacimiento del derecho real, hay una "expectativa", una "vocación", que si es asegurada mediante la anotación preventiva en el registro (anotación de litis, embargo), da cierto asidero a la doctrina expuesta.

Entendemos que las distintas orientaciones que se han construido en derredor del "ius ad rem", no permiten inferir la existencia de una categoría intermedia entre las clásicas de los derechos reales y personales. Parece justificado el empleo de esa expresión para connotar al derecho personal cuya prestación consiste en dar una cosa, máxime si ese crédito exhibe características tales que au-

¹¹⁵ Ver Alterini, Jorge Horacio, "¿Derechos reales o personales? Casos dudosos", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1963, I-IV, pág. 216. ¹¹⁰ Ver Castán Tobeñas, op. cit. en nota 113, pág. 32 y sgtes.

toricen a pensar que se llegará seguramente al derecho Teal. Además de los ejemplos mencionados sobre las anotaciones preventivas, ese "ius ad rem" se verificará en .situaciones análogas a las previstas por los arts. 1185 bis y 2355 "in fine" del Código Civil."⁷

^{nT} Conf. Catti y Alterini, "Prehorizontalidad y boleto de compraventa", Buenos Aires, 1973, pág. 44.

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN LEGAL DE LOS DERECHOS REALES

A) INCIDENCIA DEL ORDEN PUBLICO

La importancia política, económica y social de los derechos reales determina que su régimen esté presidido por la noción del orden público.

Dice Vélez: "El usufructo no es una cosa de pura convención: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles..." (nota al art. 2825). "Los actos y contratos particulares no podrán derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares..." (nota al art. 2828). La incidencia del orden público en los derechos reales los ubica institucio-nalmente entre los de familia y los personales. Los derechos de familia están organizados en integridad con miras a intereses colocados por encima de los individuos que comprende; en los derechos personales gobierna el principio de la autonomía de la voluntad, limitado por las pautas del orden público y de la moral y las buenas costumbres. En los derechos reales la incidencia del orden

público adquiere relevancia principal y la autorregulación de los intereses es excepcional.

La presencia del orden público es dominante en los -derechos reales, pero no exclusiva. Entendemos que son -exclusivamente de orden público las normas que hacen -a la esencia del derecho real, que llamaremos estatutarias: -encuadran aquí las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales y los alcances de su contenido (esencia) . Las normas reglamentarias atinentes a los derechos reales no son de orden público.

En ese orden de ideas, Allende sostiene que las normas que rigen los derechos reales son "substancialmente" <ie orden público,¹¹⁸ con lo que apunta a la idea de que son en general y no en su totalidad de ese carácter. Moli-nario, con distinto criterio, significa que los derechos reales son "creados y organizados exclusivamente por la ley" y que la "regulación total de los derechos reales es de -orden público".¹¹⁹ Esta última opinión sólo sería comparable en tanto las denominadas normas creadoras, organizadoras y reguladoras, se correspondiesen con las que designamos como estatutarias.

Es reflejo de la invocada incidencia del orden públi--co el art. 2502 del Código Civil: "Los derechos reales -sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros dere-•chos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". De este artículo se deriva -con evidencia que el orden público gravita en forma ex-

¹¹⁸ Allende, Guillermo, "Panorama de derechos reales", Buenos Aires. 1965, págs. 19 y 69 y sgtes.

¹¹⁹ "La enseñanza de los derechos reales que integran el derecho -civil", separata de los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales •de la Universidad Nacional de La Plata, t. XVIII, La Plata, 1959, págs 27/28, y su nota 44.

cluyente en la determinación de cuáles son los derechos reales ("Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley"), y en la configuración de su esencia o contenido, desde que los particulares ni siquiera pueden modificar los derechos reales admitidos por la ley (2ª parte).

Trascienden de la vigencia necesaria del orden público los preceptos reguladores de los derechos reales con carácter meramente reglamentario, de aplicabilidad supletoria. Si se trata de normas reglamentarias, la voluntad de los particulares podrá prescindir de ellas. Así, el artículo 2669 en materia de dominio revocable, después de formular el principio general de que la revocación opera con efecto retroactivo al día de la adquisición de ese dominio, expresa que ello ocurrirá si no existe disposición expresa en contrario en la ley "o en los actos jurídicos que la establecieron" —la revocación—. El art. 2672 insiste en esa solución al referirse al supuesto en que la revocación carece de retroactividad "por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable". La obligación impuesta por el artículo 2851 al futuro usufructuario de dar fianza, "puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo", según expresa en su parte final. En ese mismo derecho real, el art. 2862, después de establecer que "los derechos y las obligaciones del usufructuario son los mismos, sea que el usufructo venga de la ley o que haya sido establecido de otra manera, salvo las excepciones resultantes de la ley", agrega: "o de la convención". Es decir, que los particulares pueden ordenar los derechos y obligaciones del usufructuario —y también del nudo propietario— en términos diferentes a los previstos por la ley, en tanto no se afecte el ámbito estatutario de ese derecho real. La convención, o en su caso la disposición de última voluntad (art. 2812, inc. 2^o), pueden modificar la reglamentación supletoria del derecho de usufructo.

Ese esquema del usufructo rige también en principio para el uso y la habitación en virtud de lo dispuesto por el art. 2952 del Código Civil: el uso y el derecho de habitación son regidos en primer lugar "por los títulos que los han constituido" y sólo en su defecto "por las disposiciones siguientes" (arts. 2953 y sgtes.).

Para las servidumbres, el art. 3019 preceptúa que su extensión se arreglará "por los términos del título de su origen" y en su defecto "por las disposiciones siguientes" (arts. 3020 y sgtes.).

En la prenda, el titular del derecho real —acreedor prendario— no puede servirse de la cosa (art. 3226 "in principium" y su derecho se limita en principio a retenerla hasta ser pagado de la deuda (art. 3228); sin embargo, es factible que el deudor consienta que el acreedor use la cosa prendada (art. 3226 "in fine").

En la anticresis, la compensación de los frutos con los intereses corresponde "si nada hay convenido entre las partes" (art. 3247).

Los derechos reales de garantía legislados por el Código Civil exhiben un ejemplo elocuente de la existencia paralela de normas de orden público —estatutarias— y preceptos supletorios —reglamentarios—. Ciertos pactos

¹²⁰ Dice la segunda parte del art. 3169: "El abandono del tercer poseedor no autoriza a los acreedores para apropiarse el inmueble o conservarlo en su poder, y su derecho respecto de él se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio". Según el art. 3222: "Es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título. Es igualmente nula la cláusula que prive al acreedor solicitar la venta de la cosa". Por el art. 3252: "Es de ningún valor toda cláusula que autorice al acreedor a tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare a su vencimiento; como también toda cláusula que lo hiciera propietario del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes o de oficio". Giha, Negib, "Le pacte commi-soire", Ginebra, 1947, y Gatti, "Derechos reales de garantía legislados en el código", Lecciones y Ensayos, n° 30, pág. 44 (en apartado XV).

están prohibidos (arg. art. 3169, 2* parte; arts. 3222 y 3252),¹²⁰ otros, permitidos (arts. 3223 y 3253).¹²¹ La incidencia del orden público es a veces tan fuerte que puede provocar una substitución del objeto del derecho real.¹²³

B) CREACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. "NUMERUS CLAUSUS"

Hemos visto que la existencia y contenido de los derechos reales están gobernados exclusivamente por el orden público y que es aplicación de ese principio el artículo 2502 del Código Civil, que también contempla la actitud del legislador frente a los actos de quienes pretendan crear derechos reales no admitidos o modificar los permitidos.

Cuando el art. 2502 norma en su primera parte: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley", adopta el sistema denominado del "numerus clausus" (número cerrado), por oposición al del "numerus apertus" (número abierto). Esa disposición de Vélez aparece como inspirada por Demolombe y por el derecho romano, a quienes cita en la nota.¹²³

¹²¹ Dispone el art. 3223: "El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato". Preceptúa el art. 3253: "El deudor puede, sin embargo, vender al acreedor el inmueble dado en anticresis, antes o después del vencimiento de la deuda".

¹²² Ver Louis, Robert, "Le remembrement de la propriété foncière en Lorraine", Nancy, 1936, pág. 101, donde se lee que: según el art. 6 del decreto del 30 de octubre de 1935, los privilegios, hipotecas y todos los otros derechos reales que gravan los inmuebles cedidos en cambio, son transportados de pleno derecho, con las mismas modalidades, sobre los inmuebles recibidos en su lugar por vía de reunificación. Lo mismo ocurre con las acciones reales, así como con los arrendamientos.

¹²³ En la nota al art. 2502, se expresa: "Demolombe, en el tomo IX, desde el *§* 511, sostiene extensamente la resolución del artículo, contra muchos jurisconsultos franceses. El derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente

El derecho romano se pronunció en contra de la creación de derechos reales por los particulares y no reconoció además de la propiedad sino un número reducido. (Ver nota de Vélez).

El derecho feudal dadas las peculiares características que recordamos (supra Capítulo V, A), vio florecer múltiples derechos reales, en especial sobre los inmuebles, en virtud de la posibilidad que beneficiaba al señor de imponer a sus vasallos las más variadas prestaciones (dinero, especie, servicios personales), que se configuraban como derechos reales.

La reacción contra el estado de cosas propio del feudalismo, comenzada antes de la Revolución Francesa (1789), se consolida con ella, al quedar libre la tierra de las cargas que las gravaban. La postura del Código fran-

determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Mas desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España ia constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía derecho para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre ■una misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros, o a la licitación".

cés de 1804, exteriorizada en el art. 543,^m ha sido motivo-de intensa polémica doctrinaria, sobre si adoptó el número-cerrado o, si por el contrario, permite la libre creación-de los derechos reales. De cualquier modo, para la época de la sanción del Código Civil argentino, eran mayoría-los autores contrarios a captar en el Código francés el "numerus clausus", lo que resalta la circunstancia de que Vélez haya adoptado la tesis minoritaria de Demolombe y sus seguidores, luego exitosa.¹²³

El Código español no establece criterio alguno, pero» a tenor de la legislación hipotecaria que permite inscribir tanto los derechos reales regulados especialmente, coma "cualesquiera otros derechos reales", se sostiene que se enrola en el sistema del número abierto.¹²ⁱ Esa orientación legislativa mueve a la resistencia de la doctrina y de la jurisprudencia registral más moderna. '-⁷

¹²⁴ "Se puede tener sobre los bienes, o un derecho de propiedad, o un simple derecho de goce, o solamente pretender servidumbres inmobiliarias" ^

¹²⁵ Ver nota al art. 2502, transcripta en nuestra nota 123. También. josserrand, op. cit. en nota 80, n<> 1337, pág. 20, txuien luego de pronun ciarse en favor del "numerus clausus", agrega: "Ha de observarse, por otra parte, que la ley del 1* de junio de 1924, al poner en vigor la ley francesa fin los departamentos recobrados, decide que "los únicos derechos reales. inmobiliarios son aquellos que prevé la ley francesa" (art. 36, parágr. 2").

¹²⁰ Ver Castán Tobeñas, op. cit. en nota 113, pág. 52 y sptes. y autores. que cita: Contra: Ossorio Morales, Juan, "Las servidumbres personales (Ensayo de sistematización)", 1* edición, Madrid, 1936, pág. 88, expresa que-"aunque desde el punto de vista del derecho constituyente sea preferible y técnicamente más perfecto el sistema del *numerus clausus* —que tácitamente-siguen las legislaciones más progresivas, como son la alemana y la suiza (y de un modo terminante el Código Civil argentino)—, hay que reconocer que nuestro Derecho vigente consagra en esta materia el principio de la autonomía de la voluntad".

