

BIEN DE FAMILIA

CONCEPTO: es una institución por la cual el inmueble donde vive el titular del dominio y su familia (o el inmueble que explota para subsistir) no puede ser embargado ni ejecutado. Esta afectación del inmueble como bien de familia subsiste aun después de muerto el titular del dominio del inmueble.

“el art.14 bis de la CN se ocupa de la protección integral de la familia y la defensa del bien de familia”.

ART.34 (ley 14.394): “toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecen reglamentariamente”

FINALIDAD: proteger la integridad, la vivienda y el sustento del grupo familiar. Al inscribirse el inmueble como bien de familia en el registro de la propiedad se evita que, ante una crisis económica que pueda producirse, los acreedores ejecuten la casa para cobrar y la familia no tenga donde vivir o de que vivir.

Es una forma de proteger el bienestar familiar, asegurándoles que el inmueble afectado como bien de familia no podrá ser embargado ni ejecutado, en definitiva, el inmueble en general no podrá perderse.

CARACTERISTICAS DEL

BIEN DE FAMILIA

- 1-el inmueble puede ser urbano o rural
- 2-solo se puede afectar como bien de familia un inmueble, si el constituyente es titular de otro bien de familia, debe decidirse por uno de ellos.
- 3-el valor del inmueble no debe ser muy alto. Su valor no debe exceder las necesidades básicas de sustento y vivienda de la familia. El valor tope del inmueble lo fijan las autoridades administrativas de cada provincia.
- 4-el titular debe habilitar (o explotar) el inmueble con su familia.

(art.36) FAMILIA: está constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes (hijos naturales o adoptivos, nietos) o ascendientes (padre, abuelo) aunque no vivan con él.

A falta de mencionados, también quedan comprendidos, siempre que vivan con el dueño del inmueble, sus parientes colaterales hasta el 3er grado de consanguinidad (hermanos, sobrinos y tíos). los primos no están comprendidos, pero para que estos sean beneficiarios es necesario que vivan con el dueño del inmueble.

CONSTITUCION

El bien se inscribe en el registro de la propiedad inmueble, momento en el que empiezan los efectos de dicha constitución (y que dura hasta su desafectación). La inscripción puede hacerse de 2 formas:

- personalmente en el registro en forma gratuita
- por medio de un escribano (quien cobrará sus honorarios).

Una vez que se inicia el trámite, se fija fecha de la audiencia para que los titulares del inmueble concurren a firmar el acta de afectación.

EL SOLICITANTE DEBERÁ JUSTIFICAR:

-ser dueño del inmueble, el valor del mismo y que lo habita con su familia, consignando nombre, edad, parentesco y estado civil de los beneficiarios, así como los gravámenes que pesen sobre el inmueble.

Si hubiere condominio, la gestión deberá ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido.

DOCUMENTACION REQUERIDA:

- libreta de casamiento o partida de matrimonio y de nacimiento de los hijos
- documento de identidad de los constituyentes.
- original y fotocopia simple del título de propiedad (si el título está en instituciones oficiales de crédito, debe presentar un certificado con sus datos y Nro, de expediente donde está dicho título.

EFFECTOS

1-NO PODRÁ SER ENAJENADO NI LEGADO, si se quiere vender el inmueble debe ser previamente desafectado. Tampoco podrá ser gravado sin la conformidad del cónyuge, si éste se opusiere, faltare o fuere incapaz, solo podrá autorizarse judicialmente el gravamen cuando haya causa grave o manifiesta utilidad para la familia. (art.37)

2-NO PODRÁ SER EJECUTADO NI EMBARGADO por deudas posteriores a su inscripción, ni aun en caso de concurso y quiebra. (pero si podrá ser embargado y ejecutado por deudas anteriores, o por impuestos que gravan el inmueble directamente, o por créditos por construcción o mejoras al inmueble, por expensas).

3-NO ES TOMADO COMO GARANTIA: si bien puede usarse como garantía es muy poco probable que alguien quiera tomar una propiedad afectada al régimen de bien de familia para ese fin.

FRUTOS Y PRODUCTOS DEL INMUEBLE: de los frutos puede embargarse lo que sobra de aquello indispensable para que la familia viva y nunca más del 50%. Los productos no pueden embargarse porque al no ser renovables, disminuye el valor del inmueble con su extracción.

4-El bien de familia estará **EXENTO DEL IMPUESTO A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE** cuando ella se opere a favor de las personas mencionadas en el artículo 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de la transmisión.

5-tienen un **REGIMEN ESPECIAL DE IMPUESTOS Y DE HONORARIOS PROFESIONALES**.

IMPUESTO: el bien de familia está exento del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte, cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el art.36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de transmisión (art.40).

HONORARIOS: si el titular fallece y se hace la sucesión, los honorarios del abogado no podrán superar el 3% de la valuación fiscal (con esto se evita que el cónyuge supérstite deba vender la casa bien de familia para pagar los honorarios al abogado).

DESAFECTACION

Se logra cancelando la inscripción en el registro al surgir algunas de las causas del art.49:

1-A pedido del propietario y con el consentimiento de su cónyuge.

2-a pedido de la mayoría de los herederos (cuando el bien de familia se constituyó a través de testamento).

3-a pedido de cualquier interesado o de oficio, si el dueño dejó de vivir en el inmueble sometido a bien de familia, o dejó de explotarlo, o en caso de que hayan muerto todos los beneficiarios, en estos supuestos el bien de familia ya no tiene razón de ser.

4-a pedido de la mayoría de los condóminos (si se trata de un bien en condominio).

5-si el inmueble fue expropiado, reivindicado o sometido a venta judicial.

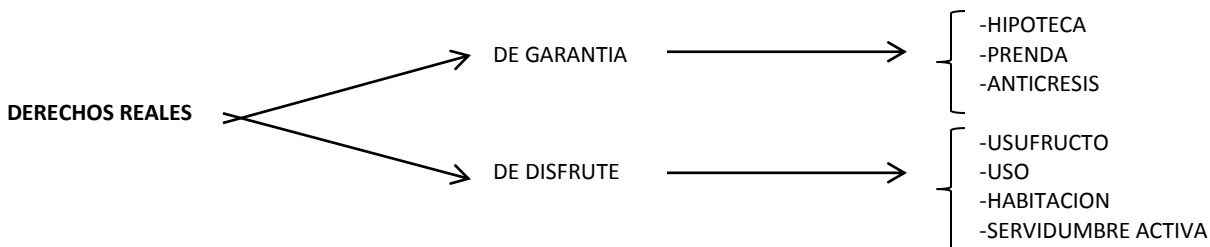
DOCUMENTACION REQUERIDA:

1-original y fotocopia simple del título de propiedad.

2-documento de identidad del titular y cónyuge.

3-carpeta de desafectación.

DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA



CLASES: los derechos reales sobre cosa ajena pueden ser de 2 clases:

1-**DE GARANTÍA:** se llaman así porque garantizan el pago de una deuda. Son 3: hipoteca, prenda y anticresis.

2-**DE DISFRUTE:** se llaman así porque se tiene sobre la cosa el uso y goce, pero no la propiedad (ej. Si me dan en usufructo un auto, puedo manejarlo pero no venderlo. Porque esa es una facultad del dueño). Los derechos de disfrute son 4: usufructo, uso, habitación y servidumbre activa. La enfiteusis está prohibida.

USUFRUCTO

Es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia. (art.2807).

PARTES: USUFRUCTUANTE, es el nudo propietario. USUFRUCTUARIO, es quien tiene el uso y goce de la cosa.

CARACTERES

1-**DERECHO REAL DE USO Y GOCE:** el dueño de la cosa solo podrá disponer de ella (IUS ABUTENDI) y el usufructuario va a gozar de las demás facultades que tendrá que tener este dueño: uso y goce (IUS UTENDI y IUS FRUENDI) por eso se dice que hay una desmembración del dominio.

2-**LA COSA DEBE SER AJENA**

3-**NO SE DEBE ALTERAR SU SUSTANCIA** (salva rerum substantia): implica no modificar la materia (ej. destruir la cosa) ni cambiar su destino (convertir una casa en un bar). Sin embargo puede deteriorarse por el uso o por el paso del tiempo.

DURACION

El usufructo puede constituirse por un plazo determinado, el cual deberá respetarse aunque muera el nudo propietario. De no pactarse un plazo, el usufructo durará hasta la muerte del usufructuario.

SIN EMBARGO EXISTEN LÍMITES A LA DURACIÓN DEL USUFRUCTO: en el caso de las personas jurídicas puede durar hasta 20 años o hasta que cese su existencia legal y en el caso de las personas físicas hasta la muerte del usufructuario, ya que no puede ser perpetuo ni constituirse a favor de una persona y sus herederos. (el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario).

El plazo empieza a contarse desde que se constituye el usufructo, y no desde que se hace efectivo el uso y goce del bien.

DISTINTAS CLASES DE USUFRUCTO (Art.2808)

- **USUFRUCTO PERFECTO:** en este caso el usufructuario debe usar y gozar de la cosa, sin alterar su sustancia. El usufructuario no adquiere la propiedad de la cosa y debe conservarla para devolverla al propietario al terminar el usufructo.

- **USUFRUCTO IMPERFECTO (O CUASI USUFRUCTO):** se aplica sobre cosas que son inútiles al usufructuario si éste no las puede consumir o cambiar su sustancia (ej: granos, dinero, etc.). El usufructuario recibe la propiedad de la cosa usufructuada, y puede disponer de ella como quiera (consumirla, venderla, etc.) y sólo estará obligado a restituir una cosa de la misma especie y calidad o el valor que se le haya dado en el inventario (art. 2871). Aquí no se aplica el principio "salva rerum substantia" y es por eso que se dice que no es un verdadero usufructo.

OBJETO

El usufructo puede recaer sobre cosas muebles o inmuebles que estén en el comercio. Si se trata de un usufructo perfecto las cosas deben ser no fundibles o no consumibles. En cambio, en el cuasi usufructo es a la inversa (deben ser fungibles o consumibles). Puede constituirse sobre cosas de mero placer (ej: un cuadro) y también sobre fundos improductivos.

Caso del "usufructo de créditos": en realidad, el objeto no es el crédito, sino el instrumento que lo representa. (Ej: si A tiene una deuda con B por la cual le debe entregar un auto, y B da en usufructo a C el crédito, el objeto no es el crédito, sino el instrumento público o privado en el que consta el crédito; art. 2838).

SUJETOS

El usufructo puede constituirse a favor de una o varias personas conjuntamente (co-usufructo) pero no en forma sucesiva. El motivo es evitar que el dominio permanezca desmembrado por tiempo indefinido.

En cuanto a la capacidad requerida para constituir usufructo el Código dice que si se hace por contrato oneroso se exigirá capacidad para vender; si es por contrato gratuito, capacidad para donar; y si es por testamento, capacidad para testar. En cambio para adquirir, se exige capacidad para comprar, para ser donatario y para recibir por testamento respectivamente (arts. 283 i y 2833).

CONSTITUCION (art. 2812).-

1) POR CONTRATO ONEROSO O GRATUITO (arts. 2813 y 2814) se puede:

- constituir usufructo a favor de otro reservándose la nuda propiedad,

- transmitir la nuda propiedad reservándose el usufructo,

- o enajenar a una persona la nuda propiedad y a otra el usufructo. Puede ser oneroso o gratuito (ej. de contrato gratuito: para evitar la sucesión, el padre dona a su hijo la nuda propiedad de un inmueble y se reserva el usufructo). El derecho se adquiere a partir de la tradición.

2) POR ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD (art. 2815): en este caso, el testador lega el usufructo a un tercero y guarda la nuda propiedad para su heredero, o al revés.

También puede legar las 2 cosas a personas distintas (y nada al heredero). Aquí, el derecho se adquiere cuando muere el testador.

3) POR DISPOSICIÓN LEGAL (art. 2816): es el caso de los padres, quienes tienen el usufructo sobre los bienes de sus hijos menores.

4) POR PRESCRIPCIÓN (art 2817): puede adquirirse por prescripción breve (posesión por diez años con justo título y buena fe) o por prescripción larga (posesión por 20 años). En la práctica no es muy común, ya que por ej mismo tiempo puede adquirirse el dominio.

En todos los casos, para que el usufructo sobre inmuebles sea oponible a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.

USUFRUCTO DE ANIMALES.-

- **INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS;** el usufructuario puede servirse de ellos y obtener los productos que dieren. Si alguno muere o se pierde, el usufructo sólo se extingue con respecto a ese animal y el usufructuario no tiene obligación de sustituirlo. No puede alquilar a los animales, salvo que ese sea su destino.

- **USUFRUCTO DE GANADOS:** si perece todo el ganado sin culpa del usufructuario, debe entregar los despojos al dueño y se extingue el usufructo. Si perece parte del ganado, el usufructuario puede elegir entre: extinguir el usufructo devolviendo los animales vivos, o continuarlo reemplazando los que perecieron.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

USUFRUCTUARIO

- **TIENE LA OBLIGACIÓN DE HACER UN INVENTARIO** de los muebles y un estado de los inmuebles, antes de comenzar a usarlos, ante el nudo propietario.

De esa manera el usufructuario sabe por qué cosas debe responsabilizarse y pagar sus gastos y por cuáles no. Pueden realizarse por instrumento privado, si las partes son capaces: de lo contrario, se harán por instrumento público y ante la presencia de dos testigos.

- **DEBE CONSTITUIR UNA FIANZA:** es una garantía que tiene el nudo propietario para cobrarse en caso que el usufructuario no cuide la cosa.

- **DEBE CONSERVAR LA COSA** (evitar su deterioro, pérdida, etc.) y pagar los arreglos que sean necesarios para ello. Si son gastos extraordinarios (para reintegrar las cosas deterioradas por vejez o caso fortuito) no tiene obligación de pagar.

- **DEBE PAGAR IMPUESTOS, TASAS Y OBLIGACIONES** que graven los bienes.

- **TIENE DERECHO A USAR Y GOZAR DE LA COSA**, siempre que respete su sustancia y destino. Percibirá diariamente los frutos civiles en proporción al tiempo que dure el usufructo (ej: el cobro del alquiler de un departamento). Los frutos naturales pendientes al comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario; y los pendientes al terminar el usufructo pertenecen al propietario (ej: crías de animales).

- **PUEDE HACER MEJORAS SIEMPRE QUE NO ALTERE LA SUSTANCIA O DESTINO DE LA COSA**, pero no puede reclamar los gastos que hizo para realizar esas mejoras.

- **PUEDE REALIZAR ACTOS DE ADMINISTRACIÓN** (ej: vender cosechas).

- Si bien no puede ceder el derecho real de usufructo (es intransmisible), puede ceder el ejercicio de este derecho.

- También puede dar en locación la cosa.

En ambos casos, el usufructuario es responsable ante el propietario por los menoscabos realizados por el cesionario o inquilino sobre la cosa.

NUDO PROPIETARIO

- **TIENE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR AL USUFRUCTUARIO EL BIEN USUFRUCTUADO EN EL ESTADO QUE ESTÉ Y CON SUS ACCESORIOS**. Además, si se constituyó a título oneroso, El nudo propietario garantiza el uso y goce pacífico (garantía de evicción); no así, si es a título gratuito.

- **NO PUEDE HACER ACTOS MATERIALES SOBRE LA COSA** (ej: construir sobre la cosa o cambiarle su forma), alterando el objeto del usufructo, salvo que el usufructuario estuviere de acuerdo; ni actos jurídicos que le impidan al usufructuario ejercer derechos que ya tiene (ej: constituir una servidumbre sobre el fundo usufructuado).

- **TIENE DERECHO A EJERCER SUS DERECHOS COMO PROPIETARIO**, siempre que sean compatibles con el usufructo: vender el bien, donarlo, hipotecarlo, adquirir servidumbres activas. Esto es posible porque el tercero (que compra, recibe en donación, etc.) tiene la obligación de respetar el usufructo.

EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

1 - **AL FINALIZAR EL PLAZO** determinado.

2 - **SI ES A FAVOR DE PERSONA FÍSICA**, cuando ésta muere; si se trata de persona jurídica, al cabo de 20 años o por el cese de su existencia legal.

3 - **POR PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA**: si el usufructuario no ejerce el derecho por más de 10 años, lo pierde, adquiriendo el propietario el dominio perfecto.

4 - **POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA**: se extingue el usufructo por efectos de la usucapión cumplida a favor de un tercero (2942).

5 - **POR CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA** si se constituyó bajo la misma

6 - **POR CONSOLIDACIÓN** cuando muere el nudo propietario y lo hereda El usufructuario, recibiendo la nuda propiedad del bien usufructuado.

7 - **POR CONFUSIÓN** si el usufructuario transmite su derecho a una persona, y el nudo propietario también transmite su derecho a la misma persona.

8 - **POR RENUNCIA DEL USUFRUCTUARIO** al derecho de usufructo (por escritura pública si es sobre un inmueble, por instrumento privado si es mueble).

9 - **POR PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN TOTAL DE LA COSA NO FUNGIBLE**, sucedida por caso fortuito. Si media culpa, también se extingue el derecho pero el culpable deberá resarcir daños y perjuicios.

10 - **POR REVOCACIÓN DIRECTA** de su constitución cuando se constituye el usufructo en pago de una deuda, que en realidad no existía.

11 - **POR REVOCACIÓN DEL ACTO** demandado por acreedores del dueño del fundo: cuando el usufructo es un acto simulado ilícito realizado con el fin de que los acreedores del dueño del fundo no puedan cobrar sus créditos.

12 - **POR LA RESOLUCIÓN DE LOS DERECHOS** del constituyente del usufructo: se da cuando se resuelve el dominio de la cosa usufructuada. Debe tratarse de una cosa inmueble y la resolución debe tener efecto retroactivo.

13 - **POR LAS CAUSAS GENERALES DE EXTINCIÓN** de los derechos reales: esta mención que hace el art. 2918 cae en el vacío ya que tales causas generales no existen en nuestro Código (conf. nota art. 2505).

USO Y HABITACION

CONCEPTO: "Derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independientemente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia de ella; o la de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia". Cuando el derecho de uso, se establezca sobre una casa con el fin de morar en ella, será derecho de habitación. *IUS UTENDI e IUS FRUENDI*.

