

EL USUFRUCTO
USO Y HABITACIÓN
LAS SERVIDUMBRES
LA HIPOTECA
LA PRENDA

Derecho Civil

EL USUFRUCTO
USO Y HABITACIÓN
LAS SERVIDUMBRES
LA HIPOTECA
LA PRENDA

(ESTUDIO CONFORME EL CC)

Carlos Adrián Velis



EDICIÓN

Primera edición, El Salvador 2017

© Carlos Adrián Veliz

ISBN

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Gelsy Aguilar

PLATAFORMA

InDesign CC

IMPRESIÓN

Talleres Gráficos UCA

Hecho el depósito que exige la ley.

Todos los derechos reservados.

Cualquier reproducción total o parcial por medios electrónicos, impresos o de cualquier otro tipo deberá hacerse con apego a los derechos de autor.

CONTENIDO

EL USUFRUCTO	1
LAS SERVIDUMBRES.....	19
LA HIPOTECA.....	41
LA PRENDA.	57
BIBLIOGRAFÍA.....	65

IN LIMINE.

Siempre hemos incitado al lector a confiar en nuestros trabajos, advirtiéndolo que no presentamos opiniones nuestras sino de los sabios. Tal vez sí algún comentario sobre la teoría que preferimos.

Las abreviaturas se entenderán:

p.ej – por ejemplo

CSJ – Corte Suprema de Justicia

“La Sala” – la Sala de lo Civil de la Corte.

v – ver

ap – apartado

Enc – Enciclopedia.

R.J. – Revista Judicial.

CC – Código Civil.

(rep. p. clarid) – repetición por claridad

Si citamos un artículo sin indicación de Código, nos referimos al Código Civil.

EL USUFRUCTO

I. CONCEPTO.

§1. La voz usufructo deriva de las raíces latinas *usus* y *fructus*. Por él se transmite el derecho real de gozar de su utilidad (*ius utendi*) y de sus frutos (*ius fruendi*).

El **usufructo** es un derecho real¹ por el cual una persona llamada usufructuario puede gozar por un lapso de tiempo la cosa que es propiedad de otro, toda vez que no altere su esencia. El aludir al tiempo ya veremos que no es perpetuo como el dominio. Implica restitución.

El art. 769 lo define: “El derecho de usufructo es (i) un derecho real que consiste en la (ii) facultad de gozar de (iii) una cosa con cargo de (iv) conservar su forma y sustancia, y (v) de restituirla a su dueño”. (separaciones nuestras). Observamos lo dicho, de ser temporal, en la letra del romano v, obligación de restituir la cosa a su dueño; en consecuencia no posee la perpetuidad que tiene el dominio.

§2.- Enseñan los autores que es el sistema jurídico-económico el que exige la temporalidad o sea, pues, la terminación del usufructo, ya que si fuera herenciable, habría una infinidad de transmisiones, lo que equivaldría a una vinculación de la propiedad, lo

.....
1 Los derechos reales se clasifican en ilimitados como el dominio, y limitados, como el usufructo. Asimismo se dividen en derechos reales de goce y de garantía. El usufructo, el uso y habitación, las servidumbres serían de la primera clase. Y la hipoteca y la prenda, de la segunda. (cfr. Alessandri-Somarriva)

cual los ordenamientos no permiten. Entre nosotros el art. 107 Cn expresa “se prohíbe toda especie de vinculación” (y da excepción).

§3. – De la definición se desprende que el usufructuario debe utilizar la cosa racionalmente, sin transformarla, modificarla, y debiendo conservarla; como dice en romano iv. Su obligación es conservar la forma y sustancia de la cosa (*salva rerum substantia*) Ejemplo, el “usufructuario de ganados o rebaños, es obligado a reponer los animales que mueren o se pierden...con el incremento natural de los mismos ganados o rebaños” (art. 791) Quiere decir, conservar *el hato* – Es lógico que no con los “mismitos” animales, pero restituirá “el hato” Y antes en el 786 ha dicho en otras palabras, no depredar, y si “bota” árboles del bosque, debe reponerlos. Tiene la custodia de la cosa y ello conlleva al deber de anunciar al propietario las molestias de terceros (ver ap. §12).

El percibe los frutos que el bien produce, sean naturales o civiles. Entre los últimos digamos la renta por alquiler de la cosa. El art. 791 sirve para ejemplificar: don Juan dio en alquiler el fundo en el 2012, y luego en el 2014 lo da en usufructo a Pedro. Desde el momento en que se inicia ese gravamen, Pedro cobrará los “alquileres”. Y más: los frutos civiles o rentas, pertenecen al usufructuario día por día (art.792); esto significa que si a la finalización del usufructo de Toño, que ocurre el trece del mes, se hará una operación matemática: 300 pesos de la renta del mes entre 13, el resultado es lo que se le asignará a Toño. / De los frutos naturales percibe los pendientes al tiempo de deferírsele el usufructo; los pendientes al tiempo de finalizar el usufructo, los pertenecerán al propietario (784).

Generalmente se constituye sobre inmuebles, pero puede ser sobre muebles, como explotación de un vehículo automotor y el ejemplo del ganado (art 791). Ya vemos en la definición legal que dice ampliamente “de una cosa” y sabemos que las cosas u objetos son muebles o inmuebles (y remachando, el art. 790 expresa la frase: “el usufructuario de cosa mueble”).

§4. – Si recae sobre inmuebles, debe ser otorgado por escritura pública (art. 772: “*El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público*”).

§5. – **Nuda propiedad.** El propietario que constituye usufructo sobre su cosa ha quedado con un derecho de dominio “desnudo”, mudo, y al cual ahora se le llama *nuda propiedad*; siempre es dueño, pero con dominio recortado, disminuido.

Y ocurre entonces que sobre la cosa hay dos derechos: el del usufructuario y el del nudo propietario. Este último ya no puede disponer del usufructo (y lo que conlleva este derecho) ya no lo tiene como anteriormente cuando formaba parte del derecho de dominio; y hay más: no debe estorbar el ejercicio del usufructo. Si vende, cede el usufructo está enajenando una cosa ajena. Sí puede transmitir la nuda propiedad por acto entre vivos o por testamento y al fallecer la heredan sus sucesores (art. 776. *La nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte.*).

§6. – Es entonces el usufructo, desmembración del derecho de dominio. Este último, sabemos, está constituido por muchas facultades que pueden segregarse, tal como observamos en la institución que nos ocupa: se desmembró el *ius utendi* y el *ius fruendi*. En otros convenios se desmembra el derecho de habitar la cosa (casa), otras veces de usarla, percibiendo una parte de los frutos, que es en lo que consiste el derecho de uso. (Dice el art. 813: *El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.*)

§7. – **Diferencia con arrendamiento.** Del arrendamiento no deriva un derecho real, sino uno personal, aunque se refiera por ejemplo a un inmueble: el arrendatario tiene un derecho personal para la explotación o sea percibir las utilidades. Veremos adelante que el usufructo termina cuando fallece el titular, no lo suceden los herederos en ese derecho; en cambio en cuanto al arrendamiento, los herederos lo pueden continuar en esa calidad, si fallece el arrendatario, porque es la regla general de que ellos continúan la persona del difunto, le suceden en todos los derechos y acciones. Otra diferencia ya notada es: el arrendamiento está limitado por una fecha especificada, un año, tantos años, etc, no puede ser imprecisa; y en el usufructo puede estar indeterminada, “en veremos” esa limitación temporal: la muerte del usufructuario no se sabe cuándo

acaecerá (en el vitalicio; advirtiendo que hay otras formas de terminación del usufructo – art. 809).

II. FUENTES.

§8.-Modos de adquirir el usufructo. Tenemos:

1. Por la ley, como el del padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo.
2. Por testamento.-
En este caso tiene aplicación lo que se dice en el siguiente numeral, sobre el modo de constituirlo y su duración (ej. condición, término, etc.).

Una cuestión a resaltar si su constitución es por testamento: “entonces el usufructuario tiene derecho a recibir la cosa fructuaria en el estado en que al tiempo de la delación se encontraba (777), y tendrá derecho para ser indemnizado de todo menoscabo o deterioros que la cosa haya sufrido desde entonces en poder y por culpa del propietario (art. 777), es decir “desde la delación hasta la entrega”. El artículo alude a la ocurrencia de dar el testador el usufructo a Toño y la propiedad a Pedro. Si éste tiene la cosa desde la delación y ella sufre daños por su culpa, él responderá ante Toño.

Valencia Zea abunda: dice la norma 777 que recibirá la cosa como esté al tiempo de la *delación*², no como estaba *al tiempo de la constitución del usufructo*, que es en el acto del testamento; porque el testador ha tenido la cosa en su poder mientras vivía y él puede haberla transformado o deteriorado, y hasta puede haberla destruido, y entonces no va a haber usufructo. Tras la delación hay un encargado de “entregar” ese usufructo, que puede ser el heredero o un tercero; entonces “tendrá derecho (el interesado) a ser indemnizado por el menoscabo o deterioro que haya sufrido la cosa desde la delación” (*Valencia Z*).

Sabemos qué significa “el tiempo de la delación”. Ese es el momento en que expira el testador; ocurre en ese segundo “el llama-

2 Art. 957-La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

miento que hace la ley a los herederos a la herencia” (957), que es lo que se llama “delación”.

3. Por donación, venta u otro acto entre vivos.

Aquí relacionemos el art 774: “se puede constituir puramente, bajo condición suspensiva o resolutoria, desde cierto día, por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario”; y el art. suple algo no dicho en el contrato: si no se ha dicho nada de plazo, “se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario”; vitalicio.

4. Por prescripción.

La prescripción adquisitiva o usucapión permite adquirir los derechos reales, conforme el art. 2237, el cual arroja un atarrayazo: “Se ganan de la misma manera (prescripción) los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados”³.

Sabemos que hay **posesión de derechos** (y ejemplifiquemos con la **posesión de la servidumbre y posesión del usufructo**), que consiste en la serie de actuaciones de alguien como si fuera el verdadero titular de ese derecho. Y la posesión puede ser regular o irregular. Regular la que se alega con justo título y buena fe; la irregular aquella a la que falta alguno de esos dos elementos. El justo título a veces no es un instrumento válido, que cumple todos los requisitos y formalidades de ley y que ha extendido la persona que debe extenderlo (digamos el dueño). Si esto último lo exigiera el Código, el que tiene este título no recurriría a la prescripción, pues daría pleno efecto la transmisión del derecho y sobraría alegar adquisición por prescripción, pues el título transmitió cabalmente. Remachan los doctrinarios que la prescripción remedia el defecto de haber adquirido de un “non domine”⁴ o el título era defectuoso. De esa manera veamos en la adquisición del usufructo por prescripción: lo “constituyó” alguien que no era propietario del fundo, pero el “usufructuario” ejerció todos los actos de un titular: cortó

3 Derechos reales exceptuados de adquirir por prescripción son las servidumbres discontinuas y las inaparentes, como vemos en Sección Las Servidumbres.

4 “Non domine”, el que no es dueño y transmite la cosa. Ese negocio puede servir como justo título para la prescripción adquisitiva.

mangos, vendió la cosecha, cobró alquileres, sembró, etc, durante los diez años o treinta exigidos. Se le declarará usufructuario por haber adquirido el derecho por prescripción.

III. MODOS DE CONSTITUIR EL USUFRUCTO

(supra hemos visto las fuentes)

- a. §9 *simple* – sin condición, sin término, sino enunciando, dar sin aditivos.
- b. bajo **condición** suspensiva o resolutoria.
- c. bajo **término** suspensivo o resolutorio (art 774: cuando no se fija término para su duración; o sea ante el silencio se entiende constituido **para toda la vida** del usufructuario [vitalicio]).

El usufructo a favor de una *corporación o fundación* cualquiera no pasará de treinta años. (774.3). Subrayar los vocablos: no comprende sociedades civiles o mercantiles.

- d. *sucesivo* – está prohibido entre nosotros; se constituye a favor de Pedro y Juan; primero lo gozará Pedro y al terminar el de éste comenzará el de Juan. (art.773). Si se constituye, el usufructo que tenga lugar primero es el único que surtirá por el tiempo que se le designó. Sólo que Pedro falte antes de deferírsele el usufructo, entrará a gozarlo Juan; vale decir, se tendrá al segundo como sustituto.
- e. *alternativo* – prohibido. Es a favor de Pedro y Juan; que Pedro lo gozará por cinco años y luego Juan cinco años; después viene de nuevo Pedro por cinco años y continuará Juan por igual tiempo, etc. (art. 773). Si se constituye tenemos la misma solución: el usufructo que tenga lugar primero es el único que surtirá. Sólo que Pedro falte antes de deferírsele el usufructo, entrará a gozarlo Juan; vale decir, se tendrá a éste como sustituto.
- f. *simultáneo, a favor de dos o más sujetos y el constituyente estatuye el porcentaje* de que gozará cada persona. Ejemplo, dice el constituyente: “lo gozarán al mismo tiempo Juan y Pedro;

-
- el primero tendrá el sesenta por ciento y el segundo el cuarenta por ciento”. (art 775)
- g. simultáneo y son los beneficiados los que se reparten libremente el porcentaje. (art 775)

En estos “simultáneos” los beneficiados tienen el derecho de **acrecer** como sucede en la herencia; esto es, si son dos, al faltar uno de ellos, el otro será beneficiario de la totalidad, o si fueran tres (p.ej), la parte del que falte aumentará la de los otros dos. (art. 783) Pero eso no significa más duración del usufructo, el cual termina al faltar el último.