¹²⁷ Castán Tobeñas, pág. 54 y sptes. Sin embargo, la tesis del número-abierto cuenta con prestigiosos adeptos; así Albaladejo García, Manuel, "Instituciones de derecho civil. Derecho de cosas", Barcelona, 1964, p. 30: "Ahora-bien, en nuestra opinión, la tesis del *numerus apertus* no sólo hay que aceptarla en nuestro Derecho vigente, sino que es preferible también en abstracto. Y el argumento de que los derechos reales interesan a la comunidad

El Código italiano de 1942, no obstante carecer de norma expresa, no despierta dudas en la doctrina sobre su ubicación dentro del régimen romano del número cerrado, máxime ante la supresión de alguna liberalidad en la organización de los derechos reales que había subsistido ■con el viejo Código de 1865.¹²⁸ Es destacable la adhesión del Código Civil alemán.¹²⁹

Entre los Códigos americanos, deben destacarse el chileno (art. 577, 2ª parte), que data de fecha anterior a la del Código argentino (1855), y el brasileño (art. 674).

El panorama descripto patentiza una marcada tendencia hacia el "numerus clausus", y en todo caso en aquellos países en que llega a admitirse el sistema opuesto. la realidad viva del derecho enseña que los particulares tienen sólo relativa posibilidad de crear otros derechos reales más allá de los tipos moldeados por la ley. Quizás «1 margen de libertad se utilice más bien para modificar -o introducir ciertas particularidades a los derechos reales típicos.^{1W}

y no sólo a los particulares que los establecen, y que por eso su lista no ■debe ser abierta, es argumento que, incluso teniendo cierto peso, no es suficiente para deshancar al sólido apoyo que para el sistema de lista abierta representa el recoger la libertad de cada uno de imponer sobre sus bienes; los derechos que apetecan..."

¹²⁸ Ver Messineo, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", traducción de Santiago Sentís Melendo, t. III, Buenos Aires, 1954, n.º 2, ter. págs. 440 y 441.

¹²⁹ Ver Wolff, Martín, "Derecho de cosas" del Tratado de Derecho ■Civil de Ludwig Enneccerus, Theodor Kip y Martín Wolff, traducido de la -32ª edición alemana y anotado por Blas Pérez González y José Alguer, Bar-■celona, 1951, t. III-1ª, pág. 7; Hedemann, J. W., "Derechos reales", vol. II, versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enrique, Madrid, 1955, pág. 32.

¹³⁰ Comp. Puig Brutau, José, "Fundamentos de derecho civil", t. III (Derecho de cosas), Barcelona, 1953, pág. 32: "Sin duda en nuestro derecho Tiay que considerar que la legislación no dispone los derechos reales en serie -cerrada, pero que la posible creación de nuevos derechos de esta clase tropieza con límites institucionales bastante rigurosos".

SO

C) FUENTES DE LOS DERECHOS REALES

La afirmación del artículo 2502 del Código Civil de que los derechos reales "sólo pueden ser creados por la ley", no significa, desde luego, que la ley sea la única fuente (causa, origen) de los derechos reales. Es imprescindible, por tanto, diferenciar nítidamente los conceptos de "creación" y de "fuentes" de los derechos reales. La fórmula del art. 2502 implica nada más que la imposibilidad jurídica para los particulares de constituir otros derechos reales que los expresamente configurados por la ley.

La fuente de los derechos reales puede ser la voluntad de las partes o la ley; más aún, la ley actúa muy excepcionalmente como causa-fuente de esos derechos: por ejemplo, en el usufructo legal (el de los padres sobre los bienes de sus hijos que estén sobre su patria potestad —arts. 287, 2816 del Cód. Civil), por el contrario, la voluntad de los particulares es la fuente fundamental que origina los derechos reales. Tanto es así que, no obstante que las disposiciones del usufructo se aplican al uso —y a la habitación— en virtud del art. 2949, esa norma en su parte final excluye a la ley como fuente del derecho de uso.

En los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis), la única fuente es la convención¹³¹, que debe ser expresa en la hipoteca (arts. 3115, 3128, 3130 Cód. Civil) y puede ser expresa o tácita en la prenda (arts. 3217, 3218) y en la anticresis (arts. 3240, 1184 inc. 1^o, 3261). Insistimos en que los preceptos de los arts. 3218 y 3261 que contemplan la prenda y la anticresis tácita, tienen como fundamento la voluntad presunta de las partes y no la ley; ^m por lo tanto, creemos que es factible que los contratantes en las oportunidades contempladas por dichos artículos, impidan mediante una declaración que operen los efectos que allí se consagran.

¹³¹Contra: Molinario, op. cit. en nota 119, sus notas 70 y 72 de pág. 38.

Otro ejemplo podría encontrarse en algunos casos de condominio de división forzosa, como el de "accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios" (art. 2710), o el derivado de la confusión de límites (>Tt. 2746). En cambio, no compartimos la inclusión de las servidumbres de tránsito (art. 3068), acueducto (art. 3082) y las de recibir aguas (art. 3093), en la categoría "legales", ya que pensamos que se trataría más bien de supuestos de constitución "forzosa" a requerimiento del facultado para ello. Si aceptamos que el art. 2412 del Código Civil, en tanta presume propietario al poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida, consagra la adquisición del dominio por imperio legal, encontramos una nueva hipótesis de derecho real cuya fuente puede ser la ley.

D) TÍPICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

Se correlaciona con el "numerus clausus", pero puede ser distinguido de él, no obstante que a veces se los identifica.¹³²

El "numerus clausus" apunta a la determinación de cuáles han de ser los derechos reales y al contenido "m abstracto" de ellos, pero no avanza sobre cuál ha de ser la "calidad específica" de ese contenido, o sea sobre su

i.i2 Ver VVolf, op. y loe. cit. en nota 129: "El Código civil volvió a adoptar el sistema romano del *numerus clausus*, y deja a la disposición de las partes sólo un *número limitado de tipos fijos de derechos*"; Messineo, op. y loe. cit. en nota 128: "Los derechos reales sobre cosa ajena son *típicos** en el sentido de que la voluntad del constituyente no puede crear figuras nuevas y diversas de las que la ley contempla y regula. Lo que, dicho con otra expresión, significa que los derechos reales sobre cosa ajena son *taxativos, como número y como tipo*"; Barbero, op. cit. en nota 104, n? 168,. pág. 215: "...no se puede dar vida a un derecho real sino actuando una de los esquemas previamente dispuestos en la ley. Esos esquemas son *típicos*, y su número está, por ello mismo, necesariamente limitado, es decir, cerrado".

contenido "in concreto" (tipicidad). El número cerrado, es tal, porque fija la amplitud de la utilidad que otorgan los derechos reales; así el dominio se configura como la mayor expresión de facultades (sometimiento de la cosa a la voluntad del titular); el usufructo como el uso y goce conforme al destino impuesto por el constituyente, el uso como usufructo limitado a las necesidades del usuario y de su familia, la habitación como uso específico sobre una casa, la servidumbre como el derecho a una determinada utilidad (cualesquiera sea ella) de un inmueble. Ello no impide que "in concreto" los derechos reales aparezcan con contenidos especiales o típicos, y que el legislador se ocupe de alguno de ellos; así por ejemplo, el Código legisla sobre las servidumbres especiales o típicas de tránsito, acueducto, recibir aguas y sacar agua y así también lo hace con relación a usufructos especiales o típicos, como los de montes o de ganados. Entendemos que de lo expuesto resulta el alcance que debe atribuirse al art. 3000 del Código Civil, cuando preceptúa: "Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción a la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo, pero si ella no procura alguna ventaja a aquel a cuyo favor se establece, es de ningún valor". La norma transcripta no implica derogación del "numerus clausus", porque la amplitud del contenido de toda servidumbre será siempre "una determinada utilidad" sobre un inmueble.

E) MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Las proyecciones del orden público en los derechos reales, que se traducen en el principio del "numerus clausus", impiden no sólo la creación de derechos reales distintos a los previstos por la ley, sino también la modificación de los que ella admite. La imposibilidad de modificar los derechos reales permitidos, está implícita en la

segunda parte del artículo 2502 del Código Civil, cuando hace tema de las consecuencias de la constitución de derechos reales no admitidos, o de la modificación de los reconocidos.

Como vimos, si el "numerus clausus" importa la fijación por la ley de la extensión del contenido, la modificación de esa amplitud atentaría contra él, porque implicaría en verdad la creación de un derecho real no reconocido.

F) CONSECUENCIAS DE LA PRETENDIDA CREACIÓN DE OTROS DERECHOS REALES O MODIFICACIÓN DE LOS PERMITIDOS

El art. 2502 en su 2ª parte, preceptúa: "Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

La fuente del art. 2502, es el art. 3706 del Esbozo, que expresa: "Se juzgará como no escrita, a efecto de que tenga valor tan sólo como constitutiva de derechos personales, si por tal pudiese valer, toda estipulación o disposición de última voluntad, que constituya otros derechos reales, o que modifique los permitidos en contrario de las disposiciones que los reglan".

Vélez en la parte final de la nota al art. 2503 explica con respecto a la enfiteusis (derecho real prohibido por el art. 2614), cuáles son en su criterio los alcances de la norma aludida del art. 2502. Dice: "Si se hace, pues, un contrato de enfiteusis, valdrá sólo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará sólo por el tiempo que puede durar la locación".

Allende cuestiona la interpretación de Vélez sobre los alcances del art. 2502, en función de las derivaciones que ello tendría. Sostiene que si se pretende constituir ese derecho real, no es dable que la ley distorsione la vo-

luntad de las partes al dar por constituido un derecho personal que provoca el nacimiento de prestaciones a cargo del constituyente (manutención en el uso y goce), a las cuales éste no habría querido obligarse, y entiende que en realidad queda "subsistente la enfiteusis, limitándola a los plazos de diez años".¹³³

Creemos que el ejemplo de la enfiteusis que brinda Vélez no es feliz. No debe olvidarse la correlación del artículo 2502 con el 3706 de Freitas y que en el sistema del Esbozo la enfiteusis era admitida (art. 3705 inc. 1[^]), y por tanto, mal podía pensar en ese supuesto cuando concibió dicho artículo. Freitas organizó los censos como derechos personales (arts. 2235 y sgtes.) y era lógico que se hiciese cargo de la posibilidad de que se pretendiese darles vida como derechos reales, y con ese punto de partida los censos inválidos como derechos reales, regirían en el ámbito personal. Esa idea se corrobora con los términos del art. 2244 del Esbozo: "Por la constitución o reserva de la renta, aun cuando se le de la denominación de censo consignativo o de censo reservativo, el acreedor sólo adquirirá un derecho personal contra el deudor y no tendrá derecho real sin estipulación expresa de hipoteca, y ulterior inscripción de ésta en el Registro conservatorio".

El ejemplo de los censos sería aplicable en nuestro derecho sólo para aquellos censos o rentas reales que procuren imponerse con plazo superior a los cinco años, desde que Vélez solamente los admite como derechos reales si no exceden de ese plazo (art. 2614).

Entendemos que el derecho real de enfiteusis, inválido como tal, no puede regir ni como locación, ni como otro derecho personal, porque la condición que impone la ley: "si como tal pudiese valer", difícilmente podrá verificarse. El muy distinto "status" del titular del fundo

133 "Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Oklgo civil", Buenos Aires, 1964, pág. 70 y sgtes.; la cita es de pág. 71.

gravado con la enfiteusis (actitud pasiva), **al del locador** (obligado a prestaciones positivas), impide que ese derecho real prohibido "pueda valer" como derecho personal.