La nota al art. 2956 dice: "Siempre que en los artículos de este Título nombramos al usuario, comprendemos en su caso al habitador..." porque la única diferencia entre ambos es el objeto; es por esto que, en principio, las normas aplicables al derecho de uso, serán aplicables al derecho de habitación.

NOCIÓN DE "FAMILIA".- Está tomado en concepto amplio, ya que abarca a: la mujer (estén casados o no), los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y también los que naciesen después de la constitución del uso), los sirvientes, quienes vivan con el usuario en el momento de la constitución del uso, y a quienes el usuario deba alimentos.

CONSTITUCIÓN

Al igual que en el usufructo puede constituirse por contrato, testamento y prescripción. Aunque el art. 2949 diga lo contrario, hay un caso en cual el uso puede ser establecido por la ley.

OBJETO

Recae sobre cosas no fungibles (de lo contrario sería un cuasi usufructo). En el derecho de habitación, la cosa no fungible será una casa.

EXTENSIÓN

USO DE ANIMALES: puede emplearlos en los trabajos que sean propios por su especie y si se trata de rebaños o ganado el usuario podrá aprovechar las crías, la lana y la leche para su consumo y el de su familia.

USO DE UN FUNDO: se extiende a lo que es inmueble por su naturaleza (ej: cosechas, árboles) y también a lo accesorio que está en él para su explotación (ej.: un pozo, un edificio construida para la explotación del fundo, etc.).

FACULTADES JURÍDICAS

En principio está prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación (art. 1449), pero vamos a ver cada supuesto en particular:

- **HABITACIÓN:** el habitador puede vivir con su familia en la casa y también puede establecer en ella su industria o comercio (si no fuere impropio por su destino); pero no puede dar en locación la casa, ni ceder el ejercicio de su derecho.

- **USO SOBRE COSAS MUEBLES:** el usuario puede servirse de ellas, pero no puede darlas en locación, ni ceder a otros el ejercicio de su derecho.

- **USO SOBRE INMUEBLES:** el usuario de un fundo puede darlo en locación pero sólo si no es habitador del mismo y puede ceder el ejercicio de su derecho sólo si lo adquirió a título oneroso.

ACCIONES REALES

El usuario puede ejercer acciones reales y posesorias contra el propietario o contra los terceros poseedores del fundo si éstos le impiden gozar de su derecho.

OBLIGACIONES

- **DAR FIANZA Y HACER INVENTARIO:** si el usuario tiene la posesión de la cosa o el habitador tiene la posesión de toda la casa, deberán dar fianza y hacer inventario.

No tendrán tales obligaciones si la cosa o la casa quedan en manos del propietario.

- **GASTOS DE CONSERVACIÓN Y CONTRIBUCIONES:** son los mismos que en el usufructo, pero si el usuario toma sólo una parte de los frutos y el habitador ocupa sólo una parte de la casa, pagarán en proporción de lo que gocen.

MODOS DE EXTINCIÓN

Son los mismos que en el usufructo. La única diferencia es que si el usuario renuncia a su derecho, sus acreedores no podrán iniciar una acción revocatoria para atacar la renuncia, porque el derecho de uso y el de habitación son inherentes a la persona.

CASO DEL USO ESTABLECIDO POR LEY (ART. 3573 BIS).-

Si bien el art. 2949 dice que no existe el uso establecido por la ley, esto fue modificado por la ley 20.798 que incorporó el "derecho de habitación a favor del cónyuge supérstite".

¿En qué consiste? Este es un ejemplo: un matrimonio vive en un inmueble (el único que tienen en condiciones de habitar) y muere uno de los cónyuges. Se presentan los herederos y reclaman la partición de la herencia. ¿Qué ocurre con el cónyuge supérstite?, ¿a dónde va a vivir? El cónyuge supérstite tendrá sobre el inmueble un derecho real de habitación, en forma gratuita y vitalicia, y los herederos serán nudos propietarios y deberán respetar ese derecho.

REQUISITOS PARA ESTE CASO LEGAL

- LA EXISTENCIA DE UN SÓLO INMUEBLE habitable en el haber hereditario (aunque puede haber otros bienes, u otro inmueble pero no habitable);
- QUE EL INMUEBLE HAYA SIDO EL HOGAR CONYUGAL (o sea: que el matrimonio haya convivido allí) hasta la muerte del cónyuge;
- QUE EL VALOR DEL INMUEBLE NO SOBREPASE EL LÍMITE MÁXIMO PERMITIDO para que una vivienda pueda ser bien de familia (ej.: si el inmueble vale 2 millones de dólares no subsistirá el derecho);
- que el cónyuge supérstite no se haya casado nuevamente.

SERVIDUMBRES

CONCEPTO: "Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad." (Art. 2970)

PARTES

- Titular del fundo dominante (a favor del cual se constituye la servidumbre).
- Titular del fundo sirviente (el cual debe soportar la carga).

CARACTERES

1- DERECHO REAL: está enumerada en el artículo 2503.

2- PERPETUO O TEMPORARIO: las servidumbres reales son perpetuas, salvo convención en contrario (art. 3009); y las servidumbres personales son de por vida (si es a favor de persona física) o por 20 años (si es a favor de una persona jurídica).

3- SOBRE INMUEBLE AJENO: no puede constituirse sobre muebles. El inmueble debe ser ajeno, ya que, en principio, no se puede constituir una servidumbre sobre un fundo propio.

4- ATIPICIDAD: el art 3000 del C.C. nos dice que pueden constituirse cualquier clase de servidumbres, además de las "servidumbres en particular" que establece el Código y aunque rija el principio del 'numerus clausus' para los derechos reales.

FACULTADES OTORGADAS AL TITULAR DEL PREDIO DOMINANTE

1- USAR EL INMUEBLE AJENO (ej: sacar agua, transitar, etc.),

2- impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad (ej: impedir que realice una construcción que obstruya la vista a un 'lindo paisaje),

3- Ejercer Ciertos Derechos De Disposición (aunque algunos autores, como Areán o Mariani de Vidal sostienen que el titular de una servidumbre no tiene ningún derecho de disposición).

Para el titular del fundo sirviente, una servidumbre puede consistir en un "dejar hacer" (ej: dejar sacar agua del fundo), en un "no hacer" (ej: no poder edificar a más de una determinada altura), pero nunca en una "obligación de hacer".

CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES

1- REALES: cuando hay 2 inmuebles y la servidumbre se constituye sobre uno de ellos (predio sirviente) en beneficio del otro (predio dominante). Ej: si un fundo no tiene salida a la vía pública, el poseedor del mismo puede constituir una servidumbre de paso sobre el fundo vecino a favor del fundo que posee.

El beneficio es para el fundo, y permanecerá aunque cambie de dueño.

- **PERSONALES:** aquí la servidumbre se constituye sobre un fundo (sirviente), pero a favor de una persona ("titular dominante"), que puede ser o no, propietaria de un inmueble.

Entonces, según el Código, puede haber servidumbres personales con:

- **DOS FUNDOS:** cuando el titular dominante es propietario de un fundo. (Ej: un fundo tiene salida a la vía pública, pero como el poseedor tiene dificultades motrices constituye una servidumbre de paso a su favor sobre el fundo vecino para facilitar la salida a la vía pública).

- **UN SÓLO FONDO:** cuando el titular dominante no es propietario de un fundo; es el caso del usufructo, el uso y la habitación. (Ej: el derecho del usufructuario a cazar en un fundo ajeno).

CRÍTICA: Si bien ese es el criterio adoptado por el Código, es importante destacar la opinión de un sector de la doctrina (Areán, Mariani de Vidal, Papaño, etc.) que sostiene que aunque la servidumbre personal esté constituida a favor de una persona, ésta siempre debe ser "propietaria de un fundo", es decir, no hay servidumbres de un solo fundo. Por lo tanto según este criterio, el usufructo, el uso y la habitación no serían servidumbres, sino otra clase de derecho reales.

La diferencia entre las dos posturas es que si bien en ambos casos la servidumbre es a favor de una persona, según la opinión de estos autores, el beneficiario debe ser propietario de un fundo.

2-ACTIVAS: en principio, toda servidumbre es activa y pasiva a a ejemplo, la servidumbre de paso es activa desde el punto de vista del fundo dominante (su titular tiene derecho a transitar por el fundo vecino) y es pasiva desde el punto de vista del fundo sirviente (debe permitir el ejercicio del derecho).

- **NO ACTIVAS:** es el caso de las servidumbres personales en las que no existe fundo dominante (usufructo, uso y habitación). La servidumbre es pasiva a desde el punto de vista del fundo sirviente, pero al no existir fundo dominante no podemos decir que la servidumbre sea activa.

3-CONTINUAS: se ejercen continuamente por si mismas sin necesitar un hecho actual de! hombre (ej: servidumbre de vistas o de acueducto)

DISCONTINUAS: necesitan de un hecho actual del hombre para ser ejercidas (ei: la servidumbre de paso que dura mientras el hombre pasa).

4-APARENTES: se anuncian por signos exteriores (ej.: puerta, ventana, camino).

NO APARENTES: no se manifiestan por ningún signo (ej.: prohibición de elevar un edificio a una altura determinada)

5-AFIRMATIVAS: cuando el titular del fundo sirviente debe dejar hacer al titular del fundo dominante (ej.: debe dejarlo pasar)

- **NEGATIVAS:** el titular del fundo sirviente se ve impedido de hacer algo; consiste en un deber de no hacer (ej: deber de no levantar un edificio a una altura determinada).

6-VOLUNTARIAS: cuando las servidumbres no son indispensables (exigibles) pueden pactarse libremente entre las partes. Ej.: para salir de mi fundo puedo pasar por otro lado, pero de todas formas, con mi vecino pactamos que yo podría salir a través de su fundo.

- **FORZOSAS:** son aquellas llamadas legales, porque tienen su origen en la ley. A diferencia de las voluntarias, acá el dueño del fundo sirviente no puede oponerse a dicha servidumbre, porque es indispensable para el fundo dominante.

Ej.: mi fundo está encerrado y no tengo otra forma de salir a la vía pública, salvo a través del fundo del vecino, constituyendo una servidumbre de tránsito.

CONSTITUCIÓN Y ADQUISICIÓN DE LAS SERVIDUMBRES REALES

1.- POR CONTRATO (art. 2977): se hace un contrato estableciendo un derecho real sobre una propiedad ajena. Al igual que en la hipoteca, no se hace tradición de la cosa; el uso que se haga de ese derecho tiene lugar de tradición.

Si el contrato es a título oneroso, debe tener la forma relativa a la venta y si es a título gratuito, la de la donación. En ambos casos debe hacerse por escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad para ser oponible a terceros.

2.- **POR DISPOSICIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD:** se hace a través de un testamento. No es necesaria la tradición y se aplican los conceptos vertidos para el usufructo.

3.- **POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA:** cuando el dueño de 2 fundos o más, hace para su uso personal una "servidumbre" entre ellos (recordemos que la servidumbre es entre fundos de diferentes dueños) y luego vende uno de esos fundos: esa servidumbre es válidamente constituida si es continua y aparente y siempre que en el contrato no se la mencione, porque si es así se considera constituida por contrato. También se aplica a una parte del inmueble sometida sobre otra parte que luego es vendida.

4.- **POR LA SERVIDUMBRE QUE REVIVE:** en este caso en lugar de nacer, renace una servidumbre. Cuando el dueño del fundo dominante compra el fundo sirviente (sobre el que tenía constituida la servidumbre a su favor), es decir, que la servidumbre se extingue por confusión. Luego vende uno de esos fundos: en este caso la servidumbre extinguida, revive, siempre que sea aparente y si las partes no acuerdan otra cosa.

5.- **POR PRESCRIPCIÓN:** esta forma de constitución de servidumbres se aplica solamente a las continuas y aparentes. Se requieren 20 años (establecido por la 17.711, porque antes eran 30 años) de ejercicio continuado, sin interrupción, público, pacífico y con ánimo de ser el titular de la servidumbre.

6.- **POR LEY:** es la forma de constitución coactiva, a través de una ley que obliga al dueño del fundo sirviente a tolerar una servidumbre en su fundo (ej: servidumbre de acueducto).

Capacidad necesaria para gravar un fundo con servidumbre,-

- para constituir por contrato oneroso, se necesita capacidad para vender.
- para constituir por contrato gratuito, se necesita capacidad para donar.
- para constituir por testamento, se necesita capacidad para testar.

CAPACIDAD NECESARIA PARA ADQUIRIR UNA SERVIDUMBRE.-

- para adquirir por contrato (oneroso o gratuito) se necesita capacidad para contratar.
- para adquirir por legado o por disposición del padre de familia, no se necesita capacidad (es decir, que hasta los incapaces pueden adquirirla).
- para adquirir por prescripción alcanza con tener capacidad para poseer.

-¿Quiénes están legitimados para constituir servidumbres en el fundo sirviente? El propietario, condóminos y el usufructuario del fundo sirviente.

-¿Quiénes están legitimados para adquirir servidumbres en el fundo sirviente? Están legitimados el propietario o el copropietario.

El usuario, acreedor anticresista y el usufructuario del fundo dominante, adquieren la servidumbre a nombre del dueño (caso contrario se extingue con el uso o usufructo).

¿Sobre qué cosas pueden constituirse servidumbres? Las cosas deben ser inmuebles y estar en el comercio (salvo que sea indispensable constituir la servidumbre sobre la cosa que está fuera del comercio. Ej: hay un fiando encerrado al lado de un fundo del Estado y la única salida es a través de él). De todas formas, si están

fuera del comercio pueden ser beneficiarios de una servidumbre activa, como fundo dominante (es decir que la prohibición es para ser fundo sirviente).

MODALIDADES DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres pueden ESTAR SUJETAS A UN CARGO (Ej.: cargo para el dueño del fundo dominante de cerrar la tranquera cada vez que pasa) o establecerse BAJO CONDICIÓN O PLAZO (suspensivos o resolutorios. Ej: las partes pueden pactar que la servidumbre empiece o termine a partir de determinado plazo o desde que se cumpla determinada condición).

Entonces ¿las servidumbres no son perpetuas? Sí, son perpetuas, salvo aquellas constituidas por contrato o disposición de última voluntad, en donde las partes hayan pactado una condición o plazo que limite esa perpetuidad. Las constituidas en las formas restantes son siempre perpetuas.

DERECHOS Y DEBERES DEL PROPIETARIO DEL FONDO DOMINANTE.-

En general los derechos y deberes van a depender de la extensión de cada servidumbre, lo cual estará determinado por el título (si fue constituida por contrato o testamento) o por la forma en que la servidumbre se ejerza (si fue constituida por prescripción o destino del padre de familia, ya que no hay título alguno),

¿Y si hay dudas sobre la extensión de la servidumbre? Se tendrán en cuenta las costumbres del lugar (es decir, la extensión que se le da a una servidumbre igual en ese lugar); también se tendrá en cuenta su objeto (para tratar de cumplirlo causando el menor daño posible); y si sigue habiendo dudas se interpretará a favor del dueño del fundo sirviente (ya que en caso de duda se está per el dominio pleno del propietario).

-El titular de una servidumbre tiene derecho a las servidumbres accesorias, que son aquellas indispensables para poder ejercer la servidumbre principal. Ej: en una servidumbre de sacar agua es indispensable la servidumbre de paso (pero sólo con el fin de sacar agua, no de hacer otra cosa).

-También tiene derecho a realizar -en el fundo sirviente- todo trabajo necesario para ejercer y conservar la servidumbre, a su costo. En el contrato o testamento pueden ponerse esos gastos a cargo del dueño del fundo sirviente (y en caso de no querer hacerse cargo, puede abandonar el pedazo de inmueble en donde se ejerce la servidumbre, a favor del dueño de! fundo dominante).

ACCIONES PARA DEFENDER LAS SERVIDUMBRES.-

Se pueden usar acciones reales (la acción confesoria), acciones posesorias y las defensas extrajudiciales (como emplear fuerza suficiente en casos donde la justicia no llegaría a tiempo).

DEBERES Y DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL FONDO SIRVIENTE.-

DEBERES.- No puede realizar ningún acto que entorpezca el ejercicio de la servidumbre por parte del dominante; y si lo hizo debe volver las cosas a su estado anterior, a su costa, más una indemnización por los daños. Si se comprometió a hacer obras o gastos para conservar la servidumbre, tendrá el deber de cumplirlo.

DERECHOS.- Tiene derecho a mantener sus facultades de propietario y puede ejercer sobre su fondo la servidumbre que ejerce el dueño del fundo dominante, siempre que no le entorpezca dicho ejercicio. También tiene derecho a abandonar el inmueble cuando los gastos causados por la servidumbre fueran muy costosos (aunque también puede pedir que se modifique el ejercicio de la servidumbre, siempre que el dueño del fundo dominante mantenga sus ventajas; ej: si en lugar de pasar por la izquierda del fundo, se hace un camino por la derecha).

ACCIONES PARA DEFENDER EL FONDO SIRVIENTE

El dueño de este fundo interpone la acción negatoria contra quien dice tener derecho a una servidumbre sobre su fundo. Esta acción también se usa cuando el dueño del fundo dominante excedió los límites de la servidumbre.

Cuenta además con las acciones posesorias contra quien ejerza de hecho actos de servidumbre.

EXTINCION

Podemos enumerar 7 formas de extinción:

1) NULIDAD, resolución o rescisión del derecho del que constituyó la servidumbre.

2) CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O CONDICIÓN RESOLUTORIA

3) RENUNCIA DE LA SERVIDUMBRE (acto unilateral). Si es renuncia tácita se exige la aceptación de la otra parte (acto bilateral), salvo en la servidumbre de tránsito, en donde se considera renuncia tácita de la servidumbre, por parte del dueño del fundo dominante, cuando el del fundo sirviente cierra el lugar de paso y aquél lo consiente.

Debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad para ser oponible a 3ros.

4) CONFUSIÓN: cuando los 2 fundos (sirviente y dominante) pertenecen al mismo dueño. Ej: constituí la servidumbre a favor del vecino, quien luego me compra ese inmueble gravado a su favor con servidumbre.

5) FALTA DE USO: la servidumbre se extingue por no usarla por 10 años aunque sea por caso fortuito o fuerza mayor. Si es una servidumbre que consiste en no hacer (servidumbre negativa), se considera que deja de usarla cuando el sirviente hace un acto positivo.