Sin embargo, el constituyente puede modificar: dice él “no habrá acrecimiento”, y entonces el usufructo parcial del que falte se consolidará con la nuda propiedad. (art.783)

Caucion e inventario

§10. – Son dos exigencias establecidas por el art. 778.

La caución es de garantía de conservación de la cosa y de restitución; el inventario es para seguridad de lo que se le dio, especialmente cuando recae sobre establecimientos, fábricas, etc. No se usan entre nosotros cuando el cedente se reserva el usufructo de lo que traspasa.

El art. 779 dicta que “mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, y se termina el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario”. Pero advierte el art. 780, inc.5, que los muebles que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento.

Si no se rinde la caución en un plazo equitativo, el Juez ad-judica la administración al propietario, y éste podrá realizar las siguientes alternativas:

1. Tomar en arrendamiento la cosa fructuaria. (Parecería raro “tomar en arrendamiento” la cosa que le pertenece como nudo propietario; pero conjugando con lo dicho adelante

-
- en 3, ya que puede dar en arrendamiento a otro la cosa, mejor él se sustituye a ese tercero “autoarrendándose”
 2. Tomar prestados a interés los dineros si acaso sobre ellos recae el usufructo.
 3. Podrá arrendar la cosa fructuaría o dar los dineros a interés. Para esto necesita el acuerdo del usufructuario.
 4. Podrá comprar las cosas fungibles y el dinero “ponerlo” a interés
 5. Podrá vender las cosas fungibles y dar prestados o tomar a interés los dineros que de ello provengan.

IV. OBLIGACIONES Y DERECHOS

El usufructuario es dueño de su usufructo

§11. – Es decir, puede disponer de él libremente. El art.795 establece que el usufructuario puede darlo en arrendamiento, cederlo a cualquier título oneroso o gratuito, vale decir venderlo y hasta puede donarlo, darlo en prenda e hipotecarlo⁵. Pero eso sí: esta disposición vige durante la vida de él porque como hemos aludido, con su muerte termina su derecho; o en otro giro, no disponer mortis causa, no puede transferirlo por testamento.

Y como consecuencia de ser “de él”, los acreedores pueden **embargárselo** por las deudas a favor de ellos (806), talvez a consecuencia de una hipoteca (el usufructo es hipotecable hemos advertido supra)

§12.-*Obligaciones del usufructuario.*

- Ya enunciamos la conservación de la cosa y la restitución. En esta restitución, si es de mueble, dice el art. 790, entregará la cosa en el estado en que se encuentre, pues en realidad por el uso se van destruyendo las cosas; pero si por su dolo o culpa ha habido deterioros, responderá. Si no está cumpliendo el deber de conservación, “el propietario podrá impetrar de la autoridad las providencias conservatoria que

5 Puede hipotecarse el usufructo conforme el art. 2171: la hipoteca tendrá lugar sobre bienes raíces que se posean en propiedad o **en usufructo** o sobre naves.

le convengan si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del usufructuario” (art.805)

- Supra se aludió a la caución que debe prestar e inventario que debe hacer (v §10).
- Respetará las servidumbres que graven el inmueble, y los arrendamientos; éstos toda vez que sean anteriores a la constitución del usufructo, establece el 794. (en cuanto a los arrendamientos sucede al propietario en la percepción de las rentas desde que comienza el usufructo). El propietario no puede gravar con más arrendamientos o cargas el predio.
- Si cede el usufructo, responderá siempre ante el propietario por los actos del cesionario.
- Son a su cargo las expensas ordinarias de conservación y cultivo como hacer “tapadas” contra la erosión, la “chopoda” o “desmorte”, reparación de cercos, etc (las obras mayores que necesite la cosa fructuaria serán de cargo del propietario, y al realizarlas éste, el usufructuario le **reconocerá** el interés legal de los dineros invertidos en ellas (art. 799)
El art. define las **obras mayores** así: las que “ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria”.
- La denuncia de obras mayores (necesidad de realizarlas) deberá hacerla al propietario, hacérselas saber..
- El art 798 prescribe que serán de cargo del usufructuario las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen. El propietario no puede convenir con terceros más cargas que sufra el usufructuario.
- Conforme ese art. el usufructuario pagará los impuestos periódicos fiscales y municipales que graven la cosa durante el usufructo en cualquier tiempo que se hayan establecido. Pagará si ya estaban dictados por autoridad o se dicten tras la constitución del usufructo.
- El usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar. Por consiguiente, es responsable de las servidumbres que por su tolerancia haya dejado adquirir⁶

6

Se entiende adquisición por prescripción.

sobre el predio fructuario, y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa fructuaria hayan inferido al dueño, si no las ha denunciado al propietario, oportunamente, pudiendo. (Art. 804)

§13. – *Obligaciones del propietario.*

- Deberá entregar la cosa al usufructuario tal como estaba al momento de la delación, si el usufructo se constituyó por testamento; responderá de todo menoscabo sufrido por la cosa mientras estuvo en su poder. (v. §8.2)-
- Respetar el goce del usufructo: no hacer cosa alguna que perjudique tal goce (782) como estableciendo nuevas servidumbres.
- Hacer las reparaciones necesarias de la cosa y deberá realizarlas en el menor tiempo posible, con el mínimo perjuicio del usufructuario.
- Si el usufructuario ha hecho las obras necesarias, le reembolsará el dinero invertido por él.
- En estos casos y otros, si el propietario no reembolsa los gastos hechos por el usufructuario, puede éste ejercer el DERECHO DE RETENCIÓN de la cosa hasta que se le pague (802).

§13 bis – **Algunos otros usufructos**

- **Usufructo de acciones** – El titular de las acciones (en una sociedad) las da en usufructo. El sigue siendo el titular de los derechos y obligaciones de socio, y el usufructuario solo tiene las ganancias sociales
- **Usufructo sobre derechos**, como ejemplo de la propiedad intelectual
- **El usufructo sobre créditos** – Es una variación del anterior, pero aquí es sobre un derecho personal o sea de crédito. El usufructuario percibirá los intereses que el crédito genera, que son frutos civiles.⁷

7 Nótese que estos ejemplos son sobre muebles.

V. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

§14. – El Código establece varias causales de terminación, que no son solo las dichas por el art. 809 (leer). Sea cual sea la causal de la terminación, todo convenio o pacto hecho por el usufructuario con terceros se resolverá. Los terceros pueden entablar acción contra él si sufren perjuicio, como el caso de haber éstos invertido en sembrar y el usufructo se termina; – 796), vale decir aquel deberá restituir la cosa al nudo propietario.

a. Por la llegada del termino extintivo o de la condición resolutoria. (art. 807)

Si el usufructo se constituye por un tiempo o con una condición resolutoria, se extingue a la llegada del día o cumplida la condición.

El art. resalta un caso: si se dijo “hasta que Pedro cumpla veinte años”, y éste fallece antes, el gravamen se entiende a día fijo: llegará hasta el día en que el difunto cumpliría los veinte años si viviera.

Caso de ser usufructuaria una persona jurídica, el usufructo termina a los treinta años.

Causales del art. 809

b. Extinción por la muerte del usufructuario.

A la muerte del usufructuario termina el usufructo, incluso se resuelven los pactos con terceros que haya hecho él, todo derecho de extraños que derive de él. El numeral da la excepción a esta causal: si se hubiera constituido por tiempo fijo y a título oneroso con el tercero, no le perjudica a éste la muerte del usufructuario.

Conviene notar el vocablo “constituido”, que viene a significar la fuente del usufructo, su constitución; el constituyente propietario traidió su derecho de usufructo mediante venta, digamos, y fijó tiempo para su duración. No comprenderá entonces la excepción el caso de que el usufructuario ceda su derecho simplemente (no a título onerosos) y luego muere. En ese caso el gravamen se extingue y los terceros compradores o cesionarios incoarán las acciones

a que tengan derecho. (Harto claro es que el nudo propietario para obtener la devolución de la cosa se entenderá con los herederos)

c. Por la resolución del derecho del constituyente*

(* o sea del propietario o del causante [que lo constituyó por testamento])

El art. esgrime el ejemplo de “constitución sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendendo y se verifica la retroventa”; el derecho del constituyente se ha *resuelto*.

§14 bis.. – El vocablo *resolución* debe tomarse en sentido ordinario o popular, pues no es justo que sólo cuando se da “técnico-jurídicamente” la *resolución* sea aplicable la causal. Y esto porque a veces, dice la resolución de la SalaCiv 21-5-74 ⁸, la ley emplea las dicciones resolución, terminación, finalización, cesación, como sinónimos; y en cambio los autores especifican que “resolución” sólo se da como una causa sobrevenida que hace injusto el proseguir en el negocio, diferenciando de la nulidad, que ha nacido con el pacto, que ya va invívita en el convenio. Por eso, si aplicamos en esta norma “resolución” con la significación estrictamente jurídica, caeríamos en no poder decir que el usufructo termina por haber sido *nulo* el título que sirvió al constituyente para establecer el usufructo.

Ejemplos de **resolución**: el art. 1360 sienta en un contrato bilateral el que cumple está facultado para pedir la resolución del pacto cuando la otra parte no cumple. En el art. 1675, el vendedor hace la tradición del dominio aunque no le hayan pagado todavía el precio; él está facultado para pedir la resolución de la venta; imaginar que ese comprador ya con la tradición del dominio constituyó el usufructo, y luego se resuelve el contrato de venta por el motivo dicho de no haber pagado. (art. 661: verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio...)

.....
8 Puso el ejemplo del arrendamiento, y dijo “la ley al tratarlo, se refiere en algunos artículos a terminación, en otros a cesación, a expiración, a rescisión y finalmente en el art. 1793, que regula el arrendamiento de emano de obra, se refiere expresamente a los casos en que se resuelven estos contratos.”...etc.

“La resolución del derecho del constituyente” puede darse también con respecto al testador: se comprueba que no era dueño del bien de que dispuso en el testamento. Esto sería en juicio incoando el verdadero propietario contra los herederos para la restitución. Asimismo se da “la resolución” con respecto al heredero putativo que constituyó el gravamen y se comprueba que no tenía esa calidad de heredero.

d. Extinción por consolidación. –

Ya que el usufructuario puede vender su derecho, por ejemplo, si se lo vende al nudo propietario, el usufructo se extingue por consolidación de ese derecho con la propiedad; asimismo en el caso que él venda tal derecho a un tercero y el propietario también a éste su nuda propiedad. Otro caso con resultado igual: el nudo propietario nombra heredero al usufructuario; hay consolidación, el usufructo se extingue pues el nudo propietario no puede ser usufructuario de lo que es suyo.

e. Extinción por la prescripción.

La prescripción extintiva es un medio de extinguir por el tiempo las acciones judiciales, cuando alguien reclama un derecho. Es la acción la que ya no es atendible, lo cual tiene el mismo efecto de destruir el derecho. Tal prescripción va a ser declarada por Juez porque no se ha ejercido el derecho durante el tiempo que prescribe la ley. No es automática.

También, dice el art. 2256, si otro adquiere ese derecho por prescripción adquisitiva, se extingue ese derecho que el usufructuario tenía. Es decir la adquisitiva de uno funge como extintiva de otro.

f. Extinción por renuncia del usufructuario.

Si éste es capaz, puede disponer de sus bienes y derechos, puede renunciar; pero esa renuncia puede ser una “salida” para no pagar sus deudas y aparecer así sin bienes ante sus acreedores. Esa renuncia ha sido “en fraude de acreedores” (*frauditionis causa*). La solución la da el art. 806 .2: “Podrán por consiguiente (los acreedores) oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos”.

g. Extinción por destrucción total de la cosa.

Podemos incluir un **número 5** en el art. 810 (que solo alude a cuatro causas): por la destrucción completa de la cosa fructuaria; si solo se destruye una parte, subsiste el usufructo en lo restante. “Si todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de éste, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo”⁹. //_“Pero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de ésta conservará su derecho sobre toda ella”._Vale decir, aun sin el edificio que allí había.

La destrucción de la cosa puede ocurrir:

- i) por culpa del usufructuario; en este caso él pierde todo derecho y debe indemnizar al nudo propietario por el valor de la cosa; ii) por culpa del nudo propietario; en esta hipótesis se debe indemnizar por éste al usufructuario. ¿cuánto en dinero? Al respecto, dicen los autores, para calcular ese monto puede recurrirse a las tablas usadas por las compañías aseguradoras, sobre cuánto tiempo podía durar la vida del usufructuario y así sacar el resultado de cuánto puede dársele por el “posible” goce del derecho en los años que le faltan de vida;
- iii) por culpa de un tercero; eso lo resuelve la ley civil y la penal. Si le pagan al dueño la cantidad-valor de la cosa, puede ser la solución en vez de la dicha en *b* que el usufructuario maneje el dinero usufructuándolo, ya que el dinero representa la cosa perdida. Pero claro, con más seguridades, según quiera el nudo propietario.

