

Sistemas de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles en la República Oriental del Uruguay*

Carlos M. Milano

Sumario: 1. *Introducción. Derechos reales y personales.* 2. *Naturaleza de los derechos reales.* 3. *La propiedad.* 4. *Adquisición.* 5. *El derecho de usufructo y otros derechos.* 6. *Derechos reales de garantía. La hipoteca.* 7. *Garantías en el orden constitucional y legal.* 8. *Límites.* 9. *Consideraciones finales sobre la realidad uruguaya.*

1. Introducción. Derechos reales y personales

Federico Puig Peña¹ manifestaba con meridiana claridad que todo el magnífico edificio del derecho patrimonial ha sido dividido en la doctrina, desde antiguo, en dos fundamentales compartimentos relativos a los derechos reales y a los derechos de obligación, con líneas diferenciables bastante acusadas. El sector de los derechos reales –continúa explicando el distinguido jurista– acusa cada día mayor relevancia y enjundia científica, elevando construcciones sorprendentes que hablan muy alto de la moderna técnica civilista. Pero la distinción entre derechos reales y personales, al decir de Messineo, es tendencial, ya que no existe una clara delimitación entre ellos y solo puede establecerse, con respecto a cada instituto, su aproximación a las respectivas categorías.

1.1. *Evolución histórica de los derechos reales y personales*

En el derecho romano primitivo, la relación jurídica del hombre con las cosas y con los otros sujetos era una relación de tipo dominial, de poder absoluto. Cuando ese sujeto con un poder absoluto se enfrentaba a otro que también tenía un poder absoluto, tenía el poder de expropiación, no solo del bien económico del sujeto, sino también del propio individuo, a quien, a través del

* Ver nota extendida en p. 281.

1. PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, tomo III, "Derechos reales", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/f.

nexum podía esclavizarlo sin limitación alguna y hasta matarlo. Adviértase entonces cuánto se parece este poder al poder absoluto que un sujeto tiene sobre una cosa de su propiedad.

Recién con la Ley *Poetelia Papiria* de nexos, unos 300 años a. C., empieza la evolución de dulcificación de la ejecución en la persona del deudor, se prohíbe la expropiación privada y se hace preceptiva la vía judicial a través del *manus iniectio*, proceso que culmina varios siglos después con la prohibición de la prisión por deudas.

Esa evolución, que primero limita y luego prohíbe la ejecución sobre la persona del deudor, necesariamente tiene que entregar al acreedor un instrumento adecuado para proteger su derecho de crédito y no hacerlo ilusorio, cosa que se hace por medio de la expropiación de un bien patrimonial. La responsabilidad personal se transforma en patrimonial. Quiere decir entonces que, en el orden secuencial histórico, sería primero el derecho real, el señorío sobre personas y cosas, el poder de dominio y, recién a través de una lenta evolución, el derecho romano culmina con la responsabilidad patrimonial y surge el derecho de obligación, el derecho creditorio, como un producto evolucionado del derecho real, adquiriendo características propias que lo independizan de este.

Otro sector de la doctrina romanística –Mayr y Hors, entre otros– afirma que la evolución es a la inversa: lo primero es el derecho de la obligación y lo que surge luego es el derecho real. En primer lugar, porque el poder de una persona sobre otra, que nace en la relación del *pater* sobre su familia, no es derecho privado sino público, ya que es poder de imperio. El derecho privado es la relación entre sujetos con una equivalente jerarquía, es decir, es el enfrentamiento entre dos sujetos de derecho. El poder del padre sobre sus hijos o su esposa no es derecho privado porque, en el proceso de gestación de las sociedades primitivas, se parece más al poder del Estado sobre sus súbditos (relación de imperio y no de dominio).

Para este criterio, si descartamos que la relación del padre con su familia y con otros sujetos bajo su poder sea derecho privado, el único inicio de derecho privado es la relación entre dos *sui juris*, entre dos jefes de familia. Y si bien hay una relación a través del *nexum* con la persona del deudor, no existen derechos reales como derechos absolutos sobre las cosas en esa etapa del derecho primitivo.

Es así que el adquirente de la *mancipatio* no tenía un derecho absoluto frente a todos, porque no podía oponerlo a todos, sino solamente a su enajenante; el orden jurídico no le daba otra herramienta más que la posibilidad de ir contra aquel de quien había obtenido la cosa. Fue posteriormente que la *legis actio per sacramentum* se transforma en *legis actio in rem* y *legis actio in personam* con una diferencia en el destinatario; en la primera no se menciona al demandado porque ya entonces era un derecho absoluto que se ejercía contra cualquiera que la poseyera.

1.2. Características del derecho real

1.2.1. La inmediatez

En un orden lógico de ideas, lo que primero surge al estudioso del derecho civil es el derecho real de propiedad o dominio. Más adelante surgen los derechos reales de goce y mucho más tarde aún, están los derechos reales de garantía y una tercera especie que la doctrina alemana y española llama derechos reales de adquisición.

Cuando examinamos el derecho de propiedad o el de usufructo y el de servidumbre real, la nota más distintiva es la inmediatez. El propietario goza directamente de la cosa, tiene una relación inmediata con ella. Algo parecido pasa con el usufructuario, este tiene el derecho de usar y gozar de la cosa, pero no puede abusar de ella porque algún día la tiene que devolver. También hay inmediatez en la servidumbre, aunque la relación no sea del todo permanente y esté limitada a un modo de aprovechamiento particular.

Encontramos, en este elemento, pues, una nota distintiva con los derechos personales. En los derechos reales hay una relación de poder directo entre el hombre y la cosa, de manera que es una relación con dos elementos: el sujeto y la cosa. En cambio, en los derechos personales hay por lo menos tres elementos en la relación jurídica; el sujeto acreedor, el sujeto deudor y el objeto de la obligación.

1.2.2. La absolutez

A diferencia del arrendatario o el comodatario, el propietario o el usufructuario de un bien tienen la posibilidad de accionar

judicialmente contra un intruso, por ejemplo. Basándose en este rasgo, la teoría unitaria obligacionista dice que el derecho real no consiste pura y exclusivamente en la relación del hombre con la cosa, porque esta relación no es de tipo jurídico, sino simplemente una relación de tipo económico. ¿Por qué? Porque jurídicamente no puede haber relación con las cosas, las relaciones son entre sujetos y en el derecho de propiedad esos sujetos son todos. Hay un sujeto activo único y un sujeto pasivo indeterminado.

1.2.3. *La inherencia*

En el derecho de propiedad, la absolutez se confunde con la inherencia, pero se percibe clara la diferencia cuando analizamos los derechos reales menores. Cuando el bien dado en usufructo es enajenado por el nudo propietario, el usufructuario puede oponer su derecho al adquirente; eso es así en virtud de la inherencia propia del derecho real. También se percibe claramente con la hipoteca, donde no hay inmediatez ni absolutez, pero sí inherencia, porque a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad, el acreedor tiene derecho a cobrar su crédito, expropiando el bien con preferencia a cualquier acreedor, tanto sea que la cosa se encuentre en poder del propietario original como en el de cualquier adquirente posterior.

1.2.4. *La nota distintiva esencial entre derechos reales y personales es que –a nuestro juicio– los primeros tienen absolutez*

En materia de derechos reales de goce, la absolutez consiste en el interés natural que todos tenemos de disfrutar de los bienes y los demás serán sujetos pasivos del deber de no hacer. En materia de derechos reales de garantía, el interés a tener en cuenta no es el de gozar de la cosa, sino la expectativa que tiene su titular de cobrar el crédito, llegado el caso, expropiándole el bien de su patrimonio con exclusividad e impidiendo que otros acreedores satisfagan su interés de prenda genérica.

Ahora bien, a pesar de que la absolutez es una nota esencial de los derechos reales, es imprescindible que esta sea complementada, por lo menos, por cierto grado de inherencia. Así sucede con el usufructo: la absolutez se manifiesta en la posi-

bilidad que tiene de excluir a los terceros que pretendan entorpecer el goce de la cosa a través de las acciones inhibitorias, recuperatorias y reparatorias. Pero si ese derecho real careciera de inherencia, cuando el nudo propietario transfiriera la cosa, el usufructuario quedaría sin derecho automáticamente.

2. Naturaleza de los derechos reales

2.1. Teorías

La teoría clásica tradicional o dualista, fue el primer intento doctrinario de explicación de la naturaleza de los derechos reales. Esta teoría hacía hincapié en la inmediatez, la relación del hombre con la cosa. Así, el artículo 472 del Código Civil uruguayo expresa que: “derecho real es el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona”.

En esta disposición se ve claramente que la nota distintiva esencial del derecho real, para el Código Civil, es la no relación con sujetos pasivos: no existe ningún sujeto pasivo frente al titular de ese derecho.

Frente a esta tesis, surge la doctrina unitaria obligacionista, que es la que pone el acento en la existencia de un deber genérico de no hacer de todos los terceros. Para esta teoría, es incorrecto decir que en los derechos reales hay una relación jurídica entre hombre y cosa, porque la relación jurídica solo puede ser entre dos sujetos. La única diferencia radica en que el derecho real se consagra a través de una relación del sujeto activo con un sujeto pasivo indeterminado, universal, que es el que tiene la obligación de no hacer.

Planiol, uno de los principales defensores de esta teoría, manifiesta que: “un derecho real cualquiera es, pues, una relación jurídica establecida entre una persona como sujeto activo y todas las demás como sujetos pasivos”. Frente a esta oposición de doctrinas, aparece con la teoría ecléctica, la cual reconoce que, además de la relación estrictamente jurídica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo universal indeterminado, debe considerarse la relación económica o interna entre el hombre y la cosa que se produce y ampara como reflejo de la primera.

Roca Sastre, en este sentido, afirma que: “el derecho real es el derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa sin necesidad de intermedia-

rio alguno, personalmente obligado y que asimismo impone a todos un deber de respeto o abstención”.

2.2. *La tipicidad de los derechos reales*

Aquí la cuestión es determinar si los sujetos son libres de establecer su contenido a su entero arbitrio o si, en cambio, deben limitarse a adoptar algunos de los derechos reales específicamente previstos por la ley. Es la famosa elección entre *numerus apertus* o *numerus clausus*, que tiene su origen en el derecho germánico y en el derecho romano.

Los germanos admitían que a través del instituto de la investidura posesoria –la *Gewere*– cualquier derecho personal se podía transformar en un derecho real, con todas sus características de absolutez e inherencia.

A esa amplia libertad del sistema germánico se opone la estricta limitación del sistema romano. Originalmente, los romanos admitían los siguientes derechos reales sobre las cosas: el derecho de propiedad o de dominio, el derecho de condominio (la misma propiedad, pero en forma colectiva), el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres prediales. Esos institutos eran los únicos derechos reales y las partes no tenían la libertad de crear a su fantasía y comodidad otros derechos diferentes.

2.3. *Conveniencia del numerus clausus y del numerus apertus*

Desde el punto de vista de la política legislativa, hay argumentos de carácter económico y jurídico. Los argumentos del punto de vista económico refieren a si con el *numerus clausus* o el *numerus apertus* se logra un mayor aprovechamiento de las cosas e indirectamente se beneficia a la sociedad.

Santero Passarelli afirmaba que el sistema de *numerus apertus* brinda mejor aprovechamiento de las utilidades de los inmuebles, porque si, por ejemplo, nuestro interés fuera explotar un inmueble a través de la cría de ganado, podría existir en ese inmueble una serie de utilidades que no explote íntegramente, como ser una fuente de agua, un monte natural, o abundante caza, etc. Si se permite a las partes poder establecer con entera libertad diferentes derechos reales sobre el mismo inmueble, puede darse que yo, propietario, por ejemplo, goce del derecho de

pastura aprovechándolo para criar ganado y que conceda a otros sujetos el derecho de explotar un monte, o la posibilidad de extraer agua o de cazar animales dentro de ciertos límites, etcétera.

Pero el problema es que la variedad de derechos superpuestos sobre un mismo bien, si bien podría considerarse un medio de mejor aprovechamiento, a la larga, puede significar una atadura importante sobre las utilidades y su disponibilidad que lleva a que globalmente esos inmuebles se explote en forma ineficiente.

Desde el punto de vista jurídico, si el derecho real es por definición un derecho que consiste en que frente al titular existe un sujeto pasivo universal y cuyo contenido es un deber jurídico de no hacer, lo lógico es que quienes deben no hacer –los terceros– sepan de antemano en qué consiste el derecho que deben respetar. Si el derecho real, por definición, tiene inherencia, o sea, persigue a la cosa en cualquier mano que se encuentre, aquí la certeza incide de modo más importante o fundamental, porque si alguien adquiere un inmueble porque el *dominus* se lo enajena, considerando que adquiere todas las utilidades del predio y luego aparecen varios sujetos que dicen tener derechos de pastura, de agua, de caza, etc., la buena fe de ese adquirente y su interés patrimonial se verán obviamente lesionados. Esos problemas no se darían con el sistema del *numerus clausus*, estableciendo que los derechos reales no son todos los que las partes desean, sino aquellos previstos expresamente en la legislación positiva.

Como expresáramos, el derecho romano partió de un sistema de *numerus clausus* o de derechos reales limitados, pero luego se distorsionó de dos modos diferentes: a través de la concesión de lo que más tarde se llamó “servidumbre personal” (la posibilidad de otorgar a otro sujeto el derecho real de obtener una utilidad específica: el pasto, la leña, el agua, etc.) y mediante la transferencia total del derecho de aprovechamiento del inmueble, pero reservando con carácter de derecho real, la posibilidad de cobrar un canon y, en algunos casos, la de readquirir la cosa.