6) IMPOSIBILIDAD DE USO O PÉRDIDA DE UTILIDAD: se extingue porque la servidumbre dejó de ser útil para el fundo dominante o porque hubo cambios en alguno de los fundos, que hizo totalmente imposible su ejercicio (ej: si luego de hacer la servidumbre de tránsito, se hace un camino pavimentado que llega al fundo dominante). De todas formas recordemos que la servidumbre puede revivir.

7) EXPROPIACIÓN DEL INMUEBLE SIRVIENTE POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA: el inmueble pasa a ser propiedad del Estado, por ende queda fuera del comercio y no puede hacerse servidumbre sobre un bien de estas características.

En cambio si la expropiación es del inmueble dominante, el Estado puede ejercer dicha servidumbre sobre el fundo sirviente de un particular. La expropiación de servidumbre coactiva no causa extinción, porque el inmueble sin esa servidumbre no tiene utilidad alguna.

SERVIDUMBRES EN PARTICULAR

Veamos algunas servidumbres en particular:

1- SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO.- Tiene lugar cuando la servidumbre se hace entre dos fundos con el fin de pasar, de transitar.

CARACTERÍSTICAS.- PUEDE SER LEGAL O VOLUNTARIA.

LEGAL.- Cuando un fundo se encuentra encerrado de manera que no tiene otra forma de llegar a la vía pública que no sea pasando por el fundo del vecino; también cuando si bien no esté totalmente encerrado, la vía de comunicación sea insuficiente para lograr la explotación del fundo (Ej: hay un caminito pero por el cual no pasa la camioneta que transporta la cosecha del fundo). En estos casos, se puede exigir la servidumbre de tránsito al fundo vecino.

Los requisitos son:

1) que se trate de un fundo cerrado o con salida insuficiente para explotarlo

2) pagar el valor del terreno que se usa para la servidumbre y resarcir todo otro perjuicio (arts. 3068). Ej: tantos pesos por el terreno y tanto pesos por los alambrados, postes, mano de obra, etc.

VOLUNTARIA.- Cuando si bien no hay obligación de dejar pasar (porque el otro no fundo no está encerrado), las partes voluntariamente pactan una servidumbre de tránsito. Acá todo depende de la voluntad de las partes.

La servidumbre de tránsito es discontinua (porque no se ejerce continuamente, sino sólo mientras la persona transita); y puede ser aparente (si hay signos externos de tránsito, ej: un puente) o no aparente, si no hay signos exteriores de la servidumbre.

También puede clasificarse como real o personal, según el motivo. Si se hizo para satisfacer una necesidad del fundo dominante es real (ej: su encerramiento).

Si se hizo para satisfacer un motivo personal y particular del dueño del fundo dominante, es personal (ej: paso de una persona en silla de ruedas).

¿Qué inmuebles se afectan? En las convencionales cualquier fundo puede ser sirviente. En las legales sólo podrán ser sirvientes los fundos contiguos al dominante que le permitan el camino más corto hasta la salida.

INDEMNIZACIÓN. En las convencionales el precio lo fijan las partes. En las legales, el dueño del fundo sirviente puede exigir el valor del terreno que se usó para la servidumbre y el resarcimiento por todo perjuicio.

Indemnizarlo es justo, porque el dueño del terreno ya no lo puede explotar, pero pagar "el valor total del terreno" parece abusivo, porque el fundo dominante no adquiere la propiedad de la tierra, y además, el camino que se hace también lo usa el dueño del fundo sirviente.

¿Cómo se ejerce el derecho? La regla general es que se tiene que cumplir de acuerdo con lo que dice el título de constitución de la servidumbre. Pero si éste no dice nada, habrá que cumplir determinadas reglas (arts. 3075 a 3079):

- El tránsito debe ser concedido al propietario del fundo encerrado, tanto para él y sus obreros, como para sus animales, carros, instrumentos de labranza, y para todo lo que es necesario para el uso y explotación de su heredad.
- Si el lugar está cercado: sólo se pasará de día. Si no está cercado: se podrá pasar a cualquier hora.

EXTINCIÓN

- La servidumbre legal solamente se extingue cuando ya no cumple con su fin, que es el de permitir en forma exclusiva la salida a la vía pública (no se extingue ni con la renuncia a ese derecho del dueño del fundo dominante). Su fundamento es que esa servidumbre es indispensable.

Es decir, que si se construye una salida paralela, la servidumbre puede extinguirse: siempre que el dueño del fundo sirviente la pida (ya que no es automática) y devuelva lo que le pagaron por esa servidumbre.

- La servidumbre voluntaria no se extingue aunque haya una salida paralela, porque su fundamento es la comodidad de tránsito, no la necesidad. Sólo se extingue cuando se demuestre que no tiene ninguna utilidad para el fundo dominante.

¿El derecho accidental de tránsito, es una servidumbre? No, no es una servidumbre. Porque aunque hay una necesidad indispensable de que los obreros pasen por el fundo vecino para edificar o reparar el fundo contiguo, la utilidad es sólo por el tiempo de construcción. De todas formas el dueño del fundo dominante puede obligar al dueño del fundo sirviente a soportar ese paso, siempre a cambio de una indemnización.

2.- SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO.- Un acueducto es una cañería o canal por el que se transporta agua de un lugar a otro. Servidumbre de acueducto es el derecho real de hacer entrar agua en un inmueble propio, viniendo de fundos ajenos.

CARACTERÍSTICAS.- Puede ser legal o voluntaria (convencional). Es coactiva (y puede reclamarse, exigirse) cuando el fundo que pide la servidumbre no tiene agua suficiente para el cultivo, o cuando sea un establecimiento industrial; o cuando el necesitado de agua sea un pueblo, para sus habitantes. Es voluntaria cuando no es indispensable ese transporte de agua (no es exigible por el dominante).

Es continua y aparente (aunque puede no ser aparente: cuando el acueducto es subterráneo).

¿Quiénes pueden reclamar la servidumbre de acueducto? Todos aquellos que posean el inmueble dominante. También el pueblo que necesite de la servidumbre para transportar agua a sus habitantes.

¿A qué inmuebles no se le puede aplicar servidumbre coactiva? A las casas, corrales, patios, jardines que dependen de ella y las huertas de menos de 10.000 mts². De todas formas puede constituirse la servidumbre voluntaria.

INDEMNIZACIÓN.- El dueño del fundo dominante le abona al del fundo sirviente:

- a) una suma de dinero por el uso del terreno, ocupado por el acueducto (a diferencia de la servidumbre de paso, en donde el dinero es por el valor del terreno ocupado con la servidumbre).
- b) una suma de dinero por usar una franja de terreno (mínimo, de 1 metro) a los costados del acueducto.
- c) una suma de dinero del 10% sobre el valor del terreno ocupado con el acueducto y de la franja a los costados del mismo.

3- SERVIDUMBRE DE RECIBIR AGUA DE PREDIOS AJENOS.- Tiene lugar cuando un predio -el fundo sirviente- recibe agua de otro predio.

CARACTERÍSTICAS.- Es una servidumbre real (a menos que las partes convengan que sea personal), continua y aparente (puede ser no aparente: cuando no haya una señal exterior de la salida del agua).

Existen 3 clases de esta servidumbre:

A) DE GOTERAJE: cuando el agua es recibida de los techos vecinos, como agua de lluvias (art. 3094);

B) DE DESAGÜE: cuando el agua recibida es artificial o natural pero que desagota en el fundo sirviente por acción del hombre (art 3097);

C) DE DRENAJE: se usa para terrenos que suelen inundarse. Las aguas se conducen por canales a través de las propiedades que separan al fundo inundado de una corriente de agua o de la vía pública (art.3100).

4.- SERVIDUMBRE DE SACAR AGUA.- Tiene lugar cuando una persona del fundo dominante, busca agua del fundo sirviente (de pozos, aljibes, etc) y la lleva al suyo, ya sea con un balde, con molinos, con bombas, etc.

CARACTERÍSTICAS.- Es discontinua (se ejerce cada vez que la persona va a buscar agua); puede ser no aparente o aparente (si hay algún indicio de esta servidumbre, como ser un camino que indica que hay un tránsito permanente; una cañería; etc); siempre es convencional; puede ser real o personal (igual que en la servidumbre de tránsito).

El dueño del fundo dominante tiene derecho a extraer agua del fundo vecino y llevarla al suyo; tiene derecho de paso y de limpiar aquél lugar de donde saca el agua (pozo, aljibe, etc.).

5.- SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA: Puede definirse como el derecho real de carácter público constituido por una entidad pública, por el cual se imponen restricciones al dominio de inmuebles de particulares, en favor del interés público (por eso se llaman administrativas).

A diferencia de las servidumbres del Código Civil -en donde siempre debe haber un fundo sirviente y otro dominante- en estas servidumbres suele no haber fundo dominante (o no estar bien determinado).

Veamos algunas de estas servidumbres creadas por leyes especiales:

- SERVIDUMBRES DEL CÓDIGO AERONÁUTICO: nadie puede oponerse al paso de una aeronave por suelo de su propiedad y si le causa un daño puede pedir indemnización, pero no evitarlo.

Deben señalarse todos los obstáculos que puedan hacer peligrar la circulación aérea. Árboles, edificios y demás obstáculos deben respetar un límite de altura.

- **SERVIDUMBRES DEL CÓDIGO DE MINERÍA:** al dueño del fundo superficial le pueden ocupar el inmueble con habitaciones, máquinas, productos de la mina (en la extensión que corresponde a su explotación); con vías de comunicación; le pueden usar el agua natural y el pasto.

- **SERVIDUMBRES DE LA LEY DE FERROCARRILES (LEY 2873).**- Los dueños de los inmuebles que están junto a las vías no pueden:

- excavar, abrir zanjas, hacer cercos, explotar minas, hacer edificios con material combustible (ej: con paja), etc., a menos de 20 metros de las vías;

- plantar árboles a menos de 12 mts., ni hacer muros a menos de 2 mts,

- arrojar basura a las vías, ni usar las vías como desagadero (salvo que naturalmente el inmueble desagote allí).

HIPOTECA

CONCEPTO: La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor (conf. art. 3108).

Es una garantía real que constituye el deudor sobre un inmueble propio para garantizarle al acreedor hipotecario que va a cumplir con la obligación que contrajo. (Ej: A es dueño de una casa, necesita dinero en efectivo, y entonces pide un préstamo, y para garantizarle al acreedor que va a devolverle el dinero, hace una hipoteca sobre su casa, de manera tal que si no paga, el acreedor podrá cobrarse de la venta de esa casa).

LAS GARANTÍAS PUEDEN SER DE DIFERENTES CLASES:

- **LEGALES:** son las que surgen de la ley, como la fianza legal, el derecho de retención, los privilegios, etc.

- **CONVENCIONALES:** surgen de la voluntad de las partes.

- **PERSONALES:** en garantía de que se va a cumplir con el pago, se agrega otra persona, otro deudor. Ej: la fianza (Pedro -fiador- garantiza personalmente que Juan-deudor- va a cumplir, y que si éste no cumple lo hará él en su lugar).

- **REALES:** el deudor pone como garantía una cosa, para que en caso de incumplimiento suyo, el acreedor se cobre de ella. Ejemplos:

A) VENTA CON PACTO DE RETROVENTA: el deudor da al acreedor la propiedad de una cosa suya, y éste tendrá que devolvérsela a aquél cuando cumpla con su deuda.

B) HIPOTECA: el deudor da al acreedor el derecho de ejecutar y hacer vender la cosa en subasta pública para cobrarse de ahí su crédito, en caso de que el no pague su deuda. *

C) PRENDA Y ANTICRESIS: el deudor da al acreedor la posesión (no la propiedad) de la cosa, y al cumplir con su deuda, el acreedor le devuelve la posesión de la cosa.

Desde luego que al acreedor le da más seguridad una garantía real que una personal, ya que cuenta con un bien cuyo valor sabe de antemano y del cual podrá cobrarse teniendo en general 2 derechos: de obtenerlo para ejecutarlo,

(Aún si está en manos de 3ros. porque el deudor lo enajenó) y de preferencia en el cobro, es decir, que será el primero de los acreedores en cobrar cuando el bien sea ejecutado.

CARACTERES DE LA HIPOTECA.-

La doctrina suele clasificarlos en naturales y esenciales.

A) NATURALES.- Se trata de sólo uno -la indivisibilidad- y si llega a faltar, la hipoteca igual sigue existiendo.

- **La INDIVISIBILIDAD** surge del art. 3112, donde dice que la hipoteca es indivisible... y cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

Las consecuencias de la indivisibilidad son:

- Aunque se haya pagado parte de la deuda, mientras haya una parte sin pagar, la hipoteca subsiste sobre todo el inmueble, el cual podrá ser ejecutado a tal efecto. Este principio se aplica también si la hipoteca se hizo sobre varios inmuebles.
- Otra consecuencia es la posibilidad de elección (arts. 3113 y 3114): si la hipoteca recae sobre varios inmuebles, en caso de incumplimiento el acreedor puede elegir entre ejecutar todos los inmuebles a la vez, o a uno solo de ellos, aunque estén en manos de un tercero poseedor.

No obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden de prelación para vender los inmuebles, independientemente de la voluntad del acreedor.

Esta intervención del juez es para evitar abusos de derecho, tal como sería si el acreedor elige vender determinado inmueble sólo para causarle perjuicios al deudor o a un tercero, abusándose de su derecho de elección.

(Ej: entre varios inmuebles, el acreedor elige vender aquél donde vive el deudor, sólo para molestarlo; o elige aquél que tiene una 2° hipoteca, sólo para perjudicar al segundo acreedor hipotecario).

CANCELACIÓN PARCIAL DE LA DEUDA.- La cancelación parcial de la deuda no extingue parcialmente la hipoteca (arts. 3112 y 3187), salvo en 2 casos:

A) EN LA PRE-HORIZONTALIDAD O PROPIEDAD HORIZONTAL: la ley de pre-horizontalidad expresa que los que adquieren departamentos tienen derecho a cancelar parcialmente la hipoteca al escriturar cada unidad. Ejemplo: puede ser que el dueño del futuro edificio, para conseguir la plata para construirlo, haya hipotecado las futuras unidades, entonces el comprador, pagando la parte de la hipoteca que corresponde a su departamento, evita problemas ante la insolvencia del dueño del edificio o ante la imposibilidad de los demás compradores de levantar la hipoteca y no se perjudica con una subasta pública del edificio.

B) ART. 3112 IN FINE: establece que en la ejecución de bienes hipotecados, cuando la división en lotes sea física y económicamente posible (es decir, que no disminuya su valor al ser dividido) o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes y la cancelación parcial de la hipoteca salvo que lesione con ello al acreedor.

Debemos tener en cuenta que la indivisibilidad de la hipoteca no afecta la divisibilidad del crédito (ya que la hipoteca es accesorio del crédito y no al revés), es por eso que, si habiendo varios deudores, una vez ejecutado el inmueble hipotecado, no alcanza para cubrir toda la deuda, como el crédito es divisible, a cada codeudor se le reclama su parte solamente.

Si hay varios acreedores, cada uno de estos va a demandar al deudor, no por el total del crédito, sino solo por su parte, aunque para cobrarla pueda pedir la ejecución de la totalidad de la cosa hipotecada.

B) ESENCIALES.- Si faltan estas características, la hipoteca será nula:

1- ES UN DERECHO REAL.- Esta característica surge del art. 3 i 08, y por estar enumerado como derecho tal en el art 2503.

Algunos autores niegan que sea un derecho real, basándose en que el acreedor no adquiere la posesión de la cosa, con lo cual faltaría la relación directa entre el titular y la cosa; o en que ante el incumplimiento del deudor, el acreedor no puede quedarse con la cosa, sino sólo ejecutarla y cobrarse de la venta. No obstante estas opiniones, para la mayoría de los autores se trata de un derecho real con características especiales.

El acreedor tiene derechos sobre la cosa, y como consecuencia de ello es que el deudor se ve limitado. Así por ejemplo, no puede hacer nada que implique disminuir el valor del inmueble hipotecado; y si bien puede vender la cosa o alquilarla, etc., el acreedor podrá ejecutarla sin importar quién sea el actual propietario.

2- ES CONVENCIONAL.- La hipoteca se constituye mediante una convención expresa (art. 3115); no existen en nuestro derecho las hipotecas legales ni judiciales.

3- ES ACCESORIO DE UN CRÉDITO EN DINERO : la hipoteca -como todo derecho real de garantía- es accesorio de una obligación principal. No puede existir hipoteca si no hay un crédito al cual garantice. Este carácter accesorio determina que si se extingue o es inválida la obligación principal, también se extingue o es inválida la hipoteca, ya que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

4- SE LE APLICA EL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD (art. 3109).- La especialidad se exige: - sobre "el objeto": la hipoteca debe recaer sobre un inmueble determinado; - sobre el "crédito": la hipoteca se debe constituir por una suma de dinero cierta y determinada. (No son permitidas las "hipotecas generales" que graven todos los bienes del deudor y por todas las deudas que él pueda tener). El inmueble debe ser bien individualizado según la registración catastral (parcela, manzana, lote, etc.) bajo pena de nulidad de la hipoteca (art. 3132).

EXCEPCIÓN: la hipoteca no se anulará por falta de alguno de los datos, siempre que se pueda venir en conocimiento de los datos que falten. De cualquier forma, corresponde al juez decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca (conf. art. 3133).

5.- INSCRIPCIÓN.- La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Inmueble, es indispensable para oponerla a terceros. Si no se inscribe sólo - puede oponerse ante determinadas personas (art. 3135 C.C.: escribano, testigos que intervinieron al dar la escritura, etc). Si bien hoy todos los derechos reales deben inscribirse (art 2505 y art 2 de la ley 17.801), cabe aclarar que años atrás sólo se registraba la hipoteca y a los efectos de lograr su publicidad.

6.- ES SOLEMNE.- "La hipoteca sólo puede ser constituida por escritura pública o por documentos, que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que acceda" (art. 3128). Esta exigencia es bajo pena de nulidad, de modo que no sería válida una hipoteca hecha en instrumento privado.

