

## OBLIGACIONES "PROPTER REM" Y SUS RELACIONES CON OTRAS FIGURAS

ALBERTO J. BUERES\*

### Resumen:

En el marco de la división tradicional del Derecho Privado en derechos personales y reales, el presente ensayo parte de la distinción de los institutos del *ius ad rem*, el *ius in re* y el *ius in persona* para determinar sincrónica y conceptualmente a las obligaciones *propter rem*. Tras definirlos, el autor recorre las distintas tesis de la doctrina y nuestros tribunales respecto de la naturaleza jurídica y situación de estas obligaciones en nuestro Derecho Civil.

### Abstract:

Regarding the traditional division of Private Law into real property and personal law, this essay distinguishes between *ius ad rem*, *ius in re* and *ius in persona* to conceptually and synchronically determine obligations *propter rem*. After defining them, the author considers the different thesis about the situation and juridical nature of these obligations in Argentinean Civil Law sustained by distincted authors on legal writing and The Courts.

### Palabras clave:

Derecho privado – derecho civil – derecho real – derecho personal – *ius ad rem* – *ius in re* – *ius in persona* – derechos reales *in faciendo* – cargas reales – obligaciones *propter rem*.

### Key words:

Private Law – Civil Law – Real Property Law – Personal Law – *Ius ad rem* – *Ius in re* – *Ius in persona* – Real Property Responsibility – Obligations *Propter Rem*.

1. En el derecho argentino, cuando menos, más allá de la existencia de algunas opiniones matizadas, el dualismo derecho real y derecho personal mantiene su pureza en plenitud, sin interferencias que permitan desnaturalizar sus esencias y sin híbridos que hagan poner en duda la diáfana autonomía de cada categoría. A pesar de que se esbozan diversos criterios en torno a la génesis del distingo entre derechos reales y derechos personales, en general se considera que la escisión no aparece con

\* Profesor Emérito (UBA).

nitidez en Roma, sino que fue formulada por los glosadores sobre la base de las acciones reales y personales romanas. No es fácil precisar cuáles pueden haber sido los derechos reales en Roma, puesto que el concepto mismo de ellos no estuvo arraigado con firmeza en la tradición jurídica romana. De todas maneras, si la noción de derecho real se enlaza con los institutos protegidos por la *vindicatio* o, en general, por las acciones reales, destaca la propiedad como figura singular y esencial. En cambio, los derechos personales han tenido un intenso y constante desarrollo, de donde hasta podría afirmarse que el derecho romano fue preferentemente obligacionista. Comoquiera que sea, junto con el dominio también fueron contempladas algunas servidumbres, entre las cuales se ubicó el usufructo durante el período bizantino. Tal vez quepa añadir, para cerrar este elenco liminar, que entre las formas de propiedad se conoció el derecho de superficie. No obstante, la situación varió mucho durante el derecho intermedio, dado que la multiplicación de vínculos feudales y cuasifeudales (dominio directo, dominio útil, situaciones enfiteúticas, etc.) generó un pluralismo de relaciones jurídicas que fueron concebidas como reales.<sup>1</sup>

2. En general, la doctrina sostiene que en el derecho romano fue rechazada la categoría de los derechos *in faciendo*, con fundamento en el principio referente a las servidumbres –extraído de las fuentes– *servitus in faciendo consistere nequit*.<sup>2</sup> En un primer momento, POMPONIO enunció el principio *ut aliquid patiatur aut non faciat* (D, 8. 1. 15. 1, Libro III, *ad Sabinum*). Y de ahí derivaron *quae in patiendo consistunt* (el propietario del fundo sirviente debe sufrir –o tolerar– que otros hagan) y *quae in non faciendo consistunt* (cuando debe abstenerse de hacer). Este proceso evolutivo dio lugar a la susodicha regla *servitus in faciendo consistere nequit*.<sup>3</sup>

De todos modos, y a la vista de la excepción al mencionado principio, conformada por la presencia de servidumbres *oneris ferendi* –que impusieron una prestación de hacer (*reficere parietem*)–, se supuso que a pesar de que en la tradición romana no existieran servidumbres *in faciendo* (excepto la *oneris ferendi*), en verdad hubo algunas figuras de derechos reales *in faciendo*.<sup>4</sup> En el derecho germano

1. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1978, t. II, pp. 68 y siguientes.

2. Edmundo GATTI y Jorge H. ALTERINI, consideran que la propia expresión derechos reales *in faciendo* entraña un contrasentido, debido a que ella implicaría un derecho real con el contenido de un derecho personal. Los romanos advirtieron la incoherencia y sentaron el principio mencionado en el texto (*El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, pp. 65 y 66).

3. CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentario del Código Civil*, Presidente y coordinador: Ignacio Gil de la Cuesta, Barcelona, Bosch, 2000, t. 3, arts. 532 y 533 –C. Civil español–, p. 682.

4. RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus, Centro de Enseñanza, traducida por J. R. Xirau, 1928, p. 298. Comp. el *quid medium* al cual alude Romualdo TRIFONE –*Oneri reali. Storia del Diritto. Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1965, t. XI, p. 927– en relación con la mezcla de elementos entre los derechos reales y personales.

primitivo, la diferencia entre derechos reales y obligaciones tiene contornos borrosos –hasta tal punto que algún opinante dejó traslucir que no existió-. En cualquier caso, en Alemania el derecho real absorbió casi totalmente al derecho personal (este era por aquel entonces un poder del acreedor sobre la persona del deudor).<sup>5</sup> Durante la Edad Media, las ideas romanistas comenzaron a influir en las tudescas y esto creó un panorama confuso marcado por la inflación de los derechos reales y por la progresiva aparición de categorías intermedias o indefinidas como el *ius ad rem*. Al margen, en el derecho alemán se afianzaron los derechos reales *in faciendo* (se ha señalado que esta terminología fue acuñada por FADDA y BENSA), entre los cuales tienen particular relieve las *reallasten* (o cargas reales) visualizadas como derechos reales por aquel entonces –e inclusive en la actualidad al tenor de lo que surge de los arts. 1105 a 1112 y 1191 a 1203 del B.G.B.–, que contemplan las cargas reales (2da. Parte, Título XXI, Capítulo III). La exagerada devoción por los derechos reales *in faciendo* determinó que parte de la doctrina desechara la categoría de las obligaciones *propter rem*, pues se estimó que estas involucraban un concepto descaminado (o desmañado) para disfrazar auténticos derechos reales *in faciendo*.<sup>6</sup>

Ya hemos de ver que las obligaciones *propter rem* existen como tales (como obligaciones), que la misma naturaleza poseían las antiguas cargas reales –que hoy no tienen lugar en tal acepción en Italia y en la Argentina– y que no son de recibo en

5. POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano*, Roma, Athenaum, 1915, t. I, pp. 61 y 62 y sus referencias a las opiniones de Heusler, sobre todo. Cfr. también RIGAUD, *ob. cit.*, p. 56.

6. RIGAUD, *ob. cit.*, p. 306. Díez-Picazo señala que muchas veces los derechos reales *in faciendo* fueron considerados derechos reales en consonancia con la tradición germánica. Ciertos juristas italianos y aun alemanes creyeron que eran obligaciones nacidas de una situación de hecho (*zustandobligationem*). Otros separaron las *reallasten* (derechos reales) de las obligaciones que se relacionaban con ella –ciertas prestaciones que debían pagarse-. Y también se ensayaron posiciones eclécticas que ubicaron el instituto entre el derecho real y la obligación. Por otro lado, el autor, al hacer alusión a los derechos reales *in faciendo* (como las *reallasten*), refiere que en el derecho hispano parecen adoptar un esquema semejante los censos reservativo y consignativo –arts. 1606 y ss.– (*ob. y t. cits.*, pp. 51 y 52). Asimismo, José Castán Tobeñas dice que, aunque en general el contenido del derecho real es solo negativo, dado que impone a los terceros unos deberes de no hacer o de sufrir (un “*pati*”), sin embargo hay quien piensa que existen derechos reales que dan lugar a obligaciones de hacer, como las servidumbres positivas –art. 533– y las cargas reales (censos, foros, *rabassa morta*, etc.), que imponen al dueño del fundo la obligación de pagar un canon o prestación periódica (art. 1604 y concordantes). Luego, Castán agrega que estas figuras generan dudas, pues un sector de la opinión las capta como derechos reales *in faciendo*, mientras que otros autores entienden que promedian obligaciones comunes o *propter rem* –se observan imprecisiones y discordancias, señalamos por nuestra parte– (*Tratado de Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, t. II, Derecho de cosas, Vol. Iro, pp. 53 y 54). Sobre estas digresiones de Castán son interesantes las observaciones críticas de Díez-Picazo (*ob. y t. cits.*, pp. 53 y 54). En nuestro derecho, puede consultarse un extenso estudio, aunque por momentos un tanto oscuro, sobre las *reallasten* y, en general, en lo hace al análisis efectuado *ut supra*, en GOROSTIAGA, Norberto, *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1941, p. 570 y siguientes).

nuestro derecho, sin que se nos escape que hay alguna doctrina minoritaria de signo contrario, que acepta derechos reales *in faciendo*.

3. Por lo que respecta al *ius ad rem*, se estima que no fue concebido como categoría particular por los glosadores, puesto que ellos distinguieron el derecho real que recae de forma directa sobre la cosa (*ius in re*) y la *obligatio* que es el correlato crédito-deuda entre personas (*dare, facere, restituere*). El primero origina una acción personal (*actio in rem*), mientras que la segunda habilita una acción personal (*actio in persona*). Las acciones mixtas *in rem scriptae* fueron introducidas por los posglosadores (ya volveremos sobre estas últimas cuestiones con mayores detalles).<sup>7</sup> Ciertamente, el *ius ad rem* es elaborado por los canonistas (el precursor habría sido el Papa Inocencio IV –Sinibaldo dei Fieschi–), y luego fue recogido por el derecho feudal que viene a ubicarlo a mitad de camino entre el *ius in re* y el *ius in persona*.<sup>8</sup> En el derecho canónico todo oficio eclesiástico se encuentra unido a un beneficio (conjunto de bienes cuyas rentas deben asegurar la subsistencia del titular). El beneficiario poseía un *ius ad rem* que le permitía hacerse de los frutos para cumplir el ministerio que le había sido confiado. Se trataba de un derecho real *sui generis* (o imperfecto), no asimilable a la propiedad, al usufructo, a la enfiteusis o al feudo. El beneficiario contaba con una acción real y hasta podía hacer valer su prerrogativa por medio de las vías petitoria y posesoria.

Este derecho real *sui generis* perduraba durante el tiempo que el beneficiario se hallaba en una situación interina respecto de su cargo; y cuando advenía la colación –a veces precedida de complicados trámites– el *ius ad rem* (derecho real imperfecto o acaso expectativa de derecho real) se transformaba en un verdadero *ius in re*.

La categoría del *ius ad rem* se utilizó en el derecho feudal para referirla al vasallo al cual todavía no se había otorgado la posesión real de los bienes del feudo (*ius in re*), pero entre tanto el susodicho vasallo ostentaba la investidura formal o simbólica (*ius ad rem*). Asimismo, los códigos consuetudinarios franceses de los siglos XIV y XV aplicaron el *ius ad rem* al usufructo y el *ius in re* a la propiedad.

