

Reflexiones sobre el derecho de prenda en el Código civil argentino (Diálogo entre hombres de derecho)

por Luis Moisset de Espanés

SUMARIO:

- I.- Introducción.
 - a) Ocio forzoso.
 - b) Legislación comparada y derecho comparado
 - c) Sobre diálogos y polémicas.
- II.- La numeración del Código civil argentino.
- III.- Fuentes de las normas sobre derecho real de prenda.
- IV.- El contrato real de prenda en el Código civil argentino.
- V.- La prenda constituída por tercero.
- VI.- Prenda de cosa ajena. Reivindicabilidad.
- VII.- Indivisibilidad y preferencia.
- VIII.- Pacto comisorio.

I.- INTRODUCCIÓN.

a) Ocio forzoso

Luego de un hermoso curso sobre Obligaciones y contratos, desarrollado en la Universidad de Lima (1), regresé a mi país afectado por un molesto estado gripal que me obligó a guardar cama varios días pero, como contrapartida, al someterme a un "ocio forzoso", me permitió leer varias de las Revistas Jurídicas que me habían entregado durante mi estadía en Perú. Entre ellas se contaba "Derecho", órgano de la correspondiente Facultad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo N° 42 está dedicado muy especialmente a una serie de trabajos confeccionados para el "Magister en Derecho Civil", claramente demostrativos de la jerarquía de los estudios que allí se cursan.

Todos me resultaron de elevado interés; en varios, siguiendo una inveterada costumbre, subrayé párrafos y deslicé acotaciones marginales, para fijar ideas que en algún momento podrían ser objeto de investigación o desarrollo profundizado (no sin antes someterlas a

oportuna reflexión, para evitar que fuesen solamente el resultado de una mente calenturienta).

Una vez más confirmaba aquella verdad, tantas veces repetida por los filósofos: son más productivas y creadoras las horas de "ocio", que aquellas en que uno se afana y trajina acuciado por el tiempo, persiguiendo resultados que -con esta actitud- difícilmente alcanza.

b) Legislación comparada y derecho comparado

Uno de esos trabajos de Magister versaba sobre el derecho de prenda en los Códigos chileno y argentino (2).

Se realiza en él un estudio comparativo de las normas vigentes en ambos países, poniendo el autor de relieve su buen concepto jurídico y la agudeza de sus juicios críticos. Hay, sin embargo, una limitación ya que el esfuerzo comparativo sólo toma en cuenta "textos legales" sin mención alguna a otras fuentes, indispensables para conocer el conjunto del sistema jurídico de un país, tales como la doctrina y la jurisprudencia.

Parece surgir de las palabras liminares del estudio (3) que el autor ha procedido así deliberadamente, para acotar el terreno de trabajo, aunque con frecuencia quienes procuramos cultivar el Derecho comparado tenemos que adoptar ese camino forzado por las circunstancias ya que nos resulta casi imposible obtener material adecuado sobre la doctrina y jurisprudencia de países lejanos, y debemos conformarnos con la fría mención de sus leyes.

Hoy que, por fortuna, se está logrando establecer lazos de integración cultural entre nuestros pueblos, sería deseable que nuestros estudios comparativos pudiesen calar más hondo y estuviesen acompañados por la interpretación que los autores dan a las normas legales, y la aplicación que de ellas hacen los tribunales, para tener un panorama más completo del "derecho vivido" en cada país.

En Perú he visitado las Bibliotecas de dos Universidades privadas, la de Lima, y la Pontificia Universidad Católica, encontrando en ellas numerosas obras de autores argentinos, que pueden resultar útiles al investigador.

Como una contribución a esa juventud inquieta, que se preocupa seriamente por conocer el derecho argentino, me permitiría señalar que en materia de derecho civil es indispensable, al menos, consultar:

a) La explicación, crítica y notas del Código, de Lisandro Segovia, el primero y el más agudo de los exégetas, que apunta siempre los problemas medulares, en frases muy concisas, y puntualiza con exactitud las fuentes de cada norma.

b) Los clásicos tratados de Salvat y Lafaille, que por lo excelente de sus enseñanzas no pierden actualidad.

c) La obra de Borda, único tratado completo, actualizado con posterioridad a la ley 17.7112; obra muy clara y comprensible, pero que debe siempre ser analizada con juicio crítico, pues es frecuente que en distintas partes el mismo tema sea resuelto en sentidos dispares, o en franca oposición a los textos vigentes, sea afirmando que debe tenérselos por no escritos, sea -simplemente- no mencionándolos.

d) El Código Civil Anotado de Acdeel Salas (actualizado por Trigo Represas), que brinda amplia información sobre la aplicación jurisprudencial de las normas del Código Civil.

e) Los Códigos comentados de Llambías, de Belluscio-Zannoni, y de Bueres; obras modernas que conjugan información doctrinaria y jurisprudencial (4).