OBJETO DE LA HIPOTECA

La hipoteca debe recaer sobre inmuebles (conf. arts. 3108 y 3109). Las hipotecas sobre muebles no son aceptadas por nuestro Código Civil. (No obstante, en la Ley de Navegación y en el Código Aeronáutico se la admite para los buques y aeronaves, respectivamente).

Por el art. 3110, la hipoteca sobre el inmueble se extiende también a:

- 1) Todos los accesorios del inmueble siempre que estén unidos al principal (Ej: cañerías de agua, ladrillos que forman la pared, etc.). De manera que quedan comprendidos en la hipoteca lo que se denomina inmuebles "por accesión física".
- 2) Todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero. (Ej. de mejora natural o accidental, son las mejoras causadas por avulsión o aluvión).
- 3) Las construcciones hechas sobre un terreno vacío. (Ej: si el suelo está hipotecado, la construcción sobre él también estará afectada, salvo que se trate de , Propiedad horizontal, en dónde cada piso y/o departamento puede hipotecarse separadamente).
- 5) Las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble. (La Ventaja consiste en el aumento de valor del inmueble al extinguirse la carga o servidumbre que había sobre él).
- 6) Los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios. (Se refiere a los alquileres o rentas "debidos", de manera que los ya pagados no integran la hipoteca porque ya ingresaron al patrimonio del dueño, siendo imposible individualizarlos).
- 7) El importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble: integra la hipoteca porque equivale al inmueble hipotecado. El inmueble asegurado es reemplazado por esa indemnización. Lo mismo pasa si hay indemnización por expropiación del inmueble hipotecado.

¿Puede el nudo propietario hipotecar el inmueble sobre el que hay un derecho real de usufructo? Sí, puede (art. 2916) pero tendría efecto cuando finalice el usufructo, salvo que se pacte que se podrá ejecutar el inmueble siempre que se respete el usufructo (ej: se vende la casa con el derecho real de usufructo),

¿Y que ocurre con las minas y canteras? Las que son del Estado (las de 1ra y 2da categoría: oro, plata, plomo, etc) y queda a los particulares en concesión, el concesionario puede hipotecarlas pero el derecho del acreedor se extingue si caduca la concesión.. Las que son del dueño del suelo (3ra categoría: arena, canteras y todo tipo de materia para la construcción) no pueden hipotecarse por separado, sino con la hipoteca del suelo.

¿Qué cosas no están comprendidas en la hipoteca?

- 1) Los frutos ya separados del inmueble hipotecado, pues ellos dejan de ser accesorios;
- 2) los tesoros hallados en el inmueble hipotecado, pues ellos son una cosa separada y distinta de él.
- 3) las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles vecinos para reunirlos al inmueble hipotecado. Esto se debe a que se trata de inmuebles diferentes. (Ej: si yo tengo al inmueble A hipotecado y compro el inmueble B y los uno, este último no queda afectado a la hipoteca de A).

4) los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación, y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse. No pueden hipotecarse porque son derechos, y la hipoteca sólo puede recaer sobre cosas (objetos materiales susceptibles de tener un valor) y no sobre derechos.

CREDITOS QUE GARANTIZA LA HIPOTECA

La hipoteca se constituye para garantizar un crédito cierto en dinero (art. 3108), pero el art. 3109 también permite constituir la para garantizar obligaciones condicionales o eventuales, de hacer, no hacer, dar cosas ciertas que no sean dinero, etc.

Cuando es por un crédito cierto en dinero la cantidad adeudada debe estar detallada en el acto constitutivo de la hipoteca. Para los demás casos, basta con declarar el valor estimativo en dinero en el acto constitutivo de la hipoteca (art. 3131).

HIPOTECA EN MONEDA EXTRANJERA.- Antes de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928) se consideraba que la moneda extranjera no era dinero (sino una "cosa") y se sostenía que estas hipotecas no eran válidas por violar el principio de especialidad.

En consecuencia había que hacer la conversión a la moneda nacional. (El decreto 2080/80 establecía que no se registraría la hipoteca si no se consignaba su valor en pesos argentinos).

A fines del año 2001 las Leyes de Emergencia económica convirtieron obligatoriamente "a pesos" las deudas en dólares, trayendo como consecuencia una avalancha de recursos de amparos en contra de esa legislación.

EXTENSION DEL CREDITO QUE GARANTIZA

Del art. 3111 surge que los gastos, costos, daños e intereses que deba el deudor por incumplimiento de su obligación se van a integrar como accesorios del crédito principal garantizado. El crédito se extiende entonces:

- al capital adeudado;
- a los intereses que van desde la constitución de la hipoteca (si están determinadas en la obligación) y su límite es 2 años más los intereses que se generen durante el juicio de ejecución y hasta cobrar la deuda;
- costas y gastos (accesorios de la hipoteca): las costas surgen por la ejecución de la hipoteca (ej: abogados, tasa de justicia, etc);
- daños e intereses que deba el deudor al ser condenado por no cumplir con su obligación.

CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

A) CONDICIONES DE FONDO

1) SER PROPIETARIO DEL INMUEBLE.- El que constituye la hipoteca debe ser el dueño del inmueble (art. 3119). No es aplicable el principio de convalidación (art. 2504), de manera que no será válida la hipoteca sobre un inmueble ajeno aunque luego se compre, Si la propiedad está sujeta a posible resolución, la hipoteca se hará pero sujeta a resolverse junto con aquella.

CASO DE CONDOMINIO: si hay varios propietarios del inmueble, cada uno puede hipotecar su parte indivisa, pero el acreedor hipotecario podrá cobrarse después de hacerse la partición y siempre que le toque a su deudor la parte hipotecada, ya que si ésta queda en el lote de otro, la hipoteca queda sin efecto (aunque el acreedor mantiene su crédito como un quirografario).

¿Y qué pasa si le toca más que la parte hipotecada? De todas formas la hipoteca se limita a la parte indivisa que el constituyente tenía en el inmueble. Si todos los condóminos son deudores, se va a aplicar la solidaridad, es decir que no se divide la obligación y cada uno está obligado por el todo de la deuda.

2) TENER CAPACIDAD PARA ENAJENAR BIENES INMUEBLES (a rt 3119).- Son incapaces para constituir una hipoteca: los menores, los dementes (aunque la hipoteca hecha por los dementes va a tener efecto respecto de los derechos de los acreedores hipotecarios de buena fe); los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; los condenados a reclusión o prisión por más de 3 años. Los representantes legales del incapaz pueden hipotecar bienes con autorización judicial. los menores emancipados pueden constituir hipotecas, salvo sobre los bienes obtenidos a título gratuito.

En cuanto a los concursados o fallidos hay que tener en cuenta que si hacen la hipoteca después del desapoderamiento de sus bienes, ésta va a ser imponible a los acreedores, pero si el inmueble permanece en su patrimonio, la hipoteca tiene valor.

3) ASENTIMIENTO CONYUGAL.- Está prohibido hipotecar los bienes gananciales del matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge. En cambio, los bienes propios pueden hipotecarse sin este asentimiento, salvo que el inmueble sea sede del hogar conyugal y haya hijos menores, en cuyo caso sí será necesario este consentimiento.

4) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.-

B) CONDICIONES DE FORMA

- 1) La hipoteca debe hacerse por "escritura pública" (el art. 3128 también hace referencia a "otros documentos"expedidos por autoridad competente y que hagan fe por sí mismos). Se trata de un requisito "ad solemnitatem".
No obstante, si se hace por instrumento privado, no habría hipoteca, pero sí una "promesa de hipoteca", y el acreedor podría exigir judicialmente el otorgamiento de la escritura pública y su registración, pero esa promesa no tiene efectos respecto de terceros.
- 2) el acreedor debe aceptar la constitución de la hipoteca (art. 3130), ya sea al momento de constituirla o después con efecto retroactivo, pero la hipoteca no podrá inscribirse hasta la aceptación por parte del acreedor.
- 3) El acto constitutivo (escritura hipotecaria) debe contener además de lo común a cualquier escritura (art. 997 C.C.), los datos requeridos en el art. 3131 (ej: datos de las partes, individualización del inmueble, determinación del crédito, etc).

EL REGISTRO. LA INSCRIPCIÓN.- La inscripción de la hipoteca debe contener la fecha de la escritura pública, nombre del escribano que intervino, datos de los otorgantes, datos de la operación, datos de los bienes hipotecados (los cuales ya están contenidos en el folio real donde se anota la hipoteca). Cada hipoteca debe anotarse en el registro del inmueble sucesivamente, sin dejar blancos donde pueda anotarse fraudulentamente otro registro.

LA INSCRIPCIÓN PUEDE PEDIRLA: el que transmite el derecho, o el que lo adquiere (o sus representantes); o aquél que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario. También podrá pedirla el autorizante del documento (escribano).

En cuanto a las averiguaciones y certificados, podrá hacerlas o pedirlos cualquiera que tenga un interés legítimo en averiguar el estado jurídico de bienes, documentos, limitaciones e interdicciones inscriptas' (conf. Ley 17.801).

¿Quién es responsable ante un error en el registro? Por el art. 3147 C.C. el oficial encargado de registrar las hipotecas es responsable de la omisión en sus libros de alguna registración, o por hacerlas fuera del término legal (defecto legal). Responde aunque no se cause daño a terceros.

También responde ante el acreedor hipotecario, si confecciona mal el certificado o se niega a otorgarlo al que se lo pide (acá responderá si le pueden probar que hubo daño). De todas formas el Estado también tendrá responsabilidad ya que aquél oficial trabaja para él, es su dependiente (art. 1113 C.C.: responsabilidad por hechos del dependiente).

EFFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

La inscripción permite oponer la hipoteca a terceros. Si falta la inscripción sólo será oponible a determinados terceros: escribano, testigos, abogados, herederos de las partes, etc. ¿Por qué a ellos se les puede oponer?: porque ellos tienen cómo conocer la hipoteca aún sin su inscripción.

PLAZO PARA REGISTRAR.- Antes el plazo para registrar era de 6 días corridos desde el otorgamiento de la escritura hipotecaria (para que tuviera efecto contra 3ros). Actualmente -con la ley 20.089- el plazo se amplió a 45 días (como cualquier escritura). De esta forma, las escrituras que se presenten dentro del plazo de 45 días, contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación y tendrán efecto retroactivo contra 3ros, desde el día del otorgamiento de la obligación hipotecaria.

PRIORIDAD DE LA HIPOTECA.- La prioridad se aplica por orden de registración, salvo que si estando constituida la obligación hipotecaria pero no registrada aún y corriendo el plazo de 45 días, un subsiguiente acreedor, sabiendo que existe esta obligación hipotecaria, haga registrar primero la que garantiza su crédito. (Art. 3136 "... la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley").

En este caso, la prioridad del registro no tiene efecto con respecto a la hipoteca, si se registró dentro del plazo de los 45 días.

El art. 3135 establece la reserva de rango, consistente en que, el deudor -al constituir la hipoteca con consentimiento del acreedor- puede reservarse el derecho de constituir después otra hipoteca de grado preferente, siempre que determine el monto máximo que esta futura hipoteca podrá alcanzar.

PERMUTA DE RANGO.- Del art 19 de ley 17.801 surge la posibilidad de que de común acuerdo 2 acreedores hipotecarios se intercambien sus rangos. Ejemplo: Andrés es acreedor en 1º rango y Miguel es acreedor en 2º rango, esto significa que Andrés cobrará antes que Miguel, pero al permutar sus rangos, Miguel pasa a cobrar antes que Andrés y no es necesario el consentimiento del deudor, ya que para él es indiferente quien cobre primero.

CADUCIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA.- Este tema originó la discusión acerca de si la caducidad extinguió la hipoteca o la inscripción de la hipoteca.

La 17.711 puso fin a la discusión al establecer en los arts. 3151: "Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de 20 años, si antes no se renovare", y 3197: "Los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados 20 años desde que fue registrada".

RENOVACIÓN DE LA HIPOTECA.- Vencido el plazo de 20 años ya no es posible renovar la inscripción, lo que se debe hacer es inscribir una nueva escritura hipotecaria dada por las partes (la renovación puede pedirla cualquier persona con un interés legítimo).

¿Y qué pasa con el acreedor hipotecario?: él puede reinscribir su hipoteca pero como se toma como una nueva inscripción, si hay hipotecas inscriptas con anterioridad a aquella, tendrán prioridad.

HIPOTECAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO SOBRE BIENES EXISTENTES EN LA ARGENTINA (art 3129).- El requisito para esta hipoteca es que se haga en instrumento público legalizado. El plazo para registrarlo es de 6 días (en lugar de 45 días).

PREANOTACIÓN HIPOTECARIA: la preanotación se usa para cuando se pide a un banco un préstamo hipotecario. Ocurre que entre que el banco acepta dar el préstamo y se hace la escritura hipotecaria hay un tiempo en el que no se puede usar dicho préstamo; entonces, se hace la preanotación de la hipoteca (con los mismos efectos que ella) para que mientras se terminan todos los trámites, el banco pueda dar un adelanto del préstamo. La preanotación dura 45 días, prorrogable por pedido del banco. Durante ese tiempo no se puede constituir sobre el inmueble ningún derecho real.

MODALIDADES DE LA HIPOTECA.- La hipoteca puede sujetarse a condición o plazo, ya sea en forma suspensiva o resolutoria:
Art. 3116 C.C.: "La hipoteca puede constituirse bajo cualquier condición, y desde un día cierto, o hasta un día cierto, o por una obligación condicional. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma en que se hubiese tomado razón de ella en el oficio de hipotecas.

Si la hipoteca fuese por una obligación condicional, y la condición se cumpliera, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria."
Si la condición es suspensiva, la garantía nace al cumplirse la condición y en forma retroactiva al día en que se constituyó la hipoteca.
Si la condición es resolutoria, la garantía muere al cumplirse la condición.

El art. 3153 ("La hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples.") detalla la constitución de hipoteca para garantizar una obligación eventual (aquella que no existe pero que puede llegar a existir más adelante) y su Único requisito es que se declare el valor estimativo del crédito eventual, en el acto constitutivo. Ej: te pido que me prestes de acá a 2 años un máximo de \$ 200.000 y me vas dando a medida que necesito hasta llegar a dicha cantidad (que es la garantizada con la hipoteca). La ventaja es que el crédito se obtiene más rápido, porque no hay tantos trámites.

Y las obligaciones naturales, pueden garantizarse con una hipoteca? En principio sí, porque como es necesario reconocer la deuda (que debe ser válida y exigible) se estaría convirtiendo la obligación natural, en civil. Con las deudas de juego esto no ocurre, ya que no son válidamente exigibles.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN TERCERO.- Art. 3121: "No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente".

La hipoteca puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero. Si la constituye el tercero, éste se hace responsable -con un inmueble de su propiedad y a través de la constitución de la hipoteca- de que el deudor cumplirá, de lo contrario se ejecutará el inmueble del tercero para saldar la deuda.

En el caso explicado, el tercero no está respondiendo como fiador o personalmente, él sólo responde con el inmueble hipotecado. No obstante, si el tercero también quiere obligarse personalmente – como fiador- puede hacerlo.

EFECTOS DE LA HIPOTECA

PODEMOS HABLAR DE 2 CLASES DE EFECTOS:

- Entre el constituyente y el acreedor (las partes)
- Entre el acreedor hipotecario y los terceros poseedores propietarios (los terceros)

ENTRE LAS PARTES

Art. 3157 C.C. "El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de disposición material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado".

El artículo indica que el propietario del inmueble hipotecado (sea el deudor o un tercero) conserva todas las facultades como dueño del inmueble: donar, vender, permutar, constituir otras hipotecas, usufructos, uso, habitación, servidumbre, hacer modificaciones y reformas, hacer actos de goce, disfrute y explotación, pero siempre que no disminuya el valor del inmueble, perjudicando al acreedor hipotecario.

Ejemplos de actos de disposición material que perjudican al acreedor hipotecario, son: tapiar una ventana, demoler una pared, rellenar con cemento una piscina, etc.

Ejemplos de actos jurídicos que lo perjudican, son: vender el inmueble a personas diferentes, ya que así el acreedor hipotecario tendrá que perseguir al inmueble de los diferentes dueños.

En cuanto a la constitución de derechos reales sobre el inmueble, recordemos que el acreedor hipotecario tiene derecho a oponerse a actos del deudor que hagan disminuir su garantía. Y en cuanto a las servidumbres recordemos que no podrán oponerse a los acreedores hipotecarios anteriores a ellas: los acreedores pueden exigir que el inmueble se venda libre de las mismas.

¿PUEDE ALQUILARSE EL INMUEBLE HIPOTECADO?

Si en la hipoteca se prohibió expresamente alquilar, el alquiler de fecha posterior a la hipoteca será inoponible al acreedor; eir cambio si es de fecha anterior o si se autorizó expresamente en el contrató, será oponible al acreedor.

El acreedor tuvo que haber tenido en cuenta esto al dar la garantía y no puede excusarse diciendo que no lo sabía, si estaba detallado en el contrato.

Ahora bien, si el contrato no dice nada, sólo los jueces podrán evaluar si aquél alquiler perjudica al acreedor hipotecario, en cuyo caso autorizarán la venta del inmueble sin inquilinos. Ej.: el alquiler perjudica al acreedor, si el precio es irrisorio.

¿Y PUEDE CONSTITUIRSE OTRA HIPOTECA?.- Sí, como ya vimos, esto no perjudica al acreedor hipotecario porque cada uno cobra según su rango (por fecha de inscripción), primero en el tiempo, primero en el derecho y no a prorrata.

¿QUE PASA SI EL CONSTITUYENTE NO CUMPLE CON EL ART. 3157?.- El acreedor en este caso puede, si los actos aún no fueron consumados, pedir las medidas cautelares correspondientes (embargos preventivos: para que no pueda disponer del inmueble; prohibición de innovar: para dejar el bien como está; etc.) demostrando que hay verosimilitud en el derecho: esto significa que el que pide las medidas cautelares es el legítimo dueño del derecho a proteger y demostrando también que hay peligro en la demora en aplicar dichas medidas (art. 3158).