9
Esta posición del Código, narra Valencia Zea, no ha sido pacífica. Algunos autores y legislaciones defienden que el usufructuario conserva sobre el suelo el goce, pues el edificio tenía como parte el suelo, y de esa manera, puede el usufructuario levantar otra construcción y seguir gozando. Para zanjar la discusión podemos conjugar el art. 791.2 con el art. 810: el primero establece que si el usufructo es sobre un rebaño y éste perece por una epidemia (ej), sólo cumple el usufructuario con entregar los despojos. Es claro, el ganado no era de él, no puede aprovecharse de los restos, de los cueros. Si fuera usufructo sobre un viñedo y éste se seca, no diría “haré leña de los arbustos”, pues los arbustos siempre fueron del “dueño” y por tanto a éste le pertenece “la leña”. Así en cuanto al edificio, le dijeron “aprovéchate de las utilidades”, no le dijeron todo es tuyo; y el suelo siguió siendo propio del dueño del edificio.

Aquí debemos tomar en cuenta reglamentaciones de la época actual: si está asegurada la cosa destruida, para distribuir la suma del seguro entre propietario y usufructuario tenemos las alternativas dichas en el apartado anterior.

- iv. **Desaparición jurídica.** En esta causal cabe hablar de la desaparición o destrucción jurídica de la cosa: ya no estar en el comercio por haberse prohibido su circulación mercantil; su tráfico es ilícito; por tanto, el usufructo ya no vige. Y puede ser que haya sido expropiada la cosa fructuaria. En este punto, razonemos cómo distribuir la suma dada en compensación.
- v. **por caso fortuito.** Si la cosa se destruye totalmente a causa de caso fortuito se entiende sin esfuerzo que se extingue el usufructo y el dominio. El art. 791.2, refiriéndose a una peste exterminadora de rebaños o ganados – que es caso fortuito – rige que el usufructuario en ese caso no responde, y que si hay despojos (los cueros, digamos) cumple con entregarlos.
- vi. *Extinción por desobedecer una prohibición.*

En el art. 795 se encuentra otra causa de extinción; al dar la facultad de ceder o arrendar el usufructo, establece:

“Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente; a menos que el propietario le releve de la prohibición”. “El usufructuario que contraviniere a esta disposición, perderá el derecho de usufructo.”

Los derechos de uso y de habitación

§15. – El derecho de uso es un simulacro del usufructo, pero limitado; así dice el art. 813: al ususrio se le hace participar de las utilidades, limitadamente, de una cosa (al no distinguirse puede ser mueble o inmueble).

Preceptúa el Art. 813. – El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Y en efecto, adelante (art.817) establece que las utilidades que sacará serán limitadas a las necesidades personales del usuario y del habitador, comprendiéndose en esa disposición la familia de éstos y específica también qué se entiende por “familia” para esos efectos.

Ya mencionamos **habitador**: es el mismo usuario al cual se le da derecho de habitar la casa del predio. El derecho de uso se transforma con esto en derecho de habitación. Y entonces, al hablar de casa, ya estamos en el tema de un inmueble. A las utilidades normales de que se habla se agrega así la de habitar. ¿qué cantidad o porcentaje de utilidades? El pacto o “título” lo dirá; y en su defecto, la reglamentación que comentamos

LA FAMILIA *comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.*

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende además las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos (art.817)

El art. 818 determina bien: “En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa.

Y ejemplifica: “Así el usuario de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica, ni el habitador. servirse de la casa para tiendas o almacenes. A menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada”.

§16. – El usuario tomará lo que le sirva para alimentación, pero de calidad ordinaria – común – con frugalidad, no en exceso ni escogiendo lo mejor. Notar que no es usufructo ni está pagando, porque en este último caso ya sería arrendamiento.

El buen padre de familia.

Dice el Art. 820 : *El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de familia; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten.*

El Derecho ha tomado la figura sociológica del **buen padre de familia** como un paradigma, es decir un concepto creado por la colectividad, que conlleva los valores aceptados por ésta como excelentes, ej. honestidad, cuidado, parco, responsable, etc.

Del art. 42 C se extrae que un *buen padre de familia* es el que tiene “la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, y aclara con otras palabras que “el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia” va a usar esa diligencia y cuidado. Todo viene a significar que responde hasta la culpa leve en el manejo o deterioro de la cosa .

§17. – **Derechos intransmisibles.** El art. 821 no permite transmitir los derechos de que tratamos a los herederos ni cederlos a ningún título, prestarse ni arrendarse. Esa prohibición funge también para objetos comprendidos en esos derechos (ej dar en préstamo algún mueble de la casa si se la dieron amueblada)

Pero, dice, pueden enajenar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.

§18. – La EXTINCIÓN de los derechos de uso y habitación se da por las mismas causales del usufructo. Tomemos por caso la consolidación del uso o habitación con la propiedad: el propietario deja como heredero al usuario o habitador; se extingue el derecho de éstos porque no pueden ser usuario o habitador de lo que ya es suyo.

LAS SERVIDUMBRES

(Naturales, legales, voluntarias, “de destinación”)

- I. §19. – En la vida diaria vemos que Juan transita por el terreno de don Pedro a traer agua al pozo de éste; que Toño pasa con su ganado a abrevarlo al río que corre a la orilla del terreno de don Manuel, etc. Esas actitudes de tales sujetos pueden deberse a un simple permiso, “actos de tolerancia”, o a al derecho de servidumbre constituida.

La servidumbre es un derecho real constituido sobre un inmueble para utilidad de otro inmueble ajeno. El art. 822 la define:

“Servidumbre predial o simplemente servidumbre es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño”. (Por tanto, tratándose e inmuebles, se requiere establecerla por escritura pública)

Sirviente y dominante.

El predio que recibe la utilidad se llama dominante. Esta es la servidumbre activa, que es un derecho real.

El predio del cual se extrae la utilidad, o sea el que sufre la servidumbre, padece el gravamen, se denomina sirviente. Esta es la servidumbre pasiva, que no es derecho real sino una obligación del propietario.

(Nota: por abreviar o no repetir demasiado nos hemos atrevido a escribir “el dominante”, por *el propietario del predio dominante*; y “el sirviente” significando *el dueño de la heredad sirviente*.)

Extraigamos de la definición:

- Es un gravamen, lo cual quiere decir una obligación permanente del dueño del predio que sufre el gravamen, no una cuestión pasajera, como el “permiso” o mera tolerancia;
- que es para utilidad de un predio, no por una comodidad de alguien, como que Juan pasa constantemente por el predio de don Toño sólo por acortar camino hacia la ciudad, sin tener Juan un centímetro de tierra por esos lares. Es distinto que Juan pase por esa senda a abreviar a sus animales, ya que su fundo no tiene agua; allí sí es “en utilidad de un predio”. Si alguien no tiene “terreno” no puede pedir constitución de servidumbre.
- Que la servidumbre es sobre un inmueble y a favor de otro inmueble, no puede ser a favor de un mueble ni sobre un mueble. Otra cuestión que no permite la definición: un predio beneficiado sin que haya otro que sufra ese beneficio. Es lo que comentaremos adelante p.ej sobre tomar las aguas lluvias que corren por el camino público para mi predio: no hay otro fundo que sufra esa “toma” que hago.
- Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen (art.826). Van pues en la venta (ej) de los predios y en toda transmisión como dar en herencia el predio sirviente o el dominante.
- Que el predio del cual saca utilidad alguien sea de distinto dueño. De allí se deriva que según la definición legal, si el predio que obtiene utilidad y aquel *del cual* se saca ese provecho son del mismo dueño, no estamos dentro del concepto de *servidumbre*.

Sobre esto último: servidumbre a favor del terreno A sufrida por el terreno B, que pertenecen al mismo dueño, ha originado divergencias. Dicen varios autores: no hay ninguna razón lógica para prohibir que un propietario de un terreno establezca servidumbre sobre otro terreno también de su propiedad. En Roma se permitió llamándola “*servidumbre con destinación del padre de familia*”, que veremos adelante (v. §33)

- Los autores se detienen en la locución “servidumbre predial”. Es porque en Roma y la Edad Media hubo servidum-

bres no relativas a terrenos sino personales ¹⁰, lo cual era como el poder que tenía el “Señor Feudal” sobre ciertos sujetos para que le “sirvieran”. Con la Revolución francesa se abolieron tales servidumbres que pesaban sobre “siervos”. Ahora sólo “sobre predios”.

La definición legal no exige que los predios sean contiguos. Boncasse advierte: los fundos pueden estar alejados, como en la servidumbre de sacar agua de un pozo (y el beneficiado está separado del sirviente por un camino).

II. §20. – EL POR QUÉ DE LAS SERVIDUMBRES

El sistema económico-jurídico, proveniente del pensamiento liberal de la Revolución francesa, tiene invívita la reflexión de que los derechos reconocidos deben tener facilidad de explotación; que el dueño de un inmueble debe disponer de las facilidades (que le debe dar la ley) para su explotación, no son un adorno. En ocasiones el inmueble no puede ser explotado por no tener acceso, por no tener ciertos elementos necesarios, etc, y si los tiene el predio vecino, debe la ley propiciar las oportunidades de sacarle utilidad.

Y tenemos que la obligación legal de proporcionar servidumbre se apega a nuestra Constitución, que reconoce el derecho de propiedad “en función social”. El que permite una servidumbre al vecino está actuando conforme ese pensamiento.

Así se comprende, p.ej, la ideología del art. 849: “Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.”

10 Cabanillas Sánchez sostiene que sí hay servidumbres personales ahora, como cuando se establece en beneficio de una comunidad, no en beneficio de un predio; como la de aguas que necesita una población.(Enc. Civitas)

§20 bis—**La protección de las servidumbres.** El propietario que goza de una servidumbre tiene para conservarla o impedir su molestia “las acciones posesorias (interdictos) y además la acción confesoria; ésta es la acción real que tiene por objeto el reconocimiento de la servidumbre frente a quien la niega o perturba en su ejercicio”¹¹

§21 – LA SERVIDUMBRE ES ACCESORIA DE UN PREDIO, INSEPARABLE DE ÉL E INDIVISIBLE (art.826)

Constituida la servidumbre a favor de un predio, éste la goza independientemente de quién sea el dueño; y constituida “sobre” un inmueble, éste la sufre sin importar quién sea el dueño. Es decir, la servidumbre va ya “indespegable” con el predio. Al venderlo, lleva la servidumbre sea activa o pasiva. De esa manera dispone el 826: “Las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen”. También al hipotecarlo, va incluida allí la **hipoteca de la servidumbre**. Y por eso remacha el Código explicando:

Art. 827. – Dividido el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía.

Don Juan ya había instituido servidumbre a favor del terreno vecino. Deja en herencia a Pedro, Toño y Chepe su predio; estos se lo reparten, tocando a Chepe la parte donde está la senda donde transita el vecino. Chepe debe soportarla. Lo aclara el art. 828.

Art. 828. – Dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente. Así los nuevos dueños del predio que goza de una servidumbre de tránsito no pueden exigir que se altere la dirección, forma, calidad o anchura de la senda o camino destinado a ella.

El terreno dominante estaba en proindiviso de Juan, Toño y Pedro; luego estos se lo dividen. Los tres tienen derecho a la ser-

11 Cabanillas Sánchez, Enc. Civitas.// Existe al contrario, la **acción negatoria**, la que entabla el propietario contra cualquier persona que atente contra su predio alegando tener derecho de servidumbre; acción con el fin de que el Juez declare que éste no la tiene.

vidumbre de tránsito; pasarán por ella los tres, pero sin ampliar la senda, sin hacerla más grande con el pretexto de “que ahora son tres” y **no pueden dividirse la servidumbre**, ella es “una sola”, no pueden hacer desvíos sobre el sirviente modificando la senda.

La servidumbre es accesoria; y a la vez tiene facultades accesorias, como sucede con la de pastaje, la de abrevar ganado y la de extraer agua: el dominante tiene tácitamente el derecho de paso por el terreno sirviente para ejercerla aunque no se diga expresamente, pues es lógico que se entienden concedidos todos los actos necesarios para su ejercicio: la de pastaje, caminar el dueño de los animales por el predio sirviente; así la de extraer agua, introducirse al predio sirviente; etc.

III. §22. – *Racionalidad, inalterabilidad y objetividad de la servidumbre.*

Ello indica que la servidumbre debe ejercerse según su naturaleza, interpretando cabalmente el espíritu del establecimiento, la intención de las partes que pactaron. “El gravamen del predio sirviente no debe ser superior a la real utilización o aprovechamiento del predio dominante. Así el derecho de sacar agua del fundo vecino no puede ir más allá del aprovechamiento efectivo que se haga de ella en la finca dominante, y también del derecho de agua del fundo vecino tiene un límite en las necesidades propias de la finca que necesita de ella. Asimismo, el derecho de pastar los animales en la finca sirviente no puede comprender un número de animales superior al que realmente pueda sostener la finca que tiene ese derecho.”¹²

Si se pactó para las necesidades de la casa que Pedro tiene en la finca (como “leñar”) y luego éste construye allí una colonia, no puede cargarse al predio sirviente con tanta utilidad que se extraerá para las otras casas que se han construido. Ha aumentado el número de personas que se favorecerán y eso es injusto respecto a la heredad sirviente.

.....
12 Valencia Zea.

La cantidad de agua, de pasos, el número de animales a pastar, en las diversas servidumbres establecidas, no puede aumentar exageradamente, pues los materiales de sustento son limitados.

