

ANDREAS VON TUHR

Fue Profesor en las Universidades de
Strasburg, Heidelberg, Bauden y Zurich.

DERECHO CIVIL

TEORIA GENERAL
DEL DERECHO CIVIL ALEMAN

VOLUMEN II¹

LOS HECHOS JURIDICOS

DEP.º DIR. CIVIL
BIBLIOTECA ESPÍNOLA



EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES

1947

§ 47. EXTINCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS *

I. CAUSAS DE EXTINCIÓN. RENACIMIENTO Y REPOSO DE DERECHOS.

Las causas de extinción de los derechos son tan variadas como las de nacimiento. El derecho subjetivo es un señorío reconocido por el orden jurídico; por tanto, y en principio, se extingue por voluntad del titular (acto de disposición)¹; excepcionalmente, por voluntad de un tercero, en virtud de un derecho de configuración extintivo², que le corresponda^{2a}. Otras causas de extinción de alcance general son las siguientes: la caducidad³; la muerte del titular activo o pasivo; el curso del tiempo; la suplantación del derecho por el nacimiento originario de otro incompatible⁴; la reunión de los derechos derivado y constituyente⁵; finalmente, la pérdida

* WINDSCHEID, § 64; REGELSBERGER, §§ 121 y 123; BEKKER, § 36; ENDEMANN, § 58; ENNECCERUS, § 265; BIERMANN, §§ 41 y 42; v. SCHEY, en *GrünhutsZ.*, 7, 746; 8, 110; KLEIN, *Vertragliche Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses*.

¹ Cfr. vol. I, § 1, nota 4.

² Derecho negativo; cfr. vol. I, § 10.

^{2a} Sobre extinción de relaciones jurídicas, vol. I, § 5, III, 2.

³ La caducidad es la pérdida de un derecho como consecuencia legal de un acto del titular; ejemplos: pérdida de la patria potestad (arts. 1680 y 1771); del derecho de resolución (art. 352); de los derechos del locatario con arreglo al art. 545, II; de los derechos contractuales cuando la caducidad se fijó en derogación del art. 360; del derecho de revocación de las donaciones y del derecho de divorcio, como efecto del perdón (arts. 532 y 1570); del derecho de limitar la responsabilidad propia del heredero (arts. 2005, I, y 2006, III). Cfr. infra, § 54. En ciertos casos puede evitarse la caducidad mediante reserva (arts. 341 y 464). Asimismo se habla de caducidad cuando de la conducta de una de las partes deriva para ella algún perjuicio jurídico, por ejemplo, de caducidad de la pena contractual (art. 339) entendiéndose que se incurre en ella.

⁴ Cfr. supra, § 44, p. 42.

⁵ Cfr. supra, § 45, II, 8.

del objeto. Los derechos reales se extinguen por la pérdida de la cosa⁶ (en cambio, por regla general, no por pérdida del señorío efectivo⁷). Los objetos del crédito son la persona del obligado y el patrimonio responsable⁸. El crédito no se extingue cuando el deudor pierde su patrimonio, porque el patrimonio puede ser renovado mientras el sujeto viva⁹. Cuando el deudor muere, toma su lugar el heredero, o el fisco en calidad de *heres necessarius* (arts. 1936 y 1942, II), pero desde este momento la responsabilidad puede limitarse al importe de la herencia. El agotamiento de la herencia no implica la extinción del crédito¹⁰; sin embargo, crea una excepción permanente¹¹ que lo paraliza¹². Cuando el deudor es una asociación disuelta, ésta y el crédito continúan existiendo mientras subsisten elementos patrimoniales¹³.

Muchos derechos se extinguen como consecuencia de su ejercicio. En esta clase entran los créditos y las pretensiones relativas a otros derechos, los derechos de configuración y, entre los derechos reales, todos los de garantía. Antes de su ejercicio, esos derechos dan lugar a una relación preparatoria¹⁴; son destinados a procurar

⁶ Permanecen sobre las partes (art. 953) y los residuos de la cosa. La modificación debe distinguirse de la extinción porque su acción es de menor alcance, de manera que la cosa no se presenta como "nueva" (art. 950).