Pero si los actos ya se consumaron (y por ende las medidas cautelares ya no sirven) y el valor del inmueble se encuentra disminuido por actos del deudor (y no por caso fortuito o fuerza mayor) como para no llegar a dar plena y entera seguridad a los acreedores hipotecarios, éstos podrán (art. 3159 C.C.):

- pedir que se le deposite una suma de dinero estimativa por los daños causados; o
- demandar un suplemento a la hipoteca (es decir, que se le agregue a la anterior algo de más valor para aumentar la garantía).

Si los créditos son a plazo el acreedor puede pedir la caducidad de dicho plazo, como sanción por el daño, es decir, exigirle la obligación ya mismo y no beneficiarlo con el término que le daba el contrato (art. 3161 C.C.).

Para terminar con las relaciones entre las partes es interesante saber que algunos autores consideran que el hecho de hacer ejecutar el inmueble hipotecado (si se vence el plazo y el deudor no cumple con su obligación) es un derecho del acreedor hipotecario, mientras que para Borda estamos ante una consecuencia del incumplimiento de la obligación. Esta obligación se efectiviza por medio de la vía ejecutiva u ordinaria, según corresponda.

B) CON RELACION A TERCEROS

El acreedor hipotecario tiene dos derechos fundamentales:

- 1) El derecho de persecución (ius persecuendi) y
- 2) El derecho de preferencia (ius preferendi).

1-EL DERECHO DE PERSECUCIÓN.- (art. 3165 C.C.) Es el derecho que tiene el acreedor de perseguir el inmueble hipotecado -sin importar quien lo tenga cuando el deudor lo hubiese enajenado, total o parcialmente. Pero, las cosas muebles accesorias al inmueble hipotecado, no podrán perseguirse del tercero poseedor (el por qué lo da el principio del art. 2412: posesión de buena fe de cosa mueble no robada ni perdida, vale titulo....).

DIFERENCIA ENTRE 3RO. ADQUIRENTE Y 3RO. POSEEDOR:

El dueño del inmueble hipotecado puede enajenarlo a un 3ro, el cual puede asumir 2 actitudes respecto de la hipoteca:

A) SE HACE CARGO DE LA DEUDA (y se convierte en deudor) y responde con todo su patrimonio.- Para este 'cambio de deudor' se necesita el consentimiento del acreedor hipotecario, y a partir de ahí el 3ro. será llamado '3ro. adquirente' (vale aclarar, que de todas formas el deudor anterior no se libera de la obligación, salvo que haya una delegación expresa por parte del acreedor hipotecario).

En caso de que el acreedor hipotecario no lo acepte como deudor, sólo responderá con el inmueble y será llamado '3ro. poseedor': que es la persona que no está obligada personalmente a pagar la deuda y es titular del dominio del inmueble.

B) NO ASUME LA DEUDA (situación igual al caso en que el acreedor no acepta al 3ro. como deudor). El acreedor hipotecario -por su derecho de persecución oponible erga omnes- va a ir contra el inmueble hipotecado que tenga el 3ro. poseedor, el cual sólo responderá hasta el valor del inmueble* pero no por más, porque no es el deudor.

¿En qué casos el acreedor NO puede ejercer el derecho de persecución?

1) En caso de expropiación.- Cuando el inmueble hipotecado es expropiado por el Estado por causa de utilidad pública, el Estado pagará la correspondiente indemnización y el acreedor hipotecario se limitará a hacer valer sus derechos sobre esa indemnización.

2) en caso de subasta judicial.- Si el inmueble hipotecado fuese vendido en un remate público ordenado por el juez, la hipoteca se extingue y los acreedores hipotecarios tendrán derecho sobre el dinero producto de la venta.

3) Quando una cosa mueble, haya sido separada del inmueble y enajenada a un adquirente de buena fe. - En este caso no podrá ejercerse el derecho de persecución porque los muebles separados del inmueble quedan excluidos de la garantía y el art. 2412 protege a los adquirentes de buena fe de cosas muebles no robadas ni perdidas

¿Qué se requiere para ejercer el derecho de persecución? Se requiere:

- Que el crédito del acreedor hipotecario sea exigible al ejercer el derecho.
- Que la hipoteca haya sido registrada en tiempo oportuno (es decir, antes de que el dueño haya enajenado a 3ros. el inmueble).

EL 3RO. POSEEDOR, ANTE LA ACCIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PARA EJECUTAR EL INMUEBLE, PUEDE:

A) DEFENDERSE EN EL JUICIO EJECUTIVO (oponiendo las excepciones correspondientes: litispendencia, cosa juzgada, incompetencia, falta de personería, inhabilitación de título, nulidad, etc.) pero no podrá exigir que se ejecuten antes que su inmueble, otros inmuebles (para garantizar el mismo crédito) que tenga el deudor y que no estén ocupado por 3ros.

De todas formas, recordemos que por el art. 3113: el juez podrá disponer el orden de ejecución de los inmuebles hipotecados si el 3ro. Poseedor demuestra que la elección del inmueble a ejecutar por parte del acreedor hipotecario fue hecha a propósito, para perjudicarlo.

El 3ro poseedor no puede exigir quedarse con el inmueble para pagar los gastos necesarios que se hubieran hecho (sólo tendrá derecho al mayor valor que obtenga el inmueble por los gastos necesarios que hizo el realizo, pero recién después de haber pagado al acreedor hipotecario y los gastos de ejecución). Muchos autores consideran que esta medida es injusta para el 3ro. poseedor.

B) PAGARLE AL ACREEDOR HIPOTECARIO EL CAPITAL (con sus intereses y costas del juicio) que adeuda el deudor (antiguo propietario), para detener así la ejecución. De esta forma queda subrogado en la hipoteca que tenía el acreedor por su crédito (art. 3165) obteniendo una acción contra el deudor por el reembolso de lo que pagó.

¿Y si sobre el inmueble hipotecado hay otra hipoteca de grado inferior? En este caso el 3ro. subrogado -para evitar que le vendan el inmueble- tendrá que pagarle a ese acreedor hipotecario. De lo contrario, el inmueble se venderá, pero el primero en cobrar será el subrogado.

C) ABANDONAR EL INMUEBLE (ya que él sólo responde hasta la cosa y no personalmente). En este caso se nombra un curador para que reemplace al 3ro. Poseedor y se haga la ejecución contra él. Aclaramos que el abandono es de la posesión, (para que se pueda ejecutar el inmueble), pero no del derecho de propiedad. Por eso, una vez ejecutado el inmueble y pagados todos los créditos, el que abandonó se queda con el resto. Para hacer el abandono tiene 5 días desde que se dicta la sentencia de remate contra el deudor, pasados éstos la ejecución sigue también contra el

D) SEGUIR LA EJECUCIÓN DEL INMUEBLE, sin abandonarlo (en este caso la ejecución es contra él y no contra un curador).

Veamos ahora, algunos casos puntuales relacionados con derechos reales sobre el inmueble hipotecado, a favor del 3ro. poseedor, ANTES Y DESPUÉS de la adquisición del mismo:

ANTES DE LA ADQUISICIÓN:

Si el derecho real tenía con anterioridad un derecho real a favor del 3ro poseedor cuando éste lo adquiere, ese derecho real se extingue por confusión, Y al ejecutarlo (es decir, al sacárselo) va a renacer ese derecho real a favor del 3ro. poseedor. (Ej: Juan tiene un usufructo sobre una casa, luego la compra y el usufructo se extingue, pero como la casa tenía una hipoteca que no fue cancelada, le ejecutan a Juan el inmueble; esta ejecución debe hacerse respetando el usufructo de Juan, que renació).

- La ejecución también hace revivir los derechos reales que estaban en el inmueble ejecutado, pertenecientes al 3ro. poseedor. (Ej: Pedro tiene un inmueble afectado con servidumbre a favor del fundo vecino, al comprarlo se extingue la servidumbre, pero si luego, por constituirle una hipoteca y no pagarla, es ejecutado, la servidumbre revive). Esto es para no perjudicar al acreedor hipotecario, al quitarle al inmueble hipotecado una servidumbre que aumenta el valor del inmueble en cuestión.

- El 3ro. poseedor puede hacer valer las hipotecas que tenía adquiridas sobre el inmueble hipotecado antes de ser propietario de él, en el orden correspondiente. Esto es porque al comprar el bien, lo que se extingue es la hipoteca por confusión, pero no se extingue la deuda; por eso si aparecen otros acreedores hipotecarios, la hipoteca del 3ro. poseedor, revive para ser cobrada según su grado de preferencia.

DESPUÉS DE LA ADQUISICIÓN: en este caso los derechos reales no son oponibles al acreedor hipotecario. Es decir que el inmueble debe venderse libre de ellos porque el acreedor no debe perjudicarse por culpa del 3ro. Poseedor.

2) EL DERECHO DE PREFERENCIA. - Es el derecho que la ley le da al acreedor hipotecario -sobre los demás acreedores- de cobrar con prioridad. Surge del contrato.

Si hay varias hipotecas sobre un mismo inmueble va a tener preferencia la hipoteca que primero fue inscrita (primero en el tiempo, primero en el derecho) salvo que se aplique la reserva de rango.

EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.-

Hay 2 vías de extinción:

1.- POR VIA DE CONSECUENCIA (art. 3187) La hipoteca se extingue como consecuencia de la extinción total de la obligación principal (producida por alguno de los modos de extinción de las obligaciones: pago, novación, transacción, confusión entre acreedor y deudor, etc). Esto se debe a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y a que una de las características de la hipoteca es ser accesorio.

2.- POR VIA PRINCIPAL (art. 3193).- Cuando la hipoteca se extingue por sí misma (aunque quede vigente la obligación principal), lo cual se produce en los siguientes casos:

A) RENUNCIA DEL ACREEDOR -en forma expresa y en escritura pública- de su derecho hipotecario, consintiendo la cancelación de la hipoteca. Debe anotarse en el Registro (conf. art. 3193).

B) EXPROPIACIÓN Y VENTA JUDICIAL: en estos casos el privilegio del acreedor pasa a ejercerse sobre 3a indemnización o sobre el precio de la venta.

C) CONFUSIÓN en una misma persona de la calidad de acreedor hipotecario y de propietario irrevocable del inmueble. En este caso, la hipoteca se extingue (porque no es lógico que haya una hipoteca sobre un bien propio, y a favor de uno mismo), pero la obligación principal subsiste (ver art. 3198).

D) DESTRUCCIÓN DE EDIFICIOS (ART. 3195).- Si el inmueble hipotecado tiene edificios y estos se destruyen, la hipoteca sólo quedará sobre el suelo (sobre los materiales no, porque vuelven a ser cosas muebles). Pero si el edificio se reconstruye, la hipoteca vuelve a aplicarse sobre el edificio. Si por la destrucción del edificio, se cobra un seguro, la hipoteca no se extingue, sino que se traslada a la indemnización.

E) RESOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.- Si el que constituyó la hipoteca tenía sobre el inmueble un dominio bajo Condición resolutoria y esta se cumple, la hipoteca se extingue.

CANCELACION DE LA HIPOTECA.

La cancelación es el acto jurídico por el cual se deja sin efecto la inscripción de la hipoteca en el Registro.

A diferencia de la extinción que concluye con la hipoteca y todos sus efectos, la cancelación deja sin efecto a la INSCRIPCIÓN de la hipoteca en el Registro, y por lo tanto sólo afecta a la hipoteca con relación a terceros. Marcamos esta diferencia porque puede haber casos en que la hipoteca esté extinguida (ej: por pago o cualquier otro medio de extinción), pero subsiste la inscripción porque no se ha realizado la correspondiente cancelación.

Y también a la inversa, puede estar cancelada la inscripción y subsistir la hipoteca (Ejs: el acreedor renunció a la inscripción, pero no renunció a la hipoteca, la cual sigue vigente entre él y el dueño del inmueble; o han pasado 20 años y la inscripción no se ha renovado; etc).

LA CANCELACIÓN PUEDE SER VOLUNTARIA O JUDICIAL.

- CANCELACIÓN VOLUNTARIA: cuando se produce por el consentimiento de las partes o por lo menos con el consentimiento del acreedor (Ej: el acreedor renuncia a la inscripción de la hipoteca). Debe constar en escritura pública.

- CANCELACIÓN POR SENTENCIA JUDICIAL: comprende casos en que el acreedor no ha querido -o no ha podido- consentir la cancelación, y entonces el deudor se ve obligado a pedir la cancelación al juez. Es procedente pedir la cancelación judicial (conf. art. 3200):

- si la inscripción se fundó en un instrumento insuficiente para constituir una hipoteca (ej: por un instrumento privado; o por instrumento con vicios de fondo o de forma).

- o si el crédito garantizado con la hipoteca fue pagado;

- o si la hipoteca dejó de existir por cualquier causa legal.

Para hacer efectiva la cancelación hay que presentar en el Registro de la Propiedad la correspondiente escritura pública de cancelación, o en su caso, la sentencia judicial que la ordena. El Registro la hará efectiva anotando la cancelación al margen de la inscripción de 1a hipoteca.

En el caso de "letras o pagarés hipotecarios" habrá que presentar al Registro la totalidad de dichos títulos (conf. art. 3202).

LETRAS Y PAGARES HIPOTECARIOS

CONCEPTO.- Son títulos valores con garantía hipotecaria. Están regladas en la ley 24.441 (arts. 35 a 49). El Código Civil, con relación a la cancelación de la hipoteca le dedica el art 3222 que dice: "Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos el deudor o un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos

De manera que, el que tenga en su poder las letras o pagarés hipotecarios - sea el deudor o un tercero- podrá solicitar la cancelación, sin que sea necesaria ninguna otra prueba de que se ha pagado la obligación. La cancelación podrá ser total o parcial según la cantidad de pagarés que se presenten al Registro.

Ejemplo: si se firmaron 10 pagarés hipotecarios y se presentan todos, la cancelación será total. Si sólo se presentan algunos, la cancelación será parcial.

RÉGIMEN DE EJECUCIÓN ESPECIAL DE HIPOTECAS.- Es el que se aplica, según el art. 52 de la ley 24441, siempre que las partes dejen constancia de que se someten a este régimen expresamente, y es así: pasados 60 días de producida la mora, el acreedor intima al deudor (por acta notarial, carta documento, etc) al pago íntegro de lo adeudado (por 15 días) bajo apercibimiento de remate en forma extrajudicial.

Si el deudor NO paga, el acreedor se presenta ante el juez con la letra o cupones exigibles y con el certificado de dominio del inmueble hipotecado, (para verificar su estado de ocupación) y obtiene la tenencia. Luego se da traslado (por 5 días) al deudor para que oponga excepciones, si las tiene;

- que no está en mora;
- que no fue intimado al pago;
- que en ningún momento se pactó este régimen especial de ejecución;
- que hay vicios graves en la publicidad.

Rechazadas estas excepciones, el juez ordena verificar el estado del inmueble a través de un escribano. Si el inmueble está ocupado, se intima a desocuparlo en forma pacífica, en 10 días (caso contrario interviene la fuerza pública).

DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

- A pedir un segundo testimonio (una copia) del título de propiedad del inmueble,
- A pedir informes acerca de las condiciones de dominio y gravámenes, de deudas de impuestos, expensas, etc.
- Si no son respondidos en 10 días, el acreedor puede subastar el inmueble como si no tuviera deudas.
- Puede ordenar por sí el remate y designar martillero sin intervención judicial. En el remate está presente el escribano que labra el acta.

La base del remate es el monto de la deuda.

La realización de la subasta debe notificarse (7 días antes) al deudor, propietario y demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada. Luego de la subasta, el acreedor hace la liquidación de la deuda (más los gastos de ejecución) y deposita judicialmente el sobrante. Si no hay embargos o inhibiciones se le entrega el sobrante al deudor.

Si el remate fracasa porque no hay postores, la base se reduce al 25%; y si vuelve a fracasar se hace un nuevo remate sin base, al mejor postor.

Si el comprador en la subasta es el acreedor hipotecario, se compensa su crédito (es decir que si la casa se remató por \$ 100, pero su crédito era por \$ 45, él va a pagar sólo \$ 55).

PERFECCIONAMIENTO DE LA TRANSMISIÓN.- La transmisión se perfecciona con el pago total del precio en la subasta, la entrega de la posesión y la inscripción registral (para que sea oponible frente a 3ros). Pero la venta no queda firme hasta "pasados 30 días de hecha la ejecución extrajudicial", tiempo en que el deudor puede recuperar la propiedad del inmueble, pagando al comprador lo que él pago en el remate más el 3% por gastos

Luego de la subasta y cancelado el crédito el deudor podrá impugnar por la vía judicial, alegando:

- que no concurren los hechos que habilitan la venta;
- que la liquidación que hace el acreedor es errónea;
- que no se cumplió con lo estipulado en la ley.

PRENDA

El Código Civil utiliza la palabra PRENDA para 3 casos:

- 1) Le llama prenda al derecho real de prenda (art. 3204 C.C.: "Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda"). A diferencia de la hipoteca, en la prenda la cosa se transmite al acreedor.
- 2) Le llama prenda al contrato que da nacimiento al derecho real de prenda.
- 3) Le llama prenda al objeto que se entrega en garantía.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REAL DE PRENDA

Este derecho, es un derecho real (está enumerado en el art. 2503) y es accesorio de una obligación principal (si se extingue la obligación principal, se extingue la prenda). En general, es convencional (aunque en forma excepcional, se admite la forma tácita); y cuenta -al igual que la hipoteca- con el carácter de especialidad (debe estar detallado el crédito y la cosa prendada) y el de indivisibilidad (la prenda es indivisible, pero puede dividirse la deuda). Este último es un carácter natural, puede no estar presente por acuerdo de partes.

En general la prenda se da para garantizar un préstamo, pero puede garantizarse cualquier obligación: cierta, condicional; con o sin plazo; de dar, hacer o no hacer, etc.

¿QUE COSAS PUEDEN PRENDARSE?

Pueden prendarse las cosas muebles y los créditos, pero ambos deben estar en el comercio (ej: las cosas del Dominio público del estado no pueden prendarse).

Las cosas pueden ser fungibles o no fungibles, pero deben ser muebles, ciertas, determinadas y presentes.

No se acepta prenda sobre cosa ajena ni futura porque lo esencial de la prenda es la entrega de la cosa al acreedor, cosa que se toma imposible si no se es el dueño como para disponer de ella, o si la cosa no existe aún.