Con la Revolución Francesa, se declararon redimibles todos los censos otorgados sobre inmuebles. Para ello, se otorgaba a aquellos que tenían el dominio útil a redimir la cosa adquiriéndole al otro sujeto el dominio directo. A partir de allí, en los derechos comparados, aparece la posibilidad de redimir los derechos perpetuos sobre los inmuebles, pero se mantuvo la in-

certidumbre respecto a cuáles eran los derechos habilitados en este sentido y, adicionalmente, si el legislador siguió el sistema del *numerus clausus* o del *numerus apertus*.

Ese problema tiene el Código Civil uruguayo, que a pesar de que sigue el ejemplo del Código argentino de Vélez Sarsfield, no recoge el *numerus clausus* en forma expresa, como sí lo hace este cuerpo legal, lo cual da pie a diferentes posiciones doctrinarias.

A nuestro modo de ver, el sistema de *numerus clausus* favorece la claridad de las relaciones jurídicas reales, pero esto no impide que las diferentes leyes lo puedan crear, abriendo paso de esta forma a la evolución del derecho y sus formas reales.

2.4. Clasificación de los derechos reales por su contenido

El derecho de contenido máximo es el de dominio. Junto a él, está el de condominio, que en el sistema romano de copropiedad consiste en que todos tienen derecho a todo en proporción a una cuota parte ideal. Conjuntamente con el dominio y el condominio, tenemos la posesión y la coposesión.

Bajando un grado, tenemos aquellos derechos donde un sujeto es titular a perpetuidad, o por muy largo tiempo, de todos los atributos de la propiedad pero reconociendo el derecho de cobrarle a otro una renta perpetua. En ese caso nos encontramos con la enfiteusis, el censo reservativo y el censo consignativo, institutos que en el caso uruguayo han caído en total desuso.

Descendiendo en la clasificación, tenemos los desmembramientos, de contenido casi pleno. Ya no se trata de transferir todos los aprovechamientos del inmueble, sino de casi todos. Estos son el usufructo, el uso, la habitación y la superficie: en el usufructo, el usufructuario tiene el aprovechamiento íntegro del bien durante un período de tiempo. En el uso y la habitación no se tiene dicho aprovechamiento íntegro, sino de un grupo de las utilidades de acuerdo con las necesidades del usuario o del habitador. Además, estos derechos son más restringidos que el usufructo, pues son personalísimos, no se pueden transferir.

El derecho de superficie tuvo un origen parecido al de la enfiteusis romana, con la diferencia de que en este caso se otorga el derecho de edificar en la cosa y no de cultivarla.

Si continuamos descendiendo, encontramos formas de goce específico sobre la cosa, como en el caso de las servidum-

bres prediales. La servidumbre predial consiste en la transferencia a otro sujeto de una de las utilidades de un predio, con la condición de que ese otro sujeto sea, a su vez, dueño de un predio vecino. Por ejemplo, la servidumbre de paso.

Siguiendo el orden decreciente, tenemos los derechos reales de garantía, la prenda y la hipoteca, y la anticresis –instituto de naturaleza no siempre definida– ya que, por ejemplo, el codificador argentino lo estableció como derecho real y el uruguayo, como derecho personal.

Luego nos encontramos con los derechos reales de adquisición que son el derecho de tanteo y de retracto. El derecho de tanteo se origina en la enfiteusis y consiste en que alguien se reserve el derecho de comprar la cosa cuando el dueño pretenda enajenarla a un tercero por el mismo precio; y, para el caso de que el enajenante no cumpla ofreciéndosela antes, tiene el derecho de retracto, que es la posibilidad de hacer rescindir la enajenación hecha al tercero.

Un caso especial lo establece la constitución del llamado *derecho de superficie*. Si bien no era una posición unánime de la doctrina, se había sostenido –a nuestro juicio, con acierto– que la ley uruguaya permitía la constitución de este derecho que opera como excepción al principio de la accesión. El tema era discutible en nuestro derecho positivo en tanto no estaba establecido en forma expresa. Sin embargo, la discusión fue definida a favor de su existencia, al habersele dado reconocimiento legal al quedar incluido como acto inscribible en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria (art. 17, numeral 1º, de la Ley 16.871). Por su parte, la reciente Ley 18.308 de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, ratificó el criterio y conceptualizó el derecho de superficie en su artículo 36:

Artículo 36 (Derecho de superficie). El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es el derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo. El titular del derecho de superficie tendrá, respecto al bien objeto del mismo, iguales

derechos y obligaciones que el propietario del inmueble respecto de este.

Extinguido el derecho de superficie, el propietario recuperará el pleno dominio del inmueble, así como las accesiones y mejoras introducidas en este, salvo estipulación contractual en contrario.

Finalmente, tenemos el derecho real establecido en el artículo 15 de la Ley 8733 de 1931, sobre promesa de enajenación de inmuebles a plazos, que consiste en poder obtener la adquisición de la cosa, aun contra la voluntad del dueño promitente enajenante, a través del juez que lo hace en su representación.

2.5. *La tipicidad en el derecho civil uruguayo*

En una interpretación sistemática se puede llegar a la conclusión de que nuestro sistema es el de *numerus clausus*. El usufructo, el uso y la habitación son derechos reales de goce sobre cosa ajena, que tienen –en la reglamentación que les da el Código Civil– una serie de normas que son supletorias de la voluntad de las partes y otras que son de orden público. Las de orden público funcionan como topes máximos establecidos que no pueden ser superados ni siquiera por un libre consentimiento de las dos partes que operan como limitaciones y tienen por cometido lograr que ese desmembramiento del dominio sea lo más transitorio posible. Así el usufructo tiene como temporalidad máxima la vida del usufructuario y como derivada de dicha temporalidad, la obligación de conservar la cosa para su ulterior restitución.

El uso y la habitación, a su vez, son intrasmisibles porque son personalísimos.

Las servidumbres prediales o reales, si bien no tienen el límite de la temporalidad, sí tienen la inherencia activa: en efecto, el sujeto activo debe ser siempre el dueño de otro predio vecino, sin posibilidad de que el derecho concedido por la servidumbre pueda ser transmitido con independencia del predio llamado dominante. La razón de esta regulación es que la causa económica de su constitución, al derivar de la situación geográfica de los predios, es perpetua.

En todos estos casos, vemos normas de orden público. Si el codificador se tomó el trabajo de reglamentar esos institutos estableciéndoles normas de orden público, que no pueden ser suplidadas por voluntad de las partes, ¿tiene algún sentido que, por

otro lado, se puedan establecer servidumbres personales, otorgando por ejemplo un derecho de goce a perpetuidad o por plazo mayor que la vida del titular sin vinculación con la calidad de propietario de un predio vecino? Evidentemente, no.

La anterior ley de Registros de Uruguay, Ley 10.793, del 25 de setiembre de 1946, tenía una disposición similar a la Ley Hipotecaria española, que establecía, en su artículo 3° numeral 1°:

En los Registros Públicos deberán inscribirse: 1° Los instrumentos públicos en que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio sobre bienes inmuebles, el usufructo, uso, habitación, servidumbre, o cualquier desmembramiento del dominio sobre los mismos.

La actual Ley de Registros, 16.871, del 28 de setiembre de 1997, contiene una disposición similar en su artículo 17, numeral 1°:

Se inscribirán en la Sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad: 1) Los instrumentos públicos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio, usufructo, uso, habitación, derecho de superficie, servidumbre, cualquier desmembramiento del dominio, hipoteca, censo, y demás derechos reales establecidos por la ley sobre bienes inmuebles.

Dicha disposición podría servir de base a una posición que estableciera que el derecho civil uruguayo acoge el sistema de *numerus apertus*. No obstante ello, la doctrina nacional siempre ha sido muy cauta en su interpretación, sosteniendo en forma mayoritaria que nuestro sistema es de *numerus clausus*. Ello, en virtud de que la ley de Registros es una norma instrumental que refiere a la publicidad de los actos y negocios jurídicos, pero la regulación sustantiva de estos corresponde a la ley civil.

3. La propiedad

3.1. Evolución histórica de la propiedad

La propiedad, según Escriche², tiene dos acepciones: expresa el derecho en sí mismo, que también se llama dominio o significa la misma cosa en la que se tiene el derecho. Se dice que es el derecho de gozar, esto es, de sacar de la cosa todos los frutos y

2. ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1880, p. 1458.

todos los placeres que puede dar, de disponer o hacer el uso que mejor parezca, de mudar su forma, de enajenarla y destruirla, en cuanto no se oponga a las leyes. Protegida la propiedad por la ley civil, no ha de ser contraria a esta ni perjudicar los derechos de otros.

Si nos remontamos al régimen feudal, encontramos que a partir del siglo IX y hasta el siglo XV, la situación social y económica estaba basada en la propiedad de la tierra, pues la forma de vida estaba cimentada en una economía de orden natural. Los estados feudales se autoabastecían y formaban una unidad económica, religiosa y judicial.

La tierra se divide, según las necesidades o posibilidades, en tierras de verano, de invierno, de reserva y de mejoramiento –estas últimas creadas en una etapa posterior–.

El aumento de la producción, por mejor aprovechamiento de la tierra, trajo como consecuencia el aumento de la población, que, a su vez, trajo la necesidad de expansión, obligando al abandono del feudo señorial, para formar villas nuevas en lugares más lejanos, ocupando las tierras adyacentes y estableciendo conglomerados independientes de esos feudos.

Del feudalismo derivan relaciones de dependencia personales y territoriales, que vinculan a los habitantes de un gran dominio o señorío con el dueño o señor de ese dominio. Esos vínculos de dependencia personal desmedraron poco a poco el poder del Estado.

Esta situación creó, en la época del Bajo Imperio, las instituciones del colonato y patronato.

En el colonato, cada lote de tierra tenía dos dueños: el propietario originario, cuyo derecho de propiedad le permitía exigir al colono parte del producido que este obtenía de la tierra con su trabajo y el colono mismo que mantenía la posesión y la transmitía a sus descendientes, con las obligaciones señaladas.

En el patronato eran los propios campesinos propietarios los que para evitar el pago de impuestos y cargas, cedían sus tierras, poniéndose bajo la protección de los cesionarios, permaneciendo en ellas, con las mismas obligaciones que tenían los colonos.

El elemento real del feudo era el beneficio; el elemento personal, el vasallaje.

Los servicios se retribuían con tierras. Tierra era lo que daba un soberano a otro por convenios o servicios prestados. Tierra era también lo que daba un vasallo o señor, al colono o

campesino –a fin de que la cultivara– y tierra era lo que daba un conquistador a sus huestes.

El beneficio del feudo, que en principio era precario y revocable, se fue consolidando, hasta convertirse en beneficio permanente y transmisible.

A partir del siglo XI, las ciudades que se encontraban en los dominios de los señores feudales, en Europa Occidental, comenzaron a organizarse con cierta independencia, debido al incremento que paulatinamente imponían a la industria y al comercio, la radicación de los paisanos, artesanos, esclavos liberados, mercaderes, marginados e individuos que por distintas circunstancias escapaban de la autoridad del señor feudal. Estas ciudades se fueron formando por motivos económicos, religiosos o militares; eran las primitivas ciudades llamadas burgos (generalmente amuralladas) que se encontraban dentro del dominio de los feudos. Darán más tarde, en su distinta forma de evolución, el nombre a la burguesía.

La necesidad de expansión obligó a la creación de nuevos barrios fuera de las murallas y al abrigo de nuevas construcciones de protección y defensa. Allí fijará su asiento una población que marcará una nueva forma de vida, de comercio y economía y el despertar del urbanismo.

3.2. *La propiedad en el pensamiento filosófico y social*

En el siglo XVII, Locke consideraba el derecho de propiedad como sagrado e inviolable, justificándolo y buscando protegerlo. En el siglo XVIII, Rousseau lo hará responsable de todos los males en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres*.

La doctrina fisiocrática diría más tarde que el primero de los derechos económicos, es el de propiedad. Contrarios a los mercantilistas y enciclopedistas, sostendrán que el Estado debe ser gobernado por terratenientes, pues según su concepción, patria y patrimonio están unidos.

3.3. *Protección del dominio en el antiguo derecho español*

En el antiguo derecho español, el dominio tuvo la misma protección que hoy disfruta. Así la reivindicación, los interdictos

y la expropiación fueron los medios más representativos de esa protección. La reivindicación era la acción reconocida a una persona por razón de dominio o cuasi dominio, para pedir que le restituyeran una cosa que le pertenecía por el derecho civil o de gentes (Leyes 15 y 25, título 2, Part. 3 y Let. 4, tít. 3, Libro 11, N. R.). Los interdictos, por su parte, eran las acciones interinas concedidas a una persona para reclamar en juicio sumario, la posesión de una cosa, y la expropiación era y sigue siendo un límite impuesto al dominio en vista de un interés general, pero es también una protección, por cuanto nadie puede ser privado de su propiedad sin la debida compensación.

3.4. *Situación del dominio en América*

En América, la situación territorial se plantea de otra forma. Los territorios descubiertos quedaron incorporados a la soberanía española y fueron reconocidos por documentos internacionales.

Convencida España de su incuestionable legitimidad, proclamó su señorío en la Ley 14, título 12, libro 4º de la Recopilación de Leyes de Indias. Todo derecho de propiedad sobre el suelo en América derivó entonces de la Corona Española.