⁷ Los animales selváticos son nuevamente *res nullius* cuando readquieren su libertad (art. 960). La prenda se extingue por devolución de la cosa (art. 1253). Los derechos de prenda legales dependen, por lo general, de la posición del acreedor (arts. 397, 410 y 421, cód. com.) o de la ubicación de la cosa (arts. 560 y 1121).

⁸ Cfr. vol. I, § 6, nota 36.

⁹ Cfr. vol. I, § 18, III.

¹⁰ En divergencia, GIERKE, *Schuld und Haftung*, 207.

¹¹ Prácticamente, el crédito afectado por una excepción permanente no tiene valor para el acreedor (por tanto la Sup. Cor., 74, 377, con razón clara, verbigracia, que el crédito alimentario "está perdido", en lo que se refiere a la aplicación del art. 844, II, cuando se ha agotado la herencia que debe pagarlo). Pero, bajo el aspecto formal, el crédito subsiste, lo que, por ejemplo, tiene la consecuencia desagradable para el heredero de que debe defenderse mediante la excepción de la eventual demanda del acreedor aunque éste no pueda ganar el pleito, y de ser condenado en caso de rebeldía.

¹² Cfr. vol. I, § 4, nota 70.

¹³ Cfr. vol. I, p. 570.

¹⁴ Cfr. vol. I, § 6, p. 143; § 15, VIII.

un beneficio a su titular (prestación del deudor, modificación del estado jurídico, o satisfacción del acreedor por medio de la cosa sujeta a garantía). Se los puede llamar derechos de finalidad¹⁵. Cuando, por ejercicio favorable o de otra manera¹⁶, se alcanza la finalidad o resulta inalcanzable¹⁷, estos derechos se extinguen. A los derechos de finalidad se opone otra clase (la integran la propiedad y los derechos reales con exclusión de los de garantía, los derechos sobre bienes inmateriales y los derechos sociales) cuyo fin no consiste en la producción de un resultado sino en el goce y beneficio que ofrecen a su titular por su misma existencia. El ejercicio no los consume. A falta de un término más apropiado se los puede denominar "derechos de situación"¹⁸.

Por lo general, la extinción del derecho tiene carácter definitivo; no se puede revocar; únicamente es posible crear un derecho nuevo de igual contenido, mediante el *factum* correspondiente¹⁹. Excepcionalmente, el derecho extinguido puede renacer sin necesidad de que se repita enteramente el *factum*; por ejemplo, las servidumbres y los derechos que nacen de títulos al portador se extinguen por confusión y por abandono del predio dominante o del título; pero, apenas cesa la confusión o la falta de dueño, esos derechos surgen de nuevo sin que sea necesario reproducir el *factum* del cual nacen (inscripción, creación del título)²⁰. En consideración de la posibilidad mencionada, no conviene hablar de extinción, sino de reposo del derecho²¹. Con la expresión "reposo de la patria potestad" la ley entiende

¹⁵ HIRSCH, *Übertragung der Rechtsausübung*, 69.

¹⁶ KLEIN, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*.

¹⁷ Por imposibilidad de la prestación o el producirse del efecto propio del derecho de configuración o la falta de satisfacción del derecho de garantía en la subasta.

¹⁸ La expresión "derecho de situación" se emplea también en otro sentido; cfr. vol. I, § 2, nota 7.

¹⁹ Un crédito pagado no puede renacer, sino únicamente ser sustituido por otro de igual contenido; cfr. vol. I, § 17, nota 28.

²⁰ Cfr. vol. I, § 2, VII; supra, § 44, notas 39 y 53.

²¹ HIRSCH cit., 148 y sigs.

(art. 1676) que el derecho subsiste en tanto que su ejercicio es excluído (art. 1678)²². Un caso de reposo parcial se presenta cuando el ejercicio de ciertas facultades está prohibido. Por ejemplo, cuando por minoría de edad reposa la potestad de la madre, ella tiene el derecho y la obligación de cuidar de la persona del hijo (art. 1696). Asimismo puede ser destacado como derecho parcialmente en reposo la hipoteca del propietario, porque no da intereses y no permite la ejecución forzosa²³.