El autor pone el ejemplo de “ir a bañarse” a la finca vecina, pero luego el predio dominante contiene un colegio o una fábrica; no es posible que tanta gente tenga la facultad de bañarse. Es distinto en cuanto a la servidumbre de tránsito, posiblemente el paso de los escolares por la senda no sea dañino, o cuando se ha establecido la servidumbre cabalmente sabiendo del buen número de gente que transitará, como para una fábrica. En esos casos la senda no necesita ser ampliada ni desviada.

Alterar la servidumbre no está permitido ni al “dominante” ni al “sirviente”. De esa manera el art. 831 regula:

“El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.

Pero hay **excepción a la inalterabilidad** o modificación. Dice:

“Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas”.

La variación debe ser pues, justa y consentida por el “dominante”. Si no es así, nadie puede variar, ampliar, alterar, desviar la servidumbre; por ejemplo el dueño del “sirviente” no puede trasladar a otro lugar el camino de la servidumbre de tránsito, o a otro inmueble suyo.

§23. – La necesidad del predio dominante debe ser objetiva, no un goce que es satisfacción de una inclinación o diversión del “dominante”, como ir a cazar pajaritos para tenerlos en exhibición. (No son prohibidos esos convenios, pero técnicamente no debe llamarse servidumbre). Ir a pasear al “sirviente” sólo por ver el bello jardín que allí existe es una subjetividad.

La doctrina no es unánime en cuanto a lo último; la ley “tan sólo exige que el gravamen que sufra un predio, se traduzca en utilidad del predio dominante; y desde este punto de vista, la doctrina considera que utilidad es no solo lo que aumenta el valor económico de un predio, sino lo que facilita su goce”; económico “no es necesario que lo sea siempre, pues las simples ventajas de comodidad, de recreo, de estética, pueden formar el contenido de la servidumbre”¹³ (Es la llamada “*amoenitas causa*”, por causa de amenidad)

Sin embargo hay servidumbres que equivocadamente pueden considerarse subjetividades como la de no construir sino hasta cierta altura el vecino; ello, digamos ha sido pactado para no obstaculizar la vista del paisaje porque en el “dominante” hay un hotel o casa de recreo, y a veces es por necesidad de luz que tiene el “dominante”. Es la “*altius non tollendi*”.

IV. §24. – CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES.

- i. En el acápite hemos aludido naturales, legales, voluntarias y “de destinación”.

Las hay

- a. Positivas como la de paso.
- b. Negativas, de no hacer, tal la del ejemplo último, *altius non tollendi*.
- iii. Y las hay
 - c. continuas y
 - d. discontinuas
 - e. aparentes e
 - f. inaparentes.

Las continuas y discontinuas se distinguen por necesitar o no “un hecho actual del hombre”.

Las **continuas** no necesitan de ese hecho humano para ejercerse; allí están y ellas funcionan permanentemente. “No necesitan de actos inmediatos del hombre, como la conducción de aguas vertientes, vistas y otras de esta especie” (*Boncasse*) Sí puede haber habido para comenzar a ejercerlas una construcción – que es hecho

13 Citas de Valencia Z.

del hombre – como en la de acueducto, que necesitó hacer “zan-
jo”, tubería, cemento, etc; pero luego no necesita de una actividad
humana para que el agua corra; es continua, lo que no significa que
“ni un segundo” dejará de correr el agua, toda vez que fluya. Lo es
también la de “aguas lluvias” (la lluvia del tejado de la casa de Juan
cae en el predio de don Toño) aunque se fijó un canal al principio; y
ocurre así con la de medianería: ¹⁴ aunque para tener ésta se realizó
obra para gozarla, como reforzar la pared “medianera”, después no
necesita actividad humana. Asimismo la de no construir el vecino
hasta cierta altura (*altius non tollendì*).

§25. – La **discontinua** sí necesita acto humano para ver su
ejercicio, y el ejemplo clásico es la de tránsito: pasar el hombre
sobre el otro predio; puede ser que hoy no pase y mañana varias ve-
ces, pero son actos intermitentes . Así calificada la de pastaje, la de
“acarrear” agua. “Estas necesitan la intervención o el hecho actual
del hombre para realizarse, tales como la de paso, extraer agua de
un pozo” (*Bonecasse*).

Si el gravamen se ejerce permanentemente (sin importar activi-
dad humana), es servidumbre continua*; si se ejerce por intervalos
o actos independientes, es discontinua; pueden ser “a cada rato”,
pero son actos desperdigados. (*La adjetivación “continua” así la
han aceptado desde Roma los tratadistas, a pesar de que por ejem-
plo, la de aguas lluvias, no tiene verdaderamente continuidad en una
sequía, que no llueva en todo el invierno)

Las **aparentes**: están a la vista, tienen elementos materiales, se-
ñales exteriores como la de tránsito cuando se ha construido para
ella una senda pavimentada o cercado la faja de terreno donde se
ejerce (es inaparente cuando no se ha determinado por ninguna
señal), y la de aguas lluvias cuando se ha establecido un canal a
propósito. En verdad el Código es del S.XIX, le llama aparente a
la de acueducto, talvez porque no se conocían “los tubos” hoy tan
abundantes, y actualmente nos encontramos con los acueductos
subterráneos “PVC”, no con la apariencia exterior.

.....
14 En ella el dueño vecino sostiene su casa en parte sobre la pared del co-
lindaante. Y es medianera la pared de las casitas de colonos actuales, que
pertenece a los dos propietarios.

§26. – La **inaparente**, lo dice la palabra, no tiene apariencia, sin señal por la que pueda reconocerse, como la de *altius non tollendí*, no construir más de tal altura. Lo es también la de “aguas lluvias” (la lluvia del tejado de la casa de Juan cae en el predio de don Toño) cuando no se ha fijado un canal.

Salvat ¹⁵ ha ejemplificado con relación a las adjetivaciones anteriores; el sabio enseña: continuas y aparentes, la de gozar de vista (agreguemos la de acueducto que “se ve” por el canal artificial construido); continuas y no aparentes – “*altius non tollendí*”, no levantar un edificio a más altura; discontinuas y aparentes – la de paso que se manifiesta por una puerta o camino adoquinado; discontinuas no aparentes – la de paso sin señales. Valencia Zea explica recalando que las discontinuas son las que necesitan de actividad, acto, del hombre. Y las continuas “allí están”, sin que el hombre intervenga, como la de acueducto, que, aunque necesitó de un acto humano – construcción – ella sola “permanece” sin intervención de nadie.

V. COMO SE CONSTITUYEN LAS SERVIDUMBRES.

§27. – El Código distingue: **naturales, legales y voluntarias** (estas últimas por convenio, es decir “título”). La teoría agrega **la destinación del padre de familia** (nominación que viene de los romanos – v. §33.)

Las NATURALES se dan por la naturaleza de los terrenos (arts. 834-839), por su situación geográfica, lo que es difícil modificar y por eso obligan naturalmente; el Código las reglamenta del art. 834 al 839. Como examinaremos algunas no son servidumbres –ateniéndonos a la definición del 822, sino reglas del vivir en comunidad, relativas al buen uso de los bienes públicos o privados sin transgredir el orden público o interés común. Bonecasse (p495) cita a Belga Galupín, que critica así: el Código falla en estos temas pues hay disposiciones que nada tienen que ver con “servidumbre”, sino que son disposiciones legales de vecindad; que ciertas servidumbres solo son obligaciones inherentes a los predios (*obligaciones propter rem*) y facultades invívitadas a los derechos reales como cercar

.....
15 Raymundo M.Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Tª IX, Edit La Ley, 1946; pgs. 351-352.

el fundo. No sembrar árboles sino a cierta distancia de la pared del vecino es simple obligación *propter rem*, por ejemplo.

Art. 834. — *El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descien- den del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello.*

No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial.

En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servi- dumbre natural, ni en el predio dominante, que la grave.

Al decir “sin que la mano del hombre contribuya” para ese curso del agua, está aludiendo a una servidumbre continua; el “co- rrer” puede ser un río, una fuente en el predio “de arriba”, o el agua lluvia. Si ya contribuye la mano del hombre para eso, es porque se ha hecho en el “superior” una cañada, acequia o albañal para que el agua se derrame en el inferior; y eso es prohibido por la norma: “no se puede” hacer esa obra con ese propósito si no se ha constituido esta servidumbre especial. Si se constituye, el sirviente será el infe- rior y el dominante el superior. No habiendo título, en el inferior “no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural ni en el predio dominante, que la grave”. Repitamos con Bonecas- se: “el propietario inferior no puede elevar diques que impidan la corriente o descenso de las aguas”; el propietario superior no puede ejecutar nada que sea causa del aumento de servidumbre que sufren los predios inferiores”

Art. 835. — *El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abreviar sus animales.*

Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a su salida del fundo.

La claridad de la ley exime de comentarios.

Art. 836. — *El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, se limita:*

1º En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título el derecho de servirse de las mismas aguas; la prescripción en este caso será de diez años, contados como para la adquisición del dominio y correrá desde que se hayan construido obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior;

El ejemplo es que Toño, el del predio inferior, satisfecho de que el agua llegue a su fundo, hizo una “gran pila” o canales en el terreno para regar sus cultivos, obra de hace más de diez años; ese derramo del agua es natural y entonces “continua”, y las obras le dan la calidad de “aparente”; así, es una servidumbre que se puede adquirir por prescripción de los diez años.

Se puede adquirir, dice el precepto, por prescripción u *otro título*. Este último puede ser la constitución que hizo el antecesor del actual dueño del predio superior.

2º En cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o reglen la distribución de las aguas entre los propietarios riberaños;

3º Cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino; pero en este caso se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato.

Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda, conforme a las leyes.

Art. 837. — *El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos riberaños, con las mismas limitaciones, y será reglado en caso de disputa por la autoridad competente, tomándose en consideración los derechos adquiridos por prescripción u otro título, como en el caso del artículo precedente, número 1º.*

Esta situación no se ajusta a la definición de servidumbre (822), pues aunque se haya adquirido por prescripción por uno de los riberanos ese goce del agua, no hay aquí un predio que sufra el goce del otro; solo hay en esta ocurrencia la relación *el río o agua disfrutable y el riberano que la disfruta*, no existe un fundo sirviente.

Art. 838. – *Las aguas que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construido el cauce.*

A lo mejor la norma quiso decir “las aguas ya retenidas”, “percibidas”, pues si van en flujo, corriendo, no puede decir “mía” el dueño del predio.

Art. 839. – *El dueño de un predio puede servirse como quiera de las aguas lluvias que corren por un camino público, y torcer su curso para servirse de ellas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso.*

Esta situación tampoco se ajusta a la definición de servidumbre, pues no hay un predio sirviente; el interesado ha tomado el agua de la calle.

§28. – LAS SERVIDUMBRES LEGALES.

(arts. 840-880)

Son relativas al uso público y algunas a interés particular. Muchas son regulaciones de policía, y varias ya no tienen vigencia sociológica por el cambio de ideología colectiva y del ambiente y hay otras leyes sobre ese objeto; reglas que difícilmente se cumplen actualmente (el ejemplo de que para la demarcación de un terreno contribuirán los colindantes en los gastos, o que para pastaje no debe pasar de cuarenta a sesenta cabezas de ganado por cada caballería de tierra; se habla de paredes que deben soportar la construcción del vecino y aun puede éste aumentar el espesor de tal pared para ese objeto; y así). Por otra parte las Alcaldía han elaborado ordenanzas respecto a ciertas ocurrencias, como regulación de “las mercedes de aguas” y hasta nombran un Juez de Aguas.

Varias de las enumeradas en esas normas no son en verdad servidumbres sino limitaciones al derecho de propiedad y enunciación de facultades de todo propietario, atendiendo al orden público y la necesidad de la convivencia, que ya se vislumbraba en el S. XIX época de aparición del Código. Solo hacemos una corta relación:

El art. 840 se refiere a las tareas de pesca y navegación, exigiendo a los dueños de las riberas no entorpecer esos oficios.

Otras normas hablan de cercas medianeras, para cuyo remiendo contribuirán los condueños.

Que si no está cerrado el predio, tiene que sufrir la servidumbre de pastaje respecto a los animales del vecino.

Que alguien es dueño de una cerca; el vecino puede hacerla medianera pagando a aquel la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento... etc.

Si alguien quiere apoyar su construcción sobre la pared del vecino y éste se niega a permitir, se puede entablar juicio....etc.

Las letrinas, depósitos de pólvora, pozos deben estar a una distancia de la pared del vecino.

Un artículo habla de la necesidad de las aguas por una fábrica para mover sus máquinas, etc.

Servidumbre legal de luz: poder abrir ventanas o claraboyas para dar luz alguien a su vivienda. Y así tanta disposición que ya no “pega” con la época actual.

Con temor a equivocarnos nos parece que sí fungen mayoritariamente la de acueducto, pero adecuado a la ingeniería o albañilería moderna, la de permitir el tránsito, la medianería de paredes (más que todo en los nuevos condominios).

Advierte la norma 849 que pueden establecerse por sentencia de Juez (881). No digamos solo por prescripción adquisitiva sino también cuando ordenando la ley su establecimiento el dueño del

“sirviente” está renuente a acceder, como la de tránsito, para cuya obtención puede el propietario del predio sin acceso al camino público demandar al dueño de la heredad que se interpone entre su predio y la calle.