En cuanto a los créditos, deben hacerse por escrito y siempre hay que entregar el instrumento del crédito al acreedor prendario, para perfeccionar el contrato: la diferencia es que si el crédito es al portador, con la simple entrega alcanzará y si la transferencia debe hacerse por endoso hay que

cumplir con la cadena de dichos endosos. En caso de que el crédito no sea negociable por endoso es indispensable notificar al deudor (del crédito que se da en prenda) sobre la existencia del contrato (art. 3209 C.C.).

CONSTITUCION DE LA PRENDA

La prenda debe constituirla el dueño de la cosa (o titular del crédito), según el art 2313: "sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa..".

¿Y qué pasa con la prenda constituida sobre cosa ajena? Los efectos de esta prenda son válidos si se cumplen los requisitos del art. 2412 C.C.: la posesión de buena fe de cosa mueble crea a favor del que la posee la presunción de tener su propiedad, repeliendo cualquier acción de reivindicación, si la cosa no fue robada ni perdida.

El 3213 C.C. también establece que si el deudor da en prenda, al acreedor (de buena fe) un objeto (no robado ni perdido) que no era de su propiedad, éste puede no dárselo al verdadero dueño, hasta que alguien le pague su crédito. Es decir que la reivindicación contra él, por parte del propietario de la cosa prendada, no corre.

El contrato es igualmente válido entre las partes, De todas formas, según el art. 3215 C.C. el acreedor puede (ante esta prenda sobre cosa ajena) devolvérsela al dueño que la reclama, exigiéndole al deudor que le de otra prenda de igual valor o que cumpla con la obligación principal (aunque haya plazos pendientes para el pago).

¿Y qué pasa si la cosa es robada o perdida? En caso de que le hayan robado la cosa al dueño o de que éste la haya perdido y que el deudor la haya comprado en venta pública (o a alguien que acostumbra vender dichas cosas), aquél dueño podrá recuperarlas (es decir, sacárselas al acreedor), pagándole al acreedor lo que el deudor pagó por dicha cosa.

La entrega de la cosa.- Entregar la cosa prendada es indispensable para que nazca el contrato y el derecho real. ¿Y si es un crédito? Hay que entregar el instrumento (el título del crédito) y si corresponde, notificar al deudor.

Capacidad de las partes.- En cuanto al que constituye la prenda, se exige capacidad para enajenar. En cambio, para el que recibe la prenda se exige capacidad para contratar.

LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

Derechos del acreedor prendario:

1) a poseer la cosa: es decir que no puede servirse de la cosa como dueño (salvo autorización del propietario). Sólo tiene derecho a la posesión, carece del uso y goce porque está poseyendo la cosa en garantía de que se cumplirá con una obligación, no está poseyendo la cosa para usarla.

2) a retener y recuperar la cosa: es decir que hasta que el deudor no pague su deuda (más los gastos e intereses correspondientes) el acreedor puede retener la cosa. Además, si pierde la tenencia de la cosa (aún en manos del verdadero dueño) tiene acciones para recuperarla (reivindicatoria, negatoria, etc).

3) a pedir la venta de la cosa prendada, en remate público, ante el incumplimiento del deudor: para así cobrarse de dicha venta, su crédito y en forma privilegiada con respecto a los demás acreedores. Este derecho se llama 'ius distrahendi'.

4) a percibir los frutos e intereses a cuenta de lo que le debe el deudor.

Deberes del acreedor prendario:

1-no puede usar la cosa prendada (salvo autorización del dueño) bajo pena de que -a pedido del dueño- se le secuestre la cosa.

2) debe conservar la cosa (es ser responsable por la pérdida o deterioro de la cosa por su culpa o negligencia).

3) debe devolver la cosa y accesorios cuando la prenda termine. (Si la cosa dio frutos o intereses y los percibe el acreedor, serán a cuenta de lo que le debe el deudor).

Derechos del deudor (constituyente de la prenda):

1) tiene los derechos como dueño de la cosa. Solamente, no podrá usar la cosa (porque se desprende de su posesión, al entregar la cosa al acreedor).

2) tiene derecho a que le devuelvan la cosa, al finalizar la prenda, con los accesorios y frutos que produjo. Además, si el acreedor abusó de los derechos como poseedor, el deudor podrá secuestrarle la cosa y exigir indemnización por los deterioros o destrucción causados por el uso indebido.

3) tiene derecho a quedarse con el sobrante de la venta de la cosa, luego de saldada la obligación garantizada con dicha prenda.

Deberes del deudor (constituyente de la prenda):

1) reembolsarle los gastos al acreedor por las mejoras que le hizo a la cosa prendada (por las mejoras necesarias debe reembolsarle siempre; por las útiles, sólo si le aumentó el valor a la cosa; y por las superfluas no hay reintegro).

2) responder por evicción de la cosa prendada (es decir que si la cosa fue reclamada por un 3ro., él le debe entregar otra prenda al acreedor o cumplir con la obligación principal).

NO PUEDE PACTARSE EN EL CONTRATO

No puede pactarse la prohibición de hacer la venta en remate público, ya que es la facultad que tiene el acreedor para cobrarse su crédito en forma privilegiada ante el incumplimiento del deudor.

Tampoco se acepta en la prenda, el pacto comisorio, el cual consistiría en que el acreedor ante el incumplimiento del deudor, pueda quedarse con la cosa prendada (arts. 3222 y 1203 C.C.). Aunque hay una excepción a esta prohibición: el art. 3223 C.C. nos dice que puede pactarse que el acreedor se quede con la cosa (en caso de incumplimiento del deudor), pero su valor (el de la cosa) se va a fijar al vencimiento de la obligación y no cuando se redacte el contrato.

Esto es para evitar que el acreedor se abuse de la necesidad del deudor por hacer la prenda y acepte fijar un precio vil para luego quedarse (el acreedor) con la cosa por muy poca plata.

Es decir que, en líneas generales, el acreedor no puede quedarse con la cosa pero puede hacerla vender en remate público. En caso de que haya en el contrato alguna de estas cláusulas, las mismas serán anuladas, pero el contrato sigue su curso, es decir que no se anula.

EJECUCION DE LA PRENDA (arts. 3224 y 3234).-

En general (y salvo excepciones en donde el acreedor puede ordenar la venta) los acreedores deben pedir al juez, la venta de la cosa prendada. Luego el juez cita al deudor para que oponga excepciones y si éste no las tiene, se sigue con la ejecución. Si el acreedor prendario no pide la ejecución, pueden pedirla los acreedores quirografarios.

En la prenda hay rangos, como en la hipoteca? Sí, hay rangos prendarios que se establecen según la fecha de constitución de cada prenda, es decir con el título suficiente (contrato de prenda) y el modo suficiente (la tradición).

Ejemplo: yo hago una prenda sobre mi máquina de coser a favor de A y luego hago otra prenda sobre la misma máquina a favor de B. Los 2 acreedores, A y B son coposeedores de la máquina de coser y el rango (es decir el orden de tener derecho sobre la cosa) es primero A y segundo B. Si en cambio se hacen las 2 juntas, no habrá orden, cobrarán a prorrata. Por último, es interesante saber que en estos casos y para evitar problemas de quien se queda con la cosa, se la suele dar a un 3ro. En carácter de depositario.

¿Qué ES LA PRENDA TACITA?

Es la que surge cuando ya hay una obligación garantizada con una prenda y se hace una segunda obligación (entre el mismo acreedor y el mismo deudor) que vence antes de que se pague la 1ra. obligación. Esta segunda obligación se entiende garantizada con una prenda tácita porque se presume que ambas obligaciones están avaladas por la prenda.

EXTINCION

La prenda se extingue por 2 formas (igual que en la hipoteca):

1) POR VÍA PRINCIPAL; son los casos de renuncia hecha por el acreedor o por acuerdo de partes; remate judicial (en donde los derechos del acreedor pasan al precio de venta); confusión (entre el acreedor y el propietario de la cosa prendada).

Tener en cuenta que lo que se extingue es la prenda, no la obligación, la cual puede seguir aunque se extinga la prenda. Si la confusión es entre deudor y acreedor, en ese caso si se extingue la obligación.

2) POR VÍA DE CONSECUENCIA: son los casos en donde se extingue la prenda porque se extinguió la obligación principal que le dio origen (ej: me obligo a pintar una casa; en garantía de esa obligación constituí prenda sobre un piano. Si luego, el dueño decide empapelar su casa y prescindir de mis servicios, como la obligación se extingue, también se extingue la prenda que ya no tiene razón de ser).

Hay una presunción iuris tantum: si la prenda está en poder del deudor es porque voluntariamente el acreedor se la devolvió (es decir que renunció a la misma) salvo prueba en contrario.

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PRENDA

Es el contrato real: ya que produce efectos desde que se hace la tradición de la cosa (aunque algunos autores dicen que aún antes de la entrega la simple convención entre las partes vale como promesa de hacer el contrato, permitiéndole al acreedor exigir la cosa).

Es unilateral, porque se obliga una sola parte: el acreedor a devolver la cosa al deudor cuando éste cumpla con su obligación.

Es oneroso y accesorio de la obligación que dio origen a la prenda (recordemos que si aquella se extingue hay que devolver la prenda, que también se extingue).

FORMA. Entre las partes vale cualquier forma (escrita o verbal), pero frente a 3ros. se debe hacer en instrumento público o privado con fecha cierta. Esto significa que para poder oponer el contrato a los 3ros. necesitamos tenerlo hecho en el instrumento que exige la ley.

PRENDA COMERCIAL. - (arts. 580 a 588 Código de Comercios- Contrato por medio del cual el deudor o un tercero a su nombre, entrega al acreedor una cosa mueble, en seguridad y garantía de una obligación comercial.

¿Cuál es la diferencia con la prenda del C. Civil? Además de que la obligación que se garantiza es comercial, el acreedor cuenta con un derecho: en caso de incumplimiento (y salvo pacto en contrario) el acreedor puede vender las cosas prendadas en remate (y no en subasta judicial), anunciándolo 10 días antes.

Si la prenda es sobre títulos negociables, acciones, etc. la venta se hará por medio de un corredor al precio de cotización al día siguiente de que venció dicha obligación.

Otra diferencia es que para producir efectos frente a 3ros. la prenda comercial sólo exige la forma escrita (en cambio la civil exige la instrumentación pública o privada de fecha cierta). El tema en la prenda comercial es (al igual que todo lo que rige para el comercio) lograr la celeridad en el tráfico comercial, cosa que se ve afectada con cosas como un remate judicial o un formulismo excesivo (cuando los comerciantes cuentan con sus libros de comercio).

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Es el derecho real de prenda pero con la diferencia de que la cosa no pasa a manos del acreedor, sino que se queda en poder del deudor. Hoy son las que más se usan y son una suerte de hipoteca mobiliaria.

En nuestra legislación contamos con: la Ley de Prenda Agraria (9644) y la de Prenda con Registro (12.962). Se usan para muebles que son grandes productores (herramientas y máquinas) por lo que es necesario mantenerlos en actividad para que con su producido se pueda pagar la obligación, en lugar de tener que inmovilizarlos en manos del acreedor.

PRENDA CON REGISTRO (LEY 12.962).-

Esta prenda puede constituirse para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de obligaciones, a las cuales las partes les fijan un valor en sumas de dinero, a los efectos de la garantía prendaria.

Para su validez se debe:

- hacer en un documento público o privado pero redactado en formularios oficiales; y con los contenidos exigidos por la ley
- inscribir en el Registro de Prendas, para que sea oponible frente a 3ros.

Esta prenda surgió para fomentar la actividad agrícola: el trabajador podía obtener un crédito prendando sus herramientas de trabajo, pero con la ventaja de que se las quedaba y las usaba en el trabajo.

Diferencia fundamental con la prenda común: en la prenda con registro la cosa prendada queda en manos del deudor (o del 3ro. que los prendó para asegurar el cumplimiento de deuda ajena).

Antes, la prenda con registro sólo podía hacerse a favor de determinados acreedores el Estado, bancos, determinadas sociedades y prestamistas, etc.

Pero ahora con el Decreto 897/95 puede hacerse a favor de cualquier persona física o jurídica.

¿Sobre qué bienes puede hacerse prenda con registro? Sobre toda clase de muebles o semovientes; los frutos o productos; los inmuebles por su destino; fondos de comercio; mercaderías y materias primas de un establecimiento comercial o industria!.

¿Cómo es el tema de la publicidad?.- En primer lugar, el contrato de prenda con registro debe inscribirse en el Registro de Prenda (el cual emite certificados y da información sobre las cosas prendadas) para que pueda oponerse frente a 3ros. los derechos del acreedor. La prenda dura 5 años desde su inscripción, pasados los cuales caducará de pleno derecho (salvo que se reinscriba el contrato por otros 5 años).

CLASES DE PRENDA CON REGISTRO: TENEMOS 2 TIPOS

A) PRENDA FIJA: esta prenda es la que se realiza sobre los bienes (es decir, cosas y derechos) determinados e individualizados.

B) PRENDA FLOTANTE: esta prenda es la que se realiza sobre mercaderías y materias primas de un establecimiento comercial o industrial y que permiten a su dueño, enajenarlas, transformarlas o industrializadas siempre que sea la actividad de dicho establecimiento (es decir, que el comercio se dedique, por ejemplo a transformar la materia prima en producto elaborado). La prenda flotante es una garantía (condicional y suspensiva) y se la llama flotante porque 'flota' sobre el patrimonio del deudor sin tocarlo, salvo que se produzca el incumplimiento. Son usadas para asegurar el pago de una obligación cuyo plazo no supere los 180 días.

ANTICRESIS

CONCEPTO: Es el derecho real que constituye el deudor (o un 3ro. por él) sobre un inmueble de su propiedad a favor del acreedor, consistente en darle la posesión para que perciba los frutos del mismo.

Estos frutos van a ser descontados anualmente de lo que el deudor le deba al acreedor por los intereses del crédito que este le dio, y si sobra (o no se deben intereses) se descuenta también del crédito en sí (del capital). La denominación es de origen griego: significa "usar en reemplazo de" o "en lugar de". En cuanto al "contrato de anticresis", es el contrato real, unilateral y oneroso que da origen al derecho real de anticresis.

En cuanto a la forma de constitución, entre las partes, la anticresis es válida con la simple entrega de la cosa, pero frente a 3ros. es necesaria la escritura pública y su inscripción en el Registro (conf. art. 1184 y ley 17.801: los contratos cuyo objeto sea gravar un inmueble, deben hacerse en escritura pública).

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ANTICRESIS.-

- 1) Es un derecho real (según los arts. 2503 y 3239): de la nota al 3239 surge una discusión doctrinaria: Troplong dice que no es un derecho real porque no se ejerce sobre un inmueble (fundo) sino sobre sus frutos. Vélez Sársfield, en cambio, dice que sí es un derecho real, y que los que opinan lo contrario se equivocan, ya que los frutos y el terreno forman una sola cosa y no están separadas.
- 2) Es convencional (al igual que en la hipoteca)
- 3) Es accesoria de una obligación principal (al igual que en la hipoteca)
- 4) Es indivisible (al igual que en la hipoteca, es una característica natural: si falta, igualmente se constituye el anticresis)
- 5) Especialidad: deben detallarse objeto y crédito del anticresis.
- 6) Inscripción del contrato en el Registro, para que sea oponible frente a 3ros.

REQUISITOS

- 1) Necesitamos la existencia de un crédito determinado, individualizado, para garantizar con el anticresis.
- 2) Que el anticresis se constituya sobre cosa inmueble.
- 3) Que se le dé al acreedor (anticresista) la posesión del inmueble (para que perciba sus frutos)
- 4) Que el acreedor pueda percibir los frutos para imputarlos a lo que corresponda (intereses, capital, etc).
- 5) El anticresis lo debe hacer aquel que tenga capacidad para disponer del inmueble (dueño) o de sus frutos (usufructuario). No puede (3244) aquél que sólo tenga poder para administrar el inmueble, pero rige el principio de convalidación (por lo tanto, si el que hizo el anticresis no era, por ejemplo, el dueño de la cosa pero luego la adquiere, se convalida ese derecho real, es decir, que lo que en principio era nulo, pasa a valer).

¿QUÉ PACTOS SON PROHIBIDOS?

Al igual que en la hipoteca, está prohibido el pacto comisorio (art. 3252 C.C: que el acreedor se adueñe del inmueble, si el deudor no paga su obligación al vencimiento).

Tampoco vale el pacto por el cual el acreedor adquiere el inmueble por el precio que fijen los peritos, ante el incumplimiento del deudor.

Otro pacto que no es válido es aquél por el cual se autorice a hacer la venta del inmueble en forma privada (ya que lo correcto es hacerla por venta judicial).

Aunque el deudor puede, venderle al acreedor el inmueble dado en anticresis (antes o después de que venza la deuda).

Esto es porque se considera que en ese momento el deudor puede elegir libremente vendérselo o no, en cambio en el pacto comisorio se está obligando al deudor (que está en una situación de inferioridad ante la necesidad de constituir el derecho real) a que ante el incumplimiento de su deuda se lo venda al acreedor, de antemano a través de una cláusula puesta en el contrato.

DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

DERECHOS DEL ACREEDOR:

- 1) El acreedor tiene derecho a poseer el inmueble para retirar los frutos de la cosa.
- 2) Tiene derecho a retener el inmueble hasta que le paguen su crédito, ya que es la forma de mantener la garantía (art. 3245 C.C.). Este derecho es oponible a los acreedores quirografarios, a los 3ros. que adquieran el inmueble y a los acreedores hipotecarios posteriores al derecho real de anticresis sobre el inmueble.
Es importante mencionar que si bien cuenta con este derecho de retención. Carece del de privilegio (recordemos que es el derecho a cobrar antes que les demás acreedores, su crédito) es decir que si se vende el inmueble va a cobrar como acreedor quirografario.
- 3) Tiene derecho a percibir los frutos: a diferencia del usufructuario (que goza de la cosa al quedarse con los frutos por el tiempo que dura el contrato) el anticresista se queda con los frutos sólo para imputarlos a un pago (de intereses o del capital) y tiene la obligación de hacer producir frutos a la cosa.
(Ej: si el contrato de usufructo es por 3 años, el acreedor puede sembrar todo el fundo o no sembrar nada hasta los 3 años y no importa cuánto saque; en cambio en la anticresis, el contrato es por una deuda que se garantiza con dicha anticresis, es por eso que el acreedor va a tener que rendirle cuentas al deudor de todos los frutos que percibe para descontarlos de la deuda o de sus intereses.)
El art. 3247 dice que si no se pactó nada sobre la compensación de los frutos, el acreedor de todas formas (a diferencia del usufructuario que se queda con todos los frutos que pueda obtener en un tiempo determinado) debe compensarlos y rendir cuentas al acreedor, de esos frutos.
¿Y cómo puede percibir los frutos? Puede obtenerlos alquilando el inmueble y quedándose con el dinero del alquiler, o cultivando él mismo el fundo para luego obtener la cosecha, etc.
- 4) Tiene derecho a que le reembolsen los gastos que hizo por las mejoras al inmueble: en este caso el deudor va a pagar hasta lo que el inmueble haya aumentado su valor por dichas mejoras. Esto es lo que algunos autores llaman 'plus de valorización del inmueble'.
- 5) Tiene derecho a pedir la venta judicial del inmueble, en caso de que (aunque compense con los frutos el capital y/o los intereses) el deudor no pague la obligación al momento de su vencimiento.
Ahora bien, recordemos que si el acreedor pide la venta judicial del inmueble, pierde el privilegio de prenda sobre el precio de la venta, en cambio, mientras que no la pida, va a tener el derecho de retención sobre la cosa.
- 6) Tiene todas las acciones correspondientes para defender su derecho: posesorias, policiales, negatoria, etc.

DEBERES DEL ACREEDOR

- 1) Debe conservar la cosa y administrarla sin perjudicar al deudor al percibir los frutos correspondientes. Si el inmueble, por su culpa o negligencia es dañado, deberá repararlo y si se abusa de sus facultades como anticresista, tendrá que devolver la cosa.
- 2) Debe devolver la cosa si la obligación principal (de la cual es accesoria la anticresis) se extingue (art. 3257 y 3261).

DERECHOS DEL DEUDOR (CONSTITUYENTE).-

- 1) Tiene todas las facultades (como dueño del inmueble) que no fueron dadas al anticresista (ej.: puede hipotecaria, quedarse con el excedente de los frutos, etc).
- 2) Tiene derecho a pedir que le reintegren la cosa cuando se extinga la obligación principal de la cual es accesoria la anticresis.

DEBERES DEL DEUDOR.- Fundamentalmente, consiste en que debe reembolsar las mejoras que hizo el acreedor.

¿EXISTE LA ANTICRESIS TÁCITA? Sí, la anticresis tácita está enunciada en el art. 3261... si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda: es decir que se aplican los mismos principios que en la prenda tácita, a la cual remitimos.

¿Pueden concurrir hipoteca y anticresis? Sí, pueden. El acreedor hipotecario puede recibir la cosa (hipotecada) también en anticresis o viceversa (art. 3256).

EXTINCIÓN.-

Las mismas causas de extinción de la prenda e hipoteca, por lo cual remitimos a ellas.

SUPERFICIE FORESTAL

Ley 25.509.- Este derecho real es creado por la Ley 25.509 (B.O: 17/ 12/2001), la cual modificó al art. 2503 del. C.C. -que enumera a los derechos reales- agregándole un inciso más, por lo cual ahora el art. 2503 cuenta con 8 incisos.

CONCEPTO Y CARACTERES.- Es el derecho real de superficie, autónomo, temporario y sobre cosa propia; que realiza una persona (constituyente) dueña del inmueble sobre el que se hace este derecho, a favor de un tercero (superficiario) que recibe el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de este inmueble, para practicarle forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes.

¿Qué es forestar? Es poblar un terreno de plantas y bosques.

¿A qué se le llama silvicultura? A los cultivos que crecen en montes y bosques

¿Qué es el derecho de superficie? Es el derecho real de usar, gozar y disponer de un edificio o de una parte del mismo, construido sobre un terreno ajeno. Por lo tanto, por un lado tenemos la propiedad y los derechos del superficiario, y por el otro la propiedad y los derechos del dueño del terreno

SUJETOS.-

- constituyente del derecho real: el o los propietarios del inmueble (de la tierra)
- beneficiario del derecho real: el superficiario

OBJETO.-

El objeto sobre el que se constituye este derecho real, es un inmueble susceptible de forestación o silvicultura.

VENTAJAS.-

- Este derecho real le permite al plantador (superficiario) adquirir zonas pobladas con bosques y plantaciones.
- Le permite al dueño del inmueble dar esa superficie forestal en garantía prendaria (superficie que hoy se considera bien mueble y no inmueble por accesión).
- Esta ley surge a pedido de grandes y pequeños inversores: propietarios que ofrecen sus tierras para ser plantadas; inversionistas que tienen plantaciones sin comprar el terreno; propietarios que tienen sus tierras hipotecadas pueden cancelar la hipoteca con lo que ganan al constituir este derecho sobre su superficie.

DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES.-

EL PROPIETARIO DEL INMUEBLE:

- Conserva el derecho de enajenarlo (siempre que el adquirente respete ese derecho real de superficie). Ej: A, dueño de un inmueble, constituye sobre éste un derecho real de superficie forestal a favor de B; luego se lo vende a C, pero C debe respetar ese derecho real sobre el inmueble que compró, a favor de B.
- Si se extingue el derecho real, puede quedarse con las plantaciones que quedaron, siempre que indemnice al superficiario por ello.
- Sus derechos y obligaciones no cambiarán sus efectos y alcances si se extingue el derecho por consolidación.
- No puede constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación.

EL SUPERFICIARIO:

- No se libera de sus obligaciones aunque abandone o renuncie al derecho real. Tampoco ante el desuso.
- Sus derechos y obligaciones no cambiarán sus efectos y alcances si se extingue el derecho por consolidación.

CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN.- Este derecho real se adquiere por contrato oneroso o por contrato gratuito. Se instrumenta por escritura pública y se debe hacer tradición de la posesión.

¿Debe inscribirse o no este derecho real? Al igual que otros derechos reales la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble es necesaria a los efectos de su oponibilidad frente a 3ros. Al inscribir este derecho real sobre un determinado inmueble, el Registro abre un nuevo folio pero relacionándolo con la inscripción de dominio que tenía el inmueble anteriormente.

PLAZO.- El derecho real de superficie forestal tiene un plazo máximo de duración de 50 años. Y si se pactan plazos mayores a 50 años, el excedente no tiene validez legal.

CAUSALES DE EXTINCIÓN.-

Por renuncia expresa - Por vencimiento del plazo contractual - Por cumplimiento de una condición resolutoria pactada. - Por consolidación: cuando propietario y superficiario son una misma persona - Por el no uso durante tres años.

REFORMA DEL ARTÍCULO 2614 C.C.-

Esta ley reforma el artículo 2614 del Código Civil, sobre derechos reales prohibidos (ya explicados en el primer capítulo): elimina de esta lista de derechos, al derecho real de superficie.

Artículo 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, (antes: ..ni de superficie.), ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la inscripción; ni hacer en ellos vinculación alguna.

ACCION REAL

ACCIÓN.- Es el derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio y es el modo de llegar a ejecutar ese derecho pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe. Couture nos dice que es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, consistente en la facultad de acudir ante los órganos de la jurisdicción, expandiendo sus pretensiones y formulando la petición que afirme como correspondiente a su derecho.

ACCIÓN REAL.- Es la que protege a un derecho real (art. 2756 C.C.). Tiene por finalidad obtener la declaración de un derecho que no afecta a la persona sino a la cosa. Se critica este artículo porque se dice que el fin de estas acciones no es sólo que se declare la existencia, plenitud o libertad de un derecho real, sino que se condene al que impide o lesiona su ejercicio logrando que se restablezca aquél, además de la indemnización por el daño causado, si correspondiere.

ACCIÓN PERSONAL.- Es la que protege a un derecho personal y que corresponde a una persona para que exija de otra el cumplimiento de cualquier obligación contraída o exigible (provenga de contrato, ley, delito, etc.). Esta acción se ejerce contra la persona obligada o sus herederos.

ACCIONES MIXTAS - Son aquellas en donde el actor tiene un derecho personal y uno real y ambos pueden ser ejecutados a la vez. En nuestro Código no son aplicadas (nota al art. 4023 C.C.).

Acciones REALES.- El art. 2757 del C.C. nos habla de 3 clases:

1-REIVINDICATORIA: (ART.2758): esta acción se usa para defender los derechos reales que se ejercen por la posesión (dominio, condominio, usufructo, habitación, uso, prenda, anticresis) y siempre que haya desposesión (es decir, que esté en juego la existencia del derecho real). Con ella logramos la restitución de la cosa (ej: soy dueño de una casa y no me dejan entrar).

2-NEGATORIA (ART. 2800).- Esta acción se aplica para los mismos derechos reales que para la reivindicatoria, pero siempre que haya un daño, lesión o ataque de menor gravedad que la desposesión (es decir, que haya turbación de derecho: que esté en juego la libertad del ejercicio del derecho real).

Ejemplo: soy dueño de una casa y el vecino, sin tener el derecho, pretende hacer una servidumbre sobre ella; pero en ningún momento se discute que soy el dueño de la casa.

Otro ejemplo: puede que aunque exista a favor del vecino el ejercicio de un derecho real de servidumbre sobre mi casa, éste se esté extralimitando.

3-CONFESORIA (ART. 2795).- Esta acción se usa para defender los derechos reales restantes, es decir, la hipoteca y las servidumbres activas (que son los derechos reales que no se ejercen por la posesión). En este caso está en juego la plenitud del derecho real.

EJEMPLOS: soy titular de una servidumbre (de agua, de paso, de electroducto, etc.) y el dueño del fundo sirviente no me deja ejercer mi derecho, entonces uso esta acción. También el acreedor hipotecario la usa contra su deudor cuando éste realiza actos que disminuyen o lesionan la garantía de aquél (supongamos que el inmueble tiene a su favor una servidumbre de agua, si ésta no se cumple el inmueble baja su valor).

Esta acción protege a los titulares de los demás derechos reales sobre inmuebles que se ejercen por la posesión, cuando persiguen el cumplimiento de límites y restricciones que les impone la ley. Con ella logramos que se restablezcan los derechos de hipoteca y servidumbres activas.

IMPORTANCIA.- Si bien en la época del C.C. eran muy útiles para defender los derechos reales (ya que no había registros, entre otras cosas) hoy ya casi no se usan. En la actualidad tenemos un sistema registral bien organizado y además en los pueblitos apartados en donde no se acostumbra a inscribir los títulos, se siguen usando las acciones posesorias e interdictos para proteger a los derechos reales.

1.- ACCION REIVINDICATORIA.-

CONCEPTO: Es la acción con que cuenta el titular de un derecho de poseer una cosa, contra aquél que efectivamente la posee y no tiene ese derecho. Las acciones posesorias y los interdictos protegen la posesión misma, en cambio la acción reivindicatoria protege el derecho de poseer, es decir, el título.

La definición dice: "acción que nace del dominio.." pero en realidad nace de cualquier derecho real que de la posesión de la cosa: dominio, condominio, usufructo, uso; habitación, anticresis. prenda. También dice: "...por la cual el propietario que ha perdido la posesión..." pero en realidad puede que la posesión no la haya adquirido nunca y sin embargo tiene derecho a reclamarla porque le pertenece.

¿QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN REIVINDICATORIA?.- Para resolver este interrogante tenemos dos posturas:

- LA RESTRICTIVA**, que nos dice que pueden ejercerla sólo los titulares de un derecho real de dominio; y
- LA AMPLIA**, que nos dice que pueden ejercerla todos los titulares de los derechos reales que se ejercen por la posesión: o sea dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis.

VEAMOS AHORA 6 CASOS ESPECIALES:

1 - ¿Un comprador al que no le hicieron la tradición de la cosa, puede ejercer la acción reivindicatoria? Dependerá de en manos de quién esté la cosa: si está en manos del vendedor, tendrá que ejercer una acción personal de exigir el cumplimiento contractual; y si está en manos de un 3ro. entonces sí podrá ejercer la acción reivindicatoria.

2- Cesionario de la acción: el cesionario puede reivindicar la cosa aunque no haya recibido la posesión porque se pone en lugar del cedente y ejerce los derechos y acciones de aquél. Si el cedente pierde la posesión el cesionario la reivindica.

3- Acreedor del propietario: también puede reivindicar la cosa que al propietario le pertenece, subrogándose en sus derechos y acciones.

4- Heredero: este también puede, ya que sucede al causante en todos sus derechos. Sólo debe probar que su antecesor tuvo la posesión y la perdió.

5- Legatario de una cosa determinada: reivindica la cosa de manos de un 3ro. y cita al heredero.

6- Condómino: éste tiene la facultad de ejercer la acción reivindicatoria ya sea contra otro condómino o contra un 3ro: Contra otro condómino-, el art. 2761 dice que son reivindicables las partes ideales...por cada condómino contra cada coposeedor, es decir que si un condómino no deja ejercer sobre el condominio, el derecho a otro condómino, éste último puede usar la acción contra aquél.

De todas formas algunos autores sostienen que no correspondería aplicar esa acción, ya que no habría pérdida de la posesión, sólo se estaría pidiendo que se reconozca el derecho de use y goce del condominio.

CONTRA UN 3RO: la acción la ejerce un condómino cuando aquél tiene en su poder la cosa objeto de condominio. Y esta acción es sobre su parte ideal o sobre toda la cosa? Los que consideran que es sólo sobre su parte ideal, se basan en el principio de que nadie puede reclamar un derecho más extenso del que tiene; y los que dicen que el derecho a reivindicar es sobre toda la cosa se basan en el art 2679, que dice que cada condómino puede reivindicar la cosa en donde está su parte Ideal, pero no podrá reivindicar una parte determinada, sino la totalidad. Además, el interés del condómino abarca toda la cosa, y no sólo su parte indivisa.

¿Y contra quienes puede ejercerse la acción reivindicatoria? Esta acción puede dirigirse contra cualquiera que tenga la cosa en carácter de poseedor o de simple tenedor (ya sea a nombre propio o de otro):

- EN NOMBRE PROPIO: en este caso el poseedor puede demostrar que sí tiene ese derecho a poseer, por ejemplo a través del título correspondiente que luego el juez analizará Si el verdadero poseedor niega serlo, para dilatar la acción que se intenta en su contra, de todas formas la acción procederá y el poseedor deberá transferirle la cosa al reivindicante, siempre que éste pruebe que aquél es verdaderamente el poseedor. Un 3er caso sería que el poseedor entregara voluntariamente la cosa.

- EN NOMBRE DE OTRO: puede ocurrir que aunque haya un poseedor de la cosa, éste posea en nombre de un 3ro. o del propio reivindicante; en el primer supuesto el que posee a nombre de este 3ro. se libra de responder la acción siempre (¡u& diga el nombre y domicilio de aquél 3ro. a nombre de quien posee (lo cual es lógico, porque así demuestra que él no tiene ninguna pretensión de tener un derecho a poseer la cosa). Si no lo hace, la acción, en lugar de ir contra el 3ro. Irá contra él y tendrá que restituir la cosa.

En el segundo supuesto vemos el caso de quien quiere recuperar la cosa de manos de quien la tiene, para el reivindicante (ej: en virtud de un contrato de alquiler, comodato, mandato, depósito, etc.). Para algunos autores en este caso no procede esta acción.

El caso sería así: se hace un contrato de locación y el locador, dueño de la cosa alquilada, es el reivindicante y el locatario es el que posee en nombre de otro (del reivindicante). El dueño de la cosa alquilada puede recuperarla a través de la acción que surge del contrato (acción personal de restitución por incumplimiento del contrato), o puede ejercer la acción reivindicatoria (para el caso de que no pueda probar el contrato o ante la prescripción de la acción personal: ya que la reivindicatoria es imprescriptible).

Otro ejemplo: se hace un contrato de depósito, el depositante puede probar el depósito (a través de la acción que surge del contrato) o la propiedad de lo que depositó (a través de la acción de reivindicación).

¿Y puede ejercerse la acción contra aquél que no posee realmente? "Casos ficta possessio: arts. 2784 y 2785".-

En realidad no se puede ejercer contra alguien que no posee realmente, por eso se dice que son casos de pseudo reivindicación, pero veamos los 2 casos que pueden darse;

1) El caso de que alguien a propósito (con mala fe) dice ser poseedor cuando no lo es, para que el reivindicante se confunda y no pueda conocer al verdadero poseedor, entorpeciendo el proceso. El art. 2784 lo condena a pagarle al reivindicante una indemnización por los daños que le haya causado. No podría restituirse la cosa porque no la tiene el demandado en su poder, pero si el reivindicante pierde la cosa por culpa de aquél, porque pasó el tiempo y la cosa fue usucapida, entonces deberá indemnizar por el valor total de la cosa.

2) Cuando alguien a propósito (con mala fe) deja de poseer, o sea se desprende de la cosa para impedir o dificultar la reivindicación (ej: lo vende, destruye, transforma, etc.). Art. 2785.

Como en realidad no puede restituirse la cosa, se resuelve pagando la correspondiente indemnización y por eso se la llama pseudo reivindicación.

Algunos autores consideran que procede la reivindicación cuando el 3ro. que tiene la cosa obtenida del demandado, es de mala fe o a título gratuito (aunque algunos autores creen lo contrario).

¿Y puede ejercerse la acción contra el heredero del poseedor? Sí, puede ejercerse, aunque en realidad sería contra el poseedor que recibió la cosa en herencia, es decir que todo el tema de la herencia no afecta a la acción, ya que lo importante es quien tiene la cosa.

OBJETO DE LA REIVINDICACION

El objeto es recuperar la posesión de cosas particulares (objetos materiales, determinados físicamente, ciertos, existentes en el momento, susceptibles de valor y que estén en el comercio) tanto muebles como inmuebles.