Tampoco concebimos la posibilidad de que el derecho real de superficie (prohibido por el 2614), subsista como derecho personal, en función de similares argumentos a los expuestos para la enfiteusis.

Los intereses en juego, en caso de pretendidas enfiteusis y superficies, podrán dar lugar a la aplicación de las nonnas consagradas por el Código a la edificación, siembra y plantación (arts. 2587 a 2591).

En cuanto a las vinculaciones, también prohibidas por el 2614, si se trata de mayorazgos, no cabe la transformación en derechos personales, porque alterarían el orden sucesorio que responde a principios de orden público. Si se trata de capellanías, el gravamen que implican sería inexistente, sin perjuicio de perdurar los cargos impuestos por el constituyente, pero con mero carácter personal.

Valdez y Orchansky, creen factible la aplicabilidad del art. 2502 "para crear un derecho personal que satisfaga aproximadamente el mismo interés en que las partes pusieron la mira", pero agregan: "éste requiere que el juez examine el caso desde la posición subjetiva de las partes, sorprenda su voluntad efectiva, y entonces decida sobre la conversión del negocio".^m Pensamos que si el examen del contrato, o en su caso de la disposición de última voluntad, llevan al juzgador a la convicción de que el derecho personal vive en la voluntad de las partes, y "que en el derecho real que se desvanece, esté como embebido el derecho personal que debe subsistir" —como también expresan—,¹³⁸ es natural que haga mérito de esa voluntad, en lo que tenga de válido. Pero surge evidente,

¹³⁴ Valdes, Horacio, y Orchansky, Benito, "Lecciones de derechos reales", t. I, Buenos Aires, 1969, pái*. 24 y sgtes. "3 Ibid.

que si el juez descubre esa invocada voluntad, en realidad explícita un derecho personal preconstituido por las partes con alcances definidos y por tanto juega el postulado de la autonomía de la voluntad más que el art. 2502.

El descripto es el sistema establecido por el Código Civil, pero de "lege ferenda" nos parece preferible el que proponemos a continuación. Es sabido, que los actos prohibidos por la ley son "de ningún valor" (nulos), en Junción del art. 18 del Código Civil, y de ahí que sean nulas las eventuales constituciones de enfiteusis, superficies, vinculaciones y los censos por más de cinco años. El art. 2502 provoca una suerte de conversión del derecho real no reconocido en derecho personal, "si como tal pudiese valer"; se nos ocurre más adecuado que una futura reforma legislativa permita la conversión, pero no ya en un derecho personal, sino en otro derecho real.

La conversión del acto nulo en un acto jurídico válido, tiene lugar cuando en el primero se dan todos los elementos necesarios para configurar el segundo.

La pauta legal podría ser la conversión del derecho real prohibido en el derecho real permitido cuya amplitud de contenido sea más semejante.

Así enfiteusis o superficies perpetuas nulas como tales, podrían convertirse en usufructos vitalicios, y otras ■de larga duración, en usufructos por igual lapso. La utilidad del sistema sugerido, se advierte en mayor medida para los actos de última voluntad y para las liberalidades entre vivos, puesto que de tal modo se respeta más y mejor la voluntad del causante o del donante. Piénsese en un testador o en un donante que quiso beneficiar a alguien con la constitución de una enfiteusis o de un derecho de superficie sobre su fundo, que no podrían ser válidos ■como derechos personales, y cuya manda quedaría incumplida si no se la convirtiese en el establecimiento de un usufructo substitutivo.

CAPÍTULO VII

ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES, DE SUS MODALIDADES, E INSTITUTOS AFINES

A) DERECHOS REALES PERMITIDOS, LIMITADOS Y PROHIBIDOS-EN EL DERECHO CIVIL

1<?) *Solución doctrinaria*

El Código Civil enumera los derechos reales en el art. 2503 con el siguiente criterio: "Son derechos reales: 1º El dominio y el condominio; 2º El usufructo; 3º El uso y la habitación; 4º Las servidumbres activas; 5º El derecho de hipoteca; 6º La prenda; 7º La anticresis".

Por su parte, el art. 2614 preceptúa: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos-derechos enfiteúticos ni de superficie, ni imponerles-censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna".

El art. 2503 enuncia cuáles son los derechos reales, pero como el art. 2614, al lado de los derechos reales que prohíbe en forma expresa, agrega otros que admite por plazo limitado, y que no aparecen en la primera norma. es previo el estudio del alcance del art. 2614, a los efectos-de integrar el conjunto de los derechos reales permitidos por el Código Civil.

El art. 2503 concuerda con la directiva del art. 2502, ya que si "los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley", ésta debe indicar expresa y taxativamente la nómina de los derechos reales reconocidos. Como los derechos reales no permitidos expresamente, quedan prohibidos, parece en principio superabundante que otro artículo —el 2614— se ocupe de mencionar algunos derechos reales no admitidos.^{13e} Sin embargo, la actitud del Codificador tendría su explicación en que habría querido recalcar la prohibición de constituir derechos reales, que existentes al tiempo de la sanción del Código, quedaron "suprimidos" por éste (para el futuro). El art. 2614 se justifica también porque además de los derechos reales que suprime, incorpora implícitamente otros al prohibirlos solamente cuando exceden el plazo de cinco años. En síntesis, el art. 2614 al abordar derechos reales existentes para la época de la promulgación del Código sobre "bienes raíces", lo hace con el fin de suprimirlos para el futuro, en algunos de manera absoluta, y en otros en cuanto superen los cinco años.

De todos modos, una técnica más depurada debió conducir a Vélez, enrolado en el "numerus clausus", a enumerar los derechos reales en forma claramente taxativa, tal cual lo hizo su fuente, Freitas, quien precedió la nómina de derechos reales con la frase: "son *únicamente* derechos reales" (arts. 3704 y 3705 del Esbozo).

La doctrina coincide en torno de la poca claridad del art. 2614 en la determinación de cuáles son los derechos reales prohibidos y cuáles los permitidos por un lapso no mayor de cinco años. Con hincapié fundamentalmente en la deficiente puntuación de ese precepto, se propusieron las más diversas soluciones.

"« Conf. Allende, op. cit. en nota 133, págs. 47 y 48.

Cualquiera que fuese la postura adoptada, la polémica no puede alcanzar a las vinculaciones, sobre cuya total prohibición no cabe duda alguna ante la categórica expresión: "ni hacer en ellos vinculación alguna". El problema se circunscribe a la enfiteusis, la superficie, los censos y las rentas.

Se puede ordenar la doctrina nacional sobre el tema mediante su agrupamiento en los siguientes criterios. La postura que da mayor amplitud a la permisión limitada a cinco años, es la que sostiene Machado, quien interpreta que el pasaje: "que se extiendan a mayor término que el de cinco años", rige para todos los derechos reales que lo preceden: "derechos enfiteúticos", "de superficie", "censos", "rentas".¹³⁷

La tesitura más restrictiva es la que sigue Legón, que con el punto de partida del art. 2502: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley", concluye que la enumeración del artículo siguiente (el 2503), es necesariamente taxativa (sólo pueden crearse los que allí se indican). El art. 2614 debe coordinarse con el 2503, y la única figura para la que juega, es la de las rentas, pero a ellas las admite únicamente como derechos personales (rentas personales), y por tanto, en definitiva, todos los derechos reales a los que alude el art. 2614, quedan descartados como tales de nuestro Código.^m

Llerena, con criterio restringido aunque no en el grado de Legón, solamente permite las rentas (como derecho real) por no más de cinco años.¹³⁹

¹³⁷ Machado, José Olegario, "Exposición y comentario del Código civil argentino", ed. L. J. Rosso, t. VII, s/f, págs. 12 y 13.

¹³⁸ Op. cit. en nota 97, pág. 103 y sgtes.

¹³⁹ Llerena, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código civil argentino", 3ª edición, t. VII, Buenos Aires, 1931, comentario al art. 2614, pág. 423.

La doctrina mayoritaria puntualiza que están vedados la enfiteusis y la superficie, y permitidos por cinco años los censos y las rentas (Segovia,¹⁴⁰ Salvat,^m Lafai-lie,¹⁴² Molinario,³ Dassen-Vera Villalobos,^{lii} Valdez-Orchansky,^{us} etc.). Para esta corriente, debe corregirse la puntuación del artículo en examen y colocarse un punto y coma luego de la palabra superficie, para separar los derechos que se prohíben (enfiteusis y superficie), de los que se limitan (censos y rentas). Allende, ubicado en similar orientación, si bien considera que la permisión por cinco años incluye solamente a "censos" y "rentas", significa que en realidad son un mismo instituto: el de los censos y rentas reales. Sostiene los alcances genéricos del vocablo "rentas", que comprende las personales (como la renta vitalicia), y las reales' e "censos". Quiere decir que al referirse el art. 2614 a derechos reales sobre inmuebles, las rentas no pueden ser más que las reales, que son los censos.¹⁴⁶

Nosotros adherimos a la posición de la doctrina mayoritaria, con el alcance expuesto por Allende. Los fundamentos que abonan la tesis que apoyamos, más allá de la puntuación del artículo, son los siguientes. Por de pronto, en el terreno gramatical es más convincente el argumento de Dassen en torno a que la frase "cualquiera sea el fin de la *imposición*", inmediata a la que alude a la prohi-

¹⁴⁰ Segovia, Lisandro D., "El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Buenos Aires, 1881, t. II, pág. 113, en su nota 4.

¹⁴¹ Salvat, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales", 5ª edición, actualizada por Manuel J. Argañaraz, t. II, Buenos Aires, 1962, n.º 1071, pág. 337.

¹⁴² Lafaille, Héctor, "Tratado de los derechos reales", Buenos Aires, 1943, vol. I, n.º 51, pág. 47.

¹⁴³ Op. cit. en nota 119, pág. 35 y sgtes.

¹⁴⁴ Op. cit. en nota 109, pág. 24.

¹⁴⁵ Op. cit. en nota 134, págs. 23 y 24.

¹⁴⁶ Op. cit. en nota 133, pág. 39 y sgtes.

bición por más de cinco años, se conecta con el vocablo "*imponerles*", que sólo juega para censos y rentas.^{14T}

El sustento de mayor entidad para esa concepción, estriba en que por su naturaleza la enfiteusis y la superficie son derechos reales perpetuos o de muy larga duración y por tanto inconcebibles por el reducido término de cinco años. La nota al art. 2503 es categórica cuando manifiesta: "No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar".

La construcción de Legón para excluir hasta los censos o rentas reales de los derechos permitidos, nos parece demasiado estrecha. Si bien es cierto que Vélez acoge el "*numerus clausus*", que presupondría que cuando enumera los derechos reales lo hace con criterio taxativo, no puede soslayarse que cualquiera sea la deficiencia técnica, el art. 2614 completa el catálogo del art. 2503 con los censos o rentas reales; la tesis de Legón implicaría tanto como volver absurda la prohibición de censos por más de cinco años, cuando en definitiva estarían prohibidos por cualquier término. De esa prohibición derivamos "*a contrario sensu*", que son admitidos los censos o rentas reales que no excedan de los cinco años.

En conclusión, la nómina del art. 2503 (integrada con los censos o rentas reales del art. 2614) es taxativa dentro del Código Civil, lo que no obsta para que por ley y en función del art. 2502, se agreguen al ordenamiento argentino nuevos derechos reales, tal como ocurrió con la propiedad horizontal, que negada por el art. 2617, se sumó a los derechos reales permitidos por la ley 13.512 de 1948.