7. Al parecer los glosadores no crearon la expresión *ius in re*, sino que esta aparece en las fuentes romanas –un texto de Gayo que está en el Digesto–, aunque se la refería al usufructo, a la hipoteca y a las servidumbres y no a la propiedad –que constituía el *ius plenum in re comparalia*–. Los glosadores generalizaron el *ius in re* y englobaron en él la propiedad, sin defecto de que algunos autores hayan considerado que esa actitud generalizadora tiene lugar a finales del siglo XI o principios del XII en el *Corpus legum sive Brachylogus juris civilis*, que fue un manual jurídico con el cual se quiso hacer una imitación de las Institutas de Justiniano, redactado en Francia o Italia –no es seguro– (RIGAUD, *ob. cit.*, pp. 57 a 64, en especial. Ver también, GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 30 y 31, quienes dicen –con apoyo en los estudios de algunos romanistas– que la expresión *ius in re* contenida en las fuentes romanas concierne a la cosa sobre la cual se tiene el “derecho” y no al “derecho sobre la cosa”).

8. El enigma sobre la génesis de estas figuras llegó a hacer pensar a Mitteis que en el derecho romano se conoció excepcionalmente el *ius ad rem* como figura intermedia entre el *ius in re* y el *ius in persona*.

Por otro lado, los civilistas recogieron estas ideas de los derechos canónico y feudal, para fortalecer la posición del adquirente de una cosa cierta. Consecuentemente, por ejemplo, el comprador que todavía no había obtenido la *datio rei*, tenía un *ius ad rem* que le acordaba un derecho de preferencia con respecto a los adquirentes posteriores, aun cuando estos hubiesen recibido la posesión, excepto que en dicho supuesto existiera el título oneroso y la buena fe.<sup>9</sup>

Posteriormente, y ya en tiempos del *usus modernus* durante el último tramo del derecho común, POTHIER y sus contemporáneos vinculan el *ius ad rem* con el derecho de crédito, mientras que el *ius in re* es relacionado con el derecho real (sin que cupiera espacio para ningún *tertium quid*), criterio este que es admitido en el derecho moderno por una significativa corriente de opinión.<sup>10</sup>

No obstante, en nuestro medio una calificada doctrina prefiere emplear la expresión *ius ad rem* para relacionarla con las obligaciones de dar y con las de hacer para entregar una cosa,<sup>11</sup> aunque esta conclusión no deja de suscitar cavilaciones, pues se centra en la literalidad del vocablo cosa, siendo que, por ejemplo, ya en la clásica definición de obligación de las Institutas de JUSTINIANO (I. 3. 13. Proemio), atribuida a FLORENTINO –que fue un glosador de GAYO– con algunas resistencias,<sup>12</sup> el "... *alicuius solvendae rei*..." fue traducido como pagar alguna cosa o, más extensamente, como pagar algo (dar, hacer o no hacer) a otro, a resultas del "... *quod necessitate astringimur*...".

4. Las obligaciones *propter rem* ("junto a la cosa", en la literal traducción latina) también son llamadas obligaciones reales, *rei coharens*, ambulatorias, *ob rem*, etc.<sup>13</sup> En cualquier caso, parece a todas luces erróneo identificar en el léxico la obligación *propter rem* y los derechos reales *in faciendo* –en tanto y en cuanto estos fueran aceptados–.<sup>14</sup> Tampoco corresponde llamar carga real a la obligación *propter*

9. RIGAUD, *ob. cit.*, p. 57 y siguientes.

10. VITTORIO POLACCO expresa que el *ius ad rem* fue recibido por el derecho prusiano pero no pasó al derecho alemán (*ob. y t. cits.*, pp. 61 y 62). Dicho *ius ad rem* –considerado de tal modo– era una especie de derecho real establecido por medio de un acuerdo de voluntades –criterio repudiado por Vélez Sársfield en el art. 577, C. Civil– (BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. 1, pp. 60 y 61).

11. BOFFI BOGGERO, *ob. y t. cits.*, pp. 60 y 61.

12. Según algunos romanistas la definición aludida estaría influida por ideas o manifestaciones de Pomponio, Juliano, Modestino, Ulpiano y otros.

13. SIERRA PÉREZ, Isabel, *Obligaciones propter rem: los gastos comunes en la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 19 a 21; WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I, pp. 97 y 98.

14. Cabe advertir que los derechos reales *in faciendo* –cuando se admiten– generan prestaciones que, al margen de las teorías realistas, son consideradas, dentro de la perspectiva del derecho personal, como

*rem*, pues aquélla, en la acepción obligacionista clásica –normalmente descartada en nuestro país– difiere de esta. Por último, resulta harto equívoco individualizar las obligaciones con el léxico obligaciones *in rem scriptae*, ya que esta expresión es empleada en numerosas y equívocas acepciones.

La anfibología que reina en la materia, por caso se evidencia en el pensamiento de DE RUGGIERO, quien, sin hacer discriminaciones sistémicas, menciona la acción noxal, las acciones *in rem scriptae*, la obligación de pagar el canon enfiteútic, la superficie y el *solarium*, los impuestos, el diezmo, la obligación de pagar el muro en las servidumbres *oneris ferendi* o la de contribuir a los gastos del fundo sirviente, las *reallasten* y la obligación *propter rem*, dentro del género de las obligaciones ambulatorias.<sup>15</sup> Como puede apreciarse, en el elenco de DE RUGGIERO quedan fusionadas obligaciones comunes, obligaciones *propter rem*, cargas reales –captadas con sentidos realistas, obligacionistas o mixtos- y tal vez otras figuras. Sin duda que la situación desoladora en la que se vio inmerso el autor italiano lo llevó a afirmar que renunciaba a la sistematización de la categoría que nos ocupa.<sup>16</sup>

5. Es difícil encorsetar en una definición todas las características que presenta la obligación *propter rem*, en razón de que algunas de ellas son contingentes y, además, del siempre latente principio "*omnis definitione periculoso est, rarum est enim ut subverti possit*" (Digesto, Tit. 17, frag. 202).

Con tales aclaraciones, podemos señalar que la obligación *propter rem* es una relación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, con la particularidad de que la calidad de deudor (o acreedor) está ligada a una relación de señorío (propiedad u otros derechos reales, posesión –que según las miras será un hecho o un derecho real– y hasta tenencia), de suerte tal que la obligación (crédito-deuda) se transmite a medida que se produce un cambio en la titularidad de la

---

obligaciones *propter rem* o como obligaciones comunes –e inclusive, en este último caso, se permite la liberación por el abandono (al menos algunas veces)–.

15. La expresión obligaciones ambulatorias es adjudicada en ocasiones a Ferrini –por el propio De Ruggiero y otros-, mientras que de acuerdo con otra opinión, Ferrini acuñó la terminología obligaciones reales (LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, Barcelona, Bosch, 1994, Vol. 2, p. 33). Por lo demás, algunos autores separan la obligación *propter rem* de la obligación ambulatoria y otros opinantes refieren que las obligaciones no son ambulatorias en sí mismas, sino que tal calidad debe predicarse de la posibilidad de surgimiento de tales relaciones obligatorias (ver SIERRA PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 20 y 21 y sus referencias a las ideas de DIEZ-PICAZO y BIGLIAZZI). Tampoco falta alguna opinión sin rumbo que conecta la obligación *propter rem* con la obligación que nace cuando se viola un derecho real –esta es un lógico corolario de la oponibilidad (y defensa) *erga omnes* del derecho real– (Ver, DE CASTRO VITORES, Germán, *La obligación real en el derecho de bienes*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España– Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 48).

16. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Reus, traducción de Ramón SERRANO SUÑER y José SANTA CRUZ Teijeiro, 1977, t. II, Vol. 1, p. 75 y siguientes.

susodicha relación de señorío. Las dos relaciones signadas por la obligación *propter rem* y el derecho real son distintas, pero la primera es accesoria del último.<sup>17</sup>

No se trata de una figura intermedia colocada entre el derecho real y la obligación (menos por supuesto constituye un derecho real), sino que es una auténtica obligación.<sup>18</sup>

En la obligación *propter rem* hay dos sujetos (acreedor y deudor) –correlato crédito-deuda o poder-deber–, un plan de prestación (conducta del *solvens* para dar satisfacción al interés del *accipiens*) y, en fin, una responsabilidad patrimonial del obligado. El abandono es un requisito que se verifica con cierta frecuencia en la obligación real (no siempre, ni mucho menos), pero ello no conmueve la relación obligacional ya que al cabo se trata de un supuesto de deuda con cobertura limitada previsto en materia de obligaciones para determinados casos, aunque todavía cabría discurrir en torno a si el abandono es parte de la responsabilidad (cuando hay mora), pago, una suerte de *datio in solutum* u otra figura –ya volveremos sobre este punto–.<sup>19</sup>

La obligación *propter rem* es una categoría legal y cerrada (*numerus clausus*). El propietario o poseedor es sujeto de deberes mientras se encuentre en esa posición y quienquiera que lo suceda viene a resultar obligado sin que promedie ningún acuerdo que determine la sucesión.<sup>20</sup> El fundamento básico del descarte de la autonomía privada descansa en la protección de los terceros.<sup>21</sup> Por ende, las prestaciones *propter rem* (de dar, hacer o no hacer) son adeudadas por estar el sujeto conectado con la cosa por una relación *lato sensu*: dominio, nuda propiedad, usufructo, etc., y aun posesión y tenencia<sup>22</sup> Al margen, se dice que dichas obligaciones tienen lugar

17. BALBI, Giovanni, *Obbligazione reale, Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI, N° 6, p. 670; DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Torino, Utet., 1970, pp. 9 y 10; POLACCO, *ob. y t. cits.*, pp. 57 y 58.

18. En este sentido: GIORGIANNI, Michele, *Obbligazione (Diritto Privato), Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, XI, p. 589; RESCIGNO, Pietro, *Obbligazioni (Diritto Privato)*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, 1979, XXIX, p. 146; BALBI, *ob. cit.*, p. 666 y ss.; Distaso, *ob. cit.*, N° 6, pp. 9 y 10; Polacco, *ob. y t. cits.*, pp. 57 a 59; GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 108. El último autor citado dice que las obligaciones *propter rem* –emanadas de normas fundamentales de orden público– tienen por objeto establecer límites y restricciones a los derechos reales. En definitiva, contribuyen de forma negativa a fijar el contenido de los referidos derechos reales (*ibidem*, pp. 110 y 111). En contra: GRECO, Roberto, *Enajenación de cosa hipotecada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967, p. 225; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Introducción al estudio de las obligaciones “propter rem”, en *JA*, 1960-II-Doctrina, pp. 40 a 46.

19. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, Madrid, Civitas, 1993, t. II, pp. 81 y 82.

