

Levaggi, Abelardo
Historia del Derecho de las obligaciones contratos y cosas. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1982.
Lecciones de Historia Jurídica IX
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA

IX

ABELARDO LEVAGGI

HISTORIA DEL DERECHO
DE LAS OBLIGACIONES,
CONTRATOS Y COSAS

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

1982

Biblioteca de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA
uso académico

ABELARDO LEVAGGI — HISTORIA DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, CONTRATOS Y COSAS

Levaggi, Abelardo
Historia del Derecho de las obligaciones contratos y cosas. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1982.
Lecciones de Historia Jurídica IX
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

HISTORIA DEL DERECHO
DE LAS
OBLIGACIONES, CONTRATOS Y COSAS

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Levaggi, Abelardo
Historia del Derecho de las obligaciones contratos y cosas. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1982.
Lecciones de Historia Jurídica IX
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE
LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA
IX

ABELARDO LEVAGGI

HISTORIA DEL DERECHO
DE LAS OBLIGACIONES,
CONTRATOS Y COSAS

EDITORIAL PERROT
BUENOS AIRES

BIBLIOTECA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURIDICAS Y SOCIALES "AMBROSIO L. GIOJA"

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

34/09)
LEVO
Ej: 1

Levaggi, Abelardo
Historia del Derecho de las obligaciones contratos y cosas. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1982.
Lecciones de Historia Jurídica IX
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Todos los derechos reservados
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723
© by EDITORIAL EMILIO PERROT
Azcuénaga 1846 - Buenos Aires

I.S.B.N.: 950-020-013-9

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma; por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precisados sin permiso del autor con relación a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.
Los infractores serán reprimidos con las penas del art. 172 y concordantes del C. Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA ARGENTINA

INVENTARIO
821

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTOR

DR. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

DECANO

DR. PEDRO A. PERISSÉ

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO
RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

VICEDIRECTOR

Dr. José M. Mariluz Urquijo

SECRETARIO

Dr. Eduardo Martíre

JEFE DE INVESTIGACIONES

Dra. Marcela Aspell

JEFE DE CURSOS Y PUBLICACIONES

Abogado Fernando Marcelo Zamora

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO
DE HISTORIA DEL DERECHO
RICARDO LEVENE

COLECCION DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsímil). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Indice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial (1824)*, reedición facsímil (1834). Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.
- IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene. Editorial Perrot, 1956.
- X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.
- XI. DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Escritos jurídicos*. Editorial Abeledo-Perrot, 1971.
- XII. DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, *Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires*. Edición de José M. Mariluz Urquijo y Eduardo Martíre (con la colaboración de Alberto David Leiva), 1932.

COLECCION DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.
- V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, 1954.
- VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª, 3ª y 4ª ediciones. Edit. Perrot, 1962, 1967 y 1981.
- VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.
- VIII y IX. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, dos tomos, Editorial Perrot, 1966 y 1970.
- X. ABELARDO LEVAGGI, *Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho Eclesiástico*. Editorial Perrot, 1969.
- XI. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, 1977.
- XII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2ª edición. Editorial Perrot, 1981.
- CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES
- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, 1941.
- II. JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un juriconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.
- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darragueira, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.

- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
- XIII. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.
- XIV. SIGFRIDO RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
- XV. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.
- XVI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.
- XVII. SIGFRIDO RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
- XVIII. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
- XIX. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
- XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.
- XXI. VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.
- XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
- XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.
- XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.
- XXV. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argentina*, 1949.
- XXVI. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurídica chilena*, 1949.
- XXVII. ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.
- XXVIII. RICARDO LEVENE, *Contribución a la historia del Tribunal de Recursos Extraordinarios*, 1952.
- XXIX. AQUILES H. GUAGLIANONE, *La historia del Derecho como afición y como necesidad para el jurista*, 1971.
- XXX. ABELARDO LEVAGGI, *El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*. Ed. Perrot, 1977.

LECCIONES DE HISTORIA JURIDICA

- I. EDUARDO MARTIRÉ, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*. Ed. Perrot, 1968.

- II. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*. Ed. Perrot, 1ª ed., 1968; 2ª ed., 1978.
- III. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Ed. Perrot, 1977.
- IV. EDUARDO MARTIRÉ, *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*. Ed. Perrot, 1977.
- V. ABELARDO LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino*. Ed. Perrot, 1978.
- VI. EDUARDO MARTIRÉ, *Guión sobre el proceso recopilador de leyes de Indias*. Ed. Perrot, 1978.
- VII. EDUARDO MARTIRÉ, *Historia del Derecho Minero Argentino*. Ed. Perrot, 1979.
- VIII. MARÍA ISABEL SEOANE, *La enseñanza del Derecho en la Argentina (desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX)*. Edit. Perrot, 1981.
- IX. ABELARDO LEVAGGI, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Ed. Perrot, 1982.

REVISTA DEL INSTITUTO

- Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado*.
Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado*.
Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado*.
Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado*.
Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado*.
Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado*.
Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). *Agotado*.
Número 8, Año 1957 (316 páginas). *Agotado*.
Número 9, Año 1958 (172 páginas). *Agotado*.
Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas). *Agotado*.
Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238 páginas). *Agotado*.
Número 12, Año 1961 (224 páginas). *Agotado*.
Número 13, Año 1962 (226 páginas). *Agotado*.
Número 14, Año 1963 (206 páginas). *Agotado*.
Número 15, Año 1964 (243 páginas). *Agotado*.
Número 16, Año 1965 (259 páginas).
Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas).
Número 18, Año 1967 (276 páginas).
Número 19, Año 1968 (328 páginas).
Número 20, Año 1969 (380 páginas).
Número 21, Año 1970 (380 páginas).
Número 22, Año 1971 (400 páginas).
Número 23, Año 1972. Homenaje al doctor Samuel W. Medrano (421 páginas).
Número 24, Año 1978 (344 páginas).
Número 25, (En prensa).
Número 26, (En prensa).

ADVERTENCIA

El propósito que persigue este libro no es otro que el de servir a la enseñanza de la disciplina. Conocidas las dificultades, a veces insuperables, que deben enfrentar los alumnos para el estudio de esta parte de la historia del derecho civil, procuré poner a su alcance —con la mayor claridad y sencillez posibles, sin erudición y destacando siempre el aspecto conceptual de cada tópico— un conjunto orgánico de conocimientos fundamentales desde el punto de vista histórico-jurídico, para ayudarlos a captar y entender las grandes transformaciones experimentadas por las instituciones respectivas, primero en las fuentes y luego en el propio derecho nacional.

En cuanto a las fuentes, si bien hay opinión común formada en el sentido de que el derecho romano, hasta la compilación de Justiniano, no integra el programa de nuestra disciplina, la cual sólo parte del proceso de formación del derecho castellano, que va a ser trasplantado a estas tierras por las autoridades españolas; en este caso particular, me consideré obligado a hacer una excepción y a incursionar —brevemente— por la historia de aquel derecho madre, por su profunda influencia en el campo de las obligaciones, contratos y cosas hasta la actualidad. Espero la indulgencia de los especialistas.

El término de la historia que relato es, salvo excepción, la sanción del Código Civil, en el año 1869. No pretendí avanzar más, hacia el estudio de su jurisprudencia, de su doctrina y de sus modificaciones parciales en el siglo y década que han corrido, por tratarse de un tópico que puede ser abordado desde las cátedras de derecho civil,

aun cuando soy consciente de que la perspectiva no sea la misma. Eso sí, cuando corresponde, no dejo de hacer referencia a la reforma general del Código, implantada por la ley N° 17.711 del año 1968, por la distinta filosofía que la informa.

A pesar de que traté de reunir en esta obra todo el material de estudio, para facilitar la tarea de los alumnos, sin embargo, habiendo publicado el doctor José M. Mariluz Urquijo en 1978, dentro de esta misma colección, la segunda edición —aumentada— de su excelente lección sobre *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, juzgué impropio su desarrollo en estas páginas. De modo tal, que al llegar a los puntos respectivos, remito al lector a dicho libro.

Por último, debo manifestar que las fuentes de las cuales me serví son, en su mayoría, de naturaleza bibliográfica y están citadas en la *Bibliografía principal* que cierra cada una de las partes y en las notas colocadas a pie de página. Pero la bibliografía existente no es completa. Especialmente, se sienten sus limitaciones con relación al derecho indiano y al nacional. De allí que, en estos casos, sin haberme propuesto realizar un trabajo exhaustivo de investigación, no dejé de consultar fuentes documentales, para brindar a los estudiantes una exposición que fuese lo menos deficiente posible.

Primera Parte
OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

CAPÍTULO I
CONCEPTO Y FUENTES

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN Y DE DERECHO CREDITARIO

1. El concepto abstracto de obligación es moderno, nace con el racionalismo jurídico. Los juristas romanos no fueron racionalistas sino realistas; no se dedicaron a construir sistemas de ideas sino que describieron realidades, como dice Michel Villey. No emplearon la palabra obligación para designar una relación abstracta, sino situaciones concretas, como eran las condiciones en que estaban los deudores y los poderes que sobre ellos tenían los acreedores. Aun la definición de obligación que trae la "Instituta", y que pertenece al siglo VI, no obstante su finalidad sistemática, de ningún modo se confunde con el método axiomático o deductivo de la jurisprudencia moderna. "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostram civitatis iura*" ("la obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de pagar algo a otro, según nuestro derecho civil").

El derecho romano se refiere a las cosas (*res*) y entre éstas encuentra a las obligaciones. Dentro de las cosas de derecho privado (*res privatae*), distingue las corporales (un campo, un esclavo, dinero) de las incorpóreas o *iura* (un usufructo, una servidumbre) e incluye entre éstas a las obligaciones. Así como se puede tener un bien corporal, se puede tener un bien sin consistencia corporal, más frágil y transitorio: una obligación. Por ejem-

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

plo, no la casa, sino el poder de compeler al vendedor a su entrega.

La obligación (*obligatio*, de *ligo* = yo ato, y *ob* = alrededor del cuerpo) tiene la característica de ser una relación personal entre dos sujetos: uno activo, el acreedor (*creditor*, de *credo* = tengo confianza) y otro pasivo, el deudor, que le está vinculado incluso físicamente; pero con referencia siempre a una cosa. El carácter corporal de la obligación romana sobrevive en las instituciones de la prisión por deuda, hasta el siglo XIX, y de la privación de sepultura al deudor muerto, hasta la edad media (§ 23-25).

2. Para el jurisconsulto Paulo, el beneficio que produce la obligación no es la propiedad de una cosa corporal o el derecho a una servidumbre, sino el que un deudor pueda ser constreñido a cumplir con una prestación.

El derecho de crédito que resulta se diferencia del derecho real (*ius in rem*) en que éste se ejerce directamente sobre el bien que constituye el objeto del derecho, en tanto que aquél se ejerce sobre la persona del deudor (§ 46). Por oposición al derecho real, que proporciona a su titular el disfrute inmediato de la cosa, con los derechos de persecución y de preferencia, el derecho creditorio no brinda estas ventajas.

La obligación gravita históricamente, primero sobre la persona y luego sobre la totalidad del patrimonio del deudor —entendido el patrimonio como la expresión de su persona física—, y en una parte proporcional indeterminada, si hay concurrencia de acreedores con igual derecho. A falta de bienes, el deudor sigue respondiendo con su persona hasta el siglo XIX. Si se quiere dar a la obligación eficacia real, es menester añadir al contrato un acto de transferencia cuya validez es independiente de la de aquél.

3. Al concepto moderno de obligación se llega a través de la filosofía racionalista y de la jurisprudencia humanista, principalmente por la obra de los precursores del Código Napoleón, Domat y Pothier. Entre la idea empírica de los romanos y ésta hay una diferencia esencial. Como ejemplo, está la definición de Savigny: "consiste en la dominación sobre una persona extraña; no sin embargo de un modo completo (pues tendría por resultado la absorción de la personalidad misma), sino sobre actos aislados que deben considerarse como restricciones a su libertad y un sometimiento a nuestra voluntad".

Para las doctrinas que prevalecen al promulgarse nuestro Código Civil, toda obligación envuelve, en efecto, una limitación de la libertad natural y, por ende, no puede presumirse. El artículo 19 de la Constitución Nacional declara en este sentido que nadie "será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Disposición análoga contiene el artículo 910 del Código.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

4. Los romanistas siguen discutiendo hoy día acerca de cuál fue la primera fuente de las obligaciones (hecho jurídico que les dio nacimiento), si fueron primero las *obligatio ex delicto* o las *obligatio ex contractu*. Es probable que el carácter corporal que tenían, fuese consecuencia de haber nacido del delito, y que el primitivo vínculo corporal se haya convertido luego en vínculo corporal-patrimonial, al cobrar importancia la indemnización a la víctima. De allí también que la palabra *solvere* exprese tanto la acción de desatar como la de pagar.

En todo caso, los romanos no se preocupan por elaborar ninguna teoría sobre las fuentes de las obligaciones,

ni sobre otra cuestión. Se limitan a constatar el surgimiento de la obligación cuando alguien comete un delito o entrega una cosa o pronuncia determinadas palabras, a causa del derecho de coerción que en tales casos adquieren la víctima o el acreedor.

Los juristas de la época imperial, al separar las obligaciones contractuales, nacidas del acuerdo de voluntades, de las que no lo son y se fundan en la equidad —como el enriquecimiento sin causa (por ejemplo, por el pago indebido) o la gestión de negocios ajenos—, dan origen a las obligaciones *quasi ex contractu*. Y al distinguir de las obligaciones nacidas del delito, las que recaen sobre una persona diversa de la del delincuente, surgen las obligaciones *quasi ex delicto*, categoría dentro de la cual quedan después comprendidos actos tales como arrojar objetos peligrosos a la vía pública o soltar a animales fieros, es decir, actos u omisiones en los que la culpa no está castigada por la ley penal.

Estas distinciones, hasta la época de Justiniano, no se proponen reunir todas las figuras afines en torno a conceptos comunes, respondiendo a una finalidad dogmática. Sólo en el bajo Imperio, por razones de equidad y de escuela, se trata de construir una teoría general, aunque no con método deductivo —como lo harán los racionalistas— sino multiplicando los casos específicos.

El reconocimiento de la ley como fuente de las obligaciones es muy posterior. Procede de la Escuela de Bolonia y, a causa de su influencia, lo formulan las Partidas.

CONCEPTO DE CONTRATO

5. *Derecho romano*. Desde la República, los contratos desplazan indudablemente a los delitos como principal fuente de las obligaciones. En el antiguo derecho

romano era característica la dualidad convención-contrato. La convención estaba constituida por el acuerdo de varias personas, pero a diferencia del contrato, ni era obligatoria ni tenía acción. Únicamente a partir del Edicto del Pretor se concede alguna defensa a las convenciones o pactos, por medio de una excepción. El principio es: "*nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem*" ("los pactos nudos no crean obligación pero crean excepción").

Al basarse la contratación romana en las formalidades de la *stipulatio* (forma general de obligarse: "*spondesne?*" = ¿prometes?; *spondeo* = prometo") y en el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro, no es extraño que se haya limitado el valor jurídico de los actos no celebrados de acuerdo con estas solemnidades.

Sólo por excepción, el contrato se forma en Roma por el consentimiento. Esto ocurre en cuatro tipos particulares de negocios: venta, locación, sociedad y mandato. Pero aun en estos contratos "consensuales", el efecto del contrato no nace de la convención sino de la naturaleza de cada negocio —como afirma Villey. Si mi vendedor me debe garantía por los vicios de la cosa vendida, no es porque lo hayamos convenido sino porque es propio de la compraventa el darlo. El jurista romano persigue en este caso, ante todo, no el cumplimiento de la voluntad de los contratantes, sino el justo equilibrio de las prestaciones recíprocas, ofreciendo un contraste notorio con el derecho individualista moderno.

Durante el Imperio, la distinción entre convenciones y contratos se atenúa por obra de los jurisconsultos y de las constituciones imperiales, inspiradas éstas tanto en la aversión oriental hacia las viejas formas romanas, como en la repugnancia con que ve el Cristianismo a las disposiciones limitativas de la voluntad.

Muchos pactos, que se proveen de acciones adecuadas, adquieren idéntico valor al de los contratos. Es el caso

del *pactum dotis*, promesa no formal de dote, y del *pactum donationis*, compromiso informal de dar alguna cosa.

Además, desde la época clásica y fuera de los tipos establecidos, están los contratos innominados, fundados en la ejecución de un acto que se realiza en vista de una contraprestación, y que Justiniano clasifica en forma cuatripartita: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias* (doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas).

Pese a la importancia que adquiere la voluntad, no llega a ser reconocida su capacidad o fuerza para convertir en obligación a cualquier acuerdo; moral y jurídicamente lícito, por supuesto. Las convenciones no comprendidas en los tipos de contratos ni en los pactos excepcionalmente protegidos por acciones, no producen obligación alguna. La incapacidad de los pactos nudos para producir acciones va a ser comparada por Acursio en la *Magna glossa* con la de la mujer estéril.

Más aún, en el derecho romano vulgar se nota una regresión del consensualismo en provecho del realismo, al exigirse una vez más la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato (ejemplo, en la compraventa). De esta manera, se procuran evitar, tanto las dudas acerca de la formación del contrato, como las discusiones sobre su interpretación.

En la alta edad media se acentúa todavía más el carácter materialista del derecho de obligaciones, llegando a ser inimaginable la posibilidad de un contrato consensual y libre de formas.

6. *Derecho canónico*. Este derecho, al separarse del formalismo, imprime una nueva orientación al derecho de obligaciones y concede acción a los pactos nudos (*“ex nudo pacto actio oritur”* = “del pacto nudo nace la acción”). Santo Tomás, aun justificando el formalismo por el carácter cambiante que tiene la voluntad humana,

enuncia la regla moral de que toda promesa obliga, si no es ilícita y si las condiciones económicas no cambian; “por su promesa el hombre se obliga respecto de otro hombre”. La regla se apoya en el precepto de que quien no respeta la palabra dada, peca.

La aportación del derecho canónico al contrato radica, de acuerdo con Ourliac y de Malafosse, en las siguientes ideas: 1º, el respeto de la promesa, pero también la libertad necesaria para el contrato, que no existe cuando la voluntad está viciada o ha sido objeto de coacción; 2º, la razón, que justifica el acto por su fin. Es necesario que la voluntad tenga una causa, pero también que la obtención de la misma no suponga una causa irrazonable, por ejemplo, por un imprevisible en las condiciones económicas; 3º, la moral, que permite analizar la intención de los contratantes, tanto en su finalidad como en su objeto, si bien sólo en lo relativo a la ejecución del contrato, el cual no puede convertirse en un vínculo de iniquidad, al permitir a una de las partes que abuse de la otra.

Resistido por los romanistas, el principio voluntarista tiene mayor aplicación en el campo del derecho comercial que en el del civil.

La edad media, en rigor, no funda nunca las obligaciones en el dogma de la voluntad; su esfuerzo se dirige a adaptar las instituciones jurídicas a las reglas morales y a las necesidades económicas. El respeto de la voluntad —expresan Ourliac y de Malafosse— no aparece aún como un fin en sí. Es técnicamente sólo una forma de satisfacer necesidades o deseos; es moralmente conveniente para proteger la buena fe y mantener la lealtad a las promesas, pero promesas que no pueden ser nunca un “vínculo de iniquidad”. Esta lealtad no se justifica jamás por el principio de que la voluntad sea fuente del derecho, sino por las exigencias superiores del bien co-

mún y de la buena fe. Esta es su diferencia esencial con el derecho racionalista.

Los humanistas, aunque por su fidelidad al derecho romano se resisten a reconocerle valor a los pactos nudos, en la práctica no conservan ninguna de las antiguas formas de la *stipulatio* y juzgan suficiente la coincidencia de voluntades para la formación del convenio.

7. *Derecho castellano.* En la alta edad media —escriben Riaza y García Gallo— el carácter materialista que tienen las obligaciones se debe no sólo a los resabios de apego a los símbolos primitivos, sino también a la técnica rigurosa de la contratación romana. Los únicos contratos a los que se les da validez son los solemnes.

Las Partidas siguen en materia de contratos, como en la mayor parte de sus leyes, la doctrina del derecho común. La quinta Partida es la dedicada al tema. Mas donde la legislación castellana alcanza una solución original es en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. La ley única de su Título XVI se aparta del formalismo del derecho romano para consagrar un principio que será característico del derecho castellano ulterior: el principio espiritualista, hijo de la moral cristiana y del derecho canónico, como se ha expuesto. Reza la ley:

Pareciendo que se quiso un hombre obligar a otro por promesa o por algún contrato, o en alguna otra manera, sea tenido de aquellos a quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción de que no fue hecha estipulación, que quiere decir promesa con ciertas solemnidades del derecho; o que fue hecha la obligación del contrato entre ausentes; o que fue hecha a escribano público o a otra persona privada en nombre de otro entre ausentes o que se obligó uno a dar o a hacer alguna cosa a otro; mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos en cualquier manera que

parezca que alguno se quiso obligar a otro y hacer contrato con él.

Comenta esta ley Bartolomé de Albornoz, autor del siglo xvi, en el *Arte de los contratos*, diciendo que antiguamente para uno obligarse era necesario estar los contratantes en presencia el uno del otro, y el que se obligaba hacía su promesa del contrato, y el otro decía que lo aceptaba, y esto llamaban estipular: el uno estipulaba o prometía de hacer tal cosa y el otro aceptaba la estipulación; pero que ahora “dondequiera, como quiera, y ante quien quiera, en presencia, o en ausencia de aquel a quien se promete, se le puede hacer obligación; y vale de cualquier manera que sea hecha; como conste que se hizo”.

8. *Derecho moderno.* Desde el siglo xvii, bajo la influencia de la doctrina del derecho natural racionalista, va a repetirse el axioma “quiero, luego tengo derechos” y a considerarse, con Grocio, que el respeto de la palabra dada es una regla de derecho natural. Villey hace remontar hasta las corrientes voluntaristas de la baja edad media el origen de las nuevas ideas.

Superado el dualismo antes existente entre individuo y sociedad, al afirmarse que la voluntad individual, del mismo modo que crea el derecho, crea a la sociedad, desaparece el valor moral o social de los fines perseguidos. Basta que la voluntad quiera para que, bajo la única reserva de que no invada la esfera de la voluntad ajena, tenga el poder jurídico necesario para realizarlo (doctrina de la autonomía de la voluntad). Así se reconoce a la voluntad una autonomía contractual casi ilimitada.

Portalis sostiene que “el derecho es la voluntad” y Domat, que “todo lo que ha sido convenido tiene fuerza de ley entre las partes y no puede ser revocado sino por

el consentimiento común o por los otros medios previstos por el derecho". La pandectística alemana convertirá a la autonomía de la voluntad en una categoría dogmática al considerar como "negocio jurídico" a toda declaración de voluntad productora de efectos jurídicos.

El contrato ocupa el centro del sistema jurídico. La justicia no es ya una exigencia superior a la que los contratantes deban someterse, sino el resultado de la libre competencia. Las enseñanzas de la escuela moderna se resumen en dos principios: nadie puede estar vinculado sin haberlo querido, y toda vinculación libremente aceptada es justa; o, dicho con otras palabras: libertad de contratar y fuerza obligatoria del contrato una vez formado. "*Pacta sunt servanda*" ("los pactos son para ser cumplidos"), la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes como al juez.

Estos principios proceden de una ideología —la racionalista— y responden a las necesidades y doctrinas económicas de la época. Para la economía liberal, el contrato desempeña un papel fundamental, y la libertad de pactar resulta esencial. Libertad de las convenciones, libertad de trabajo, libertad de industria, libertad de comercio, son los pilares del nuevo orden económico. Este principio de la libre contratación, en su pureza conceptual —como expone José Manuel Saravia—, se explica en un régimen de pequeño comercio, donde el fabricante de un producto trata directamente con el consumidor, sin intermediarios, sin organizaciones vastas y complejas. Es propio de una situación económica embrionaria, como la del siglo XIX¹.

A la doctrina liberal del contrato responde el Código Civil de Vélez Sarsfield, más individualista en esta ma-

¹ *El contrato: la crisis de sus postulados clásicos y el proyecto de reforma*, p. 168, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XVIII, N° 3, Buenos Aires, 1940.

teria que el propio Código Napoleón. Por el artículo 1137 "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos", y por el 1197, "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Por incompatibles con esta concepción, quedan excluidas del Código instituciones tales como la prohibición de la usura (§ 10-13), la lesión (§ 14-18) y la restitución integral (§ 19-21).

9. *Derecho contemporáneo*. Hoy las circunstancias han cambiado y con éstas la realidad del contrato. El robustecimiento del punto de vista social, el fortalecimiento del Estado, la delegación de facultades legislativas, el debilitamiento de la propiedad privada, el proteccionismo económico, la reconstitución de las corporaciones, la multiplicación de los recursos técnicos puestos al servicio de una universalización creciente de la vida, la concentración de empresas y capitales —comenta Marco Aurelio Risolía— son fenómenos que condicionan dicha realidad².

La distinta estructura económica —agrega Saravia— ha abierto abismos entre los contratantes. A la colaboración en el contrato, ha sucedido la imposición de la voluntad de una de las partes. El equilibrio se ha roto. Pero no sólo el principio de la libertad de contratar perdió vigencia, lo mismo puede decirse del de la fuerza obligatoria del contrato una vez formado. Si antes, frente a un contrato concluido, debían detenerse tanto el juez como el legislador, en el curso de este siglo ha sido cada vez más frecuente su intervención para atemperar o suprimir la fuerza obligatoria del contrato.

² *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, 1958, p. 121.

Además de las doctrinas colectivistas, que no han hecho sino sustituir la voluntad del individuo por la voluntad del Estado, sin volver al sabio realismo de los juristas romanos, como dice Villey, el Código Civil alemán de 1900, el Código suizo de las Obligaciones y la legislación especial dictada a raíz de las guerras mundiales y de las grandes crisis económicas, son los principales factores de este cambio. Para intervenir en los contratos se invocan las teorías de la lesión, del abuso del derecho, de la imprevisión, del enriquecimiento sin causa y el principio de la buena fe.

Estas teorías han sido receptadas por el Código Civil, a través de la ley N° 17.711 (artículos 521, 622, 656, 666 bis, 907, 954, 1069, 1071, 1198).