De la extinción y reposo del derecho debe distinguirse la paralización de la pretensión u otra facultad (cfr. supra, vol. I, § 17, VII) a raíz del ejercicio de una excepción que corresponde a la parte contraria²⁴.

La extinción de un derecho puede beneficiar a terceros²⁵. El beneficio puede consistir en la adquisición de un derecho que toma el lugar del extinguido²⁶, o en la cancelación de un gravamen, o en la liberación del patrimonio de la responsabilidad por una deuda. La liberación de un gravamen o de una deuda no constituye una adquisición jurídica²⁷. El deudor que pretende que el crédito se ha extinguido hace valer un hecho extintivo, y no un derecho²⁸.

No es necesario que el hecho extintivo sea de la misma clase que el hecho del nacimiento. El antiguo principio romano²⁹ de que la forma de la extinción de un negocio jurídico debe corresponder a la forma de nacimiento, ya no se aplicaba en el derecho clásico y

²² La subsistencia de la patria potestad resulta de que el padre conserva el usufructo sobre el patrimonio del hijo, salvo el caso del art. 1685, II.

²³ Cfr. supra, § 45, nota 121.

²⁴ Cfr. vol. I, § 17, VI, 2.

²⁵ Por efecto del abandono de la propiedad nace una posibilidad de apropiación (art. 958) o un derecho de apropiación (art. 928); cfr. vol. I, § 8, II.

²⁶ Cuando el heredero fiduciario o el coheredero pierden su derecho, nace un derecho de igual contenido para el heredero fideicomisario o para el heredero con derecho de acrecimiento.

²⁷ Cfr. supra, § 45, p. 83.

²⁸ El art. 545, II, se expresa inexactamente; cfr. vol. I, § 17, nota 15.

²⁹ DERNBURG, *Pand.*, II, § 54, nota 10.

menos aún rige en el nuestro como principio general. Por contrato no formal pueden ser revocados contratos formales³⁰; no es necesario que la revocación del testamento se haga en la forma que requiere el testamento³¹; pueden extinguirse por negocio derechos nacidos en virtud de ley³². Únicamente para ciertos derechos existe un paralelismo entre causas de nacimiento y de extinción; en particular, la extinción de los derechos sujetos a registro se realiza mediante cancelación de la inscripción en el libro de bienes raíces (art. 875)³³.

II. MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS. AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE SU EFICACIA — APTITUD PARA LA MODIFICACIÓN: DE LOS DERECHOS REALES — DE LOS CRÉDITOS. — NOVACIÓN. — EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN RESPECTO A TERCEROS.

Sin perder su identidad, el derecho y la relación jurídica pueden modificarse no sólo en sus sujetos³⁴, sino también en su contenido. Con frecuencia, la modificación del contenido consiste en un aumento de eficacia del derecho. Por ejemplo, el logro de un título ejecutivo otorga al acreedor prendario la facultad de vender la cosa con arreglo a las disposiciones del código de procedimientos (art. 1233, II); la posesión del heredero, que nace *ipso jure* (art. 857), halla protección más segura contra el peligro de ocupación arbitraria (art. 2025, 2) cuando el heredero tiene el poder efectivo sobre la cosa³⁵. En muchos casos aumenta la eficacia del derecho en el sentido de que éste opone una mayor resistencia ante ciertas causas de extinción.

³⁰ Cfr. vol. II, § 63, IV.

³¹ Art. 2255. El testamento público puede ser revocado por testamento ológrafo, y viceversa.

³² Por ejemplo, el locador puede renunciar a la prenda legal que le otorga el art. 1255.

³³ Los créditos que derivan de títulos al portador o a la orden no se extinguen mientras el título continúa circulando; arts. 796, cód. civ., y 82, *et seq.*

³⁴ Cfr. vol. I, § 12, I.

³⁵ Cfr. vol. I, § 6, nota 33.