20. BRECCIA, Umberto, *Obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 127; BALBI, *ob. cit.*, p. 670, N° 1.

21. BRECCIA, *ob. cit.*, p. 127.

22. BALBI, *ob. cit.*, p. 670 N° 6–; Alterini, Jorge H., “Responsabilidad por expensas en la propiedad horizontal”, en *La responsabilidad, Libro homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Directores:

“por razón de la cosa” –exigencia esta que debe captarse en una dimensión amplia y flexible– (infra, ap. 18).

Asimismo, es característica esencial la transmisión de la obligación por el ambular de la cosa –valga la expresión–, pues el crédito y la deuda nacen *propter* (“junto a” la cosa –o según otro significado “en razón” de la cosa–) y se extinguen cuando esta pasa a otro adquirente. Si la deuda (o el crédito) están conectados a la propiedad o posesión y esta cesa por el traspaso o endoso de la cosa, el deudor transmitente o abdicante se libera por ausencia de causa fuente<sup>23</sup> y la deuda (o el crédito) pasa al *novus dominus*.

Esto tiene lugar en línea de principio, ya que la liberación no siempre se produce por el abandono. No debe soslayarse que el deudor *propter rem* responde con todos sus bienes (garantía flotante) y no solo con la cosa, aunque esto último bien puede acontecer cuando una norma lo establezca,<sup>24</sup> como sucede en el caso del art. 8 de la Ley 13. 512 (propiedad horizontal).

El abandono es contingente no obstante que se presente a menudo en las *propter rem*, y se trata –como dijimos– de un caso de deuda con cobertura limitada. Los efectos generales de la responsabilidad no son siempre uniformes y esto no conmueve la estructura institucional de la relación obligatoria. Por cierto que existen controversias sobre las posibilidades de liberación del obligado en relación con las prestaciones insolutas durante su propiedad o posesión, pues, por caso, ALSINA ATIENZA conceptúa que si dichas prestaciones corresponden a beneficios o ventajas ya gozados por el transmitente el abandono carece de virtualidad liberatoria,<sup>25</sup> sin defecto de que el abandono extinga las prestaciones futuras.

En rigor, en algunas *propter rem* el abandono libera –y a veces solo en ciertos aspectos–. Pero ello no puede oscurecer la regla de la responsabilidad universal del

Atilio Anibal ALTERINI y Roberto M. LÓPEZ CABANA, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 67, y su voto como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el fallo plenario “Dodero, Hipólito c/ Consorcio de propietarios Neuquén”, ED, 73-281.

23. GRECO, *ob. cit.*, p. 222.

24. WAYAR, *ob. y t. cits.*, p. 101. Comp. Jorge H. ALTERINI, quien señala que la responsabilidad universal del deudor propietario o poseedor de la cosa se relaciona con las deudas originadas durante su relación real y con las deudas que recibió de su antecesor. Esto no excluye que, en ocasiones, se limite la responsabilidad en algún caso concreto, como el del art. 17 de la Ley 13.512, que autoriza al titular de la cosa a liberarse por medio del abandono de las deudas anteriores a su relación de señorío –voto fallo plenario citado–. En igual sentido: LAMBOIS, Susana, *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: Alberto J. BUERES, Coordinación: Elena I. HIGHTON, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. V, comentario Ley 13.512 –art. 17–, quien dice que el actual propietario responde con la cosa por deudas anteriores y el antiguo propietario responde con todo su patrimonio por las obligaciones surgidas durante su relación real.

25. ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Diferencias entre la deuda *propter rem* y el tercer poseedor de una cosa hipotecada”, en *JA*, 1960- IV- 86; Greco, *ob. cit.*, pp. 226 y 227.

deudor. El abandono es un medio atípico para satisfacer el interés del acreedor, ya que no es la posibilidad que brinda a este el cumplimiento de la obligación originaria o la ejecución forzosa –en especie o a base de la *aestimatio rei debita*– (art. 505, aps. 1ro a 3ro, C. Civil),<sup>26</sup> sino acaso una suerte de *datio in solutum* legal (al menos a veces).<sup>27</sup>

6. Es menester diferenciar las verdaderas obligaciones *propter rem* de otras múltiples obligaciones que solo pueden tener una falsa apariencia de aquéllas –lo cual alguna vez llevó a confundirlas–. Por ejemplo, los deberes del dueño o guardián *ex art. 1113*, párrafo 2do o del dueño o guardián de un animal doméstico o feroz (art. 1124), pues en estos casos solo hay un contacto entre el sujeto y la cosa necesarios para la determinación del deudor u obligado, pero no existe el ambular imprescindible en todas las obligaciones *propter rem* y, asimismo, el abandono de la cosa no libera a estos responsables –más allá de que tal requisito sea frecuente pero no esencial en las citadas *propter rem*–.<sup>28</sup>

7. Entre el deber (o, más específicamente, la obligación) y la libertad, alguna doctrina situó la carga. De tal forma se alude a esta figura cuando se explica la naturaleza jurídica de la obligación con criterios objetivistas (realistas, diríamos), que estiman que el objeto de ella es el bien o la cosa (*il bene dovuto*). Bajo esta luz, el deudor tiene una alternativa con dos opciones: 1) pagar la prestación, y 2) experimentar las consecuencias de los deberes de agresión del acreedor sobre el patrimonio (del deudor) por intermedio de los órganos del Estado.

En definitiva, el deudor debe soportar “la carga” inherente a la expropiación de un bien o de unos bienes. Por este camino, la responsabilidad queda diluida pues se llega a la afirmación extrema de que el deudor tiene un deber libre (que entonces –acotamos– es un no deber). Según esta teoría existen normas jurídicas absolutas cuya infracción trae aparejada una sanción, y normas finales –como las relativas al deber libre o carga, según las precisiones de lenguaje–, que simplemente imponen

26. BUERES, Alberto J., “Culpa y riesgo, en Creación de riesgo”, I., en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-3, p. 43 y siguientes.

27. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cit.*, p. 114 y ss., quien refiere que si el abandono es abdicativo –transmisivo– hay pago pues se está frente a una obligación alternativa y el mencionado abandono entra *in facultate solutionis*. En cambio, si el abandono es liberatorio se rige por las reglas de la condición y no hay pago. El autor también alude al abandono hipotecario –que en el punto analizado queda fuera de cuestión–, pues si bien no excluye la conexión con la cosa, prepara la vía para su extinción por la sustitución de ella mediante el dinero (la responsabilidad es *intra rem*, a diferencia de lo que ocurre en el abandono abdicativo que es *extra rem*).

28. BALBI, *ob. cit.*, pp. 66 y 667, quien incluye las obligaciones del dueño o poseedor de no infringir el *alterum non laedere* (arts. 2043 y 2051, C. Civil italiano), la obligación de pagar los impuestos, la de exhibir la cosa –asunto este que ha dividido a la doctrina argentina– y la del *novus dominus* de respetar el derecho del locatario (arts. 1559 y 1602 del mismo Código).

al sujeto un comportamiento para conseguir un resultado ventajoso o para evitar un resultado desfavorable (de no observarse el comportamiento).<sup>29</sup>

En un sentido próximo al enunciado pero con más fineza en los conceptos, se estima que la carga consiste en un comportamiento que debe observar el deudor si quiere satisfacer un interés propio (o, en otros términos, para poder ejercer un derecho). La falta de realización de la carga no incide sobre la realización de las expectativas ajenas sino que afecta al propio interesado en concretar dicha carga (por ejemplo, el *onus probandi incumbit actori reus in exceptione fit non actor*).<sup>30</sup>

En algunas ocasiones, se alude a la expresión cargas reales que figura en el art. 292, C. Civil, con referencia al usufructo legal de los padres sobre los bienes de sus hijos menores; y también la idea se expande sin mayores precisiones a los impuestos. Esta última postura, tal vez, constituye un resabio, para el derecho argentino al menos, de la concepción tradicional germana de las *reallasten* (el canon enfiteútico, los censos reservativo y consignativo, los diezmos dominicales y sacramentales, etc.). Actualmente, los diezmos desaparecen, la enfiteusis fue proscripta por el Codificador (ver la nota al art. 2.503) y el resto de las figuras son desconocidas en el tráfico actual.<sup>31</sup>

8. Las cargas que ahora nos interesan, inclusive en sus aspectos evolutivos, son las cargas reales, de las cuales se dijo que son prestaciones positivas debidas por el propietario o poseedor de un fundo en cuanto inviste tal carácter (servicios, obras, entrega de una cierta cantidad de frutos extraídos del fundo, entrega de dinero, etc.).

Con agudeza se observó que en la obligación *propter rem*, la prestación del deudor se implica en función de un más ordenado y sistemático ejercicio del derecho de propiedad. En tanto que en la carga real la prestación se relaciona con

29. GIORGIANNI, *ob. cit.*, pp. 583 y 584, quien diferencia la obligación (*la obbligazione*) o, más ampliamente, el género del deber jurídico (*gli obblighi*), de la carga, la condición potestativa y la sujeción.

30. RESCIGNO, *ob. cit.*, N° 8, pp. 141 y 142, autor que suministra otros ejemplos y engloba en las cargas algunos supuestos que generan perplejidad por lo que respecta a su correcto emplazamiento, tales como los deberes de información y diligencia en la etapa preliminar a la formación del contrato (art. 1338, C. Civil italiano). No obstante, el autor afirma que la noción de carga, en este caso, más que responder al primer significado establecido, tal vez concerniría a la contraposición entre la carga y la obligación en sentido propio y, bajo esta óptica, puede aceptarse como apropiado el uso del vocablo autorresponsabilidad, en el cual quedan inmersos los deberes enunciados y las consecuencias de su trasgresión. Sobre la noción de carga y sus plurales acepciones, también puede consultarse: DíEZ-PICAZO, *ob. y t. cits.*, pp. 109 a 114 y LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cits.*, pp. 54 y 55.

31. WAYAR, *ob. y t. cits.*, pp. 102 a 104, quien agrega que alguna doctrina aceptó las rentas reales en nuestro derecho, con fundamento en lo disciplinado por el art. 2614 (censos o rentas). El autor no analiza la tesis pero expresa que de ser admisible esas rentas reales constituirían derechos reales y no obligaciones —*cf.*, asimismo, LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, "Las rentas reales", en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, N° 2, p. 142—.

la propiedad o posesión tan solo con el fin de conceder al acreedor un medio más eficaz para asegurar el cumplimiento y no para una mejor utilización del fundo.<sup>32</sup>

En Alemania –y en Suiza– la carga real fue y sigue considerándose un derecho real *in faciendo* (ya nos referimos a las *reallasten*). Pero, en rigor de verdad, tal carga real, que en la acepción que estamos analizando no existe en nuestro medio, constituía una verdadera obligación con la particularidad de que el crédito estaba garantizado con la cosa. La carga real no importa un derecho real de goce sobre la cosa, sino que el deudor (sujeto pasivo) es deudor de una prestación, sin perjuicio de que lo sea en cuanto propietario o poseedor del fundo. En verdad, falta un poder del acreedor inmediato sobre la cosa, aunque esto no puede hacer perder de vista la existencia de la garantía real que tiene dicho sujeto y que sirve para distinguir la carga real de la obligación *propter rem*. En el supuesto de la carga real, si el deudor incumple sus deberes el acreedor puede dirigirse contra el fundo para satisfacer su interés, aunque en el tiempo que transcurra para ello cambie el propietario o poseedor del fundo (*res non persona debet*). Por lo demás, el acreedor goza de una prelación con respecto a otros acreedores del deudor.