Los artículos que nos hablan de las cosas que pueden reivindicarse, son:

- a) El art. 2759: las cosas particulares de que se tiene dominio, sean muebles o inmuebles y las cosas que por su carácter representativo se consideran como muebles o inmuebles (esto último es así, ya que documentan la existencia de derechos, como por ejemplo, el título de propiedad de un inmueble determinado).
- b) El art. 2760: los títulos de créditos (son muebles por su carácter representativo), que no fuesen al portador (sino nominativos o a la orden), aunque se tengan cedidos o endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto, o simple detentador.
- c) El art 2761: las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

¿Y que pasa con las universalidades? En cuanto a las universalidades de bienes, no pueden ser reivindicadas, ya que son un conjunto de bienes y cosas cuya composición e indeterminada (ej: acervo sucesorio), en cambio las universalidades de cosas, sí pueden reivindicarse (ej: una biblioteca).

¿Y qué pasa si la cosa se extingue parcialmente o si sólo quedas accesorios de ella? En ese caso se podrá reivindicar sólo la parte que subsiste o los accesorios pero siempre que se pueda determinar (ya sea la parte o accesorios que se quieren reivindicar).

Cosas que no pueden reivindicarse (art. 2762) no son reivindicables:

- a) Los bienes que no son cosas (como los derechos)
- b) Las cosas futuras (ya que se necesita la existencia actual de la cosa a reivindicar)
- c) Las cosas accesorias mientras estén unidas a la principal (Recordemos que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Luego de separadas legítimamente ya podrán ser reivindicadas como una cosa principal, pero no podrán serlo si se las separa ilegítimamente).
- d) Las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles (es lógico, ya que dijimos que se necesita que las cosas a reivindicar estén determinadas, y las cosas fungibles no lo están).

¿Y qué pasa con la energía? La energía es una cosa o debe ser tratada como tal según la 17.711. Algunos autores consideran que puede reivindicarse (ya que se podría almacenar y no consumir), mientras que otros sostienen que no es posible (ya que consideran que es fungible: un KW es igual a otro KW y no pueden identificarse).

REIVINDICACIÓN DE COSAS MUEBLES

Según el art. 2759 los muebles son objeto de reivindicación, pero a esta clase de cosas se les aplica el principio del 2412: el poseedor de buena fe se presume propietario y podría repeler la acción de reivindicación si la cosa no es robada ni perdida.

Además del 2412 tenemos que tener presentes los arts. 2767 y 2778, los cuales hablan de un requisito más, para que la acción pueda ser rechazada: la adquisición de esa cosa debe haber sido por título oneroso. Esto es así porque, entre privar de la cosa al verdadero dueño o a su poseedor de buena fe pero que no desembolsó nada para conseguirla, la ley le da preferencia al verdadero dueño.

RESUMEN: la acción va a proceder cuando no se cumplan los requisitos del 2412 (cosa no robada o perdida o buena fe del adquirente) o cuando la adquisición sea a título gratuito. Entonces, pueden reivindicarse:

A) COSAS POSEÍDAS CON MALA FE (aunque la cosa no sea robada o perdida o sea a título oneroso): se considera poseedor de mala fe al que compró la cosa hurtada o perdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

Además el art. 2770 nos dice que los anuncios de hurto o de pérdidas, no bastan para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas o perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probare que tenía de ello conocimiento cuando adquirió las cosas.

B) COSAS ROBADAS O PERDIDAS (aunque sean poseídas con buena fe o a título oneroso): la cosa es robada cuando sale de la esfera de custodia del dueño, en contra de su voluntad. Debe haber robo o hurto, ya que si la entrega fue voluntaria con engaño, no procede la acción. La cosa perdida es

aquella que el dueño deja de tener por su negligencia, o por caso fortuito (ej: una inundación se lleva sus muebles), o porque fueron enviados a una dirección equivocada.

En estos casos se dice que el reivindicante no tiene que pagarle nada al reivindicado, salvo que éste haya pagado un precio por la cosa robada o perdida, si fue adquirida en un negocio en donde se acostumbra a vender dichas cosas, caso en el que tendrá que ser reembolsado por ser víctima de un error invencible.

C) COSAS ADQUIRIDAS A TÍTULO GRATUITO (aunque no sean robadas o perdidas o sean de buena fe): esto es así ya que el poseedor adquiere un dominio putativo y es propietario frente a todos menos frente al titular de dominio verdadero.

AUTOS: el que inscribe de buena fe un auto en el Registro de la Propiedad del Automotor, se presume que es su dueño y podrá rechazar cualquier acción reivindicatoria {siempre que ese auto no sea robado o perdido, desde luego} ...y aunque haya sido adquirido a título gratuito, porque lo importante es que no sea robado, ya que en ese caso sí podrá ser reivindicado contra el que figure en el Registro como titular.

AERONAVES: para ellas no rige el 2412 y a que el poseedor de buena fe no se presume propietario. Para ello se debe inscribir en el Registro Nacional de Aeronaves y así podrá el poseedor repeler la acción que le haga el propietario.

SEMOVIENTES: para ellos rige el 2412 y tendremos buena fe siempre que exista la marca o certificado de transferencia de dominio del animal, que se lleva a cabo cuando el propietario vende ganado a un 3ro. (indicando en el certificado la cantidad de animales que le vendió y de que marca son).

Pregunta de examen: El acreedor de buena fe que recibe en prenda una cosa mueble, ¿puede rechazar la reivindicación hecha por el dueño de la cosa prendada? Sí, puede pero sólo hasta que le paguen su crédito.

Ejemplo: Juan me debe 100\$ y por esa obligación me da una heladera en prenda (que no era de él) y el verdadero dueño me inicia la acción. Yo, puedo rechazarla hasta que Juan me de los 100\$, lo cual es lógico, porque por el 2412 el acreedor prendario (Juan) cumple con los requisitos como para que yo presuma que es el dueño de la heladera: "poseedor de buena fe de cosa mueble" y recibo la cosa en prenda confiando en que es suya y por lo tanto que puede prenderla..

REIVINDICACION DE COSAS INMUEBLES

Antes.- En cuanto a los inmuebles, el principio rector, antes de la reforma de la ley 17.711 (que modificó el art. 1051) era el principio del art. 3270, "Nemo plus iuris": nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere.

Es decir que el que no tiene un derecho es imposible que lo transmita (si no soy dueño de esta casa no puedo venderla).

Pero el problema que planteaba este principio es que sería injusto que alguien de buena fe compre, por ejemplo, una casa a alguien que la obtuvo por un acto nulo o anulable y tenga que devolverla en virtud de ese principio, (ya que las posteriores transmisiones al acto nulo no valen) o si en la cadena de dueños uno lo es por un acto nulo o anulable (ej: yo le compré a A, quien a su vez le había comprado a B, quien no era el verdadero dueño de la cosa).

Ahora.- Para resolver estos problemas surge, con la reforma de la 17.711, el nuevo art. 1051, protegiendo al 3ro. adquirente de buena fe y a título oneroso y también a la seguridad jurídica.

Veamos al art 1051 antes y después de la reforma:

Art 1051: todos los derechos reales o personales transmitidos a 3ros. sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual (hasta acá era el viejo 1051), salvo los derechos de los 3ros. adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable (esto es lo que se agrega con la reforma).

Es decir que el principio "Nemo plus iuris" ya no se aplica siempre, hay una excepción: que el adquirente sea de buena fe a título oneroso (los cuales no pueden verse afectados por ninguna nulidad en transmisiones anteriores: la acción no se aplicará aunque haya un acto nulo o anulable entre los anteriores y aunque haya mala fe del enajenante).

El Código nos enumera diferentes casos:

- 1) Por despojo (art. 2776): contra el poseedor que obtuvo el inmueble por despojo contra el reivindicante, haya sido con o sin violencia.
- 2) Enajenante de mala fe (art. 2777): contra el actual poseedor de buena fe, que obtuvo la cosa en virtud de un título oneroso de un enajenante de mala fe (o de un sucesor obligado a restituírle la cosa al reivindicante, ej: el comodatario debe devolver la cosa dada en comodato). En realidad, este artículo se considera derogado tácitamente ya que choca con el nuevo 1051 (se aplica el principio de que la norma posterior deroga a la anterior).
- 3) Por acto nulo o anulado (art. 2778): contra el actual poseedor aunque sea de buena fe, que obtuvo la cosa en virtud de un acto nulo o anulado. Ej: A obliga a B a venderle su casa y luego A se la vende a C (quien no sabía nada de la coacción); se declara la nulidad de la transmisión y entonces B puede reivindicar la casa que está en poder de C.
- 4) Por título gratuito (art. 2778): cuando el actual poseedor de buena fe obtuvo la cosa por título gratuito. Siguiendo con el ejemplo: C le dona el inmueble a D; quien no sabía nada de la coacción.

¿Y que pasa si ambos (adquirente y enajenante) son de buena fe y a título oneroso? Siguiendo con el ejemplo: C le vende el inmueble a D (ninguno sabía de la coacción de A).

Para resolver este interrogante surgieron 3 posturas:

- La clásica, que considera que es válida la reivindicación aplicando el principio 'Nemo plus iuris'
- La postura contraria que considera que no es posible la reivindicación, interpretando en forma contraria a los arts. 2777 y 2778: es decir que si procede la acción cuando el enajenante es de mala fe o a título gratuito, al contrario no va a proceder.
- La postura taxativa, que considera que los casos de reivindicación son taxativos, es decir que si no está detallado un supuesto, no es posible la reivindicación.

Tendría que estar expresamente detallado en el Código el caso de buena fe y título oneroso de ambos.

No procede la acción en algunos casos:

- Cuando el actual poseedor es de buena fe y obtuvo la cosa del enajenante de buena fe a título oneroso;
- Cuando el actual poseedor es de buena fe (a título oneroso o gratuito) y obtuvo la cosa del heredero aparente (art. 3430) o del declarado indigno (art. 3309) o del que adquirió la cosa por acto simulado (art. 996) o por fraude.

Ejemplo: adquiero un bien del heredero que luego es declarado indigno o del donatario al que luego le revocan la donación por ingratitud.

NULIDADES

Entre partes, es obligatorio restituirse aquello que han recibido o percibido en virtud del acto anulado, ya que la nulidad vuelve las cosas al mismo estado en que estaban antes, procede entonces la reivindicación (arts. 1052 y 1050 y 2778).

Frente a 3ro que adquiere el inmueble de quien fue propietario pero por un acto anulado: antes de la reforma (art. 1051 viejo) procedía la reivindicación del inmueble; después de la reforma (art. 1051 nuevo) la reivindicación no va a ser posible si el 3ro. es de buena fe a título oneroso.

¿Y que pasa cuando hay falsificación de documentación? En ese caso procede la acción contra el 3ro. que adquirió de buena fe a título oneroso, de alguien que falsificó un documento (ej: el usufructuario falsifica la escritura del inmueble y en complicidad con un escribano, la registra y luego la vende a un 3ro.)

El 3ro. no está protegido, porque en este caso hay un acto inexistente y la protección requiere un acto nulo o anulado. Esto se debe a que si no estaríamos perjudicando al verdadero dueño que nada tiene que ver, sólo constituyó usufructo sobre su casa, mientras que el 3ro. fue víctima de un engaño.

¿Y qué pasa con la revocación de donación por justa causa? En este caso valen los actos que hizo el donatario en favor de 3ros., es decir que procede la acción (siempre que no estén detalladas en el instrumento las cargas, porque de ser así el 3ro subadquirente no puede decir que tuvo buena fe o ignorancia en cuanto a que existían cargas, ya que la tuvo que ver al examinar el título).

¿Y qué pasa con la revocación de donación por ingratitud? En este caso no va a proceder la acción

¿Y qué pasa con la revocación de donación por supernacencia de hijos? Si la condición está estipulada en el contrato, la donación puede ser revocada, es decir que procede la acción contra el 3ro. Subadquirente.

JUICIO DE REIVINDICACIÓN

Es el juicio que se lleva a cabo para que la acción reivindicatoria pueda cumplirse. En la sentencia, el juez ordena cómo se va a hacer la reivindicación y para cumplir con el fin que ésta persigue se pueden usar medidas de seguridad.

Estas medidas son usadas durante el juicio para evitar que en ese tiempo el demandado enajene la cosa o la deteriore. Cuáles son esas medidas?:

- Embargo preventivo de la cosa inmueble o mueble registrable: se anota en el registro que corresponda.
- Secuestro de la cosa mueble: es decir, tomar la cosa físicamente para que la guarde un depositario. Para que proceda el secuestro se deben tener motivos para temer que el demandado deteriore o pierda la cosa.
- Anotación de litis de inmuebles o muebles registrables: se anota en los

Registros de la Propiedad para hacer saber a los 3ros. La existencia del juicio y así, advertirles de cualquier posible modificación que surja en la cosa a reivindicar, como consecuencia de dicho juicio reivindicatorio.

- Prohibición de innovar: se prohíben hacer cambios en la cosa para evitar sus deterioros.
- Exhibir la cosa mueble: esta es una medida que se toma en una etapa previa al juicio.

PRUEBA.- Le corresponde al reivindicante probar que es el dueño de la cosa. Y cómo puede hacerlo? Mostrando los títulos (antecedente jurídico del que surge un derecho: compraventa, donación, sentencia judicial, etc.), es decir, mostrando cómo adquirió la cosa.

Para los inmuebles debe demostrar (art. 3270) que toda la cadena de anteriores dueños de la cosa, tenían justo título en virtud del cual transmitieron la cosa. Esto es casi imposible y se llama "prueba diabólica", pero hoy con el nuevo 1051 queda derogada, porque el que adquiere de buena fe a título oneroso está a salvo de cualquier vicio que tenga el título del antecesor.

En los muebles, ya con ser poseedor de buena fe se presume iuris tantum (es decir que admite prueba en contrario) que tiene título suficiente.

¿Y el demandado puede probar que él es el dueño? Sí, puede probarlo con sus respectivos títulos. Para evitar que la prueba sea 'diabólica', es decir de imposible realización, se aplican presunciones (tomadas de Pothier):

Si el poseedor no presenta títulos:

1-el título presentado por el actor, con fecha posterior a la posesión del demandado no alcanza para fundar la demanda. Es decir que el reivindicante tendría que presentar algún título anterior a la posesión del demandado. Es decir que se presume que el actor no fue propietario.

2-es igual que el punto 1) pero con fecha anterior. Se presume que el actor del título era el dueño de la cosa.

Si el poseedor presenta títulos:

3) títulos presentados por actor y demandado hechos por la misma persona se presume que el 1ro. que fue puesto en posesión de la cosa es el propietario (es decir que es propietario el primero que tuvo el título y modo, de buena fe).

4) es igual que 3) pero hechos por persona distinta: si del estudio de títulos que hace el juez no surge quien es el dueño, lo será el que tenga la posesión.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA: la sentencia reconoce al actor el derecho de poseer y obliga a devolver la cosa objeto de reivindicación.

¿Y qué pasa con los frutos, mejoras, riesgos sufridos por la cosa.? Para todo esto se aplican los arts. 2422 a 2444 sobre derechos y obligaciones del poseedor de buena y mala fe.

¿Cómo cumple el demandado con la sentencia? Hay 2 formas:

- Si la restitución es de un inmueble (art. 2794) el demandado debe dejarlo desocupado y en condición de que el reivindicante pueda tomar posesión. Los accesorios unidos físicamente a la cosa también se restituyen junto con ella.

Los daños y perjuicios producidos a la cosa pueden demandarse pero debe hacerse en una acción aparte.

- Si la restitución es de un mueble (art. 2793) el demandado la devuelve en el lugar donde esté la cosa. (Ej: si es una máquina de coser que está en Moreno, no puede llevarse a otro lugar y si lo hace, al cumplir con la sentencia tendrá que llevarla a Moreno para cumplir con la restitución, con la entrega.)

ACCION SUBSIDIARIA (art. 2779).- el reivindicante puede optar entre intentar la acción reivindicatoria directamente contra el poseedor, o una acción subsidiaria de daños y perjuicios contra el enajenante y herederos por el daño causado por la enajenación.

Si esta es por el total de los daños causados por la privación del derecho-de propiedad y la obtiene, no podrá accionar por la reivindicación, salvo que aquella acción subsidiaria contra el enajenante de mala fe sea sólo por el daño causado, por la privación temporaria del uso y goce.

En ese caso podrá también accionar contra el poseedor por la reivindicación.

ACCION POR EL PRECIO QUE ADEUDA EL POSEEDOR AL ENAJENANTE (art. 2780).- Es el caso en que el poseedor compró al enajenante y todavía debe pagarle una parte del precio. El reivindicante en lugar de exigir la cosa, pide el precio al poseedor. Es decir que en lugar de pagárselo al enajenante se lo paga a él.

2.-ACCION NEGATORIA.-

Recordemos que el ataque a la libertad del derecho real nunca debe llegar a la desposesión, porque en ese caso aplicaríamos la acción reivindicatoria.

¿Quiénes están legitimados para promover la acción negatoria?

a) Los poseedores de inmuebles

b) Los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos.

¿Y contra quienes se realiza?

Contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro (aunque sea el dueño del inmueble).

Objeto de la acción:

a) privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real, ó

b) la reparación de los perjuicios que su ejercicio anterior le hubiese causado, ú

c) obligar al demandado a asegurar su abstención por una fianza, ó

d) reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

1 e) etc.

¿Cómo es el tema de la prueba? El demandante debe probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca. En el caso de que se le quiera imponer una servidumbre, el demandante no necesita probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer. Es el demandado el que debe probarla servidumbre o caiga que pretende sobre el inmueble (nota al art 2805).

3.-ACCION CONFESORIA.-

¿Quiénes están legitimados para promover la acción confesoria?

a) Los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, que se determinan en este Código.

b) Los titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas.

c) Los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión.

¿Y contra quienes se realiza? Contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro o sus servidumbres activas (ej: titular del fundo sirviente).

¿Cómo es el tema de la prueba? Va a depender de qué el derecho impedido sea una servidumbre o no. Si es servidumbre el actor deberá probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa (si el actor es el acreedor hipotecario deberá probar además su derecho de hipoteca); si no es servidumbre sólo tendrá que probar su derecho de poseer el inmueble.

Qué ocurre cuando el inmueble dominante o sirviente pertenece a varios poseedores con derecho de poseer? En este caso la acción confesoria puede promoverla cada uno sin concurso de los demás y la sentencia (favorable o no) se les va a aplicar a todos igualmente. Esto no ocurre en la acción reivindicatoria.