§28 bis. – **Regulación de la de tránsito.**

Art. 849. – *Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.*

Notar: no por exigir la ley dar el permiso será de gratis.

Además, al decir “imponer a los otros”, es optativo para el interesado demandar a uno o a varios de los que se interponen, ha dicho la Jurisprudencia¹⁶

Art. 850. – *Si las partes no se convienen, se reglará por peritos, tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre. De la misma manera se designará por peritos, el lugar por donde deba ejercerse la servidumbre, cuando no quiera concederse el tránsito sino por un lugar que lo haga difícil o peligroso.*

Art. 851. – *Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno.*

Abulemos esa frase: esta servidumbre llega a no ser indispensable; más inteligible: llega a no necesitarse ya. El “dominante”

.....
16 La SalaCiv dijo en res 29-3-73: “es facultativo para el actor demandar a uno o a todos los obligados a soportar la servidumbre; y es el Juez a quien corresponde decidir en el primer caso, si el fundo del que ha sido demandado es el que debe soportarlo, o en el segundo, caso, sobre cuál de los distintos predios se concederá el paso al propietario demandante”.

ha tenido la suerte de que la autoridad abrió una calle que roza su predio. Remitimos a §34 C.

VI. ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN.

§29. – Con excepción de las *discontinuas y de las continuas inaparentes*, todas se pueden adquirir por prescripción o sea por el paso del tiempo (10 años) y ejercicio ininterrumpido (machacar: funge la prescripción si es continua y aparente).

Esas que hemos subrayado sólo se pueden adquirir por negocio jurídico de disposición, vale decir un pacto, contrato o sea lo que la ley dice “un título” (art. 884 – recordar que ese pacto debe ser por escritura pública por ser referente a inmuebles).

§30. – De tal manera las servidumbres discontinuas, como la de tránsito, no pueden adquirirse por prescripción (“ni aun el goce inmemorial” ayuda a obtenerlas –art. 884); las continuas, pero inaparentes, tampoco se pueden adquirir por ese medio. Salvat explica las razones de no conceder esa vía de prescripción: en las inaparentes la posesión o cuasi-posesión carece de la publicidad que debe tener toda posesión, ya que se exige “no clandestinidad” sino a la vista; y las discontinuas, dice el tratadista, violan la tranquilidad y no permitirían buenas relaciones vecinales; nosotros agreguemos que toda posesión, conforme veremos debe ser “no discontinua”. La exclusión – de no prescripción – es, por tanto cuestión de aparecer concorde la ley consigo misma.

VII. LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

§31. – Se refiere la nominación a su forma de establecerlas, al derecho de disposición de sus bienes que tiene toda persona, con los límites de orden público. Ese derecho de disposición lleva al negocio jurídico, vale decir pacto, contrato, convenio, etc, o sea “**título**” y en base a éste pueden haber tantas modalidades, formas, límites, extensiones, etc como los dueños de los predios quieran pactar. El art. 886 lo expresa: que el título o sea el convenio determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente. (las voluntarias, señala Bonecasse, pueden establecerse por título, por prescripción o por destinación del padre de familia – v.§33).

En el establecimiento voluntario por **título**, no hay distinción; se pueden establecer las discontinuas, las inaparentes y toda otra clase (v. ap §29). Y en *título*¹⁷ se abarca el negocio jurídico inter vivos y el testamento: el testador puede constituir la servidumbre sobre el predio que deja en herencia.

Abundemos: el art. 884 machaca: las servidumbres discontinuas de toda clase (sea discontinua aparente y discontinua inaparente) y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las (v. §30). Esas aquí mencionadas pueden ser, p.ej. la de tránsito, la de pastaje, la de “leñar”, que son discontinuas e inaparentes o de las dos calificaciones. (Al adquirir las discontinuas y las inaparentes por título, ya tienen protección de las acciones posesorias). Se pueden constituir de cualquier clase por pacto, toda vez que no transgredan el orden público. Sobre esto último nos imaginamos una gran escasez de maíz y “el dominante” prohíbe sembrar ese grano a los predios vecinos sirvientes porque tiene unos “silos” repletos para monopolizar.

§32.. – **El reconocimiento posterior.** El art. 885 viene a subsanar quizá la dificultad de las discontinuas y de las inaparentes; dice: “El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Está allí encerrada la situación de haber comenzado los *actos similares a la posesión de la servidumbre* y luego el “sirviente” reconoce tal servidumbre; eso es suplenia del título constitutivo; y, considerándolo título constitutivo, abarca el caso de las discontinuas y las inaparentes (que necesitan título). Estamos ante una retroactividad: los efectos del reconocimiento llegan hasta el momento del inicio de

17 Y aquí debemos aplicar el **Art. 667**: “La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvas las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad”. La constitución de servidumbre es entonces contrato solemne. Y recordar también: “constitución” es igual a “tradición” en cuanto a usufructo, servidumbre, uso, etc.

los actos, haciendo la ficción de que en aquel momento ya existía el título constitutivo¹⁸.

El caso de predio en proindivisión. Quizá sobraba este art. 882, pues es sobreentendido que algo que pertenece a varios no puede gravarse sino con el consentimiento de todos.

Si ocurre que uno solo de los dueños lo grava, aplicamos el art. 885: el reconocimiento expreso de los demás dueños hace valer ese negocio.

VIII. §33.. – CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE POR LA DESTINACIÓN DEL PADRE DE FAMILIA

Los romanos, con su axioma prohibitivo *nemine sua servit*, no admitían que alguien constituyera servidumbre a favor de sí mismo sobre terreno suyo.

Pero la teoría actualmente no halla fundamento a ese impedimento. Puede ser que los dos terrenos del interesado estén separados por río o calle pública y entonces hay una servidumbre de hecho cuando el propietario extrae p.ej. piedras de uno para el otro y agua de éste para aquel, etc. Tácitamente el art. 883 acepta esa servidumbre de hecho y la convierte luego en jurídica si se dan las siguientes condiciones;

Dice tal norma: “Si el dueño de un predio establece un servicio (i) continuo y aparente a favor de otro predio que (ii) también le pertenece, y (iii) enajena después uno de ellos, o (iv) pasan a ser de diversos dueños por partición, (iv) subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios,

18 Valencía Zea cuenta que esta disposición fue a consecuencia de una copia automática del Código de Bello, quien no concordó con otras disposiciones que establecen que sólo por escritura pública se podrá constituir servidumbre. En efecto, nuestro art. 667 lo exige: “La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvas las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad”.

a menos que en el título constitutivo de la enajenación o de la partición se haya establecido expresamente otra cosa”. (separaciones nuestras)

Las condiciones, por tanto, para que esa servidumbre que tenía de hecho el dueño se haga jurídica son las siguientes:

- Que se trate de un servicio continuo y aparente.

El Código se cuida diciendo “servicio” establecido por el dueño de ambos predios, y no “servidumbre”, pues es una disposición de hecho del propietario de los dos fundos. Y más: debe ser *continuo y aparente*; de esa manera no funciona la transformación en servidumbre jurídica si no es continua ni aparente, como cuando se hizo una senda en el predio del sur para transitar “a favor del predio del norte”: aunque es aparente es discontinuo el servicio pues el tránsito está calificado de discontinuo (v. §25) Si vende el predio del norte, el comprador no adquiere esa servidumbre de tránsito (según la letra del 883)

- Son dos predios separados que pertenecieron antes a un mismo propietario y entre los cuales existió la dicha servidumbre de hecho.
- Que uno de los predios se transmite a otra persona.
- La servidumbre de hecho, bien determinada, ya existía al momento de la transmisión del predio. “La servidumbre de hecho debe estar suficientemente caracterizada de manera que lo único que impida que se le denomine servidumbre jurídica consista en que los predios pertenezcan a un mismo propietario”¹⁹. Bien establecida indudablemente antes de la enajenación a otro, pues si se constituye en ese momento, ya no es la figura que analizamos sino constitución normal por negocio.

Así, pues, lo que era *servicio de hecho* ya es servidumbre con vida jurídica, reconocida por la ley, al transmitir el fundo a otro.

Leemos de Boncasse: “Si el propietario de dos heredades entre las cuales existe una señal aparente de servidumbre, dispone (vende o dona) de una de ellas sin que el contrato contenga ninguna cláusula

19 Valencia Zea.

sula relativa a la servidumbre continuará ésta existiendo en favor o en perjuicio de la finca vendida” Ha surgido a la vida jurídica con solo ser ahora uno de los predios de distinto dueño.

Y reiteremos con Cabanillas Sánchez ²⁰: “habiendo un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajena una de ellas, como título para que la servidumbre continúe activa o pasivamente”. La enajenación será el título que amparará la servidumbre que nace. ²¹

A este juego le llamaron los romanos “servidumbre por destinación del padre de familia” (en verdad no encontramos autor que explique el por qué de esa denominación)

IX. §34.. – EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES (art. 867)

Las contempladas en el art. 867:

1º – Por la resolución del derecho del que las ha constituido.

La misma observación hecha en §14 bis: resolución se tomará aquí como terminación, finalización, ya que la nulidad declarada, p.ej., tiene que dar por finalizado el derecho del constituyente.

2º – En §9 escribimos que se pueden constituir bajo condición resolutoria o término extintivo. De ese modo, a la llegada de tal condición o término, se extingue.

3º – Por la confusión o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

En este caso en una misma persona recaerían entonces el ser “dominante” y “sirviente” los predios; y no entra en la definición de servidumbre ese acontecimiento, pues el art. 822 exige ser los terreno “de distinto dueño”. El Código da el ejemplo de comprar el dueño de uno de ellos al dueño del otro.

.....
20 Enc. Civitas, ensayo “Servidumbre”.

21 Aunque el autor aclara: “Sin embargo no es continuación de la servidumbre sino de creación ex novo de la servidumbre”

Y en este último caso hay la excepción de “la destinación del padre de familia”: el dueño de los dos predios había establecido una servidumbre de hecho, y vende uno de los predios: subsiste tal servidumbre pero ya en forma, jurídica.

Se daría también la confusión cuando el dueño del sirviente (p.ej) es heredero del dueño del dominante.

4º – Por la renuncia del dueño del predio dominante. (su derecho de disposición)

5º – por haberse dejado de gozar durante diez años contados de la manera prevenida en el art. 2247. Esto en realidad es una prescripción extintiva.

(El art. 2247 dice en cuanto a “contar” el tiempo: “Cada dos días se cuentan entre ausentes por uno solo para el cómputo de los años.

Se entienden presentes, para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio de la República, y ausentes los que residen en país extranjero y que no hayan dejado apoderado competente para la administración de sus bienes”).

El art. sienta que el tiempo dicho de diez años se cuenta respecto a las discontinuas desde que han dejado de gozarse, y en cuanto a las continuas desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre. De la última ocurrencia, es claro, el acto contrario no debe haberlo ejecutado el dueño del sirviente, pues sería fácil para él desvincularse del gravamen. Ejemplo, es acto contrario a la servidumbre de vista levantar obstáculo que suprima la vista el propietario del dominante.

B) Hay una prescripción muy singular: si en el predio sirviente están las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas (digamos se obstruyó el pozo, imposible pasar al río; si el predio se inundó completamente) la servidumbre solo cesa, pero termina a los veinte años de no utilidad. (si antes de esos veinte años ya se puede utilizar, revive tal servidumbre – art. 889).

Leyendo a los colombianos y autores de otra nacionalidad, su ordenamiento contempla la causal de extinción: “ya no necesitar de la servidumbre” el dominante. Entre nosotros esa finalización solo se menciona por la ley con respecto a la servidumbre de tránsito en art. 851 (repetimos lo aludido en §28: Conforme el art. 851, si la servidumbre de tránsito **llega a no ser indispensable** *para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre*) Matizar que esa facultad de pedir exoneración del gravamen lo expresa el Código sobre la servidumbre de tránsito.

Pero con justicia, podemos aplicar la analogía: se tenía la servidumbre de extraer agua del pozo aledaño para las labores domésticas del dominante, pero ANDA llega por allí y establece el servicio de agua potable. O en el dominante aflora un manantial. No es justo seguir con ese gravamen contra el vecino.

LA HIPOTECA

§35. – CONCEPTO

El art. 2157 la define: (a) La hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito, sin que por eso dejen aquéllos de permanecer en poder del deudor. // (b) Si el deudor entregare al acreedor el inmueble hipotecado, se entenderá que las partes constituyen una **ANTICRESIS**, salvo que estipulen expresamente otra cosa. (separaciones nuestras)*

(* de ese modo es garantizadora)

Sobre lo primero, señalado con (a) veamos que la ley se preocupa de matizar que el bien hipotecado queda siempre en manos del deudor. Si el bien se entrega al acreedor, la institución se transforma en otra: en anticresis.

Esa diferencia va con la Historia de la hipoteca. Esta surge en Grecia, de donde toma el nombre (después la perfeccionan los romanos) y en donde el predio gravado lo tomaba el acreedor para mayor seguridad, como una prenda. Eso impedía las labores del deudor en su fundo y por tanto una dificultad para pagar. En Roma se regula como actualmente, reteniendo el predio el deudor, pero concediendo al acreedor un derecho bastante protegido por la ley: derecho de persecución, de venta y preferencia.