3.4.1. *El dominio en el Código Civil uruguayo*

Nuestro Código Civil entró en vigencia el primero de enero de 1869, ocupándose del *dominio o propiedad* en el Libro Segundo, Título II, artículos 486 a 492. Recoge la influencia del derecho español y del Código Civil francés.

Define al dominio como “el derecho de gozar y disponer” arbitrariamente de una cosa, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno (art. 486). Lo reputa, además, como un vínculo real que liga a la cosa con su dueño y que no puede romperse sin hecho suyo.

El artículo 487, por su parte, enumera las facultades o poderes del dominio, haciendo expresa mención del derecho a los frutos: el de servirse de la cosa que es su objeto; cambiar la forma de la misma, mejorándola o empeorándola; destruirla enteramente si le conviene o le parece; impedir que los demás se sirvan de ella y enajenarla, concediendo a otros los derechos que buenamente quiera.

Con sus caracteres tradicionales, el dominio dio mérito a abusos hasta la arbitrariedad y el daño. Fue natural entonces que surgieran correctivos desde los campos de la doctrina y la jurisprudencia, hasta llegar a la propia ley. Se fue así eliminando aquello que el dominio tenía de agresivo y riesgoso para la comunidad. La lista de limitaciones es extensa: la expropiación, las servidumbres legales de todo tipo, la compleja legislación sobre arrendamientos, las pesadas cargas fiscales, la indisponibilidad parcial o total, la calificación de monumento histórico, artístico o de interés cultural, etcétera.

3.5. *Función social del dominio*

La función social, en sentido estricto, es la actividad útil ordenada, para lograr fines de interés colectivo o comunitario y capaz de realizarlos.

Así planteado el concepto de función social, el mismo se vincula naturalmente y de manera especial al hombre y a sus instituciones, a través de las cuales coordina la multiplicidad de actividades. La actividad real, compuesta de acciones finalistas, útiles, convenientemente ordenadas, se puede pensar sin esfuerzos con respecto al individuo, al ser humano. Es más complejo imaginar que las instituciones y las cosas puedan también tener y realizar funciones. En este campo se advierte de inmediato, que se ha operado una transferencia de nociones y por tanto, una ampliación del concepto de función.

Así, entonces, puede hablarse de función social de la propiedad, como “la acción que desarrolla el instituto jurídico del dominio, en cuanto se oriente y realiza fines de la sociedad”³.

Es fácil descubrir en ciertas especies de dominio, por ejemplo, la propiedad inmueble rural, los caracteres de típica función social, si la suponemos orientada a la producción de bienes de consumo, etc. Pero es posible también reconocerla en la propiedad inmueble urbana, destinada, por ejemplo, a la vivienda o al asiento de los servicios de la ciudad, la cultura en todas sus manifestaciones, el esparcimiento y las necesidades de la comunidad.

La función social de la propiedad puede acentuarse cuando el Estado, haciendo uso de sus poderes moderadores, restringe la zona reservada al libre arbitrio individual, exigiendo al propietario la subordinación al interés colectivo.

3. BARDALLO, Julio R. y otros, “La propiedad inmueble urbana en el mundo actual. Adquisición, garantía y límites”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 1974, pp. 656-750.

3.6. *La propiedad inmueble*

La propiedad inmueble viene a constituir una célula de la comunidad humana que compone un centro urbano, accesorio pero imprescindible para el hombre que vive en sociedad.

El derecho le dará estabilidad y protección para el cabal cumplimiento de su finalidad y destino.

Las instituciones de nuestros países consagran el derecho de propiedad como un derecho fundamental del hombre. Pero no se trata de un derecho irresoluble, ya que su ejercicio está limitado a lo que dispongan las leyes por razones de interés general.

La Constitución del Uruguay establece que: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su propiedad. Nadie puede ser privado de ese derecho, sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general” (art. 7).

Estas razones de interés superior priman sobre la propiedad individual, la apertura de calles, la construcción de obras en la órbita nacional o municipal, la creación de áreas para nuevas urbanizaciones, etc. Obligan a resolver el derecho privado de propiedad por medio de la expropiación –previo pago de una justa compensación– (art. 32).

Es decir que, consagrado el derecho de propiedad como un derecho que debe ser respetado por todos, se establece la excepcionalidad que permite la privación del mismo.

3.6.1. *Categorización de la propiedad inmueble urbana*

Al ser la propiedad inmueble una creación del hombre, partiendo de un elemento natural, la tierra, se configura para la satisfacción de sus necesidades. Su destino, pues, directo e indirecto, tiene por finalidad resolver problemas vitales o primarios, esenciales o no del ser humano en sociedad.

Los inmuebles urbanos, en atención a su destino, pueden ser agrupados en dos grandes categorías:

- Los de utilización indirecta o mediata, para la satisfacción de necesidades del hombre.
- Los de utilización directa o inmediata, aptos para colmar necesidades básicas del hombre.

En la primera categoría entran los lugares donde trabajamos, recibimos educación o simplemente concurrimos a di-

vertirnos. En este grupo, hacemos abstracción del interés que pueda tener el propietario de ellos, estamos categorizando con relación al individuo en general como integrante de una colectividad urbana organizada. Las reglamentaciones para el uso y el destino de los inmuebles de esta categoría se dictan normalmente en el ámbito de las municipalidades a las que pertenecen los respectivos centros urbanos.

Dentro de la segunda categoría, se encuentran los inmuebles urbanos que pueden conceptuarse como esenciales para la vida del hombre, pues su existencia en las áreas urbanas resulta imprescindible para colmar necesidades fundamentales. Entran en esta categoría los inmuebles que tienen por destino la vivienda.

3.6.2. *Perspectiva actual de la propiedad inmueble urbana*

A través del desarrollo de la legislación, es evidente que la propiedad inmueble cumple una función de orden social. Procura vivienda al hombre por ser este su principal destino o finalidad.

Ha sido preocupación del Estado proteger la propiedad privada y, con relación a los inmuebles urbanos, su atención se ha centrado en estimular su adquisición, con una serie de leyes que han evolucionado –desde el otorgamiento de préstamos para la construcción de edificios, hasta la atención y asistencia económica a grupos humanos que conformaren sociedades cooperativas, con miras a la adquisición de terrenos y construcción de edificios, destinados a vivienda–.

Pero es evidente que un cambio en el sistema de atribución de la propiedad inmueble urbana, que tiene ancestrales raíces individualistas hacia sistemas de adquisición colectiva que imponen una vida en común, no se logra rápidamente. Importa un cambio en la mentalidad de los sujetos y aún en la de la sociedad.

La legislación uruguaya va girando hacia procedimientos de estímulos a la atribución de la propiedad inmueble urbana de interés social, favoreciendo con recursos estatales la solución del problema habitacional, pero sin abandonar el interés propietario del individuo, con sistemas jurídicos que satisfagan al mayor número de interesados.

3.7. *Definición del derecho de propiedad*

Aubry y Rau expresaba que la propiedad es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona.

Más modernamente, Messineo mencionaba que la propiedad es un poder complejo, omnicompreensivo, de alcance genérico e indeterminado; es el máximo poder jurídico patrimonial, considerado desde el punto de vista cualitativo.

Barbero, por su parte, expresa que la propiedad es el derecho real en el que se contiene el más amplio y virtualmente ilimitado, poder de goce atribuido a un sujeto sobre un objeto determinado; es decir, el derecho en el cual se expresa la pertenencia del objeto a un determinado sujeto.

3.8. *Caracteres*

Los caracteres del derecho de propiedad se confunden, en buena medida, con los de todo derecho real.

La doctrina le reconoce la independencia, plenitud y exclusividad; como caracteres propios no es esencial la perpetuidad.

- a) Independencia (autonomía). El derecho de propiedad es autónomo, independiente. Es el único derecho real que no supone otro derecho real preeminente, como ocurre con el usufructo, uso, habitación, servidumbre, superficie, etcétera.
- b) Plenitud (absoluto). El dominio es, como dice Messineo, un poder complejo-omnicompreensivo. Supone un conjunto ilimitado de facultades que no se agota en las enumeradas habitualmente por los códigos y la doctrina. El derecho de propiedad, según este autor, permite atribuir al propietario toda especie de poder lícito de utilización hasta la consumación del derecho de propiedad. Nuestro Código Civil sigue pagando tributo a esta concepción ultra individualista del dominio, cuando afirma que el dominio es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno (art. 486). Naturalmente, nuestra legislación posterior fue complementando y limitando este derecho, por razones de interés general o colectivo.
- c) Exclusividad (propia de todo derecho real). El propietario puede impedir, a quien quiera, concurrir en el

ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad y en la titularidad de ellos (salvo en el caso de la copropiedad).

- d) La perpetuidad (no esencial para algunos autores como Messineo)⁴. Cita como ejemplos la propiedad temporal y la propiedad resoluble, adquirida bajo condición resolutoria. Claro está que este enfoque mira el dominio desde el ángulo del sujeto titular. Visto, en cambio, desde el objeto, el derecho aparece como un derecho perpetuo, pues resiste todos los cambios imaginables de titularidad y aun el abandono. La propiedad perdura lo que la cosa que es su objeto.

3.9. Contenido

El contenido del derecho de propiedad ha cambiado. En el derecho moderno, ha dejado de ser absoluto e irrestricto. Nos permite coincidir con Messineo⁵ cuando expresa que el nuevo concepto técnico de la propiedad se apoya sobre tres elementos: los poderes, los límites y los deberes u obligaciones. Los primeros, revelan el lado positivo del dominio, aquel que hace a la utilidad o beneficio del titular. En cambio, los límites y los deberes acotan el lado negativo de aquel derecho. Los límites afectan directamente los poderes definitivos del derecho de propiedad, o sea el goce o disposición. Los deberes obligan al titular del dominio a realizar determinados actos o abstenerse de otros; estas obligaciones de la especie *propter rem* son inherentes a los poderes del dueño y por lo tanto comprometen su cumplimiento mientras se es titular, pero no una vez que se deja de serlo.

3.10. Poderes del dominio

El derecho de propiedad es un conjunto no determinable de poderes jurídicos que normalmente no se agota en los que habitualmente le reconocen los códigos y la doctrina.

En este sentido, Messineo afirma que: “Es más práctico decir lo que el propietario no puede hacer de la cosa, que esforzarse en decir lo que puede hacer de ella”⁶.

No obstante, es útil para la mejor comprensión del dominio enumerar los principales poderes jurídicos en los que este derecho se resume, conociendo que ninguna enumeración los agota:

4. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJE, 1954, tomo III, n° 78-11.

5. MESSINEO, Francesco, *op. cit.* (cfr. nota 4).

6. MESSINEO, Francesco, *op. cit.* (cfr. nota 4).

- *Ius possidendi* (derecho de poseer), el cual, según claramente dispone el artículo 490 del Código Civil, está naturalmente ligado a la propiedad, aunque puede esta subsistir sin la posesión.
- *Ius utendi* (derecho de usar), que no es otra cosa que servirse de la cosa, no solo para los usos a los que está generalmente destinada, sino para los otros que estén en la voluntad del dueño. Comprende también el poder de impedir que los demás se sirvan de ella (art. 487, inc. 2 y 5, C. C.).
- *Ius fruendi* (derecho de gozar), el cual es susceptible de por lo menos dos sentidos: uno amplio, que comprende los derechos de usar y percibir los frutos de la cosa; y otro restringido, que puede concebirse como el derecho a los frutos naturales, industriales y civiles que la cosa produce (arts. 503 y 487, inc. 1, C. C.).
- *Ius abutendi* (derecho de disponer). Es el poder de mayor significación, que Messineo lo toma en sentido muy amplio: comprende el poder de disposición jurídica (enajenación o transferencia, que puede producirse por acto entre vivos o mortis causa) y poder de constituir, a favor de otros, derechos reales o personales sobre la cosa propia, así como el poder de disposición material (destruir, consumir, demoler, talar, etcétera).

Derecho de abusar. El uso anormal del dominio o abusivo fue admitido por los Códigos del siglo XIX, como consecuencia del carácter absoluto y liberal que por entonces imperaba en el derecho positivo. Nuestro Código Civil pagó tributo a esta orientación, al decir que el propietario puede “gozar y disponer de una cosa arbitrariamente” y servirse de la cosa para los usos “que están en la voluntad del dueño” cambiar la forma de la cosa “mejorándola o empeorándola” (arts. 486-487).

Es claro que esta concepción del dominio está reñida con el interés general y ello determina, poco a poco, un cambio profundo en la política legislativa que impone límites y deberes al derecho de propiedad, en un esfuerzo ininterrumpido por adecuarlo al humanismo del siglo XX y XXI.

Decía, con razón, Lafaille que el dominio no forma excepción al principio de que cuantos conviven dentro de la sociedad deben admitir el interés superior de ella y utilizar los poderes que se le confieren o reconocen, inspirándose en tal espíritu. Ello impone, a los titulares, abstenerse de un empleo anormal

de los mismos o aplicarlos a propósitos inconciliables y opuestos con dicho interés superior.

3.11. *Límites del dominio*

Los códigos del siglo XIX recogieron un concepto absoluto del dominio, pero reconocieron en forma expresa o implícita que este derecho real está sujeto a las limitaciones que le impongan las leyes o reglamentos (art. 488 del Código Civil uruguayo).

Según Messineo, esos límites son vínculos, prohibiciones, expropiaciones y transferencias coactivas. El vínculo afecta unas veces al poder de disposición (inalienabilidad) y otras, el poder de goce, p. ej., las servidumbres de acueducto (art. 558 y ss.), servidumbres de paso (art. 581 y ss.), servidumbres *non edificandi* en las zonas de retiro, etcétera.