Así, los derechos sujetos a inscripción en el registro de bienes raíces, que fueron adquiridos sin inscribirlos (p. ej., art. 1438, II), por medio de ello quedan protegidos contra el peligro de que un tercero los adquiera de buena fe; la inscripción en el registro del régimen matrimonial tiene efectos análogos (arts. 1435, 1431, I, y 1371); el embargo de los muebles y créditos que responde junto con la hipoteca, protege al acreedor contra el peligro de que su derecho se extinga por enajenación de los muebles o por acto de disposición de los créditos (arts. 1121 y sigs.)³⁶; la mora del deudor reafuerza el crédito en el sentido de que ya no se extingue por imposibilidad fortuita (art. 287)³⁷. Finalmente, puede aumentar la eficacia del derecho por modificación del grado en el registro (art. 880)³⁸. No es una modificación del derecho su ampliación por agregación de un derecho nuevo; por ejemplo, cuando una servidumbre se extiende a un nuevo predio dominante o sirviente, nace otra de igual contenido a favor o en contra del predio nuevo, y la antigua subsiste³⁹. Asimismo, el aumento de la tasa no constituye modificación del crédito de intereses, sino agregación de un nuevo crédito de igual especie⁴⁰.

La modificación puede entrañar también una disminución de eficacia. Por ejemplo, la mora del acreedor limita la responsabilidad del deudor (art. 300); la existencia del derecho de prenda del locador depende de su ejercicio judicial en el término de un mes (art.

³⁶ HIRSCH cit., 360, sostiene que antes del embargo el acreedor hipotecario únicamente tiene una expectativa para la adquisición de una prenda sobre los muebles y créditos afectados de responsabilidad; juzgo más exacto hablar de un derecho de prenda existente, aunque poco protegido; cfr. WOLFF, *Sachenrecht*, § 135, nota 2.

³⁷ En la *perpetuatio obligationis*; WINDSCHEID, § 280, nota 13.

³⁸ En materia de muebles la modificación convencional del grado tiene únicamente efectos personales; WOLFF, *Sachenrecht*, § 172, nota 5.

³⁹ Cfr. vol. I, § 3, nota 24.

⁴⁰ Para la aplicación del art. 266, los intereses originarios y los prometidos posteriormente forman una prestación única.

561, II) si las cosas fueron retiradas del inmueble⁴¹. La extinción parcial no constituye una modificación del derecho; ejemplos: la liberación de un inmueble, sujeto a hipoteca junto con otros inmuebles; la reducción de la tasa de interés.

Existen modificaciones del derecho que no pueden ser calificadas como aumento ni como disminución de eficacia; por ejemplo, las del lugar del cumplimiento o las de los supuestos y formas para la denuncia⁴².

Las modificaciones del derecho únicamente son posibles si subsisten los caracteres decisivos para su identidad; de lo contrario, cabe extinguir el derecho y sustituirlo por otro. Como en todos los problemas de identidad jurídica⁴³, para decidir qué modificaciones afectan a los caracteres esenciales, es inútil invocar principios de lógica; debe estudiarse la estructura que nuestra ley da a los diversos derechos, teniendo presente que en ella influyeron circunstancias de carácter histórico y dogmático⁴⁴. Para la identificación de los derechos reales tienen importancia decisiva las especies jurídicas que el código fija en el tercer libro⁴⁵; de ahí, por ejemplo, que la carga real y la obligación de renta, las servidumbres prediales y personales, deban ser consideradas como derechos distintos⁴⁶. La identidad del derecho también depende de la identidad del objeto. Por tanto, las transformaciones que los derechos de garantía suelen sufrir en su realización⁴⁷, no son modificaciones de un mismo derecho, sino la sucesión de varios que se van substituyendo unos a otros: cuando el tercer deudor cumple, a la prenda sobre el crédito sucede una prenda

⁴¹ Asimismo constituye una disminución de eficacia del crédito el *pactum de non cedendo* cuando se conviene posteriormente (art. 399).

⁴² Otro ejemplo: la modificación del lugar en que se ejercita la servidumbre (art. 1023).

⁴³ Cfr. vol. I, § 12, nota 1a.

⁴⁴ Cfr. vol. I, § 1, p. 61.

⁴⁵ Cfr. vol. I, § 0, nota 16.

⁴⁶ WOLFF, *Sachenrecht*, § 40, II, 3.

⁴⁷ HIRSCH, cit., § 17; Sup. Cor., 76, 316; 76, 376.

sobre la cosa que se dió en pago (art. 1287); el lugar de la hipoteca lo ocupa una prenda sobre el crédito contra el comprador en la subasta y luego sobre el importe pagado⁴⁸.

En principio, la modificación del derecho se realiza por contrato entre los interesados⁴⁹, el cual debe ser completado por el registro cuando se trata de derechos inmobiliarios. Excepcionalmente, la modificación puede producirse por negocio unilateral (ejercicio de un derecho de configuración⁵⁰). Finalmente, puede tener su causa en circunstancias a las que la ley atribuye virtud modificatoria.

El contenido de la propiedad es establecido por ley (art. 903) y no tolera alteración⁵¹; únicamente es posible gravarlo con derechos derivados en forma constitutiva y limitar su disponibilidad por ley, y orden judicial (arts. 135 y 136)⁵². En su mayoría, los demás derechos reales pueden ser modificados. En los derechos reales limitados cabe cualquier modificación que no implique una alteración de las especies legales. Así, en el derecho de superficie puede modificarse el convenio sobre las cualidades del edificio; en las servidumbres, el que rige el modo de uso⁵³; en el usufructo es posible excluir posteriormente ciertos usos de la cosa (art. 1030), o incluirlos, y también puede modificarse la relación personal legal entre propietario y usufruc-

⁴⁸ La hipoteca se extingue por efecto de la adjudicación; por eso, posteriormente a la enajenación del crédito ya no se aplica el art. 1154, sino los principios de la coesión; lo dicho vale también para el embargo del crédito; HANSEN, cit., 380.

⁴⁹ Este principio está expresado en materia de obligaciones en el art. 305 y, en materia de derechos inmobiliarios, en el art. 877, pero tiene carácter general.

⁵⁰ Cfr. vol. I, § 7, III, 2.

⁵¹ PLANCK, an. prel. al *Sachenrecht*, p. 8.

⁵² En cambio, el propietario no puede renunciar a las diversas facultades que integran el derecho de propiedad; WALSMANN, *Verzicht*, 76; cfr. infra, § 54, nota 180.

⁵³ Un caso de modificación es la mutación del lugar en que se ejerce la servidumbre (art. 1023).

uario⁵⁴. El derecho de prenda puede ser modificado extendiéndoselo a los frutos o excluyendo a éstos, y mediante acuerdos sobre las modalidades de la venta (art. 1245)⁵⁵. En los derechos reales de garantía son posibles muchas modificaciones: la hipoteca normal puede transformarse en hipoteca de garantía (art. 1186); la hipoteca, en obligación inmobiliaria⁵⁶, y viceversa (art. 1198); la obligación de renta, en obligación inmobiliaria, y viceversa (art. 1203); la hipoteca por cédula, en hipoteca de registro, y viceversa (art. 1116).

La mayor variedad de modificaciones del contenido del derecho se presenta en los créditos. Cuando la prestación resulta imposible, si el crédito no se extingue (art. 275), toma su lugar otra prestación, es decir, la de reparación (art. 280) o de subrogación (art. 281). La reparación, en primer término consiste en el restablecimiento del estado anterior (art. 249); mas, si éste es imposible, se transforma en reparación pecuniaria (art. 251). El crédito por liberación de obligaciones ajenas (art. 257), se transforma en crédito por lo desembolsado, si el deudor que debía ser liberado pagó él mismo su deuda. Toda modificación de la prestación crea una pretensión nueva⁵⁷, pero permanece idéntica la base de estas pretensiones, es decir, el crédito. Lo cual tiene importantes consecuencias: los fiadores y quienes dieron cosas en prenda continúan respondiendo, no obstante la modificación; la prescripción de la pretensión originaria se transfiere a la que tiene por objeto la prestación modificada; la modificación del contenido no afecta a la condición del crédito como elemento de una masa concursal o hereditaria, ni influye

⁵⁴ Cfr. supra, § 45, II, 7; WOLFF, *Sachenrecht*, § 117, III.

⁵⁵ Esos acuerdos obligan también a los sucesores porque constituyen modificaciones del contenido del derecho; PLANCK, § 1245, 2a; cfr. supra, § 44, nota 15.

⁵⁶ En el caso del art. 1177, I, esa transformación se produce en virtud de la ley.

⁵⁷ Cfr. vol. I, p. 274.

en el momento de nacimiento a que se refieren los arts. 406, 419 y 1086⁵⁸.

La modificación de la obligación también es posible por contrato (art. 305) y puede tener por objeto la relación creditoria⁵⁹ o el crédito⁶⁰. En particular, se puede reducir, ampliar o sustituir la prestación⁶¹. Sin afectar la identidad de la relación jurídica, la modificación puede ser tan radical que en adelante la relación se rija por otras normas legales y merezca otra denominación típica. Por ejemplo, el depósito de cosas fungibles puede adquirir el carácter de *depositum irregulare* (art. 700), por acuerdo posterior entre las partes; el contrato de locación simple puede transformarse en locación con goce de los frutos, extendiéndose a éstos el derecho del locatario⁶². El hecho de que una de las partes dispusiera del crédito que deriva para ella de la relación creditoria no impide su modificación. Por ejemplo, después de ceder los alquileres futuros, el locador (o su sucesor, con arreglo al art. 571) puede modificar el contrato de locación conviniendo un aumento o una reducción de los alquileres o nuevos términos para el pago o para la denuncia⁶³. Los créditos por alquileres que nacen del contrato de locación modificado están sujetos a los actos de disposición que el locador hizo con anterioridad⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. supra, § 43, VI.

⁵⁹ Cfr. vol. I, § 5.

⁶⁰ ENNECCERUS, § 265, II, 5.

⁶¹ En este último caso la modificación del crédito consiste en la liberación del deudor y en el nacimiento contemporáneo de otra obligación. Cuando la modificación del crédito entraña una obligación nueva para el deudor, es necesario usar la forma que ella requiere; cfr. vol. II, § 63. La responsabilidad de los fiadores y de quienes dieron cosas en prenda permanece a pesar de la modificación, pero ésta no puede ampliarla (arts. 767, I, 3, y 1210, I, 2).

⁶² KLEIN cit., 47.

⁶³ Vol. I, § 12, p. 226. Cfr. KISCH. en *Leipziger Zeitschr.*, 8, 36. Si el crédito por alquileres, de que dispuso el locador, ha nacido, él no puede ya disponer del mismo (o no lo puede sin el asentimiento del usufructuario o del acreedor prendario; arts. 1071 y 1276).

⁶⁴ En cambio, si después del acto de disposición se extingue la locación

De la modificación debe distinguirse la sustitución de un crédito por otro; este proceso puede ser designado con el término romano de “novación”. Es cuestión disputada, y no puede resolverse con reglas generales, la de cuándo una modificación excede las alteraciones posibles de la relación creditoria, y constituye novación. Con frecuencia la voluntad de las partes, que suele invocarse⁶⁵, no ofrece argumentos para resolver este problema técnico. La novación es evidente cuando se conviene una modificación radical o total de la prestación. Asimismo se trata de novación cuando lo que se modifica no es la prestación sino la causa de la obligación. De ahí que la asunción por contrato abstracto (letra de cambio o promesa de deuda, art. 780) de una prestación ya debida, no es una modificación de la relación creditoria fundamental, sino la creación de un crédito nuevo, que, en caso de duda (art. 364, II), se agrega al crédito antiguo, y sólo excepcionalmente lo sustituye^{65a}. Un caso de novación también se presenta cuando el deudor, obligado a procurar la propiedad de una cosa (verbigracia, el vendedor), acuerda una relación jurídica en cuya virtud el adquirente obtiene la posesión mediata (*constitutum possessorium*, art. 930): en lugar del contrato de venta, que se cumplió procurando la propiedad al comprador, nace una locación o un depósito, etc., por el cual el vendedor anterior está obligado a la devolución de la cosa. Por eso, juzgo que también debe considerarse como novación la transformación en

(y el locador puede resolverla no obstante esa disposición), caducan los actos de disposición relativos a los alquileres futuros. Si, resuelto el contrato de locación, el locador deja la cosa al locatario bajo otras condiciones (Cám. Ap., 20, 379; 21, 90; 27, 161; OERTMANN, § 573, 2c), no se trata de extinción y de creación, sino de modificación del contrato, de manera que los actos de disposición relativos a los alquileres conservan su vigencia.

⁶⁵ ENNECCERUS, § 265, an. 4.

^{65a} Asimismo constituye novación la prórroga de una deuda cambiaria mediante emisión de una nueva letra de cambio; DERNBURG, II, § 256, III; di-siente STAUB, WO., art. 82, an. 31b; cfr. Sup. Cor., 77, 50.

mutuo de una deuda por cosas fungibles (art. 607, II)⁶⁶, porque el acuerdo se refiere a la causa⁶⁷.

La modificación del derecho no interesa sólo a sus titulares, sino también a terceros; por una parte, a aquellos que tienen derechos derivados en modo constitutivo del derecho objeto de modificación y, por otra, eventualmente, al titular del derecho que sigue en grado al derecho derivado que ha sufrido la modificación.

Los derechos derivados encuentran protección contra el peligro de modificación del derecho constituyente en el asentimiento de sus titulares, que la ley requiere para la extinción⁶⁸ y modificación del derecho constituyente (arts. 877, 1071, II, y 1276, II)⁶⁹.

El derecho que sigue en grado no puede ser perjudicado por la modificación del que lo precede; toda alteración que tiene ese efecto, puede realizarse únicamente con el asentimiento de su titular⁷⁰. Este principio, que la ley no sanciona expresamente, resulta de que el titular del derecho constituyente puede disponer solamente de las facultades que conserva después de la separación del derecho derivado⁷¹. Hay casos (arts. 1119,

⁶⁶ OERTMANN, § 607, 2b.

⁶⁷ Cuando la novación se realiza por promesa abstracta, el crédito nuevo nace independientemente de la validez del crédito anterior y de la circunstancia de que el nuevo extinguió a éste. En cambio, cuando la novación se realiza por promesa causal (ejemplo: transformación en mutuo de una suma debida; art. 607, II) el crédito nuevo depende de la existencia del crédito anterior y de su extinción por el nuevo. ENNECCERUS, § 298, I, III, juzga que este último caso no entra en el concepto de novación y lo designa como contrato de transformación de deuda.

⁶⁸ Cfr. supra, § 45, nota 80.

⁶⁹ De acuerdo con los arts. 1071 y 1276 el asentimiento es necesario en la medida "en que la modificación perjudica el usufructo o la prenda". Esta limitación no existe en el art. 877, de manera que toda modificación de derechos inmobiliarios, con prescindencia de su alcance, requiere el asentimiento de los titulares de los derechos derivados.

⁷⁰ Por ejemplo, cuando existen dos derechos de prenda sobre la misma cosa, sin el asentimiento del segundo acreedor no se puede transformar el derecho del primero en una prenda con goce de los frutos (art. 1214, IV), porque el derecho de aquél sería perjudicado en lo que se refiere a las utilidades (art. 1212).

⁷¹ Cfr. supra, § 45, p. 77.

II, 1186, 1198 y 1203) en que la ley no considera necesario el asentimiento del titular de grado inferior porque juzga que la modificación no es perjudicial para sus intereses⁷².

⁷² En un caso especial (art. 1119, I) se permite la ampliación de la hipoteca (por elevación de la tasa de intereses) sin el asentimiento del titular del derecho de grado inferior.