2⁹) *Enumeración*

a) *Permitidos:*

1. dominio
2. usufructo
3. uso
4. habitación
5. servidumbres activas
6. hipoteca
7. prenda
8. anticresis
9. censos (rentas reales) que no excedan de cinco años
10. condominio
11. propiedad horizontal.

b) *Prohibidos y limitados:*

1. enfiteusis
2. superficie
3. censos (rentas reales) que excedan de cinco años
4. vinculaciones
5. derechos reales "in faciendo"
6. derecho real de retracto
7. derecho real de tanteo o prefeiciencia.

B) ENUMERACIÓN DE MODALIDADES QUE EXHIBEN A LOS DERECHOS REALES CON CARACTERES ESPECIALES E INSTITUTOS CONFIGURADOS A LA MANERA DE ELLOS.

a) *En el derecho civil:*

1. hipoteca bancaria
2. preanotación hipotecaria
3. anotación directa de hipotecas
4. hipoteca cambiaria.

- b) *En el derecho comercial:*
 - 1. prenda con desplazamiento
 - 2. prenda sin desplazamiento (con registro)
 - 3. warrants
 - 4. garantía de los debentures.
- c) *En el derecho marítimo:*
 - 1. copropiedad naval
 - 2. hipoteca naval
 - 3. prenda naval.
- d) *En el derecho aeronáutico:*
 - 1. hipoteca aeronáutica.
- e) *En el derecho minero:*
 - 1. dominio minero
 - 2. derecho del explorador minero
 - 3. servidumbres mineras
 - 4. usufructo minero.
- f) *En el derecho rural:*
 - 1. Servidumbres rurales.
- g) *En el derecho procesal:*
 - 1. Embargos e inhibiciones.
- h) *En el derecho administrativo:*
 - 1. dominio del Estado
 - 2. servidumbres administrativas
 - 3. ocupación temporánea por el Estado
 - 4. requisición de uso por el Estado
 - 5. derecho del concesionario sobre cosas del dominio público
 - 6. derecho del permisionario sobre cosas del dominio público.

CAPÍTULO VIII

CONCEPTO DE CADA DERECHO REAL, MODALIDADES Y FIGURAS AFINES

A) CONCEPTO DE LOS DERECHOS REALES DEL DERECHO CIVIL

a) *Permitidos:*

1[^] *Dominio*

El artículo 2506 del Código Civil incluye la siguiente -definición: "El dominio es el derecho real en virtud del ■cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la -acción de una persona".

El dominio implica el derecho real de contenido más amplio, la posibilidad para su titular de usar, gozar, beneficiarse con los frutos y disponer a voluntad de la cosa objeto de su derecho, dentro del marco legal. El dueño -de la cosa lo es también de su substancia, en el sentido de que su esencia (materialidad) y su destino económico -están sometidos a su voluntad ejercida dentro del encuadre legal.

Pueden ser objeto del dominio las cosas muebles e inmuebles.

2⁹ *Usufructo:*

"El usufructo es el derecho real de usar y gozar de ^ña cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal que 3io se altere su substancia" (art. 2807 del Cód. Civil).

El usufructo sigue al dominio en orden decreciente de contenido, desde que no otorga la facultad de disponer. Sólo encierra las facultades de usar y gozar, pero *no* a voluntad como en el caso del dueño, sino, respetando la esencia (materialidad) y destino económico de la cosa. El usufructo es el derecho a la utilidad de la cosa (uso y goce sin alteración de la substancia).

En principio el usufructo recae sobre cosas inmuebles o muebles no fungibles.

30 *Uso*:

Para el art. 2948 del Cód. Civil: "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 substancia 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".

Este derecho es un usufructo limitado a las necesidades del usuario y de su familia; lo sigue, por lo tanto, en orden decreciente de contenido. El uso es el derecho a la utilidad de la cosa (uso y goce sin alteración de la substancia) limitado a las necesidades del usuario y de su familia.

El uso se ejercita sobre las mismas cosas que son objeto normal del usufructo (inmuebles y muebles no fungibles).

4^y *Habitación*:

"Si (el derecho de uso) se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación"; con estos términos la segunda parte del artículo 2948 del Código Civil define el derecho real de habitación.

La habitación es el derecho a la utilidad de morar en una "casa" (uso sin alteración de la substancia) limitado a las necesidades del habitador y de su familia.

El objeto de la habitación lo constituye una "casa", u objetos análogos (piso, departamento, etc.).

5" *Servidumbres activas:*

El art. 2970 del Cód. Civil preceptúa: "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 algunos de sus derechos de propiedad".

El concepto que se nos ocurre más técnico para exhibir que las servidumbres activas ocupan en orden a la amplitud de contenido el último grado entre los derechos de goce o disfrute sobre la cosa ajena, es el art. 4731 del Esbozo de Freitas, que expresa: "Servidumbre (servidumbre activa), es el derecho real, perpetuo o temporario, de una o más personas sobre un inmueble ajeno, con un determinado derecho sobre su utilidad".

La servidumbre activa atribuyfc a su titular un derecho a determinada utilidad de un inmueble.

6" *Hipoteca:*

El art. 3108 del Cód. Civil así la define: "La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor".

La hipoteca es, pues, un derecho real accesorio de un crédito, en función de garantía, sin desplazamiento de la cosa inmueble sobre la que recae, que continúa en poder del dueño.

7" *Prenda:*

Dice el art. 3204 del Cód. Civil: "Habrà 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".

Habida cuenta que ese texto caracteriza, más que al derecho real, al contrato que lo constituye, podemos brindar la siguiente noción del derecho real de prenda. La prenda es un derecho real accesorio de un crédito (civil), en función de garantía, con desplazamiento de la cosa mueble sobre la que recae, que debe entregarse al acreedor prendario.

8" *Anticresis:*

El art. 3239 del Cód. Civil adopta esta definición: "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".

Quiere decir que la anticresis es un derecho real accesorio de un crédito, en función de garantía, con desplazamiento de la cosa inmueble sobre la que recae, que es entregada al acreedor anticresista para que éste perciba sus frutos y los impute a los intereses del crédito y/o a su capital.

9" *Censos o rentas reales que no excedan de cinco años:*

Este derecho real, permitido por el Código en tanto no exceda de cinco años y prohibido en caso contrario, no fue definido por el legislador argentino.

El censo puede caracterizarse como el derecho real accesorio, en función de garantía, constituido sobre un inmueble en seguridad de un crédito, que faculta a su titular a exigir del dueño, en cuyo poder permanece,

periódicamente y por no más de cinco años, toda o parte de su renta en dinero o en especie.

Ubicamos al censo como derecho real accesorio y no como principal de goce o disfrute (infra Capítulo X, apartados 3^o y 4^o), porque de no ser así habría que admitirlo sólo como derecho personal, a la manera de Freitas, o como quería Legón (supra Capítulo VII, A), 1*?), lo que contrariaría la perceptiva del art. 2614; o en caso contrario, debería admitirse que nos encontraríamos frente a un derecho real "in faciendo", cuya posibilidad ya rechazamos como antitética con el concepto mismo del derecho real (supra Capítulo V, A), y que mal podría verse introducida a través de un instituto que sólo aparece mencionado y que está huérfano de regulación legal. No debe extrañar que en la doctrina española se configure como derecho real de goce o disfrute al instituto que tratamos, pues el derecho hispano admite los derechos reales "in faciendo".

10. *Condominio:*

Recién ahora nos ocupamos del condominio, porque no es posible ubicarlo en determinado lugar de una nómina de derechos reales en la que los de goce o disfrute se eslabonen en orden decreciente de contenido.

Nos referimos a este derecho real luego de definir todos los demás, incluso los de garantía, con el objeto de destacar que el condominio no es más que una especie dentro del género de la comunión o comunidad de derechos reales. El condominio no es otra cosa que la comunión o comunidad del derecho real de dominio. Esa comunión o comunidad se dará en el usufructo siempre que se constituya en favor de varias personas (co-usufructo) y en el uso y la habitación solamente cuando establecidos en beneficio de varios titulares los frutos de la cosa o las comodidades de la casa no alcancen para la satisfacción de las

necesidades de todos los titulares y sus familias (co-uso y co-habitación). Si el volumen total de las necesidades de los distintos titulares y sus familias puede ser cubierto con las utilidades que brinden los objetos del uso o la habitación, existirá la posibilidad de concurrencia de estos derechos reales, posibilidad evidente en los derechos reales de garantía y en las servidumbres activas.

Con las aclaraciones precedentes, corresponde consignar la definición del art. 2673 del Cód. Civil: "El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble".

Al igual que en el dominio, en este derecho real pueden ser su objeto tanto las cosas muebles como las inmuebles.

11. *Propiedad horizontal:*

La primera parte del art. 2 de la ley 13.512 significa que: "cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y co-propietario sobre el terreno y sobre las cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad".

La propiedad horizontal es el derecho real sobre una unidad de un inmueble edificado, integrada por partes propias y comunes, que atribuye facultades de uso, goce y disposición jurídica, conforme a su peculiar régimen legal.

b) *Prohibidos:*

1^ *Enfiteusis:*

Se trata de uno de los derechos reales que prohíbe en forma expresa el art. 2614 del Código Civil.

Según su raíz histórica, la enfiteusis consiste en el derecho a la total utilidad de un inmueble rústico, per-

petuo o de larga duración, que confiere las facultades de usar y gozar ampliamente de él en una explotación agrícola, mediante el pago de un *canon*.

2° *Superficie*:

También este derecho fue suprimido por el art. 2614 •del Cód. Civil. La superficie es el derecho real sobre el todo o parte de un edificio existente o a construir en un inmueble ajeno, que confiere las facultades de usar, gozar y disponer.

3° *Censos (rentas reales) por más de cinco años*:

Los censos o rentas reales, para cuyo concepto nos remitimos a lo que ya expresamos (supra A), 9°) , se presentan como derechos reales prohibidos, si se los pretende establecer por un término que exceda los cinco años.

4° *Vinculaciones*:

También las vinculaciones son desechadas de nuestro sistema por el art. 2614 del Cód. Civil, y con relación a ellas nadie sostuvo la posibilidad de su supervivencia, aunque no excediesen el plazo de cinco años (supra Capítulo VII, A), 19).

Dentro del concepto genérico de vinculaciones, entran los casos específicos de los mayorazgos y de las capellanías. Con ese sentido amplio, la vinculación sería el derecho real en virtud del cual un inmueble es afectado a determinado orden sucesorio "mortis causa" (mayorazgos) o a una finalidad pía (capellanías).

5*? *Derechos reales "in faciendo"*:

Como sostuvimos, es un contrasentido en derechos de molde romanista, como el nuestro, admitir derechos Teales "in faciendo", dado que ellos tendrían el contenido propio de un derecho personal (supra Capítulo V, A).

6° *El derecho real de retracto:*

El retracto como derecho real no fue incluido en la enumeración del art. 2503 del Cód. Civil, ni tampoco en el art. 2614, por ello y en función del art. 2502, se lo debe incluir entre los derechos reales no admitidos.

El retracto es el derecho por el cual su titular tiene la facultad de retraer (dejar sin efecto) un acto de disposición efectuado sin su consentimiento por el dueño de la cosa.

En el derecho argentino no cabe el retracto con estirpe de derecho real.