§36. – Tenían los romanos la figura de la **ANTICRESIS**, que ahora admite el Código nuestro: con ella el acreedor recibe el predio para que se pague la cantidad debida con los frutos que perciba del fundo, como lo dice la parte (b) del art. transcrito.

El art. 2157 no revela todas las notas esenciales de la hipoteca; no dice p.ej. que es un derecho real, tampoco que es sobre inmueble determinado; y habiendo dicho sobre “inmuebles” luego adelante un art. permite el gravamen sobre naves, que son muebles. Y así.

§37. Por eso Rojina Villegas²² la define tratando de presentarla completa: “La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente sobre inmuebles enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que se otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación”.

§38. – *CARACTERISTICAS*

- a. Es un derecho real y por eso tiene efectos *erga omnes*, lo que se refleja en el derecho de persecución que adelante veremos.
- b. Se constituye por una cantidad determinada (2179); especificada la cantidad inicial, pero se extiende a los accesorios, intereses, etc.
- c. Indivisible, como se lee en el art. 2158. “*La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.* Así, “cuando se hipotecan varias fincas, todas ellas responden de la totalidad del gravamen; el acreedor puede hacerlo efectivo en cualquiera de ellas o en todas, sin importar que el crédito se haya reducido por pagos hechos”. Asimismo “cuando se fracciona una finca, la totalidad de la hipoteca continúa sobre cada una de las fracciones y al mismo tiempo sobre todas ellas” (Rojina V). Y cada palmo de tierra responde por la cantidad entera.

Es el caso del inmueble en proindivisión repartido; y el caso de los herederos del deudor hipotecario. En esta última hipótesis el art. 1246 establece que “si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solida-

.....
22 Compendio de Derecho Civil. Tº IV, Porrúa.

ria contra cada uno de dichos inmuebles...” (Aquí acción solidaria significa reclamar la totalidad)

- d. No tenencia de la cosa por el titular de la hipoteca, sino por el deudor. Salvo constituir anticresis (v.supra §35).
- e. Se constituye sobre bienes inmuebles ciertos y determinados²³ y ENAJENABLES. Esta última exigencia se deduce del art. 2163: *No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.* El que constituye el gravamen debe ser el titular del derecho sobre el cual recaerá; o tener poder especial para ello. // Decir “requisitos necesarios” alude p.ej a la autorización judicial dada al tutor o representante legal para gravar la cosa del representado.

A pesar de la exigencia de “determinación” del bien a gravar, el art 2166 permite una excepción que no es tajante: gravarlo el *condómine* (comunero). Chepe puede hipotecar su cuota-parte en el fundo que tiene con otros. El es propietario con Juan, Toño y Pedro del terreno “La Flor”, pero este fundo está bien determinado. Chepe tiene entonces una cuarta parte indivisa y la puede hipotecar. Es admitido porque la ley obedece a la libre disposición del acreedor; si alguien puede comprar una cuota indivisa, no hay impedimento legal en que acepte hipoteca sobre tal parte que está “en veremos”, pues se arriesga como se permite el riesgo en los contratos aleatorios. (Ocurriendo la partición, la hipoteca recaerá sobre la parte ya determinada que se le asigne al condómine Chepe)

§39. – **Sobre muebles por naturaleza y sin embargo considerados raíces.** Al decir “recae sobre inmueble”, el Código en art. 2168 entiende comprender los *muebles* que lo son por naturaleza pero que el art. 563 señala como inmuebles **por destinación**. El 2168 sienta: *La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 563, pero deja de*

23 La hipoteca general comprendía todo el patrimonio del deudor; y la tácita se presumía de ciertos actos; actualmente debe expresarse de manera expresa la constitución. // De la exigencia de determinación aparece forzada la admisión de hipoteca de bienes futuros, admitida en otras legislaciones, vale decir de bienes de los cuales aún no es propietario el hipotecante.

afectarlos desde que pertenecen a terceros. Y el 563 establece: Los accesorios de un inmueble, esto es, las máquinas, herramientas, utensilios, abonos, animales, aperos y demás objetos destinados inmediatamente al cultivo de una finca o a las operaciones de un establecimiento industrial, son bienes muebles; pero si pertenecieran al dueño del inmueble se entenderán comprendidos en cualquiera enajenación o traspaso que se haga de éste, a menos de aparecer o probarse lo contrario.

Esos muebles, subrayar: si ya pertenecen a terceros recobran su naturaleza de muebles y de esa manera no se abarcan en la hipoteca. Es el caso del tractor vendido por el finquero antes del gravamen, aunque haya seguido funcionando en la finca. El Código no se cuidó de prohibir el fraude del deudor que cede esos bienes para mostrarse no propietario. (¿) Pero hay otras disposiciones que lo prevén, pudiendo aplicarse por analogía.

- f. **Accesoriedad** indespegable. El gravamen que estudiamos se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación (principal) y por tanto no puede constituirse hipoteca si no hay obligación primaria. Esto último pareciera negarse al constituir las llamadas hipotecas abiertas, que aseguran deudas que se contraerán más tarde; pero explica la teoría que se admite el gravamen sin haber aún el crédito cuando es firme, cierto que esa deuda –obligación principal – existirá, no es un aleas. Sobre créditos futuros, que se sabe existirán. De nuestra experiencia vemos que el Banco exige hipoteca abierta para deudas futuras porque ya las ha prometido seriamente. El art. 2163 apoya: ese gravamen puede constituirse antes o después de los contratos a que acceda.

Al cederse ese crédito principal por el acreedor se está cediendo la hipoteca, ya que el cedente no puede “quedarse” con ella, pues no admite el ordenamiento que alguien sea el titular del crédito y otro el titular de la hipoteca-garantía. Tampoco se admite la cesión de la hipoteca en forma autónoma, ella sola, por ese motivo de indespegabilidad ²⁴.

.....
24 Cfr. Valencia Zea.

Extinción de obligación igual muerte de hipoteca.

Por la accesoriedad necesaria, **la hipoteca corre la suerte de la obligación principal**. Si ésta no es válida, no vale aquella porque no tendría sentido permanecer ¿asegurando que?; si ésta se extingue, muere también aquella (dentro de la extinción de la principal están los modos el pago y la destrucción de la cosa debida – remitimos a las formas de extinción de las obligaciones detalladas en art. 1438 ²⁵)

Hay derechos que son eventualmente extinguibles de por sí; y así es cabalmente el de usufructo (v§14). Si se hipoteca éste, es un riesgo para el acreedor hipotecario de perder esa garantía, ej por la muerte del usufructuario (ver §14). Y eso lo advierte el art. 2165; la hipoteca entonces será eventual, casi aleatoria. Dice: “El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible²⁶, *no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese*”.

El art. 2162 permite constituir hipoteca, el gravamen, “bajo cualquiera condición y desde o hasta día cierto”, expresión que produce los efectos de las reglas generales, pero si se extingue por esas causas ya no aplicamos la regla “la hipoteca sigue la suerte de la obligación principal”, sino que se pactó que la hipoteca, el gravamen, se extinguiría independientemente de la deuda garantizada. Trataremos adelante (§44) esta extinción sólo del gravamen y que no lleva la muerte de la obligación principal.

§40. – **Persecución, venta y preferencia.**

- g. Este gravamen conlleva el derecho de persecución de la cosa, clarificando el art. 2176: *la hipoteca da al acreedor el dere-*

25 En art. 1438, generalmente su extinción se debe: 1° Por la solución o pago efectivo; 2° Por la novación; 3° Por la remisión; 4° Por la compensación; 5° Por la confusión; 6° Por la pérdida de la cosa que se debe o por cualquier otro acontecimiento que haga imposible el cumplimiento de la obligación; 7° Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 8° Por el evento de la condición resolutoria; 9° Por la declaratoria de la prescripción.

26 El sentido que debe darse al vocablo es de sujeto a “terminación”, como citamos de la Sala en §14 bis

cho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

“Cualquiera que sea el título” de adquisición: puede ser por transmisión entre vivos o por herencia. El heredero sufrirá esa persecución del predio hipotecado (por el causante) que en la partición se le hubiere asignado. “ Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca – dice el art. 1246 – el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria* contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda. (*aquí “solidaria” significa contra todos los fondos o contra uno específico, a su voluntad)

Esta situación transporta a la idea del **tercero** que adquirió la cosa ya gravada: sufrirá la persecución; eso sí, no responderá personalmente si no se comprometió de forma expresa. De esa manera, si el valor del predio es insuficiente, el acreedor no le reclamará el faltante sino que perseguirá por esa cantidad a los obligados personalmente, es decir a los que originalmente fueron deudores.

La excepción a la tesis “del tercero que compró el bien gravado sufre la persecución” es que si la adquirió debido a que algún acreedor siguió juicio ejecutivo llegándose a pública subasta de la finca, y ese tercero la adquirió por ese medio judicial, no hay lugar a “peleársela” (art. 2176.2). Es consecuencia de que el Juzgado, habiéndose llevado a cabo la adjudicación, ordena cancelar los gravámenes registrados.

En general el tercero adquirente, dice el art. 2177, no se puede exonerar de esa persecución alegando que debe incoarse “primero contra los personalmente obligados”. No tiene derecho a tal objeción (que si la tuviera se llama **derecho de excusión**). Pero tiene el beneficio de la subrogación.²⁷

- h. El *derecho de vender la cosa* el acreedor no significa que él puede libremente hacerlo, sino por los cauces legales, mediante

.....
27 La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. Art. 1478. La tratamos en ap. §47.

el juicio delineado por el ordenamiento, hasta llegar a la subasta pública.. Se pudo en Roma por convenio anterior con el deudor, apropiársela automáticamente ante el incumplimiento. Esto era el PACTO COMISORIO, que fue prohibido por injusto: el acreedor conseguía ese convenio por la apremiante necesidad del deudor.

- i. La hipoteca conlleva el derecho de preferencia. Todo deudor (aun el no hipotecario) tiene la facultad de hacer vender en pública subasta bienes del deudor y con el producido pagarse. Si hubiere varios acreedores y el valor de sus crédito fuere superior al valor que en subasta pública produjo al venta de los bienes del deudor, se aplica entonces la regla del prorrateo, que consiste en que cada crédito se satisface teniendo en cuenta su valor... Pero “los hipotecarios” gozan de preferencia, esto es, que son créditos privilegiados para su pago, que no es a prorrata. Por eso el acreedor hipotecario no tiene por qué preocuparse si el deudor contrae nuevas deudas, pues solo le debe interesar que el valor de la finca sea suficiente para la cancelación de la hipoteca” Primero se pagará su crédito. Y si hay varias hipotecas, primero “la primera”, y luego la segunda, etc. Y al final, del sobrante – si lo hay – se pagan los créditos quirografarios (los no hipotecarios) ²⁸. La calificación de “primera”, “segunda”, etc, depende de la fecha de inscripción y si son de la misma fecha, el orden en que se inscribieron.

El acreedor no puede impedir que el deudor venda su terreno, y realmente no le importa, como dice el autor mexicano: por eso el art. 2164, acorde con esa ocurrencia dice que *“el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario”*.

- j. El contrato de hipoteca es solemne: debe constituirse por escritura pública y anotarse en el Registro de Hipotecas. Sin este registro no tiene valor alguno (2160), no es pues oponible a terceros. En eso consiste su publicidad. Y así se inscribe la cancelación.

28

Cfr. Valencia Zea.

§41. ABANDONO DE LA FINCA

En nuestro medio no tiene vigencia sociológica esta institución.

El art. 1484 la sinonimiza con “cesión de bienes”. Dice: “*la cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas.* (Ya veremos que “cesión” aquí no es transmisión de dominio).

Y esa cesión no es negocio puramente privado; debe intervenir el Juez admitiéndola (art.1485). Y de la norma antes transcrita se deriva, que “el legislador presume que el mal estado de los negocios del deudor se debe a caso fortuito”; es el caso de un deudor no de mala fe, ni culpable de indolencia o mala administración. Y los acreedores no están obligados a aceptar el abandono si antes le dieron al deudor oportunidades como quitas y esperas, es decir oportunidades para hacer fácil el pago, ni cuando ha habido por el deudor dilapidación de los bienes, etc.²⁹

Esta institución viene del Derecho romano; se llamó **bonorum venditio**³⁰. No transmitía la propiedad de los bienes como no la transmite hoy, ya que el art. 1489 lo dice expresamente: los acreedores solo tienen la facultad de hacerse pagar con los bienes y sus frutos (vale decir lo realizarán); y remachando que no es traspaso de la propiedad el art.1489 permite al deudor recobrar sus cosas pagando.

“Esta facultad de abandono carece de interés serio y legítimo y jamás ha tenido aplicación dentro de nuestras costumbres” dice Valencia Zea (habla del ordenamiento colombiano, cuyo CC es idéntico al nuestro).

29 Alessandri-Somarriva hacen una gran estudio, que hace suponer que en Chile sí se atiende a tal figura.

30 Era venta de una universalidad en pública subasta por medio del Juez; el adquirente (bonorum emptor) no obtenía la propiedad de los bienes sino la tenencia o “in bonis”, “tener entre sus bienes” y se necesitaba un cierto tiempo para usucapirlos. El deudor insolvente podía recuperarlos, pagando. Entre los acreedores se nombraba un “Director”, como ocurría en nuestro tiempo con una directiva en el concurso de acreedores. (cfr Petit)

§42. – Respecto a la hipoteca, dice el art. 2174: *El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela y mientras no se haya consumado la adjudicación podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca y además las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor.*

(Otra aplicación del “abandono” que encontramos en el Código es la del heredero beneficiario [el que acepta con beneficio de inventario]. Este puede abandonar, dice el art. 1182 a los acreedores hereditarios los bienes reclamados, para exonerarse de sus obligaciones).

§43. EL DESMEJORAMIENTO DE LA COSA GRAVADA EL art. 2175 – aunque refiriéndose solo a “la finca” – aborda la ocurrencia del peligro que observa el acreedor ante el deterioro de la cosa sobre la cual recae el gravamen, dándole varias alternativas para que permanezca asegurado su crédito; dice (separaciones nuestras)

“Si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a:

que se mejore la hipoteca” o

puede preferir que se le dé otra seguridad equivalente;

“otra seguridad equivalente” sería una segunda hipoteca, fianza, prenda, etc.

en defecto de esas dos alternativas podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo” o puede

implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada.

§44. – EXTINCIÓN DEL GRAVAMEN Y NO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. Son las causas siguientes:

1. – Llegada del término extintivo o de la condición resolutoria

Puede ser que el dueño del inmueble aceptó asegurar la obligación de Juan pero garantizar bajo término extintivo “hasta diciembre del 2017; “después mi predio debe estar liberado”. La obligación de Juan sigue después de esa fecha, subsiste ya simple, no garantizada entonces con hipoteca. Y así en la hipótesis de la

condición resolutoria: “si se casa mi hija, ya no quiero hipoteca sobre mi terreno” (porque se lo traspasará a ella). Y sucede que se cumple la condición; el fundo está liberado pero no por eso se dirá que la obligación de Juan murió, pues el acreedor puede incoar el pago ya que las deudas simples es claro que se pueden demandar.

El art. 2165, cuidadoso, remite al art. 1362, el cual rige sobre el gravamen: si el que debe un inmueble bajo condición resolutoria lo grava con hipoteca, y se da la condición, “no podrá resolverse el gravamen sino cuando la condición conste en el título respectivo inscrito en el Registro de la Propiedad”. A contrario sensu, para más claridad: **la hipoteca se extingue** si el que la constituyó tiene el bien gravado bajo condición resolutoria y ésta no aparece asentada en el título, aunque dicho título esté inscrito en el Registro inmobiliario.

Rojina V. proporciona ejemplos de la independiente extinción de la hipoteca (fuera del término y de la condición).

2.-La destrucción material del bien gravado. Es lógico: la cosa que era garantía ya no existe, no soporta gravamen. Claro que “este” gravamen ha desaparecido, pero puede exigirse otra hipoteca u otra garantía, a voluntad del acreedor.

3.-Que la cosa gravada deje de estar en el comercio. Esto significa un motivo de ilicitud (por el art. 1552 C: lo que está fuera del comercio constituye objeto ilícito) y por tanto hay nulidad absoluta. (Distinto al caso de que la obligación garantizada sea nula por ilícita, esto es, la principal). Pero el art.2161 aplica la regla de la subsanación que tiene la nulidad relativa, si este es el defecto: si se constituyó padeciendo de nulidad relativa, puede validarse por el lapso de tiempo o la ratificación (y la fecha de la hipoteca será la de su inscripción)

4.-La pérdida de la cosa gravada de modo que no puede localizarse; hay una manifiesta imposibilidad de encontrarla.

5.-Que se sabe donde se halla la cosa pero existe la imposibilidad material de recuperarla; y el ejemplo es el crucero hundido en alta mar que es imposible sacarlo a flote.

6.-**resultar el bien no hipotecable.** Conforme el art. 2166, el comunero* puede hipotecar su cuota estando aún en proindivisión el bien que posee con otros; al llegar a la partición, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se le adjudiquen, si fueren hipotecables” SI NO, CADUCARÁ LA HIPOTECA. (* el condómine =el copropietario)

7.-Nos imaginamos por nuestra parte **una confusión:** Don Juan constituye hipoteca sobre su fundo por una deuda que tenía Toño a favor de Chepe; al morir don Juan el heredero del predio es Chepe. Este no puede tener una hipoteca a su favor sobre ese terreno que ya es suyo; se extingue ese gravamen. Imposible decir “el acreedor tiene sobre predio propio una hipoteca que garantiza la obligación de su deudor” La matización de siempre: Toño no está liberado; ahora tiene una deuda simple.

§45. CASOS ESPECIALES DE HIPOTECAS. El autor mexicano examina:

- **hipoteca sobre un bien en proindivisión.** Si éste es gravado con el consentimiento de todos los condueños, no es cuestión problemática; solo que deberá llamarse judicialmente a todos pues hay allí un litisconsorcio forzoso.

Otro caso es que uno de ellos puede, conforme el art. 2166, hipotecar su cuota (estando aún en proindivisión); luego, al verificarse “la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se le adjudiquen, si fueren hipotecables” SI NO, CADUCARÁ LA HIPOTECA. El art. agrega una ocurrencia bien clara: la hipoteca no caduca si los demás consienten en que ella recaiga sobre sus bienes, correcto.

- **hipoteca de usufructo,** que sabemos es hipotecable. Hemos aludido a éste: es virtual, sujeto a terminar por diversas causas (§14), a veces sorpresivamente como la muerte del

usufructuario; a veces con conocimiento previo como estando sujeto a término extintivo.

Una causa de extinción del usufructo es la renuncia del titular; pero esta renuncia puede ser *frauditionis causa* (en fraude de acreedores). En otras legislaciones, al caducar el usufructo por culpa del usufructuario éste deberá constituir otra garantía o pagar; alguna disposición dice que la hipoteca en este caso subsistirá por todo el tiempo convenido, no obstante la renuncia. (Pero esto, decimos, es seguir el usufructo ya sin intervención del usufructuario, lo cual es forzado imaginar; pero a lo mejor la solución es que los acreedores tomarán la administración.)

Cabe reflexionar en este punto que los frutos independientemente, ellos, no pueden hipotecarse. Y advertir que el usufructo legal ³¹ no puede hipotecarse porque es tocante al orden público. Y otra nota que aparece en el art.2171: que “*la hipoteca sobre un usufructo o sobre minas y canteras no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales una vez separadas del suelo*”

Hipoteca sobre la nuda propiedad. – Esta puede hipotecarse así desnuda, de tal manera que en caso de no haber terminado el usufructo que grava el bien, el acreedor que la adquiera en subasta no podrá percibir los frutos. Eso por una parte.

Pero si estando vigente la hipoteca termina el usufructo, ¿la hipoteca entonces se extenderá a ese usufructo que ya se consolidó con la nuda propiedad? Creemos que sí porque es un aumento de la cosa; y concordando, el art 2169 expresa: “*La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada*”. Esta se mejoró o aumentó de calidad porque ya es completa, no con el desmembramiento que tenía. Rojina Villegas cita disposición del Código mexicano, que sobre esa “mejora” lo dice cabal y expresamente.

Hipoteca sobre servidumbres. Esta locución proviene de que si se hipoteca un predio, por la adherencia ineludible que tienen con él las servidumbres, éstas resultan hipotecadas; son parte del fundo, indespegables. Ellas no pueden hipotecarse separadamente

31 Este es el que tiene el padre de familia sobre los bienes del menor hijo.

del predio; si fuera admitido eso habría una dificultad: el titular de la hipoteca no podría venderla en pública subasta, pues no tendría ningún sentido para el postor adquirir la servidumbre sin ser dueño del predio. ¿sobre qué ejercerla?

Hipoteca de hipoteca. – Entre nosotros no es imaginable, pero dice el autor mexicano que en el nuevo Código Civil de México está admitida.

§46. – TRASPASO DEL GRAVAMEN (O DEL DERECHO) DE HIPOTECA.)

La hipoteca no puede transferirse ella sola, independiente, pues no es posible jurídicamente que alguien sea el acreedor de un crédito y otro el titular de la garantía. Generalmente al transferir el crédito sustancial, se traspasa la hipoteca por ley, aunque expresamente no se diga por los contratantes, ya que el art. 1696 manda que “*la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas*”³²

De esta manera al decir “traspaso de la hipoteca”, tácitamente nos estamos refiriendo a la cesión de créditos que conlleva el traspaso de la seguridad correspondiente.

§47. Este traspaso de la seguridad accesoria al crédito se da en los casos de:

-A) **por subrogación legal** ³³ o sea mandato de la ley, traspasándose por ella los derechos del anterior acreedor al nuevo que resulta. Este “nuevo” surge por las hipótesis que imagina la ley,

32 Matizar que dice fianza, privilegio, hipoteca; la prenda es privilegiada.

33 Subrogación: Establece el Art. 1478. – La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga. Luego el 1480 enumera “principalmente”, dice, 1° Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca; // 2° Del que, habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; // 3° Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; // 4° Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; // 5° Del que paga una deuda ajena, **consintiéndolo** expresa o tácitamente el deudor. Otros casos de subrogación legal se leen en los arts. 2212, 1393, 1947, 2016 entre tantos.

de las cuales enumera el art.1480 algunas en donde se da especialmente, ejemplo por pagar Juan una deuda que Toño tenía a favor de Pedro. Juan adquiere los privilegios o garantías que tenía Pedro por esa deuda.

-B) haber **negocio jurídico de cesión del crédito** por cualquier título, sea venta, donación, dación en pago, etc. Es subrogación convencional.

Si es cesión voluntaria de un crédito garantizado por hipoteca debemos aplicar el art. 667, que rige: “La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos (y la hipoteca es derecho real constituido sobre bienes raíces) — se efectuará por medio de un instrumento público en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato y para que surta efecto contra terceros deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad”. La subrogación convencional se da en los casos en que no procede la legal, ejemplo un tercero efectúa el pago sin el consentimiento del deudor (es distinto del N° 5 del art. 1478, donde hay consentimiento del deudor – subrogación legal como se lee en nota al pie de este apartado). En esta cesión el acreedor transfiere, subroga voluntariamente, ya que el deudor o el que solicita la cesión no puede compelerlo a ello. Otra distinción: en la legal las partes no pueden modificar los efectos de ésta, los sienta la ley; en la convencional sí pueden variar, ampliar, restringir, los efectos de esa transferencia, pues es negocio dispositivo. (cfr. *Alessandri-Somarriva, Tº III*)

- C) por **mortis causa**, sea por testamento o abintestato. De cualquiera de las dos forma “si el acreedor hipotecario muere, tanto el crédito como la hipoteca se transmiten a sus herederos o legatarios, pero el crédito se transmite dividido si son varios los herederos, en tanto que la hipoteca permanece indivisible” (Valencia Z).³⁴

34 El causante testamentario puede hacer indivisible o solidaria la obligación sustancial de los herederos, esto es, que no pueden dividirse la deuda para el pago.

§47 bis. – **LA ACCION HIPOTECARIA.**

Es el desarrollo de la persecución de la cosa gravada. Eso está contenido en el Derecho Procesal. Sólo nos llama la atención que se abulte tanto, como si fuera una acción especial como ninguna otra, excepcional. Podemos asignar nombres a otras acciones como “prendaria”, “usufructuaria” cuando se quiere recuperar el usufructo; en ese curso podríamos decir “acción usuaria” para el derecho de uso. Etc.

La acción hipotecaria, conforme el art. 2254 prescribe en veinte años. Respecto a la acción sustancial, varios jueces la han declarado prescrita, diciendo que sobrevive la hipotecaria, vale decir el predio queda siempre gravado. Está difícil: queda un esqueleto, sin contenido, una acción que “se ejercitará” ¿reclamando qué?

LA PRENDA.

(arts.2134-2156)

§48. – Sobre esta garantía nos serviremos de muchas reglas de la hipoteca. Y por eso seremos breves, presuponiéndolas lógicas, racionales, deducibles, pues las líneas reglamentarias y derechos y obligaciones son semejantes en un gran porcentaje.

La prenda se deriva del “*contrato de prenda*”, o empeño. Del latín proviene “contrato pignoraticio”, “acreedor pignoraticio”, etc, ya que *pignus* era la prenda, la cosa empeñada.

El contrato se perfecciona entregando una cosa MUEBLE al acreedor para seguridad de la deuda. Es, pues un contrato real, en el cual tal entrega es necesaria.

(Y solo puede empeñar la cosa quien puede enajenarla – 2137; pero aquí, observación: un no dueño empeña el objeto y el acreedor lo recibe de buena fe, el contrato subsiste hasta que lo reclame el propietario; caso de mala fe del acreedor, no tendrá ningún derecho – 2140)

Esta situación continúa desarrollándose con el 2141: *Si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento, y se verificare la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución competente, y en defecto de una y otra, se le cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago.*

§49. – La excepción en cuanto a *entregar* la cosa la constituye la prenda *sin desplazamiento* (es decir aquella en que la cosa no se des-

plaza, no sale de manos del deudor, quedando en éste la posesión o tenencia); ocurre en la prenda agraria o industrial. En ésta se dan en prenda aun objetos que conforme la ley común son inmuebles como los frutos pendientes (no cortados, todavía en los árboles) y la ley construye aquí una ficción: el acreedor ha recibido la prenda y se la entrega al mismo deudor en el carácter de depositario (art.1156 Com ³⁵). Asimismo las necesidades actuales han inventado otras formas de ese no desplazamiento, como la prenda sobre automóviles. Ello es porque el acuerdo entre acreedor-deudor puede contener la cláusula o el entendimiento de que un tercero (o el deudor) detendrá la cosa como depositario o arrendatario.

Si el acreedor es el que tiene la prenda, él es un *poseedor en nombre ajeno* (y el dueño de la cosa es poseedor en nombre propio). Esa entrega es voluntaria, ya que no puede ser coactivamente tomado uno de los bienes del deudor.

Tal como la hipoteca y la fianza, es un contrato accesorio y asegura obligaciones principales de dar, hacer o no hacer, y éstas pueden estar supeditadas a término extintivo o condición resolutoria. De esa manera se extingue la prenda al darse las ocurrencias, pues no puede haberla si no hay obligación principal, pues ella “supone siempre una obligación principal a que accede” (art.2135)

§50.-Y como la hipoteca, es **indivisible**; para esta cualidad el art.2155 arroja el ejemplo: *el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aun en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados.* Y el art. 2146 remacha: “*el deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses....*”

Puede haber prenda sobre bienes futuros, es decir que aún no existen o que el deudor espera adquirirlos. Es entonces una **promesa de prenda**. Cuando los bienes ya “estén” en poder del deudor el acreedor prendario exigirá la entrega de ellos.

.....
35 Dice el art. 1156:Com: Los objetos pignorados permanecerán en poder del prestatario en calidad de depósito.

La prenda puede recaer sobre bienes singulares o sobre una universalidad (ej. almacén, fábrica, una biblioteca). Asimismo puede darse en prenda una cuota-parte de un bien que se posea en proindiviso; en este caso los condómines (comuneros) deberán dar su consentimiento pues el bien en proindivisión deberá detentarlo el acreedor prendario.

§51.-**Facultades del acreedor.** La prenda da al acreedor el derecho de realizar el bien, de perseguirlo sea quien sea el que lo tenga (persecución aun contra el dueño, si p.ej éste ha sustraído la prenda – art. 2143), conjuntamente la ley confiere el derecho de preferencia en el pago, y el de **RETENCIÓN** de la cosa (aun cumplida la obligación principal) mientras no se le paguen los gastos que tuvo en la conservación de la cosa y de los perjuicios que le ocasionó el detentarla (imaginemos que tuvo en su hato un caballo empeñado, el cual estaba enfermo y contagió a los suyos, que murieron) –art.2146. También podrá **RETENER** la prenda que se le dio por la obligación A, si el deudor contrajo con él otra obligación B y ésta se ha hecho exigible.

§52.-**EXTINCIÓN DEL GRAVAMEN PRENDARIO** (lo que no implica muerte de la deuda).

Esto acontece con las causales:

- a. -cuando la obligación asegurada se extingue, pues la prenda es *acce – soria*. Tendríamos el caso de la nulidad absoluta de la principal.
- b. - si el acreedor se sirve de la prenda sin consentimiento del deudor (salvo que ese uso sea necesario para conservación del objeto como decir “ordeñar” la vaca en prenda y la leche no puede ser “botada”. (El art.2146.3 dice: “Si el acreedor abusa de ella [de la cosa] perderá su derecho de prenda y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada)
- c. -por el reemplazo de la cosa empeñada por otra (art.2146.2). Se extingue el gravamen sobre la cosa reemplazada.
- d. -por la extinción del derecho del que entregó la prenda (el acreedor tiene recursos legales contra el deudor que no le hizo saber la circunstancia de estar tambaleante el derecho de éste)

-
- e. -por la confusión, es decir pasar a ser propiedad del acreedor la cosa (ej, caso de ser heredero del dueño de la prenda). En este punto debemos matizar con diversas hipótesis: (i) en líneas anteriores, el acreedor pasa a ser propietario de la cosa empeñada pero no del crédito; no puede haber gravamen sobre tal cosa pues es propiedad del acreedor, vale decir una cosa del acreedor no puede garantizar deuda a su favor; él exigirá otra garantía; (ii) puede ocurrir que no era acreedor y le asignan en herencia (legado) el crédito; y la cosa empeñada es de un tercero; no hay dificultad.
 - f. -por la destrucción total de la cosa empeñada.

Como se advierte en §44 fine, hablamos de extinción del gravamen, aunque la obligación principal subsista, convirtiéndose en obligación simple, ya no asegurada.

§53.-EL PACTO COMISORIO.

Este pacto consiste en que las dos partes están de acuerdo que el acreedor tome en propiedad privadamente la prenda al haber incumplimiento del deudor. Fue prohibido en Roma, exigiendo que ineludiblemente debía acudirse ante el Juez para que la cosa fuera vendida en pública subasta. Pero en las legislaciones actuales deja duda: el art. 2147 de nuestro Código dice que *“podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela sin necesidad de recurrir a la Justicia por un precio señalado de común acuerdo con el dueño”*. Sabemos que la voluntad que rige es la del acreedor.

Además el Código autoriza al Juez adjudicar – sin subasta – al acreedor la cosa si su precio es mínimo.(art. 2150)

§54.-OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

- a. a) conservación de la cosa, no omitiendo las actuaciones necesarias para esto, como alimentar al caballo que tiene en prenda. (Actuará como buen padre de familia, sobre lo cual hemos reflexionado en §16)
- b. b) restituir la cosa al cumplir el deudor (salvo el derecho de retención a que se alude supra) La restituirá con los au-

mentos que haya tenido por la naturaleza o por el tiempo, según art 2153, norma que se pone en el caso frutos que haya percibido el acreedor: puede imputarlos a la deuda, y los sobrantes se entregarán.

- c. c) abstenerse de usar la cosa (excepciones supra §52 b)

§55.-EL DEUDOR VENDE LA PRENDA.

Si el deudor vende la cosa empeñada, el comprador la pide al acreedor pagando la deuda que aquel tenía.

Asimismo tiene ese derecho el arrendatario, el usufructuario, etc cuyo derecho ha obtenido del deudor.

§56.-LA EJECUCIÓN.

En caso de incumplimiento viene la ejecución. El deudor tiene la facultad de recobrar su cosa pagando antes de la subasta y de consumada la adjudicación.

Si al venderse o adjudicarse la prenda, la cantidad no alcanzare a cubrir la totalidad de la deuda, se imputa primero a intereses y costos.

§57.-PRENDA SOBRE DERECHOS.

Como toda cosa en el comercio, un derecho se puede dar en prenda, tal como vimos en el usufructo, que se puede hipotecar. Pero aquí tratamos de derechos de crédito, que pueden considerarse muebles. “Los derechos circulan ... sometándose a la transmisión de cosas muebles. El tráfico de los derechos se convierte así en un tráfico de cosas muebles”³⁶. En efecto el art. 2139 sienta: *Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos.*

Es natural que el interesado en que el pago “no se haga en otras manos” es el acreedor prendario, que tiene ahora como deudor al

.....
36 Manuel Broseta Pont. Manual de Derecho Mercantil. Tecnos.

que fue acreedor del crédito. Entonces la notificación la hace el acreedor prendario al que es deudor del crédito (*rep.p.clarid*). Juan tiene un crédito contra Toño; pero da en prenda el título o documento en que consta esa deuda, empeñándolo a Chepe. Este hará la tal notificación a Toño.

En el **Derecho cambiario** es más fácil, debido a que el título valor es autónomo, se prescinde de la cesión común: el acreedor de un crédito (Toño), quien ahora es deudor de Juan tiene una letra de cambio librada por Pedro; endosa la letra a favor de Juan, ahora acreedor (aquí éste es “endosatario”), escribiendo Toño la cláusula “valor en prenda”; el endosante (Toño, acreedor de Pedro) “se limita a entregar la letra a un acreedor (Juan) *en prenda* con el fin de garantizar con su importe el pago de una obligación preexistente”; el endosatario (acreedor Juan) “aun cuando no adquiere la propiedad de la letra, queda sin embargo legitimado para ejercitar todos los derechos cambiarios y especialmente para exigir el pago de la letra”... “Pagada la letra, el endosatario (acreedor Juan) imputará su importe al cumplimiento o pago del crédito” que tiene contra su endosante (deudor), “crédito para cuya garantía se le endosó la letra” ³⁷ (*rep.p.claridad*)

§58 – **Prenda sobre acciones y otros títulos valores.** Los título valores, dice Broseta Pont y asimismo Somarriva, son bienes muebles. Se pueden dar acciones en prenda escribiendo en el endoso “valor en prenda” o “en garantía” y se atenderá para sus efectos al estatuto de la Sociedad; el estatuto dirá si el acreedor prendario – que tiene la posesión de ellas – está autorizado por el endoso a votar y objetar decisiones del órgano social (la regla general es que esto sólo lo puede el propietario); a obtener las ganancias sociales y así que de los dividendos que obtenga imputará éstos a los intereses y al monto de la obligación garantizada ³⁸

Los títulos valores – conforme arts. 1531 Com y ss, obedecen la forma dicha; si son a la orden, solo el endoso en prenda; si son nominativos, requieren además registro en el libro respecti-

37 Broseta Pont, op cit. pg. 446. Intercalaciones nuestras.

38 Fernando Pantaleón Prieto, “Prenda de acciones”, Civitas. // Cfr. Manuel Brosseta Pont. Derecho Mercantil. Tecnos 2006.

vo. Si no fueren negociables obedecen a la cesión común de créditos del CC, que exige notificación judicial o notarial al deudor.

BIBLIOGRAFÍA

- Gumecindo **Padilla Sahagún**. Derecho Romano. UNAM.
- Arturo **Alessandri Rodríguez** y Manuel **Somarriva Undurraga**. Curso de Derecho Civil, Los Bienes y los Derechos Reales. Edit. Nascimento, Chile
- Arturo **Valencia Zea**. Derecho Civil. Temis
- Eugene **Petit**). Derecho Romano. Ed. Nacional
- Manuel **Brosseta Pont**. Derecho Mercantil. Tecnos 2006.
- Raymundo M **Salvat**, Tratado de Derecho Civil Argentino, T^a IX, Edit La Ley, 1946)
- Rafael **Rojina Villegas**. Compendio de Derecho Civil. Porrúa.
- Fernando **Pantaleón Prieto**. Voz Prenda. Civitas.
- Cabanillas Sánchez**. Voz Prenda. Civitas.
- Julien **Bonnetcase**. Derecho Civil. Harla.
- Julio **Pimentel Alvarez**, Dicc Latín-Español. Porrúa.

INDICE DE TEMAS

Abandono finca-§35-41
Accesoriedad de servidumbre-§21
Accesoriedad de hipoteca – §38 f
Acción confesoria – §20 bis
Acción negatoria (servidumbre) – §20 n.p.
Acrecer (usufr) —-§9
Anticresis — § 35
Aparentes, servidumbres—§25
Arrendamiento—§7
Bonorum venditio §41
Buen padre de familia—§16
Características de hipot. – §38.
caución e inventario-§10.
Cesión de usufructo – §11
clasificación de servidumbres-§24.
Comisorio, pacto – §53
concepto servidumbre – -§19
continuas, servidumbres – -§24
Contrato de prenda – §48
Definición usufructo – §1
Delación – -§8.2
Derechos intransmisibles —§17
Derecho de persecución hip.—§40
“ de venta – §40
“ de preferencia (hipot)-§40
derecho de persecución prenda-§51
Destinación de padre de familia-§33
Deterioro de cosa hipotecada – §44

Discontinua, servidumbre – -§25
dominante—§19
embargo usufructo—§11 fine
entrega prenda-§49
escritura pública-§4
excusión – -§38 h
expensas ordinarias (usufr)-§12
extinción del usufructo—§14
extinción de uso y habitación—§18
extinción de servidumbre – §34
extinción gravamen hipoteca – §44
extinción gravamen prenda-§52
familia —§15
fuentes—§8
hipoteca de usufructo—§11-§45
hipoteca de servidumbre—§21—§45
hipoteca general-§38 e
hipot casos especiales – §45
inaparente, servidumbre-§26-
inalterabilidad de servidumbre – §22
indivisibilidad de servidumbre—§21
indivisibilidad de prenda-§50
inmuebles por destinación-§39
inseparabilidad de servidumbre – -§21
interdicto —§20 bis
Ius utendi §1
Ius fruendi – §1
Legales, servidumbres-§28. –
modos de constituir el usufructo-§9
mortis causa §47 c
naturales, servidumbres – §27. –
Nuda propiedad—§5
Objetividad de servidumbre-§22
Obligaciones acreedor prendario – §54
Obligaciones del usufructuario-§12
Obligaciones del propietario. – §13
Obras mayores en usufructo – -§12.
Pignus, pignoraticio-§48

Posesión de usufructo – §8.
Posesión de servidumbre-§8
Prenda sobre créditos – §57
Prenda sobre acciones y títulos valores – §58
prescripción. —§8.4
promesa de prenda – §49
protección de las servidumbres-§20 bis
providencias conservatorias—§12
retención de prenda-§51
sirviente—§19
subrogación – §40-§47
traspaso hipoteca – §46
usufructo alternativo-§9
usufructo sucesivo —§9
usufructo simultáneo—§9
uso y habitación – §15
venta de la prenda – §55
voluntarias, servidumbres – §31. –