La prohibición es un impedimento legal para hacer de la cosa determinados usos, p. ej., las prohibiciones que establece el Código Civil de construir ciertas obras cerca de las paredes divisorias o medianeras de las que puede resultar un daño a los edificios vecinos (art. 612), etcétera.

La expropiación era una limitación al dominio reconocida ya por las Partidas, de enorme trascendencia, en cuanto priva al *dominus* del derecho de propiedad, a cambio de una justa indemnización. Constituye la máxima concesión del dominio al interés general (art. 492, C. C.).

La transferencia coactiva conduce también a la privación del derecho de propiedad. Según el artículo 770 del Código Civil tiene lugar en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor en pública subasta.

3.12. *Obligaciones propter rem (deberes)*

Los deberes u obligaciones mandan al propietario a realizar determinados actos o abstenerse de otros. Son inherentes a los poderes del dueño y, por lo tanto, comprometen su cumplimiento mientras se es titular, de ahí que se las considere obligaciones *propter rem*. El elemento central es el poder. La obligación del propietario no es más que el aspecto negativo del poder.

Las obligaciones del propietario pueden consistir en obligaciones de no hacer o de tolerar (negativas). Podemos hallar un ejemplo de obligación de no hacer o tolerar en las servidumbres:

“el dueño del predio sirviente tampoco puede alterar, disminuir, ni hacer menos cómoda, para el predio dominante, la servidumbre con que está gravado el suyo” (art. 641, C. C.). Un ejemplo de dar o entregar puede encontrarse en las ejecuciones forzadas por autoridad de la justicia, la que compromete al dueño a entregar el título de propiedad que acredita su dominio para hacer posible la transferencia coactiva.

3.13. *Extensión*

El Código Civil uruguayo precisa la extensión del objeto inmobiliario del derecho de propiedad, expresando que “El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo” (art. 748).

Tres dimensiones se le reconocen, pues, al inmueble: la superficie, lo que está sobre y debajo de ella. Esta imagen jurídica hace pensar en un objeto tridimensional y, por lo tanto, con volumen. Según Barbero⁷, deben distinguirse dos dimensiones distintas en el plano que llamamos superficie: el suelo y la superficie propiamente dicha. Suelo es la parte del globo terráqueo en contacto con la atmósfera, extendida en sentido horizontal; por encima comienza el espacio atmosférico y por debajo el subsuelo. En cambio, superficie, como *supra factum*, abarca en el sentido técnico todo lo que emerge del suelo por hecho de la naturaleza u obra del hombre: siembra, plantación y edificación.

Son tres, entonces, los elementos del fundo: suelo, subsuelo y superficie. Juntos forman un solo objeto de derecho: la propiedad inmobiliaria. Los tres aspectos pueden también ser atribuidos como objetos autónomos de distintos derechos, a diferentes titulares: propiedad del suelo, propiedad del subsuelo y propiedad de la superficie (derecho de superficie).

El propietario, dice el artículo 748 del Código Civil, puede hacer debajo del suelo “todas las construcciones y excavaciones que juzgue a propósito”. Consagra así el derecho de profundizar el dominio hacia abajo del suelo, sin ponerle límite material. El único límite jurídico es el reservado por el Código de Minería.

El dominio o propiedad, también se extiende hacia arriba, sin límite material alguno, aunque en la medida en que la técnica del hombre le permite dominar ese espacio aéreo. En la propiedad inmueble urbana intervienen limitaciones jurídicas de altu-

7. BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, tomo II, Buenos Aires, EJE, 1967.

ra, por razones de luz, higiene, etc. En la dimensión del espacio aéreo, cobra gran importancia el *derecho de excluir* del propietario, si un tercero pretendiera invadir el espacio aéreo (art. 487, inc. 5, C. C.) en forma permanente o temporal.

3.14. *Función social*

El llamado señorío del propietario está contenido normalmente dentro de determinados confines que varían según fluctúe la política legislativa. La función social asume dos formas jurídicas, según Barassi⁸:

- a) Función social impulsiva. La refiere el autor, a los bienes susceptibles de cumplir o satisfacer intereses colectivos (producción y cambio de bienes y servicios, intereses culturales, históricos o artísticos). Esto, en cuanto su ejercicio interese de alguna manera a la colectividad. A diferencia de la función social límite, tiene carácter positivo, en cuanto procura el mejor o más alto rendimiento de la propiedad de los bienes económicos.
- b) Función social límite. Ya el Código Napoleón subordinaba el dominio al interés general, introduciendo al concepto de propiedad, el elemento social de los límites legales. Siguiendo a Barassi, tres son las formas posibles de límites legales típicos del dominio:
 - Supresión real o limitación de una facultad o poder contenido en el derecho de propiedad (p. ej., la servidumbre de luz y de vista).
 - Casos en los cuales se impone al propietario, una determinada obligación, de hacer o no hacer algo; p. ej., hacer un registro o matrícula de propietario, las cargas fiscales, etcétera).
 - La obligación de que los predios tengan superficies mínimas y máximas, en nombre del interés general.

4. Adquisición

Para la adquisición de la propiedad, cuando la misma se produce por acto entre vivos, es indispensable la concurrencia de dos elementos: uno remoto, el título y otro próximo, el modo de adquirir –solo este produce la adquisición de la propiedad, cuando va precedido de un título habilitante–.

8. BARASSI, Lodovico, *Proprietà e coproprietà*, Milán, Giuffrè, 1951, n^{os} 72-85.

Para transferir el dominio o constituir otros derechos reales, no basta que exista un contrato que contenga la voluntad de lograr esos resultados jurídicos, tampoco la simple presencia de un modo de adquirir, se requiere la concurrencia de ambos supuestos. Hay entre título y modo, una relación de causa-efecto, de medio-fin.

La expresión título, ha sido utilizada en nuestro derecho con distintos alcances. A veces se refiere al negocio jurídico que precede a una adquisición de propiedad u otro derecho real. Se da también el nombre de título, al documento que contiene el negocio jurídico, por ejemplo la escritura pública que documenta la compraventa, la permuta, etc. El título es la demostración auténtica del derecho con el que se posee un bien.

El título (por sí) no hace adquirir la propiedad, sino que habilita para adquirirla. Por el solo hecho de haber comprado una cosa, el comprador no es propietario de ella, la cosa continúa siendo de propiedad del vendedor y el comprador solo tiene acción personal contra el vendedor para que le entregue la cosa vendida. El comprador será propietario una vez que el contrato siga la tradición.

El modo de adquirir, es pues, lo que nos da el derecho real, el derecho en la cosa. Comúnmente se llaman modo de adquirir, los actos o hechos jurídicos que producen el efecto de atribuir la propiedad u otro derecho real de una cosa a una persona; o sea, el hecho jurídico que provoca el nacimiento o la transmisión de la propiedad y demás derechos reales.

Nuestra ley establece, como modos de adquirir, los actos o hechos jurídicos que producen el efecto de atribuir la propiedad u otro derecho real de una cosa a una persona: o sea, el hecho jurídico que provoca el nacimiento o la transmisión de la propiedad y demás derechos reales. El Código Civil, en el artículo 705, establece como modos de adquirir el dominio “la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”. Además, agrega, que los títulos de adquirir solo producen efecto personal, esto es, derecho a la cosa *ad rem*.

4.1. Clasificación de los títulos

Los títulos pueden ser hábiles o inhábiles para adquirir el dominio y demás derechos reales.

Hábiles son los que completados con un modo de adquirir, sirven para constituir o transferir un derecho real. Pertenecen a

esta categoría todos los negocios jurídicos de los cuales emana la obligación de transmitir un derecho real.

Inhábiles son los que, aunque seguidos de un modo de adquirir, no producen la transferencia del dominio, ni constituyen un título propio en que fundar la prescripción, aun cuando se probare la tenencia memorial de la cosa. Pertenecen a esta categoría, p. ej., ciertos contratos de garantía (prenda, anticresis), ya que la entrega que por ellos se hace de un bien, se cumple con un ánimo que excluye precisamente la intención de transferir la propiedad.

4.2. *Clasificación de los modos de adquirir*

Los modos de adquirir pueden clasificarse en: originales y derivados, a título singular y a título universal.

- a) Originarios o primitivos. Son aquellos por los cuales se adquieren las cosas que no pertenecen a nadie; en los que no hay interés en investigar si el bien que hoy pertenece a una persona, ha correspondido anteriormente a otra, como la accesión y la prescripción. La adquisición del dominio en estos casos tiene lugar sin transmisión, cuando se efectúa por una persona con independencia, sin requerirse la voluntad de otra.
- b) Derivados. Son aquellos modos de adquirir en los que la adquisición se efectúa por una persona –por el querer de otra–, que al transmitir sus derechos deja de ser titular de la cosa que transmite. Derivados serían la tradición y la sucesión.
- c) Universal. Cuando por dicho modo se adquiere un conjunto o parte de un conjunto de derechos y obligaciones no diferenciados, p. ej., la sucesión cuando se recibe a título de heredero.

4.3. *Promesas de enajenación de inmuebles a plazos*

Entre los títulos hábiles para transferir el dominio, aparte de los tradicionales, debemos citar la promesa de enajenación de inmuebles a plazos.

La Ley 8733, del 17 de junio de 1931, en el sistema jurídico uruguayo, nació a consecuencia de ciertos fenómenos jurídicos y económicos que se venían produciendo y reclamaban aten-

ción, debido a su frecuencia y repercusiones sociales. El legislador no partió de una abstracción, no inventó este contrato, sino que lo encontró funcionando en la realidad. Su tarea consistió en apresar y moldear ese germen viviente, creando un contrato nominado.

Sin exageración, puede afirmarse que el nacimiento del contrato llamado *Promesa de enajenación de inmuebles a plazos* se origina en la prohibición del pacto de reserva de dominio en la compraventa (art. 1732, C. C.). Si ese pacto hubiese sido admitido en el Código Civil, tal vez la promesa de enajenación no hubiera surgido nunca.

En un momento dado de nuestra vida nacional, se produjo el auge del fraccionamiento de la tierra, que motivó la venta de gran cantidad de solares. A causa del volumen de la oferta, los vendedores debieron aceptar, como compradores, a personas de escasas posibilidades económicas que no se encontraban en condiciones de pagar el precio de contado. Era forzoso, entonces, otorgar largos plazos para el pago en cuotas periódicas. La adopción de la compraventa tenía el inconveniente de privar al vendedor de garantías, ya que el Código Civil no le permitía el pacto de reserva de dominio.

Se usó entonces la promesa de contratar, que permitía conservar la propiedad en el patrimonio del vendedor hasta el pago del precio. El comprador recibía generalmente la tenencia del bien y, recién cuando terminaba de pagar el precio, se realizaba el contrato definitivo de compraventa, el que servía de título hábil para transferir el dominio. Estrictamente hablando, ese contrato era una compraventa con pacto de reserva de dominio. Pero además, lo más grave, era que la compraventa era nula por falta del requisito de solemnidad, ya que estos contratos no se hacían en escritura pública sino en documento privado. Esta promesa tenía la particularidad de imponer, desde el momento de la celebración, la obligación de pagar el precio en cuotas y recién cuando se terminaba de pagar el precio se procedía a efectuar el contrato definitivo, con la consiguiente transferencia de la propiedad al comprador. De esta manera, el vendedor se cautelaba ante el riesgo de perder la cosa (cuando el comprador no pagaba el precio), porque se retenía la propiedad hasta el pago total. En cambio, los intereses del comprador corrían serios peligros, pues al no ejecutarse sino hasta pasado mucho tiempo (generalmente varios años), podían suceder muchas eventualidades,

como la muerte o resistencia del vendedor a suscribir la venta, el embargo del bien o aún la venta a otra persona.

La Ley 8733 vino a proteger al comprador dotándolo de un derecho real. En compensación, al vendedor se le mantuvo la reserva del dominio, rasgo notable pues el contrato que creó era definitivo y ese pacto estaba prohibido en la compraventa.

Sobre estas bases, el legislador crea en 1931 un nuevo contrato que llama *Promesa de enajenación de inmuebles a plazos*, con estas características:

- a) Es un contrato definitivo que responde al mismo esquema de la compraventa, un contrato de cambio: cosa por precio.
- b) Es un título hábil para transferir el dominio de bienes inmuebles, por lo tanto, cuando los requisitos legales se han completado, según la tesis más aceptada⁹, la propiedad puede ser adquirida si se agrega el modo tradición.
- c) Consagra la reserva del dominio a favor del vendedor hasta tanto se pague, por lo menos, el 50 % del precio.
- d) Innova al permitir que la propiedad de bienes inmuebles se transfiera en base a un título otorgado en instrumento privado.
- e) La inscripción en el Registro ampara la posición jurídica del adquirente, atribuyéndole un derecho real que, por un lado lo faculta para recurrir al cumplimiento forzado en los casos de resistencia o impedimento del enajenante y, por otro, lo protege frente a la eventual agresión que pueda sufrir el inmueble con un embargo trabado al vendedor.

La evolución posterior a la Ley de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, a través de las leyes 10.751 y modificativas –para bienes en propiedad horizontal–, 13.420 y 13.892 –para todo tipo de inmuebles, si se pacta la sujeción a la Ley 8733–, determinó una generalización total del instituto, amparando prácticamente a todos los contratos de promesas relativos a bienes raíces, no siendo necesario el requisito de que el precio sea pagadero en cuotas.