En resumidas cuentas, el elemento real, por así denominarlo, se resuelve en una preferencia emanada de una garantía parecida a la hipoteca, aunque por cierto no sea una hipoteca, y de que en la carga real esté ausente la forma y la inscripción. En cualquier caso, insistimos, la carga real es una obligación, pues el elemento real es solo una garantía específica de dicha relación jurídica, hasta tal punto que si el *solvens* no cumple responde con todo su patrimonio en la medida en que la deuda exceda el valor del gravamen real.<sup>33</sup>

A la vista de lo expuesto y dentro de la anarquía que reina por la multiplicidad de opiniones matizadas, podemos apuntar que la carga real es una obligación de satisfacer unas prestaciones periódicas positivas por parte del propietario o poseedor actual o futuro del fundo, siendo deudor al vencimiento del plazo de pago quien invista en tal momento ese carácter (propietario o poseedor). El propietario o poseedor actual no es deudor de las prestaciones vencidas cuando él no se encontraba en dicho posicionamiento (propietario o poseedor).<sup>34</sup>

32. BALBI, *ob. cit.*, p. 667; DISTASO, *ob. cit.*, N° 8, p. 16.

33. DISTASO, *ob. cit.*, N° 8, pp. 14-15.

34. BALBI, *ob. cit.*, p. 668. En líneas generales se admite este criterio, en el sentido de que el sucesor en la posesión no es responsable por las deudas insolutas de sus antecesores, pero sobre este punto hay incertidumbre dado que una doctrina minoritaria piensa lo contrario –con lo cual en este aspecto se aproximan mucho las cargas reales a las obligaciones *propter rem* –*cf.*: POLACCO, *ob. y t. cits.*, p. 61–.

Desde otro punto de vista, el propietario o poseedor del fundo puede ejercitar el abandono de este, pero sigue obligado en lo que hace al remanente de las prestaciones devengadas durante su posición de propietario o poseedor.<sup>35</sup>

Además, la carga real es una figura que surge de la ley en cuanto a su constitución y queda sustraída por completo al *dominium privatorum*.<sup>36</sup> En los derechos italiano y argentino, las cargas reales concebidas del modo expuesto, han desaparecido de la ley o del tráfico, de donde cabe concluir que se trata de una categoría histórica.

9. En nuestra doctrina, hoy día puede considerarse hegemónica la idea de que la carga real constituye el aspecto pasivo de un derecho real sobre cosa ajena. No hay derechos reales *in faciendo*, sino que el titular de un bien gravado con un derecho real debe soportar una disminución normal en el contenido de su prerrogativa jurídica (v. gr. el tercer poseedor). En este sentido, Edmundo GATTI señala que la carga real designa el aspecto pasivo de los *iura in re aliena*, con respecto a la cosa gravada y al dominio sobre ella (y por tanto a su titular) que, en virtud de ese gravamen, resulta disminuido en su contenido normal. No es más que el deber pasivamente universal, pero tan solo cuando él constituye una situación que es correlato de un derecho real sobre cosa ajena y en torno al dueño de ella (y sus herederos) —no involucra de forma generalizada a los terceros que deben respetar el derecho ajeno, pues el deber genérico de estos no sufre modificación alguna en su amplitud y contenido por la presencia del gravamen—.<sup>37</sup> Esto nos conduce a contrastar la servidumbre negativa con la obligación de no hacer. Hay autores que no hacen diferencias entre ambas, pero otros sostienen con razón un temperamento opuesto —cuyo desarrollo *in extenso* excede el límite de este trabajo—. Solo diremos, en síntesis, que en el sentido correcto se afirmó que el titular de un derecho real de servidumbre, desde el punto de vista activo, no posee un crédito sino que está asistido por un *ius prohibendi* (algo similar al “poder estricto” —al cual hemos aludido— del deber pasivamente universal). También se enfatizó en que hay una diversa configuración entre

35. BALBI, *ob. cit.*, p. 668.

36. Véase: TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1955, pp. 475-476 y 514-515), quien tiene una visión de las cargas reales y de las *propter rem*, que, comparativamente, no siempre resulta coincidente con lo que exponemos en el texto sobre los efectos de ambas.

37. GATTI, *ob. cit.*, pp. 104-105. En el mismo sentido, pueden consultarse: HIGHTON, Elena I., *Obligaciones "propter rem" y cargas reales, en Derecho Privado, Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 884-885; ALTERINI, Jorge H., su voto en el fallo plenario citado; Wayar, *ob. y t. cit.*, pp. 104-105. También Emilio BETTI concuerda en lo esencial con esta manera de pensar, cuando dice que en el derecho real la limitación del sujeto pasivo es la consecuencia del derecho real del titular. El interés que funda el contenido del derecho real no puede nunca —como tal— tener por objeto un comportamiento ajeno (*Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, traducción José Luis DE LOS MOZOS, 1969, t. I, pp. 10 y 11).

los dos comportamientos exigibles: un no poder en la servidumbre negativa y un no deber en la obligación de no hacer. En rigor, la abstención del dueño del fundo sirviente importa una situación (o situación de deber) de respetar el derecho real. Vale decir, que se trata de una carga que, aunque esté particularizada en lo fáctico, no se diferencia en lo esencial del deber pasivamente universal que recae sobre todos los integrantes del grupo social con respecto a los derechos ajenos. El propietario del fundo dominante agota el interés protegido por el ordenamiento al concederle el derecho real de servidumbre, sin que interese para nada la conducta abstencionista del titular del fundo sirviente, ni la conducta de respeto del resto de los miembros de la comunidad. En tal inteligencia, se expresó que de la trasgresión al derecho real de servidumbre nace el derecho a exigir el respeto de aquél (el trasgredido).<sup>38</sup>

10. Comúnmente, se entendió que las cargas reales clásicas, contempladas con enfoque obligacionista, conferirían al acreedor una acción real sobre la cosa gravada. Por otro lado, al tenor de lo expuesto por la opinión probablemente más autorizada,

38. Ricardo de Ángel Yagüez advierte las dificultades de distinguir la servidumbre negativa de de la obligación de hacer. Un problema inicial es el de desentrañar cuál ha sido el alcance que las partes atribuyeron a sus declaraciones y, a falta de una manifestación expresa (o clara), se entenderá que hay una simple obligación. No hay duda que determinar cuando existe una u otra figura evidencian en un plano superior las dificultades para diferenciar los derechos reales de los derechos de crédito. Hay autores, alineados en un posición extrema, que entienden que las servidumbres negativas son siempre obligaciones. Esto es corolario de las posturas radicales que niegan la distinción entre derechos reales y obligaciones y admiten por excepción que el único derecho real es la propiedad. Otros juristas, aun aceptando la dicotomía derecho real- obligación –matizada– refieren que ella no puede ser aplicada a los deberes de no hacer, los cuales –por ende– tienen que emplazarse en el campo de las obligaciones. Como quiera sea, de Ángel Yagüez acepta que, en sede teórica y con esfuerzo, la servidumbre negativa como derecho real implica “un deber” de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fundo sirviente. Este “deber” se transmite con la cosa a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los instrumentos necesarios de publicidad). Además, por definición es perpetuo. Por el contrario, la obligación negativa deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a menos que haya una transmisión convencional del crédito o la deuda) y tiene una duración limitada –que en el derecho español, a falta de acuerdo entre las partes, la establece el juez–. No obstante, el autor relativiza la exigencia de la limitación temporal en la obligación de no hacer, pese a no desconocer que el sistema patrimonial es reacio a admitir vinculaciones personales de prolongada duración (o permanentes). Pero al cabo concluye por admitir que es posible establecer la perpetuidad de ciertas obligaciones de hacer (no todas), pues si *mutatis mutandi* la servidumbre negativa tiene esa característica, no hay razones para desautorizarla, por lo menos en ciertos casos, en las susodichas obligaciones de no hacer. Esto revela que el autor aproxima peligrosamente ambas figuras, y agrega que si la proscripción de las vinculaciones perpetuas tiene raíces en argumentos socio-económicos, no se advierte que esos argumentos puedan quedar desvirtuados sobre la base de una sutileza técnica (“*es que este no es un derecho de crédito, es un derecho real*”). En resumidas cuentas, de Ángel Yagüez considera que una obligación de no edificar puede tener una duración perpetua, ya que dicho deber “*tiene el mismo contenido si es fruto de una obligación en sentido estricto o si es producto de un gravamen real*”, en DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Servidumbres negativas y obligaciones de no hacer”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, mayo-junio 1976, N° 514, pp. 621-647.

se advierte que el acreedor puede solicitar la ejecución del fundo dirigiéndose contra quienquiera fuese propietario o poseedor actual, a pesar de que este no tuviera todavía deuda propia alguna (está muy claro que en tal caso la acción se debería entablar para obtener el cobro de las deudas contraídas por propietarios o poseedores anteriores). *¿Quid iuris?*: ¿en las cargas reales el acreedor estaría asistido de una acción mixta, habida cuenta de que, bajo la óptica enunciada, se las ubica entre las obligaciones? Las acciones mixtas quizás tienen origen en las Institutas de Justiniano (1. 4. 6. 20) –“*quedam actiones mixtam causam obtinere videntur in rem quam in personam*”– (por caso, las acciones divisorias entre las que se cuentan la partición de herencia, el deslinde, la división de la cosa común, etc.). La idea pasó al antiguo derecho francés, donde BEAMANOIR creyó que las acciones mixtas eran acciones personales y reales mezcladas, y LOYSEAU, quien supuso que se trataba de acciones personales *in rem scriptae*, como las dimanantes de las obligaciones *propter rem*. A su vez, Pothier sostuvo que había acciones reales que se transformaban en mixtas a consecuencia de la unión accidental del elemento real con una prestación (entrega de frutos, reembolso de gastos). Por tanto, a estas alturas de la evolución histórica de la figura, se amplió su campo, en origen reservado para las acciones divisorias.<sup>39</sup> En el derecho moderno las acciones mixtas parecen haber perdido todo terreno (o al menos gran parte de él). Con frecuencia, se expresa que la acción personal deriva de un derecho personal y la acción real de un derecho real –ya que la acción no tiene sustantividad y autonomía en relación con derecho que tipifica y condiciona tal acción–.<sup>40</sup> En materia de hipoteca, según un criterio hay dos acciones: una personal derivada del crédito y otra real surgida de la hipoteca (garantía que accede al crédito). El acreedor, a su arbitrio, está habilitado para ejercer las acciones conjuntamente o por separado. La acción personal solo puede intentarse contra el deudor, mientras que la acción real puede dirigirse contra este y contra cualquiera que fuese propietario o poseedor (el manido supuesto del tercer poseedor).<sup>41</sup> Desde otra perspectiva, hay quien sugiere que el acreedor debe proponer la acción centrándola en el bien hipotecado con preferencia sobre el resto de los bienes. El deudor tiene un deber al cual se liga por correlato un derecho a que la ejecución se haga efectiva sobre la cosa gravada; y solo podrán agredirse otros bienes del patrimonio de promediar insolvencia. Tal vez la primera tesis tenga en cuenta que en materia hipotecaria hay dos derechos implicados y yuxtapuestos: el crédito y la hipoteca (y esto tiene cierta lógica pensamos nosotros). De todos modos, se ha entendido que el derecho real de hipoteca genera una acción real (la hipotecaria). De ahí que se siga

39. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, pp. 42-43.