Si este material se incorporase a las principales bibliotecas universitarias, quienes preparan sus tesis o trabajos monográficos, tendrían a su alcance herramientas útiles para efectuar un verdadero estudio de Derecho Comparado, en lugar de limitarse a una comparación de legislaciones, a veces ilustrativa, otras deficiente y engañosa.

c) Sobre diálogos y polémicas.

Hace algún tiempo una Revista jurídica de nuestro país (5) tuvo la feliz idea de abrir una Sección que tituló "Diálogo entre hombres de Derecho", para permitir en ella un intercambio de ideas que no estuviese teñido por el tono combativo de las polémicas.

No soy de los que temen las polémicas, como lo demuestra el propio título de uno de mis libros (6), pero comprendo que cuando uno ve criticadas sus ideas como "erróneas", se sienta un poco dolido y esta actitud lo priva de la ponderación necesaria para valorar esas críticas no como ataques personales, sino como mera expresión del propósito de búsqueda de la verdad que a todos nos inspira.

En esos "diálogos" se procuraba no deslizar aristas cortantes, sino más bien completar ideas, formular interrogantes, o aclarar algún aspecto que pudiera haber permanecido en la penumbra. Sólo con ese alcance me he de referir al trabajo de Viale Salazar, suministrando algunos datos que me parece facilitarán la comprensión de la forma en que Vélez Sársfield legisló sobre la prenda.

II.- La numeración del Código civil argentino.

La primera aclaración que deseo efectuar es que el autor del Código civil argentino no numeró de manera corrida su proyecto, porque previó que podían efectuarse supresiones o adiciones en los artículos. Sobre el punto expresó, en nota del 21 de junio de 1865, dirigida al Ministro de Justicia (7):

" ... cada título lleva una numeración particular, y así las que se hicieren no alterarán sino la numeración de cada título y no toda la obra. Cuando el Código haya de publicarse con las variaciones que se le hubiesen hecho, entonces, suprimidas las citas, concordancias y notas, se pondrían todos los artículos bajo una sola numeración ...".

Aprobado el Código, como lo recuerda Viale Salazar, por ley N° 340 de septiembre de 1869, las primeras ediciones privada y oficiales aparecen con su numeración fraccionada por títulos (así ocurre en la edición hecha en Buenos Aires por las imprentas de la "Nación Argentina" y "Coni" -que sirvió de base para la aprobación del Código- y en la edición Nueva York, entre las oficiales, y en la de Igon Hnos., entre las privadas); posteriormente, en 1872 la ley N° 527 corrige algunas "erratas" de la edición Nueva York, que se declara "auténtica" con el anexo de la planilla de correcciones aprobada por dicha ley.

La numeración corrida comienza a emplearse en ediciones privadas y, muy especialmente, en el "Comentario y crítica" del Código, que realiza el primero de sus

exégetas, don Lisandro Segovia (8), obra de inmenso mérito pues en ella se determinan con precisión las fuentes de todos y cada uno de los artículos del Código, y con agudo sentido crítico se apuntan, en forma concisa y acertada, las principales virtudes y defectos de los textos adoptados por el codificador. Ese empleo de la numeración corrida da un total de 4053 artículos que comprenden desde el título preliminar primero, hasta el último del título complementario, es decir dos artículos más con relación a los que actualmente figuran en las ediciones del Código.

En 1878 comienza a gestarse una nueva ley de Fe de Erratas que, de acuerdo a lo que se ha ido convirtiendo en mala costumbre en nuestro país, no se limita a salvar defectos tipográficos, sino que al pasar por las dos Cámaras del Congreso de la Nación va engrosando su contenido con verdaderas modificaciones (9). Esta ley, entre otras cosas, suprime dos artículos del primitivo texto, uno en materia de confusión (10), y el otro en materia de compraventa (11).