La inscripción en el Registro –hoy de la Propiedad Sección Inmobiliaria– no se refiere al traspaso de la propiedad, sino que tiene la función instrumental de asegurar esa transferencia en el futuro. Opera, pues, en un período cronológicamente anterior a ese traspaso, desde el perfeccionamiento del contrato hasta el cumplimiento de la obligación por el enajenante y precisamente,

9. GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, Montevideo, Ed. Amalio Fernández, s/f.

cuando la propiedad se transmite al adquirente, es que cesan los efectos de la inscripción.

Naturalmente que la traslación del dominio también deberá registrarse en el Registro de la Propiedad, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 16.871. Con esta transferencia de dominio, el contrato queda ejecutado totalmente.

De lo expresado, surge que la promesa de enajenación tiene por finalidad una transmisión definitiva y total. Definitiva, porque el bien no retornará al patrimonio del enajenante y total, porque va a conferir al adquirente no solo un derecho de goce, sino la suma de poderes que un sujeto puede desplegar sobre una cosa (plena *potestas in re*: propiedad).

4.4. Tradición

La tradición tiene dos significados, uno gramatical: el acto de entregar una cosa y otro jurídico: derivación o transmisión de derechos reales.

Según Sánchez Román¹⁰, son elementos de toda tradición jurídica:

- Preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente.
- Justa causa o título de la transmisión, o sea, la razón legal en virtud de la cual se adquiere siempre que sea adecuada y bastante.
- Voluntad de transmitir y adquirir según la naturaleza del título.
- Capacidad de transmitente y adquirente.
- Acto que lo exteriorice, material, simbólica o legalmente.

Según el artículo 768 del Código Civil, la tradición es la transferencia que hace una persona a otra de la posesión de una cosa, con facultad y ánimo de transferirle el dominio.

Nuestro Código se ha mantenido fiel al sistema romano, excluyendo el contrato de entre los modos de adquirir el dominio y conservando a la tradición entre esos modos de adquirir cuando ella se verifica por los medios determinados en el título respectivo.

Los requisitos necesarios para que la tradición surta efecto están consignados en los artículos 769 y 773 del Código Civil. Ellos son:

10. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil español*, Madrid, Analecta, 1991.

- a) Que la tradición se haga por el dueño o por su representante; nadie puede transmitir más derechos de los que tiene.
- b) El que hace la tradición o la consiente debe ser capaz de enajenar, ya que los actos realizados por los incapaces no producen –en principio– efectos.
- c) La tradición debe hacerse en virtud de un título hábil para transferir el dominio. Con arreglo al sistema romano, para la adquisición del dominio se requiere título más modo.
- d) Debe existir consentimiento de partes, ya que siendo la tradición un verdadero negocio jurídico, se requiere el acuerdo de voluntades. Esas voluntades deben ser conscientes, es decir, libres y espontáneas (exentas de error, violencia y dolo).
- e) Cuando el título hábil es la compraventa, además de los cuatro requisitos anteriores, se deben haber cumplido las solemnidades especiales que la ley exige para la enajenación (escritura pública).

La tradición, de acuerdo a lo que establecen los artículos 760 y siguientes del Código Civil, puede ser real o ficta.

La tradición real, según el citado artículo 760, es: “la que se verifica por la aprehensión corporal de la cosa, hecha por el adquirente u otro en su nombre”; aclarando el artículo 761, se menciona que: “si se trata de un fundo, la tradición se verifica cuando el adquirente se transporta a él por sí mismo o por otro que le represente, para tomar la posesión, consintiéndolo el tradente”.

La tradición ficta puede ser simbólica o por la vista. La simbólica, según el artículo 764, tiene lugar siempre que no se entregue realmente la cosa, sino algún objeto representativo de ella. La tradición por la vista, según el artículo 765, es la que se hace mostrando la cosa que se quiere entregar y dando la facultad de tomar posesión de ella, requiriéndose, en este caso, la presencia del tradente y del adquirente, por sí o por otros.

Pero según lo que establece el artículo 767, también importan las siguientes cláusulas de la tradición ficta:

- Aquella en la que declara el enajenante que, en lo sucesivo, tendrá la posesión a nombre del comprador o donatario.
- Aquella en la que declara el donante que retiene para sí el usufructo de la cosa cuya propiedad dona.

- Aquella en la que –en un contrato de donación o de venta– el donante o vendedor toma en arrendamiento la cosa, del comprador o donatario.

Para que estas cláusulas surtan efecto de tradición real, según la disposición que comentamos, se necesita que resulten de instrumento público. Razones de conveniencia práctica, han determinado que la usanza notarial habitual, en la mayoría de las escrituras de enajenación de inmuebles, sea la de incluir estas cláusulas, en especial la primera de las reseñadas precedentemente.

Finalmente, la tradición de los derechos se verifica, según el artículo 768, por la entrega de los documentos que sirven de título o por el uso de uno y la paciencia del otro. Tratándose de la tradición de un crédito, no surte efecto mientras no se denuncie o notifique la cesión al deudor.

4.5. *La inscripción*

En el sistema uruguayo, la inscripción de la traslación de dominio (título más modo) se realiza con fines de oponibilidad a terceros.

La enajenación es válida y eficaz entre las partes, pero requiere de la publicidad registral para devenir oponible frente a terceros.

Estamos frente a una publicidad declarativa, o sea que, por efecto de la misma, el acto publicado tiene el beneficio de adquirir una eficacia expansiva, ya que se reputa conocido *erga omnes*. A este tipo de publicidad le corresponde nacer desde el momento de la presentación al Registro. Es la típica publicidad registral que la ley uruguaya atribuye de principio a la mayoría de los actos inscribibles (*art. 54 de la Ley 16.871*).

A los terceros a la relación jurídica les resultará oponible la enajenación –en principio– a partir del momento en que esta se inscriba en el Registro de la Propiedad. Esa eficacia expansiva de la publicidad resulta una garantía fundamental y se constituye –a nuestro modo de ver– en uno de los pilares del derecho registral.

Ahora bien, los efectos de dicha publicidad tienen lugar –en principio– a partir de la presentación del instrumento al registro y salvo que se haya solicitado una reserva de prioridad.

4.6. La reserva de prioridad en el régimen uruguayo

La ley uruguaya –Ley 16.871, del 28 de setiembre de 1997– no da definición de la reserva, pero la instrumenta como un acto inscribible. Dice el artículo 55, inciso 1, que:

Artículo 55 (Reserva de prioridad). Para el otorgamiento de actos o negocios jurídicos que impliquen transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales y crédito de uso relativo a inmuebles y vehículos automotores, o para el otorgamiento de promesas de enajenación de inmuebles o establecimientos comerciales y sus cesiones, los titulares registrados de los derechos o el escribano designado podrán inscribir una reserva de prioridad.

La Dirección General de Registros, en la Resolución 38/99, del 1° de marzo de 1999, la define –en los considerandos– como

[...] un instituto especial que constituye un acto de registro de carácter instrumental por el que se anuncia el otorgamiento de un acto jurídico para ser publicitado con una caducidad de 30 días corridos desde su presentación que otorga prioridad sobre cualquier acto sujeto a publicidad registral inscripto con posterioridad a la presentación de la reserva.

Señalemos brevemente las características generales de la reserva de prioridad en la Ley 16.871.

- 1) Está definido por la ley como un acto inscribible.
- 2) Protege solamente a los actos comprendidos en la norma (art. 55).
- 3) Están legitimados para solicitarla solo determinadas personas (el titular de derechos registrados, sus representantes o el escribano designado).
- 4) Tiene un plazo de caducidad que la ley fija en 30 días corridos.
- 5) Es facultativa, ya que el escribano no está obligado a actuar con ella.
- 6) No es objeto de calificación hasta la inscripción del acto reservado. Si se observara la solicitud de reserva, el acto posterior –y no esta– se inscribirá provisoriamente.
- 7) Constituye una excepción al principio de prioridad.
- 8) No tiene los efectos del llamado *bloqueo registral* de la ley argentina.

- 9) Puede ser objeto de desistimiento, si consienten todos los beneficiarios de la misma (art. 86 inciso final).
- 10) Es posible solicitar la reserva de prioridad para varios actos (arts. 25 y 63). La condición es que se trate de otorgamientos simultáneos –es decir con la misma fecha y lugar–, aunque sea a diferentes horas, por ejemplo, una compraventa e hipoteca. La reserva también ampara los actos preliminares, si se solicitó para el acto definitivo (art. 50 del Decreto 99/98).
- 11) La reserva de prioridad no puede ser objeto de negocios sobre el rango (art. 60).

Si se dan los requisitos legales para la configuración de la reserva de prioridad, conforme al artículo 55 de la Ley 16.871, el acto que había sido reservado surtirá efectos respecto de terceros desde la fecha de su otorgamiento y tendrá prioridad sobre cualquier acto o negocio jurídico sujeto a publicidad registral inscripto con posterioridad a la presentación de la solicitud de reserva.

Es así que la reserva de prioridad tiene dos momentos: uno que va desde la presentación de la solicitud hasta el otorgamiento del acto y otro que va desde dicho otorgamiento hasta su inscripción. En el primer momento, la reserva de prioridad parece sustituir el acto que se está gestando, es decir que se opera una ficción jurídica que funciona como si el acto existiese. En el segundo momento, la reserva de prioridad hace que los efectos respecto de terceros se retrotraigan al otorgamiento del acto y, además, cancela los actos inscriptos condicionalmente.

Si durante la expresada vigencia se otorga y presenta a inscribir uno de los actos que prevé la ley, el cual fue anunciado en la solicitud de reserva, dicho acto tendrá prioridad sobre cualquier acto o negocio jurídico sujeto a publicidad registral, inscripto con posterioridad a la presentación de la solicitud de reserva. Hasta aquí el sentido de la disposición es claro y no ofrece dudas. Sobre el fin de la disposición, la ley se refiere a la posibilidad de que el escribano deje una constancia en la escritura que autorice, al amparo de la reserva, el fundamento legal en virtud del cual se produce un “desplazamiento de la posición registral” de las inscripciones posteriores a la reserva, respecto del acto amparado por la misma.

¿Qué quiere decir *desplazamiento de la posición registral*? Aquí se aprecia una imprecisión terminológica. Estrictamente, las inscripciones no producen nunca un desplazamiento de la

posición registral, ya que la posición registral es una y no se desplaza. ¿A qué se refiere la expresión *posición registral*? Evidentemente, el legislador se está refiriendo a la aplicación del principio de prioridad. En efecto, con el instituto de la reserva de prioridad, se produce una especie de congelamiento de la prioridad que tenía la situación registrada al momento de solicitarse la reserva, de tal forma que los actos que se presenten con posterioridad –aun cuando sean anteriores al acto proyectado– no tendrán la prioridad que surgiría de la aplicación lisa y llana del artículo 54, sino que se opera una ficción jurídica en virtud de la cual el acto reservado se supone presentado el día de presentación de la solicitud de reserva; y respecto de terceros, surtirá efectos a partir del otorgamiento del acto.

Si se presentan actos distintos del reservado durante el período de vigencia de la reserva, los mismos ingresan al registro pero deben anotarse en forma condicional (o condicional y provisoria si fueren observados). Si el acto reservado no se otorga y se inscribe dentro de ese plazo, los actos registrados condicionalmente quedarán firmes y definitivos. Pero en caso contrario, los instrumentos respectivos “serán procesados por el registrador en la forma que determine la reglamentación”. La reglamentación (art. 51 del Decreto 99/98) dispuso que los “registros cancelarán dichas inscripciones condicionales una vez inscriptos definitivamente los actos amparados por la reserva de prioridad”.

El buen funcionamiento de la reserva se ve complicado por la falta de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el de Actos Personales, ya que la falta de coordinación indicada hace que las inscripciones en el Registro de Actos Personales no tengan el carácter de provisionales y la única forma de saber si un embargo genérico es condicional es mediante la evaluación que pueda hacer el profesional. Esta circunstancia que –sobre todo en los primeros tiempos de aplicación del instituto– generó temores entre los escribanos no cambia en absoluto la situación jurídica en la que se encuentran esos actos y las consecuencias conexas a ellas que determina el legislador.

La ley, en este caso, sustituyó el descarte del registro por el que el propio escribano puede hacer (art. 55, inc. 6). Pero bueno es aclarar que el “desplazamiento de la posición registral” o, mejor dicho, la retroprioridad que la ley concede al acto reservado no se produce porque el escribano realice el descarte, sino porque así lo dispone la ley y así es, haya o no descarte.

4.7. Sucesión

Según el artículo 776 del Código Civil, “la sucesión o herencia, modo universal de adquirir, es la acción de suceder al difunto y representarlo en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte. Se llama heredero el que sucede en estos derechos y obligaciones”.

Según Eduardo Vaz Ferreira¹¹, esa colocación y calificación es desacertada porque por la sucesión se transmiten, no solo la propiedad y otros derechos reales, sino también los créditos y las deudas y, además, porque no se limita a dicha transmisión, ya que aunque el causante no fuera sujeto activo ni pasivo de ninguna relación jurídica patrimonial, la atribución legal o testamentaria de la calidad de heredero puede tener trascendencia jurídica en cuanto le habilita para ejercer ciertas acciones de estado u otras de carácter no patrimonial.

No obstante la crítica señalada, no se discute que la sucesión –entre otras cosas– constituye un modo de adquirir la propiedad y es bajo ese aspecto que la estamos considerando. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1039 del Código Civil: “por el hecho de abrirse la sucesión, la propiedad y posesión de la herencia pasan de pleno derecho a los herederos del difunto, con la obligación de pagar las deudas y cargas hereditarias” y según el artículo 1037, esa apertura se produce en el momento de la muerte natural de la persona o por la presunción de muerte causada por la ausencia.

4.7.1. Formas de deferirse la sucesión

La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y a falta de este, por disposición de la ley (art. 778, C. C.). En el primer caso, se llama testamentaria y en el segundo, intestada.

4.7.2. Los derechos de suceder

De acuerdo con la terminología legal, se reconocen distintas maneras o formas del derecho de suceder, según sea la sucesión testada o intestada. Los textos legales se refieren al derecho propio, al derecho de transmisión, al derecho de representación, al derecho de sustitución y al derecho de acrecimiento. De estas maneras de suceder, tres son comunes a ambas clases de suce-

11. VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, tomo I, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967.

siones (derecho propio, derecho de transmisión y derecho de acrecimiento). El derecho de representación, en cambio, solo funciona en la sucesión intestada y el derecho de sustitución, en la testamentaria.

4.7.2.1. *El derecho propio*

El concepto de *derecho propio* no requiere explicación muy detenida. Es el que corresponde al sucesor instituido directamente por el causante, en calidad de heredero o legatario, o el heredero llamado directamente por la ley en la sucesión intestada.

4.7.2.2. *El derecho de transmisión*

Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia que se le ha deferido, trasmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido (art. 1040, C. C.). Pero no podrá ejercer ese derecho, sin aceptar la herencia. De modo que el derecho de transmisión solo tiene lugar, cuando el heredero fallece después que el causante, sin haber aceptado o repudiado la herencia.

A diferencia del derecho de representación, en los casos de transmisión, es necesario abrir judicialmente la sucesión del que trasmite el derecho. Se dice que los que suceden por derecho de transmisión tienen vocación indirecta, no personal o propia, sino ajena y transmitida.

El transmisario puede ser simplemente un extraño (sin vínculo de parentesco) instituido heredero por el transmisor, pero indefectiblemente tiene que ser siempre heredero del transmisor. El derecho de transmisión excluye al derecho de sustitución y al derecho de acrecer (arts. 864 y 1048, C. C.).

4.7.2.3. *Derecho de acrecer*

En las sucesiones intestadas, la parte del que no quiere o no puede aceptar, acrece a los coherederos, salvo el caso de representación. Es decir que, en estas sucesiones, la representación excluye al acrecimiento.

En las testamentarias, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando dos o más son llamados por el testador a una misma herencia o a una porción de ella, sin designación especial de partes

a cada uno de los llamados. En tal caso, la parte del que no quiere o no puede aceptar acrece a la del coheredero o coherederos, llevando consigo todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coheredero que falta. El coheredero o los coherederos no pueden aceptar su parte propia y repudiar la que se les defiere por acrecimiento, ni al contrario (art. 1045, C. C.).

En las sucesiones testamentarias, el acrecimiento excluye a la representación; solo cuando falta el heredero instituido y no hay acrecimiento, procede la aplicación de las reglas de la sucesión intestada y por consiguiente las relativas a la representación. El artículo 1050 establece que el testador podrá, en todo caso, prohibir el acrecimiento.

4.7.2.4. *Derecho de representación*

La representación hereditaria es una ficción legal (art. 1018, C. C.), donde una persona es colocada en el lugar y, por consiguiente, en el grado y con los derechos del pariente más próximo que no quisiese o no pudiese suceder. Por tanto no puede presumirse, debiendo resultar de disposición expresa.

Los artículos 1019 al 1024 del Código Civil establecen los casos en que dicha representación tiene lugar. La expresión *que no quisiese o no pudiese suceder* refiere a las personas que, teniendo vocación hereditaria, han repudiado la herencia, han sido declarados indignos o desheredados o simplemente no han sobrevivido al causante. El mismo artículo 1018 establece que se puede representar al que si hubiere querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

Características del derecho de representación:

- a) Solo actúa en la representación intestada.
- b) El representado tiene que ser un pariente consanguíneo del causante, parentesco que une a este con sus descendientes o con sus hermanos.
- c) El representante tiene que ser un descendiente del representado, hijo, nieto, etc. es decir que la representación solamente funciona en línea recta descendiente.
- d) Puede sucederse por representación, no obstante haber repudiado la herencia del representado.

4.7.2.5. *Derecho de sustitución*

Se entiende por sustitución, la disposición testamentaria en virtud de la cual una persona debe recibir la herencia o el legado ante la falta de otra persona o después de ella. El artículo 858 del Código Civil se refiere a ese derecho, al establecer que la sustitución de heredero en segundo o ulterior grado –para el caso de que el nombrado en grado anterior no quiera o no pueda aceptar la herencia– es la única sustitución reconocida por la ley. La sustitución solo resulta eficaz, si la institución del primer llamado ha quedado privada de efecto y ella es posible para cualquiera de los casos en los que el primer llamado no quiera o no pueda aceptar, premuerte, ausencia, incapacidad, repudiación, etcétera.

El derecho de sustitución excluye al de acrecimiento (art. 864, C. C.).

4.8. *Usucapión o prescripción adquisitiva*

En su aspecto más complejo, la teoría de la prescripción adquisitiva constituye un conflicto entre el título del propietario y la posesión que otro tenga de sus cosas.

Ambos son los elementos integrantes de la prescripción. Mediante ella, a la vez que el poseedor adquiere la propiedad, la pierde el propietario. Se da una condicionalidad y reciprocidad necesarias entre esas omisiones del propietario y los hechos positivos de la posesión del prescribiente.

La prescripción, según Sánchez Román¹², como modo de ganar y perder la propiedad, es justa, moral y conveniente o necesaria.

Justa, porque si desposee al propietario, lo hace en virtud de la facultad de este de abandonar las cosas de su propiedad. Moral, porque demanda del adquirente cierta pureza de motivos, buena fe y justo título, sin perjuicio de la usucapión extraordinaria. Conveniente y necesaria, en cuanto evita litigios, estimula la vigilancia del propietario, castigando su negligencia y premiando la buena fe y diligencia de un poseedor.

En razón del tiempo, la usucapión se distingue en:

- Usucapión ordinaria que exige el mínimo de tiempo determinado por la ley por ir acompañada de todos los requisitos: capacidad activa y pasiva en el prescribiente y buena fe y justo título en el dueño.

12. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *op. cit.* (cfr. nota 10).

Nuestro Código Civil legisla esta clase de prescripción y dice: “La prescripción de bienes inmuebles u otros derechos reales se adquiere por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título” (art. 1204).

- Usucapión extraordinaria es la que se realiza supliendo la ausencia de algunas de estas circunstancias con un aumento del tiempo en la posesión, mayor o menor según los casos.

El Código Civil dice a su respecto que:

[...] la propiedad de los bienes inmuebles y los demás derechos reales se prescriben también por la posesión de treinta años, bien sea entre presentes o entre ausentes, sin necesidad por parte del poseedor de presentar título y sin que pueda oponérsele la mala fe, salvo la excepción establecida en el artículo 633 (art. 1211).

La usucapión extraordinaria es un modo de adquisición originario, ya que el derecho del adquirente nace en forma autónoma, con independencia de la relación jurídica anterior. La ordinaria, en cambio, es un modo derivado, porque se apoya en una relación jurídica anterior.

Al poseedor se le presume dueño de la cosa (art. 649, C. C.), porque la posesión es la exteriorización de ese derecho. Por ello, la usucapión es un instituto de interés social; su función más importante es consolidar la propiedad, evitando la perturbación que significarían insospechadas reclamaciones fundadas en vicios inmemoriales en la titulación.

Nuestro Código Civil exige para prescribir los bienes inmuebles: “una posesión continua, no interrumpida, pacífica, no equívoca y en concepto de propietario” (art. 1196).

Para Savigny, la posesión requiere la concurrencia de dos elementos:

- Uno, objetivo, material: la tenencia de la cosa.
- Otro, subjetivo: el ánimo de dueño, elemento que distingue la posesión de la mera tenencia. El artículo 1196 del Código Civil es redundante al expresar que para poder adquirir los bienes inmuebles se necesita una posesión continua, etc., en concepto de propietario, pues el ánimo de dueño es un elemento constitutivo de la posesión.

A diferencia de la usucapión extraordinaria, que funciona casi siempre como acción, sirviendo a quien carece de título, la usucapión ordinaria no se utiliza como acción ni necesita ser

probada judicialmente, porque habiendo ya un título hábil, ella solo acude como medio de confirmar el dominio ya adquirido por otros modos.

4.9. *La accesión*

Según nuestro Código Civil, la accesión que: “es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa viene a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se incorpora natural o artificialmente” (art. 731).

Muchos autores como Ricci, Sánchez Román, Marcadé, rechazan la idea de que la accesión es un modo de adquirir y la consideran como una consecuencia del derecho de propiedad; un derecho contenido totalmente en el de propiedad. Para otros autores, como Barros Errázcuriz, el codificador la consideró un modo de adquirir porque en toda accesión hay nueva adquisición de algo que antes no existía en nuestro patrimonio.

El artículo 748 dispone que “el derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo [...] salvo las excepciones establecidas por la ley o la convención”. Este artículo fija límites a la propiedad de la tierra. Se ha querido que al ejercitarse el derecho de propiedad no se haga en forma tal que se perjudiquen los intereses de la sociedad o los no menos respetables derechos de otros particulares.

4.10. *Expropiación*

La expropiación es la forma por la cual la Administración adquiere coactivamente, determinados bienes que están en poder de los particulares o de diversos organismos estatales para el cumplimiento de fines públicos.

La adquisición por expropiación se produce por la concurrencia de:

- a) Declaración legal, general o especial, de necesidad o utilidad pública.
- b) Cumplimiento del procedimiento administrativo de designación del bien en concreto.
- c) Cumplimiento del procedimiento en vía administrativa para la fijación de la indemnización.
- d) Escrituración.

El ente expropiatorio adquiere el derecho por el ejercicio de un poder propio y exclusivo que es inherente a la autoridad del Estado y le permite cortar el nexo del derecho con el propietario, atribuyéndole la propiedad y posesión. O sea, que la vinculación real entre la cosa y el dueño se rompe sin un hecho de este y sin su voluntad. Todo es obra del poder y la actividad de uno solo de los sujetos que intervienen en el procedimiento: el organismo expropiante. El expropiado solo ejerce una actividad de contralor y defensa de la legitimidad sobre la correcta designación del bien y la fijación de la justa indemnización.

La expropiación opera el efecto de privar al expropiado de su derecho de propiedad y convertirlo en un derecho a la justa indemnización, que es un crédito y no un derecho real. La pérdida de la propiedad por el expropiado se opera con la escrituración, previo o simultáneo pago de la indemnización debida.

La falta de título en la expropiación no influye para nada en la validez o eficacia del procedimiento porque el adquirente no adquiere basado en el título ni en acto alguno de disposición del expropiado, sino en el ejercicio de un poder suyo. El título solo interesa a los efectos de saber a quién corresponde la indemnización.

5. El derecho de usufructo y otros derechos

5.1. *El usufructo*

Según Planiol, el usufructo es el derecho real de goce de una cosa perteneciente a otro y se extingue necesariamente con la muerte del usufructuario, o sea, del titular de ese derecho.

El artículo 493 del Código Civil uruguayo, establece que

El usufructo es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario.

Tiene por consiguiente una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

Según nuestra ley, el usufructo tiene una duración limitada según la vida del usufructuario, por lo que, al morir este, se extingue necesariamente. Es así que los plazos estipulados contractualmente no pueden sobrepasar al hecho de la muerte del usufructuario, debiendo considerarse a este como el cumplimiento del plazo máximo del derecho constituido.

Es pues, un derecho real y, como tal, su titular entra en relación no solo directa sino inmediata con la cosa. Tiene el *ius utendi* y el *ius fruendi*, pero no tiene la posibilidad de enajenar la cosa, sino que debe conservarla y restituirla.

Este derecho produce el desmembramiento del dominio; por un lado está el derecho del propietario, que ha perdido el uso y goce de la cosa, pero igualmente puede disponer de ella y por otro lado está el derecho del usufructuario que usa y goza del bien.

5.1.1. *Caracteres del usufructo*

- a) Temporario. Como ya señalamos, el plazo máximo del usufructo es el de la vida del usufructuario y si este es una persona jurídica, dicho plazo no puede exceder los treinta años (art. 501, C. C.).
- b) No es transmisible a los herederos. Al fallecimiento del usufructuario, o al cumplimiento del plazo se consolida con la nuda propiedad.
- c) Es divisible. Porque su producto es susceptible de división.
- d) Es enajenable entre vivos, con la característica de que los contratos que a su respecto celebre el usufructuario se resolverán al finalizar el usufructo (art. 511, C. C.).

5.1.2. *Modos de constituirse*

Según el artículo 495 del Código Civil: “el usufructo se puede constituir por la ley, por acto entre vivos, por última voluntad y por prescripción”.

Cuando el usufructo se constituye por contrato, este puede ser oneroso o gratuito. También al otorgarse una partición, el usufructo y la nuda propiedad de una cosa pueden adjudicarse a dos personas distintas, como también es posible que en una

transacción, alguien se quede con el usufructo y otro con la nuda propiedad de la cosa.

El contrato puede formalizarse por traslación o por deducción. En el primer caso, el objeto directo del contrato es la constitución del usufructo; el dueño se desprende del usufructo y se queda con la nuda propiedad. En el contrato por deducción, el objeto a transmitir es la propiedad y el que queda es el usufructo.

Según dispone el artículo 496 del Código Civil, el usufructo constituido por acto entre vivos requiere la consiguiente tradición, es decir que son necesarias las mismas condiciones para la validez y eficacia de los títulos y modos destinados a transferir la propiedad.

Otro de los modos de constituir el usufructo es por testamento; este puede hacerse legando el uso y goce a un tercero y dejando la nuda propiedad al heredero. También se puede legar el goce a una persona y la nuda propiedad a otra que no sea el heredero o se puede legar solo la nuda propiedad y, en tal caso, el usufructo queda a los herederos.

La prescripción es otro de los modos de constituir el usufructo. Por tal, entendemos la prescripción del goce de la cosa, por el término y las condiciones establecidas en la ley, por una posesión que consista en tener la cosa en concepto de usufructuario. Según lo establecido en el artículo 497 del Código Civil, la prescripción del usufructo está sometida a las mismas reglas que la prescripción del dominio.

El usufructo legal es el que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos sometidos a patria potestad.

5.1.3. *Derechos y obligaciones del usufructuario*

Según el artículo 502 del Código Civil, el usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes usufructuados, siendo frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales, frutos industriales que producen las fincas –como consecuencia del trabajo de la mano del hombre que las cultivó o trabajó– y frutos civiles los alquileres y arrendamientos de los inmuebles y los réditos del dinero.

Según el artículo 504, el usufructuario tiene derecho a los frutos naturales o industriales, con el siguiente criterio: si ellos están pendientes o aún no han sido cosechados, son del usufruc-

tuario; en cambio, los que aún estén pendientes y no hayan sido cosechados al término del usufructo pertenecen al propietario. Ni uno ni otro tienen que hacer abono alguno por razón de trabajo, semilla u otros gastos.

En cuanto a los frutos civiles, según el artículo 505, pertenecen al usufructuario a proporción del tiempo que dure el usufructo.

Respecto a la transmisibilidad del derecho de usufructo, el artículo 511 establece que el usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero “todos los contratos que como tal usufructuario celebre, se resuelven al fin del usufructo”. Si, al terminar el usufructo, el bien tiene deterioros que deban ser reparados, puede compensar esos deterioros con las mejoras que haya realizado, pero no tiene derecho a que se le abonen las mejoras, las cuales quedarán en beneficio de la propiedad. Ello, sin perjuicio de las convenciones que usufructuario y nudo propietario hayan otorgado.

Cuando los usufructuarios son varios, al faltar uno, los otros acrecen en la porción y el derecho de usufructo dura hasta la expiración del derecho del último. Ello es así, salvo que, al constituirse el usufructo se haya establecido que al fallecer uno de ellos, se consolida con la nuda propiedad.

Respecto a las obligaciones, el artículo 514 establece que antes de entrar en el goce de los bienes, el usufructuario debe formar inventario con citación del dueño y dar fianza suficiente de que cuidará las cosas como un buen padre de familia, restituyéndolas al propietario al finalizar el usufructo.

Otra importante obligación es la que determina el artículo 520, en cuanto no permite al usufructuario cambiar el destino de un edificio, ni dejar baldía una heredad que ha sido cultivada. En este caso, si el usufructuario enajenó su derecho o lo dio en arrendamiento, es responsable del menoscabo que tengan los bienes por culpa o negligencia de la persona que le sustituye (art. 521).

Respecto a los reparos por deterioros, el artículo 523 establece que el usufructuario no está obligado sino a los reparos menores y de simple conservación de la cosa, quedando mayores por cuenta del propietario, quien los hará si le conviene. Se entienden por reparos mayores, los extraordinarios y que convienen a la utilidad permanente de la finca, como las paredes principales, techos o bóvedas. El usufructuario no puede oponerse a que el nudo propietario realice estos reparos mayores,

debiendo aquel abonarle: “sobre los dineros invertidos en ellos y mientras dure el usufructo, el interés medio que produzcan los capitales empleados” (art. 524).

El usufructuario también debe pagar las cargas y contribuciones periódicas y las que en el uso se consideran gravámenes de los frutos.

5.1.4. *Derechos y obligaciones del propietario*

El propietario no puede turbar al usufructuario en el goce de la cosa, ni alterarla, ni siquiera para mejorarla. Sí puede hacer actos de conservación aun contra la voluntad del usufructuario y también puede enajenar la nuda propiedad, sin que por ello se alteren los derechos del usufructuario. Tampoco puede el propietario remitir una servidumbre, sin el consentimiento del usufructuario (art. 536).

5.1.5. *Extinción del usufructo* (artículo 537)

Como ya expresamos, el plazo máximo es la muerte del usufructuario o, en el caso de personas jurídicas, la extinción de su personería. También se produce la extinción por la conclusión del tiempo por el que fue otorgado (vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria establecida).

También puede finalizar por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, si, por ejemplo, el usufructuario adquiere la nuda propiedad o si el nudo propietario adquiere el derecho de usufructo a cualquier título, incluso por prescripción.

También finaliza por la renuncia que pueda hacer el usufructuario, siempre que no la haga con fraude a sus acreedores.

Si la cosa desaparece o se destruye totalmente, asimismo cesa el usufructo y, del mismo modo, termina el usufructo cuando la cosa usufrutuada queda fuera del comercio, por ejemplo, si el bien pasa del dominio privado al dominio público.

Producida la extinción, el usufructuario está obligado a la devolución de la cosa, correspondiendo que se cancele la garantía otorgada por el usufructuario. También corresponde que se realice la liquidación de los frutos pendientes y el usufructuario está facultado a retirar las mejoras o a compensarlas con los deterioros que se le puedan imputar.

5.2. *El uso y la habitación*

El derecho de uso es un derecho real sobre la cosa de otro es otro desmembramiento de la propiedad. El derecho de habitación es también un derecho real que consiste en habitar gratuitamente la casa de otro.

En el derecho romano, el derecho de uso era una servidumbre personal que confería el derecho a sacar la utilidad de una cosa, pero no el derecho a obtener los frutos de la misma. El usuario tenía el *ius utendi*, pero no el *ius fruendi*.

La práctica y los fallos judiciales fueron modificando esta concepción del derecho de uso, acordando al usuario cierto derecho a los frutos de la cosa, por ejemplo si el usuario tenía el uso de la tierra, podía usarla y al mismo tiempo podía tomar legumbres, frutas y madera.

Eso se transmitió al derecho moderno, posibilitando un *ius utendi* total y un *ius fruendi* restringido.

De acuerdo al artículo 542, los derechos de uso y habitación se constituyen y se pierden de la misma manera que el usufructo, lo cual no es acertado, ya que el uso y la habitación no se pueden constituir legalmente. Lo que el legislador quiso expresar fue que el uso y la habitación –al igual que el usufructo– se constituyen por contrato oneroso o gratuito, por testamento y también por prescripción.

El inciso primero del artículo 541 del Código Civil, dice que el derecho de uso es un derecho real que: “consiste en servirse de la cosa de otro o de exigir una porción de los frutos que ella produce”.

La limitación consiste, pues, en que esos frutos sean solamente los necesarios para atender las necesidades personales del titular de ese derecho.

Otra importante limitación que constituye una diferencia esencial con el usufructo –establecida en el artículo 549– consiste en que los derechos de uso y habitación son intrasmisibles. Es decir que estos derechos no son cedibles, ni trasmisibles por herencia, tampoco pueden prestarse, ni arrendarse, si bien pueden dar los frutos que le está permitido consumir en sus necesidades personales.

6. Derechos reales de garantía. La hipoteca

Según afirmábamos *ut supra* (ver punto 2.4), los derechos reales se dividen, según el artículo 472, en derechos reales de goce y derechos reales de garantía. Los primeros son derechos autónomos, existen por sí; en cambio los segundos son siempre accesorios, solo existen y se justifican por la existencia previa de una obligación principal a la cual acceden.

El derecho real de garantía tiene dos atributos: derecho de preferencia (el acreedor puede cobrarse previamente a cualquier otra pretensión) y derecho de persecución (puede perseguir la cosa en manos de terceros) (art. 2340, C. C.).

En el derecho positivo uruguayo, hay que separar, por un lado el contrato de hipoteca, contrato solemne que debe otorgarse por escritura pública y, por otro, el derecho real de hipoteca, que nace con la inscripción de dicho contrato en el Registro de la Propiedad, Sección Inmobiliaria.

El contrato está considerado como fuente de obligaciones (arts. 1246 y 1247, C. C.), lo que significa que agota su eficacia en la esfera obligacional. Por consiguiente, si la hipoteca es un contrato, solo puede generar efectos personales, pero no producir un efecto real y, por ello, para la constitución del referido derecho real menor –llamado también hipoteca– se requiere de un modo que constituya el referido derecho real. Nos afiliamos, en este sentido, a la posición sustentada por Gamarra¹³, para quien ese modo –en nuestro derecho– es la inscripción en el Registro.

El título hábil (contrato de hipoteca extendido en escritura pública), permite constituir el derecho real de hipoteca. Ese título no solo debe tener cumplido su requisito de solemnidad, sino que ha de emanar de un sujeto legitimado (propietario, usufructuario, condómino, etc.) y referirse a un objeto idóneo (bien inmueble). Además, la función de garantía que despliega la hipoteca impone otro elemento necesario: una obligación principal a la cual accede.

Cuando el contrato de hipoteca se inscribe en el registro, nace el derecho real de hipoteca. La inscripción tiene, en este caso, carácter constitutivo. Puede afirmarse perfectamente que el derecho real de hipoteca se perfecciona con la inscripción correspondiente. Estamos frente a un tipo de publicidad especial que no es la regla en el sistema registral uruguayo, de publicidad declarativa. Esta inscripción crea el derecho.

13. GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo II, volumen 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003 (4ª edición actualizada).

Pero además, la publicidad es indispensable para su mantenimiento. Si la publicidad cesa, el derecho real se extingue. En efecto, cuando la inscripción de la hipoteca caduca, caduca igualmente el derecho real de hipoteca; cuando la inscripción se cancela, se extingue también el derecho real de hipoteca.

En cuanto a la accesoriedad en la hipoteca, ella deriva de su función de garantía, ya que tiende a asegurar la satisfacción de su crédito. Al ser accesoría, sigue la suerte de lo principal y se extingue con la extinción de la obligación principal. La existencia del crédito es, por consiguiente, un elemento constitutivo de la hipoteca que debe colocarse en el mismo plano del título, cuya ausencia impide que el derecho real de hipoteca pueda nacer.

La indivisibilidad de la hipoteca está consagrada en el artículo 2336 y se refiere al objeto y al crédito. Si se afectan diversos bienes con hipoteca, cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda; lo mismo, si se paga parcialmente el crédito, el bien queda hipotecado hasta la completa extinción del mismo. Este carácter no es fundamental, ya que la jurisprudencia ha resuelto que la indivisibilidad no es de la esencia del contrato y las partes, pueden por convención, establecer su renuncia.

Respecto a la naturaleza inmueble del derecho de hipoteca, el artículo 2331 del Código Civil dispone: “la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo y sobre naves”.

¿Qué son, pues, bienes raíces para nuestra ley? El artículo 463 dice que inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro. Quiere decir que, para nuestro Código Civil, son sinónimos los vocablos inmuebles, fincas y bienes raíces. El artículo 474, a su vez, reputa inmuebles a los bienes incorporales según sea su objeto. Parecería entonces no haber impedimentos en que el objeto de la hipoteca pueda ser un derecho inmueble, p. ej., un derecho de superficie o el derecho de sobreelevar¹⁴.

6.1. *La negociabilidad del crédito hipotecario*

En el Código Civil uruguayo, la cesión de créditos está regulada como un capítulo dentro del Título “De la compraventa”, la doctrina no la circunscribe necesariamente a este contrato, sino que le da un carácter general.

14. El derecho de sobreelevar consiste en la facultad de realizar nuevas construcciones en un inmueble en régimen de propiedad horizontal, derecho que la doctrina considera también real pues es una facultad del dominio. Cfr. MOLA, Roque, A. D. C. U., t. 19 [sic].

Según Messineo¹⁵, la cesión de crédito constituye un caso de sustitución de un sujeto por otro, únicamente en el lado activo, que queda como separado del resto de la relación obligacional.

Esto supone que al cesionario de un crédito cedido, solo pasa el derecho al cobro del crédito, comprendiendo además los accesorios, como las fianzas, prendas, hipotecas o privilegios (art. 1761, C. C.). El cesionario tendrá derecho al cobro del crédito y para ello poseerá las garantías accesorias del mismo.

6.2. *Los negocios sobre el rango*

Los negocios sobre el rango o grado están dirigidos a modificar el derecho de preferencia de unas hipotecas sobre otras, en caso de concurrir sobre una misma cosa.

Los negocios sobre el rango o grado inciden sobre la preferencia, no alteran, en cambio, ni al crédito ni al derecho real de garantía, los que permanecen inmutables. Las partes, en este negocio, son exclusivamente los acreedores cuyo grado se modifica, pero no el deudor.

El negocio sobre el rango es una novedad de la actual ley de Registros, ya que en el régimen de la Ley 10.793 solo estaba prevista la renuncia de prioridad. En efecto, el artículo 30 de esta ley establecía que: “Las partes podrán renunciar en escritura pública la prioridad que le concede la inscripción a favor de acreedores posteriores; pero esa renuncia no valdrá mientras no se anote al margen de la inscripción correspondiente”. Al amparo de esta norma –señala Quagliata¹⁶– si una persona tiene a su favor una primera hipoteca y se quiere cancelar esa hipoteca y constituir otra nueva y darle al otro acreedor la calidad de primero, basta decir todo eso en la escritura respectiva y anotarlo al margen de la inscripción en el Registro.

Nuestro sistema fue siempre de rango de avance (romano). Con un criterio muy amplio, el artículo 60 de la Ley 16.871, acepta que se realicen negocios sobre el rango, sustrayéndose a los efectos del principio de prioridad, sobre los derechos reales limitados o personales, registrables y compatibles.

Se trata pues de una disposición muy amplia que permite cualquier negocio sobre el rango si se cumplen los requisitos que ella establece:

- a) Que consientan todos los terceros que tuvieran derechos registrados con anterioridad a la inscripción del citado convenio.

15. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJE, 1952, tomo II.

16. QUAGLIATA, Pascual, *Registros*, Buenos Aires, Tipografía Atlántida, 1948.

- b) Que se otorgue en escritura pública, salvo que el derecho objeto del negocio de rango estuviere contenido en un documento privado, en cuyo caso podrá otorgarse en la misma forma.
- c) Que se inscriba en el registro correspondiente.
- d) Que se trate de negocios sobre el rango de actos o negocios inscriptos en una misma sede territorial del Registro de la Propiedad o en una misma sección del Registro Nacional de Actos Personales.

No es posible negociar el rango de la reserva de prioridad.

El artículo 60 de la Ley Registral 16.871, del 27 de setiembre de 1997, también establece que: “no se podrá negociar el rango de una hipoteca independientemente del crédito al que accede”. Esto es, no es posible negociar el rango de una hipoteca, tomado aisladamente del crédito al que accede. Dicho en otras palabras, el tipo negocial *cesión de grado*, se esfuma y pierde dentro de la figura de la cesión de crédito hipotecario en la cual se transmite el crédito junto con la hipoteca. Dada la prohibición legal, los negocios de esa índole serían nulos por aplicación del artículo 8 del Código Civil o según cierta doctrina¹⁷, inexistentes por falta de poder normativo negocial.

Una cuestión que se plantea es si todavía está vigente el artículo 30 de la Ley 10.793, que regulaba la renuncia de prioridad. Es claro que el artículo 100 de la Ley 16.871 no la derogó expresamente; no existe oposición por razón de la materia, con lo cual estimamos que la disposición continúa vigente. Por otra parte, este pareciera ser el criterio recogido por el Decreto 99/98, ya que este instituto prevé en su artículo 52, que es posible renunciar anticipadamente a la prioridad que le confiere la inscripción de un gravamen a favor de terceros designados nominativa o genéricamente, para facilitar la constitución e inscripción de otros gravámenes compatibles, con preferencia de rango, al que le corresponde al renunciante.

7. Garantías en el orden constitucional y legal

7.1. *Concepto*

Se analizarán las garantías de los derechos reales, en especial el de propiedad, en el sentido de la tutela o protección que presta el ordenamiento jurídico, limitándolo al de la República Oriental del Uruguay.

17. CAFFARO, Eugenio y CARNELLI, S., *Eficacia contractual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.

7.2. *Garantías constitucionales*

En el orden constitucional, varias disposiciones tienen, como finalidad, tutelar el derecho de propiedad, declarando que el Estado garantiza la protección del goce de la propiedad a todos los habitantes (art. 7). Del mismo modo, el artículo 14 protege el referido derecho, en cuanto prohíbe la confiscación de bienes por razones de carácter político o como consecuencia de estas.

El artículo 33 de nuestra Carta Fundamental establece una garantía genérica, al colocar la riqueza artística o histórica de la República bajo la tutela de la ley, incluso los bienes de los particulares están sometidos a este régimen especial.

La Constitución dedica dos artículos a proteger el patrimonio familiar: el 48 garantiza el derecho sucesorio dentro de los límites que establece la ley, otorgando un tratamiento más favorable a los ascendientes y descendientes del causante que al resto de los sucesores en materia impositiva; y el artículo 49, por su parte, establece que el bien de familia, su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial, lo cual se concretó con la Ley 9770, del 5 de mayo de 1938, y con la Ley 15.597, del 19 de julio de 1984, que deroga a la primera, estableciendo el régimen actual.

7.3. *Garantías legales*

Tenemos por un lado, una regulación muy exhaustiva en el Código Penal, que tipifica los delitos contra el derecho de propiedad en el Título XIII del Libro II: delito de usurpación (art. 354) y delito de daño (art. 258); y, por otro lado, en el orden civil, cuando el propietario ve atacado su derecho, tiene la facultad de reclamar, ante la justicia, interponiendo acciones que impedirán en el futuro, una lesión de su derecho de propiedad.

La reivindicación o acción de dominio, establecida en nuestro Código Civil para recuperar a la propiedad reclama que se reconozcan al propietario los derechos que tiene, haciendo cesar la posesión que detenta otra persona sobre el bien y que no responde a la existencia de un derecho de propiedad.

La acción reivindicatoria es una acción real por excelencia, porque nace del dominio aunque comprende acciones personales, ya que el demandado también responderá –además– por los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa.

Esta acción es concedida tanto a quien tiene la propiedad del dominio pleno, como al que es dueño de un desmembramiento de dominio. Es necesario que el que reivindica no esté en posesión de la cosa y que el demandado sí la posea y pretenda retenerla. Otra condición que se exige para entablar la acción reivindicatoria es que el actor haya poseído por sí o por sus causantes, es decir que aunque no se le haya transmitido la posesión, sí se le haya transferido el derecho de poseer.

Entablar esta acción aparea dos prohibiciones importantes: una es que el reivindicante no puede ceder sus derechos y acciones respecto de la cosa reivindicada, después de notificada la demanda a su contraparte; otra es que se permite que enajene o hipoteque la cosa, siempre que la demanda se haya inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. Bastaría que cualquiera entable una demanda reivindicatoria –aunque fuera infundada– para que el demandado estuviera en la imposibilidad de enajenar o hipotecar lo que se le reclame.

Las servidumbres también dan acciones para asegurar su ejercicio, a través de la acción confesoria, que corresponde al dueño del predio dominante cuando se le impide absoluta o parcialmente el ejercicio de una servidumbre; y a través de la acción denegatoria que compete al dueño de un predio sobre el que se ejerce una servidumbre que no existe o que no tiene la amplitud que se le quiere dar.

Las acciones posesorias son las que tiene el poseedor para justificar que se está en posesión de un bien, contra los actos de los terceros que pretendan perturbarla. Estas acciones se subdividen en:

- a) Acción de conservar o retener la posesión. Artículo 663, inciso 1, del Código Civil. Corresponde al poseedor que ha sido turbado o inquietado en su posesión por actos materiales.
- b) Acción de recuperar o recobrar la posesión perdida. Artículo 663, inciso 2, del Código Civil. Compete al que ha sido despojado violenta o clandestinamente de su posesión.
- c) Acción de denuncia de obra nueva. Artículo 672 del Código Civil. La ejerce el poseedor con el objeto de pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de ejecutar en el suelo en el que está en posesión y también las que impiden o perturban el goce de una servidumbre o las que la imponen.

- d) Acción extraordinaria de restablecimiento o de violento despojo. Es la que se acuerda a todo el que ha sido violentamente despojado de la posesión o de la mera tenencia. Tiene como objeto restablecer las cosas al estado en el que se hallaban antes. No es netamente posesoria, pues se le concede al poseedor y al que no lo es.

8. Límites

8.1. *Concepto*

La injerencia del Estado ha venido cobrando vuelo en el siglo pasado y lo que va del actual, en tutela de los intereses privados colectivos y, en especial, de los intereses públicos, lo cual se ha venido manifestando en un intervencionismo que se produce como consecuencia de una grave y larga crisis económica.

Surge así, el elemento social como fundamento de las múltiples limitaciones a los poderes del titular de derechos reales, sobre todo del propietario. En atención a esa tendencia socializante del derecho en el mundo moderno, el derecho de propiedad sufre limitaciones que comprimen necesariamente sus poderes.

Así, nuestra actual Constitución, en el artículo 32 dice que: “La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas”.

Como derecho subjetivo, la propiedad es derecho de gozar y disponer plena y exclusivamente de la cosa. Pero estos poderes o facultades del propietario tendrán todas las limitaciones y prohibiciones que el propio ordenamiento jurídico le imponga. En otras palabras, al derecho subjetivo de propiedad lo caracteriza un poder que se expande por un impulso interno con toda plenitud mientras no encuentra la barrera de un límite legal o la concurrencia de otros derechos.

Estas limitaciones afectan al poder de disposición (inalienabilidad) o al poder de goce del bien (p. ej., imposición de servidumbre por razones de interés público).

Entre las limitaciones de orden legal en nuestro derecho, podemos mencionar las siguientes:

- a) La expropiación. Por esta, se impone a los propietarios la enajenación forzosa de sus bienes a favor del Estado,

sea por causa de necesidad o utilidad pública. Está reconocida constitucionalmente en el artículo 32 y, en el artículo 492 del Código Civil, el cual requiere causa de pública utilidad reconocida por la ley y previa a la correspondiente indemnización.

- b) Servidumbres. Nos interesan las servidumbres legales, por ser verdaderas limitaciones al derecho de propiedad, ya que las voluntarias nacen de un acto de voluntad del dueño. Entre ellas, tenemos las servidumbres de aguas, de acueducto, de paso, cerramiento y medianería (arts. 558 a 621, C. C.).
- c) Otras limitaciones legales. Diversas leyes establecen ciertas limitaciones al propietario de bienes inmuebles, con alcance diverso. Entre las más importantes, podemos señalar la Ley 9618, de viviendas económicas (del 27 de noviembre de 1936), que impone limitaciones de venta o arrendamiento sin el consentimiento del Banco Hipotecario del Uruguay; la Ley 13.728 (del 17 de diciembre de 1968), que prevé la concesión de préstamos para la compra de viviendas, prohibiendo la enajenación o cesión del uso por diez años desde su adquisición; la Ley 15.597 de Bien de Familia, del 19 de julio de 1984, que establece que el propietario no puede venderlo en todo o en parte, mientras existan hijos menores o cónyuges beneficiados con su constitución; la Ley 18.308 de Ordenamiento Territorial, del 18 de junio de 2008, que establece la prohibición a los propietarios de inmuebles de destinarlos a usos contrarios a los previstos en la norma, la obligación de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, el deber de proteger el medio ambiente y la diversidad, así como el patrimonio cultural que pueda comprender el correspondiente bien inmueble, vigilándolo y protegiéndolo frente a intrusiones de terceros.
- d) Limitaciones administrativas. Tal es el caso de las servidumbres *non edificandi* o limitaciones máximas y mínimas respecto a la altura de las construcciones establecidas en ordenanzas municipales.

9. Consideraciones finales sobre la realidad uruguaya

De las precedentes reflexiones, pueden extraerse algunas consideraciones generales que nos ayuden a trazar una prospectiva inmediata de los derechos reales, en particular del dominio respecto a bienes inmuebles.

El Código Civil Uruguayo admitió un esquema de la titularidad de los derechos reales, desde una perspectiva individualista, liberal y absoluta, aunque subordinada a las prohibiciones de las leyes y reglamentos aplicables. Se consagra un derecho real de dominio compuesto por las facultades clásicas de usar, gozar y disponer del bien que es su objeto, transformándolo, mejorándolo o empeorándolo y aun destruyéndolo.

Nuestra ley conserva intacta la teoría del título y modo, como elementos indispensables para la adquisición del dominio y demás derechos reales. Los títulos hábiles para adquirir un derecho real son los tradicionales (compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc.). A ellos se agregó, como particularidad de nuestro sistema, la promesa de enajenación de inmuebles, contrato principal, sinalagmático –hábil para transferir el dominio que el titular se reserva hasta la integración total o parcial del precio–. La tradición es indispensable para que el promitente adquirente se constituya en propietario. Inscripta la promesa, se concede al adquirente un derecho real a la adquisición del dominio, oponible a terceros y con prioridad excluyente frente a gravámenes o embargos posteriores.

Los modos de adquirir, reconocidos en nuestro derecho positivo, son también los tradicionales: tradición, sucesión, usucapión, accesión. La publicidad registral en general tiene efecto declarativo.

Las garantías establecidas para la defensa de los derechos reales constituidos son las mismas que reconoce la legislación en los distintos países: acciones reivindicatorias, posesorias, derecho a una justa indemnización en caso de expropiación, etcétera.

Los límites del dominio son también semejantes a los de los demás países: expropiación, servidumbres legales, restricciones al derecho de uso, limitaciones a la facultad de disposición, etcétera.

En el plano de una prospectiva del futuro inmediato de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles, puede preverse que:

- El derecho de propiedad privada no experimentará cambios importantes. La mentalidad propietarista de nuestro pueblo no consentirá reformas de fondo.
- Tampoco se prevén cambios a las tradicionales formas de transmisión de los derechos reales. El sistema romanista de título y modo está fuertemente arraigado en las tradiciones jurídicas uruguayas.
- Es de prever que la ley continúe su proceso limitativo al derecho de propiedad, en atención a intereses generales o colectivos, como el derecho a la vivienda o el interés general de preservación del medio ambiente.

Nota extendida

* Ponencia presentada por el autor en el marco del *I Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral* realizado en la ciudad de La Plata entre los días 27 y 30 de octubre de 2009. Dicho encuentro fue organizado por el Instituto de Derecho Notarial y Registral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, con la coorganización del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, el Consejo de Agrimensura de la Provincia de Buenos Aires y el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. Se publicó en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 963, Derecho Comparado, 2009.