40. Acerca del origen de las *actio in rem* y *actio in personam* y *actio realis* y *actio personalis*, ver GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 20-21.

41. Díez-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, pp. 43-44, y sus referencias a las posturas de Enrique Lalaguna y Ramón Roca Sastre.

que la acción real, más que derivar de un derecho real, es la que tiende a proteger un interés consistente en la dominación total y parcial de la cosa. La acción real es *in rem*, puesto que con ella se persigue un objeto concreto y aislado con independencia del resto del patrimonio: la cosa es el *quid* de la acción real y la persona pasa a un segundo plano.<sup>42</sup> ¿Qué relación tiene este desarrollo ideológico con el asunto de las antiguas cargas reales que venimos examinando? Pues la relación obedece a que en la carga real el gravamen pesa sobre el fundo (o sobre la cosa) y se asemeja mucho a la hipoteca –como manifestamos–. Y esto no configura ningún obstáculo para que la carga real sea una obligación, cuyo tramo de responsabilidad, dentro de la estructura institucional de la relación jurídica (el *haftung* de los alemanes) esté reforzada por una garantía sobre el bien. En el derecho argentino, y en lo que hace a la hipoteca que accede a un crédito, algunos autores estiman que existe una acción personal. En cambio, otros refieren que hay una acción personal cuando el acreedor dirige su pretensión contra el deudor y una acción real en supuesto que la cosa fue enajenada y salió del patrimonio del deudor (el tercer poseedor que tiene una carga real y no es deudor) –sin defecto de que, en este último caso, el acreedor pueda promover la acción personal contra el deudor del crédito (quien transmitió la cosa)–. Por último, de acuerdo con un tercer criterio la acción hipotecaria es real en cualquier supuesto.<sup>43</sup> En síntesis, más allá de que se diga que el acreedor de una carga real tiene una acción real, personal, mudable o de cualquier naturaleza, el carácter accesorio del gravamen que pesa sobre el bien, la presencia de todos los elementos externos de las relaciones obligatorias y de la estructura institucional de ellas (deuda y responsabilidad), son decisivos para concluir que dichas cargas reales, de tener existencia en la actualidad en otros sistemas jurídicos, pues en el derecho argentino no existen, serían auténticas obligaciones.<sup>44</sup>

11. Hemos afirmado que el dualismo derecho real y derecho personal es absolutamente claro, y si penetramos en las entrañas de las categorías no parecen tener cabida las figuras mixtas, eclécticas, intermedias, etc., que puedan conmovir la neta separación apuntada. De este modo, el derecho real supone la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa (*recta via*), que permite al titular de la prerrogativa jurídica satisfacer su interés (vale decir, obtener la utilidad que le proporciona la cosa), sin intervención de ninguna otra persona. El derecho personal

42. DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, t. II, p. 45.

43. HIGHTON, Elena I., *Juicio hipotecario*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I, pp. 56-76, lugar en el cual la autora expone las diversas teorías enunciadas en el texto y adhiere al criterio invariable de la acción real.

44. En sentido similar, ver DE LOS MOZOS, José Luis, *Prólogo a la obra de Germán De Castro Vitores, La obligación real en el derecho de bienes*, cit., p. 36, aunque con aclaraciones que se conectan con las opiniones de Emilio Betti y Luigi Mengoni –entre otros–.

o, con más precisión, la obligación, es una relación que acuerda al acreedor un poder para exigir la cooperación del deudor a través de la conducta de este para satisfacer el interés de aquél. En la obligación promedia una conexión de alteridad (supone un vínculo entre dos sujetos –acreedor y deudor–).<sup>45</sup> En nuestro medio, la opinión dominante entiende que no hay derechos reales *in faciendo*, expresión esta que encierra un contrasentido.<sup>46</sup> El principio romano *servitus in faciendo consistere nequit* fue consagrado por el Codificador en el art. 3010, y ni siquiera admitió las servidumbres *oneris ferendi* (cfr. art. 3022 en concordancia con los arts. 3023 y 3042). En verdad, la abstención del dueño del fundo sirviente conforma una situación –se habla también de un deber (no obligacional, cuadra entender)– que impone respetar el derecho real concreto del dueño del fundo dominante, que, a salvo dichas particularidades específicas, llega a difuminarse en el deber pasivamente universal que pesa sobre todos los integrantes de la comunidad. En todo caso, la trasgresión al derecho real hace nacer el derecho a exigir su respeto (“*la posición de deudor con referencia a los derechos reales, no puede presentarse más que cuando ellos son violados...*” decía Freitas en la nota al art. 868 del Esboço). Y con respecto a las servidumbres *oneris ferendi*, es evidente que si ellas son estipuladas consistirán en una obligación común, cuyos efectos relativos se han de establecer entre acreedor y deudor y sus sucesores (arts. 503 y 1195), no obstante que este tipo de obligaciones comunes u ordinarias tiene una particularidad, pues el abandono del fundo libera al deudor (art. 3023).<sup>47</sup>

12. El art. 497 establece que “*A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales*”.

La doctrina clásica se apoyó en este texto y en algunos otros argumentos, para sostener que el Codificador rechazó la categoría de las *propter rem* (o cuando menos que la confinó para contemplar hipótesis de excepción). No obstante, del precepto –cuya redacción es técnicamente desafortunada– no resulta nada que autorice a formar esa convicción. Por de pronto, hay en él una afirmación doctrinal sin alcance normativo. Además, cuando en la nota puesta al pie del artículo se menciona la división entre obligaciones personales y reales, que, según VÉLEZ SÁRSFIELD, surgiría del Código Civil francés, lo cierto es que la aludida “realidad” es explicada sobre la figura del tercer poseedor. Y está muy claro que la doctrina actual –absolutamente

45. En ocasiones y en contra de lo expresado en el texto, se ha dicho que puede aceptarse una distinción práctica entre los derechos reales y personales, pero en el plano teórico es posible constatar un fracaso doctrinal en el intento de establecer la diferencia (SIERRA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 59).

46. *Supra*, nota N° 1.

47. GATTI-ALTERINI, *ob. cit.*, pp. 67-68. Comp. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, cit., t. I, pp. 35 y 123, quien deja traslucir que en el derecho patrio aun cuando no hubiera servidumbres *in faciendo* existen derechos reales *in faciendo*.

mayoritaria— considera que este no es un deudor (común o *propter rem*), sino que es un sujeto que debe sufrir los efectos del *ius persecuendi* (o *droit de suite*) que fluyen del derecho real de hipoteca que grava la cosa adquirida (*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*—art. 3270—). El tercer poseedor tiene la carga de soportar los efectos de dicho derecho real.<sup>48</sup> Las citas de TOULLIER y ZACHARIAE sobre el particular son estériles. En verdad, TOULLIER dividió las obligaciones en tres categorías, a saber: a) Obligaciones puramente personales (se verifican por el correlato crédito-deuda y hay responsabilidad personal *extra rem*. b) Obligaciones puramente reales (el “obligado” es un bien—expresión traslaticia esta sin duda— y la persona solo está “obligada” a causa de ese bien, de forma tal que si se desprende de dicho bien, este sigue “obligado” y la persona liberada—responsabilidad *intra rem*—; por ejemplo, el caso del tercer poseedor—creemos que en este supuesto no hay “obligaciones”, sino cargas reales en sentido de “gravámenes” reales—. En el art. 3266, entre otros, el Codificador emplea la palabra “obligaciones” en la segunda parte y con respecto al sucesor particular en forma errónea, como lo hace Toullier (la primera parte del precepto aplica al sucesor universal la directiva general del art. 3417).<sup>49</sup> c) Obligaciones personales y reales (en este caso aparecen dos “obligaciones” juntas, una es personal y otra real—el crédito garantizado con hipoteca—. LÓPEZ DE ZAVALÍA dice que TOULLIER fue criticado en exceso, ya que si bien en parte su teoría es vulnerable, otras críticas fueron injustas y, por consecuencia, sus impugnantes—a veces— cayeron en peores yerros (estimamos que el razonamiento vale para ZACHARIAE). El Codificador acertó en el art. 497, fuera de las groseras imperfecciones de técnica, en afirmar que a todo derecho personal (crédito) corresponde una “obligación” personal (deuda), lo cual importa que en el derecho real ha de buscarse en vano una “obligación” (deuda) como contrapartida. López de Zavalia expresa que, en el lado interno, como la Excalibur que estaba encajado en la piedra el derecho real encaja en una cosa, y la sujeción que por vía refleja se presenta en una persona, no es una obligación en sentido técnico sino una sujeción real. El error de VÉLEZ SÁRSFIELD ha sido el de querer explicar la sujeción real mediante el deber general de abstención, lo cual equivale a negar la existencia de una sujeción real, ya que esta es una situación diferenciada y no es la que se limita a reproducir lo indiferenciado del deber general. El caso de la hipoteca, mencionado por el Codificador en la nota al art. 497, constituye una carga (gravamen) y aunque no sea una “obligación” es algo diferente del deber general de abstención. Por ende, el error de

48. GRECO, *ob. cit.*, p. 210 y siguientes. El autor aclara que el deudor con el abandono renuncia a la propiedad pero goza del remanente que se obtenga en la subasta del bien tras ser satisfecho el crédito hipotecario. En cambio, en la obligación *propter rem* la renuncia a la propiedad, posesión, etc., es total (*ibidem*, p 226 y 227).

49. Ver sobre esto: ALTERINI, su voto en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, citado, ED, 73- 282 y 283.