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

CAPÍTULO II

O B J E T O

LA USURA

10. *Derecho romano*. Al problema de la licitud del objeto de los contratos está vinculada históricamente la figura de la usura.

En Roma se llama *usurae* a los intereses que se agregan a un capital debido, ya sea por estar así estipulado en un contrato de préstamo o por mora, sin tener la palabra el significado peyorativo que adquirirá más tarde en Occidente. Los propios romanos tienen disposiciones que, desde comienzos de la República (Ley de las XII Tablas), moderan la tasa de los intereses. En tiempos de Justiniano el máximo admitido es el 6 % anual en condiciones normales, ya que mediando otros factores (por ejemplo, situación social o cuando el riesgo es muy fuerte) la tasa se eleva proporcionalmente. En el préstamo marítimo (*pecunia traiecticia* o *foenus nauticum*), si el navío se pierde, el prestamista no puede exigir el reembolso, pero si llega a buen puerto, la devolución del capital va acompañada de altos intereses, que Justiniano reduce al 12 %.

Desde el siglo I, el hijo de familia recibe una protección especial (*favor debitoris*) por el senadoconsulto Nacedoniano, a raíz de la conmoción ocasionada por el parricidio cometido por un hijo, a quien agobiaban sus acreedores. La obligación subsiste ahora como natural, pero para evitar el fraude de hacerle reconocer por es-

crito a una persona un préstamo inexistente, el senador-consulto le concede una excepción (*exceptio non numeratae pecuniae*) en virtud de la cual, al no haber sido la entrega del dinero de presente, se invierte la carga de la prueba y queda a cargo del prestamista la prueba del hecho. Esta excepción se vuelve a aplicar desde la baja edad media hasta la época de la codificación.

A principios del siglo II, Caracalla prohíbe el anatocismo, es decir, la capitalización de los intereses vencidos o el interés del interés.

En el siglo IV, los Padres de la Iglesia condenan a la usura, a todo interés producido por el dinero, como contraria a la caridad. El concepto, es que la única fuente lícita de riqueza es el trabajo y que el dinero, por sí mismo, es estéril (*"pecunia pecuniam parere non potest"* = "el dinero no puede procrear dinero"). Si bien los emperadores cristianos se esfuerzan por colocarse dentro de esta doctrina moral y, en consecuencia, reducen los tipos de interés, como es el caso de Justiniano, tienen de la usura un concepto menos rígido que los moralistas y consideran que sólo debe reprimirse el interés excesivo.

11. *Derecho canónico.* Con la reforma del Papa Gregorio VII, en el siglo XI, la prohibición de la usura pasa a ser absoluta. Graciano recoge en el *Decreto* los textos antiguos que declaran a la usura como un robo y que el usurero sólo puede redimirse por la restitución; caso contrario queda excomulgado. Los concilios definen a la prohibición del interés como ley universal de la Iglesia, conforme al derecho natural. Clemente V, en 1311, juzga delito de herejía a la opinión de que es legítimo cobrar intereses.

Los teólogos justifican la prohibición. Recibir un interés —dicen— es vender lo que no existe. No se pueden vender a la vez el vino y el uso del vino. El dinero no tiene cría, es estéril por naturaleza. El prestamista, co-

bra un salario sin trabajar, lo cual es una invitación a la pereza. En la base de estas ideas hay una doctrina filosófica, que rechaza la "venta del tiempo", porque el tiempo es de Dios, y una doctrina económica, que niega el valor del crédito. Por otra parte, hay una tendencia general a condolerse de la situación de los deudores, muchas veces gente humilde o nobles en desgracia, obligados a desprenderse de sus tierras.

Los prestamistas se valen de la astucia para escapar a las leyes prohibitivas. Entre los muchos subterfugios que adoptan, visten los préstamos de ventas, seguros, sociedades, prendas, letras de cambio y, sobre todo, de censos, favorecidos por la difusión que alcanzan (§ 75). Al margen de estas prácticas fraudulentas, en determinados períodos y lugares en que es necesario el crédito, los judíos son autorizados para dar sus bienes a usura, cosa que pueden hacer sin reparo religioso, porque el *Pentateuco* les prohíbe la usura entre sí, pero no con extraños.

La mayoría de los glosadores repite que la usura está proscripta por derecho divino. No obstante, Acursio, a quien la tradición tiene por un conocido usurero, que prestaba incluso a sus discípulos, se aparta de este pensamiento valiéndose de una sutileza. Tras recordar la ley prohibitiva, distingue la usura del simple interés, consentido por razón del lucro cesante, el daño emergente y el riesgo, con lo cual inicia la tendencia moderna a separar el interés (objeto lícito) de la usura (objeto ilícito). Sirviendo a las necesidades de la sociedad precapitalista, que despunta en la baja edad media, los comentaristas siguen por este camino.

12. *Doctrina moderna.* También en el campo eclesiástico, en los siglos XV y XVI, el principio de la improductividad del dinero sufre nuevas atenuaciones. Se toma ahora en cuenta la causa por la cual el prestamista o el

comerciante reclaman un lucro, y si la causa es laudable, el lucro se torna lícito. Por ejemplo, Bernardino de Siena lo admite, si es para sostener a la familia o para pagar deudas. Esta nueva actitud de benevolencia se debe a que, poco a poco, el préstamo ha dejado de ser el instrumento vejatorio de antaño, para convertirse en un factor del comercio. La doctrina se adapta a las exigencias de esta nueva realidad y el Estado lo regula por medio de la ley.

Escribe José Reig Satorres que tanto la legislación civil como la canónica llegan a los albores del siglo XVI con un criterio que mira más al sentido moral de la usura que al económico, pero que en este siglo, una nueva realidad económica, derivada de la más intensa relación que existe entre los países y de los descubrimientos que hacen los portugueses y los españoles, demanda una nueva visión del problema. La evolución es lenta, y si bien la Reforma, particularmente con la orientación calvinista, libera a las conciencias del tradicional rigor en la profesión mercantil, la Iglesia Católica, a través de su legislación canónica y del pensamiento de sus autores, mantiene con firmeza la doctrina de que la explotación del necesitado es un pecado, sin por ello dejar de analizar la realidad y aun de justificar el interés en función estrictamente comercial.

La doctrina apela a distintos títulos para justificar el interés. Invoca los tradicionales del daño emergente, del lucro cesante (fundado en el "valor de producción" del dinero, distinto del valor de cambio) y de la pena convencional o cláusula penal, y, además, nuevos títulos, como el del "riesgo de la suerte", que produce el desarrollo del contrato de seguro, fundado en el peligro que corre la cosa prestada (como en el antiguo *foenus nauticum* § 10); el contrato de compañía, siempre que hubiese participación por igual en las pérdidas y en las ganancias, que se obra de acuerdo con la peculiaridad del ti-

po de contrato elegido y que no fuera manifiesta su intención usuraria; el "lucro adveniente", por el empleo lucrativo que el prestatario, cuando es comerciante, hace del capital, el cual sigue siendo de propiedad del capitalista, quien tiene por ende derecho a una porción del lucro. Existen, además, los montes de piedad, fundados por los franciscanos para socorro de los necesitados, a los que autoriza una bula de León X, de 1515, a cobrar módicos intereses "sin lucro y únicamente para los gastos de los empleados y otras cosas pertinentes a su conservación"³.

13. *Derechos castellano y nacional.* Las Partidas prohíben todo interés, declaran nulos a los contratos en los que estuviesen pactados y someten a los usureros al juicio de los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, otros textos del mismo siglo XIII, como el Fuero Juzgo y el Fuero Real, sólo le fijan límites para evitar abusos. Lo mismo hacen varias leyes de Cortes y pragmáticas.

Desde el siglo XVI, la tasa legal del interés en España e Indias suele ser del 3% y del 5% anuales, respectivamente. En 1772, Carlos III autoriza el 6% para el préstamo entre comerciantes.

Las ideas económicas liberales se pronuncian en contra de toda restricción y en favor, también en esta materia, de la libertad de contratar. El diario "El Nacional" de Buenos Aires, en 1862, llama "ley odiosa y perjudicial" a la que pone tasa al dinero. Vélez Sarsfield, fiel a sus principios económicos, declara válidos a los intereses que se convengan entre deudor y acreedor (artículo 621 del Código Civil), incluso los intereses de intereses convenidos con posterioridad al vencimiento (artículo 623).

³ En torno a una teoría del interés, en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires, 1978.

Entre los escasos antecedentes patrios, una ley mendocina de 1857 deja en libertad a las partes para convenir los intereses de las obligaciones. Va a ser función de los jueces la delimitación de la tasa del interés. Pero como ejemplo de supervivencia de las ideas tradicionales, el proyecto de Reglamento de Administración de Justicia para Mendoza de Manuel Antonio Sáez, de 1867, incluye entre las excepciones perentorias a la de usura.

Muchos años después de regir el Código, es uniforme el criterio de que, por elevados que sean los réditos, deben ser liquidados si fueron convenidos por las partes. Apenas hay una limitación que favorece al fiador, quien sólo debe responder por los intereses corrientes, no por los usurarios. Pero en nombre del orden público y de las buenas costumbres, se abre paso la tesis que niega validez a los réditos desproporcionados, según la naturaleza de las operaciones. Otra norma que se invoca para limitarlos es la de la causa ilícita.

CAPÍTULO III

VICIOS

LESIÓN

14. *Concepto.* Históricamente, para que un contrato pudiera formarse válidamente, se consideró necesario que existiese una comunidad de sentimientos entre las partes. Esta comunidad no podía lograrse, si la voluntad de los contratantes no era consciente, si el consentimiento estaba viciado o si había sido expresado por personas incapaces.

En el primitivo derecho romano, el formalismo vigente tiene la ventaja de proteger a las partes contra toda presión y sorpresa. Desde la época clásica, los juristas se ven obligados a considerar los factores que pueden afectar la libertad de los contratantes. Así surgen los "vicios del consentimiento" tradicionales: dolo, violencia, error, ignorancia, simulación, fraude.

Desde el bajo Imperio Romano, por influjo del Cristianismo, el concepto de vicio adquiere una nueva dimensión. Se dice que, aunque la voluntad haya sido bien expresada y el contrato esté concluido, si entre las prestaciones hay un pronunciado desequilibrio, que beneficia en exceso a una parte con detrimento de la otra, debe presumirse la existencia de un vicio de la voluntad. Así surge la institución de la lesión.

Si hasta los juristas clásicos, era natural que un contratante tuviera el deseo de engañar al otro acerca del precio, siempre que no cayera en dolo (Pomponio), dado

que obtener beneficios importantes era una prueba de habilidad, que en nada se oponía a la buena fe, ahora, por aplicación del principio de la justicia conmutativa o sinalagmática, recomendado por los Padres de la Iglesia, especialmente por San Ambrosio y San Agustín, se desarrolla una tendencia favorable a la difusión de la lesión y a su aplicación a situaciones nuevas: para proteger a los menores de edad (restitución integral § 19) y para luchar contra la usura (§ 10).

El punto de vista de la Iglesia —como exponen Ourliac y de Malafosse— es más amplio que el de los juristas. No se trata sólo de proteger a determinadas personas que han contratado en condiciones desventajosas por su debilidad intelectual o social, sino que es preciso que en el contrato reine la justicia, para lo cual es imprescindible que haya equivalencia entre las prestaciones.

Este principio canónico, aparece todavía entre los autores racionalistas. Pufendorf, en *El derecho de la naturaleza y de las gentes*, funda el deber de igualdad en la naturaleza misma del contrato, si bien no deja de reconocer que por las leyes del comercio está permitido a cada uno el comprar o vender en la forma más ventajosa posible.

15. *Derechos romano y canónico.* En el Imperio Romano, el principio de la lesión nunca llega a ser aceptado plenamente. El Código de Justiniano, que la introduce, generalizando una disposición excepcional de los emperadores Diocleciano y Maximino, permite la rescisión de la venta de un inmueble por *lessio enormis*, o el pago de un precio suplementario, si fue inferior a la mitad del precio justo (*lessio ultra dimidium*). Algunos textos bizantinos tardíos la admiten tanto en favor del comprador como del vendedor, y en Occidente, parece que se aplica también a la venta de objetos muebles.

Por esta época, el concepto de lesión se confunde todavía con el de dolo. La confusión la encontramos también en el primer texto visigodo que la admite, una ley de Recesvinto por la cual si el contrato de compraventa se hizo mediando fraude contra la voluntad del vendedor y el precio entregado es inferior al justo precio, el comprador debe abonarle el duplo de la diferencia.

Lo mismo puede decirse de los glosadores, pero en ellos la confusión sólo es aparente. Cuando vinculan la lesión enorme —son los primeros en usar el calificativo— al dolo, no se refieren al dolo vicio de la voluntad, producto de maquinaciones y engaños, sino al *dolus re ipsa* (dolo contenido en el mismo acto), de manera que, solamente por la anormalidad o desproporción de las prestaciones, sin atender a otro factor, consideran viciado el negocio.

No ya a partir del derecho romano, sino de la ley divina, teólogos y canonistas le dan a la lesión, desde el siglo XII, un tratamiento especial. Les preocupan los abusos que cometen los mercaderes, dominados por el espíritu de lucro. Su idea es que la justicia debe presidir todos los cambios, y no sólo a la compraventa de inmuebles; que en consecuencia está tan justificada la prohibición del interés (§ 11) como la limitación de determinados precios.

Santo Tomás se plantea la cuestión de si es justo un contrato por el cual se vende la cosa por mayor precio que su valor. De la máxima “no hagáis a otro lo que no quisiérais que hiciesen con vosotros” deduce que es injusto vender a mayor precio y comprar a menor precio, mas no deja de reconocer la dificultad práctica que se presenta para establecer con precisión cuál es el justo precio. Mientras para su maestro, San Alberto Magno, quien se basa en Aristóteles, en los contratos de cambio debe imperar una reciprocidad proporcional (*contrapassum*), de modo que la cantidad de zapatos entregados por un

zapatero a cambio de una casa debe guardar la misma relación de utilidad para el arquitecto, que la casa para el zapatero; para Santo Tomás, la proporción debe ser matemática, o sea que el número de zapatos debe representar, en trabajo y en gastos, tanto como la casa. En general, se va a admitir que el precio no puede ser regulado en forma absoluta y que se le debe reconocer "algún poco más o menos".

Para estos autores, más que a los vendedores de inmuebles, debe protegerse a los compradores de muebles, los que suelen ser campesinos de poca inteligencia, fáciles de engañar.

El comentarista español del libro quinto de la Nueva Recopilación, Juan de Matienzo, oidor de la Audiencia de Charcas, es uno de los primeros que en Hispanoamérica desarrolla la doctrina del justo precio. Coincide con Paulo en que "el precio justo de cada cosa no se determina por la afición o el gasto de cualquiera, sino que se establece según la estimación común de los hombres". En cambio, el axioma romano que dice que "una cosa vale tanto cuanto es el precio en que puede venderse" lo reformula de acuerdo con Santo Tomás y Domingo de Soto, estableciendo que "una cosa vale tanto cuanto, sin fraude ni injusticia, se la puede vender en concordancia con la estimación común, a quien conozca sus condiciones". En principio se inclina, con Soto, por la determinación del justo precio por medio de la ley (dirigismo).

Los glosadores, oponen dos limitaciones al remedio de la lesión enorme: primera, al concederle validez a la renuncia preventiva que suelen hacer los contratantes, especialmente si la confirman con juramento; segunda, si el perjudicado es persona experta en los negocios y conoce desde antes la cosa enajenada. Otra novedad, es la distinción que se introduce entre la lesión enorme, la de la mitad, y la "enormísima", cuando una cosa es pagada por menos de un tercio de su justo precio, en cuyo caso,

según el tribunal de la Rota romana, el comprador pierde el derecho de optar entre la restitución de la cosa y el pago del justo precio, y está obligado a restituir con todos los frutos, sin que le valga la renuncia anticipada.

Era usual, en efecto, que se incluyeran en los contratos cláusulas por las cuales los contrayentes renunciaban de antemano al ejercicio de la acción rescisoria por lesión, cláusula a la cual se le reconocía validez, tratándose de la lesión enorme, pero no en el caso de la enormísima. En el cuerpo de las escrituras castellanas e indianas de la época medieval y moderna se lee esta fórmula:

renunciamos la ley del engaño, enorme, y enormísima lesión con las hechas en Cortes de Alcalá de Henares que tratan, y hablan sobre las cosas que se compran, o venden por más, o menos del valor de su justo precio, porque confesamos no haber habido fraude, dolo ni mal engaño, y si más valen o valer puedan, la tal demasía, cualquiera que sea, le hago gracia y donación, buena, pura, mera, perfecta e irrevocable...

Desde fines de la edad media se advierte una reacción contra el valor de estas cláusulas, sin perjuicio de que se sigan utilizando. Tal renuncia, comenta Bartolomé de Albornoz, equivale a una donación y "ninguna cosa vale... porque para donarse el engaño que hubiere, hase de expresar, y de otra manera no vale". Asimismo los obispos, en casos especiales, proceden a dispensar los juramentos prestados, para posibilitar el ejercicio de la acción rescisoria sin caer en perjurio.

16. *Derecho castellano.* El derecho castellano tradicional no admite que la lesión enorme sea causa de rescisión. Es el Fuero Real, el que en el siglo XIII introduce la institución, con relación a la compraventa, al disponer que

ningún hombre pueda deshacer la venta que haga, por decir que vendió mal su cosa, aunque sea verdad, excepto si la cosa valía cuando la vendió más de dos tantos de por cuanto la dio: que por tal razón bien debe deshacer toda la venta si el comprador no quiere cumplir el precio derecho, según que valía: que es poder del comprador deshacer la venta, o dar el precio dicho, y tener lo que compró (III, x, 5).

Las Partidas tienen una ley semejante, a favor tanto del vendedor como del comprador perjudicados en más de la mitad del justo precio (V, v, 56). Lo mismo el Ordenamiento de Alcalá de Henares, en la ley única del título xvii, que reproduce la Recopilación Castellana (V, ii, 1), con la singularidad de que, para el ejercicio de la acción, no requiere que el engaño sea del doble, sino que basta que sea mayor de la mitad del justo precio. Esta ley no se limita a las ventas, pues agrega que "esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables aunque se haga por almoneda (subasta)". La ley 220 del Estilo no permite la aplicación de la "ley del engaño" cuando se trata de venta en almoneda.

17. Siglo xix. En nombre de la autonomía de la voluntad y de la irrevocabilidad de los pactos se combate a la lesión. En Francia, no obstante, tanto por la opinión favorable de Pothier, de gran ascendiente sobre los codificadores, como por la del propio Napoleón, si bien con reservas, se mantiene en el Código Civil.

Refiere Portalis que, en las discusiones previas, había muchos que eran contrarios a la institución, por considerar irrazonable la búsqueda del justo precio, porque la lesión viola la fe de los contratos, y que la viola por una causa que es imposible de fijar. El precio de las cosas varía y la conveniencia es uno de los elementos de su evaluación.

Para Portalis, en cambio,

no puede existir obligación alguna sin causa y una causa que le sea proporcionada... en los contratos de interés, la causa es el interés de obtener realmente la ventaja que cada una de las partes se ha propuesto sacar; y en los contratos conmutativos, a cuyo número pertenece la venta, la intención de cada parte ha sido recibir el equivalente de lo que cede. Si, pues, el vendedor no recibe sino un precio infinitamente fuera de proporción con el valor de la cosa el equivalente no existe. Así, la acción de rescisión no es sino una consecuencia necesaria de la naturaleza del contrato de venta.

El Código mantiene la acción únicamente en provecho del vendedor de un inmueble y sujeta a límites muy estrictos, y no reconoce validez a la renuncia anticipada (arts. 1674 y siguientes).

Dalmacio Vélez Sarsfield se aparta de nuestros precedentes jurídicos y, siguiendo la opinión negativa de Florencio García Goyena, no reconoce a la lesión como causa de rescisión. En la nota al artículo 943 señala que en casi todos los Códigos y escritos de derecho, se ve asentado que la lesión enorme o enormísima vicia los actos jurídicos, pero que hay falta de uniformidad en las opiniones en cuanto al objeto, medida, prescripción y renunciabilidad de la acción. Señala también que la excluyen los Códigos de Comercio. Además de esta falta de uniformidad, funda su rechazo en otra razón, de carácter filosófico:

dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las

solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.

No todos comparten las ideas de Vélez Sarsfield. Manuel Quintana, por ejemplo, defiende la doctrina tradicional. A su juicio,

si la enormidad o la vileza del precio cambian radicalmente la posición respectiva de las partes y hieren profundamente la esencia misma del contrato, que dentro de ciertos límites, debe asegurar a cada uno el equivalente de lo que da, nada más natural, lógico, y justo que acudir previsoramente con la acción necesaria para evitar el perjuicio y salvar la naturaleza del contrato, que es el verdadero objeto de la rescisión por causa de lesión enorme⁴.

18. *Derecho contemporáneo*. La acogida dispensada a la institución por el Código Civil Alemán de 1900 le da nuevo impulso. Su artículo 138, después de declarar nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, nulifica en especial aquel acto por el cual una persona, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otra, se hace prometer o dar, para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales desproporcionadas de acuerdo con las circunstancias.

Acompañando esta tendencia, el nuevo artículo 954 del Código Civil, reformado por la ley N° 17.711, establece que

⁴ "Informe escrito de Manuel Quintana en el pleito que Norman Guillermo Scott Schmalling sigue contra María Cristina Diehl sobre nulidad y rescisión de un contrato de compraventa de derechos hereditarios por lesión enorme. 13 de setiembre de 1872", p. 82, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. IX, Buenos Aires, 1873.

podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción, cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Dentro de la misma orientación, el artículo 1198 reformado consagra la teoría de la imprevisión, al permitir la resolución del contrato si la prestación a cargo de una de las partes se tornase excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

RESTITUCIÓN INTEGRAL

19. *Concepto*. Relacionada por sus fines con la lesión, aun cuando de origen y características diversas, la *restitutio in integrum* permite obtener la rescisión de actos perjudiciales y reponer las cosas en su estado anterior.

A diferencia de la lesión, acuñada por los Padres de la Iglesia y basada tan sólo en la existencia de un daño, esta institución es típicamente romana y entre sus requisitos, además del daño, exige una "justa causa", como ser incapacidad (por minoridad, *capitis diminutio*, de-

mencia), ausencia o vicio del consentimiento. De las distintas clases de restitución integral practicadas a lo largo de la historia del derecho, sobresale la restitución de los menores.

20. *Derecho castellano-indiano*. Las Partidas legislan con amplitud sobre la restitución. Las diez leyes que forman el título IX de la sexta Partida desarrollan el tema.

Dispone la ley segunda que si un menor

daño, o menoscabo recibiere por su liviandad, o por culpa de su guardador, o por engaño que le hiciese otro hombre, que debe ser entregado de aquella cosa que perdió, o que se le menoscabó, por cualquiera de estas tres razones, probando el daño, o el menoscabo, y que era menor de veinticinco años cuando lo recibió.

La ley décima amplía el beneficio a los bienes de las iglesias, de los reyes y de los concejos, para que sus guardadores puedan demandar restitución cuando se menoscaben por tiempo, por engaño o por negligencia de otro. La demanda debe interponerse dentro de los cuatro años desde el día en que recibieron el daño. Pero si el menoscabo es tan grande, que monta más de la mitad del precio, pueden demandar la enmienda y restitución hasta los treinta años.

La acción de los menores prescribe a los cuatro años, contados desde la mayor edad, aunque Gregorio López interpreta que también les comprende el beneficio de los treinta.

Vélez Sarsfield, en uno de los apéndices puestos a las *Instituciones de derecho real de España* de José María Álvarez, aclara que para la restitución de los mayores debe dar causa un hecho determinado, contra el cual

la ley haya señalado una acción rescisoria o restitutoria, como ser cuando se contrata por medio o por engaño, cuando el interesado se ausenta por causa de la república, cuando se trata de una enajenación fraudulenta. No sucede así con la de los menores, porque la causa de restituirles es la minoridad misma, circunstancia universal que abraza todos sus actos. De esta observación se infiere el principio de que la restitución de los menores se concede en todos los casos en que expresamente no está denegada por las leyes. Además de la edad, debe concurrir —obviamente— el extremo del daño, que debe ser de alguna consideración.

El efecto que produce la restitución es el de volver las cosas a su primitivo estado, de manera que si se trata de una transacción, se debe reintegrar lo recibido y recuperar lo entregado, con sus frutos. En cambio, no se deshace lo que hubo necesidad u obligación de hacer.

Es sabido que el derecho indiano asimiló al indio a la condición jurídica del menor, por considerarlo también afectado por una incapacidad relativa de hecho. De allí que Juan de Solórzano y Pereira, al ocuparse de sus privilegios, diga que aunque sean mayores de edad se pueden restituir, y decir de nulidad contra los contratos que los perjudican, como está dispuesto por varias cédulas, que los sujetan a la guarda de protectores (Recopilación VI, I, 24 y 27, y VI, 1).

Fúndanse estas cédulas —agrega—, en que aunque los indios son libres, y parece quitar a los tales la libre administración, y disposición de sus bienes, aun cuando abusen de ellos, como lo enseña el derecho, todavía la condición, y sumisión tan notable, y tan rendida, de estos miserables, obligó a que se procediese en sus contratos con este recato; porque no parece que tienen voluntad libre, y estar como están expuestos a tantas asechanzas, y engaños; y porque su fragilidad, facili-

dad, y poca instancia no se convierta, y redunde en daño, y acabamiento de sus haciendas: como hablando de los menores, y mujeres, a quienes los indios se comparan, lo dicen algunos textos ⁵.

21. *Derecho nacional*. Como ocurre con otras instituciones del derecho antiguo, ésta es sometida a crítica en el siglo XIX. Un jurista tradicionalista como el salteño Manuel Antonio de Castro, la justifica en el *Prontuario de práctica forense*, diciendo que este mal llamado privilegio, está fundado en la razón de utilidad pública que debe siempre concurrir para derogar o hacer cesar el efecto de la ley común, a saber, la falta de propio consejo que tienen los menores sujetos al de sus tutores o curadores, y que no es un favor odioso, sino un medio de equidad para ponerlos en igualdad con los demás.

En cambio, Vélez Sarsfield, con su pensamiento crítico hacia esta clase de instituciones, considera a la restitución integral, en la nota de remisión del proyecto del libro primero del Código Civil,

de fatales consecuencias para los derechos de otras personas. Las propiedades, por otra parte, adquiridas por los menores o compradas a ellos, aunque los actos sean los más solemnes y auténticos, quedan por largos años inseguros desde que alegándose perjuicios las más de las veces dudosos o de difícil prueba, se pueden dejar sin efecto los contratos de todo género que sobre los bienes del menor hubieran hecho el padre o el tutor. La reacción que esta legislación trae sobre los bienes de los menores es natural y sus defectos se sienten diariamente, pues sus bienes han venido a quedar casi fuera del comercio ordinario.

En consecuencia, el artículo 58 del Código niega a los incapaces el beneficio de la restitución. La Suprema Cor-

⁵ *Política indiana*, t. I, Madrid, 1972, p. 427.

te de Justicia interpreta, en fallo del 8 de julio de 1872, que al suprimirse el beneficio para los menores queda lógicamente suprimido también para el fisco, y que la supresión es tanto para los contratos como para los juicios, por mediar en todos los casos las mismas razones. En la mayoría de los Códigos de Procedimientos en lo Civil de la época se declara abolida la restitución de los términos y resoluciones judiciales.

CAPÍTULO IV

GARANTIAS

RESPONSABILIDAD PERSONAL Y PATRIMONIAL DE LOS DEUDORES

22. *Derecho romano.* Por el *nexum*, contrato formal más antiguo en la sociedad romana, se crea entre el acreedor y el deudor un vínculo de carácter personal según el cual el objeto del derecho de crédito es en primer término la persona física (*corpus*) del deudor, y por esta razón la deuda no puede ser transmitida entre vivos ni por causa de muerte.

El acreedor adquiere, pues, derechos sobre la misma persona del deudor —o sobre otra persona, si así se estipula—, puede reducirlo a la condición de esclavo y, en la Ley de las XII Tablas, hasta disponer de su vida, mediante el procedimiento privado de la *manus iniectio*. Cuenta Tito Livio que cada casa patricia era una cárcel de deudores cargados de cadenas. El Estado romano no va a tolerar que un ciudadano pueda ser esclavo de otro y, por lo tanto, lo mantiene en una condición similar a la del esclavo pero sin hacerle perder su libertad.

De todos modos, estas graves consecuencias del *nexum* motivan largas luchas entre los patricios acreedores y los plebeyos deudores, a las que pone fin la ley Poetelia (año 326, aJC), liberando a todos los *nexi* y proclamando la abolición de la institución para el futuro. Los acreedores no podrán tener presos a los deudores o a quienes se hubiesen ofrecido en su lugar, antes de pronun-

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

ciada la condena por el juez. La obligación pierde el carácter penal.

La responsabilidad patrimonial del deudor se antepone a su responsabilidad personal, que queda como meramente subsidiaria, bajo la forma de la prisión por deuda, que debe disponer el juez. El patrimonio del deudor se constituye en garantía colectiva del acreedor. A la vicaria máxima *pecuniae creditae corpus obnoxium* ("del crédito por dinero responde el cuerpo") la reemplaza esta otra: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* ("del crédito por dinero deben responder los bienes de los deudores y no el cuerpo").

Además de la prisión o servidumbre del deudor, la otra acción de que disponen los acreedores contra su persona es, a su muerte, la privación de sepultura hasta tener fiador suficiente.

23. *Derecho castellano-indiano*. Entre los visigodos, es frecuente la prisión del deudor por el acreedor para obligarlo al pago. Según varias leyes de Chindasvinto, recogidas en el *Liber iudiciorum*, la responsabilidad personal del deudor debe ser subsidiaria, cuando no tiene bienes suficientes y, a diferencia de lo que se ha venido practicando, sólo se admite cuando existe pluralidad de acreedores, y no uno. En opinión de Francisco Tomás y Valiente, estas leyes establecen la servidumbre perpetua de los deudores.

Los fueros castellanos también contemplan la prisión por deuda, con varios matices. Ora es el mismo acreedor quien aprehende al deudor y lo pasea con signos de cautividad, como ser hierros en las manos o en los pies; ora la prisión aparente (limitada a "meter el pie") o efectiva; ora la entrega al acreedor de la persona del deudor, a falta de presentación de fianzas o prendas; ora la prisión pública, decidida directamente o sólo cuando el deudor no tiene bienes suficientes con que pagar. En los días

y horas de feria los deudores pueden considerarse libres, aun cuando después tengan que doblar la suma adeudada. La misma protección, a los asistentes a las ferias, dispensan las Partidas (V, VII, 3 y 4). Pero el amparo más efectivo lo encuentran los deudores en el asilo eclesiástico.

Las modificaciones que introduce el derecho territorial castellano, con la recepción del derecho común, consisten principalmente en el asentamiento de bienes, como medida para asegurar la comparecencia en juicio, y la ejecución patrimonial forzosa. Ambas instituciones, acota Tomás y Valiente, cumplen fines asignados en los fueros municipales a la prisión por deuda. El asentamiento de bienes tiene la misma razón de ser que la prisión del demandado: obligarlo al pago, y la ejecución, tiende a satisfacer de modo rápido y directo al acreedor cuando el deudor ha sido vencido en juicio.

A medida que se aplican estos nuevos medios, superando resistencias, deja de practicarse la prisión del deudor civil, que sólo permanece en función de la ejecución forzosa, para hacerla posible. Este cambio no se opera, sin embargo, en beneficio de los deudores, sino de los acreedores, porque entonces era preferible el encarcelamiento por tiempo limitado, con la posibilidad de pagar cuando fuera conveniente, a la venta compulsiva de los bienes, sobre todo de las tierras, que eran el único bien económico de valor estable.

Estas disposiciones no se aplican todavía al deudor insolvente, cuya prisión-servidumbre subsiste aparentemente hasta comienzos del siglo XVII. Por otra parte, el deudor puede ser excomulgado y privado de sepultura, o también embargado su cadáver, hasta que el Fuero Real prohíba expresamente el embargo de un hombre muerto y que se impida su entierro, por deuda o cualquiera otra obligación. Las Partidas confirman la norma (VII, IX, 13).

En las Partidas, además, la comparecencia al juicio del deudor se asegura por vía de asentamiento en sus bienes y, si no los tiene, con un fiador. A falta de ambos medios, se le exige que jure que acudirá ante el juez a estar a derecho. Para garantizar el cumplimiento de la sentencia, la Partida tercera dispone la ejecución forzosa de los bienes del deudor y no contempla su prisión, aunque no los tenga. Este régimen no debe interpretarse como de abolición de la prisión-servidumbre del deudor de un solo acreedor, porque por el Fuero Real sigue vigente. Si los acreedores son varios, o el deudor se aviene a cederles todos sus bienes o se lo reduce a prisión hasta que lo haga.

La admisión de la ejecución patrimonial forzosa por las leyes de esta época —dice Tomás y Valiente—, hace que la prisión del deudor surja siempre en función de la ejecución de los bienes, ya por inexistencia de éstos (prisión-servidumbre del Fuero Real) o cuando hizo cesión de bienes (ley de Enrique IV en 1458 y pragmáticas de los Reyes Católicos) o para forzarlo a que dé fiador de saneamiento sobre los inmuebles suyos que han de ser ejecutados (pragmática de Felipe II de 1566). La responsabilidad personal es siempre subsidiaria de la patrimonial y, salvo en el caso de no prestar la fianza de saneamiento, se trata siempre de la prisión del deudor insolvente y, por ello, de la prisión-servidumbre.

No obstante la permanencia de esta legislación, se aplica cada vez menos, al aumentar progresivamente el número de las personas exentas de prisión por deudas: primero los nobles, luego las mujeres (ley 62 de Toro), más tarde los procuradores ante las Cortes, doctores, incluso los criadores de caballos. Más aún, a principios del siglo xvii se suprime la prisión-servidumbre y en la se-

gunda mitad del xix la prisión-coactiva, con lo que desaparecen todas las formas de prisión por deuda⁶.

24. El derecho indiano recepta a la prisión por deuda con las mismas características del derecho castellano. Una ley recopilada (VII, vii, 14) ordena a los oidores que si algún indio estuviere preso por deuda y por no tener con qué pagar, se entregue al acreedor "para que le sirva el tiempo que pareciere necesario a pagar la deuda: y si el acreedor no lo quisiere recibir ni servirse de él en pago, le mande soltar y no permitan que para este efecto se venda a otra persona alguna".

A las exenciones de prisión dispuestas con carácter general, se agregan en Indias otras nuevas. Por ejemplo, la real cédula del 7 de setiembre de 1621, dirigida a la Audiencia de Charcas para ser aplicada en su distrito, que se extiende hasta Buenos Aires, manda que "los conquistadores y feudatarios en las tierras que conquistaron y tienen feudos no sean presos por deudas civiles".

En las visitas de cárcel que periódicamente practican los alcaldes, oidores y otros magistrados, es frecuente que se ponga en libertad a los presos por deudas.

25. *Derecho nacional.* En el siglo xix aumenta el número de las personas exentas. El Reglamento de Administración de Justicia de Entre Ríos de 1849 extiende el beneficio a los empleados, labradores y operarios de las fábricas.

Además se discute la conveniencia de la institución. Entre 1859 y 1860 lo hacen las Cámaras legislativas de Buenos Aires, a propósito de un proyecto de ley sobre

⁶ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXX, Madrid, 1960.

juicio ejecutivo que prevé su mantenimiento, como en efecto se resuelve.

En su favor, sostiene Juan Agustín García que:

Aquel que falta a sus deberes para con otro, y no es exacto en el cumplimiento de sus obligaciones, compromete por este mismo hecho sus propios derechos personales, y mal puede quejarse de que sufra una disminución en los derechos de propiedad o de libertad, desde que él causa una disminución en los derechos de otro... Un deudor de buena fe, a quien sus bienes no le alcanzan para pagar la deuda, o que no tiene bienes ningunos, puede salvarse de la prisión por deudas por las leyes de Partida vigentes hoy, reclamando el beneficio de la cesión de bienes en favor de los acreedores.

En contra, opina Palemón Huergo que

está abolida entre nosotros por el Código comercial, con excepción de aquellos casos en que pudiera haber dolo o fraude... es una pena, y una pena infamante, porque un individuo que es llevado a la cárcel por deudas, sean cuales sean las causas que motivaron la prisión, queda con la mancha infamante de haber sido llevado a la cárcel.

Un criterio restrictivo en la materia sustenta la ley N^o 50, de procedimientos para la justicia federal. Si bien la Suprema Corte de Justicia, que la proyecta, considera que no es oportuna todavía su abolición, limita la prisión por deuda a un término máximo de seis meses, que pueden ser reducidos a tres si el deudor declara bajo juramento que no tiene bienes para pagar y no se le prueba ocultación, dilapidación o pérdida de su patrimonio en el juego. Es la ley N^o 514, del año 1872, la que, con las so-

las excepciones de los casos de quiebra y de insolvencia por dolo o fraude, suprime la institución dentro de la jurisdicción nacional.

En el mensaje que acompaña al proyecto, el presidente Sarmiento y su ministro Avellaneda se refieren a que las provincias han comenzado a suprimirla, a que con su abolición no se presentaron más casos de insolvencia, a que no puede equipararse al insolvente con el delincuente y a que la tendencia moderna es de "libertar las personas, haciendo efectivas únicamente las obligaciones sobre los bienes".

Las provincias que aún no lo han hecho van a dictar disposiciones similares para sus territorios. El nuevo criterio de los Códigos de Procedimientos, empezando por el de Buenos Aires de 1880, consiste en facilitarle al acreedor la traba del embargo preventivo sobre los bienes del deudor.

Es interesante saber que, para evitar el restablecimiento de hecho de la prisión por deuda, el Código Penal de 1922, en su artículo 175, reprime con multa al acreedor que exija de su deudor, a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un cheque de fecha posterior o en blanco, con el propósito de aprovecharse de los efectos penales del libramiento de cheques sin provisión de fondos.

GARANTÍAS ESPECÍFICAS

26. *Garantías personales. Derecho romano.* En Roma —siguiendo a Pietro Bonfante— la ejecución de la obligación puede ser garantida de varios modos. En primer lugar, mediante la constitución de una nueva obligación, que pasa a ser accesoria respecto de la principal. Hay garantías obligatorias, que derivan del mismo deudor, y garantías prestadas por terceros, que reciben la deno-

minación genérica de "intercesiones". En segundo lugar, la obligación puede garantizarse mediante la constitución, por parte del deudor o de un tercero, y a favor del acreedor, de un derecho de prenda o de hipoteca.

Las garantías obligatorias derivadas del deudor son: la fianza (*arrha confirmatoria*), la cláusula penal o pena convencional (*stipulatio poenae*), el juramento promisorio y el constituto de deuda propia.

La fianza por el deudor es la entrega al acreedor de una suma de dinero o de otro objeto, con el compromiso de no recobrarlo en el caso de incumplimiento de la obligación principal. La cláusula penal es la promesa de una prestación —en general, de una suma de dinero: el doble (*stipulatio duplae*)— para el mismo caso. Su uso es frecuente desde el siglo I y se proyecta sobre la edad media, a veces con la modalidad abusiva de la exigencia, por mora, tanto de la ejecución de la obligación principal como de la pena.

El juramento, entendido como garantía, sólo se reconoce contra el menor, para privarlo del derecho de pedir la restitución integral. Por último, el constituto de deuda propia es un pacto por el cual una persona se compromete a pagar en fecha determinada lo que debe, a causa de una relación obligatoria preexistente. Su eficacia consiste en que refuerza el vínculo anterior y lo precisa.

Las intercesiones, por su parte, pueden ser de diversas clases: el tercero puede asumir la obligación, liberando al deudor (intercesión privativa o intervención), u obligarse junto con el deudor principal (intercesión acumulativa). La primera intercesión sólo es posible contratando de nuevo con el acreedor, pues a éste no se le puede imponer la sustitución de un deudor por otro. En realidad, se trata de una novación.

La intercesión acumulativa admite dos especies: o el tercero se obliga en las mismas condiciones que el deudor principal, como obligado solidario, o sólo en forma

subsidiaria. La obligación subsidiaria es la intercesión propiamente dicha y a esta categoría pertenecen: el constituto de deuda ajena, el mandato calificado y la fianza.

El constituto de deuda ajena es un simple pacto, por el cual un tercero promete cumplir una obligación vigente, de la que no es deudor. A diferencia de la fianza, en el constituto las condiciones pueden variar con respecto a la obligación principal, y las modificaciones que se hagan en la una no influyen en la otra.

Mandato calificado se llama al dado a una persona para que preste una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles a un tercero, bajo su garantía de restitución.

27. *Fianza*. La fianza es un contrato formal mediante el cual alguien se obliga a pagar una deuda ajena, en el caso de que no lo haga el deudor principal.

De las distintas formas de fianza que conoce el derecho romano desde los tiempos más antiguos, la única que sobrevive en el derecho justineano es la *fideiussio*, que hace su aparición a fines de la poca republicana. Por ésta, la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal. Adriano concede que si los fideiutores son varios, el demandado pueda exigir que el acreedor divida su acción entre todos (*beneficium divisionis*) y Justiniano, que el fideiutor demandado, pueda oponer al acreedor la persecución previa del deudor principal (*beneficium excussionis*). Ambas excepciones, la de división y excusión, se mantienen en el derecho moderno.

Las preocupaciones morales de los emperadores bizantinos se concilian cada vez menos con la seguridad y rapidez exigidas por los acreedores. En nombre del *favor debitoris* (favor de la ley por los deudores), extienden a los fiadores el plazo de gracia de cuatro meses reconocido a los deudores principales condenados en juicio ejecutivo.

Según Riaza y García Gallo, la alta edad media española conoce un complicado mecanismo de fiadores que, aun teniendo su aplicación principal en las ventas, puede considerarse como un sistema general de garantías. Tanto en la baja edad media como en la moderna, la fianza conserva su importancia como garantía en múltiples actos de la vida jurídica, incluidos los de carácter administrativo y procesal.

Una de las varias clases de fianza, la de estar a derecho, se expresa con la siguiente fórmula:

se obliga que el dicho N. N. estará derecho en todas instancias con la dicha N. N. hasta en la dicha cantidad, y siendo condenado, la pagará como y cuando por juez competente le fuere mandado, donde no el otorgante, y como tal su fiador principal y llano pagador, haciendo como hace de deuda y hecho ajeno suyo propio, y sin que sea necesario hacer excusión en el dicho N. N. ni sus bienes, cuyo beneficio renuncia y las leyes de este caso, lo dará el otorgante y pagará la dicha cantidad o la en que fuere condenado con las costas, y a ello se le ha de poder apremiar por vía ejecutiva, para cuyo cumplimiento obligó su persona y bienes⁷.

28. El senadoconsulto Veleyano (año 46) prohíbe todas las intercesiones de las mujeres, en particular la fianza, al habilitarlas, mediante una excepción, para rechazar las demandas que pudieran recibir por tal causa. Luego Justiniano declara nulas de pleno derecho las intercesiones de las mujeres a favor de sus maridos.

Estas normas se encuentran en los ordenamientos locales castellanos de comienzos de la baja edad media, pro-

⁷ *La vida privada española en el protocolo notarial*. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid. Con un estudio preliminar de don Agustín C. de Amenzúa y Mayo, Madrid, 1950, p. 320-1.

bablemente como consecuencia del mayor orden jurídico que sigue a la consolidación del poder político y a la estabilización de las condiciones de vida⁸.

La ley 56 de Toro, en el año 1505, sólo prohíbe a la mujer que se pueda obligar por fiadora del marido, salvo prueba de que la deuda fue contraída en su provecho. Dada esta disposición, que subsiste hasta la codificación civil, las fórmulas notariales en uso para obligaciones mancomunadas de cónyuges incluyen la renuncia a todas las leyes prohibitivas, desde el senadoconsulto Veleyano, aun cuando los tribunales no la tienen por válida.

29. *Juramento*. Su desarrollo entre los romanos es escaso, pero alcanza difusión en la edad media, a favor del arraigo de los sentimientos religiosos. Recibido primero con reticencia por la Iglesia, como contrario al mandamiento que prohíbe tomar el nombre de Dios en vano, los canonistas posteriores a Graciano hacen del mismo un instrumento eficaz para poner a la voluntad de las partes al abrigo del formulismo de las reglas romanas. Desde entonces, casi todos los contratos son confirmados por un juramento, que prevalece sobre las normas del derecho secular y que produce el efecto de sujetar el contrato a la jurisdicción eclesiástica.

En la época moderna, las tendencias secularizantes en boga combaten el uso del juramento, tanto para la validación de los contratos como en función probatoria dentro del proceso. Al margen de estas ideas, como consecuencia del debilitamiento de la fe religiosa, pierde valor para convertirse en una mera fórmula ritual.

Una ley de la Asamblea General Constituyente de 1813, dictada a iniciativa de Tomás Antonio Valle, eli-

⁸ JESÚS LALLENDE ABADÍA, *La recepción española del senado consulto Veleyano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLI, Madrid, 1971.

mina la exigencia del juramento en los contratos y en todos los actos contenciosos, civiles y criminales. A juicio de Valle, el juramento era incapaz de suplir la aptitud o buena fe de los contratantes y resultaba, por lo tanto, superfluo. Esta ley es derogada por el Reglamento Provisorio de 1817. Sin embargo, la decadencia de la institución en el siglo XIX resulta irreversible.

30. *Garantías reales*, § 87-89.

CAPÍTULO V

CONTRATOS EN PARTICULAR

COMPRAVENTA

31. Tomás de Mercado, moralista español del siglo XVI, escribe que "tres contratos (entre otros) usan mucho las gentes... El uno es vender, y comprar. El segundo alquilar, y arrendar. El tercero prestar". De estos tres contratos —compraventa, arrendamiento y préstamo— paso a ocuparme, comenzando por el primero.

32. *Derecho romano*. El derecho romano conoce cuatro contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, de los cuales, mientras los dos primeros tienen una clara finalidad económica, los dos últimos están dominados por el *intuitus personae*, o sea basados en consideraciones de amistad personal.

En la compraventa clásica (*emptio-venditio*), a diferencia del derecho moderno, el convenio no transmite la propiedad. Hace nacer la obligación de entregar el objeto y sólo por esta entrega material el comprador se convierte en propietario.

Desde Constantino hay una marcada tendencia a considerar a este contrato de una manera distinta a la jurisprudencia clásica; como un acto único, del cual resulta el efecto traslativo. Con esto retrocede a su primitiva forma, el trueque, que produce directamente el cambio de propiedad. El pago del precio pasa a ser esencial. Si no lo hace el comprador, no sólo queda obligado a su

compensación, sino que pierde la propiedad. El caso se considera como de fraude y la venta es nula.

33. *Derecho castellano. Caracteres.* Dice Ramón Fernández Espinar que la tendencia iniciada en el derecho romano vulgar, de concebir a la compraventa como un acto instantáneo, de permuta inmediata del objeto por el precio, y que es continuada por el derecho visigodo, está presente en los primeros siglos de la Reconquista, incluso más acentuada, pero no tanto por la influencia romana como por las circunstancias políticas, económicas y culturales de la época.

El Fuero Viejo de Castilla es el texto que mejor refleja esta concepción real de la compraventa, al hacer depender la perfección del contrato de la entrega de la cosa. Establece que cuando se efectúa la venta de un objeto, ésta es plenamente firme y no se puede retraer a partir del momento mismo en que el objeto se entrega al comprador.

El medio normal de asegurar el cumplimiento de lo estipulado es la entrega de una señal o arras. Las arras en el derecho medieval español tienen, a diferencia del derecho romano clásico y del visigodo, donde son un elemento de perfeccionamiento del contrato, y a semejanza del derecho justiniano, un valor penitencial: una vez recibida la señal o arras, no se pueden arrepentir ni el comprador ni el vendedor. Si desiste el comprador, sufre su pérdida, y si lo hace el vendedor, debe devolver el duplo de la cantidad recibida.

Se practica la tradición en la venta de inmuebles (§ 52).

34. *Tanteo y retracto.* Dos de las instituciones más típicas relacionadas con la compraventa, son el tanteo y el retracto gentilicio, consecuencia de la fuerte cohesión que exhibe el grupo familiar en la época de la Recon-

quista, y que tienden, precisamente, a evitar que los bienes inmuebles de abolengo (§ 44) salgan del grupo. En ambos casos los parientes son quienes tienen el derecho de preferencia para adquirir.

En el tanteo, la posibilidad de adquisición la tienen en el momento mismo de la venta, pagando el mismo precio ofrecido por el comprador. Otras veces el precio se determina por tasadores. Sólo los familiares más próximos gozan del derecho. Para poder ejercerlo, deben ser notificados por el vendedor, en forma directa o por pregón.

El retracto se concede a las mismas personas y con respecto a los mismos bienes, pero para después de efectuada la venta, a fin de "retraer" el bien de abolengo o parentela a la familia. Dentro de un plazo breve, que se cuenta desde el momento en que se hace pública la venta —sea privada o en pública almoneda, conforme la ley 70 de Toro—, debe ejercerse. El titular del derecho se coloca en este caso en la misma posición que el comprador, a quien debe devolverle el precio que pagó a cambio de la heredad.

Cuando el vendedor no cumple con el requisito de la publicidad y transcurre el término, la venta queda firme, pero el pariente perjudicado tiene acción para reclamarle al vendedor la entrega de otro bien similar o, en concepto de indemnización, la cuarta parte del precio percibido⁹.

Bartolomé de Albornoz fundamenta el retracto en

el bien público (que se ha de preferir al particular) y este bien público consiste en favorecer la libertad, y a los menestrales antes que a los mercaderes, y que las heredades no salgan de la familia en que están, y se

⁹ RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa en el derecho medieval español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXV, Madrid, 1955.

conserven (lo más que sea posible) porque de la conservación de ellas depende la de la ciudad, y de ésta de la ciudad, la del reino. Asimismo pretende que las heredades se conserven en uno, y no se desmembran en diferentes partes, sino que lo desmembrado se consolide, y lo que naturalmente es uno, y está de sí mismo apartado, se junte, que es el fin de la naturaleza, procurar de conservar a la especie.

Mariano Moreno, en un escrito forense del año 1808, enuncia las reglas que rigen al retracto y nos da el concepto nuevo que sobre la institución se ha formado el siglo XVIII. Dice así:

como este derecho es opuesto a la libertad con que cada uno puede disponer de sus bienes, como con él se destruye la facultad de preferir a cualquiera en su enajenación, y se limitan las propiedades esenciales de un legítimo dominio, se han prefijado por las leyes y jurisprudencias reglas seguras, que designando los límites a que únicamente puede extenderse, libertan al comprador extraño de toda usurpación, conteniendo al pariente que intenta retraer en los justos términos a que debe reducir su pretensión. De estas reglas es la primera, que el derecho de retraer es odioso, y que por lo mismo debe restringirse y limitarse en todos los casos, que no se hallen comprendidos en expresa disposición... Segunda regla, el derecho de retracto no se extiende sino hasta el cuarto grado inclusive (ley 73 de Toro)¹⁰.

Además del retracto gentilicio, a favor del pariente del vendedor, se reconoce el derecho de retracto en beneficio del titular del dominio directo, cuando la cosa se vende por el superficiario, y viceversa, y por el condómino, respecto de la cosa común, aun con preferencia a los parientes (ley 74 de Toro).

¹⁰ MARIANO MORENO, *Escritos*. Prólogo y edición crítica de Ricardo Levene, t. I, Buenos Aires, 1956, p. 218-226.

35. Un caso judicial célebre de retracto gentilicio fue el que se suscitó en Buenos Aires, en 1833, entre José María Riglos, como demandante, y Nicolás Anchorena y Estanislada Arana de Anchorena, como demandados. Tomás O'Gormann y Concepción Riglos de O'Gormann, hermana del primero, vendieron a la señora de Anchorena una casa de abolengo de la familia Riglos y tres hilos de perlas, con la condición de que la venta fuera conjunta. El boleto de venta se firmó el 18 de octubre de ese año y la escritura, el 15 de noviembre.

Riglos presenta su demanda el 18 de noviembre, patrocinado por José Francisco Acosta, fundado en que el plazo para retraer de nueve días debe contarse desde la fecha de la escritura, oportunidad en que se practicó la tradición, y en que la casa puede retractarse separadamente de las perlas, que no son retraíbles.

Los demandados, con el patrocinio de Eduardo Lahitte, contestan que la tradición fue anterior a la escritura, cumpliéndose con la presentación de la señora de Anchorena, por los vendedores, a los inquilinos, como nueva dueña, y que por haber transcurrido más de los nueve días que marca la ley, la acción está prescripta.

La causa tiene una tramitación excepcional, pasando por cinco instancias. El juez de primera instancia Roque Sáenz Peña y el de alzada Pedro Medrano, fallan a favor de los demandados. Pero la Cámara de Justicia, en ambos grados (vista y revista), lo hace a favor del actor y decide que debe adquirir también las perlas, salvo interés contrario de los demandados.

Cuando tres años después del fallo de revista, en 1838, se restablece por ley el Tribunal de Recursos Extraordinarios, Anchorena recurre ante el mismo y éste, fallando con carácter retroactivo, revoca la sentencia de la Cámara y resuelve definitivamente el asunto a favor del matrimonio Anchorena. Veinte años después, caído Rosas, quien había influido para que se tomara esta deci-

sión, la parte de Riglos intenta sin éxito que el Cuerpo Legislativo declare la irretroactividad de la ley de 1838.

36. Un año antes de que se sancione el Código Civil, las Cámaras Legislativas de la provincia de Buenos Aires, reunidas en Asamblea General, dictan la ley por cuyo único artículo "queda abolido el derecho de retracto gentilicio".

Autor del proyecto es el diputado José Antonio Ocantos. La discusión gira en torno a su oportunidad, dado que el Código Civil está en avanzado estado de redacción. Este pensamiento prevalece en el Senado. En cambio, la Cámara de Diputados, cuya opinión se impone en la Asamblea General, se inclina por la sanción. Los argumentos de fondo los da Amancio Alcorta en la sesión del 9 de octubre de 1867:

Los grandes principios conquistados por la Economía Política nos llevan a ideas muy distintas de las que sirven de base al derecho del retracto gentilicio. La propiedad no es hoy la única fuente de la riqueza pública ni privada, y su inmovilidad sólo trae la despo- blación y la pobreza. Su libre transmisión y su transformación en capitales movibles y circulantes, que constituye hoy la fuente de las grandes instituciones de crédito territorial, no pueden avenirse con las trabas que impone este derecho y con la inmovilidad que condena a un cúmulo tal de riqueza.

Por otra parte, ni antes, ni ahora él no ha producido los efectos que se esperaban. Reducido tan sólo a la compraventa ha podido y puede ser burlado impunemente por cualquiera de los otros contratos... Así también los inconvenientes que el ejercicio de este derecho ofrece hoy en la práctica son inmensos y sin resultado alguno, a no ser un semillero de pleitos, y abrir la puerta al perjurio con el juramento que se exige para adquirirlo, y que nunca tiene una fuente de verdad.

En forma coincidente, Vélez Sarsfield proscribió a la institución del Código Civil, admitiendo únicamente el pacto de retroventa, como cláusula especial que las partes pueden agregar al contrato (arts. 1366 y 1380 a 1390).

ARRENDAMIENTO

37. *Derecho romano.* El derecho romano abraza en el contrato consensual de la *locatio-conductio* tres figuras separadas del derecho moderno: el arrendamiento de cosa (*locatio-conductio rei*), con sus especies, el arrendamiento de inmuebles urbanos y rústicos o colonato; el arrendamiento de servicios (*locatio-conductio operarum*) y el arrendamiento de obra (*locatio-conductio operis*), de las cuales la menos usual en Roma es la segunda, al perder interés frente a la difusión del trabajo servil y a que no puede aplicarse a las personas libres que ejercen profesiones liberales, para quienes existe el mandato.

Como vieja modalidad del arrendamiento de obra está el transporte marítimo. La célebre ley *Rhodia de iactu* dispone que todos los propietarios de las mercancías participen en las pérdidas que acontezcan a éstas o a la nave en caso de tempestad.

38. *Derecho castellano.* Aparentemente, ni en el derecho visigodo ni en el de la alta edad media castellana la institución adquiere rasgos novedosos, salvo las diferencias que de una a otra región se constatan acerca de la duración del contrato y de la forma de pago del precio. Considerada en el derecho castellano y en el común como próximo a la compraventa, la capacidad exigible y la regulación del precio, en dinero o en especie, se realizan a su imitación. Por la duración, el contrato puede ser temporario, con tácita reconducción, o perpetuo y hereditario. El derecho se inclina a favorecer al arrendador por sobre

el arrendatario, a fin de asegurarle la percepción de los alquileres.

Tanto como el arrendamiento rural o colonato, empleado para la explotación agraria, alcanza notable desarrollo en la edad media el arrendamiento de bestias. El ordenamiento local castellano, para proteger su valor económico, hace responsable de indemnización al arrendatario que las conduce más lejos de lo convenido o que las carga en demasía.

Una regulación amplia del contrato se encuentra en el Fuero Real y en las Partidas y está inspirada en el derecho romano. En el Fuero Real, el arrendador de una casa por tiempo determinado sólo puede dar por terminado el arriendo antes del plazo convenido cuando hay necesidad de rehacer la casa o cuando el inquilino la daña. Este, por su parte, no puede desistir del arrendamiento antes de cumplido el plazo, sin pagar lo pactado por todo el tiempo, a menos que el propietario, en caso de necesidad, se niegue a reparar la casa.

La falta de pago de dos anualidades vencidas da acción al propietario de una casa para pedir el desalojo. Tratándose del arrendamiento de una viña, otra causal de desalojo es el incumplimiento de las labores y trabajos de conservación y mejoramiento que se hubiesen estipulado. Por el pago del alquiler, responden los aperos y muebles introducidos por el arrendatario.

Las Partidas distinguen el arrendamiento, que aplican principalmente a las heredades, del "loguero" (locación), que reservan para las personas, bestias, muebles y el fletamento de los navíos. Regulan minuciosamente la situación derivada de la pérdida de frutos y el pago de gastos y mejoras en los arrendamientos rurales.

Si sucede una calamidad tan excepcional que no cabe incluirla entre las condiciones implícitas del contrato, el daño debe ser soportado conjuntamente por las dos partes: el dueño pierde la renta y el arrendatario lo gastado

en el cultivo; pero si el riesgo es de naturaleza previsible, recae únicamente sobre el segundo. Si se pierde parte de los frutos sin culpa del arrendatario, éste tiene opción de pagar el alquiler o de entregarle al dueño los frutos, deducidos los gastos. La solución varía cuando hay pacto en contrario y cuando el arrendatario, en otro año, ha obtenido beneficios extraordinarios que compensan la pérdida. Prevé también que si por causas naturales la tierra produce el doble de frutos, se debe doblar el alquiler.

Además de las causales de desalojo del Fuero Real, las Partidas contemplan la necesidad que tenga el dueño de disponer de la casa para sí o para sus hijos, en cuyo caso debe proporcionarle al arrendatario otra o descontarle la parte proporcional del alquiler; y el mal uso. Para la aplicación de todas estas normas, téngase presente que, como dice el práctico José Febrero, el arrendamiento es un contrato *bone fidei* y no *stricti iuris*, y que por eso tiene mucho lugar la epiqueya y equidad del juez.

39. *Leyes proteccionistas. Auto acordado del 31 de julio de 1792.* En siglos posteriores, nuevas disposiciones se van a ocupar especialmente de proteger a los arrendatarios.

En el sector rural, mientras en regiones tales como Vizcaya, Navarra y parte de Aragón, están en uso los arriendos a largo plazo, renovables de padres a hijos, en Galicia, Castilla la Vieja y Asturias, predomina el arriendo a corto plazo (colonato), e incluso el subarriendo (foro), que contribuyen, tanto al minifundio, como al aumento exagerado del precio. Este sistema, escriben Juan Mercader Riba y Antonio Domínguez Ortiz, da pie a injustos desahucios e inculca al cultivador del suelo una sensación de inseguridad que resulta económicamente perniciosa.

Ante las reiteradas quejas de los labradores castellanos, los Borbones intervienen para prorrogar los contratos de cultivo, obligar a los propietarios a recibir los pa-

gos en especie e impedir que los arriendos sean rescindidos a capricho por los herederos de los feudos. En otro sentido, dan garantías a los colonos, a cambio de su compromiso de residir en la tierra, de cultivarla por sí mismos y de proveerse de instrumentos adecuados¹¹.

La misma tendencia se registra en materia de arrendamientos urbanos. Ya a fines del siglo xvii se insinúa la legislación proteccionista, que tiene su manifestación más notable en el auto acordado del Consejo de Castilla del 31 de julio de 1792 (Novísima Recopilación VIII, x, 10), dictado para Madrid, pero aplicado también fuera de la villa. Su causa hay que encontrarla en el crecimiento explosivo que por entonces tiene la población y en la consiguiente escasez de viviendas.

Determina la prórroga forzosa de los contratos cada diez años, con revisiones periódicas del alquiler sobre la base del derecho de tasa y retasa, con lo que pasa a ser uno de los primeros precedentes de prórroga por ley del término convencional de la locación. Además, prohíbe el subarriendo de vivienda sin el consentimiento del dueño; permite la transferencia de los locales de negocio; dispone el cese de la locación por ausencia injustificada del arrendatario; prohíbe el arriendo de más de una habitación por inquilino; autoriza al dueño a recuperar su vivienda para ocuparla, sin tener que probar necesidad, como lo mandaban las Partidas; confirma la costumbre de Madrid de pagar los alquileres por semestre adelantado, y ordena que los jueces determinen las demandas sobre arrendamientos sin figura de juicio.

Jovellanos, en el "Informe sobre la ley agraria", se opone al auto acordado, argumentando que es injusto porque priva al propietario de la libertad de contratar y de la utilidad consiguiente, y que su efecto sólo puede ser mo-

¹¹ *Historia social y económica de España y América*. Dirigida por J. Vicens Vives, t. IV, Barcelona, 1977, p. 13.

vos arriendos subirán ansiosamente sus rentas, volviendo inútil el privilegio¹².

40. *Derecho indiano*. En Indias, la figura del arrendamiento, tanto rural como urbano, se difunde ampliamente, llegándose a utilizarla para disimular verdaderas ventas, con el objeto de eludir el pago del derecho de alcabala. Por eso, la real cédula del 21 de agosto de 1777 dispone que, pasando la locación de los diez años, debe tributar el derecho,

por el fraude que se comete, o se presume en esta especie de locaciones; y declaro que para que no se cause, se han de hacer los arrendamientos por menos tiempo que el de diez años, y sin cláusulas que indiquen perpetuidad, ni traslación de dominio u otra equivalente.

Al Río de la Plata llega el auto acordado de 1792 y su aplicación es objeto de controversia hasta la mitad del siglo xix, como lo demostró Salerno.

En 1796, Juan José Castelli sostiene, como letrado patrocinante, su conveniencia, por presentarse en Buenos Aires problemas análogos a los de Madrid, debido al notable incremento de la demanda de viviendas y al aumento consiguiente de los alquileres. Opina que en tales circunstancias la aplicación del auto es de razón, de equidad y de prudencia. La Audiencia participa de su opinión.

Poco después, en 1808, Mariano Moreno, en otra causa judicial, expone ideas contrarias. Dice que

¹² MARCELO URBANO SALERNO, *Aplicación en el Virreinato del Río de la Plata del auto acordado del 31 de julio de 1792 sobre arrendamiento de casas de Madrid*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXVI, Nos. 101-102, México, 1976.

jamás se conseguirá el interés y bien general de los pueblos, mientras una completa libertad en todos los ramos no conduzca por sí misma el equilibrio que debe presidir entre ellos. Toda ley, o estatuto, que en materia de intereses, proteja a una clase con desigualdad, producirá el perjuicio de unos con muy corta ventaja de los otros. Cualquiera protección exclusiva, preferencia, privilegio, u ordenanza a favor de los inquilinos arruinará a los propietarios, y con el tiempo se conocerá que no reportaron aquéllos un verdadero beneficio.

41. *Derecho nacional.* En las primeras décadas del siglo XIX siguen siendo objeto de preocupación los arrendamientos urbanos.

En el curso de derecho civil que Pedro Somellera dicta en la flamante Universidad de Buenos Aires se ocupa del problema que significan los alquileres sin tiempo determinado y los muchos pleitos que provocan. Dice que los más se inclinan en favor de los propietarios y dejan a su arbitrio el desalojo de los inquilinos, pero a su juicio, tratándose de un contrato de buena fe, deberían mirarse mucho las circunstancias, los objetos y fines del arrendamiento. Propone que en defecto del contrato se fije por ley un término de dos años para el arriendo de casas. En 1825, una ley provincial establece el requisito del contrato escrito, para el alquiler de predios urbanos e inquilinatos, como condición para que el arrendatario pueda resistir el desalojo.

En la década del 40 se insiste en la aplicación del auto acordado de Madrid de 1792, contra la opinión de Vélez Sarsfield, para quien deben observarse las Partidas. Y aunque no hubiese otra ley que el auto acordado —afirma— “la justicia, la razón, las necesidades del pueblo harían necesaria la no observancia de él”. Se consolida de esta manera la corriente liberal, contraria al intervencionismo estatal en materia de arrendamientos.

En las provincias del interior, tiene interés el “fuero gaucho”, reconocido por Martín de Güemes a sus soldados a partir de 1816 y en cuya virtud quedan eximidos de pagar alquiler cuando el dueño no es “patriota conocido”. Poco después se generaliza el privilegio, a favor de todos los enrolados en el ejército y contra todos los propietarios, sin distinción de ideas. En 1838 se ratifica la vigencia del fuero, pero desde unos años antes se reconoce a los propietarios un crédito a cargo del gobierno de Salta¹³.

Un decreto jujeño de 1836, reiterado nueve años después, tiende a suprimir un abuso que se ha hecho práctica en los contratos de arrendamiento rural: la exigencia, además del precio, del trabajo personal del inquilino, al cual le da el nombre de “obligación”. Por el decreto se elimina el carácter forzoso de estas “obligaciones” y se deja a los arrendatarios en la libertad de cumplirlas o no.

Al redactar el Código Civil, Vélez Sarsfield se basa en el principio de la libertad de contratación y en la noción de la inconveniencia de los arrendamientos largos. Escribe en la nota al artículo 1505 que

un arrendamiento hace siempre que la cosa no se mejore, y cuando fuese de treinta, cuarenta, o noventa años, sería sumamente embarazoso para la enajenación de las cosas, y para su división entre los diversos comuneros, que por sucesión viniesen a ser propietarios de la cosa. Tanto por una razón de economía social, como por no impedir la transferencia o enajenación de las cosas, o por no embarazar la división de las herencias, hemos juzgado que no debían permitirse los arrendamientos que pasen de diez años.

¹³ LILIA FANNY PÉREZ DE ARÉVALO, *El fuero gaucho*, en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires, 1978.

PRÉSTAMO

42. Se entiende por préstamo en Roma el contrato real (mutuo) por el cual una de las partes transfiere en propiedad a otra ciertas cosas apreciadas en número, peso o medida (fungibles, casi siempre dinero), mientras que la parte que las recibe se obliga a devolver en un plazo convenido otro tanto de la misma calidad y especie. El pacto de los intereses es extraño al mutuo, que sólo admite restitución en la misma medida de la dación o en una medida inferior, pero nunca superior. El pago de intereses forma, pues, un negocio separado. Sólo en casos excepcionales, el derecho romano reconoce la obligación de los intereses a base de un pacto que se incorpora al mutuo; ello ocurre cuando son el fisco, las ciudades o los hijos de familia quienes lo contraen.

El principal problema que se crea en la historia del derecho, en torno de este contrato, es el de la usura (§ 10-13). Pero a pesar de todas las restricciones morales y legales que debe soportar, el préstamo a interés se extiende notablemente, sobre todo desde la baja edad media, en la misma medida en que se desarrollan el comercio y los demás factores del sistema económico precapitalista. De todas las figuras jurídicas vinculadas al préstamo, la preferida por los mutuantes hasta comienzos del siglo XIX es el censo (§ 75).

Como ejemplo de escritura de mutuo, presento la siguiente, otorgada en Buenos Aires en 1753:

Sean cuantos esta carta de deudo, y obligación vieren como yo don N. N., vecino de esta ciudad, por la presente otorgo que debo, daré, y pagaré realmente con efecto, y sin pleito alguno a don N. N., al susodicho, sus herederos, y sucesores, y a quien su derecho y causa hubiere, y en el de esta escritura le sucediere en cualquier manera que sea, a saber la suma y cuantía de X pesos, los mismos que por hacerme amistad, y buena

obra, me ha suplido, y prestado en dinero de contado a toda mi satisfacción, y contento antes de este otorgamiento, sobre cuyo recibo por no ser de presente renuncio la excepción, y leyes de la *non numerata pecunia* (§ 10), las de la entrega, su prueba, engaño, término y demás del caso, como en ellas, y en cada una se contiene, y declara de que otorgó a favor de dicho acreedor el más bastante recibo, y carta de deudo que a su derecho convenga. Y como líquido, llano, y verdadero deudor que soy, y por tal me constituyo de la expresada cantidad de los X pesos me obligo a se los dar, y pagar en plata acuñada y moneda corriente de a ocho reales el peso, y no en otro género de paga dentro del término de diez y ocho meses que han de correr, y contarse desde hoy día de la fecha de esta carta en adelante, y si al expresado plazo, no hiciere la referida paga soy obligado a satisfacer los intereses, según se estila, y es corriente en comercio, sin perjuicio de lo ejecutivo... A cuyo cumplimiento, paga y seguridad de la expresada cantidad me obligo con mi persona, y bienes muebles, y raíces habidos y por haber con poderío, y sumisión a las justicias, y jueces de Su Majestad...¹⁴

¹⁴ Protocolo del escribano Joseph Ferrera Feo. Año 1753, fs. 13-14. Archivo General de la Nación, IX, 49-2-7.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

La bibliografía existente acerca de la historia del derecho castellano, indiano y nacional de las obligaciones y contratos es muy escasa. De las obras generales, la más específica es la de PAUL OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, T. I: *Derecho de obligaciones*. Traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén, Barcelona, 1960, por las notas de Fairén sobre el derecho español, pero que distan de ser completas.

En manuales de historia del derecho español se pueden encontrar referencias al tema. Es, principalmente, el caso de: ROMÁN RIAZA y ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1935, y de JESÚS LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970, éste con interesantes referencias bibliográficas. Alguna mención hace también JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, t. II, Buenos Aires, 1945.

La bibliografía especial, relativa a aspectos parciales de este derecho, es más numerosa, aunque distante de ofrecer un panorama integral del tema. Varios de los estudios realizados, casi todos en España, están citados en las notas de pie de página y allí me remito. En la Argentina, se trata todavía de un terreno virgen, pendiente del interés de los historiadores del derecho. Publicados en Buenos Aires, destaco, por la orientación ideológica que proporcionan, los estudios de MICHEL VILLEY reunidos bajo el título *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, edición de la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, 1980.

Levaggi, Abelardo
Historia del Derecho de las obligaciones contratos y cosas. Buenos Aires. Ed. Perrot, 1982.
Lecciones de Historia Jurídica IX
Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Segunda Parte

C O S A S

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

CAPÍTULO VI
C O N C E P T O

COSAS. INMUEBLES Y MUEBLES

43. *Derecho romano.* Como dice Pietro Bonfante, la cosa (*res*) en el derecho romano es una parte limitada del mundo exterior, que en la conciencia social se concibe como una entidad económica independiente. Sólo puede ser objeto de los derechos reales esta cosa material, el "*corpus*". Elementos no visibles ni palpables (por ejemplo, el gas) son desconocidos como entidades económicas y, por lo tanto, como objeto posible de derechos. Tampoco son cosas los objetos inmateriales (prestaciones, servicios).

Una primera clasificación de las cosas distingue a las que están en el comercio (*res in commercio*) de las que no lo están (*res extra commercium*). Estas se subdividen en: fuera del comercio por derecho divino y por derecho humano. Fuera del comercio por derecho divino están las cosas sagradas (*res sacrae*), que se dedican al culto de los dioses superiores; las cosas religiosas (*res religiosae*), como los sepulcros, consagradas a los dioses inferiores, y las cosas santas (*res sanctae*), como los muros y puertas de la ciudad.

Fuera del comercio por derecho humano, figuran las cosas comunes para todos (*res omnium communes*), como el aire y la alta mar; las cosas públicas (*res publicae*), como los caminos, puertos y ríos, y las cosas universales

(*res universitatis*), destinadas para el uso público de los habitantes de una ciudad, como los teatros y las calles.

Inspirándose en la clasificación romana, las Partidas distinguen entre las cosas de este mundo, aquellas.

que pertenecen a las aves, y a las bestias, y a todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas, también como los hombres, y hay otras que pertenecen tan solamente a todos los hombres, y otras son que pertenecen apartadamente al común de alguna ciudad, o villa, o castillo, o de otro lugar cualquiera donde los hombres moren, y otras hay que pertenecen señaladamente a cada un hombre, para poder ganar, o perder el señorío de ellas (III, xxviii, 2).

Varias otras clasificaciones conocen los romanos, pero de todas, la más importante desde el punto de vista económico-social, la *summa divisio rerum*, es la que contrapone a las cosas aprehensibles (*res Mancipi*) las no aprehensibles (*res nec Mancipi*). Pertenecen a la primera categoría los bienes más valiosos de la época: los fundos de propiedad de los ciudadanos, situados en suelo itálico; los esclavos, las bestias de tiro y carga, las servidumbres rústicas. El resto de las cosas, incluido el dinero, no es aprehensible.

Las diferencias jurídicas entre una y otra clase de bienes son fundamentales, especialmente en orden a la transmisión: solemne y pública para las cosas aprehensibles, y natural y simple para las otras.

En el período post-clásico, modificada la vieja estructura agraria de la economía romana y desaparecidas las diferencias entre los fundos itálicos y provinciales, esta división cae en desuso. La reemplaza, la que distingue a las cosas inmuebles (*res immobiles*) de las muebles (*res mobiles*), nuevas palabras con las que se denominan los objetos de interés social y de mero interés individual, respectivamente.

Pera lo cierto es que esta clasificación nunca va a adquirir demasiada importancia en el derecho romano, porque muebles e inmuebles están sometidos a los mismos principios jurídicos en cuanto a la adquisición, transmisión y pérdida de la propiedad y demás derechos reales, con algunas excepciones, como el plazo para usucapir y el régimen de la protección posesoria. En cambio, los derechos germánicos, sí distinguen en forma radical a muebles e inmuebles, organizando en torno de cada uno un sistema diferente de derechos reales¹⁵.

44. *Derecho medieval*. En la alta edad media, la tierra adquiere notable importancia en todos los órdenes y condiciona al derecho. Como dice García de Valdeavellano, de la tierra se deriva la condición jurídica y social de los individuos, según sea su relación con la misma: el señor, el colono, el siervo de la gleba. De la propiedad de la tierra depende el puesto de cada cual en la vida. De ahí que el bien inmueble necesite de una tutela más rigurosa. En cambio, el derecho mobiliario queda relegado. En materia de posesión, de adquisición de la propiedad, de derechos reales, de patrimonio familiar, de derecho hereditario, los bienes muebles e inmuebles se subordinan a principios jurídicos distintos.

En la baja edad media, la formación en las ciudades de patrimonios mobiliarios cuantiosos, a causa del renacimiento industrial y mercantil, fortalece los rasgos individualistas de la propiedad mueble, movimiento que, impulsado por la recepción romanista, persiste hasta nuestros días.

Además de la tierra, que es naturalmente inmóvil, es inmueble en el derecho español medieval lo que está unido a la tierra (por ejemplo, edificios, árboles, plan-

¹⁵ LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *Estudios medievales de derecho privado*, Sevilla, 1977, p. 4-5.

tas); lo que siendo por la naturaleza mueble, el derecho lo considera inmueble para fines sucesorios (por ejemplo, un vaso de plata, un manto), y los bienes físicamente muebles que sirven económicamente a un inmueble (siervos de la gleba, aperos de labranza).

Viceversa, además de las cosas muebles por naturaleza y semovientes, son muebles "lo que el fuego consume" (una casa de madera). A diferencia de los inmuebles, que están ligados a la comunidad patrimonial de la familia, los muebles tienen un carácter más individual: son los objetos de uso personal (armas, caballo, vestidos).

En la edad media los bienes se clasifican, además, y según distintos criterios, en: alodiales o libres y sujetos a vínculos de señorío (behetrías (§ 70), prestimonios, solariegos); de abolengo o parentela, que son de propiedad familiar y forman una parte de los que la alta edad media considera como "propios", categoría dentro de la cual están, también, los obtenidos mediante el trabajo o industria del titular, compra, donación, es decir, todos aquellos estrictamente personales, por oposición a los bienes de propiedad ajena recibidos en feudo¹⁶. Frente a estos bienes de abolengo o parentela están los adquiridos o de ganancia, que son de libre disposición. Otra clasificación es la de bienes de propiedad individual y de propiedad común.

45. *Derecho moderno*. La importancia que conserva la tierra en la edad moderna, asegura a la clasificación de inmuebles y muebles su vigencia hasta la época de la codificación. La primera clasificación de las cosas que trae el Código Civil es, precisamente, ésta: "muebles e

¹⁶ ALFONSO GARCÍA GALLO, *Bienes propios y derecho de propiedad en la alta edad media española*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXIX, Madrid, 1959.

inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo" (artículo 2313).

La tierra, bien inmueble por excelencia, y los elementos que la sirven económicamente, son rodeados jurídicamente de mayores garantías que las cosas muebles para su transmisión: presencia de testigos primero y registro después. Pero en los siglos XVIII y XIX las ideas económicas liberales, partiendo del principio de que la riqueza se acrecienta con la circulación libre, intentan aplicar a los inmuebles el régimen de los muebles, para facilitar su transmisión (§ 54). Este proceso de acercamiento de las dos categorías se ve reforzado por el hecho de que, desde el siglo XIX, los bienes muebles tienen tanta o mayor importancia económica que los otros.

DERECHOS REALES

46. *Derecho romano*. Entre los romanos, el derecho real es el señorío que ejerce una persona sobre una cosa, independientemente de la relación en que ésta se halle con otras personas. Está tutelado por una acción *in rem* (a diferencia de la *actio in personam* = acción personal), que se dirige contra la cosa a la cual se tiene derecho, con prescindencia de la persona de su poseedor, y cuyos efectos se producen frente a la cosa, es decir, contra todos (*erga omnes*) y no sólo contra el demandado.

En realidad, como dice Vélez Sarsfield en la nota al título *De los derechos reales* del Código Civil, el derecho romano no formula científicamente la clasificación de derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas. Con el correr del tiempo, los caracteres atribuidos a éstas les son aplicados a los títulos mismos invocados en juicio.

Los derechos reales conocidos por los romanos son: la propiedad, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie

y, en la opinión general, la prenda y la hipoteca. Pero entre la propiedad, derecho real máximo, y los demás derechos existe tal diferencia de grado que no puede hablarse de una misma categoría conceptual.

Por otra parte, los otros derechos reales tienen carácter subordinado, ya que no pueden surgir sino sobre una cosa que sea propiedad de alguien, como expresa Bonifante. Los romanos los llaman "*iura in re*" (derechos en la cosa) y los modernos "*iura in re aliena*" (derechos en cosa ajena), frente a la propiedad, que es "*ius in re propria*" (derecho en la cosa propia).

Son los glosadores quienes, por primera vez, incorporan a la propiedad a los *iura in re*, para formar una categoría única.

47. *Derecho canónico.* El derecho canónico —expone Manuel Fairén— elabora una nueva categoría jurídica, la del "*ius ad rem*" (derecho a la cosa), como derecho real *sui generis* y la aplica a la situación del clérigo presentado a la autoridad eclesiástica para que le haga colación de un oficio que lleva anexo un beneficio. Desde que recibe la colación canónica, el clérigo adquiere un verdadero derecho real sobre el beneficio (sean tierras, rentas, etcétera), pero mientras esto no ocurre, sólo tiene un derecho real en formación, un *ius ad rem*.

Esta expresión gana terreno en el derecho secular y va a ser aplicada al vasallo que aún no tomó posesión de la cosa y al adquirente de un derecho real que tiene a su favor el título pero no el modo. Más tarde, los autores alemanes explican mediante el *ius ad rem* su doctrina del derecho de preferencia que tiene el comprador sobre la cosa vendida frente a los demás acreedores, antes de haber tomado posesión de la misma. Desvirtuada la institución de su sentido original, Pothier llama *iura ad rem* a los derechos de crédito.

48. *Derecho moderno.* El derecho racionalista, a diferencia del tradicional, ve con malos ojos la proliferación de los derechos reales. Haciéndose eco de sus críticas, dice Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2502 del Código Civil que

la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

Por consiguiente, declara en el artículo que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley, y en el siguiente, enumera como tales al dominio y condominio, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, hipoteca, prenda y anticresis. Agrega en el artículo 2614 que no se pueden constituir derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponer censos ni rentas por más de cinco años, ni hacer vinculación alguna. Los derechos reales constituidos antes de la vigencia del Código conservan, sin embargo, su eficacia. A diferencia del nuestro, el Código Napoleón no contiene ninguna regla limitativa.

CAPÍTULO VII
POSESION

CONCEPTO

49. *Derechos romano y medieval.* La posesión (de *potis sedere* = sentarse como señor) es entre los romanos una dominación real y efectiva sobre la cosa (relación de hecho, elemento material o "*corpus*") unida a la intención de disponer de la misma como dueño (derecho, elemento espiritual o "*animus*"). Semejante relación expresa lo que ordinariamente es el contenido de la propiedad, de donde lo exacto de la frase de que "la posesión es la imagen exterior de la propiedad". Para el derecho romano no es mera detentación sino, precisamente, la representación viva de la propiedad.

En los períodos de mayor simplicidad jurídica, como el bajo Imperio, visigodo y alta edad media, los conceptos de dominio y posesión (o señorío y tenencia, según la terminología castellana) tienden a confundirse, porque normalmente coinciden ambos elementos.

50. *Derecho moderno. Doctrinas de Savigny e Ihering.* Hasta el siglo XIX es fundamental en la historia del derecho la distinción entre posesión y tenencia, fundada en el *animus domini* de la primera.

Uno de los temas preferidos de los juristas desde la baja edad media hasta el siglo XIX es la posesión y a su respecto sobresalen las doctrinas de Friedrich Karl von Savigny y Rudolf von Ihering. Para Savigny,

en su principio, y considerada en sí misma, la posesión no es más que un mero hecho; por otra parte, es igualmente cierto que existen consecuencias legales derivadas de ella. Así, es a su vez un hecho y un derecho: por sí misma es un hecho; por sus consecuencias, se asemeja a un derecho... es un hecho, en tanto que se basa en un estado de cosas, completamente ajeno al derecho, sobre la tenencia... Pero la posesión es al mismo tiempo un derecho, en el sentido de que existen facultades anexas a tal estado de cosas, y he ahí por qué la posesión, lo mismo que el dominio, puede servir de objeto a la venta o a otros contratos y tornarlos eficaces.

Para Ihering la posesión es un derecho real. Lo que provoca el equívoco es que si, por lo común, el derecho se desliga de su fuente, que se desvanece al producirlo, dejando tan sólo sus consecuencias, en la posesión tal hecho subsiste. Más aún, para que surjan las consecuencias es indispensable la persistencia de aquél, ya que el poseedor sólo tiene derechos mientras posee. En todos los otros derechos, el hecho generador es la condición transitoria: en la posesión, es la condición permanente. Aquí el hecho y el derecho se superponen; el derecho nace con el hecho y desaparece con él.

Vélez Sarsfield, de acuerdo con la doctrina tradicional, distingue la posesión de la tenencia. Establece que habrá posesión "cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención (*animus*) de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad" (artículo 2351). En cambio, "el que tiene efectivamente una cosa (*corpus*), pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor" (artículo 2352).

Los autores modernos hablan de la decadencia de la posesión, por tratarse de una institución que va perdiendo utilidad a medida que disminuye el número de bienes ocupados por simples poseedores, que se organizan cui-

dadosamente los registros de la propiedad y que resulta más fácil la prueba del derecho de cada uno¹⁷.

TRADICIÓN Y PUBLICIDAD

51. *Derecho romano.* De los medios derivados de adquisición de la propiedad reconocidos por el derecho romano, subsiste la *traditio* o entrega material de la cosa con la intención de transferir su señorío, propia del derecho de gentes. Debe aclararse que lo que se transfiere es el señorío de hecho o posesión, y no el dominio, considerado simplemente como una posesión legitimada. Mediante la tradición, los actos adquieren la publicidad necesaria.

Estrictamente material en el primitivo derecho, la tradición tiende a simplificarse en el clásico y en el justinianeo, hasta llegar a la *longa manu*, *brevi manu* y a la tradición simbólica. En el primer caso basta con señalar la cosa a la distancia y ponerla a disposición del adquirente. En el segundo, el adquirente permanece en posesión de una cosa que ya tenía a título de tenedor. Finalmente, la tradición simbólica se efectúa por la entrega de las llaves de un almacén, para colocar la mercancía. Las Partidas recogen esta forma: "por tal apoderamiento como éste, que le hace dándole las llaves, entiéndese que le apodera también de las mercaderías que son en la casa, a pesar de que no las vea" (III, xxx, 7).

52. *Derecho castellano-indiano.* En la alta edad media se practica la tradición real o corporal de inmuebles, mediante el paseo de las partes y los testigos a lo largo de toda o parte de la heredad (apeamiento). Para la

¹⁷ HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de los derechos reales*, vol. I, Buenos Aires, 1943, caps. II y III.

constitución de feudos, se usa la entrega de un anillo o el beso, como señal de sumisión. Posteriormente, se usa la tradición simbólica por la entrega de un puñado de tierra, y de una rama si se trata de árboles.

Otra forma de tradición simbólica o ficta es la entrega del documento de transmisión (*traditio cartae*). Disponen en este sentido las Partidas que

dando algún hombre a otro heredad u otra cosa cualquiera, entregándole de los documentos por los que la hubo, o haciendo otro de nuevo, y dándoselo, gana la posesión, a pesar de que no le entregue la cosa dada, corporalmente (III, xxx, 8).

En las fórmulas de entrega de posesión vigentes durante el período indiano, y también patrio, se lee todavía que

tomó por la mano al dicho N. N. y le metió en la posesión de todas las dichas tierras y en señal de ella se paseó por las dichas tierras y arrancó algunas yerbas del campo y pidió al alcalde se lo diese por testimonio en cómo tomaba la dicha posesión en la propia parte de las propias tierras, quieta y pacíficamente y sin contradicción.

Es decir, que sigue en uso la vieja ceremonia del apeamiento. Esta y otras formas de toma de posesión —por ejemplo, cortar el aire con la espada— practican también los fundadores de ciudades.

53. Los actos materiales de la tradición y la presencia de testigos dan publicidad en los primeros tiempos a la transmisión de la posesión de los inmuebles. En el derecho medieval castellano existe la "robra" (del latín *roboratio* = corroboración) como requisito de las escrituras de venta, para darle la mayor publicidad posible, anunciando la venta ya efectuada al pueblo reunido, en

misa o a la salida, en el concejo o ante un cierto número de testigos que lo representan o simplemente de aquellos a quienes puede afectar la operación. La robra es obligatoria para el vendedor, bajo pena pecuniaria, y potestativa para el comprador.

La era registral se inicia en Castilla en 1423, con la creación de un registro para la anotación de las donaciones y mercedes que hace la Corona. Un siglo después, en 1539, se ordena que en cada ciudad o villa haya un libro donde se registren los negocios relativos a los bienes inmuebles. Esta disposición se aplica también en Indias (§ 89).

54. *Derecho nacional.* Vélez Sarsfield dispone en el Código Civil que "todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición" (artículo 3265).

La exigencia de la tradición provoca la crítica adversa de Juan Bautista Alberdi para quien debe bastar la voluntad libre del dueño ya que todo otro requisito constituye una traba para la libertad económica. Su postura se inscribe en la corriente inaugurada por los autores racionalistas, para quienes la voluntad de las partes es suficiente para transmitir la posesión, y de la cual participa el Código Napoleón.

Sin embargo, Vélez no sacrifica, dentro del sistema del Código, la libertad a la seguridad que representa la tradición. Sus ideas liberales en economía lo llevan a sostener, como lo hace en "El Nacional" de Buenos Aires, el 31 de agosto de 1855, que

El suelo no es pesado en su tramitación y negociación, sino porque leyes de siglos remotos han querido que su valor no circule. Los privilegios que se le han concedido, las lentas formas que han creado para su enaje-

nación, han traído el menor crédito a los bienes territoriales, y su garantía es menos estimada que la de los muebles o mercaderías en igualdad de valor. Sería por lo tanto un favor a los mismos raíces darles hoy la celeridad que a los muebles por su transmisión y venta.

55. En nuestro derecho patrio, además de los registros de hipotecas (§ 89), desde la década de 1820 se organizan en Buenos Aires y algunas provincias del interior otros registros para la tierra de dominio público. Un decreto de Rivadavia, de 1826, funda el Departamento de Topografía y Estadística, encargado de intervenir en lo relativo a mensuras, límites y distribución de tierras públicas y privadas.

En el período de la organización nacional, las inscripciones en los registros públicos persiguen propósitos fiscales; se protocolizan determinados actos para la percepción de impuestos. Sólo en 1879 se organiza el primer Registro de la Propiedad, comprensivo de todos los derechos reales, embargos e inhibiciones, en la provincia de Buenos Aires. En el orden nacional, la ley orgánica de los Tribunales reglamenta la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, que comienza a funcionar el 24 de febrero de 1882.

La demora en organizar los registros se debe a la escasez de transacciones inmobiliarias, hasta poco antes, y a que "todo se hacía y contrataba con la mayor buena fe, y muy raras veces sucedía que alguno fuese víctima de ella" (El Nacional, 11 de mayo de 1872).

PROTECCIÓN POSESORIA

56. *Derecho romano.* Normalmente, la posesión es la imagen del dominio, pero no siempre ocurre así. Los romanos, para que el poseedor desposeído ilícitamente

pueda recuperar la cosa, sin necesidad de demostrar su derecho a la misma, le acuerdan una protección extraordinaria mediante el procedimiento interdictal (interdictos posesorios). Por el mismo, tanto se puede mantener el estado de hecho que es perturbado (interdicto conservatorio), como reintegrarlo si ha sido alterado (interdicto recuperatorio), en ambos casos, sin perjuicio de la discusión sobre la pertenencia real del derecho en un juicio ulterior (juicio petitorio).

57. *Derecho canónico.* Pese a estar siempre tan atento a la buena fe, el derecho canónico —como señala Manuel Fairén—, en su afán de reprimir las frecuentes violencias que en materia de bienes ocurren en la edad media, defiende siempre al tenedor contra el que por la fuerza pretende quitarle la cosa y deja, como el derecho romano, para el plenario la discusión sobre el fondo del derecho.

Los canonistas dibujan la nueva figura del *spolium* (despojo) o acto violento por el cual alguien adquiere la posesión, castigándolo con la pérdida del derecho, sea a través de una *actio spolii* (acción de despojo), si la víctima es el actor, o de una *exceptio spolii* (excepción de despojo), cuando lo es el demandado. La acción de despojo, a diferencia de los interdictos posesorios, tiene carácter real, por lo que se concede contra cualquier poseedor de la cosa.

58. *Derecho castellano.* El derecho castellano protege la posesión (y la cuasi posesión, que se ejercita sobre los derechos) en todas sus formas, con tal de que sea quieta y pacífica. Para ello cuenta con los interdictos posesorios y, cuando la desposesión se produce por fuerza o clandestinamente, con la acción canónica de despojo.

Las Partidas distinguen la posesión de los bienes raíces de la de las cosas muebles. En el primer caso, al desposeído le queda el derecho de demandar en juicio la

posesión y aun el señorío; en el segundo, prescriben que se puede perder su posesión, hasta sin saberlo, si son hurtadas o se pierden y se abandona la búsqueda. Tratándose del siervo, el señor siempre conserva su posesión, aunque se pierda (III, xxxi, 17).

Por su parte, la Recopilación de Indias ordena que a los poseedores de tierras, estancias, chacras y caballerías con títulos legítimos se los ampare en su posesión (IX, xii, 14).

59. *Derecho nacional.* Los mismos principios del derecho castellano adopta Vélez Sarsfield en el Código Civil al organizar las acciones posesorias, aun cuando con alguna diferencia, como ser la separación neta entre el juicio posesorio y el petitorio, que impide que puedan discutirse —como en el derecho anterior— las dos cuestiones conjuntamente. Tampoco el Código requiere la buena fe para el ejercicio de las acciones y sólo excluye a la precariedad, violencia y clandestinidad actuales (artículo 2473)¹⁸.

Por otro lado, Vélez sigue a Savigny en su teoría de que no es el contacto personal con la cosa sino la posibilidad física de ejercer el señorío lo que da la posesión y debe ser protegido. "Quien puede en todo momento asir una cosa, colocada frente a él, es tan completamente señor de ella, como si la hubiera asido en realidad". En tal sentido, declara el artículo 2374 del Código que tanto se considera aprehensión el contacto personal como el acto que "ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla".

¹⁸ ALBERTO D. MOLINARIO, *Interpretación de la protección posesoria actual en función de la historia interna*, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, t. XXI, La Plata, 1962.

CAPÍTULO VIII PROPIEDAD

DERECHO ROMANO. RES, DOMINIUM, PROPRIETAS

60. Se ha intentado comparar a la propiedad romana con otros sistemas más modernos, sin pensar en la naturaleza diversa de aquélla y en la imposibilidad de reducir las distintas formas de propiedad que conocieron los romanos a un concepto único.

La palabra propiedad (*proprietas*) sólo aparece en Roma en la última época. Antes de esto, los romanos utilizan las veces *res* y *dominium*. En los períodos quirritario y clásico, la palabra *res* denota el máximo poderío que un hombre puede tener sobre una cosa y *rem habere* (tener la cosa) es una expresión equivalente a la de "ser propietario". Término homólogo a *res* es *manus*, que expresa el poder del *pater familias* sobre las personas que le están sometidas.

Con el desarrollo de la autoridad imperial, dice Manuel Fairén, estas palabras parecen demasiado atrevidas y quedan proscriptas, siendo reemplazadas por otra más aséptica, *dominium*, calidad de *dominus*, un dueño relativizado y reducido a su casa (*domus*) únicamente. Mientras el antiguo ciudadano romano estaba sobredotado de *vis* (fuerza) y *manus* (poder de sujeción), al súbdito del bajo Imperio sólo le quedan *ius* (derecho reconocido) y *dominium*.

La palabra *proprietas* nace en la época romano-helénica para dar un matiz de exclusividad al señorío. Por

BIBLIOTECA DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES "AMBROSIO L. GIOJA"

COSAS

99

contraposición al señorío de alienidad o derecho al uso de algo ajeno y a sus frutos (*dominium usufructus*), existe el señorío sobre lo que es propio de uno, un señorío de propiedad (*dominium proprietatis*).

Como dice Villey, la palabra *proprietatis* denota la cualidad que tiene una cosa de ser propia de algún ciudadano en particular. Así, en vez de ser el atributo de una persona, es para los romanos la cualidad de una cosa. Y esto porque la ciencia jurídica romana no se estructura en torno al individuo, sino a las cosas, en tanto éstas se encuentran repartidas entre los miembros de la sociedad.

61. En cuanto a la extensión de la propiedad, en el derecho quirritario es por esencia perpetua, las tierras son libres —incluso frente al Estado, ya que los romanos no conciben más tributos que los personales— y se ignora el concepto mismo de servidumbre (§ 73). Desde que un fundo queda sujeto a una carga o tributo, ya no puede decirse que sea *dominium ex jure Quiritium* (dominio de derecho quirritario). El desarrollo posterior de la institución, a partir de la época clásica, tiende a desdibujar estos caracteres con el reconocimiento de las servidumbres, de los derechos del descubridor y del Estado sobre los metales y tesoros, la aplicación de tributos y, en tiempo de Justiniano, con la propiedad por tiempo limitado.

Por lo demás, nunca los jurisconsultos romanos tratan de definir qué es la propiedad ni cuáles son los poderes del propietario. Sólo les interesa establecer qué cosas, beneficios y cargas corresponden a uno o a otro. La famosa definición "romana" del contenido del derecho de propiedad: *iura utendi, fruendi et abutendi* (derechos de uso, disfrute y abuso), hoy se sabe que no se encuentra en ningún texto de esa época. Ni el *ius utendi* ni el *abutendi* son declarados nunca por el derecho

romano a favor del propietario, recuerda Villey. El concepto romano de *proprietatis* ni el de *dominium* implican un poder absoluto, lo arbitrario de la voluntad brutal. Si bien la estructura de la ciudad romana da, en principio, a cada familia, el señorío de sus bienes, los poderes del jefe de familia (*dominus*) están limitados por las costumbres, la religión y las leyes. El derecho romano, mucho más modesto que el moderno, no prejuzga sobre la medida de los bienes de cada uno; deja el problema en suspenso y a la propiedad sometida a las sentencias del derecho positivo.

Son los juristas medievales quienes, por necesidad docente, se plantean la cuestión del concepto romano de la propiedad, y quienes buscan en los textos antiguos alguno que, aun a riesgo de ser aislado del contorno original, sirva como definición. Este es el verdadero origen de la mal llamada definición romana de la propiedad.

ALTA EDAD MEDIA

62. Dice García Gallo que en el derecho español visigodo y altomedieval, se da el nombre de *proprietatis* al conjunto de bienes que pertenecen a una persona particularmente (bienes propios), destacando su pertenencia a la misma y sin que la palabra exprese por sí sola la naturaleza y alcance del poder que la persona tiene sobre las cosas. Se sigue usando la voz *dominium* para designar el pleno derecho sobre una cosa.

Este hecho obedece a que el aislamiento de España respecto del Imperio desde el siglo v, aparta probablemente a su derecho de la evolución general. Al desdibujarse en la época visigoda el derecho de propiedad y aproximarse a otros derechos reales, junto a la voz *dominium* empieza a usarse el término genérico *ius* (por ejemplo, *ius integrum = dominium*) para acabar integrando

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

la expresión *ius hereditarium*, pero no como derecho sucesorio sino como denominación del dominio, por la misma razón que la tierra pasa a llamarse "heredad", lo que se hereda, la principal fuente de riqueza, el fundamento del poder político y de la libertad personal. Tan es así que no se admite su confiscación sino por el delito gravísimo de traición.

En esta época se registra un proceso de desintegración del concepto de propiedad forjado por la jurisprudencia romana. Se desdobra el derecho entre el nudo propietario y el usufructuario, se multiplican y superponen los derechos reales y vuelven a desarrollarse viejas formas comunales de propiedad. Se habla de distintas clases de propiedad: propiedad alodial o libre; propiedad feudal o prestimonial, a título de beneficio; propiedad censual o acensuada; propiedad servil, correspondiente al siervo; propiedad comunal, ejercitada por todos los vecinos de una villa sobre los lugares comunes (tierras, montes, aguas).

Dado que gran parte de la tierra no es explotada por el titular del *dominium* o *ius*, refiere García Gallo que no se considera como algo esencial a estos conceptos el uso y el disfrute, y que, en cambio, al enumerarse los derechos del dueño se insiste en la tenencia y posesión con carácter perpetuo de la cosa —aunque no siempre se dé, por ejemplo, en la enfiteusis—, en la potestad de vindicarla y en la de disponer libremente.

COMUNIDAD FAMILIAR Y SEÑORÍO

63. Durante la Reconquista española, las diversas formas de repoblación empleadas —por personas de modestos recursos o por magnates— producen consecuencias variadas en orden al régimen de la propiedad territorial. En Castilla la Vieja, la repoblación por gente de condi-

ción humilde, da lugar al predominio de la pequeña propiedad rústica. En Castilla la Nueva y León, en coincidencia con la tradición romana y visigoda, la participación decisiva de la nobleza trae como consecuencia la formación del latifundio ("señorío", unidad económica que permite el sostenimiento de todos sus pobladores) y el desarrollo del régimen señorial, con el empleo de colonos o solariegos. Pero salvo excepciones, como Galicia, Asturias y León, en los siglos IX y X lo que predomina en España es la pequeña propiedad.

Sólo a partir del siglo XI, por un proceso de concentración de la tierra en pocas manos, va a prevalecer el gran dominio y a generalizarse el régimen señorial. Factores principales de esta transformación son: las donaciones hechas por los reyes a magnates, iglesias y monasterios, con carácter gracioso o remuneratorio y condicionadas muchas veces a la población y fortificación del lugar; la práctica de nombrar heredera al alma, beneficiando a las iglesias con tierras a cambio del servicio de misas y otros servicios religiosos, y la acción de los grandes propietarios que, mediante la violencia, los préstamos usurarios o los pesados gravámenes, consiguen apoderarse de las otras heredades. El Concilio de Coyanza, de 1055, declara imprescriptibles a los bienes de la Iglesia y considera a sus rentas incorporadas al patrimonio y amparadas por los mismos privilegios.

64. Formado el señorío, su explotación se encara de dos modos diferentes pero complementarios. A la tierra del señor, que es la de mejor calidad, la cultiva directamente con sus siervos. El resto lo hace trabajar por categorías de labradores que van desde los siervos hasta arrendatarios libres o enfiteutas, todos los cuales quedan obligados a hacerle una serie de prestaciones económicas, y a veces personales: desde el pago de la renta o canon hasta el laboreo, en ciertas épocas, de la tierra del

señor. Pero la tendencia que registra la edad media, a favor de las exenciones que van concediendo los reyes a sus vasallos en los fueros, es hacia la supresión de las prestaciones de tipo personal, entre las que hay algunas, verdaderamente humillantes.

La pequeña propiedad está generalmente en manos de la comunidad familiar, institución medieval con rasgos arcaicos y germánicos (el antecedente germánico es la *sippe*, introducida en España por los visigodos). La casa y la mesa son considerados bienes comunes, todos los parientes disfrutan en igual medida de la propiedad y el trabajo también es común.

Expone Luis G. de Valdeavellano que padres, hijos solteros y casados, nietos, tíos solteros, otras personas ligadas por el parentesco y aun algunos extraños, se encuentran asociados en la comunidad doméstica, no sólo para la explotación económica común de un patrimonio que es familiar, y no individual, sino también para la protección y ayuda mutua en el aspecto penal y en la defensa procesal de sus comunes intereses. A falta de otros parientes, la mínima expresión de la comunidad son los cónyuges, pero los patrimonios de las respectivas familias siempre se mantienen separados, como consecuencia del triunfo en el bajo Imperio del matrimonio "*sine manu*", que no incorpora la mujer a la familia del marido.

La propiedad territorial es el bien familiar por excelencia, lo que se hereda, la "heredad", palabra con la que llegan a designarse todos los bienes inmuebles. La participación de los herederos en el patrimonio familiar se manifiesta en el derecho de expectativa hereditaria que tienen sobre los bienes domésticos, en la *laudatio parentum*, o derecho de consentimiento familiar para poder vender o donar dichos bienes, y más tarde en el retracto gentilicio (§ 34).

Al padre o señor doméstico sólo pertenece en exclusividad una cuota libre de ese patrimonio, de la cual pue-

de disponer sin restricciones. El Fuero Viejo de Castilla le prohíbe enajenar la casa, la huerta y la viña. Su muerte no determina en todos los casos la disolución de la comunidad familiar; el patrimonio puede permanecer indiviso, constituyéndose una comunidad de herederos¹⁹. Por el principio de troncalidad, los ascendientes heredan al que muere sin hijos, con exclusión de los colaterales; hay "reversión de raíz a raíz". Por tratarse de bienes comunes, la herencia se adquiere *ipso facto*, sin necesidad de tomar posesión.

DOCTRINAS ESCOLÁSTICAS

65. *Tomismo*. Según Santo Tomás de Aquino (siglo XIII), dentro de la ordenación total del universo, en el cual, según el orden de la naturaleza, las cosas más imperfectas ceden en uso de las más perfectas, Dios destinó la tierra, con todo lo que contiene, a todos los hombres, para que mediante su uso satisficieran sus necesidades. La apropiación de las cosas por los hombres y su utilización para su provecho, responde a los designios de la divina Providencia. En realidad, lo que Dios transfiere a los hombres no es la propiedad sobre la sustancia misma de las cosas, sino tan sólo sobre su uso, obligándoles naturalmente a que respeten las normas que ha dictado para el uso y a que le rindan cuenta de su administración.

Todas las cosas para todos los hombres, es la norma del derecho natural, que tiene que ser salvaguardada en todas las realizaciones concretas del derecho de propiedad. No puede haber disposición humana que la dero-

¹⁹ L. G. DE VALDEAVELLANO, *Estudios medievales de derecho privado*, cit., cap. "La comunidad patrimonial de la familia en el derecho español medieval".

gue, privando a alguien de las cosas que imprescindiblemente necesita para vivir. De aquí que "en la necesidad todas las cosas se hagan comunes" y pueda lícitamente el que la padece, apoderarse de lo que necesite sin quedar obligado a restituir, porque lo que ha cogido, por su misma "necesidad extrema se ha hecho suyo".

Bajando del plano metafísico a la realidad histórica, Santo Tomás comprueba que ese derecho natural de todos a todas las cosas ha revestido la forma de propiedad privada. Para valorarla, distingue la propiedad del uso. En cuanto a la primera, el hecho de que los hombres han admitido la propiedad privada en todo tiempo, le hace decir que aunque no sea formalmente de derecho natural, que aunque no haya sido establecida por la naturaleza, lo ha sido por la razón humana para utilidad de la vida de los hombres; es una adición que los hombres han hecho al derecho natural. La propiedad privada no es de derecho natural, pero es de derecho de gentes. Debe existir la propiedad privada, porque siempre y en todas partes la ha habido, y eso prueba su conexión con la misma naturaleza.

Pero tan esencial es para el "Doctor Angélico" que la propiedad esté individualizada, como que el uso sea común, relación perfectamente lógica si se tiene en cuenta de su idea de la propiedad. Para él el único verdadero propietario es Dios. El hombre "propietario" ante los demás hombres, es tan sólo "administrador" ante Dios. La propiedad en el hombre es la potestad únicamente de cuidar y administrar la cosa poseída, es decir, más que un derecho, el deber de tenerla a su cargo, velar por la misma, hacerla producir, recoger sus frutos y distribuirlos. La propiedad no se justifica, pues, en sí misma, sino por el buen uso que el propietario hace de las cosas. Satisfechas las propias necesidades, afirma que los bienes superfluos son debidos al sostenimiento de los pobres (*potestas dispensandi*), de acuerdo con la frase de San

Ambrosio: "De los hambrientos es el pan que tú tienes; de los desnudos las ropas que tú almacenas, y es la redención y liberación de los desgraciados el dinero que tú escondes en la tierra". De otro modo la propiedad es inmoral²⁰.

Por aplicación de estos principios cristianos, el Fuero Viejo de Castilla autoriza a labrar la tierra yerma, aun sin permiso del dueño, y a llevarse el trigo, dejando a éste una tercera o cuarta parte, según la calidad de la tierra. El axioma que se observa en éste y en otros casos, es que "quien siembra, siega". También se aplica el aforismo latino "*potest quis facere in alieno fundo quod ei prodest et domino fundi non nocet*" ("puede alguien hacer en fundo ajeno lo que le aprovecha y no perjudica al dueño del fundo").

Las Partidas definen al señorío o propiedad como el "poder que el hombre tiene en su cosa de hacer de ella y en ella lo que quisiere, según Dios y según fuero (derecho)" (III, XVIII, 1), un poder, pues, limitado.

66. *Segunda Escolástica*. Los teólogos españoles del siglo XVI y principios del XVII, según Paolo Grossi, sin apartarse de los lineamientos generales trazados por Santo Tomás, abordan el tema de la propiedad con un interés más particular y con criterio más afín con el pensamiento moderno. Ahora que el mundo se construye a partir del hombre, fijar los confines del "mío", volverlos rigurosos y geoméricamente indiscutibles, es una necesidad antropológica. La Segunda Escolástica no es inmune al individualismo desatado por las corrientes voluntaristas de la baja edad media y una prueba de ello es su preocupación primordial por la justicia conmutativa, la justicia de la relación interindividual.

²⁰ JOSÉ M. GALLEGOS ROCAFULL, *El orden social según la doctrina de Santo Tomás de Aquino*, México, 1947, p. 181-9.

El libre arbitrio, concepto clave del voluntarismo, es considerado ahora el presupuesto de toda propiedad, la propiedad misma. La interrelación entre libertad y propiedad, característica de todas las escuelas individualistas modernas, aparece con claridad en estos teólogos. La exterioridad de la propiedad en la escolástica tomista se vuelve interioridad al ser concebida como una cualidad intrínseca del hombre, como la prolongación del dominio que tiene de sí mismo. El hombre es por naturaleza propietario. La propiedad es la manifestación de la superioridad del hombre sobre las cosas.

La Segunda Escolástica, según Grossi, exaspera la noción tomista de la instrumentalidad de las cosas. La propiedad se encierra en el bien privado, mirando a la utilidad del titular. Del terreno del bien común, la institución se desplaza hacia un cierto utilitarismo. Lo que se mira de la propiedad es la libertad, independencia y superioridad que da al sujeto, lo que le permite realizar su propia individualidad, aun haciendo lo que sólo a él aprovecha. Prepara, así, el surgimiento del individualismo liberal en el siglo XVIII²¹.

BAJA EDAD MEDIA Y ÉPOCA MODERNA.

AMORTIZACIÓN DE LA TIERRA

67. La baja edad media asiste a un doble movimiento de la propiedad territorial: de desconcentración, por el acceso de las clases urbanas enriquecidas a la gran propiedad, que se convierte en bien de renta, y de concentración, a consecuencia de la formación de los mayoraz-

²¹ *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973.

gos y del aumento de la propiedad eclesiástica, gracias, sobre todo, a las donaciones y legados de los fieles.

En opinión de Carmelo Viñas y Mey, el capitalismo territorial que se forma, unido al incremento de las cargas públicas, los abusos sociales de los poderosos, la elevación de los costos de producción y de los precios, entre otros factores, crean una realidad económica desfavorable al modesto labrador y al pequeño propietario, que especialmente desde mediados del siglo XVII se ven obligados a abandonar las tierras, a malvenderlas a los latifundistas y a engrosar en las urbes el contingente de los desocupados serviciarios y vagabundos.

La vinculación de bienes y la perpetuación de la tierra en pocas manos, fuera del comercio, genera el fenómeno de la amortización civil y eclesiástica. *Vinculación*, se llama al conjunto de bienes sujetos al dominio perpetuo de una familia, con prohibición de enajenación. La forma típica de vinculación es el *mayorazgo*, derecho que tiene el primogénito de suceder en los bienes dejados por el fundador, con la condición de que se conserven perpetuamente en su familia²². *Amortización*, es la traslación del dominio de los bienes a una familia o establecimiento (iglesia, convento) con la prohibición de enajenarlos. *Manos muertas*, se dice de los titulares de bienes en quienes se perpetúa el dominio, porque no pueden jurídicamente enajenarlos.

68. *Desamortización eclesiástica*. Al mismo tiempo que el patrimonio eclesiástico llega a su apogeo en España, favorecido por un conjunto de privilegios, entre éstos el de exención tributaria, se dictan las primeras leyes de amortización, con el objeto de limitar las donaciones y le-

²² Ver: JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, 2ª edición, Buenos Aires, 1978, cap. "Los mayorazgos".

gados a favor de las iglesias y fundaciones piadosas. Desde el siglo XIII al XIX se sucederán las medidas desamortizadoras, de distinta índole e inspiradas por distintos móviles, pero con una constante raíz económica.

Numerosas veces las Cortes castellanas se quejan de que la mayor y mejor partes de las tierras han pasado al dominio de la Iglesia y que al quedar exentas de impuestos hacen recaer sobre los demás propietarios el peso de toda la carga fiscal. Respondiendo a estos reclamos, Juan II establece en 1452 el derecho de amortización, consistente en la quinta parte del valor de las heredades enajenadas a las personas exentas.

Continuando esta política, Carlos I y Felipe II, con autorización pontificia, y Felipe V, Carlos III y Carlos IV, sin autorización, confiscan bienes de la Iglesia para satisfacer necesidades del erario. Los Austria desamortizan primero propiedades de las órdenes militares y, luego, villas y lugares de iglesias y monasterios. El primer Borbón, triunfante en la guerra de sucesión, confisca bienes de las corporaciones religiosas que se opusieron a su causa.

En la época de la Ilustración —segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX— la política desamortizadora cobra impulso a favor de iniciativas tales como la de Pedro Rodríguez Campomanes, en el *Tratado de la regalía de amortización*, en el sentido de que se ponga límite a la adquisición de bienes por las manos muertas, prohibiéndolas para el futuro.

En la ejecución de esta política, José Manuel Castells distingue dos etapas, diferenciadas por aspectos de tipo práctico más que ideológico. Durante la primera, que llega hasta el último lustro del siglo XVIII, el programa no tiene otro incentivo que el de aumentar la producción agraria mediante una distribución más racional de la tierra y un mayor interés del cultivador, es decir que se in-

serta dentro de un vasto plan de reforma agraria. Es lo que proponen Campomanes y Jovellanos.

Pero cuando la España de Carlos IV, castigada por la guerra que sostiene con la Francia revolucionaria, se sitúa al borde de la bancarrota, siente la necesidad acuciante de recursos para atender el pesado servicio de la deuda pública, instrumentada a través de los "vales reales". La presa, son los bienes eclesiásticos. Por sendas reales cédulas de 1795, la Corona se apropia de las rentas de los beneficios eclesiásticos vacantes y crea un impuesto del 15 % sobre todos los bienes raíces y derechos reales que adquiriesen las manos muertas. En 1798 adopta dos nuevas medidas: ordena vender todas las fincas de capellanías y obras pías para invertir su producido en la Real Caja de Amortización (§ 82) e incorpora, también a ésta, las llamadas "temporalidades" (bienes) de los jesuitas.

Con estas disposiciones, la desamortización adquiere las características que conserva en los períodos liberales del siglo XIX: confiscación de propiedades pertenecientes a manos muertas, venta de las mismas y aplicación de los fondos obtenidos a la amortización de los vales reales.

En 1807, previa concesión pontificia, Carlos IV ordena la enajenación de la séptima parte (el "séptimo eclesiástico") de los predios pertenecientes a la Iglesia, también con destino a los vales, mas Fernando VII deja sin efecto la medida un año después. José I Bonaparte intenta procedimientos mucho más radicales: en 1809 suprime las órdenes religiosas y confisca todos sus bienes; la Regencia y las Cortes de Cádiz atenúan en parte la decisión²³.

²³ JOSÉ MANUEL CASTELLS, *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea, (1767-1965)*. Un estudio jurídico-administrativo, Madrid, 1973, p. 44-81.

69. *Desamortización civil*. Simultáneamente, la Monarquía pone límites a los mayorazgos, en particular desde la época de Carlos III, como lo enseña Mariluz Urquijo, y desde siglos anteriores, para consolidar su autoridad, combate el señorío. Hay autores que hacen remontar las primeras medidas al reinado de Alfonso I, en el siglo XIV, pero según más recientes estudios de Alfonso María Guilarte, sólo a partir de los Reyes Católicos puede hablarse —todavía no de una reducción— de un freno al proceso de crecimiento de los señoríos de nueva planta, sin perjuicio de la continuidad de los pre-existentes²⁴.

Pero esta política no es constante. Los últimos Austria, a causa de las penurias del erario, para allegar recursos enajenan a particulares no núcleos de población como antaño, sino “términos en despoblado”, con la facultad de ejercer jurisdicción —típica del señorío— en el supuesto de que llegasen a poblarse.

Los intentos por aligerar a la tierra de sus ligaduras no son constantes ni integrales. Subsisten las viejas limitaciones establecidas en el interés de la familia, de la ganadería, la agricultura y ciertas industrias, y también por utilidad pública, como escribe Francisco de Cárdenas. Así, los privilegios de la Mesta, la hermandad de ganaderos trashumantes; las leyes restrictivas en materia de cultivo y aprovechamiento de las tierras; las que autorizan la expropiación por utilidad pública; las que tasan el precio de los productos agrícolas y restringen el comercio de granos; las que tasan los censos.

De todos modos, aunque no siempre se avanza en la misma dirección, pueden percibirse en el siglo XVIII los síntomas de la extinción de la propiedad medieval y

²⁴ ALFONSO MARÍA GUILARTE, *El régimen señorial en la España de los siglos XVI-XVII*, Madrid, 1962.

el advenimiento de la propiedad en sentido individualista.

LA PROPIEDAD DE LA TIERRA EN INDIAS²⁵

DOCTRINA RACIONALISTA

70. Los filósofos modernos, apartándose de la doctrina medieval (§ 65), y desarrollando ideas pergeñadas por la Segunda Escolástica (§ 66), definen a la propiedad —como lo hace John Locke— como “un derecho natural absoluto e ilimitado”. Por el contrario, Rousseau niega que sea de derecho natural, para considerarla una pura creación de la sociedad, del Estado. De allí que reconozca a la persona el derecho de disponer por acto entre vivos de sus bienes, pero que se lo niegue a su muerte, siendo el Estado el que ha de determinar cómo debe ser la transmisión de la herencia, sin tener en cuenta las intenciones del difunto.

La Revolución Francesa se propone la liberación del hombre y también de la propiedad, para obtener lo cual, afirma su carácter absoluto —semejante a un poder soberano, y hasta despótico (Demolombe)— y exclusivo —contra toda forma de propiedad compartida, sea en sentido horizontal (común) o vertical (desmembración del dominio). Para ello, combate las instituciones del antiguo régimen: comunidad de bienes, vinculaciones, cláusulas de inenajenabilidad, tanteo, retracto.

Portalís, principal artífice del Código Napoleón, declara que “el derecho de propiedad, en sí, es una institución de la naturaleza”. Desconfía de los sistemas basados en la propiedad común de la tierra porque a su jui-

²⁵ Ver los temas referentes a la propiedad de la tierra en Indias en: J. M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, cit.

cio no respetan los derechos de la persona. Sin embargo, cree que "el derecho de propiedad acaba con la vida del propietario", a semejanza de Rousseau. Para él, el derecho de testar no es de derecho natural, siendo la ley soberana para reglar la sucesión abintestato.

El Código Civil francés destaca el carácter individualista de la propiedad, al definirla como "el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en todo lo que no esté prohibido por las leyes y los reglamentos" (art. 544). Considera a la indivisión como un estado transitorio y ni siquiera exige el registro de los actos traslativos de la propiedad inmobiliaria²⁶.

DERECHO NACIONAL

71. Nuestro derecho patrio y codificado participan de la concepción liberal de la propiedad. La Constitución de 1819 la califica de "derecho sagrado e inviolable" y la de 1853, de "inviolable". Enseña Pedro Somellera en la Universidad de Buenos Aires que "el pretexto de bien general, o común, con el dorado de indemnización, no debe bastar a dejar frustradas las esperanzas, que la ley ha hecho nacer en el propietario".

También alecciona que "el tuyo, y mío" —o sea la propiedad individual— quita "la confusión de las cosas, y separando los bienes, pone a los hombres en paz, y contribuye a la perfección física, y moral de sus facultades". Pero no obstante la aceptación que tienen estas ideas, por la fuerza de la tradición subsisten por varias décadas algunas formas de propiedad común.

²⁶ BARTHÉLEMY TERRAT, *Du régime de la propriété dans le Code Civil*, en *Le Code Civil. 1804-1904*. Livre du centenaire publié par la Société d'Etudes Législatives, t. I, París, 1904.

En 1823, ante la pretensión de ciertos particulares, de que se les den concesiones individuales en las islas del Paraná, Bernardino Rivadavia resuelve en sentido negativo, por tratarse de tierras de aprovechamiento común²⁷. Lo que se aprovecha es la madera de los bosques. Los montes quedan también excluidos de las adjudicaciones en enfiteusis (§ 92).

Un decreto del gobernador correntino Pedro Ferré, de 1831, declara la inalienabilidad de todos los bosques de la provincia correspondientes al Fisco, para asegurar su aprovechamiento común, y que los títulos de propiedad que se expidan sobre los terrenos deben llevar esa condición.

En Salta, por decreto del gobernador Manuel Antonio Saravia, de 1844, se prohíbe a los dueños de chacras y estancias que impidan a los interesados que les hayan dado previo aviso, la "exacción de maderas, rama, leña, piedra laja, ni pescado, de los montes, canteras o ríos y manantiales que comprendan los linderos de sus terrenos". Una ley de la misma provincia de 1856 declara a su vez "libre la extracción de la nieve para todo el mundo, de cualquiera parte que se encuentre"²⁸.

Además de estas expresiones aisladas, subsiste la propiedad común indígena, a pesar de que desde fines del siglo XVIII también en esta materia la tendencia manifiesta es hacia la instauración de la propiedad individual.

72. *Código Civil*. Vélez Sarsfield comparte la doctrina liberal. Para el Código Civil, el derecho de propiedad es un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo

²⁷ Oficio de Rivadavia al Jefe de Policía del 14 de agosto de 1823. Archivo General de la Nación, Libro 7 de Policía, documento 201. X 32-10-3.

²⁸ ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta*, Buenos Aires, 1947.

(artículos 2506, 2508, 2510, 2513-2515). El dominio es definido como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" (artículo 2506).

En opinión de Enrique Martínez Paz, Vélez organiza a la propiedad con un carácter aún más absoluto que el derecho romano, pensando como Alberdi que si no se la declara inviolable por todos sus lados, no pasa de ser un fantasma seductor. Sostiene, además, con los economistas de su época, que nace siempre del trabajo y que la circulación libre es el único medio eficaz de acrecentar la fortuna privada y pública. Por consiguiente, suprime las hipotecas tácitas (§ 88), prohíbe los mayorazgos y los censos, y limita la duración del usufructo, el arrendamiento, la hipoteca y el estado de indivisión, por perjudiciales a la vida económica.

Por otro lado, sin abandonar la postura individualista, no deja de posibilitar el control social de la propiedad al afirmar en la nota al artículo 2507 que "la Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada" y que "a este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general".

Reaccionando contra el individualismo del Código, tras los pasos de la jurisprudencia y de la legislación reglamentaria, la ley de reforma N° 17.711 caracteriza a la propiedad como "el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular" (artículo 2513) y señala que "el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo" (artículo 2514).

CAPÍTULO IX

OTROS DERECHOS REALES

SERVIDUMBRES

73. Las servidumbres en Roma empiezan a desarrollarse en la época clásica. Desde que la propiedad quirataria era ilimitada, el derecho de entonces ignoraba a la institución (§ 60).

Con el nombre de servidumbres se designan en el derecho justinianeo los derechos sobre la cosa ajena más antiguos, de todas maneras. Consisten siempre en padecer o no hacer y nunca en hacer. Las hay de dos clases: prediales, que aportan una utilidad directa al fundo dominante (rústicas: servidumbres de paso y de toma de agua, y urbanas: de luz, de apoyo y de desagüe, por ejemplo), y personales, que aprovechan a una persona con independencia de un fundo (derechos de usufructo, uso, habitación, obras de esclavos y animales ajenos).

Al presumirse libre la propiedad en el derecho romano, la constitución de las servidumbres debe ser siempre expresa, ya sea por disposición testamentaria, convenio o prescripción. Esto mismo disponen las Partidas, que dedican veintisiete leyes a la materia de las servidumbres.

Los comentaristas y los juristas castellanos admiten, en cambio, la constitución tácita, y lo mismo hace la codificación moderna en el caso del llamado "destino del padre de familia", sobre el cual legisla el artículo 2994 del Código Civil:

cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto a la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga después una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convención alguna respecto a la servidumbre, se juzgará a ésta constituida como si fuese por título.

Desde la época visigoda, tanto las tierras comunales como las de propiedad particular están sujetas a la servidumbre de entrar y pastar en tierra ajena. El Fuero Juzgo permite a los caminantes descargar y descansar, y hacer pacer a sus jumentos y ovejas en las tierras abiertas de pasto, con la condición de no detenerse en ningún lugar más de dos días, sin licencia del dueño, y de no arrancar de raíz los árboles. Las Partidas, en vez de reconocer el derecho a todo viandante, lo limitan a quienes obtienen carta del rey.

Independientemente de los ganados, las tierras soportan una servidumbre voluntaria de paso, cuya prescripción en el derecho comarcal castellano es de año y día. Dice Lalinde Abadía que desde la alta edad media casi todas las heredades son transmitidas "con salidas y entradas", lo que implica la servidumbre de paso sobre las heredades vecinas. La codificación asegura el derecho de salida a camino público, del propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas. Satisfaciendo el valor del terreno y resarciendo todo otro perjuicio, el Código Civil instituye esta misma servidumbre (artículo 3068).

En el derecho castellano altomedieval, expresa Lalinde, se limita el uso de las aguas con motivo de la construcción de molinos y norias, a causa de que el agua constituye la única fuerza motriz importante hasta el desarrollo del molino de viento en el siglo xv. Las Partidas contemplan, con carácter voluntario, las servidumbres de acueducto o paso del agua para el propio uso,

y la de saca del agua y abrevadero. A las vías navegables; las consideran de propiedad comunal. La codificación le da carácter obligatorio a la servidumbre de acueducto, pero compensada con una indemnización pecuniaria a favor del propietario del terreno sirviente (artículos 3082-3092, Código Civil).

A través de las Partidas, llegan también al Código Civil las servidumbres de recibir las aguas de los predios ajenos (de los techos y de los terrenos superiores) y la de sacar agua de fuentes o pozos de otros inmuebles. En cambio, las limitaciones al dominio de los inmuebles urbanos (uso de medianeras, paso de luz), tradicionalmente consideradas como servidumbres, son tratadas en el Código dentro del título "de las restricciones y límites del dominio".

CENSOS

74. *Concepto y clases.* El censo (de *censere* = valuar o tasar) es el derecho que una persona adquiere, a cambio de una prestación en tierras o en dinero, de percibir en forma que casi siempre ha sido anual, una renta o canon determinado, en dinero o en especie, llamado también censo. Este derecho admite varias modalidades.

Desde la alta edad media, en España, todos los habitantes del señorío, siervos y libres, están sometidos a una serie de gravámenes o prestaciones. Entre éstos, los labradores de los predios de señorío (colonos) deben al señor el pago de un censo por el disfrute de la tierra y en reconocimiento del ajeno dominio. Esta renta, dice Valdeavellano, se confunde con el antiguo tributo territorial romano y recibe nombres diversos según los lugares y las épocas: censo, tributo, foro, etcétera. La renta se paga por lo general en especie y su cuantía varía,

pudiendo ser de una cuarta parte de los frutos, del décimo o tener otra medida. Por su parte, los encomendados o patrocinados, pequeños propietarios territoriales necesitados de protección, al acogerse al amparo de un señor, o le ceden la propia heredad o le pagan un censo (encomendación territorial, llamada "behetría" en la baja edad media).

Desde la baja edad media se practica, además, la renta perpetua, especialmente por los monasterios, consistente en la entrega de un bien raíz a una persona con la obligación de pagarle a cambio un censo, generalmente anual. Esta renta perpetua da lugar al censo reservativo, por el cual el beneficiario (censualista) transfiere al deudor (censatario) el dominio directo y útil de un inmueble, "reservándose" el cobro de la pensión.

Bajo esta forma, conocida por el derecho canónico para la concesión de beneficios (canongías, raciones), la Corona española vende las tierras en Indias. La real cédula de Felipe IV del 27 de mayo de 1631 (Recopilación IV, XII, 15) manda en tal sentido que todas las tierras que estuvieren por componer, "que se vendan a vela y pregón, y rematen en el mayor ponedor, dándoseles a razón de censo al quitar" (§ 75), en este caso reservativo. Su razón de ser es para asegurarle a la Corona un ingreso anual y al comprador, gente por lo general de escasos recursos, permitirle el pago diferido, por vía de redención del censo, y la adquisición inmediata de la propiedad.

Otra especie de censo es la enfiteusis, por la cual a trueque del dominio útil de una heredad se debe el pago de un canon (§ 84-86).

75. *El censo consignativo. Los censos "al quitar".* Hasta ahora la institución del censo aparece vinculada con la adquisición y explotación de la tierra, pero a partir del siglo XVI, y sobre todo del XVII, se desarrolla con gran

pujanza una nueva clase, en relación con el préstamo a interés: el censo consignativo, que se convierte en el censo por antonomasia. Puede definirse como la obligación que contrae una persona (censatario) de pagarle a otra (censualista) una cierta pensión, a cambio de una suma de dinero que le ha entregado, con garantía de hipoteca y con cargo o no de reembolso.

Tal desarrollo, dice Carmelo Viñas y Mey, obedece principalmente al auge que adquiere la riqueza mobiliaria, a la importancia del numerario, a la democratización del dinero, como consecuencia de la irrupción en España de los metales preciosos de América y el desarrollo de las actividades mercantiles. Los nuevos capitales se extienden a las más diversas zonas productoras y la figura del censo consignativo, hasta entonces de aplicación escasa en materia territorial agraria, alcanza súbita difusión, eclipsando a la enfiteusis. La agilidad adquirida por la época en el manejo del crédito y la necesidad de arbitrar fórmulas para eludir las leyes prohibitivas sobre la usura contribuyen a ello (§ 11). La amortización civil y eclesiástica en aumento, también influye, al liberar nuevos capitales.

De estos censos, unos son perpetuos o irredimibles, con pago de la pensión o tributo también en forma perpetua, sin restitución del capital o principal, y otros, precisamente los más identificados con el contrato de préstamo (§ 42), son redimibles o "al quitar", con obligación del censatario de pagar la pensión hasta que use del derecho de redención de su inmueble, mediante el reembolso del principal al censalista.

Del censo consignativo "al quitar" dice Bartolomé de Albornoz, en la segunda mitad del siglo XVI, ser tan nuevo en Castilla, que antes de los Reyes Católicos y del destierro que hicieron de los judíos en el año de 1492, y al año siguiente de los moros, no había memoria suya, aunque sí en otros territorios, como en los de la Corona

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

de Aragón y en Alemania, agregando que como en tiempo de los moros y judíos ellos eran quienes daban a usura,

no había quien se acordase de esta otra granjería, porque la tuvieran por usura, mas como cesaron las usuras, porque echaron los que públicamente las ejercitaban, y en estos Reinos (y aun dentro del Consejo Real) había muchos aragoneses, que tenían noticia de estos censos al quitar, que en su tierra eran antiguos, diéronla a los nuestros, y por la necesidad que tenían a causa de la usura que les faltaba, la tomaron.

Por su relación con la usura, los censos consignativos "al quitar" fueron objeto de controversia y las objeciones de conciencia que se les hicieron no cesaron hasta que recibieron la aprobación de los Papas Urbano VI y Calixto III, en los siglos XIX y XV, respectivamente, de manera que cuando se generaliza su uso en Castilla ya están moralmente aceptados.

Albornoz opina que ni directa ni indirectamente puede el censalista poner la condición de que lo quiten dentro de tanto tiempo o que no lo quiten en cierto tiempo o que no lo puedan quitar por menos de determinada cantidad, sino que esto debe quedar al arbitrio del censatario, porque

si hay pacto segundo, contra el primero pacto de retro vendiendo [la doctrina supone en el censo al quitar, para justificar el pago de intereses, que hay venta con pacto de retro venta], el postrer pacto deshace al primero, y por el consiguiente la venta, y se reduce a peño, que se da en prenda del precio que por él le dan, y así el fruto que lleva de aquel peño es usura.

76. Las leyes reales regulan el censo consignativo. La primera disposición trascendental es una pragmática de 1534 (Novísima Recopilación X, xv, 3) por la cual

se prohíbe fundar censos redimibles en trigo u otra especie que no sea dinero, para que la variación de los precios y la diversidad de las cosechas no hagan que el rédito exceda de una tasa cierta y moderada, como explica Francisco de Cárdenas, y se manda que los censos hasta entonces impuestos se reduzcan a dinero a razón de 14.000 maravedís el millar.

Una y otra vez las Cortes excitan a los monarcas a reducir los intereses de los censos redimibles en dinero, no comprendidos en la pragmática anterior, hasta que en las Cortes de Madrid de 1563, Felipe II accede a rebajar todos los censos y juros al catorce por uno y a prohibir que se constituyan nuevos por mayor rédito (Recopilación Castellana V, xv, 6). Escapan a la limitación los censos perpetuos, y como se los simula para eludir la ley, una nueva pragmática de Felipe II en 1573, les extiende la disposición.

En el siglo XVII, para asegurar las conciencias gravadas con los censos, es necesario reducir más sus réditos. Felipe III promulga en 1608 una nueva tarifa, aplicable sólo a los censos futuros, por la cual los redimibles no han de pagarse a menos de veinte de capital por uno de rédito —no más del 5%—, los vitalicios de una vida a diez por uno —10%— y los de dos vidas, a doce por uno. En 1621, Felipe IV manda reducir todos los censos al 5%.

Las cosas susceptibles de ser acensuadas deben ser fructíferas e inmuebles, inclusive los derechos incorporeales que natural e inseparablemente van adheridos a la tierra, como los de pacer, pescar, percibir diezmos, y los perpetuos, aunque no tengan relación con la tierra, como los propios y arbitrios de los pueblos.

Cesa la obligación de pagar el censo, de acuerdo con Joaquín Escriche, en los casos siguientes: 1º, por perecer enteramente la cosa acensuada o por hacerse infructífera o estéril en un todo y para siempre. Si esto ocurre

por culpa del censatario, puede el acreedor repetir el precio y los perjuicios; 2º, por la dimisión o abandono que de la cosa haga el censatario a favor del censalista; 3º, por la prescripción de treinta años, cuando alguno posee la cosa como libre de tal carga por dicho término, con buena fe y sin interrupción; 4º, por la redención, cuando el deudor restituye al acreedor el capital o principal que éste le había dado.

77. *Cajas de censos indígenas.* Una singular aplicación del censo consignativo se obtiene en Indias a través de las cajas de censos fomentadas por las autoridades españolas en los pueblos de indios desde el siglo xvi. Se trata de colocar a interés los fondos de estos pueblos para aplicar el producido a objetos provechosos para los naturales, tanto desde el punto de vista económico como previsional.

Las normas dictadas por la Corona para regular el funcionamiento de las cajas están reunidas en el libro VI, título iv, de la Recopilación de 1680.

Dice la ley 5ª que el

oidor, fiscal, y oficiales reales, que estén siempre advertidos de reconocer la plata, que se hallare en la Caja de Comunidad, y pareciéndoles, que es cantidad considerable, la procuren imponer, e impongan con efecto en nuevos, y seguros censos, para que no esté ociosa, aplicando a cada comunidad el que se comprare con sus caídos, y réditos.

Agrega la ley 6ª que

si sucediere, que a algunos indios se les redima su censo, y de él tuvieren cantidad de corridos, se ha de dar orden de que juntos con el principal, se imponga otro de nuevo, para que la renta vaya creciendo; y si no hubiere cantidad considerable, perteneciente a los

indios, cuyo fuere el censo redimido, y la hubiere de otra, o otras comunidades, y pareciere, que la dita es buena, y segura, se podrá juntar uno, y otro, e imponer de todo el nuevo censo, con declaración de el principal, y réditos, haciendo prorrata de lo que a cada una pertenece.

Es decir, que procura la Corona que los fondos de las cajas de las comunidades indígenas no estén ociosos, que se inviertan bajo la forma del censo consignativo entre los propios naturales que los necesiten, y que redimidos unos censos, si por su escasez es necesario reunirlos con los de otras cajas, así se proceda, distribuyéndose proporcionalmente las utilidades. Es ni más ni menos que la aplicación a la república de los indios de la forma de préstamo a interés más extendida entre los españoles.

78. En Chile, donde ha sido estudiada la institución, el sistema no tarda en mostrar graves fallas. La desidia en las cobranzas; las gestiones judiciales, generalmente difíciles y lentas; los errores y lagunas existentes en algunas escrituras constitutivas de censos; las numerosas cargas que soportan las propiedades gravadas, y los concursos de acreedores, hacen que más de una cuarta parte del primitivo cuantioso capital de las cajas, se considere perdido ya a fines del siglo xvii. Guerras y terremotos agravan la situación. Pero el despojo final se produce al disponerse de esos recursos para pagar los sueldos de determinados funcionarios y, desde 1680, para pagar las rentas de los doctrineros. Los esfuerzos de civiles y eclesiásticos para detener el proceso de decadencia de las cajas se estrellan contra ese cúmulo de inconvenientes²⁹.

²⁹ JOSÉ ANTONIO DE RAMÓN, *La institución de los censos de los naturales en Chile (1570-1750)*, en *Historia*, 1, Santiago de Chile, 1961.

En las últimas décadas del siglo XVIII, también en el Río de la Plata las cajas de censos están en franca declinación. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782 pone a cargo de la Junta Superior de Real Hacienda el cuidado de los bienes de los naturales, mas por poco tiempo, porque instalada la Audiencia de Buenos Aires en 1785 reemplaza en dichas funciones. Opina Marcelo Urbano Salerno que ni la Real Ordenanza de Intendentes ni las normas posteriores que se dictan, logran evitar la decadencia del sistema; por el contrario, instauran una pesada burocracia que absorbe gran parte de las rentas, además de distraer otras cantidades en provecho personal³⁰.

79. *Derecho moderno.* La ofensiva que emprenden los autores ilustrados contra todas las cargas y menoscabos que afectan a la propiedad raíz, alcanzan a los censos. Entre otros, Vicente Vizcaíno Pérez, en sus *Discursos políticos sobre los estragos que causan los censos*, publicados en 1766, abomina de la institución, a la cual culpa de un sinnúmero de males.

Cuando no hubieran hecho otro daño que apartar a los hombres del honesto trabajo, y ocupación decente, y hacerlos indolentes, y ociosos, merecían abolirse, y borrar para siempre de nuestra memoria... Con propiedad se adaptó la voz *redimir* a la liberación, o quita de los censos, porque el que los toma, queda cautivo con las heredades que hipoteca... En el censo hay aquella carcoma, que día, y noche está royendo la hacienda, y la industria del que la ha de pagar: pues en el mismo instante que satisface el rédito devengado,

³⁰ *Cajas de censos y bienes de comunidad. Evolución histórica en el Río de la Plata, en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios, Madrid, 1973.*

empieza a deber; y aunque en 33 años, y un tercio, cobrando a un 3 por 100 se reintegra el dueño del capital que dio, le queda otro aéreo, e imaginario, que le continúa produciendo los mismos réditos para siempre... Gravadas las fincas con censos, las miran con desafección, y poco amor: si son edificios, no los reparan, ni los dueños, ni los censualistas: el dueño, porque como lo es, sin utilidad, por los gravámenes, no quiere emplear su dinero infructuosamente: el censualista, porque teniendo asegurados sus réditos con otras hipotecas, le da poco cuidado que se pierda una de ellas. De esta suerte, el uno por el otro, dejan arruinar las casas, y se van insensiblemente disminuyendo las poblaciones, de que son monumentos vivos los muchos lugares (que podemos llamar muertos) en que sólo se miran corrales, señales, y vestigios de lo que fueron. Y si son predios rústicos, los dejan incultos, porque no producen utilidad alguna, pagadas las cargas a que los han sujetado.

De acuerdo con estas ideas y buscando al mismo tiempo allegar recursos para la Corona, Carlos IV faculta a los censatarios a redimir sus censos, cualquiera sea su clase, pagándolos con vales reales (Novísima Recopilación X, xv, 21 y 22). De esto resulta que la deuda se traslada de los bienes raíces a los vales, que la propiedad se libera de la carga y que la Corona obtiene los recursos que necesita. Ante la retracción de los capitalistas, en 1804 se permite constituir nuevos censos sin la obligación de imponerlos en los vales ni de tener que aceptar su redención con los mismos.

Para Indias, por el real decreto e instrucción del 28 de noviembre de 1804 se ordena la venta de todos los bienes raíces pertenecientes a obras pías y comunidades religiosas, de cualquiera clase, calidad y condición que sean, y el depósito de su producido, y el de todos los censos y caudales que les pertenezcan, en la Real Caja

de Amortización, bajo el interés justo y equitativo, corriente en cada provincia (§ 68).

Los gobiernos liberales del siglo XIX insisten en estas medidas fiscales y económicas, si bien, casi todas las leyes de redención que se dictan están referidas a los censos capellánicos, una de las variedades más difundidas, caracterizados por su perpetuidad (§ 81).

80. *Código Civil*. Por el artículo 2614, Vélez Sarsfield establece que los propietarios de bienes raíces no pueden imponerles "censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años". Sin embargo, esta disposición no se aplica al contrato oneroso de renta vitalicia, cuya constitución autoriza el Código, así como su garantía con hipoteca (artículos 2070-2088). En este caso excepcional, pueden gravarse los inmuebles "durante la vida de uno o muchos individuos", tal como si se tratase de un censo consignativo (§ 74).

Para José María Moreno, uno de los primeros exégetas del Código, estos artículos crean un dilema de hierro: o el propietario no puede constituir sobre los bienes raíces otros derechos reales que los enumerados por la ley, y entonces no puede establecer sobre ellos rentas, censos, etcétera, o puede constituir estos derechos por menos de cinco años, y entonces su facultad alcanza a crear y transmitir derechos reales que la ley no reconoce y reprueba. Cualquiera de los dos extremos induce la violación de la disposición legal que el otro contiene. La interpretación que se impone es la de que únicamente valen como constitución de derechos personales (artículo 2502), § 48.

CAPELLANÍA

81. *Concepto. Difusión*. La capellanía es una especie de censo consignativo (§ 75) que se distingue por el fin

religioso de su institución: servir de congrua sustentación para que pueda ordenarse un presbítero —ya que sin el requisito de contar con medios propios de vida no puede hacerlo, pues "el clérigo no debe vivir del altar"—, o como limosna para la celebración de determinadas misas con la intención manifestada por el fundador.

Con el lenguaje propio de la segunda mitad del siglo XIX, caracteriza José Francisco López a la capellanía como

una hipoteca espiritual y eterna, como el alma del fundador, que continúa disfrutando en la otra vida los intereses espiritualizados en forma de misas; especie de telégrafo místico que transmite los valores de ésta a los moradores de aquélla, como otras tantas cartas de crédito expiatorio, con que ellos desean satisfacer la cuenta de sus deudas ante Dios, y obtener su remisión.

Fuera de la finalidad religiosa, a la cual se aplican los réditos o corridos del principal afectado, y de la posible intervención de la autoridad eclesiástica en la fundación de la capellanía, se trata de un censo consignativo. Se llama capellanía eclesiástica cuando recae erección o institución canónica, como consecuencia de la cual los bienes quedan espiritualizados, es decir, salen del comercio y se someten a la jurisdicción eclesiástica. Capellanía laical o memoria de misas es, por el contrario, aquella en la cual no interviene la autoridad eclesiástica, pero que por lo mismo no puede servir de título de ordenación y solamente para la celebración de misas.

Reciben el nombre de capellanías colativas aquellas fundadas por la autoridad eclesiástica y erigidas a perpetuidad, que pueden conferirse libremente a una persona idónea para desempeñarse como capellán, y el de electivo-colativas, cuando la colación debe hacerse necesariamente a la persona presentada por quien tiene el derecho de patronato.

El fundador de una capellanía puede adoptar cualquiera de estas dos modalidades: disponer de una suma de dinero (principal) para el fin propuesto, haciendo una verdadera donación o legado, según se trate de acto entre vivos o de última voluntad, o, sin desembolsar ningún capital, obligarse para el futuro como censatario a pagar determinados réditos con el mismo fin, afectando en garantía a un inmueble de su propiedad.

Las partes que intervienen en toda capellanía son las siguientes: el *fundador*, que la constituye, ya en vida o para después de su muerte; el deudor o *censatario*, que puede ser tanto el tomador del capital con garantía hipotecaria o prestatario, como el propio fundador, si contrae la obligación sobre un inmueble de su propiedad; el beneficiario o *censualista*, generalmente el presbítero ordenado a su título o el capellán designado para celebrar las misas, y el *patrono*, señalado por el fundador para elegir al capellán y para asegurar la perpetuidad de la fundación, renovando la colocación del principal cada vez que sea redimido el censo.

Si se tiene en cuenta que, de las dos formas descritas, fue la primera, la de la afectación de un capital, la más frecuente, se puede comprender la significación alcanzada por la institución en la sociedad de los siglos *xvi* al *xviii*, que fueron los de su apogeo, al permitir satisfacer a la vez dos necesidades, de diversa índole, pero fundamentales ambas: la necesidad espiritual de posibilitar una ordenación sacerdotal, una profesión religiosa o sufragar por las almas del purgatorio (la del fundador o la de otras personas), y la necesidad económica, crediticia, del tomador del principal (censatario).

Sobre todo por vía testamentaria, fueron cuantiosas las capellanías que se fundaron en España y en Indias, en esos siglos, al punto de convertirse, no sólo en una de las principales fuentes de recursos para la Iglesia, sino además en uno de los principales medios para acceder

al crédito. En estos casos, la intención religiosa —lo mismo que en el caso de los capitales de los menores, la intención piadosa— aventaba las sospechas de usura que recaían sobre las operaciones de préstamo.

Cláusulas de escrituras de fundación de capellanías usuales en Indias son las siguientes:

Como el fundamento principal de toda fundación, es el asignar fondos competentes y seguros para que tengan congrua suficiente los capellanes que han de servir esta capellanía y a fin de que no fallen los réditos de los capitales para que de esta suerte siempre jamás subsista la fundación sin disminuirse en nada los piadosos fines que se ha propuesto el otorgante, por estas consideraciones separa desde este punto de sus bienes X pesos corrientes de a ocho reales plata cada uno y les impone a censo redimible y con el canon o rédito anual del cinco por ciento sobre las casas principales en que actualmente habita, las que ha fabricado desde los cimientos...

Que el dicho don N. N. nuestro hijo luego que se ordene haya, y goce el usufructo de dichos X pesos a razón del cinco por ciento al año que desde luego nos obligamos a pagar como producto de dichos X pesos de principal que imponemos sobre dichas nuestras casas desde hoy día de la fecha de esta escritura dándonos como nos damos por recibidos de los enunciados X pesos, y como tales fundadores y primeros patronos que nos nominamos nos obligamos a que en nuestro tiempo, y los que nos sucedieren como irá declarado daremos y darán X pesos anuales que corresponden de réditos del principal de esta fundación al dicho nuestro hijo don N. N., y a quienes sucedieren en esta capellanía, con cargo de que cada uno en su tiempo hayan de decir o mandar decir veinte misas, anualmente, rezadas por nuestras almas, y demás de nuestra intención en los días y altares que tuvieren por conveniente, con cuya única pensión instituímos esta fundación...

82. *Leyes restrictivas.* Paralelamente al programa de desamortización eclesiástica (§ 68), la Corona española interviene en las capellanías desde el siglo XVI para corregir abusos, impedir las fundaciones incongruas y velar por la observancia de las normas canónicas. Felipe II ordena a los preladados que no compelan a fundar capellanías de sus patrimonios a los que tratan de ordenarse, y Carlos II, que no se ordenen en esta forma, en fraude de la Real Hacienda (Novísima Recopilación I, XII, 1 y 2, y XVI, 1).

En el siglo XVIII se intensifica el ataque contra la institución. El ministro de Felipe V Melchor de Macanaz, dando un ejemplo elocuente, se ocupa de las "Razones que justifican los daños que produce a la Monarquía el exceso en las fundaciones de capellanías". A su juicio, las razones son:

La primera, porque aquel o aquellos que tienen cuatro o cinco hijos, inclinan regularmente al primero a la carrera de los estudios, y aunque sus adelantamientos en ellos sean tan reducidos, que apenas le saquen del grado de ignorante, desde luego le miran como el único apoyo y honor de su familia.

Desde luego le inclinan al estado eclesiástico, y para ello le fundan una capellanía de la mitad o más de sus bienes: le hacen en efecto sacerdote, bien que inútil por su propia insuficiencia, y perjudican considerablemente a los demás hijos, quitándoles una crecida parte de su legítima...

La tercera, porque todos aquellos bienes raíces, que entran en manos muertas, dejan de contribuir al Erario, y duplican las contribuciones de los demás vecinos...

Y la cuarta y última razón, porque desmembrados una vez de los seculares los bienes raíces de que se forma una o muchas capellanías, se radican enteramente en los eclesiásticos; pues mientras los van sucediendo los llamados, que regularmente los apetecen sacerdotes los

fundadores, y así más con atención al goce de las mismas capellanías, que con respecto a una perfecta vocación, se hacen tantos sacerdotes malos, que tal vez serían labradores buenos³¹.

Críticas ácidas como ésta preparan intelectualmente el terreno para las leyes restrictivas que se dictan. Carlos IV, por real decreto del 19 de setiembre de 1798, para allegar fondos a la Real Hacienda, manda enajenar todos los bienes raíces pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusión y expósitos, cofradías, memorias, obras pías y patronato de legos, exceptuando las fundaciones en las que hay patronato por derecho de sangre, y entrar su producto en la Real Caja de Amortización, a cambio de vales reales, invitando a las autoridades eclesiásticas a que promuevan lo mismo con respecto a los beneficios de la Iglesia (Novísima Recopilación I, v, 22). Otro real decreto, del año siguiente, prohíbe la fundación de capellanías perpetuas sin que preceda real licencia (Novísima Recopilación I, XII, 6).

83. La misma política de los ilustrados es continuada por los gobiernos liberales del siglo XIX. Las leyes que se dictan en el Río de la Plata se caracterizan por su moderación; rara vez tienen carácter compulsivo.

La ley bonaerense de 1822 conocida como "de reforma del clero", establece en uno de sus artículos que "el capital correspondiente a las capellanías o memorias pías, de las casas de regulares (conventos), podrá ser redimido en billetes del fondo público del seis por ciento a la par". Varios años más tarde, en 1857, otra ley prohíbe la fundación de nuevas capellanías "sobre bienes raíces ni por cen-

³¹ "Representación que hice y remití desde Lieja al Señor Rey Don Felipe Quinto expresando los notorios males que causan la despoblación de España", p. 182-4, en ANTONIO VALLADARES DE SOTOMAYOR, *Semanario erudito*, t. VII, Madrid, 1788.

sos perpetuos, o por otro género de imposición que grave a dichos bienes con rentas perpetuas", autorizando tan sólo la colocación de los capitales en Bancos o en rentas del Estado.

Al año siguiente, siempre en Buenos Aires, se trata de promover la redención de las capellanías constituidas con anterioridad a 1857, mediante el depósito del capital e intereses en el Banco o en fondos del crédito interior del Estado. Poco antes de la sanción del Código Civil, en 1867, a iniciativa del ministro Nicolás Avellaneda, la provincia intenta convertir en obligatoria la norma facultativa anterior, pero el proyecto no prospera.

En varias provincias del interior se dictan también leyes y decretos sobre redención de capellanías. Corrientes en 1828; Salta lo hace en 1831, y en la Constitución de 1855 prohíbe la fundación de capellanías; Córdoba, en 1861, 1870, 1873 y 1878; San Juan, en 1862; La Rioja y Santiago del Estero, en 1866. La ley correntina del 23 de mayo de 1828 adscribe a los fondos del Estado a todas las capellanías laicas y eclesiásticas, con la sola excepción de las instituidas en favor de herederos para títulos de órdenes sagradas.

La doctrina que inspira a estas leyes es la misma que expone Mariano Fraguero:

En las épocas en que han tenido origen las leyes vigentes sobre esta materia, probablemente ni habría mayor seguridad que la propiedad territorial, ni se conocían los inconvenientes de los legados a perpetuidad... Pero hoy que son manifiestos los obstáculos que los bienes acensuados oponen a la mejora de los pueblos, y cuando a la seguridad territorial se ha sustituido el crédito público para fundar los legados por el tiempo que se quiera establecer, no hay razón para dejarla continuar³².

³² "Cuestiones argentinas", en *El Nacional*, Buenos Aires, 19 de noviembre de 1852.

Las normas sobre censos del Código Civil son aplicables a las capellanías (§ 80). Vélez Sarsfield traslada al Código el mismo régimen vigente en la provincia de Buenos Aires al tiempo de su sanción. La jurisprudencia interpreta que si bien impide la fundación de nuevas capellanías, no suprime las anteriores, las cuales han subsistido, incluso hasta la actualidad, con la sola condición de que su fundación constase por testamento, escritura pública, reconocimiento del censatario o sentencia judicial.

La ley N° 4124, sancionada en 1902, autoriza a los titulares de capellanías y otras fundaciones piadosas constituidas sobre bienes raíces situados en la Capital Federal y territorios nacionales, a redimirlas depositando en el Banco de la Nación una suma equivalente, en títulos de la deuda interna. El patronato de las capellanías laicales lo confía al Consejo Nacional de Educación.

ENFITEUSIS

84. *Derecho romano.* Aparece en una época tardía, si bien guarda alguna relación con el viejo arrendamiento de los *agri vectigales*, terrenos del Estado, de los municipios y colegios sacerdotales, concedidos por largo plazo o a perpetuidad a cambio del pago de una renta (*vectigal*). Pero su origen inmediato son los arrendamientos largos que en Grecia se llaman, precisamente, enfiteusis (= yo planto).

En tiempo de los Constantinos, desaparece el *ager vectigalis* para ser reemplazado por la enfiteusis, así como el *vectigal* por el *canon*. El parecido que guarda tanto con la venta como con el arrendamiento, hace que se discuta sobre su verdadera naturaleza, hasta que el emperador Zenón declare su carácter *sui generis* y Justiniano configure en base a sus antecedentes los rasgos definitivos de la institución.

Se constituye así en un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye al titular el pleno goce de un fundo a perpetuidad o por muy largo tiempo, con la obligación de no deteriorarlo y de pagar un canon anual en dinero o especie al señor del dominio directo. Es la desmembración más fuerte que sufre el derecho de propiedad, compartido por dos señores: el del dominio directo y el del dominio útil.

De allí que Bartolomé de Albornoz razone que

este contrato así como es irregular y contra natura, la naturaleza del derecho (de quien él se aparta) procura cuanto en sí es, quitar aquella violencia, que le tiene desmembrado de su ser natural, y para esto induce una condición, que siempre que el señor del útil, se quiera deshacer de la cosa acensuada, dé noticia al señor del dominio directo, de la venta que quiere hacer, para que dentro del día que le avisare, en dos meses próximos siguientes, vea si le está bien, darle por ella lo que el otro le da, y tenga cuenta de retractarla (que es tomarla por el tanto) y quedarse con ella.

Se refiere al derecho de tanteo, uno de los que posee el nudo propietario, y que se complementa con el derecho de laudemio, por el cual, si rehusa adquirir la finca por el tanto, puede cobrar un tanto del precio, tanto que según el derecho justiniano y las Partidas no puede exceder de la quincuagésima parte, aunque en la práctica no siempre se haya respetado.

Por el derecho justiniano la enfiteusis cesa con la destrucción del fundo, la confusión de los sujetos, el rescate, la prescripción extintiva. Además, se pierde para el enfiteuta por deterioro culposo del fundo, falta de pago del canon por tres años y por incumplimiento de sus obligaciones legales en caso de enajenación.

85. *Derecho castellano-indiano*. Dice José María Ots Capdequi que el censo enfiteutico en España es una adaptación de la figura romana a la realidad social, económica y jurídica local en la alta edad media. En tiempos de la Reconquista, los poseedores de latifundios señoriales y eclesiásticos que no cuentan con medios suficientes para cultivar directamente todas las tierras, no pudiendo recurrir al arrendamiento cuando se trata de tierras que se deben roturar, poner en cultivo, invirtiendo un trabajo de varias generaciones, acuden en la mayoría de los casos al censo enfiteutico (censo solariego, según Francisco de Cárdenas) § 64. Reservándose el dominio directo, el señor entrega a familias de labradores el dominio útil a trueque de pagarle un canon o pensión, no con calidad de renta, porque no suele guardar proporción con el beneficio que les puede resultar, sino como reconocimiento de su señorío. No les importaba obtener escasos beneficios económicos, porque el dinero tenía poco valor, sino acumular poder, y eso se lograba asentando enfiteutas en su tierra.

La institución satisface un doble interés: el del señor, que está obligado ante el rey a tener poblada y puesta en cultivo la tierra, y el del enfiteuta, gente libre pero de baja posición social, que encuentra el medio de obtener tierra y de asegurar a sus descendientes.

Con el tiempo, el censo enfiteutico de la Reconquista se aproxima a la enfiteusis romana, y así surgen las figuras del comiso, del tanteo y del laudemio, que por su odiosidad, provocan verdaderas revueltas agrarias y son condenadas por teólogos, moralistas y juristas. Particularmente grave es la situación en Galicia, donde se practica una enfiteusis temporal, llamada "foro", por una a tres vidas, que periódicamente permite al señor recuperar su tierra mejorada, en tanto que perjudica a los enfiteutas con la pérdida del trabajo y de los capitales invertidos. Carlos III y Carlos IV, a fines del siglo XVIII, van a

suspender las demandas de desalojo contra estos labradores, dándoles perpetuidad de hecho a sus contratos (§ 39).

La enfiteusis a largo plazo es, en cambio, valorada positivamente por algunos autores, que le atribuyen el mérito de haber evitado la decadencia de la agricultura, facilitado el trabajo libre y proporcionado a los labradores ventajas parecidas a las de la pequeña propiedad en un medio dominado por el latifundismo.

En Indias, si bien en una escala más limitada, también se emplea la enfiteusis. Responde, especialmente, a la necesidad de dar en explotación tierras comunales, tanto de carácter urbano como rural, para asegurar a las ciudades su aprovechamiento y beneficiar a la vez al ocupante con un largo disfrute.

Carlos Luque Colombres estudia la concesión en Córdoba, desde el siglo xvii, de solares urbanos pertenecientes a los propios del Cabildo, y en el xviii, de ejidos, y aunque expresa que no todos los suelos comunales adelantaron en igual medida, "las virtualidades de la enfiteusis mantuvieron su eficacia en la explotación y progreso edilicio de los ejidos, sobre cuya base se asentó el crecimiento orgánico de la ciudad"³³.

86. *Derecho nacional.* Del ensayo enfiteútico hecho en la provincia de Buenos Aires en la década de 1820, el más importante de la época patria, y de carácter *sui generis*, me ocupo más adelante (§ 92). En varias otras provincias también se aplica el sistema.

El Código Civil no admite a la institución. En la nota al artículo 2503, Vélez Sarsfield opina que

la conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas,

³³ Los ejidos de Córdoba y la enfiteusis, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 9, Buenos Aires, 1958.

de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos... Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo la enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesión el derecho enfiteútico y el derecho del señor directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente.

GARANTÍAS REALES

87. *Prenda.* Las garantías reales conceden al acreedor el derecho de retener la cosa y hasta venderla si no es satisfecho de la obligación (§ 26). El derecho romano conoce, entre otras, tres figuras principales: *fiducia*, prenda e hipoteca.

La *fiducia*, practicada desde el período arcaico hasta el clásico inclusive, hace al acreedor propietario del bien dado en garantía. Vencida la obligación, si no es pagado, lo conserva. Es un procedimiento ventajoso para los acreedores pero incómodo, por el formalismo que rodea la transmisión de la posesión (§ 51), además de desventajoso para los deudores, a quienes sume en el riesgo de perder la cosa por insolvencia del acreedor. Pero es frecuente que los deudores no se desprendan del uso de la cosa, conservándola a título de precario o de arrendamiento.

La prenda (*pignus*) es, a diferencia de la anterior, el mero traspaso de la posesión de la cosa mueble o inmueble. Para mayor provecho de los acreedores, éstos, antes del vencimiento de la obligación y gracias al pacto de anticresis, se aseguran el derecho a los frutos percibidos a título de interés. Además, producido el vencimiento y no cumplida la obligación, por el pacto comisorio adquieren

la propiedad del bien pignorado. Constantino prohíbe esta cláusula por usuraria, dado que el valor de estos bienes suele ser muy superior al de los créditos. En cambio, se convierte en cláusula de estilo la que permite al acreedor conservar la cosa después de estimada en su justo precio.

En la época visigoda y la alta edad media, manifiesta Aquilino Iglesia Ferreiros, la prenda responde principalmente a las necesidades de una sociedad agrícola y se caracteriza por la transmisión de la cosa al acreedor y la fijación de plazos breves a las obligaciones. El agricultor, necesitado de ciertos productos, se obliga con la esperanza de devolver el préstamo al recolectar la cosecha. En la práctica, es frecuente que los acreedores, en caso de incumplimiento, retengan la prenda, para usufructuar la cosa, sin venderla (prenda de usufructo). Si se trata de cosas no fructíferas, se acostumbra pactar el pago de intereses. La situación cambia como resultado de las prohibiciones papales, que condenan la percepción de frutos—considerados verdaderos intereses— sin imputarlos al capital.

En la baja edad media, con la aparición de la economía urbana, entra en crisis la prenda de usufructo y se reconoce al acreedor el derecho de vender la prenda por falta de pago. Los nuevos prestamistas, los comerciantes, al no contar con una organización adecuada para el cultivo de la tierra, pierden el interés de otras épocas por la conservación. Por otra parte, lentamente se impone la idea de que la prenda no tiene que ser transmitida necesariamente al acreedor, principio sobre el cual va a reposar la moderna prenda agraria o sin desplazamiento en el siglo XIX. Llega incluso a tener un carácter general, incluyendo a todos los bienes del deudor. Los tiempos están maduros para la aparición de la hipoteca de los inmuebles, ausente de la alta edad media³⁴.

³⁴ AQUILINO IGLESIA FERREIROS, *Las garantías reales en el derecho histórico español*. I. *La prenda contractual: desde sus orígenes*

88. *Hipoteca. Clases y registro.* La hipoteca, de origen griego, no se diferencia sustancialmente en Roma de la prenda; es más bien la misma institución pero perfeccionada. Nace aplicada a los instrumentos de cultivo que introduce el arrendatario en el fundo y que, con carácter de garantía, puede el acreedor perseguir con una *actio in rem* (la *actio praetoria Serviana*, por cuya razón la hipoteca se convierte en un derecho real.

Al ser introducida por necesidades prácticas, dicen Ourliac y de Malafosse, tiene una extremada flexibilidad y extensión. Hay hipotecas convencionales y legales, puede recaer sobre muebles o inmuebles, servidumbres, créditos, etcétera, pero adolece de la falta de publicidad. Para evitar riesgos, se practica la hipoteca general, sobre todos los bienes, incluso los futuros. En el bajo Imperio se procura obtener publicidad por medios indirectos al castigar la enajenación o hipoteca de un bien sin declarar sus gravámenes (estelionato). Además, se concede preferencia a la hipoteca que conste en documento público sobre la hipoteca oculta.

La hipoteca legal o tácita, en la que el legislador presume la voluntad de las partes, protege a determinados acreedores privilegiados: el fisco, los menores sujetos a tutela o curatela, las mujeres por su dote. Contra estas hipotecas hay una corriente de oposición en el derecho moderno. Las admite el Código Napoleón, pero las restringe la legislación alemana del siglo XIX a la mujer casada y a los menores bajo guarda, y las prohíben, entre otros, los Códigos Civiles chileno, uruguayo y argentino.

En 1867, se plantea en la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires la cuestión, condensándose el pensamiento de la mayoría en la siguiente minuta de comunicación al Poder Ejecutivo:

nes hasta la recepción del derecho común, t. I, Santiago de Compostela, 1977.

el favor que la ley civil ha dispensado a intereses que indudablemente merecen mucha consideración, garantizando su conservación por hipotecas ocultas, ha demostrado la experiencia, que se convierte en perjuicio de los intereses garantidos por ese medio y es, al mismo tiempo, un obstáculo al desarrollo del crédito territorial... la garantía acordada por la ley es efímera, desde que las personas cuyos bienes son gravados por hipotecas de esa naturaleza, pueden hacerla ilusoria enajenándolos... La incertidumbre de la existencia de hipotecas generales ocultas, la dificultad de averiguarlas, retira los capitales e imposibilita su colocación sobre bienes inmuebles.

Compartiendo estas ideas, el Código Civil no reconoce más hipoteca que la expresa y convencional (art. 3115). En la época es común la opinión de que a la mala organización del sistema hipotecario se debe la escasa importancia que todavía tiene la propiedad raíz en relación con el crédito.

89. El registro de hipotecas y censos existe en el derecho español desde 1539, en que se dispone que en cada pueblo haya libro y persona encargada al efecto. En la práctica, la norma no siempre se cumple. Desde 1768, la Corona dicta una serie de leyes dirigidas a perfeccionar y hacer obligatorio el registro.

Para Indias, se expiden dos reales cédulas, en 1778 y 1802. Por ésta se manda que sólo se registren y tome razón de las escrituras e instrumentos en que haya hipoteca "expresa, especial y señalada de bienes raíces o tenidos por tales". Especialmente para el Río de la Plata, el virrey Melo de Portugal dicta en 1795 una "Instrucción para el método y formalidades que se deben observar en el establecimiento del oficio de hipotecas en todas las intendencias del Virreinato de su cargo". La toma de razón debe hacerse ante el escribano del cabildo, que queda encarga-

do del oficio, caso contrario carecen de valor y efecto legal. Un libro índice o repertorio general está destinado a facilitar la búsqueda de antecedentes³⁵.

En la provincia de Buenos Aires, un decreto de Rosas de 1830 vuelve a reglamentar las tomas de razón de las escrituras hipotecarias por el escribano de la oficina respectiva, y lo mismo hace Tucumán, en 1839, al fundar y organizar un único registro de hipotecas. El Oficio de Hipotecas de Buenos Aires subsiste hasta 1855. En 1854 el Superior Tribunal de Justicia, para poner "los derechos de los acreedores hipotecarios a cubierto de los pleitos que les ocasiona la inobservancia de las disposiciones contenidas en la cédula que reglamenta el Oficio de Hipotecas", peticona al Gobierno que lo separe de otras funciones notariales, a lo que accede por decreto del año siguiente.

En la década de 1860, varias provincias (Tucumán, Entre Ríos, Santa Fe) legislan sobre publicidad de los gravámenes hipotecarios y en 1879 Buenos Aires organiza el primer Registro de la Propiedad integral, que los comprende³⁶.

³⁵ JOSÉ LUIS TRENTI ROCAMORA, *Un reglamento sobre inscripción de hipotecas del Virrey Melo de Portugal (1795)* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 1, Buenos Aires, 1949.

³⁶ TOMÁS DIEGO BERNARD, *El Oficio Público de Hipotecas. Antecedentes históricos del Registro de la Propiedad Inmueble, desde 1795 hasta 1879*, en *Revista del Notariado*, N° 688, Buenos Aires, 1966.

CAPÍTULO X

LA TIERRA PÚBLICA EN EL
DERECHO NACIONAL

PRIMEROS REPARTOS

90. Dadas las características eminentemente ganaderas de la economía del litoral argentino hasta la segunda mitad del siglo XIX, la tierra no es debidamente apreciada como factor de producción, ni se piensa tampoco en su aplicación masiva a la agricultura. Salvo ensayos aislados de colonización, que procuran el asentamiento de familias y la fundación de pueblos, con las necesarias parcelas de pan llevar, la orientación predominante no es otra que la de considerar a la tierra pública —“patriolenga”, como se la llama a veces— como fuente de recursos para el erario o como premio, a falta de otros, para los servidores del Estado. Los procedimientos adoptados para allegar recursos no son siempre los mismos; unas veces se recurre a la venta, otras al arrendamiento y también a la enfiteusis.

Esta situación hace decir a Miguel Navarro Viola, todavía en 1872, que

la tierra pública es la base de la única industria que abarca todos los mercados del país, a saber, la ganadería, la cual está íntimamente ligada con la agricultura, que está completamente abandonada en nuestro país. Es por eso que la mayor parte de los productos agrícolas que necesitamos para el consumo, los recibimos de

los Estados Unidos, de Chile y del Brasil, y es ya tiempo que esos productos salgan de nuestro territorio. Por consiguiente, es necesario dictar una ley general de tierras que sea capaz de operar un cambio en este sentido, haciendo de un pueblo pastor, un pueblo agricultor³⁷.

91. Se atribuyen al directorio de Juan Martín de Pueyrredón las primeras normas sobre reparto de tierras, tendientes a promover el asentamiento humano y el trabajo del suelo, con motivo de la extensión de la línea de la frontera bonaerense. Una ley del Congreso, de 1817, lo faculta para adjudicar campos en propiedad.

El método se inspira en el sistema castellano-indiano. Se conceden en merced los terrenos baldíos con la obligación de poblarlos dentro de los cuatro meses y de mejorarlos. El Gobierno auxiliará con recursos a los pobladores y liberará de impuestos por diez años a todos los bienes que introduzcan para el trabajo. Además, los protegerá con sus milicias, sin perjuicio de que los nuevos propietarios deban concurrir a la defensa de la tierra con sus personas y armas.

El intento fracasa. Abundan las denuncias y pedidos de mercedes, pero la mayoría de los beneficiarios no cumple con las condiciones establecidas.

ENFITEUSIS BONAERENSE

92. Al crearse en Buenos Aires, en 1821, el sistema de crédito público y amortización, las enormes extensiones de tierra con que cuenta la provincia se consitituyen en la garantía de esas operaciones. Para ello es indispensable

³⁷ *Debates de la Concención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873*, t. II, Buenos Aires, 1877. Sesión del 16 de agosto de 1872.

que quede inmovilizada en manos del Estado. Pero, como por otra parte, se tiene conciencia de la importancia económica que reviste la explotación de la tierra y se confía en que, además, pueda proporcionar recursos estables al Tesoro, que compensen los desequilibrios de los recursos aduaneros, debe arbitrarse una solución que concilie todos estos extremos. La solución que encuentran los ministros Bernardino Rivadavia y Manuel José García es la enfiteusis.

Como escribe Miron Burgin, para resolver el problema se proyecta la ley de la enfiteusis. El Gobierno retiene la propiedad de la tierra, cumpliendo de ese modo con la letra de la ley de garantía, y entrega al mismo tiempo a la explotación económica grandes superficies de tierras improductivas. No desconoce la posibilidad de que la ley de enfiteusis estimule el desarrollo de los latifundios, pero no tiene objeción que hacerles mientras las tierras sean explotadas. Su propósito es el de impedir que las grandes acumulaciones de tierras se conviertan en objeto de especulación y está convencido de que el requisito del pago de un canon refrenará eficazmente cualquier tendencia monopolista.

Después del ensayo provincial de 1822 —en 1819 se hizo otro en Tucumán— se aplica el sistema a nivel nacional, si bien, en la práctica, queda una vez más localizado en Buenos Aires. Al discutirse la ley respectiva, en 1826, dice José Francisco Acosta que en Buenos Aires “hay infinidad de habitantes que ya tienen terrenos en enfiteusis, y que en las provincias hasta ahora no hay ninguno que los tenga”.

La ley nacional de enfiteusis, sancionada el 20 de mayo de 1826, prevé la celebración de contratos por un término de veinte años, con tasación de los terrenos cada diez por un jurado de vecinos, con derecho de apelación ante otro y un canon del 8 % y 4 % anuales sobre la tasación, según se trate de tierras de pastoreo o de pan

llevar. Durante el debate, queda en claro que no se quiere aplicar la enfiteusis clásica (§ 84-85), sino una enfiteusis atípica, que participe por su duración limitada del arrendamiento. También se aclara que, aun siendo así, se insiste en darle aquel nombre porque ya está en uso en Buenos Aires y porque la institución le asegura al beneficiario el derecho de preferencia en caso de venta, derecho que en cambio no le acuerda el arrendamiento.

Los resultados que se obtienen de la aplicación de la ley no corresponden a las esperanzas cifradas en la misma. Los propios considerandos del decreto de Rivadavia del 10 de mayo de 1827 son harto elocuentes:

La ninguna limitación con que hasta ahora se han concedido en enfiteusis las tierras de propiedad pública en toda la extensión que se ha solicitado, ha dado lugar a un abuso cuyas consecuencias empiezan ya a sentirse. Se denuncian campañas inmensas, sin intención y sin posibilidad de poblarlas, pero con la seguridad de vender muy luego a buen precio el derecho que se ha adquirido a tan poca costa. Así es que toda la extensión de tierras públicas comprendidas dentro de la nueva línea de frontera, aunque en su mayor parte despoblada, está ya casi enteramente repartida.

Emilio A. Coni apunta tres graves defectos de la ley: la falta de un máximo de extensión, que permitió otorgar cuarenta leguas cuadradas a un solo solicitante; la no obligación de poblar, de lo cual resultó que la tierra se mantuvo inculta y baldía a la espera de su valoración, y la libre transmisión de la enfiteusis, que sólo sirvió para acarreamientos, algunos superiores a cien leguas cuadradas, o para el "subarrendamiento expoliatorio de los infelices de la campaña por los poderosos de la ciudad"³⁸.

³⁸ EMILIO A. CONI, *La verdad sobre la enfiteusis de Rivadavia*, Buenos Aires, 1927, p. 6-7.

EPOCA DE ROSAS

93. Bajo los gobiernos federales, la política acerca de la tierra pública oscila entre corregir los defectos de la ley de enfiteusis y desalentar el sistema, recurriendo a otros, como la donación y la venta, con prescindencia de la ley de garantía.

Desde 1832 Rosas reparte entre sus partidarios la tierra, incluso la acensuada, reconociendo en este caso a los enfiteutas el derecho a una indemnización. Por leyes de 1834 y 1835, concluida su campaña al desierto, distribuye también tierras entre los expedicionarios, en concepto de premio, y lo mismo hace en 1839, con las tropas que sofocan la revolución de "los libres del Sud". Con este motivo extiende los llamados, por los unitarios, "boletos de sangre", que son anulados tras la caída de Rosas.

Necesitado de fondos el Gobierno, en 1836 vende la tierra pública dando, en su caso, preferencia a los enfiteutas. Llegado el momento de retasar el canon, por el transcurso de los diez primeros años, lo duplica con la finalidad de obstaculizar la renovación del contrato. La tendencia es hacia el desplazamiento de la enfiteusis a las tierras más alejadas.

Las razones que da el gobierno de Rosas para la adopción de esta serie de medidas son, según Miguel Angel Cárcano, que el Tesoro provincial se encuentra en apuros, la mayor ventaja que tiene la propiedad privada, y el aumento de la demanda de tierras a causa de la expansión ganadera. El mismo autor resume la situación de la enfiteusis en esta época en los siguientes términos: abandonados los contratos por sus dueños, caducos por faltar a prescripciones legales, ejecutados por deudas impositivas, convertidos en propiedad de otros por voluntad de Rosas, vendidos por ley, el resultado fue que la mayor par-

te de los bienes salió de manos de los enfiteutas originarios para pasar a los federales³⁹.

En la década de 1830 otras provincias, como Corrientes y Jujuy, también intentan la aplicación de la enfiteusis.

ORGANIZACIÓN NACIONAL. LEY AVELLANEDA

94. La tierra pública se convierte en estos años en problema prioritario. El lema, no sólo de Alberdi, sino de toda esta generación, es "gobernar es poblar". Cunde la idea de que hay que arraigar al hombre en el campo a través de la propiedad de la tierra y el trabajo en la agricultura.

El Gobierno de la Confederación emprende una importante labor colonizadora en las provincias del litoral: Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, valiéndose del fomento de la inmigración, mediante los servicios de empresarios de colonias, el adelanto de pasajes, la donación de tierras y la ayuda pecuniaria. Entre otros empresarios, Aarón Castellanos firma en 1853 con el Gobierno de Santa Fe el contrato que da origen a la colonia "Esperanza", formada con suizos alemanes. Los fracasos, que alternan con los éxitos, se atribuyen a los malos empresarios, a la adjudicación de lotes demasiado pequeños, a la mala disposición de los terrenos y a las luchas políticas.

95. En Buenos Aires se abre un amplio debate sobre la tierra pública. Se trata de corregir los abusos cometidos en tiempos de Rosas, de no insistir con el sistema enfiteutico (§ 86), de adjudicar el suelo en arrendamiento o en propiedad y de fomentar el asentamiento. No falta tampoco

³⁹ *Evolución histórica del régimen de la tierra pública 1810-1916*, Buenos Aires, 1972, p. 69-75.

co el interés fiscal por mayores recursos para nivelar las finanzas y valorizar el papel moneda. Sucesivas leyes fracasan en el logro de estos objetivos.

La primera ley integral, que consigue poner orden en la situación, es la ley nacional "de inmigración y colonización" promulgada el 19 de octubre de 1876, conocida como "ley Avellaneda", por deberse a la iniciativa del Presidente de la República, Nicolás Avellaneda.

Es Avellaneda un conocedor del tema, que en 1865 publicó *Estudio sobre las leyes de tierras públicas*, movido por estos objetivos:

la misión del derecho agrario sudamericano es rehacer la obra de la colonización bajo bases nuevas, impulsando a la población a la ocupación permanente y al cultivo de este inmenso baldío, dentro del que desaparecen imperceptibles provincias y ciudades. El Estado debe, por lo tanto, desprenderse de esas tierras, no dominado por el mezquino espíritu de las ganancias fiscales, sino por el grandioso designio de civilizar y de poblar.

A la ley vuelca sus reflexiones y su experiencia, y en la misma, reúne por primera vez los dos términos de la ecuación tierra: inmigración y colonización. Buscando la mayor eficacia, admite todos los procedimientos de colonización posibles: por el Estado, por empresas particulares, por iniciativa individual, con o sin el amparo oficial. Confía la ejecución de la política inmigratoria al Departamento de Inmigración y la de la política colonizadora a la Oficina de Tierras y Colonias.

Dice Cárcano que concibe Avellaneda a la ley como una ley de orientación, con todos los estímulos necesarios para que dé buenos resultados. Piensa, en un gran esfuerzo de movilización de la población y la riqueza, en emplear todo el capital disponible, abrir la tierra federal y provincial al trabajo, en lotes grandes y pequeños, en po-

bres y en ricos, en la tierra virgen y en la explorada y mensurada, en la iniciativa individual y en la empresa capitalista, en asociar estas iniciativas a la acción pública, en concordar el método americano privatista con el europeo de estímulos oficiales.

La ley no puede evitar el mal crónico del reparto de tierras que nunca son pobladas. Únicamente catorce de las 225 compañías colonizadoras que reciben concesiones, cumplen con las obligaciones de la ley, de subdividir y poblar. La conquista del desierto por el general Roca aumenta notablemente la extensión de la tierra fiscal y permite multiplicar a la vez el número de las adjudicaciones, incluso a cambio de los bonos emitidos para la financiación de la campaña. A principios del siglo xx, la región pampeana está ya en manos privadas y dedicada en gran parte a la especulación, la inversión o el prestigio, pero no convertida en propiedad del agricultor como era la intención de Avellaneda ⁴⁰.

En 1902, la ley de Avellaneda es reemplazada por la ley de venta y arrendamiento de tierras fiscales N° 4167, debida a la iniciativa del ministro Wenceslao Escalante. Contempla un trabajo previo de exploración, mensura y clasificación de las tierras, y deja al Poder Ejecutivo la determinación de su destino, reservando las regiones apropiadas para la fundación de pueblos y el establecimiento de colonias agrícolas y pastoriles. Fija medidas máximas a los lotes y limita al mínimo las concesiones. Supedita el título definitivo al cumplimiento de las condiciones de población y mejoras. Prescinde de las empresas colonizadoras, dada la mala experiencia anterior. Su vigencia se extiende hasta la sanción de la ley agraria N° 12.636, del año 1940.

⁴⁰ JAMES R. SCOBIE, *Revolución en las Pampas. Historia social del trigo argentino. 1860-1910*, Buenos Aires, 1968, p. 152-5.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

No tan desolador, como en el caso de las obligaciones y contratos, es el panorama bibliográfico que presenta la historia del derecho castellano, indiano y nacional de las cosas. En particular, el tema de la propiedad de la tierra ha sido estudiado desde antaño con profusión, si bien no siempre desde la perspectiva jurídica, sino con criterio social y económico, de todos modos auxiliar para el historiador del derecho. De estas obras dedicadas a la propiedad en España cito a los clásicos FRANCISCO DE CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, 2 tomos, Madrid, 1873, y GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa* 2 tomos, Madrid, 1880, y a CARMELO VIÑAS y MEY, *El problema de la tierra en la España de los siglos XVI-XVII*, Madrid, 1941. Desde su punto de vista, es recomendable la consulta de la *Historia social y económica de España y América*. Dirigida por J. Vicens Vives, 5 tomos, Barcelona, con varias ediciones, y de LUIS G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Madrid, 1968.

Intentando abarcar todo el derecho de las cosas, pero con la limitación señalada en el comentario bibliográfico de la primera parte, está: PAUL OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, t. II: *Los bienes*, Barcelona, 1960.

En las obras generales de historia del derecho hay páginas dedicadas al tema, especialmente en las ya mencionadas de Riaza y García Gallo, y Lalinde Abadía, pero además, para el derecho español, en FRANCISCO TOMÁS y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1979, con indicaciones bibliográficas, y para el derecho argentino, en

RICARDO LEVENE, *Historia del derecho argentino*, once tomos, Buenos Aires, 1945-1958, y RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del derecho argentino*, dos tomos, Buenos Aires, 1966-1970.

Sobre la tierra en el derecho indiano, además de la recomendada obra de JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, 2ª edición, Buenos Aires, 1978, se cuenta con la de JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI, *El régimen de la tierra en la América Española durante el período colonial*, Ciudad Trujillo, 1946.

Las monografías dedicadas a aspectos varios de la historia del derecho de las cosas son múltiples y una parte selecta, incluida la bibliografía argentina disponible, puede consultarse en las notas de pie de página.

I N D I C E

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

	Pág.
Advertencia	13

PRIMERA PARTE
Obligaciones y Contratos

Capítulo I	
Concepto y fuentes	17
Concepto de obligación y de derecho creditorio. Fuentes de las obligaciones. Concepto de contrato.	
Capítulo II	
Objeto	29
La usura.	
Capítulo III	
Vicios	35
Lesión. Restitución integral	
Capítulo IV	
Garantías	49
Responsabilidad personal y patrimonial de los deudores. Garantías específicas.	
Capítulo V	
Contratos en particular	61
Compraventa. Arrendamiento. Préstamo.	
Bibliografía principal	77

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

SEGUNDA PARTE

Cosas

Capítulo VI

Concepto	81
Cosas. Inmuebles y muebles. Derechos reales.	

Capítulo VII

Posesión	89
Concepto. Tradición y publicidad. Protección posesoria.	

Capítulo VIII

Propiedad	97
Derecho romano. Res, dominium, proprietas. Alta edad media. Comunidad familiar y señorío. Amortización de la tierra. La propiedad de la tierra en Indias. Doctrina racionalista. Derecho nacional.	

Capítulo IX

Otros derechos reales	115
Servidumbres. Censos. Capellanías. Enfiteusis. Garantías reales.	

Capítulo X

La tierra pública en el derecho nacional	143
Primeros repartos. Enfiteusis bonaerense. Epoca de Rosas. Organización nacional. Ley Avellaneda.	
Bibliografía principal	151

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico