

Los derechos reales inmobiliarios sobre cosa ajena por desmembraciones de uso y goce, las hipotecas y los negocios sobre el rango registral*

Ricardo Javier Saucedo

A la memoria del escribano Francisco Javier Siri

Ponencias

1. El rango registral es la posición o situación que un derecho real inscripto tiene, con respecto a otro, sobre el mismo inmueble. Su consecuencia principal será excluir al que se pretenda anotar en segundo término, si es incompatible con el primero, o graduarlo, fijando un orden de prelación, si no lo es.

2. Los derechos reales sobre cosa ajena de uso y goce y en función de garantía sobre un mismo inmueble, salvo expresa disposición legal en contrario, no se neutralizan ni repelen entre sí y pueden coexistir, cumpliendo el rango registral la función de ordenarlos y graduarlos, haciendo siempre de mejor condición al primero que se haya registrado.

* Este trabajo obtuvo el primer premio en la XXVII Jornada Notarial Argentina, realizada en Salta, entre el 29 de septiembre y el 1° de octubre de 2005.

3. Como el rango registral de los derechos reales es disponible, en el caso de derechos reales concurrentes, las partes interesadas pueden convenir un orden distinto de prelación de sus derechos, a través de los pactos o negocios sobre rangos, en la medida en que no exista prohibición legal al respecto, ni se afecten el sistema de rango móvil o de avance ni los derechos de terceros.

4. Los acuerdos sobre el rango registral (especialmente los de reserva y posposición), son un medio eficaz para fijar un orden de prelación favorable al acreedor hipotecario, cuando concurre con titulares de derechos reales sobre cosa ajena, de uso y goce, constituidos con anterioridad.

5. Los únicos impedimentos a la solución propuesta en la ponencia 4 serán: la existencia y vigencia de medidas cautelares que afecten a estos derechos (v.gr. embargo de usufructo o uso, cuando resulta procedente); o las disposiciones legales que en sentido expreso (como sucede con la prohibición impuesta al nudo propietario de constituir hipotecas mientras esté vigente el derecho real de superficie forestal) o implícito (como sucede con las servidumbres activas de constitución forzosa o el pacto de reserva de rango respecto del derecho real legal de habitación del cónyuge *supérstite*, atento al modo de su constitución), tornen improcedentes estos acuerdos.

1. Introducción

El presente aporte tiene por finalidad profundizar en torno a la posibilidad de fijar a través de los negocios sobre el rango registral, un orden de prioridades que sea favorable al acreedor hipotecario, para el caso en que concurra respecto de un mismo inmueble, con titulares de otros derechos reales de uso y goce¹, compatibles en su coexistencia con aquél, pero que hayan sido constituidos con anterioridad a la hipoteca.

Ello así, a fin de asegurar a dicho acreedor la posibilidad de ejecutar el inmueble, frente al eventual incumplimiento del deudor, libre de aquellos gravámenes que haya establecido legítimamente el propietario y que, en caso de perdurar, disminuirían sustancialmente el valor líquido de la garantía.

Nos mueve al presente análisis el hecho de considerar disvaliosas las soluciones que actualmente se aplican sobre esta problemática, que parten, ora de la exigencia que los titulares de esos derechos que anteceden cro-

¹ En otro aporte a este certamen jurídico, estudiaremos la misma problemática, pero desde la perspectiva exclusiva de los derechos reales de garantía.

nológicamente a la hipoteca, renuncien unilateralmente a sus prerrogativas, en forma previa o simultánea con la constitución del gravamen, para suprimir así las restricciones y limitaciones que pesan sobre el dominio del inmueble², ora de la intervención del titular del derecho de uso y goce como fiador y/o constituyente, junto con el nudo propietario, de la hipoteca. Esto último, en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 3120 del Código Civil, que prohíbe la hipoteca de derechos³.

Antes bien, apelando a la autonomía de la voluntad, como fuente generadora de derechos y obligaciones, y con apoyo especial en lo dispuesto por el artículo 19 *in fine* de la ley registral inmobiliaria N° 17.801, pueden utilizarse los pactos sobre rangos de los derechos reales compatibles (especialmente, la reserva y la posposición), para hacer frente a esta cuestión, de manera que el titular de la desmembración de uso y goce acepte ser postergado solamente por el acreedor hipotecario, pero pueda esgrimir y oponer su prerrogativa real, frente a los restantes terceros interesados que aleguen y/o detenten derechos (cronológicamente posteriores) sobre el inmueble (v.gr. otros acreedores hipotecarios, anticresistas o embargantes⁴).

Esta solución ya ha sido esbozada por calificada doctrina, con especial referencia al caso de la hipoteca del inmueble gravado con derecho real de usufructo⁵, y consideramos que en principio puede extenderse, con las salvedades que en cada caso veremos, a los restantes derechos reales de uso y goce, a saber: uso, habitación, servidumbres activas y superficie forestal.

² El notario Rubén A. LAMBER ha propiciado, en este sentido, que la renuncia impuesta, por ejemplo, al usufructuario del inmueble a hipotecar, quede sujeta a la condición suspensiva del incumplimiento del deudor de la obligación principal, de manera tal que en el caso concreto, el inmueble salga a subasta sin verse afectado por esa desmembración de uso y goce (ver su aporte al XXXVI Seminario Laureano Arturo Moreira de la Academia Nacional del Notariado, *La constitución del usufructo y su relación causal*, Buenos Aires, noviembre de 1998, tomo I, págs. 20 y 21).

³ En este sentido, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata, *in re* "Banco de la Edificadora de Olavarría c/Demattei de Basterrechea, Yoseli y otros" con fecha 7 de julio de 1996 tuvo oportunidad de expedirse sobre la inhabilidad de un título hipotecario constituido sobre la mitad indivisa de la nuda propiedad de tres unidades funcionales y sobre el usufructo del porcentaje restante (ver el fallo completo en: LLBA. 1996-1173; REVISTA NOTARIAL N° 928, con nota de Luis R. LLORENS. *De nuevo: hipoteca de inmueble usufructuado (¡un logro práctico!)*, págs. 695 a 702 y *Colección de análisis jurisprudencial. Derechos reales* de Marina Mariani de Vidal, La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 301 a 304, con comentario de Graciela Moreda).

De todas maneras, sobre la hipoteca de derechos, deberemos reparar especialmente en el flamante derecho real de superficie forestal, en el cual se permite expresamente la constitución de este gravamen por parte del superficiario sobre lo plantado -propiedad superficiaria-, conforme lo dispuesto por el artículo 2° *in fine* de la ley N° 25.509.

⁴ Si el titular de la desmembración de uso y goce renuncia lisa y llanamente a su derecho, tal como exigen la mayoría de las entidades bancarias y financieras en nuestro medio, queda en total desam-

Por lo tanto, nuestro análisis partirá de la consideración, en primer término, de la caracterización de los derechos reales sobre cosa propia, imperfectos por desmembraciones de uso y goce; en segundo lugar, nos detendremos en el rango de los derechos reales y en la doble incidencia que tienen, sobre este tema, el principio de prioridad temporal y el orden público; luego consideraremos los distintos negocios de rango, que pueden brindar al eventual acreedor hipotecario plena seguridad de que podrá disponer del valor de su garantía sin ningún tipo de restricción o limitación, ni cualitativa ni cuantitativa; por último, aplicaremos las directivas generales antes esbozadas a cada una de las categorías de derechos reales de uso y goce que permite nuestro ordenamiento jurídico, ajustando así, las conclusiones finales.

2. Los derechos reales sobre cosa propia, imperfectos, por desmembración de uso y goce

Entre las clasificaciones más elementales de los derechos reales está la que los distingue según sea que recaigan sobre cosa propia o ajena.

Esta división atiende a la posibilidad de que la cosa que constituye el objeto del derecho (y sobre la cual puedan ejercerse las prerrogativas que el mismo confiere), sea o no de su titular.

En nuestro sistema, son derechos reales sobre cosa propia, el dominio, el condominio, la propiedad horizontal y la superficie forestal (en tanto exista propiedad superficiaria). Son derechos reales sobre cosa ajena, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres activas, la superficie forestal (respecto del inmueble en el cual se habrán de efectuar las plantaciones⁶), la hipoteca, la prenda, la anticresis y el censo consignativo.

paro frente a posteriores acreedores con derechos reales o personales sobre el inmueble en cuestión (distintos, por cierto, del acreedor hipotecario de marras, que exige tal desistimiento). A lo sumo, una vez cancelada la hipoteca que dio origen a la renuncia (muy probablemente, el contrato hipotecario, prohíba, durante su vigencia, que el titular dominial disponga en tal sentido del inmueble), podrá "reconstituirse" el derecho real en cuestión, en tanto y en cuanto no exista entonces, algún otro impedimento para actuar en el caso.

⁵ Entre otros, los estudios de Luis R. LLORENS (*Hipoteca del inmueble usufructuado* en REVISTA NOTARIAL N° 921, págs. 441 a 450) y Gabriel de Reina Tartiére (*Negocios sobre el rango registral. Reserva, permuta, posposición. Los negocios sobre el rango de derechos no hipotecarios*, aporte al XLVII Seminario Laureano Arturo Moreira de la Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires, mayo de 2004, págs. 47 a 59).

⁶ Como señalan Aída KEMELMAJER de CARLUCCI y Alicia Puerta de Chacón, el derecho real de superficie es sobre cosa ajena desde la perspectiva de la titularidad del suelo; mientras que es un dere-

Estos últimos concurren con los primeros en el ejercicio efectivo de sus facultades, sobre el mismo objeto (la cosa). Pero esta coexistencia provoca en el derecho real sobre cosa propia, una imperfección, al ver su titular restringidos sus poderes sobre el objeto, sea porque los transfirió a otro (v.gr. usufructo), sea porque se obligó a no ejercitarlos en perjuicio de aquel (v.gr. superficie forestal, hipoteca, censo consignativo).

Esta imperfección supone que el derecho real sobre cosa propia se ha desmembrado, esto es, su titular ha perdido momentáneamente el ejercicio efectivo de alguna o algunas de sus prerrogativas sobre aquélla.

Para evidenciar lo que antecede, tomemos a guisa de ejemplo, al derecho real de dominio que es, por cierto, la base de nuestro sistema jurídico en la materia.

El mismo, de acuerdo al artículo 2506 de nuestro Código Civil, es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

Es decir, es la potestad real que confiere a su titular la mayor cantidad de prerrogativas sobre una cosa, en su sustancia y utilidad. Entre ellas, corresponde destacar, especialmente, el derecho a poseerla, a usarla, a gozarla y a disponer material y/o jurídicamente de la misma, por actos *inter vivos* o *mortis causa*⁷.

Este derecho real, el primero y más importante sobre cosa propia⁸, en su estado normal de plenitud y perfección, se caracteriza por su exclusividad, su perpetuidad y su absolutez (esto último, por cierto, que ajustado a las restricciones y limitaciones que disponga el propio ordenamiento jurídico). O, como reza la primera parte del artículo 2507, el dominio es pleno o perfecto "... cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas".

cho sobre cosa propia, si lo consideramos desde la perspectiva de lo edificado o plantado (*Derecho real de superficie*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 13).

⁷ Se ha criticado, en nuestro medio, a la definición legal antes apuntada por imprecisa, pues en rigor, todo derecho real que se ejerza por la posesión, supone que la cosa está sujeta a la acción y voluntad de quien la detenta.

De aquí que se hayan ensayado otras definiciones, que sean más descriptivas de la figura.

En esta tendencia, y a mero título de ejemplo, transcribimos la propuesta hecha por Edmundo GATTI y Jorge H. Alterini: "el dominio es el derecho real de contenido más amplio, con la posibilidad para su titular de usar, gozar, beneficiarse con los frutos y disponer a voluntad de la cosa objeto de ese derecho, dentro del marco legal. El dueño de la cosa lo es también de su substancia, en el sentido de que su esencia (materialidad) y su destino económico están sometidos a su voluntad ejercida dentro del encuadre legal" (*El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 115).

⁸ Todo lo que digamos del dominio puede extenderse por analogía a los restantes derechos reales sobre cosa propia.

La segunda parte del precepto nos indica, *a contrario sensu*, cuando es menos pleno o "imperfecto": "... cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc."

Nos interesa la segunda variante de la imperfección⁹, el dominio desmembrado.

El mismo, de acuerdo al precepto transcrito, es el que se encuentra gravado, respecto de terceros, con un derecho real, provocando así la bifurcación del derecho real sobre cosa propia (el dominio desmembrado, desgajado, privado de alguna de sus prerrogativas) y sobre cosa ajena, que confluyen sobre el mismo objeto.

La causa de la imperfección del derecho real sobre cosa propia, por desmembración, de acuerdo al precepto citado, es única: pesa sobre la misma cosa un derecho real a favor de un tercero.

Sin embargo, en el caso concreto, la imperfección por desgajamiento del dominio se puede presentar por dos motivos (en los que se verifica esa causa única):

a) Si el titular dominial transfiere a un tercero alguna de sus prerrogativas sobre la cosa, como sucede cuando constituye voluntariamente derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbres, superficie forestal, prenda, anticresis¹⁰.

b) Si el titular dominial pierde momentáneamente el ejercicio efectivo de algunas prerrogativas inherentes a su derecho, en beneficio de un tercero, que sin embargo no puede ejercerlas como tales, ya que no se le transfieren en sentido positivo, como sucede en el caso anterior. Así, cuando el titular dominial grava con derecho real de hipoteca un inmueble de su propiedad, y por tanto, no puede ejercitar durante la vigencia de aquélla los actos de disposición material o jurídica del bien que puedan disminuir el valor de la garantía (conf. art. 3157 del Código Civil¹¹). Otro tanto sucede con las servidumbres negativas, que suponen desde la perspectiva del titu-

⁹ La primera, es decir, la falta de perpetuidad, genera las figuras del dominio fiduciario y revocable.

¹⁰ En estos supuestos, las facultades que se transmiten al titular del derecho real sobre cosa ajena serán las de poseer, usar, gozar y en algunos casos hasta disponer de la cosa gravada.

¹¹ Adviértase que a diferencia de lo que sucede en el caso anterior, aquellas prerrogativas que el titular dominial no puede ejercer, no se transfieren en sentido positivo al acreedor hipotecario, sino más bien, en sentido negativo; esto es, como facultad de impedir o prohibir la ejecución de los actos lesivos del valor de la garantía.

lar del fundo sirviente un no hacer, y desde la del titular del fundo dominante, impedir la ejecución de los actos de disposición material prohibidos.

De acuerdo a lo que antecede, el hecho de gravar una cosa propia con un derecho real a favor de un tercero, provoca la desmembración del derecho de dominio (condominio, propiedad horizontal, superficie forestal -cuando hay propiedad superficiaria-) y da origen, así, a los derechos reales sobre cosa ajena.

Estos últimos, a su vez, los podemos dividir en derechos reales de uso y goce (en los cuales su titular puede obtener directamente de la cosa sus beneficios, sin alterar su sustancia) y de garantía (los que se dan en seguridad de un crédito, cuyo cumplimiento, precisamente, vienen a garantizar).

En los primeros, el titular del dominio útil ejercita las prerrogativas que le ha transferido el propietario, quien pasa a denominarse nudo propietario, es decir, titular de la propiedad desnuda o vacía de contenido, y desde luego, queda obligado a respetar el ejercicio de las facultades concedidas a aquél (derecho de poseer, usar, gozar y hasta disponer, en algún caso, de la cosa gravada).

De todas maneras, y en lo que aquí nos interesa, el nudo propietario conserva en principio las facultades inherentes al *ius abutendi*, el derecho a disponer de la cosa, que puede evidenciarse, entre otros supuestos, en la constitución de gravámenes hipotecarios.

Ahora bien, el ejercicio de esta facultad por parte del nudo propietario, determinará, por ejemplo, la coexistencia de la hipoteca con los derechos reales sobre cosa ajena de uso y goce, sobre un mismo inmueble. Y con ello, surge la necesidad de fijar cuál de ellos tendrá prelación o prioridad sobre el otro.

La respuesta a esta cuestión está vinculada con el rango de los derechos reales, aspecto que consideramos a continuación.

3. El rango de los derechos reales

3.1. El rango registral

El "rango", en sentido general, es la posición, ubicación, situación o emplazamiento que tiene un derecho con relación a otro. En nuestro caso, se trata de fijar el orden que deben guardar los derechos reales entre sí.

El mismo se rige por el inveterado principio de la prioridad temporal, esto es: primero en el tiempo, mejor en el derecho.

Sin embargo, con el advenimiento y legalización definitiva del requisito de la publicidad registral en materia de derechos reales inmobiliarios¹², a partir del año 1968, con la modificación del artículo 2505 del Código Civil (t.o. según ley N° 17.711) y la sanción de la ley N° 17.801, como normati-

va complementaria de aquél, se advierte la vigencia de otro principio que se conjuga con el anterior: *prior loco potior iure*, esto es, primero en la ubicación en el folio real inmobiliario, mejor en el derecho.

Esta directiva no se enfrenta a la anterior, sino que es su legítima descendiente, y la acomoda a la importancia actual de los registros inmobiliarios¹³, pues, en rigor de verdad, en buena medida, la publicidad registral adapta y mejora el sistema de prioridad cronológica previsto inicialmente por el legislador.

De aquí que, de ahora en más, hablaremos del “rango registral” de los derechos, al que DE REINA TARTIÈRE define como “... un atributo del derecho inscripto que, al asignarle un orden concreto de prelación, modula su contenido”¹⁴.

De lo que antecede, podemos inferir que estará en óptima situación aquel titular del derecho real inmobiliario que cumpliendo con las causales constitutivas de tal prerrogativa (título y modo), logre también inscribir su título, en primer término, ante el registro respectivo.

Pero esta prelación no se circunscribe a la data de la presentación del título ante el ente registral.

En efecto, en atención al sistema de reserva de prioridad impuesto por la normativa registral nacional¹⁵, generado a partir de la solicitud de los certificados, y en aras de la seguridad del tráfico jurídico y de la protección del negocio inmobiliario en gestación, se advierte que la prelación del título (y por ende, del derecho que porta) se retrotrae, a la fecha de su instrumentación, si el autorizante ha respetado el plazo de vigencia de las certificaciones solicitadas¹⁶ y se ha preocupado por presentarlo dentro del período de los cuarenta y cinco días siguientes a su otorgamiento. Más aún, como la situación jurídica del inmueble ha quedado cristalizada al momento del

¹² Recordemos que Vélez Sarsfield la acotó a las hipotecas, y las leyes y reglamentaciones locales la extendieron a las restantes categorías de derechos reales, generándose la “feliz anomalía” de la que hablara Rafael Bielsa, al disponerla, vía poder de policía y facultades no delegadas, como nueva exigencia para las transmisiones de inmuebles.

¹³ Conforme ALLENDE, Guillermo L. *Hipoteca del propietario e institutos análogos*, LL. 100, pág. 804.

¹⁴ de REINA TARTIÈRE, Gabriel. *Negocios sobre el rango registral...*, cit. pág. 47.

¹⁵ Conforme artículos 5º, 17, 18, 23, 24, 25, 26 y concordantes de la ley N° 17.801.

¹⁶ Que es de quince, veinticinco o treinta días corridos, lo que dependerá de la ubicación de la sede del registro notarial solicitante, con relación a la del registro inmobiliario despachante (art. 24, ley N° 17.801). El plazo, en todos los casos, se contará desde la fecha de la expedición de la certificación (que para el caso de los registros inmobiliarios bonaerense y capitalino, es la de la presentación de la solicitud en mesa de entradas).

despacho de las certificaciones con la citada reserva¹⁷, los efectos de la inscripción se computarán a partir de este momento.

Por lo tanto, los consecuencias propias del rango registral del derecho (y por consiguiente su oponibilidad frente a los titulares de otras prerrogativas, reales o personales, sobre la misma cosa), si se cumplen con todas las exigencias legales citadas, se verificarán a la fecha de la instrumentación del negocio que le sirve de sustento causal, pero con la situación del inmueble plasmada al momento en que se expidieron los certificados.

Esta construcción armónica, empero, no es absoluta, pues también tiene su incidencia el estado subjetivo del titular. En efecto, es de vital importancia que quien primero llegue al Registro no sepa de la preexistencia de negocios que provoquen mutaciones reales sobre el mismo inmueble (y que se encuentren pendientes de registración), es decir, que se trate de un adquirente de buena fe¹⁸.

Ahora bien, el rango registral de un derecho inscripto en primer término, tendrá dos posibles consecuencias o efectos, con respecto a los títulos constitutivos de otros derechos sobre el mismo inmueble, que pretendan acceder al registro: en algunos casos, los excluirá por incompatibles, y en otros, los graduará o clasificará, teniendo para este último caso, preeminencia sobre éstos.

3.2. El rango registral excluyente

En este supuesto se parte de una verdadera imposibilidad de coexistencia entre derechos¹⁹, que por ende, se resuelve en favor del primero que haya sido regularmente constituido²⁰.

¹⁷ Lo que se designa comúnmente como "cierre" o "bloqueo" registral, que perdura durante el plazo de vigencia de los certificados expedidos, más el previsto por el artículo 5° de la ley N° 17.801, para la inscripción del título autorizado a partir de aquéllos. Advertimos también que tal efecto puede prolongarse en el tiempo, si, por ejemplo, el título se presenta en término, pero es objeto de observación por defectos subsanables, y se anota provisoriamente por ciento ochenta días (conf. art. 9° ley citada), o si la observación es objeto de recursos registrales.

¹⁸ Es por ello que los artículos 594, 2791, 3269 y concordantes del Código Civil, pueden provocar la fractura de la regla que estudiamos, si se comprueba la mala fe del adquirente (por ejemplo, que conocía que el inmueble objeto de la contratación había sido prometido en venta a otra persona).

La misma solución predica el artículo 3136 de dicho texto legal, al no admitir "carreras" maliciosas al Registro: "si estando constituida la obligación hipotecaria, pero aún no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria, hiciese primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningún efecto respecto a la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley".

Así, no pueden coexistir dos derechos reales sobre cosa propia (v.gr. dos derechos reales de dominio o propiedad horizontal sobre el mismo inmueble).

Esta solución también puede aplicarse, en algunos casos, a los derechos reales sobre cosa ajena, sean de uso y goce o de garantía.

Tampoco pueden coexistir dos derechos reales de usufructo sobre un objeto común²¹, ya que al absorber el primero de los titulares (cronológicamente hablando) todas las utilidades posibles sobre la cosa, el segundo se vería ante una prerrogativa real, vacía de contenido²².

En materia de derechos reales de garantía, advertimos que no pueden confluír sobre un mismo inmueble dos derechos reales de anticresis, atento a la necesidad que tiene el acreedor de poseer el inmueble y percibir sus frutos, para enjugar su crédito. El hecho de tener que compartir su prerrogativa con otro acreedor del mismo signo, iría en detrimento de su derecho²³.

3.3. El rango registral concurrente

Para este caso, como se trata de derechos que no se neutralizan ni repelen entre sí, pueden coexistir respecto de un mismo objeto, cumplien-

Esta directiva, pensada por Vélez solamente para las hipotecas (únicos derechos reales sujetos primigeniamente a la publicidad registral), debemos generalizarla para todos los supuestos de derechos reales sobre inmuebles.

De aquí se extrae, entonces, que el conocimiento de la realidad jurídico registral, por parte de quien obtenga la inscripción de su título en detrimento de aquella, prácticamente neutraliza los efectos del rango registral así alcanzado.

¹⁹ Conforme artículo 17 de la ley N° 17.801, que dispone, en su primera parte, que "inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible...".

²⁰ Ver lo expuesto en el apartado anterior.

²¹ En cambio, nada impide constituir un único derecho real de usufructo, a favor de varios cotitulares, que actuarán como cousingueros. Ello así, pues ninguna disposición del Código Civil exige que el titular de este derecho real deba ser una sola persona (numéricamente hablando).

²² No debe extraerse, sin embargo, como regla, a partir del ejemplo aportado en la parte principal, que en materia de derechos reales sobre cosa ajena de uso y goce, habrá siempre incompatibilidad (y por ende prioridad excluyente a favor del primero cronológicamente hablando), cuando confluyan dos derechos reales del mismo signo o identidad. De hecho, no hay ningún impedimento, para que concurren sobre un mismo inmueble, como fundo sirviente, dos o más servidumbres activas de igual o distinto contenido.

²³ Conforme HIGHTON, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, bajo la dirección de Alberto J. Bueres y la coordinación de la autora citada, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, tomo 5 C, comentario al art. 3256, págs. 659 y 660.

do el rango registral la función de ordenarlos y graduarlos, haciendo siempre de mejor condición al primero que se haya registrado.

De este modo, respecto de los derechos reales sobre cosa ajena de uso y goce, el artículo 2960 del Código Civil, ha previsto expresamente la posibilidad de que concurren sobre un mismo bien, el usufructo y el uso (amén, por supuesto, de la necesaria preexistencia del nudo propietario²⁴), indicando que en el caso, la prerrogativa y preferencia sobre los frutos, la tiene el usuario, aparentemente de manera absoluta²⁵.

Semejante solución debe ser conjugada con lo antes expuesto, por lo que la aplicación correcta del precepto, a nuestro juicio, sería la siguiente: solamente si el derecho real de uso se constituyó en primer término, y obtuvo su rango registral, prevalecerá sobre el usufructo y tendrá prelación sobre los frutos que produzca el inmueble.

En el caso inverso, la prioridad se tornaría propiamente excluyente, ya que la amplitud de las prerrogativas del usufructuario, dejaría prácticamente vacías de contenido las del usuario, por ser este último un derecho de grado menor con relación al primero²⁶.

En el ámbito de los derechos reales sobre cosa ajena en función de garantía, la concurrencia parece ser la regla. No hay objeción alguna para que coexistan varias hipotecas sobre un mismo inmueble, o que el mismo esté doblemente gravado con hipoteca y anticresis, a favor de igual (supuesto contemplado expresamente en el artículo 3256 del Código Civil) o distinto acreedor.

Y si unimos ambas subespecies de las desmembraciones dominiales, advertimos también, como regla, la posibilidad de que concurren sobre el mismo inmueble, derechos de uso y goce y de garantía por igual, graduados, por supuesto, a partir de la fecha de su constitución.

²⁴ En rigor de verdad, en la hipótesis del precepto, confluyen sobre el inmueble tres derechos reales, uno sobre cosa propia (dominio, condominio) y dos sobre cosa ajena (usufructo y uso).

²⁵ Las explicaciones del codificador, vertidas en la nota, no son convincentes para llegar a la solución preconizada: se rotula al uso como una "servidumbre" que grava a la heredad (que sería "no activa", por existir solamente fundo sirviente, y en rigor, no sería a nuestro juicio una servidumbre propiamente dicha) y se considera que entre el usufructo y el uso hay una relación de género a especie, por lo que el uso es una desmembración del usufructo (en verdad, los dos derechos son desmembraciones del dominio, y la diferencia entre ambos, en nuestro sistema, no es cualitativa sino cuantitativa -en orden a la mayor amplitud de facultades-, que en la práctica pueden ser suprimidas por acuerdo expreso por el que se confieran al usuario, las facultades de poseer, usar y gozar de la cosa, con las mismas extensiones que al usufructuario).

²⁶ Los derechos de uso y goce del usuario se circunscriben a sus necesidades y las de su grupo familiar. Compulsar, empero, lo expuesto en la nota anterior.

Sobre esta última posibilidad se expiden, entre otros, los artículos 2916, 2990, 2999, 3157 y 3242 del Código Civil.

Ahora bien, de acuerdo a la temática planteada en la introducción a este aporte, debemos circunscribir nuestro análisis al supuesto en que concurren respecto de un mismo inmueble, derechos reales de uso y goce e hipotecas, constituidos por el propietario.

Según lo expuesto en los apartados anteriores, podemos visualizar dos casos:

a) La hipoteca precede cronológicamente a los restantes derechos reales sobre cosa ajena, de uso y goce con que haya gravado el inmueble el nudo propietario.

En esta situación, no hay duda alguna de que para el caso de incumplimiento de la deuda, el acreedor podrá ejecutar el inmueble afectado con la garantía hipotecaria, libre de aquellas otras cargas y desmembraciones reales, que por ser posteriores, le son totalmente inoponibles.

b) Los derechos reales de uso y goce preceden en su existencia a la hipoteca.

En esta hipótesis, y como señalamos al comienzo de este trabajo, el acreedor hipotecario, frente al incumplimiento de su deudor, podrá proceder a la venta de la nuda propiedad de su garantía, pero siempre, sin afectar los derechos que preexistían al momento del gravamen, con lo cual, el resultado líquido de la ejecución y la eventual existencia de interesados en la adquisición del inmueble, se reducen drásticamente.

Ahora bien, ¿no pueden, en este último caso, los titulares de los derechos reales que convergen sobre el único bien, pactar un orden distinto de prelación, de forma tal que el acreedor goce de un rango registral preferente para alcanzar, en el caso de incumplimiento del nudo propietario, una situación equivalente a la del inciso a)?

La respuesta a este interrogante es, en principio²⁷, afirmativa, acudiendo para ello a los negocios sobre el rango registral de los derechos implicados.

4. Los pactos sobre el rango registral

4.1. Su admisión legal

La permisión general sobre esta materia, dimana del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad en la contratación, consagrado

²⁷ Luego veremos que en algunos supuestos, la modificación convencional de los rangos registrales de los derechos implicados, para favorecer a la hipoteca, no será jurídicamente posible.

doblemente por los artículos 21 y 1197 de nuestro Código Civil, con las únicas restricciones de no afectar el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.

Como corolario de tal admisión, contamos con normas especiales, que se refieren expresamente a algunos de estos negocios en particular, a saber:

a) La parte final del artículo 19 de la ley N° 17.801, se refiere al negocio de coparticipación en el rango registral. Para su mejor comprensión, lo transcribimos íntegro: "La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40²⁸. Con respecto a los documentos que provengan de actos otorgados en forma simultánea, la prioridad deberá resultar de los mismos. *No obstante las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, substraerse a los efectos del principio que antecede estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que ésta sea compartida*"²⁹.

b) El agregado final al artículo 3135 del Código Civil (t.o ley N° 17.711), se refiere al negocio de reserva de rango preferente en materia de hipotecas (pero que puede extenderse a los restantes derechos reales sobre cosa ajena, que puedan coexistir, sean de garantía o de uso y goce): "... al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto a que ésta podrá alcanzar".

c) El agregado final al artículo 3876 del Código Civil (t.o. ley N° 24.441), alude a los pactos de postergación de créditos (que para el caso de estar garantizados con hipotecas, censos consignativos o anticresis, afectarán también sus rangos registrales): "... puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor".

²⁸ Hasta aquí, se recepta el principio de prioridad cronológica y registral, en sentido estricto, fijado por la presentación y asiento de los documentos en el Libro Diario del Registro, pero con las implicancias y efectos a que nos referimos en el apartado 3.1. del presente trabajo, adonde nos remitimos.

²⁹ De la parte resaltada se extrae claramente la potestad de los particulares de establecer un régimen de prioridad registral distinto al previsto por la fecha de presentación de los documentos al Registro.

Amén de ello, la alusión a una especie de estos negocios, como es la coparticipación de rangos, debe considerarse como ejemplificativa y no taxativa, atento a la amplitud con que está consagrada la solución legal.

4.2. La incidencia del orden público

Una de las restricciones a estas convenciones, como vimos anteriormente, es la no afectación del orden público, que como sabemos, campea primordialmente en el sistema de los derechos reales y su publicidad registral.

Ello así, por tratarse de aspectos de la vida jurídica en los que están comprometidos los intereses de la comunidad, frente a los cuales deben inexorablemente ceder las apetencias de los particulares. En términos del doctor EDMUNDO GATTI, "... en la configuración y régimen de los derechos reales ha debido tenerse presente su mayor gravitación en lo político, lo social y lo económico, y por consiguiente, el papel preponderante que desempeñan en la satisfacción de las necesidades no sólo individuales sino también colectivas"³⁰. Piénsese que en última instancia, cuando de trata de regular los derechos reales inmobiliarios y su publicidad, en rigor de verdad, se está legislando sobre el propio territorio de la República Argentina.

Sin perjuicio de lo que antecede, corresponde destacar que la normativa que impera en estas materias es sustancial, pero no totalmente de orden público³¹. Por lo tanto, algunas de las soluciones que plantea el legislador, podrán ser dejadas de lado, en el caso concreto, por decisión de las partes.

Se impone, en consecuencia, determinar qué aspectos de esta categoría de derechos subjetivos están alcanzados por dicha obligatoriedad.

En este sentido, son normas de orden público o "estatutarias", y por ende, imposibles de soslayar, aquellas que determinan cuáles son los derechos reales admitidos en el país (aspecto comúnmente rotulado como sistema de *numerus clausus*, contemplado de manera no exhaustiva por el artículo 2503 del Código Civil -t.o. según ley N° 25.509-)³², su tipicidad genérica o en abstracto (esto es, las prerrogativas que cada potestad real confiere a la persona de su titular³³), los elementos o componentes de los derechos reales permitidos (básicamente, sujeto activo -personas físicas o jurídicas por igual- y objeto -las cosas, y en casos excepcionales, los bienes

³⁰ GATTI, Edmundo. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo 5, comentario al artículo 2502, pág. 296.

³¹ Así se expide el maestro Guillermo L. ALLENDE (*Panorama de derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 65).

³² Decimos "no exhaustiva", pues debemos incorporar a dicha enumeración, por lo menos, al censo o renta real consignativo, permitido por el plazo de cinco años (conf. art. 2614 -t.o. según ley N° 25.509-) y al derecho real de propiedad horizontal contemplado por la ley N° 13.512.

³³ Para ello, debemos atender a las definiciones contenidas en cada uno de los artículos con que se inician los sucesivos títulos del libro III de nuestro Código Civil.

en sentido estricto o derechos³⁴) y las causas o modos por los cuales estos derechos subjetivos se adquieren, modifican, transmiten o extinguen³⁵.

A nuestro juicio, los negocios sobre el rango registral no comprometen la estructura o esencia de los derechos reales. Se trata de un aspecto de índole reglamentario que queda sujeto a la decisión de las partes interesadas, pues en última instancia, con estos acuerdos, lo que se modifica no es el derecho en sí mismo, ni su tipicidad, sino su orden de prelación.

Por consiguiente, entendemos que las únicas restricciones a tales negocios, serán:

a) Que todo derecho real cuente con su rango (mejor o peor, con relación a otro derecho con el que sea compatible). Por lo tanto, no será posible un pacto cuya consecuencia final sea que el derecho en cuestión carezca de rango, y por ende de oponibilidad *erga omnes*, pues ello desnaturalizaría la esencia misma de los derechos reales, afectando, acá sí, directivas de orden público.

b) Que con estos negocios no se altere el régimen de rango móvil o de avance, que supone que en las matrículas registrales de los inmuebles, en su rubro "gravámenes, restricciones y limitaciones", no deben quedar espacios en blanco o vacíos, a la espera de la futura constitución de derechos reales que prevalezcan sobre los que ya existen (que por ende, se inscribirían directamente y *ab initio*, en segundo, tercero o ulterior grado). Este también es un aspecto de orden público, que no puede verse afectado por los pactos en análisis.

c) Que con estos pactos no se afecten los derechos de terceros que no hayan tenido parte en dichos acuerdos (conforme art. 1195 *in fine* del Código Civil).

d) Finalmente, que no exista disposición legal que en forma directa prohíba la concurrencia, en algún caso concreto, de dos o más derechos

³⁴ Como sucede respecto del usufructo sobre un patrimonio, que involucra cosas y créditos por igual (arts. 2827 y 2838 del Código Civil), o el caso anómalo de los frutos industriales provenientes del trabajo del propietario o usufructuario de un fundo, una vez que se abonen los costos de su producción, figura que se asemeja bastante a la de un censo real reservativo (art. 2958 del texto legal citado) o la prenda de créditos (arts. 3209, 3211 y 3212 del mismo cuerpo normativo).

³⁵ Por cierto que la voluntad de los particulares, jugará un papel preponderante en la génesis de los distintos derechos reales (la fuente común a todas estas potestades es el contrato, como título suficiente, que unido al modo tradición, puede provocar las distintas mutaciones reales mobiliarias e inmobiliarias).

Ello así, en tanto y en cuanto, dicha exteriorización de la voluntad, se ajuste y amolde a los parámetros antes apuntados (que fijan las normas de orden público), so color de aplicarse la ineficacia prevista por el artículo 2502 *in fine* de nuestro Código: "... valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiere valer".

reales sobre un mismo inmueble, y por lo tanto, indirectamente, que impida la celebración de cualquier pacto o convenio sobre el rango registral de los mismos.

4.3. Características y clasificación de los pactos sobre el rango registral

Definimos a nuestra figura como los actos jurídicos atípicos y formales por medio de los cuales se dispone del rango o posición de un derecho que tiene vocación registral.

De acuerdo a la noción que antecede, se caracterizan³⁶ por ser: actos o negocios jurídicos (conforme artículo 944 del Código Civil³⁷), atípicos³⁸, formales³⁹, de disposición del rango registral⁴⁰.

Su eficacia, en principio, se circunscribe a las partes contratantes, lo que no quita su necesaria vocación registral, para su publicidad y oponibilidad *erga omnes* (sin que ello implique, volvemos a reiterarlo, afectar los derechos de terceros que hayan publicitado su interés, por ejemplo, acreedor embargantes o inhibientes).

Los pactos sobre rangos, a su vez, pueden expresarse a través de cinco tipos diferentes:

³⁶ Seguimos aquí la caracterización propuesta por Gabriel de REINA TARTIÈRE (conf. sus estudios *Negocios sobre el rango registral...* cit. págs. 49 y 50 y *El rango de las hipotecas*, en Revista del Notariado N° 873, pág. 89).

³⁷ Esto es, se trata de un acto voluntario lícito que tiene por finalidad directa e inmediata producir efectos o consecuencias jurídicas (en nuestro supuesto, incidir en el rango y por ende, en el principio de prioridad en materia de derechos con vocación registral).

³⁸ Esta nota está determinada por la permisón genérica de estos negocios (conf. art. 19 *in fine* ley N° 17.801), y por la falta de una regulación expresa de los mismos, en sus distintas formas de expresión. De aquí que habrá de recurrirse, para su interpretación, a las reglas y principios generales del derecho y por analogía a los actos y negocios nominados que más se les asemejen.

³⁹ Como el negocio compromete el rango de un derecho real, se impone, como forma mínima para su celebración, la del título causal del derecho cuya prelación y prioridad afecta. De aquí que, por vía de consecuencia, la forma a observar será la del instrumento público que para el caso disponga la ley.

Tratándose de derechos reales inmobiliarios, la forma a cumplir será la de la escritura pública. Amén de ello, y como son negocios registrables, recordemos la imposición formal que dimana del artículo 3° de la ley N° 17.801, en el sentido de que todo documento que se presente para su inscripción deberá revestir la forma de instrumento público notarial, judicial o administrativo.

⁴⁰ Se trata de negocios de disposición (y no de administración). Ello así, atento a las consecuencias (favorables o desfavorables) que el mismo tendrá en la ubicación del derecho, con respecto a otros con los cuales concurra sobre la misma cosa, y por ende, en su valor dentro del patrimonio de su titular.

De aquí que el doctor de REINA TARTIÈRE sume a estas notas distintivas, la de ser un negocio de "atribución patrimonial".

a) La permuta de rangos, que supone el cambio de posición entre dos derechos ya inscriptos (o bien, uno de ellos, a inscribir o en trámite de serlo) de manera no consecutiva⁴¹. Este pacto supone que el titular del derecho "superior" se aviene a ocupar la posición del derecho inscripto con posterioridad, sin que ello afecte o comprometa los intereses de los titulares intermedios, cuyo consentimiento no es necesario para la celebración de este acuerdo⁴².

b) La posposición de rango, que supone lisa y llanamente la renuncia a ejercer la prelación témporo-registral que realiza el titular de un derecho real a favor de otro que lo sucede en el orden de prioridades.

A diferencia del caso anterior, en la posposición, los rangos de los derechos implicados son contiguos; por ende, de acuerdo al sistema de rango de avance que impera en nuestro derecho, la renuncia que efectúa el titular del derecho de su rango prioritario, favorece al que sigue en la escala.

De aquí que en esta situación, la única voluntad comprometida es la del titular del rango preferente, que acepta su postergación y retroceso, perfilándose así como un acto típicamente unilateral, lo que también sirve para diferenciarlo del caso anterior.

c) La reserva de rango, que en la práctica funciona de manera similar a la posposición, supone que el titular de un derecho real inscripto (o a inscribir), acepte ser pospuesto para el caso que el constituyente del primer derecho, ejerza en el futuro, la facultad de gravar el mismo bien, con otra prerrogativa real, pero de rango preferente⁴³.

Dado nuestro sistema de rango móvil y de avance, el primer derecho constituido, ocupar  el lugar que cronológicamente le corresponda en el folio real, y recién se verificará su retroceso cuando se ejerza la facultad anunciada, que deberá ser debidamente especificada y pormenorizada en el acto causal de constitución del primer derecho, para que su titular sepa a qué atenerse.

d) El pacto de coparticipación en el rango, a favor de titulares de derechos que se constituyan en forma simult nea⁴⁴ o sucesiva, supone que

⁴¹ Son estas dos notas las que hacen a la esencia de esta figura y denotan su necesaria bilateralidad, como destacamos en la parte principal.

⁴² En r gor, se trata de un acto bilateral, por lo que se exige indefectiblemente la conformidad de los sujetos titulares de los derechos involucrados en el cambio.

⁴³ La diferencia entre ambos supuestos radica entonces en que en la posposición se consiente en retroceder en el orden de prelación, a favor de un derecho preexistente o que se constituye en ese mismo acto, mientras que en la reserva, el retroceso es en favor de un derecho futuro e hipotético, que puede o no constituirse, pero que queda con un rango registral preferente ya garantizado.

⁴⁴ Si nada se dijera al respecto, en principio prevalecerá aquella en que los certificados con reserva de prioridad solicitados para su autorización, hubieran ingresado en primer término al ente registral.

entre ellos no juegue la prelación temporal propia de la fecha de su constitución y acceso al registro.

En la práctica, esta figura suele aplicarse en materia de hipotecas y puede significar una variante del caso anterior. Esto es, el titular dominial, al momento de constituir un gravamen, se reserva el derecho de constituir otras hipotecas, en el futuro, pero con el mismo rango de preferencia que la actualmente vigente.

e) El acuerdo de postergación supone que titulares de derechos que ostenten el mismo rango registral, pacten que uno de ellos pospondrá al otro en el orden de prelación, de forma tal que se quebrante la equivalencia inicialmente fijada por el ordenamiento jurídico, o por la voluntad de las partes (de estar al caso analizado en el apartado anterior).

Las diferencias que esta figura presenta con las precedentes, especialmente con la permuta y la postergación, son claras: respecto de la permuta, porque no se trata aquí de un intercambio de rangos, sino más bien, de fijar un nuevo orden de prioridades, que deja sin efecto el rango común inicial de ambos derechos; respecto de la postergación, porque no estamos frente a derechos inicialmente emplazados en forma consecutiva, sino en el mismo rango registral, aceptando el titular de uno de ellos, ser postergado por el otro.

5. Los acuerdos sobre el rango registral como medio para fijar un orden de prelación favorable al acreedor hipotecario, cuando concurre con titulares de derechos reales sobre cosa ajena, de uso y goce, constituidos con anterioridad.

Los pactos sobre el rango registral de los derechos compatibles que antes analizamos, podrían entonces resolver el interrogante que planteamos en el apartado b) *in fine* del punto 3.3. de este aporte, en el sentido de favorecer, con ellos, al acreedor hipotecario, anteponiéndolo así, en el orden de preferencia, a los titulares de derechos reales sobre cosa ajena, de uso y goce que hubieran sido constituidos con anterioridad a aquél.

Sin embargo, esta respuesta que damos *a priori*, debe ser verificada para cada categoría de potestad real en particular, a efectos de considerar si la solución preconizada es o no viable, en los distintos supuestos que se puedan presentar.

5.1. Concurrencia del derecho real de usufructo con la hipoteca

El derecho real de usufructo constituye la desmembración dominial más importante que se admite en nuestro derecho, pues le confiere a su

titular las facultades de poseer, usar y gozar de la cosa ajena, con tal de no alterar su substancia⁴⁵ (conf. art. 2807 del Código Civil).

Indudablemente que si este derecho se antepone a la hipoteca, es prácticamente ínfimo el valor real y efectivo de la garantía, ya que lo que este acreedor privilegiado llegado el caso podrá ejecutar, será la nuda propiedad (ni más ni menos, que la propiedad del inmueble, pero totalmente vacía de contenido útil), pues esto es lo que el titular del derecho real sobre cosa propia pudo comprometer, en el caso concreto⁴⁶.

En este sentido, se expide el artículo 2916 del Código, que dispone que "el nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatible con sus obligaciones. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas o servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo...".

Una lectura apresurada del precepto, nos llevaría a la errónea conclusión de que la hipoteca constituida en estas circunstancias está sujeta a la condición suspensiva de la extinción previa del usufructo.

En rigor de verdad, la clave de la solución está en el primer párrafo del artículo: el nudo propietario conserva el *ius abutendi*, esto es, el derecho de disponer de la cosa, pero siempre con el deber genérico de respetar las prerrogativas que le haya concedido legítimamente al usufructuario, las que no podrá restringir o coartar arbitrariamente⁴⁷. Por ende, y aplicando la regla del artículo 3270⁴⁸ de dicho cuerpo legal, esta restricción que padece el nudo propietario, se proyectará por igual al comprador del inmueble, al donatario y al acreedor hipotecario.

Luego, si el nudo propietario sólo puede operar en estas lides, sobre la nuda propiedad, ¿cómo mejorar la situación del acreedor hipotecario, en el sentido que pueda incluir, en su garantía, también el valor del dominio útil del inmueble?

⁴⁵ Entendida la misma, como esencia y destino de la cosa, por igual.

⁴⁶ Sin embargo, la hipoteca de la nuda propiedad de un inmueble, podrá resultar suficiente en algún caso.

Así, el supuesto planteado a la vocal de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Carmen S. E. MAGRI y resuelto favorablemente en su dictamen publicado en REVISTA NOTARIAL N° 949, pág. 852 (se trataba de una consulta originada en torno a la posibilidad de vender la nuda propiedad de un bien -reservándose el transmitente el usufructo del mismo- con hipoteca por saldo de precio, a favor del vendedor; nótese en el caso, la confluencia en la misma persona de las cualidades de usufructuario y acreedor hipotecario).

⁴⁷ Reza, en este sentido, el artículo 2914 del Código que "el nudo propietario nada puede hacer que dañe al goce del usufructuario, o restrinja su derecho".

⁴⁸ Resumida en el adagio latino *nemo plus iuris*, que significa que no se puede transferir lo que no se tiene, ni más de lo que se tiene.

La respuesta, entendemos, pasa por los pactos sobre reserva y posposición del rango registral⁴⁹.

a) Una primera posibilidad será que el nudo propietario, al momento de constituir voluntariamente el derecho real de usufructo, se reserve el derecho de gravar con hipoteca de rango preferente el inmueble en cuestión, por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 3135 del Código Civil. Con lo cual, se le estaría transfiriendo al derecho real de garantía posterior, el rango de uno anterior (en nuestro caso, el del usufructo).

Como se trata de derechos compatibles en su coexistencia, no vemos ningún impedimento legal para la solución que preconizamos, y que permite a las partes, sustraerse de los efectos de la regla del artículo 2916 del Código Civil.

De todas maneras, corresponde hacer algunas precisiones al respecto.

La reserva de rango será operativa cuando el modo de constitución del usufructo sea la tradición, secundada por el acuerdo de partes (art. 2812 inc. 1⁵⁰), no debiendo extenderse a los otros medios de generar este derecho real (los actos *mortis causa*⁵¹, la ley⁵² y la prescripción adquisitiva⁵³).

⁴⁹ No mencionamos en principio, como solución, a la permuta, pues de tratarse de esta figura, ello implicaría que el usufructo y la hipoteca no presenten rangos contiguos. En esta hipótesis, por tanto, la cuestión será más compleja, pues amén de dicho pacto, el acreedor hipotecario debería celebrar alguno de los otros acuerdos antes analizados (muy probablemente el de posposición) con el titular del derecho intermedio, real o personal que tenga posición registral entre aquéllos, para dejar así expedita la vía ejecutiva, y satisfacer íntegra su acreencia, con prelación a cualquier otro interesado. Los supuestos de coparticipación y postergación, tampoco nos parecen aplicables al caso planteado, por la sencilla razón de que la hipoteca y el usufructo, si bien son derechos reales que pueden coincidir sobre un mismo inmueble, por regla, se encontrarán posicionados, *ab initio*, en rangos diferentes.

⁵⁰ Contrato de usufructo a título oneroso o gratuito o constitución onerosa o gratuita de usufructo, según las denominaciones que se le adjudiquen en los formularios notariales.

⁵¹ Entendemos que no sería posible el legado del usufructo de un inmueble a favor de una persona, y de la nuda propiedad a otra, a la que se favorezca, además, con una cláusula donde se disponga la posibilidad de que este último constituya una hipoteca de grado preferente al derecho del otro legatario.

Este último debe recibir la cosa, con los gravámenes que existan al momento del fallecimiento del causante, pero no con los que constituya con posterioridad el nudo propietario designado.

Además, sería siempre necesaria la conformidad expresa del usufructuario para que su rango retroceda, lo que no se cumpliría en sentido estricto, en este supuesto (salvo que la aceptación del legado con tal restricción se tome como conformidad tácita).

⁵² En este caso, el modo de constitución del derecho opera de manera automática, con independencia de la voluntad de las partes implicadas (padres e hijos) y no goza de la publicidad registral. Pero, por encima de estos argumentos, no debemos olvidar que el usufructo legal es el que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos menores de edad, sujetos a patria potestad. Por ende, todo acuerdo sobre el rango registral de los derechos sería nulo, atento a la prohibición que pesa sobre los padres, en estas circunstancias, de contratar con sus hijos, excepción hecha del contrato de donación (conf. arts. 279 y 297 del Código Civil).

⁵³ Eventualmente podría aplicarse en el supuesto de la prescripción decenal, ante un justo título que contuviera un pacto de reserva de rango de esta índole.

En el acto de constitución del usufructo deberá indicarse de manera precisa el monto máximo del futuro gravamen hipotecario (que podrá ser más de uno, pero siempre dentro de la cifra pautada).

El usufructuario deberá consentir expresamente la reserva⁵⁴, lo que implicará su conformidad ante un eventual futuro retroceso de su derecho, en el orden de prelación, a favor del gravamen preanunciado.

¿Cómo juega este pacto frente al embargo del usufructo?

El artículo 2908 del Código Civil reconoce a los acreedores del usufructuario el derecho a embargar tal prerrogativa. Ello se sustenta en que el ejercicio del usufructo es susceptible de ser cedido por actos *inter vivos* (como derecho personal). Por tanto, como es un bien que se encuentra en el patrimonio de su deudor, sus acreedores pueden trabar esta medida cautelar a efectos de poder, por ejemplo, satisfacer sus créditos con las utilidades que se deriven del uso y goce del inmueble.

El efecto principal que esta medida tiene respecto del usufructuario será el de impedirle su disposición (como derecho personal) y restringir especialmente su prerrogativa de goce sobre la cosa usufructuada.

Respecto del nudo propietario, y con especial referencia a la reserva de rango (que al momento de anotarse la medida cautelar les será publicitada a los acreedores)⁵⁷, entendemos que le impedirá en los hechos, la constitu-

⁵⁴ No creemos necesaria, en el caso, la solicitud del certificado de anotaciones personales por el usufructuario. Ello así, pues se trata de la adquisición de un derecho real con una restricción impuesta por el transmitente (la del retroceso del rango registral del derecho, para el caso en que el nudo propietario decida ejercer su prerrogativa).

⁵⁵ El usufructo no tiene en principio el carácter alimentario con que cuentan los derechos reales de uso y habitación que los torna indisponibles, inembargables e inejecutables (excepción hecha del uso constituido a título oneroso cuando no tenga carácter alimentario, como luego veremos).

⁵⁶ Piénsese, por ejemplo, en los beneficios que se derivan del usufructo sobre un campo o sobre un inmueble sujeto a locación.

Sobre el embargo del usufructo, sus requisitos, limitaciones a los acreedores (básicamente, atento a la inherencia que guarda este derecho respecto de la persona de su titular, no pueden aquéllos pretender que se les adjudique en pago el derecho real de marras, o proceder a su venta, para cobrarse con su producido) e implicancias procesales, ver el comentario de Marina MARIANI de VIDAL al precepto mencionado (*Código Civil...* cit. tomo 5, págs. 1018 y 1019).

Aprovechamos esta nota para destacar que la medida cautelar en cuestión está atada, en su vigencia, a la duración del derecho real que afecta. Así, caducará automáticamente, con la muerte del usufructuario, con el vencimiento del plazo al cual se supeditó su existencia o por el transcurso de veinte años, si su titular fuera una persona jurídica, debiendo, en estos casos, proceder el registro inmobiliario a su levantamiento, aunque no haya transcurrido el período quinquenal por el cual fue anotada conforme a lo dispuesto por el artículo 37 inc. b) de la ley N° 17.801.

⁵⁷ El supuesto en que la hipoteca de rango preferente ya esté constituida al momento de acceder la medida cautelar al registro, no merece mayores comentarios: la prioridad cronológica le brinda prelación al gravamen hipotecario, por aplicación de las reglas generales.

ción del gravamen de rango preferente. O, lo que es lo mismo, podrá gravar solamente con la hipoteca a la nuda propiedad del inmueble⁵⁸. Ello así porque como dijimos antes, estos pactos no pueden perjudicar los derechos e intereses de terceros que sean ajenos a su celebración⁵⁹. Amén de esto, un acreedor embargante medianamente diligente, seguramente complementará su cautela con una prohibición de innovar la situación jurídica del inmueble (cuyo efecto será igualmente, impedir el ejercicio de la reserva anunciada, y por ende, la constitución del gravamen de rango preferente en detrimento del embargo).

Dejamos a salvo el caso en el cual se demostrara en los hechos que el acreedor embargante había contratado voluntariamente con el usufructuario y aceptado como objeto o garantía del negocio celebrado las utilidades y ventajas provenientes del usufructo⁶⁰. En este supuesto, sí le sería oponible el pacto de reserva de rango, pues habrá de presumirse que tuvo cabal conocimiento de la limitación que afectaba al derecho sobre el cual estaba negociando⁶¹.

b) La segunda posibilidad es acudir al acuerdo de posposición de rango por parte del usufructuario, a favor de una hipoteca ya constituída (obviamente, con posterioridad a la desmembración de uso y goce), o que se pretenda constituir en el futuro.

⁵⁸ Corresponde advertir que si en estas circunstancias fallece el usufructuario, se consolidará el dominio útil en cabeza del nudo propietario, y por lo tanto, deberá levantarse la medida cautelar que ya no tendrá sustento legal ni razón de ser para subsistir. Por consiguiente, el resultado final será el mismo que si se pudiera haber ejercido la reserva de rango: la garantía hipotecaria, en caso de incumplimiento, se ejecutará sobre el valor real del inmueble (sin deducción ni limitación algunas), por aplicación de lo dispuesto por el artículo 3110 del Código Civil.

⁵⁹ Desde luego, el acreedor embargante podría, llegado el caso, consentir la constitución de la hipoteca de grado preferente, dándole así plena operatividad al pacto inicialmente acordado entre nudo propietario y usufructuario.

La doctrina, en general, limita los efectos de la reserva (que hasta tanto no sea ejercida, es un mero derecho personal), en el sentido en que no debe afectar los derechos de titulares intermedios, que no hubieran contratado voluntariamente con el propietario, especialmente cuando se trata de medidas cautelares. Ver, en este sentido, los argumentos de Jorge H. ALTERINI. *Rango hipotecario: reserva, permuta, posposición, coparticipación* en Revista del Notariado N° 720, págs. 2034 y 2035; ANDORNO, Luis O. y MARCOLIN de ANDORNO, Marta. *Ley Nacional Registral Inmobiliaria N° 17.801. Comentada. Anotada*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs 338 a 340.

⁶⁰ Siempre, dentro de la órbita de los derechos personales, atento a la clara prohibición que dimana de los artículos 2837, 2842, 2870 y concordantes del Código Civil (que impiden constituir usufructo del usufructo; las únicas excepciones son la constitución de servidumbres y anticresis -entendiéndose en este último caso, que se cede el derecho sobre los frutos de la cosa-).

El usufructuario puede celebrar toda clase de contratos que produzcan efectos personales, pero siempre retendrá su condición de tal frente al nudo propietario.

⁶¹ Restricción que para el caso estará doblemente publicitada a nivel registral y cartular por igual, y a la cual habrá prestado tácitamente su conformidad.

Como se trata de una cuestión de hecho, en caso de controversia deberá dirimirse en sede judicial.

Será necesaria la expresión unilateral de la voluntad del usufructuario, bajo la forma de escritura pública⁶², en el sentido de renunciar a su rango preferente, para favorecer la situación del gravamen hipotecario preexistente o a constituir.

Remarcamos que se renuncia a la prelación pero no al derecho, que como tal, perdurará en cabeza de su titular (con la modificación indicada), en el folio real inmobiliario respectivo.

Dicho acto de disposición exigirá la previa solicitud de certificados de dominio, respecto del inmueble, y de anotaciones personales por el usufructuario.

Si en el primero se anoticia el embargo del usufructo, atento a lo ya expuesto en el apartado anterior, no podrá consumarse el negocio de marras, con la eficacia deseada (la preferencia del acreedor hipotecario). Otro tanto sucederá si se publicita una inhibición general de bienes por la persona del titular del derecho real en cuestión, atento al acto de disposición que se pretende realizar.

5.2. Concurrencia del derecho real de uso con la hipoteca

Este derecho real concede a su titular las facultades de poseer, usar y gozar⁶³ de una cosa ajena, sin alterar su substancia, estando en principio todas estas prerrogativas acotadas a las necesidades del usuario y su familia. Sin embargo, esta última directiva no es de orden público, por lo que puede constituirse un derecho real de uso tan extenso en sus facultades como el usufructo (conf. art. 2952 del Código Civil).

Lo dicho para el usufructo, en cuanto a los pactos de reserva y posposición de rango, es totalmente aplicable a este derecho⁶⁴, por lo que nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior.

⁶² Puede instrumentarse el acuerdo de posposición en documento notarial autónomo, o bien en la misma escritura que contenga la constitución del nuevo gravamen. En este último caso, la posposición no adquiere carácter de negocio bilateral, ya que ni el nudo propietario, ni el eventual acreedor hipotecario, deben prestar su aceptación.

⁶³ La versión primigenia de este derecho estaba circunscripta solamente al uso efectivo de la cosa. De aquí que la diferencia con el usufructo resultara patente, al contar el titular de este último, también con el *ius fruendi*.

Sobre la evolución histórica de este derecho, hasta nuestros días (en que prácticamente ha quedado equiparado al usufructo) consultar el estudio de Guillermo L. ALLENDE (*Tratado de las servidumbres*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 281 a 284).

⁶⁴ Insistimos aquí en que el modo propicio para la celebración de estos pactos será la tradición, unida, por supuesto al título suficiente, que para el caso, será el contrato de uso a título oneroso o gratuito. Repararnos también que en este derecho real no rige el modo legal.

La única consideración especial a hacer es en torno al embargo del derecho real de uso, que al decir de la doctrina especializada (y al igual que sucede con el usufructo), sólo será posible en tanto y en cuanto se hayan cedido (como derechos personales) las prerrogativas acordadas al titular del derecho.

En este sentido, pese a las vacilaciones de nuestro codificador⁶⁵, y atento al carácter alimentario de este derecho real⁶⁶, solamente podrá ser embargado (y con ello, impediría la eficacia de los pactos sobre rango antes indicados):

a) Si es trabado por el nudo propietario, cuando la constitución voluntaria del derecho fue a título oneroso, porque el usuario presta su consentimiento implícito a ese efecto a la hora de contraer la deuda que se le reclama y que funda la medida cautelar.

b) Con independencia de la identidad del acreedor embargante, si el derecho real de uso se ha constituido a título oneroso y no tiene carácter alimentario⁶⁷.

5.3. Concurrencia del derecho real de habitación con la hipoteca

La habitación es el derecho real de uso que se circunscribe a una utilidad específica: morar en una casa (art. 2948).

Lo dicho en el apartado anterior es aplicable a esta figura con dos aco-
taciones:

a) Debe tenerse especialmente en cuenta la vigencia del modo legal para la constitución de este derecho, tratándose de la figura del artículo 3573 bis del Código Civil, esto es, el derecho real legal de habitación consagrado a favor del cónyuge supérstite, que no opera de oficio, sino que debe ser expresamente solicitada su constitución por el beneficiario, en el sucesorio, antes de la realización de cualquier acto dispositivo sobre el inmueble.

⁶⁵ Mientras que en el artículo 1449 del Código Civil se prohíbe la cesión de los derechos de uso y habitación, en el artículo 2959, se admite la misma, si el derecho fue constituido a título oneroso. Con lo cual, al decir de Guillermo L. ALLENDE, debe primar esta última, por ser una norma especial, respecto de la prohibición general (*Tratado...* cit. pág. 202). La cesión del ejercicio efectivo del derecho (y por ende, su eventual embargo), está prohibida, por la segunda norma, cuando el título de su adquisición sea gratuito.

⁶⁶ Aspecto doblemente implicado en la definición del derecho en análisis, contenida en el artículo 2948 y en la concepción amplia de "familia" (que excede por cierto, los lazos parentales) prevista por el artículo 2953 del Código Civil y que obstaría, en principio, a la vigencia de esta medida cautelar.

⁶⁷ Conf. Marina MARIANI de VIDAL y Pablo D. HEREDIA. Comentario al art. 2959 en *Código Civil...* cit., tomo 5 C, págs. 21 y 22.

Por lo tanto, el titular de esta prerrogativa podrá celebrar solamente el negocio de posposición de rango a favor de la hipoteca que quieran constituir los nudo propietarios sobre el inmueble gravado⁶⁸.

En cambio, y atento al origen legal de esta figura, no será posible en el caso, el pacto de reserva de rango.

b) No es posible ni la cesión ni la locación del inmueble dado en habitación, con independencia de la onerosidad o gratuidad del título de su constitución (conforme arts. 1449, 2963 y 2965 del Código Civil). De aquí la imposibilidad del embargo de este derecho real.

5.4. Concurrencia del derecho real de servidumbre activa con la hipoteca

La servidumbre, conforme al artículo 2970 del Código Civil, es el derecho real, perpetuo o temporario, que se confiere a su titular sobre un inmueble ajeno, y en virtud del cual puede usar del mismo, o ejercer ciertos actos de disposición, o bien impedir al titular del fundo gravado que ejerza algunas de las prerrogativas inherentes a su derecho de propiedad.

Ajustando un poco la definición legal, podemos decir que se trata de un derecho real que se confiere al poseedor de un fundo con respecto a otro. De aquí el adjetivo de "activa", que se aplica a las servidumbres, ante la necesaria existencia de dos fundos, uno, dominante y el otro, sirviente. Las ventajas inherentes a este derecho, se confieren ora a favor del titular dominial o poseedor del fundo dominante (servidumbre personal), ora a favor del inmueble dominante, con independencia de la identidad de su titular o poseedor (servidumbre real).

Desde la perspectiva del fundo sirviente, la servidumbre es un derecho real que desgaja el dominio, ya que algunas prerrogativas inherentes al *ius utendi* y/o al *ius abutendi*, pasan a favor del titular del fundo dominante. Concretamente, este último puede usar del fundo gravado⁶⁹ (v.gr. servidumbres de tránsito o acueducto); impedir que el propietario del mismo ejerza alguna prerrogativa inherente a su condición de titular dominial⁷⁰ (v.gr. servidumbre de no construir por encima de determinada altura); o

⁶⁸ La celebración de este pacto, por cierto que no genera *ipso facto* la extinción del derecho real, por no encuadrar en ninguna de las causales de extinción previstas por el Código Civil.

⁶⁹ Servidumbres también designadas como positivas o *in patiendo* (esto último, desde la perspectiva del fundo sirviente, que debe soportar el uso que del mismo haga el titular del fundo dominante).

⁷⁰ Servidumbres también designadas como negativas o *non faciendo* (esto último, desde la perspectiva del fundo sirviente, cuyo titular no podrá ejecutar el acto que constituya el contenido del derecho real transmitido).

bien, realizar algunos actos de disposición material sobre el inmueble gravado (v.gr. servidumbres de sacar agua o arena).

Ahora bien, ¿pueden coexistir la servidumbre y la hipoteca?

La respuesta, en principio favorable a dicha confluencia, dimana de los artículos 2990 y 2999 del Código Civil, como ya anticipamos.

El primero de estos preceptos se refiere a la posibilidad que tiene el nudo propietario de gravar con una servidumbre el inmueble hipotecado⁷¹; el segundo, además, remarca que estas servidumbres serán inoponibles a dicho acreedor. Esto significa que llegado el caso del incumplimiento, el acreedor puede proceder a ejecutar el inmueble libre de esos gravámenes.

Por lo tanto, *a contrario sensu*, si la servidumbre se antepone a la hipoteca, la ejecución de esta última no podrá afectar la vigencia de la primera, salvo que se verifique un pacto de reserva o posposición de rango a favor del gravamen hipotecario, obteniéndose por esta vía convencional⁷², un resultado equivalente al previsto por el artículo 2999 *in fine* del Código Civil.

De todas maneras, hay un supuesto en que los pactos de rango no tendrían, a nuestro entender, eficacia alguna: cuando se tratara de servidumbres forzosas. En este caso, no es la ley la que actúa como fuente del derecho, sino que faculta a quien se va a beneficiar con la servidumbre, a imponer al que la va a soportar, su constitución. Y, para el caso de negativa de este último, el legitimado activo podrá incoar una acción judicial en tal sentido, por la cual se condene al sujeto pasivo a la constitución del gravamen, previo pago de una justa indemnización⁷³.

En estos casos, la constitución de la servidumbre (voluntaria o forzada), deviene necesaria porque confiere y/o acrecienta el valor del fundo dominante, y hace a su adecuada explotación económica y productividad (pensemos, por ejemplo, en una servidumbre de paso, respecto de un fundo enclavado, o que cuenta con una salida a la vía pública insuficiente).

De no preexistir este gravamen sobre el fundo sirviente (desmembración de uso y goce) a favor del fundo dominante, es improbable que un

⁷¹ El precepto advierte sobre el derecho del acreedor hipotecario a ejercer las acciones pertinentes (para nosotros, la acción hipotecaria), si la constitución de dicho gravamen disminuye o afecta el valor de su garantía (conf. arts. 3157 a 3162 del Código Civil, que supone, en el caso, impedir su constitución, pedir refuerzos de garantía o proceder a ejecutarla).

⁷² De aquí que la operatividad de estos acuerdos se dará cuando la constitución de la servidumbre sea por vía convencional (conf. art. 2977 y concordantes del Código Civil).

⁷³ Sobre la caracterización de estas servidumbres, ver el comentario de Beatriz AREAN al artículo 2976 en *Código Civil... cit.*, tomo 5 C, pág. 51.

acreedor hipotecario o anticresista acepte a este último bien, como garantía del cumplimiento de una obligación.

Ahora bien, difícilmente el titular del fondo dominante, acepte una reserva de rango a favor de una hipoteca que el titular del fondo sirviente pretenda constituir en el futuro, ni pueda hacerse salvedad alguna al respecto en una sentencia que lo condene a constituir la servidumbre necesaria.

Respecto del pacto de posposición, también nos parece improbable su aplicación a este caso. Supongamos que se constituya sobre el fondo sirviente un segundo gravamen (desmembración de garantía). ¿Podría entonces, el titular del fondo dominante -beneficiario de la servidumbre de paso-, posponer su rango preferente a favor del acreedor hipotecario del inmueble, para que llegado el caso pueda ejecutarlo libre de tal derecho, tal cual propone el artículo 2999 antes mencionado?

La respuesta, a nuestro juicio, sigue siendo negativa: la ejecución hipotecaria del fondo sirviente (supuestamente libre de la servidumbre) y su adquisición por un tercero, afectaría el valor económico y la explotación del fondo hasta entonces dominante de la servidumbre de paso, que volvería a quedar enclavado. Con lo cual, quien allanó el camino para la ejecución hipotecaria podría, en cualquier momento, exigirle al adquirente del inmueble nuevamente la constitución de la servidumbre de paso⁷⁴.

Otro tanto acontecería con otras servidumbres forzosas, como son las de acueducto (art. 3082 y siguientes), desagüe (art. 3097 y siguientes) y drenaje (art. 3100 y siguientes).

5.5. Concurrencia del derecho real de superficie forestal con la hipoteca

El artículo 2° de la ley N° 25.509 califica a esta figura como el derecho real autónomo sobre cosa propia⁷⁵ temporario, que otorga a su titular, el uso, goce y disposición -material y jurídica- de la superficie de un inmueble ajeno, con la finalidad de realizar forestación o silvicultura⁷⁶ y hacer propio lo plantado, o bien, adquirir la propiedad de plantaciones preexistentes.

⁷⁴ Todo este accionar denota, en el mejor de los casos, un claro atentando a la buena fe y a la integridad de los derechos de terceros, amén de tratarse de una conducta perjudicial para el titular del fondo dominante que pospuso su derecho (por el cual tuvo que pagar, en su momento, una justa indemnización para lograr su constitución, y que debería volver a hacerlo, para contar nuevamente con la servidumbre).

⁷⁵ En tanto exista propiedad superficiaria (ver lo expuesto en nota 6).

⁷⁶ Con la expresión "forestación" se alude a los bosques, esto es, sitios poblados de árboles; el término "silvicultura" se refiere al cultivo de bosques o matas. Si bien el artículo 1° de la ley, al remitir al régimen de la ley de inversiones para bosques cultivados N° 25.080 (y a su reglamentación: decreto N° 133/1999), parecería condicionar la aplicación de este nuevo derecho real a la observancia de los recaudos establecidos en la misma, restringiendo así, su operatividad a la actividad maderera sola-

Si bien la desmembración es amplia (amén de poseer, usar y gozar, el superficiario podrá disponer de lo plantado, en sentido material y jurídico por actos *inter vivos* y/o *mortis causa*), la específica finalidad de este derecho, no alcanza a equiparlo con la principal desmembración de uso y goce, el usufructo⁷⁷.

¿Pueden coexistir el derecho real de superficie forestal y la hipoteca?

La respuesta a este interrogante es doble, en atención a la expresa permisión con que concluye el artículo 2° de la ley citada: el superficiario puede gravar su derecho (la propiedad superficiaria) con derecho real de garantía.

Por lo tanto, como derecho real sobre cosa propia que es, respecto de la propiedad superficiaria, su titular puede gravarla con hipoteca, censo consignativo o anticresis. No podría, en cambio, afectar con tales derechos, el derecho a forestar, esto es, cuando aún no existan plantaciones (rigiendo, para este caso, la prohibición del artículo 3120 del Código Civil).

Las consecuencias de la constitución de estos gravámenes no pueden afectar los derechos del nudo propietario, en el sentido de que la ejecución de los mismos, por incumplimiento de las obligaciones asumidas, solamente abarcará la propiedad superficiaria, mas no, la venta del terreno en el cual se haya efectuado la plantación. En otros términos, se ejecuta el dominio útil, no, la nuda propiedad.

Luego, entre el superficiario y el acreedor hipotecario no es menester la celebración de pactos o acuerdos sobre rangos.

La segunda parte de nuestra réplica debe atender a la situación del nudo propietario, que ha desgajado el dominio del inmueble con este derecho real, en el sentido de determinar si durante la vigencia de la superficie⁷⁸, puede gravar el inmueble con derechos reales de garantía⁷⁹.

mente (posición sostenida en nuestro medio, entre otros, por Marina MARIANI de VIDAL en su aporte *Derecho real de superficie forestal. Ley N° 25.509*, LL. 2002-E, pág. 1415), en lo personal, seguimos la interpretación amplia que considera a nuestro derecho como abarcativo de toda forma de explotación forestal y agraria -algodón, soja, vid, frutas, cereales, etc.-, de modo que el cumplimiento de los requisitos de la ley N° 25.080 sólo será exigido a quienes, además, pretendan favorecerse con los beneficios fiscales que éste brinda (ver comentario al art. 1° de la ley N° 25.509 por Lilian N. GURFINKEL de WENDY en *Código Civil... cit.*, tomo 5 C, págs. 681 a 683).

⁷⁷ Si el objeto de este derecho se ampliara a toda clase de construcciones, obviamente que desplazaría en grado en importancia al derecho real de usufructo.

⁷⁸ Cuyo plazo máximo de duración es de cincuenta años (conf. art. 6° ley N° 25.509).

⁷⁹ Pues entonces podría generarse la situación conflictiva al concurrir sobre el inmueble una hipoteca que grava su nuda propiedad con el derecho real de superficie forestal.

El artículo 4° de la ley N° 25.509 prohíbe al titular dominial (nudo propietario), constituir otros derechos de disfrute o garantía, durante la vigencia de la superficie⁸⁰. Con lo cual, se trata de derechos reales incompatibles, prevaleciendo siempre, en este supuesto, la superficie forestal sobre la hipoteca.

⁸⁰ Solución criticada por nuestra doctrina, ya que en última instancia, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor haría efectiva su garantía, pero siempre respetando el derecho preexistente del superficiario, por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 2916 del Código Civil (conf. Lilian N. GURFINKEL de WENDY *Código Civil...* cit., tomo 5 C, comentario al art. 4° de la ley N° 25.509, pág. 696).

Precisamente, de no existir la prohibición legal, tendrían sentido los pactos de reserva o posposición de rango, para fijar un orden de prioridad favorable al acreedor hipotecario en detrimento del superficiario.