7° *El derecho real de tanteo o preferencia:*

De resultas de similar razonamiento al vertido para el retracto, el tanteo o preferencia está prohibido como-derecho real.

El tanteo o preferencia es el derecho por el cual su titular, en virtud de determinada calidad (pariente, colindante, etc.), tiene la facultad de ser preferido en la adquisición de la cosa en el caso de la enajenación por su dueño, siempre que se allane a pagar "tanto" como ofrezca un tercero.

El derecho de tanteo conlleva el de retracto, si la enajenación se efectiviza sin respetar la preferencia del beneficiario.

El derecho de preferencia podría jugar como derecho perscnai, y a ese respecto el art. 1368 del Cód. Civil establece que el pació de preferencia "es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier oiro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla".

B) MODALIDADES QUE EXHIBEN A LOS DERECHOS REALES CON CARACTERES ESPECIALES E INSTITUTOS CONFIGURADOS A LA MANERA DE ELLOS

a) *En el derecho civil:*

1§) *Las hipotecas bancarias:*

Fueron previstas en un principio en la Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional (decreto-ley 13.128/ 57), cuyo régimen se extendió por el art. 24 del decreto-ley 13.129/57 al Banco de la Nación Argentina y por el art. 40 del decreto-ley 13.130/57 al Banco Industrial de la República Argentina. La ley 15.283/60 en su art. 1*^o dispuso que las normas atinentes al régimen hipotecario del Banco Hipotecario Nacional "alcanzarán a los bancos provinciales, oficiales o mixtos, que realicen operaciones bancarias".

Entre las modalidades particulares más destacables en las hipotecas bancarias, deben puntualizarse las siguientes: la finalidad socio-económica del crédito garantizado (préstamo), su duración hasta que se extinga' el crédito, la mayor limitación de los derechos del propietario (en este caso deudor) del inmueble gravado, la ejecución hipotecaria que el Banco realiza por sí y sin juicio (inclusive la toma de posesión del inmueble y desalojo de sus ocupantes).

2^o *La preanotación de hipotecas:*

Se dispuso en beneficio de Bancos nacionales (Bancos Hipotecario Nacional, de la Nación Argentina y de Crédito Industrial) a través del decreto-ley 15.347/46, ratificado por ley 12.962/47, y por el juego de la ley 15.283 antes citada, comprendió en definitiva a todos los bancos nacionales y a los provinciales oficiales o mixtos.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Ver: Molinario, "La preanotación hipotecaria", separata de Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional

La hipoteca preanotada en el Registro, es la hipoteca trancaría previa a la definitiva, que garantiza los anticipos •concedidos sobre los préstamos acordados, con una duración de 45 días prorrogables cuantas veces sea necesario,

S⁹ *La anotación directa de hipotecas:*

Se incorporó a nuestro sistema jurídico por el Decreto-ley 18.307/69. Entendemos que abarca a las mismas entidades bancarias que la preanotación de hipotecas. ^{uslris}

La hipoteca de anotación directa en el Registro, es la hipoteca bancaria global inscrita mediante oficio del Banco, que garantiza créditos también globales acordados a entidades intermedias (promotoras de la construcción ■de viviendas), que tiene una duración de 2 años prorrogables cuantas veces sea necesario, hasta la división del crédito por la escrituración de las viviendas a sus adqui-rentes.

4" *Las hipotecas cambiarías:*

Son aludidas por el Código Civil en el art. 3202 del Código, al tratar la cancelación de las hipotecas.

La hipoteca cambiaría sobre cosas inmuebles que continúan en poder del dueño, es la hipoteca constituida

■de La Plata, t. XXIV, La Plata, 1966: "La preanotación hipotecaria y la ley 15.283", E.D., t. 38, pág. 1025; Castro Hernández, Manuel Horacio, "La preanotación hipotecaria: necesidad de la existencia de anticipos sobre un mutuo ya acordado, J.A., Serie Contemporánea 2, abril-junio de 1969, pág. 137; Zavaleta, Arturo J., "La preanotación hipotecaria. Su extensión -a los bancos oficiales y mixtos de provincias", L.L., t. 42, pág. 961; Rivera, Julio César, "Titulares del derecho de preanotación hipotecaria y del de -anotación hipotecaria", E.D., diario del 26 de enero de 1973 (t. 46); Roma-nelli, Horacio I., "Preanotación hipotecaria. Facultades de los bancos provinciales", J.A., diario n¹? 4228, del 2 de marzo de 1973. En lo que hace -al Banco Nacional de Desarrollo —que sustituyó al de Crédito Industrial—, véase el art. 49 del Decreto-ley n<-> 19.063/71.

¹⁸bis Conf. Molinario, of. cit. en segundo término en nota anterior. págs. 1031/32; Rivera, *ibid.*; Romanelli, *ibid.*

en garantía de un crédito en dinero, con la emisión de pagarés o letras anotados en el Registro, que facilitan su circulación.¹⁴⁹

h) *En el derecho comercial:*

10 *prenda comercial con desplazamiento:*

Para el art. 580 del Código de Comercio: "El contrato de prenda comercial es aquel por el cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una operación comercial".

Al igual que el art. 3204 del Cód. Civil para la prenda civil, el transcripto caracteriza, más que al derecho real, al contrato que lo constituye. Corresponde, pues, definir al derecho de prenda comercial (con desplazamiento), como el derecho real accesorio de un crédito comercial, en función de garantía, que recae sobre una cosa mueble que debe entregarse al acreedor prendario.

La prenda comercial ofrece peculiaridades que la distinguen de la civil, como las atinentes a la forma del contrato constitutivo, a la tradición, y a la ejecución.

2<? *Prenda sin desplazamiento (prenda con registro) :*

Su régimen es organizado por el decreto-ley 15.348/ 1946, ratificado por ley 12.962/47, con las modificaciones de los decretos-leyes 6810/63 y 6817/63.

La prenda sin desplazamiento (con registro), es el derecho real accesorio, en función de garantía, de créditos cuyos titulares están determinados por la ley, como asimismo las cosas sobre las que recae el gravamen, que continúan en poder del constituyente.

¹⁴⁰ Ver: Altrani, Jorge Horacio, "Pagarés hipotecarios e hipotecas caminarias", Revista del Notariado n° 726 (noviembre-diciembre de 1972). pág. 1929 y sgtes.

Por tratarse de un derecho real de garantía sin desplazamiento de la cosa gravada, elemento que también hace a la esencia de la hipoteca, se lo ha denominado hipoteca mobiliaria.

La prenda sin desplazamiento muestra dos modalidades características: la prenda fija y la prenda flotante.

3° *Warrants*:

Están contemplados por las leyes 928 de 1878 y 9643 de 1914.

Los warrants son derechos reales accesorios en función de garantía, sobre cosas muebles (mercaderías: frutos o productos), que permanecen depositadas en almacenes fiscales o de particulares autorizados.

Los depositarios de las mercaderías (almacenes) emiten constancias del depósito por duplicado; uno de los ejemplares es llamado "certificado de depósito" y el otro 'warrants'. El warrant permite obtener crédito con la garantía de la mercadería depositada, mediante su endoso y entrega al acreedor, lo que lo convierte en un título circulatorio mediante la posibilidad de sucesivos endosos. El certificado de depósito acredita la propiedad de la mercadería gravada y también es un título circulatorio. "El certificado (alude al de depósito) acompañado del warrant en manos del depositante o un tercero, a quien aquél los hubiese endosado, confiere el derecho de disponer las mercaderías depositadas" (art. 9 de la ley 928).

Debe tenerse presente que el término warrant se aplica tanto para designar al respectivo derecho real de garantía, como al instrumento que lo constata y hace factible su circulación.

49 *Garantías de los debentures*:

Los debentures están normados por los arts. 325 y sgtes. del Decreto-ley 19.550/72 de sociedades comerciales.

Las garantías de los debentures son derechos reales accesorios, en función de garantía, de créditos cuyos titulares están determinados por la ley, como también los objetos sobre los que recae el gravamen, que continúan en poder del deudor.

Los alcances y modalidades principales de las garantías de los debentures, se desprenden de las siguientes disposiciones del Decreto-ley 19.550/72:

Art. 325: "Las sociedades anónimas, incluidas las de la sección VI y en comandita por acciones podrán, si sus estatutos lo autorizan, contraer empréstitos en forma pública o privada, mediante la emisión de debentures u obligaciones negociables".

Art. 326: "Los debentures serán con garantía flotante, con garantía común o con garantía especial.

La emisión cuyo privilegio no se limite a bienes inmuebles determinados, se considerará realizada con garantía flotante.

Pueden ser convertibles en acciones, de acuerdo al programa de emisión y emitirse en moneda extranjera".

Art. 327: "La emisión de debentures con garantía flotante afecta a su pago todos los derechos, bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorga los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o la anticresis, según el caso.

No está sometida a las disposiciones de forma que rigen esos derechos reales. La garantía se constituye por la manifestación que se inserte en el contrato de emisión y el cumplimiento del procedimiento e inscripciones de esta ley".

Art. 333: "La emisión de debentures con garantía especial afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptibles de hipoteca.

La garantía especial debe especificarse en el acta de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Le serán aplicables todas las disposiciones que se refieren a la hipoteca, con la excepción de que esta garantía puede constituirse por el término de cuarenta años. La inscripción que se haga en el registro pertinente surte sus efectos por igual término".

r) *En el derecho marítimo:*

1º) *Copropiedad naval:*

Está regulada por los arts. 164 a 169 de la Ley de la Navegación, Decreto-ley 20.094/73.

La copropiedad naval es el derecho real de propiedad que pertenece a dos o más personas por una parte indivisa, sobre buques o artefactos navales regidos por el Cód. Civil en todo lo que no esté modificado por los artículos arriba citados. La regulación especial atañe a las facultades de la mayoría y de la minoría, a la opción de compra en caso de venta de parte indivisa, y a la venta del buque en remate público.

2º) *Hipoteca naval:*

Está legislada en los arts. 499 a 514 de la Ley de la Navegación.

La hipoteca naval es un derecho real accesorio de un crédito, en función de garantía, sin desplazamiento de su objeto constituido por un buque (aún en construcción) de 10 o más toneladas de arqueo total, o por un artefacto naval (aún en construcción), que continúan en poder del dueño.

3*?) *Prenda naval:*

Está contemplada en la Ley de la Navegación (art. 499, 2º apartado).

La prenda naval es un derecho real accesorio de un crédito, en función de garantía, con desplazamiento de su objeto constituido por un buque de menos de 10 toneladas, que debe entregarse al acreedor prendario.

d) *En el derecho aeronáutico:*

1*?) *Hipoteca aeronáutica:*

Está prevista en los arts. 52 y sgtes. del Código Aeronáutico (Decreto-ley 17.285/67).

La hipoteca aeronáutica es un derecho real accesorio de un crédito, en función de garantía, sin desplazamiento de su objeto, constituido por una aeronave, parte indivisa de ella (aún en construcción), o su motor, que continúan en poder del dueño.

e) *En el derecho minero:*

1") *Dominio minero:*

A este respecto debemos distinguir el que llamaremos dominio privado minero del Estado y el derecho del concesionario minero.

El *dominio privado minero del Estado*, no es más que el dominio privado del Estado aplicado a las minas (inmuebles) de 1ª y 2ª categoría, que constituyen una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran (arts. 2, 7, 11 y 12 del Código de Minería -ley 1919/86-). Es un supuesto del dominio privado del Estado al que nos referiremos luego (infra f) 1<?).

El *derecho del concesionario minero*, o dominio minero de los particulares, es el derecho real de explotar (usar y gozar) y disponer de las minas (inmuebles) de 1ª y 2ª categoría (y las de 3ª si se declaran de utilidad pública), que constituyen una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran y regida por las disposiciones específicas del Código de Minería y genéricas de

Código Civil (arts. 2, 8, 10, 11 y 12 del Código de Minería).

2º) *Derecho del explorador minero:*

Es contemplado, fundamentalmente, en los arts. 23 y sgtes. del Código de Minería.

El derecho del explorador minero (permisionario). es el derecho de ocupación temporánea de una extensión determinada de terreno (uso), durante un plazo también determinado, a los fines de la exploración o cateo de yacimientos mineros.

3*?) *Servidumbres mineras:*

Se tratan, principalmente, en el Código de Minería •en los arts. 48 y sgtes.

La servidumbre minera es el derecho real, que previa indemnización, atribuye al concesionario de una mina (excepcionalmente al explorador), un derecho a determinada utilidad de los inmuebles superficiales o inmediatos a su dominio minero.

4*?) *Usufructo minero:*

Juegan aquí los arts. 365 y sgtes. del Código de Minería.

El usufructo minero es el derecho real a la utilidad de la mina (aprovechar sus productos y beneficios), coma puede hacerlo el dueño minero.

f) *En el derecho rural:*

1º) *Servidumbres rurales:*

La servidumbre rural es el derecho real de servidumbre sobre un inmueble rural, con un determinada derecho sobre su utilidad, establecido en los códigos y leyes rurales, con modalidades especiales, tendientes a satisfacer necesidades propias de ese ámbito.

«) *En el derecho procesal:*

I®) Embargos e inhibiciones:

Con la concepción clásica de los procesalistas argentinos sobre que los embargos y las inhibiciones impedían la disposición de las cosas inmuebles alcanzadas por ellos, no cabía la posibilidad en el ámbito del derecho procesal de institutos configurados a la manera de los derechos reales del derecho civil. Sin embargo, con la orientación más reciente, que interpreta que las citadas medidas precautorias no provocan la indisponibilidad de los objetos que afectan, si se acepta que esas cautelas implican un gravamen que de no ser posible o suficiente trasladarlo sobre el precio, seguiría a la cosa (aún sin aceptación del ■adquirente), nos hallaríamos con la invocada configuración de un instituto del derecho procesal a la manera de los derechos reales del derecho civil.

h) *En el derecho administrativo:*

1º) Dominio del Estado:

En este concepto deben diferenciarse netamente, según es tradición, el dominio público y el dominio privado del Estado.

El dominio privado del Estado comporta el derecho real de dominio con los alcances que le da el Código Civil, cuando su titular es el Estado (arts. 2342, 3951, del Código Civil).

Por su asimilación con el dominio de los particulares, las cosas que son su objeto pueden enajenarse, embargarse, ejecutarse, y son prescriptibles. Sin embargo, esas posibilidades desaparecen cuando las cosas del dominio privado del Estado están afectadas a un servicio público, en tanto no cese la afectación de derecho (acto administrativo) , o aún de hecho.

El dominio público del Estado es su potestad jurídica sobre las cosas cuyo uso y goce tienen las personas particulares en general (arts. 2340, 2341, del Código Civil).

En virtud de las connotaciones que caracterizan al dominio público del Estado, las cosas sobre las que se ejerce son inalienables, inembargables, inejecutables, e imprescriptibles.

El dominio público del Estado no debe computarse como otro derecho real, dado que la potestad jurídica que implica es una de las tantas manifestaciones del poder público del Estado, que constituye uno de sus elementos, y que traduce una de las manifestaciones de la soberanía interna del Estado, impropia designada como dominio eminente, o sea de ese "derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución" (nota al artículo 2507 del Código Civil).

2") *Servidumbres administrativas:*

La servidumbre administrativa es el derecho real del Estado a una determinada utilidad de un inmueble de propiedad privada, que previa indemnización se establece para un fin de utilidad pública.

2fi) *Ocupación temporánea por el Estado:*

La ocupación temporánea es el derecho del Estado en virtud del cual puede disponer de inmuebles de propiedad privada por razones de utilidad pública, en situaciones de necesidad y urgencia, con posterior indemnización.

49) *Requisición de uso por el Estado:*

La requisición por el Estado de cosas del dominio-privado, asume dos modalidades distintas: requisición de propiedad y requisición de uso. En la requisición de propiedad las cosas pasan al dominio del Estado; por ello nos limitaremos al supuesto de la requisición de uso.

La requisición de uso implica la sujeción de la cosa mueble o inmueble de propiedad privada, para su inmediata o futura disposición temporánea por el Estado, por razones de utilidad pública, en situaciones de necesidad y urgencia, con posterior indemnización.

Pensamos que cuando las cosas de propiedad privada quedan sujetas a la disponibilidad inmediata por el Estado, la situación es similar a la de la ocupación temporánea. Si las cosas de propiedad privada quedan afectadas a la disponibilidad futura por el Estado, se verifica una suerte de servidumbre administrativa, cuyo contenido impone a los titulares de los objetos (en este caso peculiar, inclusive de muebles), la abstención de todo acto que pueda impedir o menoscabar la futura disposición por el poder público.

5") *Derechos del concesionario sobre cosas del dominio público del Estado:*

El derecho del concesionario sobre cosas del dominio público del Estado, puede definirse como un derecho administrativo de uso sobre dichas cosas, sujeto a revocación, con o sin indemnización, según la causa que la provoque.

6*?) *Derechos del permisionario sobre cosas del dominio público del Estado:*

El derecho del permisionario sobre cosas del dominio público del Estado, importa un derecho administrativo de uso sobre dichas cosas, de carácter precario, sujeto a revocación discrecional (pero no arbitraria) por el poder público, sin indemnización.^{49bis}

¹⁴⁹ bis Además de las concesiones y permisos referidos en el texto, la reciente Ley de navegación aplica esa idea al ocuparse en su art. 10 del otorgamiento por la autoridad nacional o provincial del "uso exclusivo de los bienes públicos destinados a la navegación o de zonas determinadas de los mismos".

CAPÍTULO IX

SUERTE DE LOS DERECHOS REALES EXISTENTES CON ANTERIORIDAD AL CÓDIGO CIVIL Y QUE ESTE SUPRIME O LIMITA

La supresión por el Codificador de derechos reales que podían constituirse antes de su vigencia, pero inadmisibles a partir de ella, plantea el problema de cuál ha sido su suerte a partir del 1*? de enero de 1871, o sea de la enfiteusis, superficies, censos (rentas reales) por más de cinco años y vinculaciones.

Con respecto a las vinculaciones (mayorazgos y capellanías), la cuestión se reduce a las capellanías, dado que los mayorazgos fueron suprimidos radicalmente por la Asamblea General Constituyente del año 1813.

En torno de este tema se pueden captar tres criterios diferentes: el de la subsistencia, el de la extinción lisa y llana, y el de la expropiación.

Los que postulan la subsistencia de esos derechos reales, Segovia¹⁵⁰ y Salvat,¹⁵¹ se fundan en el principio de la irretroactividad de la ley, que con alcances o sentidos distintos recogieron el Código Civil (art. 3 substitui-

¹⁵⁰ Op. cit. en nota 140, su nota 6 al art. 2616 (2614).

¹⁵¹ Op. cit. en nota 141, t. III, Buenos Aires, 1959, n<> 2007, pag. 611.

do, arts. 4, 5, 4044, 4045 derogados) y el Decreto-ley 17.711/68 (art. 3 nuevo). Esta opinión exhibe en su apoyo el art. 4048 del Código Civil y su nota, en especial el pasaje siguiente: "los derechos reales no pueden ser quitados ni modificados por las leyes posteriores".

La tesis de la extinción lisa y llana podría atribuirse a Machado, cuando expresa: que si la ley "ha impedido que los particulares puedan crear derechos reales, ¿por qué no habría podido anular los ya creados? Nadie había adquirido derechos, eran meras expectativas que la ley podía alterar".^{ir,2} Hablamos de extinción lisa y llana, para significar que la incidencia del orden público sería tal, que provocaría el fin de esos derechos reales sin indemnización o compensación alguna para su titular.

La concepción que denominamos de la expropiación (Lafaille,¹⁵¹ Legón,^{ir,4} Allende,^{ir,r1}) aún con argumentos distintos entre sus sostenedores, coincide en que la extinción lisa y llana sería inconstitucional, por atentar contra la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional. Estos autores encuentran la solución en el instituto de la expropiación, pero mientras para Legón requeriría el dictado de una ley de expropiación previa,¹⁵ⁿ para Lafaille¹⁵⁷ y Allende,¹⁵⁸ el Código Civil a través de los artículos 2502 y 2503 y en especial el art. 2614, cumple la función de la ley expropiatoria exigida. Es evidente que la extinción de los mencionados derechos reales se produce siempre que medie indemnización anterior.

¹⁵² Op. cit. en nota 137, t. VI, pág. 479, en su nota al art. 2502. ¹³³ Op. cit. en nota 142, vol. II, Buenos Aires, 1944, nJ 1272, pág. 365.

¹⁵⁴ Op. cit. en nota 97, pág. 195 y sgtes., especialmente pág. 200.

¹⁵⁵ Op. cit. en nota 133, págs. 64 y 65.

¹⁸⁶ Op. cit. en nota 97, pág. 201.

¹⁵⁷ Op. cit. en nota 142, n° 56, págs. 51 y 52. I° Op, y loe. cit. en nota 155.

Pensamos que la solución más aceptable es armonizar la incidencia del orden público en los derechos reales -con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, y en su consecuencia, admitir la extinción de los derechos reales suprimidos por Vélez y no restablecidos luego (en-iteusis, superficie, censos por más de cinco años y vinculaciones) , siempre que se satisfaga el requisito de la pre via indemnización que supone toda expropiación, y a esos efectos estimamos que los preceptos pertinentes del Código Civil cumplen la función de calificación legal de la utilidad pública en la redención de dichos derechos reales.

No obstante, la afirmación sobre que no es impres--cindible el dictado de leyes especiales de expropiación -que dispongan la redención de los derechos reales suprimidos, pero subsistentes en tanto sus titulares no sean indemnizados, entendemos conveniente que una ley nacional, y por ello con vigencia en todo el país, regule los métodos más adecuados para la fijación de la indemni--zación según los derechos de que se trate, y la naturaleza •de los intereses en juego. La ley nacional que propiciamos. no importa descartar la posibilidad de que se sancionen leyes locales con idénticas finalidades.

La ley 4124 del año 1902, sobre redención de capellanías, partió de la base de suponer —como nosotros— <iue los derechos reales que Vélez quiso suprimir no quedaron automáticamente extinguidos, y es por ello que organizó su redención. Esa ley se dictó con alcances locales (Capital Federal y Territorios Nacionales). y por tanto con técnica que no recomendamos.

CAPÍTULO X

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. DIFERENTES CRITERIOS

En este apartado expondremos las clasificaciones de los derechos reales organizados por el derecho civil argentino, y por tanto, no abordaremos aquellas que recogen criterios válidos para el derecho comparado, pero no para el nuestro, como tampoco las atinentes a derechos reales que excedan el marco de la legislación civil.

Con la delimitación precedente, sin embargo, esbozaremos todas las clasificaciones que puedan tener un interés dogmático y didáctico, y a través de ellas nos ocuparemos de los rasgos que diferencian a los distintos derechos reales para contribuir así a una mejor conceptualización.

19) *Derechos reales sobre cosa propia o cosa ajena.*

El índice clasificatorio será aquí la posibilidad de que la propiedad sobre la cosa objeto del derecho real de que se trate, sea (total o parcialmente) de su titular, o no lo sea.

Son derechos reales sobre la cosa propia: el dominio, el condominio y la propiedad horizontal. Son derechos

sobre la cosa ajena: el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres activas, la hipoteca, la prenda, la anti-crisis, los censos.

2º) *Derechos reales sobre cosa propia o no propia.*

Este criterio es en realidad una variante del anterior. que parte de la base de considerar la existencia de derechos reales sobre una cosa mueble que no sea propia, pero tampoco ajena, ya que la cosa no tendría dueño.¹⁵⁹ Las cosas sin dueño son tales, o por no haberlo tenido nunca ("res nullius"), o por haber sido abandonadas por su dueño ("res derelictae").

3º) *Derechos reales de goce (disfrute) o de garantía.*

Es una subdivisión que cabe para los derechos reales de contenido menor que el del dominio. En los de goce o disfrute su titular puede extraer directamente de la cosa un beneficio mayor o menor, sin alterar su substancia; en los de garantía, el beneficio que los define está dado por la seguridad que brindan al crédito que garantizan.

Son derechos reales de goce o de disfrute: la propiedad horizontal, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas. Son de garantía: la hipoteca, la prenda, la anticresis y los censos.

¹⁵⁹ ver. Barbero, op. cit. en nota 104, n° 466, pág. 211, para quien es mejor hablar de derechos "in re non propria", que de derechos "in re aliena". Dice Amo, Carlos, "Las servidumbres rústicas y urbanas. Estudio sobre la teoría de las servidumbres prediales", traducción de Adolfo Losada. Madrid, s/f, n° 1, pág. 6: "Realmente, para que pueda existir servidumbre sobre una cosa es menester tan sólo que no sea propia, que "nulli res sua servil", D. VIII 2-26, Vil 615, pr. VII 1-63; XXIII 3-78; no es por consiguiente necesario, dada la naturaleza jurídica de la servidumbre, que grave sobre cosa ajena, pues puede muy bien existir aquella sobre la *res nullius*, por lo que no hablan con exactitud los autores, siendo su lenguaje contrario a las fuentes, cuando llaman a la servidumbre un derecho real sobre *cosa jjenii*".

4^º) *Derechos reales principales o accesorios (en función de garantía).*

Son principales los que tienen vida propia sin dependencia de un derecho creditorio, y accesorios (en función de garantía) cuando dependen de un derecho creditorio al que garantizan.

Son principales: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas. Son accesorios (en función de garantía) : la hipoteca, la prenda, la anticresis y los censos. ""

5*?) *Derechos reales sobre la substancia o sobre el valor de la cosa.*

Los derechos reales sobre la substancia se ejercitan sobre la materialidad de la cosa, en tanto que los otros recaerían sobre el valor de ella.

Son derechos reales sobre la substancia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas. Serían derechos reales sobre el valor: la hipoteca, la prenda, la anticresis y los censos.

6") *Derechos reales sobre la substancia o sobre la utilidad de la cosa.*

La connotación del vocablo "substancia", es aquí distinta de la que reviste en la clasificación anterior, puesto que en el sentido que ahora utilizaremos, un derecho real es sobre la substancia, cuando su titular tiene la facultad de disponer materialmente de la cosa y decidir su destino económico. Si el beneficio que concede el derecho real a su titular no alcanza a las facultades precedentes, se tratará de un derecho sobre la utilidad.

160 Ver supra capítulo VIII, A-9".

Esta clasificación tiene más sentido aplicada a los derechos reales principales, y de ese modo el dominio es el único derecho real sobre la substancia, y el condominio, la propiedad horizontal, el usufructo, el uso de habitación y las servidumbres activas, son derechos reales sobre la utilidad de la cosa.

7º) *Derechos reales perfectos o imperfectos.*

El derecho real es perfecto cuando su contenido reúne la totalidad de las facultades susceptibles de ejercitarse sobre la cosa, e imperfecto en caso contrario.

Sólo es derecho real perfecto el dominio, cuando es pleno o perfecto. Son derechos reales imperfectos, el dominio, si es menos pleno o imperfecto, y todos los restantes derechos reales.

8º) *Derechos reales de contenido mayor o de contenido menor.*

El derecho real es de contenido mayor cuando comprende el mayor número de facultades posibles sobre la cosa; es de contenido menor, cuando solamente comprende un número limitado de facultades desprendidas del derecho real de contenido mayor.

Derecho real de contenido mayor es el dominio, ya perfecto, ya imperfecto; todos los otros son derechos reales de contenido menor.

9º) *Derechos reales exclusivos o no.*

El derecho real es exclusivo, cuando su titular debe ser una sola persona y no es factible la concurrencia del mismo derecho real sobre la cosa en cabeza de diferentes titulares; no son exclusivos aquellos que por admitir la concurrencia pueden tener uno o varios sujetos.

Los derechos reales exclusivos conducen a la teoría de la comunidad de esos derechos, mediante la posibilidad de figuras jurídicas que conforman, según el criterio que se adopte, o bien derechos reales de tipo distinto al del exclusivo respectivo, o bien situaciones especiales de esos tipos exclusivos.

Son derechos reales exclusivos: el dominio, la propiedad horizontal, el usufructo, y también el uso y la habitación en tanto la utilidad obtenible de las cosas que son sus objetos no supere la satisfacción de las necesidades de sus titulares y "familias". Son derechos reales no exclusivos: los de garantía (hipoteca, prenda, anticresis, censos) , las servidumbres activas, y además el uso y lá habitación si la utilidad obtenible de las cosas que son sus objetos supera la satisfacción de las necesidades de sus titulares y "familias".

La comunidad de derechos reales de dominio, de propiedad horizontal, de usufructo, y en su caso de uso y de habitación, origina las siguientes figuras jurídicas: el coridominio, la co-propiedad horizontal, el co-usufructo, el co-uso y la co-habitación.

10.) *Derechos reales perpetuos o temporarios.*

Los derechos reales perpetuos son los que en principio duran indefinidamente, y temporarios, los que están sujetos a extinguirse por la incidencia del tiempo.

Son derechos reales perpetuos: el dominio (salvo los casos en que el dominio es imperfecto por falta de perpetuidad, como el revocable o fiduciario —subordinados a plazos o condiciones resolutorias—), el condominio (mientras no haya partición), la propiedad horizontal (en tanto no se extinga el sistema), y las servidumbres activas reales í'siempre que no se pacte lo contrario y subsista la utilidad que el fundo sirviente procura al dominante).

Son derechos reales temporarios: el dominio imperfecto por falta de perpetuidad (revocable o fiduciario —que terminan con el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición—), el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres activas reales (si así se lo pactó o se extingue la utilidad que el fundo sirviente procura al dominante) y las servidumbres activas personales.

En cuanto a los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis y censos), su vida está condicionada por la del derecho personal del que son accesorios, con la particularidad de que los censos no pueden exceder de cinco años.

11.) *Derechos reales vitalicios o no.*

Los derechos reales vitalicios son aquellos temporarios que tienen como duración máxima la vida de su titular, y no vitalicios los derechos reales perpetuos y los temporarios cuya duración limitada no depende de la vida de su titular.

Son derechos reales vitalicios: el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales, salvo que fueran otorgados por plazo o condición resolutorios que se cumplan en vida del titular.

Son derechos reales no vitalicios: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, las servidumbres activas reales, la hipoteca, la prenda, la anticresis y los censos.

12.) *Derechos reales extinguidos o no extinguidos por el no uso.*

Los derechos reales extinguidos por el no uso, son aquellos que desaparecen por el no ejercicio del derecho durante el plazo establecido por la ley; no extinguidos por el no uso, los que subsisten independientemente de su ejercicio.

Son derechos reales extinguibles por el no uso: el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas (^reales o personales).

Son derechos reales no extinguibles por el no uso: ■el dominio, el condominio y la propiedad horizontal.

En lo que respecta a los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis y censos), exceden esta clasificación, adecuada para los derechos reales principales.

13.) *Derechos reales dependientes o no de la posesión de un inmueble.*

Derechos reales dependientes de la posesión de un inmueble, son aquellos en los que su titular no es una persona determinada sino el poseedor de alguna heredad; en los derechos reales no dependientes de la posesión de un inmueble, su titular se individualiza con abstracción de dicha posesión. La primera de estas categorías es conocida en la doctrina comparada bajo el nombre de derechos objetivamente reales, y la otra como derechos subjetivamente personales.^{11U}

Son derechos reales dependientes de la posesión de un inmueble, únicamente las servidumbres activas reales; todos los demás derechos reales, son independientes de esa posesión.

14.) *Derechos reales transmisibles o intrasmisibles**

Los derechos reales transmisibles son los que admiten el cambio de su titular por actos entre vivos o "mortis -causa"; intrasmisibles, los que no admiten sucesión traslativa.

Son derechos reales transmisibles "mortis causa" y **por** actos entre vivos: el dominio, el condominio y la propiedad horizontal.

íci Ver Wolff, op. cit. en nota 129, págs, 11 y 12.

Son derechos reales transmisibles solamente por actos entre vivos (y no "mortis causa") : para algunos el usufructo y el uso oneroso sobre inmuebles.

Son derechos reales intransmisibles por actos entre vivos: la habitación, el uso de muebles o gratuito de inmuebles, las servidumbres activas personales, y para algunos, además el usufructo y el uso oneroso de inmuebles.

Son derechos reales intransmisibles "mortis causa": el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres activas personales.

Las servidumbres activas reales sólo se pueden transmitir conjuntamente con la propiedad del fundo dominante.

Los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, anticresis, censos), solamente se transmiten con los derechos personales a los que acceden y garantizan.

15.) *Derechos reales sobre cosas inmuebles y muebles.*

Este agrupamiento se apoya en la naturaleza inmueble o mueble de la cosa sobre la que se ejercita el derecho real.

Son derechos reales sobre inmuebles o muebles: el dominio, el condominio, el usufructo, el uso.

Son derechos reales sobre inmuebles: la propiedad horizontal (unidad de inmueble edificado), la habitación (casa), las servidumbres activas (reales o personales), la hipoteca, la anticresis y los censos.

Derecho real sobre muebles: la prenda.

16.) *Derechos reales sobre cosas con valor en sí mismas y sobre cosas representativas de valor.*

Los derechos reales sobre cosas con valor en sí mismas, son aquéllos cuyo objeto es una cosa mueble o in-

mueble por su naturaleza. Los derechos reales sobre cosas representativas de valor, son los que recaen sobre cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo (instrumento).

Son derechos reales sobre cosas con valor en sí mismas, todos los del derecho civil (únicos aquí tratados). Son derechos reales sobre cosas representativas de valor (instrumentos) : el usufructo de créditos y la prenda de créditos.

17.) *Derechos reales que se ejerzan o no por la posesión.*

Los derechos reales se ejercen por la posesión, cuando ésta es su contenido, o sea el medio por el cual se obtienen los beneficios que otorgan; no se ejercen por la posesión ■ en caso contrario.

Son derechos reales que se ejercen por la posesión: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, el usufructo, el uso, la habitación, la prenda y la anticresis.

Son derechos reales que no se ejercen por la posesión: 3a hipoteca y los censos.

Las servidumbres activas deben ser ubicadas en una situación especial en cuanto a su ejercicio o no por la posesión, pues si bien no es necesaria la entrega a su titular del fundo respectivo, su ejercicio puede implicar actos posesorios; así ocurre en las servidumbres positivas.