TOULLIER puede ser "expurgado" –"sin enviar al autor a la hoguera"–, si se entiende que la palabra "obligación" es empleada incorrectamente y se la reemplaza por el vocablo "sujeción" (o "situación pasiva"). Con esto se salva la clasificación de obligaciones de TOULLIER, como se salvaría VÉLEZ SÁRSFIELD, con igual comprensión, en la medida en que utiliza mal la palabra "obligación" en los arts. 2419, 3266 y otros. De donde, la obligación *propter rem* debe ubicarse en la especie que TOULLIER denomina **obligaciones puramente personales –y creemos que esto último es completamente correcto–**.<sup>50</sup> La observación de LÓPEZ DE ZAVALÍA es cierta, pues las obligaciones puramente personales de TOULLIER contienen una responsabilidad personal del deudor (*extra rem*) y las llamadas por este último autor "obligaciones" puramente reales, en rigor son cargas reales con responsabilidad circunscripta a la cosa (*intra rem*) –*idem*, ZACHARIAE–. Esta idea es reforzada por el propio TOULLIER cuando conceptúa que en las servidumbres "la obligación" (*rectius*: el gravamen) es siempre real; la cosa es la que debe y no la persona –*praedium, non persona servit*–. Quizás HIGHTON incluye a TOULLIER (y a ZACHARIAE) entre los adversarios de las ideas de VÉLEZ, pues la autora, al igual que GATTI, estiman, por ejemplo, que el art. 3266 consagra las obligaciones *propter rem* y las cargas reales<sup>51</sup> –aunque los mencionados HIGHTON y GATTI defienden con firmeza la dualidad pura derecho real-derecho personal–. En cambio, no se advierten mayores diferencias entre lo que exponen TOULLIER y ZACHARIAE y el pensamiento de VÉLEZ SÁRSFIELD, si partimos de la base de que el art. 3266, por lo que respecta al sucesor particular, alude a las cargas reales y no a las obligaciones *propter rem*. En cualquier caso, las referencias a TOULLIER y a ZACHARIAE, son infértiles como dijimos, pues por un lado, estos juristas no contradicen la esencia rescatable del art. 497 (contraposición crédito-deuda). Y, por otro lado, el tercer poseedor y el deudor hipotecario tienen una sujeción real particular (o "diferenciada" en el decir de LÓPEZ DE ZAVALÍA) y no una "obligación". Y esta sujeción se asimila, sin defecto de distinguírsela por su especificidad, al deber general de abstención que pesa sobre todos los miembros del grupo social.<sup>52</sup> El Codificador reafirma estos razonamientos cuando asienta que "*el derecho puede ser real como la hipoteca, pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero esta no es una obligación accesorio. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga y pasa a otro poseedor, este se halla en la misma posición respecto del acreedor que tiene un derecho real, que cualquier otra persona a quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posición de deudor*". En definitiva, aquí se señala –con lamentable redacción– que el deudor hipotecario tiene una sujeción (gravamen) y que su posición,

50. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, cit., t. I, p. 99 y ss., nota N° 20.

51. HIGHTON, *Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., pp. 839-845.

52. GATTI, *ob. cit.*, pp. 104-105.

no obstante ser específica, es semejante a la sujeción genérica que ostentan los que tienen de forma abstracta el deber de abstención. Luego, y al hilo de lo expuesto, el Codificador basándose en MARCADÉ reitera que la situación del tercer poseedor, más allá de los aspectos concretos derivados de su carga, no difiere mayormente del deber pasivamente universal de respetar los derechos ajenos (oponibilidad *erga omnes*).

Por último, con mención de ORTOLAN, en la nota se trasluce el propósito de VÉLEZ SÁRSFIELD de afianzar la dicotomía derecho real y derecho personal sin interferencia de ninguna índole. En realidad, hay coincidencias en que el art. 497 fue inspirado por los arts. 868 y 869 del *Esboço* de FREITAS, quien en ambos preceptos detalla con más amplitud la síntesis que VÉLEZ SÁRSFIELD realiza en el referido art. 497. El sentido de las normas, en última instancia, es el de reafirmar que en los derechos reales no hay posición de "deudor" excepto cuando ellos son violados –nota al art. 868, in fine, del *Esboço*–.<sup>53</sup> De cualquier manera, estimamos que la redacción del art. 497 resulta técnicamente objetable, pues confunde el crédito y la deuda con la obligación como totalidad. En todo caso, debió expresar que a todo crédito corresponde una deuda, y que no hay poder surgido de un derecho real que tenga por correlato un deber de prestación (obligacional, se entiende). Como se advierte, el principio, que no excluye la libre posibilidad de aceptar obligaciones *propter rem* y que bien mirado ni siquiera alude a ellas, es útil para rechazar los monismos obligacionistas y realistas que pretendieron, fallidamente, refundir las categorías de los derechos reales y las obligaciones (criterios unificadores que se insinuaron antes y después de entrar en vigencia nuestro Código Civil) –sin defecto de quienes hoy día hablan de derechos reales *in faciendo*, de que la servidumbre negativa es una obligación, de que la propiedad es el único derecho real inatacable dado que en los demás aparecen "prestaciones", etc.–. Por lo que se refiere a las teorías monistas obligacionistas ellas parten de la concepción kantiana en torno a que las relaciones jurídicas se establecen entre personas.<sup>54</sup> Por tanto, se predica que en el derecho

53. Para profundizar en los antecedentes del art. 497 puede consultarse la ilustrada nota de Elena I. HIGHTON (*Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., pp. 839-844).

54. SIERRA PÉREZ, basada en las fuentes, dice que Kant separa dos planos del conocimiento: el de la razón pura y el de la razón práctica. En el primero, las cosas son dadas y en el segundo son impuestas. La razón pura actúa en el mundo de lo que debe conocerse y la razón práctica en la esfera de lo que debe realizarse. La razón pura versa sobre nuestro conocimiento (cosa o persona). Ese conocimiento debe reunir una serie de requisitos, pues si no concurren hay imposibilidad de llegar al conocimiento "nouménico" y resta entonces el "fenoménico" de la cosa que nos es dada sin actividad nuestra. La razón práctica se presenta como un programa a satisfacer (la relación supone algo que se debe realizar, no algo que se debe conocer). Para el uso trascendente de la razón práctica, el objeto sigue sometido a una serie de limitaciones que le son características, pero el sujeto no, ya que se evade de la causalidad y del mundo fenoménico sobre la base de la libertad. Por tanto, de las cosas no puede derivar nada que trascienda al plano "nouménico" en relación con el hombre. De las personas sí, su libertad, entendida como un

real al poder que asiste al titular se opone el deber general de abstención pasivamente universal. Las influencias de KANT en numerosos autores (IHERING, MERKEL, DENBURG, THON, WINDSCHEID, etc.) se concretan en ROGUIN, PLANIOL y MICHÁS –discípulo de PLANIOL–, quien en su tesis doctoral denominó a la figura en cuestión –según parece– “obligación pasivamente universal”. En definitiva, es el principio general del derecho *alterum non laedere* trasuntado como deber de abstención. Sin embargo, hoy día nadie pone en duda que ese deber de respetar los derechos ajenos en general (reales, personalísimos, obligaciones, etc.) no constituye una obligación en sentido técnico, dado que ni siquiera tiene por correlato un derecho subjetivo. El titular de un derecho, cualquiera sea su especie, está asistido de un “poder estricto”, como lo llamó SANTI ROMANO, pero no posee un verdadero derecho subjetivo; de donde es falso que todo deber tenga por correlato un derecho y de que todo derecho tenga por correlato un deber.<sup>55</sup> En cuanto hace al monismo realista, cuadra destacar que no tuvo una definición científica cabal y concreta, puesto que se fundó en la afirmación de que el objeto de la obligación era el conjunto de bienes que forman el patrimonio del deudor o la cosa que es objeto de la prestación (con total olvido de que también existen prestaciones de hacer). Tal vez las ideas fueron llevadas hasta un límite extremo por Rosario NICOLÒ, con su teoría del bien debido (*il bene dovuto*) formulada en 1936. De acuerdo con ella el vínculo jurídico debe disociarse: por un lado hay un derecho de crédito y por otro existe un deber del obligado. Ambos fenómenos tienen objetos diferentes, pues mientras la prestación viene a ser el objeto del deber del *solvens*, el bien debido constituye el objeto del derecho del *accipiens*. De ahí se atisba que el derecho de este es una “facultad” que se ejercita *recta via*, una especie de *ius in re* o algo similar. Se concede preeminencia al “deber tener” por sobre el “deber prestar”. A partir de esta premisa dogmática, que en su hora tuvo muchos seguidores (ANDREOLI, SATTÀ, ROCCO, BARBERO, CARNELUTTI, MESSINEO, HARTMANN –este último con una compleja visión propia–), la esencia de la obligación se explica con un enfoque objetivista. Y por este camino se desemboca fatalmente en la teoría del deber libre (BINDER, BRUNETTI) –a la cual ya nos referimos

---

elemento “nouménico”, eterno, intemporal y ajeno a la causalidad. Por esto en la órbita de la razón pura cabe un entroncarse del “noumeno” de una relación jurídica. Lo que no resulta posible es una relación entre persona y cosa, puesto que de las cosas únicamente es posible su conocimiento “fenoménico”. Sin dos sujetos libres y “voluntarios” no cabe una relación de ningún tipo en el plano “nouménico” y una relación fenoménica no puede ser jurídica, pues el derecho se ubica en el plano “nouménico”, junto con la moral, quedando sustraído al tiempo, al espacio y a la causalidad (*ob. cit.*, pp. 46-47).

55. Para una ampliación de argumentos sobre este asunto, véase BUERES, Alberto J., *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A, comentario art. 1066, p. 37, y en *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 510-511. Y también SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ejea, traducción SENTIS MELENDO, Santiago, 1964, pp. 103-109, en especial; BUSTO LAGO, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 106-107.

(*supra*, ap. 7) o en la postura que mira la obligación como una verdadera relación de patrimonios.<sup>56</sup> Por otro lado, es interesante puntualizar que la noción de deber fue afianzada por KANT –quien paradójicamente y conforme señalamos se interpone de rondón para permitir la defensa del monismo obligacionista-, con influencias de THOMASIO. La cultura jurídica siempre se había afirmado en el mandato (o el poder) y la sanción. Es más, en el derecho subjetivo fue acentuado el poder por el positivismo del siglo XIX, en correspondencia con las ideas liberales e individualistas y con las del capitalismo burgués, que buscaban asentar sobre una estructura jurídica sólida la dominación económica. El ordenamiento tiene la función de distribuir el poder jurídico, en cuanto con ello traducirá el poder económico.<sup>57</sup> Por tal razón, Adolfo DI MAJO refiere que las teorías realistas fundamentaron la pretendida unificación en el modelo dominativo (*oggetuale*), pues el derecho real supone un poder del titular sobre la cosa, mientras que en la obligación hay un poder sobre la persona –centrado en actos de ella (SAVIGNY)– o bien, en un paso más adelante en el *iter* hacia la asimilación de categorías, el acreedor ostenta una especie rudimentaria de *ius in re* sobre la cosa o el bien<sup>58</sup>

13. Por lo que se refiere a las obligaciones *propter rem* en el derecho argentino, no es propósito de este trabajo abordar *in extenso* (y en detalle), todas las normas que autorizan la aceptación de la categoría (o que consagran supuestos de obligaciones *propter rem*). Basta con señalar de un modo genérico lo que surge del contenido de los arts. 2416, 2417, 2418, 2514 y 2620, 2615, 2624, 2626, 2629, 2722, 2726, 2736, 2846, 2881, 2893, 2894, 2906, 3163, 3225, 3258, 3259, 3260, etc.<sup>59</sup> Hay autores que confieren importancia trascendente al art. 3266 para acoger las obligaciones *propter rem* en nuestro derecho.<sup>60</sup> En cambio, otros rechazan la propuesta de que la norma se refiera a las susodichas obligaciones. Se dice que el art. 3266 no implica

56. Hemos analizado estas cuestiones con más detalle y abundancia de citas bibliográficas en diversas ocasiones. Ver, por ejemplo, nuestra obra *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, p. 152 y siguientes.

57. DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 75; BUERES, *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, cit., t. 3- A, p. 38.

58. DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja- Branca, a cura di Francesco Galgano*, Bologna - Soc. Foro Italiano, Roma, Nicola Zanichelli, 1988, pp. 96-100, en especial.

59. Véanse, HIGHTON, *Obligaciones "propter rem" y cargas reales*, cit., p. 848 y ss. –y referencias que hace la autora a las restricciones en el derecho público–; ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Introducción al estudio de las obligaciones “*propter rem*”, en *JA*, 1960-II-Doctrina, p. 40 y ss., y “Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino”, en *JA*, 1964-IV-Doctrina, p. 38 y siguientes.

60. GATTI, *ob. cit.*, p. 110, quien señala que el art. 3266 comprende las obligaciones *propter rem* y las cargas reales.

las obligaciones *propter rem*, puesto que en estas la responsabilidad del deudor es ilimitada, mientras que en el deber (no obligacional) del sucesor *ex art. 3266* la responsabilidad está circunscripta a la cosa.<sup>61</sup> Nos parece que esta última posición es más convincente, aunque de todos modos puede suceder que un deudor *propter rem* pueda limitar su responsabilidad a la cosa (por ejemplo, el art. 17, Ley 13.512, en la propiedad horizontal, establece que el adquirente de una unidad responde por las obligaciones de pagar expensas comunes anteriores a su titularidad, con el alcance del art. 3266).

14. A nuestro juicio, las obligaciones *propter rem* existen más allá de la interpretación que se haga del art. 497, el cual, según hemos visto, no se relaciona con este tipo de deberes jurídicos, pues una cosa es que el interés del titular de un derecho real se satisfaga mediante el pago de una prestación obligatoria, posibilidad esta que no es de recibo en el derecho nacional y, otra cosa, por cierto que muy distinta, es que unas relaciones reales se yuxtapongan con unas relaciones obligatorias, de forma autónoma, siendo que en tales casos estas podrán ser *propter rem* y en otros obligaciones simples o comunes –cuyos efectos en relación con los sucesores particulares quedarán disciplinados por los arts. 503 y 1195 (efecto relativo de los negocios jurídicos y de las obligaciones que aquéllos hacen nacer)–. No creemos que a estas alturas de la evolución de los estudios y de las ideas, resultado de lo cual comienzan a esfumarse los híbridos y los eclecticismos que pretendieron romper la diáfana separación entre derecho real y derecho personal, sea decisivo examinar con pertinaz afán exegético los pensamientos de ZACHARIAE, TOULLIER, AUBRY Y RAU, etc., embebidos muchas veces de los desechos del *ius ad rem* canónico y feudal y de la admisión lisa y llana de los derechos reales *in faciendo*. Máxime que esta tarea deviene infértil si interpretamos las normas jurídicas sobre la base de sus fines inmanentes, más allá de la *mens legislatoris* y, *a fortiori*, más allá del sentir de algunos juristas que pudieron ser tenidos en cuenta por el Codificador en actitud diríamos que doctrinal e, inclusive, contrapuesta al sentir de otros pensadores –también leídos por VÉLEZ SÁRSFIELD– como FREITAS y MARCADÉ. En definitiva, los principios aludidos responden a exigencias de la vida social que da pie estos complejos

61. Alterini, su voto en el fallo plenario citado. En sentido análogo: ALSINA ATIENZA, "Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino", cit., N° 10, texto y nota 7; Lafaille, Héctor, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, p. 30. ALTERINI refiere que el art. 3266 contempla diversos supuestos de reipersecución: a) la venta de cosa ajena permite al verdadero propietario ejercer el derecho de persecución; b) el caso del tercer poseedor (o más extensamente la reipersecución en los derechos sobre cosa ajena), y c) la reipersecución originada en algunos derechos personales –la nulidad posibilita el derecho de persecución contra determinados sucesores particulares (arts. 1051 y 2413)–. Y también las acciones revocatoria y de simulación.

entramados formados por relaciones reales y relaciones obligatorias, sin que ellas se confundan en absoluto ni resignen sus auténticas estructuras y esencias.<sup>62</sup>

15. Hemos visto que el abandono es un requisito que se presenta con frecuencia en las obligaciones *propter rem*, lo cual en buen romance significa que no siempre tal abandono alcanza para liberar al deudor (responsable universal, se comprende).<sup>63</sup> En el caso de la deuda por expensas comunes en la propiedad horizontal, ningún propietario podrá liberarse por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, ni por el abandono del piso o departamento que la pertenece. A su vez, la obligación que pesa sobre los copropietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de los respectivos pisos o departamentos "en la extensión del art. 3266", aun con respecto a las deudas devengadas antes de su adquisición (arts. 8 y 17, Ley 13.512). Vale decir, que al adquirente de una unidad responde por las obligaciones anteriores a su relación real con la cosa transmitida. La imposibilidad de hacer abandono del bien –por lo menos con alcance liberatorio– hizo dudar a algunos autores acerca del carácter de *propter rem* de estos deberes jurídicos, aunque la opinión prevaleciente estima que, efectivamente, poseen tal naturaleza.<sup>64</sup> En otro orden de ideas, se afirmó que, en línea de principio, el deudor *propter rem* se libera de sus obligaciones (pasadas o futuras) con el abandono. Sin embargo, también se precisó que el abandono exime al deudor de las deudas futuras pero no de las pasadas si estas han sido correlativas a la obtención de una ventaja o beneficio ya gozado.<sup>65</sup> Tampoco

62. Comp. DE CASTRO VITORES, *ob. cit.*, pp. 37-58, en especial, quien pese a concordar en lo sustancial con estas ideas, proporciona matices personales de signo contrario; tal el caso de la servidumbre negativa que siendo un derecho real tiene por núcleo central –y por excepción– una obligación *propter rem*, pues esta sería una relación obligatoria elevada a la categoría de relación real. *Infra*, nota N° 2. Es claro que por este camino y por la admisión de ciertos reales *in faciendo*, en su acepción real –las prestaciones forman parte del contenido del derecho real–, se llega a esfumar la distinción entre derechos reales y obligaciones y a suponer que ella puede perdurar por razones prácticas e históricas, más no dogmáticas (*supra*, nota N° 44, opinión de SIERRA PÉREZ).

63. Jorge H. ALTERINI, refiriéndose al art. 8 de la Ley 13.512 *in fine* –en la propiedad horizontal– señala que la ley no impide al consorte hacer abandono de la cosa, sino que, en realidad, lo que está vedado es la liberación como consecuencia del acto.

64. CNCiv., en pleno, *in re*: "Servicios Eficientes S. A. c/ Yabra, Roberto s/ ejecución hipotecaria, 18/2/1999, ED, 183-96 y siguientes.

65. ALSINA ATIENZA, *Diferencias entre la deuda "propter rem" y el deber del tercer poseedor de una cosa hipotecada*, cit, p. 86. Se trata de una regla impuesta por la equidad. Por su lado, Jorge H. Alterini critica esta conclusión y dice que por este camino queda minimizada la importancia de las obligaciones *propter rem*, pues la liberación solo implicaría las deudas anteriores a la relación con la cosa pero no a las posteriores (La responsabilidad, cit., pp. 672-674). Ver también LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. y t. cit.*, p. 107; HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 405. Esta autora añade, al comentar el art. 8 in fine de la Ley 13.512, que, en consonancia con dicha

hay uniformidad con respecto a la oportunidad en que debe hacerse efectivo el abandono, dado que hay quien piensa que solo procede cuando la obligación no fue incumplida, en tanto que otros conceptúan que el acto liberatorio es igualmente eficaz después de la mora del deudor (con lo cual en este último caso no renacería la responsabilidad universal del deudor).<sup>66</sup>

16. Acerca de los impuestos, tasas o contribuciones inmobiliarias, ante todo se trata de relaciones obligatorias y no de cargas reales –en el sentido que nosotros adjudicamos a estas– (pese a que algunos autores argentinos todavía siguen calificando de tal modo a las aludidas obligaciones). Esta categoría, mientras la ley no disponga lo contrario, no puede encasillarse en el cuadro de las *propter rem*. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en tiempos en que formaba parte de ella como magistrado, ha decidido que las deudas analizadas están fuera de los supuestos del art. 3266, y que no son obligaciones reales, puesto que no están previstas de forma expresa como tales en nuestro ordenamiento –el fallo da a entender que la norma citada comprende las obligaciones

---

norma, el art. 18 estatuye que a los efectos de dicha ley queda derogado el art. 2685, in fine, C. Civil, inherente al derecho de abandono de la propiedad por parte del condómino a fin de liberarse de la obligación de sufragar los gastos de conservación o reparación de la cosa común. Sin embargo, no fueron derogados los arts. 2515, última parte, y 2608. Rigen entonces los principios generales, pues los modos de extinción del dominio legislados en el Código Civil se extienden al resto de los derechos reales. En la propiedad horizontal, el titular puede renunciar a su derecho real, vale decir, que puede abandonar la cosa, pero ello no lo libera de la deuda pendiente por expensas comunes. Recién quedará liberado cuando el abandono de haga oponible a terceros (art. 2505). Ernesto C. WAYAR sintetiza sus ideas del modo que exponemos en lo que sigue: a) El abandono libera al deudor antes y después de la mora. b) En supuesto de incumplimiento el principio general es el de la responsabilidad ilimitada. c) Para que el obligado pueda liberarse o limitar su responsabilidad al valor de la cosa debe promediar una autorización legal. Es indudable que esta no existe en todos los casos de obligaciones *propter rem*. d) La responsabilidad ilimitada adviene cuando el deudor no cumple, vale decir, cuando se resiste a pagar no obstante mantener el contacto con la cosa. El abandono no significa de suyo incumplimiento (si es oportuno pensamos nosotros), más allá de que el deudor limite su “responsabilidad” (*sic*) al valor de la cosa. En tales condiciones, si se verifica el referido abandono –que no importa incumplir–, el deber de prestación se traslada a otro deudor (el nuevo poseedor de la cosa); o bien la cosa abandonada queda en el dominio del acreedor, en cuyo caso la obligación se habrá extinguido por confusión; pero en ninguna de estas situaciones hay incumplimiento, dado que inclusive se ha sostenido que el abandono es semejante a la dación en pago (WAYAR, *ob. y t. cits.*, pp. 100-102). De cualquier forma, estimamos que si el abandono se produce después de la mora –admitida esta posibilidad– no parece de recibo que pueda hablarse de pago o dación en pago, pese a que en los hechos todo se reduzca al valor de la cosa, pues, en todo caso, ha de existir una responsabilidad –que supone deuda, desde luego– con cobertura limitada.

66. Díez-PICAZO, *ob. y t. cits.*, p. 59 reproduce la opinión de Francisco HERNÁNDEZ GIL, “Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962, p. 850 y ss. en el sentido que el abandono libera antes de producirse el incumplimiento; luego del él renace la responsabilidad ilimitada del deudor y sus herederos.

*propter rem* y las cargas reales, estas en su correcta acepción. Por el contrario, la Ley 22.427 (arts. 2 y 5), que tiene carácter local (es cierto), ha determinado que se las considere como simples obligaciones.<sup>67</sup> Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mencionada dictó un fallo plenario el 18 de febrero de 1999 en la causa "Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto s/ ejecución hipotecaria", y la mayoría –que integramos– dispuso que el adquirente en subasta pública de un inmueble en propiedad horizontal no debe afrontar las deudas pendientes por impuestos, tasas y contribuciones cuando se realizó la tradición posesoria del bien (se trata de obligaciones comunes, arts. 503 y 1195, C. Civil). Al margen, el Tribunal estimó que no cabe adoptar una solución análoga en relación con las deudas de expensas comunes, dado que son obligaciones *propter rem* que pasan al adquirente de la cosa.<sup>68</sup>

17. Ha suscitado cavilaciones en el derecho comparado y en el nuestro la explicación de la naturaleza jurídica del derecho del locatario. Por de pronto VÉLEZ SÁRSFIELD, en la nota al art. 1498 afirma que es un derecho personal y critica con énfasis a TROPLONG, en razón de que este cree que se trata de un derecho real.<sup>69</sup> En apretada síntesis, se entendió que promedia un derecho personal y que hay un contrato tácito entre el enajenante y el adquirente, no obstante que el primero no se libera si no hay conformidad del inquilino (a falta de esta existe una delegación acumulativa no novatoria –o imperfecta, como frecuentemente suele decirse– (arts. 814 y 815). También muchas veces se echó mano a las denominadas obligaciones *in rem scriptae*, las cuales, del mismo modo que las acciones homónimas, se aplican a múltiples situaciones de un modo sistémico arbitrario (hay casi tantas opiniones como opinantes). Dentro de esta posición Edmundo Gatti refiere que la obligación

67. CNCiv., Sala D., "Nuevo Banco Santander c/ Tingolay", 15/7/1997, en LL, 1998-C-185 y ss. y, en igual sentido, LAMBOIS, Susana, "Las deudas fiscales respecto del inmueble subastado judicialmente", en *Revista del Notariado*, N° 845, p. 406 y ss., quien analiza la cuestión de las deudas mediando una subasta pública, aunque el planteo no puede cambiar si la transmisión se opera por un medio distinto.

68. CNCiv., en pleno, proceso y fecha citados, ED, 183-96 y ss., con nota de Manuel Horacio CASTRO HERNÁNDEZ, "Propiedad horizontal. Naturaleza jurídica de las expensas. Consecuencias, de la postura adoptada"

69. En el derecho italiano la doctrina del derecho real tiene muchos defensores, quienes, entre otros argumentos, hablan de un poder directo que el inquilino tiene sobre la casa –con independencia de toda prestación del locador–, de la derivación hacia el locatario del derecho a la disponibilidad que gozaba el locador, de la tutela posesoria conferida a aquél contra este y, en fin, de la transmisibilidad del derecho y su oponibilidad a terceros (COMPORI, Mario, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 288, en especial). Por otro lado, se sostuvo el criterio del derecho personal, pero con la aclaración de que cabe descartar la concepción tradicional de obligación y, por ende, incluir en el concepto aquellas situaciones de crédito realizables sin un preciso débito de otro sujeto (TRIFONE, *ob. cit.*, pp. 445-446).

*in rem scriptae* que imagina, se sustenta en la equidad y la buena fe y, que, precisamente esta última, determina que el art. 1498 únicamente posee vigencia cuando el adquirente conocía la existencia de la locación, pues en caso contrario el inquilino pierde el derecho que le acuerda la mencionada norma y solo está asistido de una acción contra el locador. No nos parece justificado ese predominio del derecho del adquirente por sobre el del locatario si no hubo mala fe de ninguno de ellos (por lo menos la ley no autoriza *sic et simpliciter* la interpretación que hace el autor).<sup>70</sup> Por tanto, asiste razón a BUSSO cuando indica que no hay consentimiento tácito que valga entre adquirente y enajenante, ya que el derecho del locatario tiene génesis legal. Las razones expuestas hasta aquí y en lo que sigue nos convencen de que la prerrogativa del inquilino surgida *ex art. 1498* es una obligación *propter rem*, aunque pueda no haber liberación del propietario que enajena la cosa, ni pueda hacerse efectivo el derecho de abandono.<sup>71</sup>

18. Estas observaciones, nos condujeron hace algún tiempo a concluir que la categoría de las obligaciones *propter rem* debe aprehenderse con un criterio de amplitud, pues de adoptarse una postura rigurosa en lo que hace a ciertos requisitos –que se pretende se encuentren presentes de forma constante o inexorable–, la sistematización se tornaría imposible, pues se caería en la formulación de una casuística ingobernable que, al cabo, reconduciría a asumir la actitud de DE RUGGIERO cuando renunció a toda ordenación –o intento de sistematizar– la categoría.

Por tanto, creemos que una obligación es *propter rem* cuando tiene origen en la ley (tipicidad). Además, las prestaciones de dar, hacer o no hacer se originan por existir una conexión con la cosa: el crédito y la deuda tienen lugar pues hay una vinculación del sujeto activo o pasivo con el bien (derecho real, propiedad, por ejemplo o mera relación de hecho –posesión o tenencia–). Este es un requisito vital. Por otro lado, las prestaciones se originan en razón de la cosa, recaudo este que debe ser mirado con latitud.<sup>72</sup> Finalmente, es exigencia trascendente la transmisión de la

70. GATTI, *ob. cit.*, pp. 81-85.

71. BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, comentario al art. 497, p. 49. Comp. en posición cercana –aunque por momentos un tanto esfumada– LAFAILLE, *Tratado de Derecho Civil. t. III, Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, N° 24, pp. 28-30; GOROSTIAGA, *ob. cit.*, pp. 646-647; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Guillermo Kraft. Ltda., 1944, N° 66, in fine, pp. 51-52.

72. WAYAR estima que las aludidas prestaciones se constituyen en razón y con referencia a la cosa, y agrega que la mayoría de los pagos que hacen los deudores tienen origen en gastos realizados por los acreedores para construir, mantener o mejorar la cosa (la medianería o los gastos del condominio) –*ob. y t. cit.*, p. 99–. Consideramos que esto puede ocurrir la “mayoría” de las veces, como reconoce el propio autor, pero no es un ritual. El derecho del locatario (art. 1498) nace en razón de la cosa que él alquiló (inversión), y que no puede conmoverse durante todo el tiempo que dure el contrato debido a que se haya producido una delegación no novatoria o novatoria.

cosa con el ambular –o la ambulatoriedad–. La liberación del deudor que transmite la cosa y el abandono de esta no son requisitos constantes y esenciales para configurar una relación real. Por tal razón entran en esta especie la obligación de pagar las expensas comunes y la obligación del adquirente de respetar el derecho del locatario en los términos del art. 1498, C. Civil.<sup>73</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA ATIENZA, Dalmiro A., “Introducción al estudio de las obligaciones “propter rem””, en *JA*, 1960-II-Doctrina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.
- “Diferencias entre la deuda propter rem y el tercer poseedor de una cosa hipotecada”, en *JA*, 1960-IV-86, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.
- “Existencia innegable de las obligaciones reales en el derecho argentino”, en *JA*, 1964-IV-Doctrina, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.
- ALTERINI, Jorge H., “Responsabilidad por expensas en la propiedad horizontal”, ALTERINI, Atilio Anibal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), en *La responsabilidad, Libro homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- BALBI, Giovanni, *Obbligazione reale, Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, t. I.
- BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. 1.
- BRECCIA, Umberto, *Obbligazioni*, Ed. Giuffrè Milano, 1999, p. 127; Balbi, *ob. cit.*, p. 670, N° 1.
- BUERES, Alberto J., “Comentario art. 1.066”, en *Código Civil y Leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3-A.

73. Con respecto al abandono (liberatorio), DE CASTRO VITORES, apoyándose en Biondi, expone que dicho abandono “*es algo extraño*”, “*diría más bien que es una supervivencia de ordenamientos superados*”; y para una referencia histórica remite al derecho romano a propósito de un antecedente de servidumbres *oneris ferendi*. De ahí que el abandono tenga límites muy precisos y por su carácter excepcional no sea susceptible de aplicación analógica (*ob. cit.*, p. 755 y ss.). Por su lado, SIERRA PÉREZ observa que la introducción del derecho de abandono como cualidad de las obligaciones *propter rem* tiene su origen en los autores que consideran que estas obligaciones son de la misma naturaleza que el derecho real al cual van unidas, es decir, que son de naturaleza real. Por tanto, el abandono del derecho es un abandono completo que incluye el de dichas obligaciones, para esos autores, mal llamadas **propter rem** (*ob. cit.*, p. 71).

- *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- “Culpa y riesgo, Creación de riesgo. I.”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- *Objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.
- BUSO, Eduardo, “Comentario al art. 497”, en *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III.
- BUSTO LAGO, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1998.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Tratado de Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Reus, 1978, t. II.
- COMPORZI, Mario, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977.
- COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1944, N° 66.
- CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús, *Comentario del Código Civil*, Presidente y coordinador: Ignacio Gil de la Cuesta, Barcelona, Bosch, 2000, t. III.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Servidumbres negativas y obligaciones de no hacer”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, mayo-junio 1976, N° 514.
- DE CASTRO VITORES, Germán, *La obligación real en el derecho de bienes*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1978, t. II.
- DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano*, Roma, Ed. Nicola Zanichelli, Bologna-Soc. Foro Italiano.
- DISTASO, Nicola, *Le obbligazioni in generale*, Torino, Utet., 1970.
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco, “Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962.
- GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.
- GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974.
- GIORGIANI, Michele, “Obbligazione (Diritto Privato)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., 1965, t. XI.
- GOROSTIAGA, Norberto, *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado (de las obligaciones en general)*, Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1941.
- GRECO, Roberto, *Enajenación de cosa hipotecada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967.
- HIGHTON, Elena I., *Juicio hipotecario*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. I.

- Obligaciones “propter rem” y cargas reales, en *Derecho Privado, Libro homenaje a Alberto J. Bueres*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1994, t. II, Vol. 2.
- LAFAILLE, Héctor, *Tratado de Derecho Civil. t. III, Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1943, Vol. I, N° 24.
- *Tratado de Derecho Civil. t. I Tratado de los Derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943.
- LAMBOIS, Susana, *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: Alberto J. BUERES, Coordinación: Elena I. HIGHTON, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. V.
- “Las deudas fiscales respecto del inmueble subastado judicialmente”, en *Revista del Notariado*, N° 845.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Las rentas reales”, en *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, N° 2.
- POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano*, Roma, Athenaum, 1915, t. I.
- RESCIGNO, Pietro, “Obbligazioni (Diritto Privato)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1979, XXIX.
- RIGAUD, Luís, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, Madrid, Reus, Centro de Enseñanza, 1928.
- RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Reus, 1977, t. II, Vol. 1.
- ROMANO, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, Ejea, 1964.
- SIERRA PÉREZ, Isabel, *Obligaciones propter rem: los gastos comunes en la propiedad horizontal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1955.
- TRIFONE, Romualdo, “Oneri reali. Storia del Diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet., t. XI, 1965.
- WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, t. I.