La mencionada ley de Fe de Erratas N° 1169, sancionada en 1882, ordenaba en su artículo segundo hacer una nueva edición oficial del Código, incluyendo las correcciones y, a tal fin, disponía se designase una Comisión de dos abogados "para que cambiasen la numeración de los actuales artículos, sustituyéndola por otra que principio desde el primero y continúe en orden sucesivo hasta el último"; además debía corregir las remisiones contenidas en las notas, que quedaban alteradas con el cambio de numeración. De esta forma vio la luz en 1883 la llamada edición "Pampa" (12), que fue declarada edición oficial por Decreto del 4 de diciembre de ese año. Aquí aparece el código con la numeración que actualmente se emplea, como una obra compuesta de 4051 artículos.

Con posterioridad, en 1888 se sancionó la ley 2393, llamada de Matrimonio civil, que sustituyó íntegramente el Título Primero, de la Sección Segunda, Libro Primero y ordenaba en su artículo 118 que se efectuase una nueva edición oficial que corrigiese la numeración del Código (13). El mandato no fue cumplido, ya que no se realizaron nuevas ediciones oficiales del Código; algunas de carácter privado intentaron hacer efectiva la incorporación de la Ley de Matrimonio civil, cambiando la numeración, que resultaba aumentada en treinta y cuatro artículos, pero la mayor parte de las ediciones privadas prefirió mantener la numeración dada por la edición Pampa, y colocar en "apéndice" a la Ley de Matrimonio civil, y tanto la doctrina como los tribunales continuaron citando las normas con esa numeración (14).

Cuando el profesor Viale Salazar nos dice en su ensayo que el material de trabajo lo ha tomado directamente del Código civil argentino en su texto original "por lo cual la numeración del articulado y toda referencia" corresponde a ese texto (15), no alude a la numeración dividida por títulos, de las primeras ediciones oficiales, ni a la numeración corrida que resultaría de esa primera versión del Código, sino a la que quedó fijada a partir de la edición "Pampa".

III.- Fuentes de las normas sobre derecho real de prenda.

Es un hecho conocido que don Dalmacio Vélez Sársfield se inspiró principalmente en la labor codificadora del jurista brasileño Teixeira de Freitas, del que tomó el método que lo

llevó a distinguir netamente entre "derechos personales y derechos reales" (16), y también en gran medida el plan de la obra, cuando efectuó la división en cuatro libros (17). Incluso el contenido normativo del Código civil argentino está profundamente marcado por el Esboço, en el que abrevó unos mil doscientos artículos, al decir de Segovia (18).

Debemos recordar, sin embargo, que el Esboço de Freitas quedó inconcluso, llegando sólo hasta las "servidumbres", de manera que a partir de la hipoteca Vélez no contó con esa fuente y, al trabajar el título de la prenda recurrió en especial al Código civil francés, modelo de toda la codificación del siglo XIX, que trata el tema en los artículos 2073 a 2084, y también en el proyecto de García Goyena para España (muy influenciado por la codificación napoleónica), y al Código civil chileno, obra del insigne venezolano Andrés Bello, por quien Vélez sintió siempre particular respeto (19).

Advierte, sin embargo, Viale Salazar que en estos temas el Código civil argentino parece más completo y sus normas "se encuentra más elaboradas y mejora tratadas" (20), observación que se reitera a lo largo de su ensayo, donde va señalando diversos problemas que no fueron contemplados en el Código de Chile (y nosotros acotamos que tampoco en el Código civil francés, ni en García Goyena), y que son resueltos con acierto por el codificador argentino.

Esto se debe, a nuestro entender, a una características propia de la labor codificadora del genial cordobés que, con mucha frecuencia, extraía párrafos de los más destacados autores y los elevaba al rango de normas. Así, en materia de prenda ya el segundo artículo, el 3205, recoge una opinión de Aubry y Rau (21), y lo mismo hace en los artículos 3207 y 3208 (22). Luego, a lo largo del título de la prenda se encuentra numerosos dispositivos que se han inspirado en los profesores de Estrasburgo ya citados, como también en Zachariae, Troplong y Duranton, como lo señala con mucha precisión Segovia (23).

Por esta vía colmó Dn. Dalmacio Vélez Sársfield las lagunas legislativas que habían preocupado a la doctrina, buscando en la opinión de los autores la solución más justa, e incorporándola a su código como novedad legislativa, que no aparecía prevista en otras leyes de su época.

IV.- El contrato real de prenda en el Código civil argentino.

Parece conveniente efectuar una primera acotación: la distinción entre el "contrato real" y el "derecho real" de prenda no suele resultar un problema fácil. Por ello en el programa de Derechos Reales (Civil IV), en la cátedra que se encontraba a nuestro cargo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, después del "concepto" de prenda se incluye de manera expresa un punto destinado al "contrato de prenda", lo que exige refrescar los conocimientos sobre el tema, que debieron adquirirse en el curso de contratos.

Al comenzar su trabajo Viale Salazar señala que el Código de Chile, siguiendo las huellas del Código francés, estudia a la prenda desde el punto de vista del contrato, mientras que:

"Vélez Sársfield le da una ubicación distinta, dentro de un libro propio sobre los derechos reales, destacando el derecho real de garantía, en forma más próxima a los códigos del presente siglo" (24).

Esta distribución de materias, como lo expresáramos más arriba, es fruto del método adoptado por el codificador argentino, siguiendo la inspiración de Freitas, que tiende a distinguir muy claramente las dos categorías más importantes de derechos patrimoniales: obligaciones y derechos reales. Estimamos que, para su época, constituyó un verdadero avance metodológico y contribuyó a marcar un rumbo en el proceso de la codificación civil (25).

Además, al adoptar el sistema romano del "título y modo" para la transmisión de los derechos reales, exige la entrega efectiva de la cosa (26) como requisito de cumplimiento indispensable en todos los derechos reales que se ejercitan por vía posesoria (27). Asiste razón, por tanto, a Viale Salazar cuando dice que "para el Código argentino la constitución del derecho real de prenda es determinada por la entrega del bien" (28).

Pero, sucede que el contrato que sirve de título a este derecho real, en muchos ordenamientos jurídicos se encuentra en la categoría de los llamados "contratos reales", es decir aquellos en los que no basta el "consentimiento" y sólo se perfeccionan como contratos cuando media la entrega de la cosa, categoría que en muchos códigos modernos tiende a desaparecer, aceptándose que todos los contratos son consensuales, lo que permitiría considerar vinculante una "promesa de prenda".

El artículo 3204 del Código civil argentino, al definir la prenda expresa:

"Habrà constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda".

El profesor peruano Viale Salazar interpreta que esta norma "prescinde de indicar en qué momento se perfecciona el contrato de prenda, concretándose más bien a establecer el momento en que se constituye el derecho mismo de prenda, que es lógicamente en el momento de entrega del bien" (29).

Aceptamos la validez de esta interpretación, pero como un Código es una obra sistemática, para saber si en el derecho argentino el contrato de prenda es o no un contrato real, resulta indispensable acudir a las normas específicas, que se encuentran en el primer título de la Sección Tercera, Libro Segundo. Vemos allí que el Código civil argentino mantiene la distinción entre los contratos consensuales y los reales (artículo 1140), caracteriza los contratos reales como aquellos que para producir sus efectos propios "quedan concluídos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa" (art. 1141), y establece en el artículo 1142:

"Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitución de prenda y de anticresis".

No caben dudas, por tanto, que nuestro codificador se mantuvo fiel, en este aspecto, al viejo sistema que consideraba a la prenda como un contrato real y así lo estableció de manera expresa.

V.- La prenda constituída por tercero

Al analizar el concepto de prenda que brinda el artículo 3204 del Código civil argentino, señala Viale Salazar que pese a ser más elaborado y rico que el del Código chileno, puesto que se incluye en él la posibilidad de constituir prenda sobre créditos, incurre en cambio en el defecto de omitir la posibilidad de que la prenda sea constituída por una tercera persona distinta del deudor (30). Más adelante, al tratar de la capacidad requerida para constituir la prenda, insiste sobre el punto (31), pero aquí ya advierte que tal defecto no ha de provocar inconvenientes prácticos porque hay otros artículos del mismo título, como el 3221, que hacen referencia a la prenda constituída por terceros, como lo que "deja así subsanado sin lugar a dudas su olvido inicial" (32).

Hace algo más de un siglo SEGOVIA fue quizás el primero en señalar esa falencia en la definición de prenda (33), paralela a la falta de mención de la hipoteca constituída por tercero en el artículo 3108, pero no consideró que el defecto fuese grave (34). Desde entonces casi toda la doctrina nacional se complace en señalar el lunar que presentan estas dos definiciones (35), pero no lo considera un problema capital, porque las menciones que contiene el propio Código en los artículos 3121 y 3122 a hipotecas dadas por un tercero "sin obligarse personalmente"; en el art. 3221 a la imposibilidad de que funcione la "prenda tácita" cuando la garantía fue constituída por un tercero, y en el art. 518, a la posibilidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones naturales con "fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituídas por terceros", eliminan toda duda.

El legislador argentino ha previsto con gran amplitud que tanto la garantía hipotecaria, como la prendaria, puedan ser constituídas por terceros distintos del deudor principal.

VI.- Prenda de cosa ajena. Reivindicabilidad.

Dispone el artículo 3214 del Código civil argentino:

"Si la cosa se ha perdido o ha sido robada a su dueño, y el deudor la ha comprado en venta pública o a un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de manos del acreedor, pagándole lo que hubiese costado al deudor".

Comentado esa norma nos dice Viale Salazar que, a su entender "ella quiebra el principio de la irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en negocios públicos que suelen contener las legislaciones, a fin de proteger la credibilidad y rapidez de las transacciones comerciales que se realizan en tales establecimientos" (36).

Para comprender sin dificultades el artículo 3214 nos parece indispensable recordar que se limita a aplicar a los casos de prenda de cosa ajena los principios generales sobre la posesión de buena fe de cosas mueble y la posibilidad del propietario de reivindicar cuando se trate de cosas robadas o perdidas.

El principio que orienta la materia es que solamente se pueden constituir derechos reales sobre las cosas que son de nuestra propiedad. Derivación lógica de ese principio es que "sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa" (art. 3213, Código civil argentino). De manera similar el código peruano de 1984 exige para la validez de la prenda "que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente" (art. 1058-1).

Sabemos, sin embargo, que en materia de cosas muebles existen excepciones, ya que no hay un régimen adecuado de publicidad de las titularidades; el derecho, entonces, suele proteger al adquirente de buena fe, cuando en el enajenante existe la "apariencia" de titularidad.

El código civil argentino ha regulado estos problemas sobre la base de lo dispuesto en el artículo 2412, que crea a favor del poseedor de buena fe de una cosa mueble la presunción "de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida".

Proyectado este principio en el terreno de la prenda, permitirá al acreedor que de buena fe recibe la prenda "tener la titularidad del derecho real de prenda y repeler cualquier acción de reivindicación", mientras no se lo desinterese pagándole su crédito, salvo que se tratase de cosas robadas o perdidas. Así lo dispone el segundo párrafo del art. 3218.

Pero no olvidemos que si se trata de cosas robadas o perdidas el Código admite que el dueño las reivindique, aunque se encuentren en manos de un tercer poseedor de buena fe (art. 2765), sin tener que reembolsar el precio que ese poseedor haya pagado (artículo 2768, primera parte), "con excepción del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales, en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes" (art. 2768, última parte), caso en el cual se reivindica el bien, pero debe indemnizarse al tercero de buena fe entregándole el precio que había pagado.

Toda esa mecánica se inspira en el Código civil francés, y el último párrafo del art. 2768 del Código civil argentino reproduce casi literalmente los términos del artículo 2280 del Código Napoleón.

A la luz de estos antecedentes la solución adoptada en materia de prenda por el artículo 3214 es la única congruente y armónica con el resto del sistema. Cualquier crítica, por tanto, no podrá dirigirse a esta norma, sino al sistema en su conjunto, que es también el del Código francés y se mantiene en el artículo 2311 del Código paraguayo de 1987.

VII.- Indivisibilidad y preferencia

Al referirse al artículo 3234 del Código civil argentino Viale Salazar, con agudeza, advierte que es incorrecto hablar en esta hipótesis de "indivisibilidad", ya que lo que se trata es de "normar el derecho de los otros acreedores a la venta de la prenda" (37), y agrega: "Pensamos que el carácter indivisible de la prenda no tenía por qué ser traído a colación en este artículo, puesto que no guarda relación directa con la materia" (38).

La mencionada norma dice que "la indivisibilidad de la prenda no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender.". SEGOVIA, oportunamente, destacó que en lugar de hablar de "indivisibilidad", el artículo debió decir: "el derecho de retención que da la prenda, etc. ...", y -con su concisión de siempre- agregaba: "Es claro que la indivisibilidad de la prenda corresponde a otro orden de ideas, y no se relaciona con el objeto del artículo" (39).

La total coincidencia de pensamiento torna innecesario extenderse sobre el punto.

VIII.- Pacto comisorio

El Código civil argentino, al igual que muchos otros, se afilia al sistema que prohíbe el pacto comisorio, para evitar que el acreedor se aproveche de la situación de inferioridad en que puede encontrarse el deudor al contratar el crédito y ofrecer la garantía (artículo 3222); admite sin embargo, en la norma siguiente, que el acreedor pueda quedarse con el bien prendado por la estimación de su valor que se haga al tiempo de vencimiento de la deuda (artículo 3223).

Viale Salazar recuerda que "un sector de la doctrina critica este tipo de fórmulas, no mostrándose favorables a ellas, por considerar que propicia la simulación de los actos, haciéndose aparecer a estos pactos como celebrados con fecha posterior a la prenda, cuando en realidad son concertados en acto simultáneo" (40).

Si se pretende obrar de tal manera la observación de Viale Salazar estaría plenamente justificada y coincide con lo que sostiene la doctrina argentina, que solamente admite estimaciones de valor que se hagan efectivamente al tiempo de vencimiento de la deuda, y no con anterioridad, pues cualquier estimación anticipada se considera tan nula como la que se hizo al tiempo de contratar la prenda, pues "mientras la obligación no ha vencido, el deudor siempre puede encontrarse sometido a la posibilidad de presión por parte del acreedor" (41).

Incluso, para Borda la estimación practicada por las partes no cubre las exigencias del artículo 3223, sino que para la validez del convenio que adjudica la prenda al acreedor, resulta inexcusable que intervengan peritos que establezcan adecuadamente el valor del bien (42), salvo que la cosa tenga un "valor de mercado" fácilmente determinable que permita prescindir de una tasación por peritos sin riesgo de caer en un aprovechamiento abusivo.

Damos fin, de esta manera, a estas notas, breves y deshilvanadas, fruto de un descanso "forzado".

NOTAS

(1) El ciclo de Obligaciones y Contratos se desarrolló entre los días 11 a 15 de junio de 1990, y estuvo a cargo de dos profesores visitantes, el Dr. Jorge Mosset Iturraspe, catedrático de Derecho civil en las Universidades del Litoral (Santa Fe) y Buenos Aires; y el autor de estas líneas, catedrático de la Universidad de Córdoba.

(2) Fausto VIALE SALAZAR: "El derecho de prenda y la realización de la prenda en los Códigos civiles de la República de Chile y de la República Argentina que recogen los proyectos Bello y Vélez Sársfield, respectivamente", Derecho, Rev. Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 42, p. 165 a 184.

(3) "Debemos advertir que el material de trabajo lo hemos tomado directamente de los Códigos civiles de la República de Chile y de la República Argentina en sus textos originales, por lo que la numeración del articulado y toda referencia que efectuamos corresponde a dichos Códigos" (trabajo citado en nota anterior, p. 165).

(4) No desconocemos la existencia de numerosísimas obras de elevado valor para la consulta, pero comprendemos que en el extranjero muchas de ellas no se encontrarán al alcance del estudioso. Nos hemos limitado a señalar un repertorio de textos básicos.

Para quien dese ampliar sus estudios podrá, según el tema que tenga entre manos, recurrir a Cursos o Tratados como los de Llambías (Parte General y Obligaciones), Aráuz Castex, Abelenda y Rivera (Parte General); Aguiar y Brebbia (Hechos y actos jurídicos); Cifuentes (Negocio jurídico); Colmo, Boffi Boggero, Cazeaux-Trigo Represas, Alterini-Ameal-López Cabana (obligaciones); Rezzonico (Obligaciones y Contratos); Mosset Iturraspe (Contratos y Responsabilidad Civil); Musto, Mariani de Vidal, Highton, Garrido-Andorno (Reales); Belluscio (Familia) Zannoni (Familia y sucesiones; Fornieles y Rébora (Sucesiones; Fassi (Testamentos); etc., y a estudios monográficos muy valiosos sobre diversos temas.

(5) Nos referimos a "Zeus", periódico de jurisprudencia que aparece cinco veces por semana, de lunes a viernes, en la ciudad de Rosario, con secciones destinadas a doctrina, jurisprudencia y legislación.

En la sección doctrinal incluyó como subdivisión la de "Diálogos entre hombres de derecho", en la que han participado, entre otros, civilistas como Andorno, Mosset Iturraspe y el autor de estas líneas.

(6) "Estudios de Derecho Civil - Cartas y polémicas", Dirección General de Publicaciones, Univ. Nacional, Córdoba, 1982 (distribuye editorial Zavalía).

Hemos dicho allí que "la controversia científica, llevada con altura, no debe originar resquemores ni distanciamientos; por el contrario, los argumentos que en ella se vierten contribuyen a iluminar el siempre difícil camino que unos y otros recorren en búsqueda de la verdad. Es menester defender lo que uno cree con ardor, pero sin zaherir al interlocutor; al mismo tiempo hay que dejar de lado el amor propio, y estar dispuestos, llegado el caso, a reconocer nuestros errores y rectificarlos" (p. 10).

(7) Nos referimos a lo que también suele denominarse "Oficio de remisión" del Proyecto del Libro Primero, elevado al Dr. Eduardo Costa, Ministro de Justicia.

(8) Lisandro SEGOVIA: El Código Civil. Su explicación y crítica bajo la forma de notas, reedición, Lib. La Facultad, Buenos Aires, 1933, dos tomos.

(9) ve Abel CHANETON: Historia de Vélez Sársfield, reimpresión, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 458 y siguientes.

(10) Era el artículo 6 del Título V, sección Primera del Libro Segundo, y en la primitiva numeración corrida llevaba el número 867. Disponía:

"La confusión que se obra por la reunión en la misma persona de la calidad de acreedor y fiador, no aprovecha al deudor principal".

(11) Era el artículo 11 del Título III, Sección Tercera del Libro Segundo, y en la primera numeración corrida llevaba el número 1334. Disponía:

"La venta aleatoria puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta".

(12) Recibió ese nombre por la imprenta en que se efectuó la edición.

(13) El artículo 228 de la ley 2393 disponía:

"En la primera edición oficial que se haga del Código Civil, se incorporará esta ley en lugar del Título Primero, Sección Primera, Libro Segundo, arreglando la numeración que corresponda a los artículos".

(14) Es un claro ejemplo de costumbre "contra legem", que termina derogando una norma de derecho positivo, correspondiente a la categoría que Domat denominaba "leyes arbitrarias", por contraposición a las leyes naturales (ver Jean DOMAT: *Traité des lois*, Cap. XI, Oeuvres, reimpresión, París, 1835, T. I, p. 36 y siguientes).

El viejo maestro francés enseñaba que el único campo en que la costumbre "contra legem" puede alcanzar efecto derogatorio, es el de las leyes positivas o "arbitrarias", diciendo que "si la autoridad de las costumbres y los usos se funda en el hecho de que debe presumirse que lo observado durante mucho tiempo es justo y útil, de ello se sigue que si una ley o costumbre ha dejado de ser usada durante largo tiempo, ha sido abolida, ... porque lo que ha dejado de observarse, no es más útil (ver Capítulo XII, punto 5, p. 60 y 61).

(15) Trabajo citado en nota 2, p. 166.

(16) Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD: "Nota al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Eduardo Costa, de fecha 21 de junio de 1865, remitiendo el Primer Libro del Proyecto de Código Civil:

" ... Yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil...".

(17) En este punto siguió principalmente el plan del Esboço, aunque no incluyó un primer libro de Parte General, porque consideró conveniente separarse "... en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas...".

(18) Autor y obra citados en nota 8, tomo I, p. XX, donde luego de recordar que el Esboço quedó trunco al llegar a la hipoteca, recuerda que de sus 4908 artículos "el Dr. Vélez ha utilizado poco más de una cuarta parte".

(19) En la ya mencionada nota al Ministro de Justicia, decía el codificador argentino que había empleado "el Código de Chile, que tanto aventaja a los europeos".

(20) Trabajo citado en nota 2, p. 176.

(21) Los mencionados autores franceses, en el número 432 de su obra, y antes de la nota 21, nos dice, comentando el artículo 2076 del Código civil francés, que exige que la prenda se encuentre en posesión del acreedor o de un tercero convenido por las partes, que "esta posesión debe ser una posesión real en el sentido del artículo 1141".

El artículo 3205 del Código civil argentino establece que "La posesión que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesión real en el sentido de lo establecido sobre la tradición de las cosas corporales ...".

(22) "Art. 3207 (Código civil argentino).- Cuando el objeto sobre el cual la prenda ha sido constituida no se ha entregado al mismo acreedor, sino que se encuentra en poder de un tercero, es preciso que éste haya recibido de ambas partes el cargo de guardarlo en el interés del acreedor".

En el párrafo 432 de Aubry y Rau, inmediatamente antes de la nota 24, se lee: "Lorsque l'objet sur lequel le gage a été constitué n'a pas été remis au créancier lui-même, il ne suffit

qu'il se trouve de fait entre les mains d'un tiers, il faut que celui-ci ait reçu, de la part de deux parties, la mission de le garder dans l'intérêt du créancier"; y antes de la nota 26 se lee: Le créancier qui aurait remis l'objet engagé a un tiers, par suite d'une convention qui obligeait ce dernier a le lui restituer, devrait être considéré comme ayant continué à le posséder. Il en serait de même, si le créancier avait perdu cet objet, ou qu'il lui eut volé".

Compárese este último párrafo con el artículo 3208 del Código civil argentino: "Se juzga que el acreedor continúa en la posesión de la prenda, cuando la hubiese perdido o le hubiere sido robada, o la hubiera entregado a un tercero que se obligase a devolvérsela".

(23) Si acudimos a la obra de Segovia (T. II, p. 386 a 399), veremos que se inspiran en Troplong los actuales artículos 3210, 3211, 3216...; en Durantón, los artículos 3214, 3219, 3228...; en Zachariae, o en sus comentaristas Massé y Vergé, parte del artículo 3209 y 21 3221.

(24) Parece conveniente releer la nota al artículo 577 del Código civil argentino, y las críticas que allí dirige a la falta de método del Código francés, que atribuye a la confusión existente entre obligación y derecho real, por falta de un modo constitutivo de este último.

(26) "Art. 577 (Código civil argentino).- Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

(27) La excepción la constituye el derecho de hipoteca, que no tiene exteriorización posesoria, ni requiere tradición.

(28) Trabajo citado en nota 2, p. 168.

(29) Trabajo citado en nota 2, p. 168.

(30) Trabajo citado en nota 2, p. 167.

(31) Trabajo citado en nota 2, p. 171.

(32) Lugar citado en nota anterior.

(33) Lisandro SEGOVIA. Obra citada en nota 8, T. II, artículo 3206, nota 1, p. 386.

Con relación a la hipoteca la acotación de que además del deudor puede ser otro quien haya constituido la garantía sobre un bien de su propiedad se encuentra en la nota 5 al art. 3110, p. 343.

(34) Autor y obra citados en nota anterior; en página 343, nota 5 estima que la definición de hipoteca que da el Código "es la mejor que conocemos".

(35) Ver Néstor J. MUSTO, Derechos Reales, ed. Rubinzal, Santa Fe, 1989, T. IV., p. 27 y 152; Elena I. HIGHTON: Derechos Reales, vol 6, Derechos de Garantía, ed. Ariel, Buenos Aires, 1980, p. 17; Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO, Código Civil Anotado - Derechos Reales, ed. Zavallía, Buenos Aires, 1976, T. IV, artículo 3108, p. 352, y artículo 3204, p. 697.

(36) Trabajo citado en nota 2, p. 174.

(37) Trabajo citado en nota 2, p. 178.

(38) Lugar citado en nota anterior.

(39) Autor y obra citados en nota 8, T. II, p. 398, nota 70.

(40) Trabajo citado en nota 2, p. 181.

(41) GARRIDO y ANDORNO, obra citada en nota 35, artículo 3223, p. 747, que citan en su apoyo las opiniones de Salvat y Lafaille.

(42) Guillermo A. BORDA, Tratado de Derecho Civil - Reales, ed. Perrot, Buenos Aires, 1975, T. II, N° 1358, p. 383.