18.) *Derechos reales provisionales y definitivos.*

Los que consideran que la posesión es un derecho, criterio que *no* compartimos, ven en ella un derecho real provisional expuesto a desaparecer ante la acción del titular del derecho real definitivo.

19.) *Derechos reales verdaderos y putativos.*

Hacemos mérito de esta clasificación desarrollada en el Esbozo de Freitas,¹⁰² dado que nuestro Código la recoge en algunas disposiciones (arts. 2504, 2796).¹⁶³

Son derechos reales verdaderos, todos los derechos reales cuando su titular tiene derecho de ejercerlos. Son derechos reales putativos, todos aquellos cuyos titulares los ejercen sin derecho, pero cuyo ejercicio genera la presunción de la existencia de ese derecho.

Es evidente la conexión de los derechos reales putativos con la teoría de la apariencia.¹⁰⁴

20.) *Derechos reales que admiten o no como fuente a la ley.*

De conformidad con el criterio que sentáramos al tratar las fuentes de los derechos reales, es dable distinguir a los derechos reales según que puedan o no ser originados por imperio de la ley.

¹⁸² Dice el art. 3707: "Los derechos reales son *verdaderos* o *putativos*, *Verdadero* cuando el que los ejerciere tuviese en todos los casos el derecho de ejercerlos o los hubiere legitimado por prescripción. *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 presumiere con derecho de ejercerlos. el que los ejerciere".

¹⁶³ Art. 2504: "Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese-que transmitió o constituyó un *derecho real verdadero* como si lo hubiera-tenido al tiempo de la transmisión o constitución". Art. 2796: "Compete la acción contenciosa... a los *titulares verdaderos o putativos* de servidumbres-personales activas...".

¹⁰⁴ Esta clasificación tiene paralelo con el criterio de la posibilidad de que en casos especiales una cosa tenga dos propietarios, no obstante lo-dispuesto por el art. 2508 del Código civil; uno, frente a todos sin excepción, otro, con relación a todos menos respecto del primero (Allende, op. cit. en. nota 118, pág. 52 y sgtes.). Entendemos que el propietario frente a todos. sin excepción, es dueño *verdadero*, y el propietario con relación a todos. menos respecto del primera, es dueño *putativo*.

Son derechos reales que admiten como fuente a la ley: el dominio (en el caso del art. 2412), el condominio si es de indivisión forzosa y ella responde a la ley, y el usufructo (el usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos que estén bajo su patria potestad). Son derechos reales que no admiten como fuente a la ley: el uso, la habitación, las servidumbres activas, la hipoteca, la prenda, la anticresis y los censos.

21.) *Derechos reales registrables o no.*

Son derechos reales registrables, todos los que recaen sobre cosas inmuebles (siempre: habitación, servidumbres activas, hipoteca, anticresis, censos, y cuando recaen sobre inmuebles: dominio, condominio, usufructo y uso).

Son derechos reales no registrables: la prenda siempre y el dominio, condominio, usufructo y uso si recaen sobre muebles, con excepción de los casos especiales en que la ley exige la registración.

CAPÍTULO XI

DEFINICIÓN DEL DERECHO REAL

Queremos concluir esta obra sobre el derecho real, en la que hemos analizado algunos de los elementos que hacen a su teoría general, con una definición analítica adecuada al derecho positivo argentino vigente:

"El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de ingerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado".

Poder jurídico:

No se trata de una facultad aislada como es de la esencia de los derechos relativos (así, los personales o *cre-ditoríos*), sino de *un conjunto de facultades* que, por constituir una unidad, se corresponde con la idea de poder.

De una persona: Este elemento debe aparecer en la definición, pues la persona (de existencia física o ideal), es *sujeto* de todo derecho.

Sobre una cosa:

Es el *objeto* del derecho real, y como la cosa es un objeto material susceptible de apreciación pecuniaria, es

derecho es de *contenido patrimonial*, a diferencia de otros poderes, como los familiares, que al recaer sobre persona: ostentan un contenido extrapatrimonial.

Reglado por la ley:

El régimen de los derechos reales está básicamente dominado por el *orden público* y por ello es la ley la que los organiza en su número, contenido, adquisición, transferencia y extinción.

En virtud del cual se puede obtener directamente de ella:

El poder se ejercita en forma directa sobre la cosa; sin necesidad de que intermedie la actividad de persona alguna, lo que refleja su *inmediatez*.

Todas, algunas, o alguna de sus utilidades:

Se trata del *contenido* de los derechos reales, expuesto según sus distintas amplitudes.

Con exclusión de ingerencias extrañas:

La facultad del titular del derecho real para excluirla a los demás *integrantes de la comunidad* de la utilidad beneficiosa que el mismo comporta, revela su carácter *absoluto* y el *deber de respeto* que cabe a aquéllos, que si es violado da lugar a *acciones reales* para efectivizar la exclusión y proteger al derecho real.

Y que con suficiente publicidad:

Para que el derecho real alcance sus plenos efectos y nadie pueda alegar su desconocimiento, es menester su *cognoscibilidad* a través del medio previsto por la ley.

Se adhiere y sigue a la cosa:

La publicidad suficiente adhiere el derecho a la cosa y sigue con ella quienquiera sea la persona a cuyo poder

ise. Esta *inherencia* se manifiesta con el "*ius persequen-*" y el "*ius preferendi*".

Pudiendo oponerse a cualquier interesado:

Al adherirse el derecho a la cosa, deben someterse a : fuerza vinculante, hasta los *terceros que invoquen un teres legítimo*.

Í N D I C E

CAPÍTULO I

	p [^]
<i>El derecho real en las clasificaciones de los derechos subjetivos</i>	7
A) Distintas clasificaciones	7
B) Criterios clasificatorios	14
C) Esquema clasificatorio	15
D) Gravitación de la clasificación de Freitas en la metodología del Código Civil	16

CAPÍTULO II

<i>Historia del derecho real y su terminología</i>	2\
A) Historia del derecho real	21
B) Historia de la terminología	29

CAPÍTULO III

<i>Concepto doctrinario del derecho real</i>	33
A) Concepto tradicional del derecho real	33
B) Doctrinas que niegan la existencia de diferencias substantiales entre los derechos reales y los personales ...	35
a) Teoría unitaria personalista	35
b) Teoría unitaria realista	42
c) Otras concepciones	45
C) Problema de la existencia de sujeto pasivo determinado en los derechos reales	47

CAPÍTULO IV

<i>Comparación analítica entre los derechos reales y los personales . .</i>	51
A) Semejanzas y diferencias	51
B) Relaciones entre los derechos reales y personales	62

<i>Algunas de las pretendidas situaciones intermedias entre los derechos reales y los personales</i>	65
A) Derechos reales "in faciendo"	65
B) "Ius ad rem"	68

CAPITULO VI

<i>Régimen legal de los derechos reales</i>	73
A) Incidencia del orden público.....	73
B) Creación de los derechos reales. "Numerus clausus"	77
C) Fuentes de los derechos reales	81
D) Tipicidad de los derechos reales	82
E) Modificación de los derechos reales	83
F) Consecuencias de la pretendida creación de otros derechos reales o modificación de los permitidos.....	84

CAPÍTULO VII

<i>Enumeración de los derechos reales, de sus modalidades, e institutos afines</i>	89
A) Derechos reales permitidos, limitados y prohibidos en el derecho civil	89
1º) Solución doctrinaria.....	89
2*) Enumeración	94
B) Enumeración de modalidades que exhiben a los derechos reales con caracteres especiales e institutos configurados a la manera de ellos	94

CAPÍTULO VIII

<i>Concepto de cada derecho real, modalidades y figuras afines</i>	97
A) Concepto de los derechos reales del derecho civil.....	97
a) Permitidos	97
1º Dominio	97
2º Usufructo	97
3º Uso.....	98
4* Habitación.....	98

5º Servidumbres activas	99
6º Hipoteca	99
7º Prenda	99
8º Anticresis	100
9º Censos o rentas reales que no excedan de cinco años	100
10. Condominio	101
11. Propiedad horizontal	102
b) Prohibidos	102
1"º Enfiteusis	102
2» Superficie	103
3º Censos (rentas reales) por más de cinco años . .	103
4º Vinculaciones.....	103
5' Derechos reales "in faciendo"	103
6º El derecho real de retracto	104
7º El derecho real de tanteo o preferencia ...;- "?"	104
B) Modalidades que exhiben a los derechos reales con caracteres especiales e institutos configurados a la manera de ellos	105
a) En el derecho civil	105
1º Las hipotecas bancarias	105
2º La preanotación de hipotecas	105
3" La anotación directa de hipotecas	106
4" Las hipotecas cambiarías.....	106
b) En el derecho comercial	107
1º Prenda comercial con desplazamiento	107
2º Prenda sin desplazamiento (prenda con registro)	107
3* Warrants.....	108
4º Garantía de los debentures	108
c) En el derecho marítimo	110
1º Copropiedad naval	110
2' Hipoteca naval	110
3º Prenda naval	110
d) En el derecho aeronáutico	111
1º Hipoteca aeronáutica.....	111
e) En el derecho minero	111
1º Dominio minero	111
2º Derecho del explotador minero	112
3º Servidumbres mineras	112
4º Usufructo minero	112

f) En el derecho rural.....	112
1 ^º Servidumbres rurales	112
g) En el derecho procesal	113
1 ^º Embargos e inhibiciones	113
h) En el derecho administrativo	113
1 ^º Dominio del Estado	113
2 ^º Servidumbres administrativas	114
3* Ocupación temporánea por el Estado.....	114
4 ^º Requisición de uso por el Estado.....	114
5 ^º Derechos del concesionario sobre cosas del dominio público del Estado.....	115
6 ^º Derechos del permisionario sobre cosas del dominio público del Estado	115

CAPITULO IX

Suerte <i>de</i> los derechos reales existentes con anterioridad. ni Código Civil, y que este suprime o limita.....	117
--	-----

CAPÍTULO X

<i>Clasificación de hs derechos reales. Diferentes criterios.....</i>	121
1 ^º Derechos reales sobre cosa propia o cosa ajena . .	121
2 ^º Derechos reales sobre cosa propia o no propia . .	122
3 ^º Derechos reales de goce (disfrute) o de garantía	122
4 ^º Derechos reales principales o accesorios (en función de garantía)	123
5 ^º Derechos reales sobre la substancia o sobre el valor de la cosa	123
6 ^º Derechos reales sobre la substancia o sobre la utilidad de la cosa	123
7 ^º Derechos reales perfectos o imperfectos.....	124
8 ^º Derechos reales de contenido mayor o de contenido menor	124
9 ^º Derechos reales exclusivos o no	124
10. Derechos reales perpetuos o temporarios	125
11. Derechos reales vitalicios o no	126
12. Derechos reales extingüales o no extingüibles por el no uso	126

13. Derechos reales dependientes o no de la posesión de un inmueble	127
14. Derechos reales transmisibles o intrasmisibles .	127
15. Derechos reales sobre cosas inmuebles y muebles	128
16. Derechos reales sobre cosas con valor en si mismas y sobre cosas representativas de valor ..	128
17. Derechos reales que se ejerzan o no por la posesión	129
18. Derechos reales provisionales y definitivos	129
19. Derechos reales verdaderos y putativos.....	130
20. Derechos reales que admiten o no como fuente a la ley	130
21. Derechos reales registrables o no.....	131

CAPÍTULO XI

Definición del derecho real

133

Se terminó de imprimir el día 6 de abril
de 1998, en ARTES GRÁFICAS CANDIL
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina