

Impacto de la reforma sobre los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial  
Abreut de Begher, Liliana

Citar ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1563/2014

Fecha: 2014-12-10

Publicado: SJA 2014/12/10-3 ; JA 2014-IV

## I. SISTEMA DEL LIBRO IV SOBRE LOS "DERECHOS REALES"

En una apretada síntesis, vemos que el Libro IV, que abarca desde el art. 1882 al art. 2276, regula en su título I la teoría general de los derechos reales, sus principios (capítulo 1) y la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad (capítulo 2); en el título II se desarrolla la teoría general de la posesión, donde se explican las relaciones de poder que se reducen a la posesión y la tenencia, con explicación de las disposiciones comunes (capítulo 1), la adquisición, ejercicio, conservación y extinción (capítulo 2) y sus efectos (capítulo 3); mientras que a partir del título III, se despliega la regulación completa de cada uno de los derechos reales enumerados en el art. 1887, y por último, en el título XIV se desarrollan las acciones posesorias y reales.

En general, se toma como base el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

En el Código Civil y Comercial se enumeran nuevos derechos reales: los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, los cementerios privados, y se reconoce la superficie en forma genérica (conf. art. 1887, CCiv.yCom.).

Se diferencia del Código Civil y Comercial proyectado de 1998, en cuanto desarrolló las propiedades especiales, tipificando los conjuntos inmobiliarios diferenciados del tiempo compartido y los cementerios privados.

El anteproyecto de 2012 propuesto por la Comisión Redactora integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, y Kemelmajer de Carlucci además incorporaba como novedad a la propiedad comunitaria mediante su regulación en forma completa. Lamentablemente, este nuevo instituto fue relegado a un solo artículo en el Código aprobado —art. 18, CCiv.yCom., "Derecho de las comunidades indígenas"—, donde se hace mención a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan de conformidad a lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, Constitución Nacional, sin dar solución al tema de la "emergencia indígena" (conf. ley 26.554, "Comunidades Indígenas", que prorroga los plazos establecidos en la ley 26.160 en relación con la declaración de la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas originarias, suspendiendo los desalojos).

## II. OBJETO DE LOS DERECHOS REALES

a) Se define al derecho real como un "poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código" (art. 1882, CCiv.yCom.).

El Código sigue, en términos generales, el Proyecto de 1998, y las enseñanzas del maestro Gatti, quien diferencia el poder jurídico real como poder sobre cosas determinadas, de la facultad jurídica como derecho subjetivo, cuya esencia consiste en una pretensión.

En este nuevo Código, se dispone que el objeto de los derechos reales sean las cosas, e inclusive los bienes en los supuestos taxativamente señalados (art. 1883, CCiv.yCom.). P. ej.: el usufructo de derechos (art. 2130, inc. b], CCiv.yCom.); la prenda de créditos (arts. 2232 y ss., CCiv.yCom.); la hipoteca de superficie en la modalidad sobre cosa ajena, que recae sobre bienes, o también en el caso de los derechos complejos, como el tiempo compartido (art. 2087).

Las cosas pueden no estar en el comercio y no obstante pueden ser objeto de los derechos reales.

Se borra del Código la norma del art. 2400, CCiv., que decía que "Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión".

Estas últimas son diferencias respecto del Código de Vélez y el Proyecto de 1998.

Inclusive, el art. 2188, CCiv.yCom., dispone claramente que tanto las cosas como los derechos pueden ser objeto de los derechos reales de garantía —siempre que su existencia sea actual—, borrando de ese modo la barrera que imponía el art. 3120 del CCiv. Ej.: se acepta, por ejemplo, la hipoteca de superficie en la modalidad sobre cosa ajena, que es cuando aún no se ha forestado, plantado o construido.

b) Se desarrolla una teoría general de los derechos reales, tal como se hizo en el Proyecto de 1998 —a diferencia del Código de Vélez—, para evitar repeticiones innecesarias en cada uno de los derechos regulados.

Se aclara que las normas que regulan los derechos reales son "sustancialmente" de orden público. Por lo tanto, la ley fija el marco regulatorio en cuanto a su estructura: sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción (art. 1884, CCiv.yCom., equivalente al art. 2502, CCiv., que contenía el *numerus clausus*).

No hay una norma equivalente en el nuevo Código a la última parte del art. 2502, CCiv., en cuanto se refiere a que la constitución por contrato o disposición de última voluntad de otro derecho real no tipificado, que valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer. En el nuevo Código ello está librado a la interpretación judicial llegado el caso, si puede ser un derecho personal o tal vez un derecho real próximo (1).

Se recepta el principio de convalidación (art. 1885, CCiv.yCom.), extendiéndolo a todos los derechos reales sin exclusiones, a diferencia del Código de Vélez, que lo hacía para la hipoteca (arts. 2504, 3118 y 3119, CCiv.).

El *ius preferendi* y el *ius persecuendi* se los consagra expresamente como facultades distintivas que poseen los titulares de derechos reales (art. 1886, CCiv.yCom.).

### III. ADQUISICIÓN, TRANSMISIÓN, EXTINCIÓN Y OponIBILIDAD DE LOS DERECHOS REALES

a) Conserva la teoría del título y modo para la adquisición derivada de los derechos reales por acto entre vivos y reenvía a las disposiciones del Libro quinto a la adquisición por causa de muerte.

Define al título suficiente como el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir un derecho real (art. 1892, CCiv.yCom.).

Se hace alusión a la necesidad de que las partes sean capaces y se encuentren legitimadas, tanto el tradens y como el accipiens (requisitos de fondo respecto del título).

Y define posteriormente el justo título en el art. 1902, CCiv.yCom. (anterior art. 4010, CCiv.), como aquel que cumple con las formalidades de forma, pero fue otorgado por quien no es capaz, o no está legitimado para transmitir o constituir el derecho real de que se trate.

Considera a la tradición posesoria como modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejerzan por la posesión, conteniendo como excepciones la traditio brevi manu (anterior art. 2387, CCiv.) y el constituto posesorio (anterior art. 2462, inc. 3º, CCiv.).

Se indica, en general, que el sistema de publicidad suficiente puede ser la posesoria o la registral según los casos —orientada a darle oponibilidad al derecho constituido de conformidad a las disposiciones del Código—, siendo la última nombrada la excepción.

b) El Anteproyecto buscó sin éxito actualizar el modo de adquisición derivado de los derechos reales por acto entre vivos sobre inmuebles, pasando del sistema registral declarativo al constitutivo, en forma similar a los automotores.

Los reparos brindados por los Colegios de Escribanos, como por los técnicos de los Registros de la Propiedad Inmueble de diferentes jurisdicciones marcaron la inconveniencia práctica de su cambio al alegar la falta de preparación de los registradores y de suficientes medios económicos para lograrlo.

Por lo tanto, el Código actual mantiene el principio general que regía en el Código de Vélez reformado por la ley 17.711, art. 2505, en concordancia con la ley 17.801, conservando la

publicidad registral inmobiliaria su carácter declarativo y no constitutivo de los derechos reales que se inscriban (arts. 1892 y 1893, CCiv.yCom.).

c) Individualiza los casos de adquisición legal de los derechos reales (art. 1985, CCiv.yCom.), tales como los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite; y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

Resulta una novedad dentro de los efectos de las uniones convivenciales el art. 527, CCiv.yCom., bajo el acápite "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes". Se reconoce el derecho de habitación legal al conviviente supérstite por el plazo de dos años, siempre que carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, y que el inmueble sobre el que lo pide haya sido sede del hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con otras personas. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.

Omite toda referencia al usufructo legal de los padres sobre bienes de los hijos sujeto a patria potestad, porque es una figura que se destierra del código, aun cuando se fija la administración de los bienes del hijo menor a cargo de ambos padres (conf. arts. 685, 694, 695, 696, CCiv.yCom.), y el derecho a la utilización de sus rentas sin autorización judicial, pero con obligación de rendir cuentas en determinados casos: a) cuando se refiera a los gastos de subsistencia y educación cuando los padres no pueden asumir esa obligación, ya sea por incapacidad o dificultad económica; b) enfermedad del hijo o de quien instituyó heredero al hijo, y c) en el supuesto de conservación del capital devengado durante la minoridad del hijo.

Se hace referencia en forma conjunta a las servidumbres forzosas que expresamente reconocen fuente legal (art. 2166, CCiv.yCom.) en los casos que sea a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública (antiguo art. 3068, CCiv.); de acueducto, cuando resulte necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante (antecedente, art. 3082, CCiv.) o para la población —derecho de aguas antes no consagrado—, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el fundo sirviente, o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías (similar anterior art. 3100, CCiv.).

d) En relación a las cosas muebles no registrables, que no fueran hurtadas o perdidas, la posesión de buena fe es suficiente para adquirir el derecho real principal, salvo que el propietario pruebe su adquisición a título gratuito. Es una simbiosis de los arts. 2412, 2767 y 2778, segunda parte, del CCiv.

Respecto de las cosas muebles registrables, se estipula que no existe buena fe sin inscripción registral a favor de quien la invoca, consecuencia de los efectos de la publicidad registral. Sin embargo, condiciona esa buena fe a la concordancia de los elementos identificatorios de la cosa con su respectivo asiento registral.

Se define a la buena fe en la relación posesoria como la circunstancia de no haber conocido o podido conocer la falta de su derecho; mientras que cuando se trata de cosas registrables, se requiere, además, el examen previo de la documentación y constancias registrales y el cumplimiento de los actos de verificación pertinente que establecen los respectivos regímenes especiales (art. 1902, CCiv.yCom.). Un ejemplo de este último caso lo vemos en materia de automotores.

e) Integra el título I, del Libro cuarto, la prescripción adquisitiva breve (art. 1898, CCiv.yCom.) y larga (art. 1899, CCiv.yCom.), institutos que eran tratados en el Código de Vélez en el Libro cuarto, de los derechos reales y personales.

Especifica que la posesión para adquirir debe ser ostensible y continua (art. 1900, CCiv.yCom.), resumiendo en dos palabras muchos artículos del cuerpo normativo derogado. Ratifica los principios contenidos en el Código de Vélez, que el heredero continúa la posesión del causante y que el sucesor particular puede unir su posesión a la del antecesor, si es de buena fe y se encuentra ligada por un vínculo jurídico (art. 1901, CCiv.yCom.).

Mantiene el plazo de diez años, con posesión, justo título y buena fe, para la usucapión breve en materia de inmuebles (anterior, arts. 3999 y 4010, CCiv.); y unifica en dos años para las cosas muebles hurtadas o perdidas, ya sean registrables o no. No obstante, dispone, en el supuesto de ser cosa registrable, que el plazo se compute desde su inscripción.

En el anterior cuerpo legal, en el supuesto de cosas robadas o perdidas no registrables, se fijaba en tres años el plazo legal de adquisición y para los casos de cosas registrables, en dos años (art. 4016 bis, CCiv.).

En materia de usucapión larga, se conservan los veinte años para inmuebles (anterior art. 4016, CCiv.) y se incorpora la de diez años para cosas muebles registrables, no hurtadas o perdidas si no las inscribió a su nombre, pero las recibió del titular registral o su cesionario

sucesivo y los elementos identificatorios son coincidentes con su asiento, según prevé su régimen especial.

Se conserva la presunción legal *iuris tantum* que considera que se posee desde la fecha del justo título (anterior art. 4003, CCiv.), o de su registración, si ésta es constitutiva.

En cuanto a los efectos de la sentencia de usucapión, se dice respecto de la breve que es retroactiva a la fecha de comienzo de la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe.

Respecto de la sentencia de prescripción adquisitiva larga, se dispone que ella deba fijar la fecha cuando se cumple el plazo legal para la adquisición del derecho, por cuanto no tiene efecto retroactivo al tiempo de comienzo de la posesión (art. 1905, CCiv.yCom.).

Ello implica un giro conceptual sobre la orientación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que les reconocía efectos retroactivos al día de comienzo de la posesión. Se ha dicho que ello es una ficción legal, y por lo tanto, si la ley no le otorga efectos retroactivos no deben ser asignados con ese carácter en la sentencia de usucapión larga (2).

Debido a esta decisión del legislador, para aventar cualquier inconveniente jurídico durante el período de posesión del usucapiente, en tanto no se le otorgan efectos retroactivos a la fecha de comienzo de la posesión, se prevé que, al dictarse la resolución que da traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva, el juez debe ordenar de oficio la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión (art. 1905, CCiv.yCom.).

f) Referida a la transmisión de los derechos, se prevé en la teoría general de los derechos reales como principio ordinario su transmisibilidad, salvo disposición en contrario (art. 1906, CCiv.yCom.).

En el Anteproyecto 2012 se preveía la intransmisibilidad absoluta de la propiedad comunitaria indígena, que era un rasgo diferente al resto de los derechos reales sobre cosa propia.

Entre los cambios conforme a la nueva legislación se observa que el derecho real de superficie puede transmitirse por acto entre vivos o mortis causae, pero no puede adquirirse por usucapión (art. 2119, CCiv.yCom.). El derecho real de usufructo puede ser transmitido por acto entre vivos (conf. art. 2142, CCiv.yCom.), pero no mortis causae (art. 2140, CCiv.yCom.), y durará como máximo la vida del primitivo usufructuario y no la del adquirente. La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte (art. 2160, CCiv.yCom.).

Y por último, en relación a la extinción de los derechos reales, reconoce la existencia de casos especiales para cada tipo legal, e indica como generales la destrucción de la cosa, si la ley no autoriza su reconstrucción, su abandono y por consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

#### IV. POSESIÓN Y TENENCIA

a) Las relaciones conocidas como posesorias son llamadas en este Código "relación de poder" (art. 1908, CCiv.yCom.), cambiando el nombre de "relaciones reales" que contenía el Código proyectado de 1998.

El título II, nominado como posesión y tenencia, se desarrolla en tres capítulos: las disposiciones generales (capítulo 1); la adquisición, ejercicio, conservación y extinción (capítulo 2) y los efectos de las relaciones de poder (capítulo 3).

La terminología adoptada resulta novedosa y más precisa que la anterior prevista en el Proyecto de 1998, por cuanto se indica en los Fundamentos del Proyecto de 2012 que el concepto relaciones reales puede llevar a equívocos en el derecho comparado, en tanto se hace referencia a las derivadas de los derechos reales y no a la relaciones de hecho que aquí se tratan. Y la terminología de relaciones posesorias resulta imprecisa, por cuanto no contiene a la tenencia.

b) Mantiene el cuerpo legal la consagración de la posesión como un hecho según la postura de Savigny receptada en el de Vélez.

El Código regula únicamente la posesión y la tenencia, sin alusión alguna a la yuxtaposición local, por carecer de efectos jurídicos, al no contener el elemento volitivo y reconoce a los servidores de la posesión (conf. art. 1911, CCiv.yCom.) —quienes utilizan la cosa en virtud

de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad— que resulta de interés, por cuanto pueden defender esa relación de hecho mediante la defensa extrajudicial (art. 2240, CCiv.yCom.).

Se define a la posesión y a la tenencia en los arts. 1909 y 1910, CCiv.yCom., en términos similares a los arts. 2352 y 2353, CCiv.

No se distingue entre la tenencia interesada o desinteresada del art. 2462, incs. 1º y 2º, CCiv. Prueba de su innecesariedad es el régimen de las acciones posesorias que se otorgan en caso de despojo o turbación al poseedor, vicioso o no, y al tenedor, sin otra calificación (arts. 2241 y 2242, CCiv.yCom.).

Mantiene la figura de la interversión de título en el art. 1915, CCiv.yCom. (anterior art. 2458, CCiv.) y la presunción iuris tantum de legitimidad de la posesión en el art. 1916, CCiv.yCom. —que tiene su correlato en el art. 2355, CCiv.—.

La presunción de buena fe del art. 1919, CCiv.yCom., tiene su equivalente en el anterior art. 2356, CCiv., y se determina al comienzo de la relación de poder, según dispone el art. 1920, CCiv.yCom. —relacionado con el anterior art. 2358, CCiv.—.

Por el contrario, se presume la mala fe cuando el título es de nulidad manifiesta, cuando se adquiere de una persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas o no tiene medios para adquirirla, o cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona (art. 1919, CCiv.yCom.). Tales presunciones tienen su fuente en los anteriores arts. 2770 y 2771 y en la ley 22.939 de Propiedad del Ganado, art. 9º.

La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder y permanece invariable, lo que lleva al principio señero de inmutabilidad de la cualidad de la posesión, expresada en términos más sencillos en el art. 1920, CCiv.yCom. (anterior art. 2354, CCiv.).

Recepta la calificación de la posesión viciosa y no viciosa, por entenderla importante por sus consecuencias jurídicas. Los vicios en materia de cosas muebles e inmuebles se mantienen conforme el anterior Código, con la excepción del estelionato, que se lo reemplazó por estafa en el caso de los muebles (ver anterior art. 2364, CCiv.). Y se conserva el principio de relatividad de los vicios de la posesión en el art. 1921, in fine, CCiv.yCom.

En cuanto a la mala fe, si no se puede determinar al tiempo en que comienza, se especifica que se tomará la fecha de citación a juicio (art. 1920, CCiv.yCom.), que entiendo es la fecha de notificación del traslado de la demanda, o, en su caso, la de la audiencia de mediación.

c) En forma concordante con las disposiciones generales para los derechos reales, cuando se refiere a la posesión, claramente indica que no hace falta que la cosa se encuentre en el comercio para ser objeto de la relación de poder.

Respecto de la adquisición de la posesión, el Código ha simplificado la casuística.

Se especifica sobre los modos de adquirir las relaciones de poder con desarrollo de la tradición y otros supuestos cuando ello se realice mediante la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las leyes respectivas, sin oposición alguna, remitidas por cuenta y orden del otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío (arts. 1923 y 1924, CCiv.yCom.). Agregado que se justifica atento a la unificación de la materia civil y comercial en un solo Código.

Se hace alusión a los actos posesorios (art. 1928, CCiv.yCom.) en forma más genérica que el antiguo art. 2384, CCiv., y a la conservación de la relación de poder sólo animus, inclusive si su ejercicio se encuentra impedido por alguna causa transitoria (art. 1929, CCiv.yCom.).

La extinción de la posesión es por destrucción de la cosa, privación de ella por un tercero, imposibilidad física de ejercer la relación de poder, improbabilidad de recuperar la cosa perdida y por abandono expreso y voluntario de la cosa (art. 1931, CCiv.yCom.).

d) Los efectos de la posesión se conjugan con los derechos y obligaciones inherentes a la posesión.

Con relación a los derechos inherentes a la posesión, se dice que tanto el poseedor como el tenedor tienen derecho a ejercer las servidumbres sobre la cosa y exigir que se respeten las restricciones al dominio (capítulo 4, título III, del Libro IV). Como contrapartida, el poseedor y el tenedor tienen la obligación de restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla y de respetar las cargas reales, las medidas judiciales inherentes a la cosa y los límites (conf. capítulo 4, título III, Libro IV).

Se hace una verdadera clasificación de los frutos y mejoras (art. 1934, CCiv.yCom.), fijando principios generales sobre este instituto.

Se diferencia el fruto percibido (que es el devengado y cobrado) del pendiente (no percibido) y entre las mejoras a las de mero mantenimiento (deterioros menores originados en el uso ordinario de la cosas), la necesaria (reparación indispensable para la conservación de la cosa), la útil (la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria) y la suntuaria (de lujo o recreo o provecho exclusivo para quien la hizo).

Asimismo, se tiene en cuenta la adquisición de los frutos o productos, como la responsabilidad por destrucción de la cosa, según la buena y mala fe (arts. 1935 y 1936, CCiv.yCom.).

e) Se encara la transmisión de las obligaciones al sucesor particular, quien sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión y responde sólo con la cosa sobre la que recae el derecho real. Expresamente se dice que el antecesor queda liberado, salvo estipulación o disposición legal en contrario (ej.: propietario adquirente de un inmueble afectado a propiedad horizontal que no se libera de las deudas por expensas comunes devengadas con anterioridad a su adquisición, art. 2049, CCiv.yCom.).

Se dispone que el poseedor deba satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa y cumplir con la obligación de cerramiento. No se aclara si se refiere a todos los derechos reales, pero encontramos normas que especialmente se refieran a ellas, como el art. 2148, CCiv.yCom., para el usufructuario; el usuario, por reenvío del art. 2155, y el habitador, por reenvío del art. 2159, CCiv.yCom., y, en su caso, por aplicación del art. 2161, si el habitador sólo ocupa parte de la casa, deberá pagar una parte proporcional del conjunto.

f) Y en cuanto a los efectos propios de la tenencia, se determina que a) debe conservar la cosa, pudiendo reclamar el reintegro de gastos; b) debe informar al poseedor de cualquier acto de turbación, pues, en caso contrario, responde por los daños que se le ocasionen al poseedor y pierde la garantía de evicción, si ésta corresponde; c) debe restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de los otros que la pretendan.

## V. COMENTARIO A LOS PRINCIPALES CAMBIOS SOBRE LOS DERECHOS REALES CLÁSICOS

### a) Dominio

En relación al dominio imperfecto, hay varias novedades.

Se desarrolla el dominio revocable (conf. arts.1965, 1966 y ss., CCiv.yCom.), y se establece un plazo máximo de diez años, correspondiente a las condiciones resolutorias (conf. art. 1965, CCiv.yCom.), por lo que, pasado ese tiempo, el dominio quedará perfeccionado en cabeza del titular interino, aunque el evento resolutorio no se hubiese producido. Las reglas del dominio revocable son aplicables subsidiariamente a la propiedad superficiaria, en tanto no exista incompatibilidad (art. 2128, CCiv.yCom.).

Conforme la remisión del art. 1964, CCiv.yCom., el dominio fiduciario no es regulado dentro del Libro cuarto (derechos reales), sino en el Libro tercero (derechos personales), a continuación del contrato de fideicomiso en el capítulo 31 (arts. 1701/1707, CCiv.yCom.). Se establece un solo régimen para el fideicomiso (antes existía la posibilidad del régimen del CCiv. y de la ley 24.441).

Se reconoce el fideicomiso en garantía y los convenios que habilitan la liquidación extrajudicial del bien fideicometido (art. 1680, CCiv.yCom.); se considera válida la cláusula por la que el fiduciario se obliga a no enajenar las cosas fideicometidas (arts. 1688 y 1703) y se fija que la liquidación del patrimonio separado, cuando es por insuficiencia de bienes estará a cargo del juez competente (art. 1687, CCiv.yCom.).

Se establece que el aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe efectuarse de conformidad con las normas administrativas de cada jurisdicción (conf. art. 1970, CCiv.yCom.).

Dentro de las restricciones al dominio —ya no se titula este instituto como "restricciones y límites" al dominio—, el Código redefine el concepto de línea de ribera y entiende que es la del promedio de las máximas crecidas ordinarias (conf. art. 1960, CCiv.yCom.), en vez de las crecidas medias. El camino de sirga se redujo de 35 m a 15 m (art. 1974, CCiv.yCom.), y se cambió el régimen de luces y vistas bajo una resolución actual, al tomar en cuenta si la visión

está obstaculizada por elementos fijos de material no transparente (ej., translúcidos) que permite apartarse de las previsiones normales de los arts. 1978 y 1979, CCiv.yCom.

## b) Condominio

Luego de fijar los principios generales bajo los cuales se organiza, establece las pautas para la administración de la cosa común al fijar un mecanismo de votación en asamblea en la que se decidirá por mayoría absoluta según el valor de las partes indivisas, aunque ello corresponde a una sola parte (conf. art. 1994, CCiv.yCom.); en su defecto, indica que decidirá la suerte. La idea es no judicializar los conflictos, según la solución del Código de Vélez contenida en el art. 2706, CCiv.

Se regula el condominio sin indivisión forzosa, y luego cuando el condominio con indivisión forzosa temporaria que la distingue de la perdurable. Dentro de esta última categoría desarrolla el condominio de muros, cercos y fosos.

Se recepta la figura de "partición nociva" en el supuesto de que sea perjudicial a los intereses de los condóminos o al aprovechamiento de la cosa, supuesto en el que el juez puede disponer su postergación por un plazo de hasta cinco años (conf. art. 2001).

## c) Propiedad horizontal

Este derecho real estaba regulado por la ley 13.512, de modo que lo que se hizo en el nuevo Código fue recoger no sólo la normativa de la ley nacional, sino también incorporar la copiosa doctrina y jurisprudencia que se fue desarrollando a partir de su promulgación en el año 1948.

En el art. 2037, CCiv.yCom., se define el concepto del derecho real de propiedad horizontal. Marca la necesidad de redactar por escritura pública el reglamento de propiedad horizontal e inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble, el que luego integrará el título suficiente de la unidad funcional (conf. art. 2038, CCiv.yCom.).

Si bien hace la división clásica de las cosas comunes y propias, luego desarrolla las primeras y las clasifica en cosas y partes comunes (art. 2040, CCiv.yCom.) y las necesariamente

comunes (art. 2041, CCiv.yCom.), diferenciadas de aquellas comunes no indispensables (art. 2042, CCiv.yCom.).

Como novedad, prevé respecto de las asambleas la posibilidad de autoconvocarse los copropietarios y tomar decisiones si hay una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios, así como también tomar decisiones por voluntad unánime del total de los propietarios aun cuando no lo hagan en asamblea (art. 2059, CCiv.yCom.).

Se regula la personería jurídica del consorcio, despejando una antigua discusión doctrinaria y su relación con el antiguo art. 33, CCiv. (art. 2044, CCiv.yCom.). Incorpora al consejo de propietarios como órgano del consorcio, con la interesante facultad de ejercer la administración en caso de vacancia o ausencia del administrador y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los treinta días de producida la vacancia (art. 2064, CCiv.yCom.).

Prevé la existencia de los subconsorcios, con posibilidad de celebrar subasambleas y designar subadministrador, pero frente a terceros indica que responde todo el consorcio, sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran (art. 2068, CCiv.yCom.).

Y, por último, se añade la prehorizontalidad como un capítulo aparte, donde incluye los contratos sobre unidades funcionales antes de la constitución de la propiedad horizontal (art. 2070, CCiv.yCom.), derogándose la ley 19.724.

#### d) Usufructo, uso y habitación

Por la norma general del art. 1906, CCiv.yCom., que indica que todos los derechos reales son transmisibles salvo disposición en contrario, se fija que el derecho real de usufructo es transmisible por acto entre vivos, pero no mortis causae (conf. art. 2140, CCiv.yCom.).

El límite máximo de duración del usufructo en el caso de transmisión del derecho real vitalicio se tomará conforme la vida del usufructuario y no la del adquirente (conf. art. 2142, CCiv.yCom.). Es un derecho ejecutable por los acreedores, pero éstos, en el caso de resultar adquirentes, deben dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes (conf. art. 2144, CCiv.yCom.).

El principio señero *salva rerum substantia* del derecho romano tomado por el Código de Vélez es admitido conforme una noción ampliada que había ya sido recogido por la jurisprudencia, en el sentido de que no es sólo la materia que debe ser preservada, sino también el destino de la cosa, ya sea establecido por la convención, su naturaleza o el uso al cual estaba afectada de hecho (conf. art. 2145, CCiv.yCom.).

Respecto del derecho real de uso, se especifica que es únicamente a favor de una persona humana, al igual que el de habitación (arts. 2154 y 2158, CCiv.yCom.), y no se realiza un desarrollo extenso. Respecto del uso, hay reenvío al capítulo del usufructo, y en cuanto a la habitación, a las del uso.

En la habitación establece la posibilidad de que la facultad de morar en el inmueble sea en todo o en parte de él. El derecho de habitación legal del cónyuge supérstite, como el del conviviente en forma más acotada, no se encuentra en este capítulo.

En el derecho de uso, los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando se limita a las necesidades del usuario y su familia (conf. art. 2157, CCiv.yCom.). Nada dice en cuanto a la prohibición de transmisión, por lo que se entiende que resulta transmisible por aplicación del principio general del art. 1906, CCiv.yCom., con la excepción de que sea *mortis causae*, de acuerdo al reenvío a las normas del usufructo, y se agrega que no puede constituir derechos reales sobre la cosa (conf. art. 2156, CCiv.yCom.).

En forma distinta para el derecho real de habitación, se prevé que no es transmisible ni por acto entre vivos ni por causa de muerte, no siendo ejecutable por los acreedores (conf. art. 2160, CCiv.yCom.), y, por el reenvío al derecho real de uso, tampoco su titular puede constituir derechos reales.

Dispone que cuando el habitador reside solo en una parte de la casa utilizada como vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa (conf. art. 2161, CCiv.yCom.).

#### e) Servidumbres

El título XI sobre las servidumbres es desarrollado en forma simple y menos arcaica que el Código de Vélez, que se caracterizaba por una gran casuística en este derecho real. Como

aspecto a resaltar es que fija que se encuentran legitimados para constituir servidumbres los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión (ej., superficie); sin embargo, no se encuentran legitimados los titulares del derecho de uso y de la habitación, por así disponerlo las normas correspondientes a esos institutos.

#### f) Derechos reales de garantía

Contiene el CCiv.yCom. en el título XV del Libro cuarto una teoría general de los derechos reales de garantía; luego trata cada uno de ellos con una mínima tipificación. Permite la aplicación del instituto de la convalidación (art. 1885, CCiv.yCom.), prohibido por el art. 3126 del Código de Vélez.

Respecto de la especialidad en cuanto al gravamen, deberá indicarse el monto máximo para cumplir con este requisito. Y en cuanto al plazo de diez años al que la garantía queda sujeta, parece entenderse que es para el nacimiento de créditos garantizables (art. 2189, CCiv.yCom.), dado que pueden garantizarse créditos futuros.

En cuanto a la anticresis, se permite que el objeto de este derecho no sea únicamente el inmueble, sino también las cosas muebles registrables (conf. arts. 2212/2218), cuya posesión se entrega al acreedor, quien puede cobrar los frutos e imputarlos a la deuda que se encuentra garantizada con este derecho real. Pueden constituirlos los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo, fijándose un plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para cosas muebles registrables.

En cuanto a la prenda, ya no habrá distinciones entre la prenda civil y la comercial, dado que estarán bajo el mismo régimen cuando se trate de cosas no registrables; sin perjuicio de que, cuando sea con registro, se remite a la ley especial. Desaparece la prenda tácita y desarrolla la prenda de créditos, que es aquella que tiene por objeto un crédito instrumentado que puede ser cedido (conf. art. 2232, CCiv.yCom.).

## VI. PRESENTACIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS REALES: CONJUNTOS INMOBILIARIOS, TIEMPO COMPARTIDO, CEMENTERIO PRIVADO Y SUPERFICIE

El Código incorpora nuevos derechos reales, dándole tipicidad específica. Aquellas figuras jurídicas conocidas hace unas décadas como las nuevas formas de dominio o propiedades especiales que estaban previstas en el Proyecto de 1998, ahora son receptadas en el Código

Civil y Comercial. Ellas son: los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el cementerio privado. También incorpora el derecho real de superficie en forma genérica y abandona la especie de superficie forestal regulada en la ley 25.509, que es directamente derogada por el nuevo Código.

#### a) Conjuntos inmobiliarios

Bajo la órbita de los conjuntos inmobiliarios (art. 2073, CCiv.yCom.) se desarrolla este instituto, que cubre un amplio aspecto que abarca a los clubes de campo, los barrios cerrados o privados, los parques industriales, empresariales o náuticos, y lo deja abierto a cualquier otro emprendimiento urbanístico, ya sea con destino a vivienda permanente, temporaria, laboral, comercial o empresarial, inclusive de uso mixto.

Recepta esta figura no sólo los clubes de campo o countries y los barrios cerrados, sino también los parques industriales, forma de desarrollo inmobiliario relacionado con los asentamientos industriales agrupados que actualmente tiene un gran auge para las zonas fabriles.

Cuando este instituto se organiza como derecho real, dispone el reenvío a las normas de la propiedad horizontal. Así, lo regula como un derecho de propiedad horizontal especial que se rige por los normas del título VI (conjuntos inmobiliarios), y con aplicación supletoria del título V (propiedad horizontal) —conf. art. 2075, CCiv.yCom.—.

La incorporación de los conjuntos inmobiliarios con la posibilidad de organizarse como un derecho personal o un derecho real, y en este supuesto bajo la normas del título respectivo, resulta un gran avance, en tanto antes su regulación estaba fijada según las diferentes leyes provinciales y municipales del lugar de ubicación del predio, pero no había ninguna de carácter nacional.

El Código establece como características de estas urbanizaciones la existencia de cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades funcionales.

Fija que las diversas partes comunes y privativas son interdependientes y conforman un todo no escindible, o sea, indivisible (art. 2074, CCiv.yCom.).

Permite la aplicación de restricciones a la enajenabilidad de las unidades funcionales de acuerdo a los términos del reglamento de copropiedad, pero establece que no puede impedirse la libre transmisión (conf. art. 2085, CCiv.yCom.).

Prevé la fijación por reglamento de un régimen disciplinario (conf. art. 2086, CCiv.yCom.), y un régimen para aplicar a los invitados y de admisión de usuarios no propietarios (conf. art. 2083, CCiv.yCom.).

#### b) Tiempo compartido

El tiempo compartido, si bien cuenta con un antecedente legislativo importante, como es la ley 26.356, denominada "Sistemas turísticos de tiempo compartido"(3), aquí ya no cabe duda de que puede constituirse como derecho real. Se le imprime una nueva dimensión, al dejar de lado únicamente el aspecto turístico y ampliar su afectación a cosas o bienes afectados a un uso periódico y por turnos, referidos al alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y "para brindar las prestaciones compatibles con su destino" (art. 2087, CCiv.yCom.).

Se prevé su afectación por escritura pública, que debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Registro de Prestadores y Establecimientos Afectados a Sistemas de Tiempo compartido (conf. art. 2092, CCiv.yCom.), a partir de lo cual no se puede modificar el destino. La afectación determina también la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por los sucesores particulares o universales (art. 2093, CCiv.yCom.).

No hay reenvío específico a otro derecho real sino a la teoría general de los derechos reales (art. 2101, CCiv.yCom.); entiendo que ello es consecuencia de sus características propias, que no permiten su asimilación a otro derecho real, como por ejemplo sería la propiedad horizontal, tal como se especifica para los conjuntos inmobiliarios.

El objeto de este derecho real pueden ser cosas muebles o inmuebles que integran el sistema (art. 2088, CCiv.yCom.). Se encuentra legitimado para afectarlo al sistema de tiempo

compartido el propietario, o, en su defecto, el emprendedor, quien debe tener poder suficiente para realizarlo (v.gr., cesión de derechos o mandato suficiente).

Fija que el certificado de deuda por expensas expedido por administrador es título ejecutivo para accionar por cobro contra el usuario moroso (conf. art. 2098, CCiv.yCom.).

Tiene en cuenta la relación de consumo entre el propietario, emprendedor, comercializador y el administrador del tiempo compartido con quien adquiere el derecho de uso periódico (conf. art. 2100, CCiv.yCom.), dándole una protección más amplia bajo el instituto de los derechos del consumidor.

#### c) Cementerios privados

Los cementerios privados adoptan un sistema similar a la propiedad horizontal, en tanto debe existir una escritura de afectación inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, juntamente con su reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación municipal, no puede alterarse su destino, ni gravarse con derechos reales de garantía (conf. art. 2104, CCiv.yCom.). No hay reenvío específico a otro derecho real, sino a la teoría general de los derechos reales (art. 2112, CCiv.yCom.).

Se dispone la inembargabilidad de las parcelas exclusivas destinadas a sepultura, excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra y construcción de sepulcros y las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas (conf. art. 2110, CCiv.yCom.).

Debe existir un administrador del sistema que cumpla el reglamento de administración y uso del cementerio, y enmarca la relación de éste con el usuario como una relación de consumo (conf. art. 2111, CCiv.yCom.).

#### d) Superficie

Se consagra el derecho real de superficie en forma genérica, ampliándose la especie de superficie forestal del Código de Vélez incluido en el art. 2503, inc. 8º, CCiv., y regulado por la ley 25.506, que también es derogada.

Abarca el derecho de construir, plantar o forestar, como el derecho sobre lo construido, plantado o forestado, previendo así dos modalidades, una sobre derechos y otra sobre cosas (art. 2115, CCiv.yCom.). Se dispone un plazo máximo de setenta años para el caso de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones o plantaciones.

Puede ser constituida por el titular dominial, el de condominio y el de propiedad horizontal. Este último caso referido a la propiedad horizontal es una innovación, por cuanto admite que puede constituirse sobre todo o parte del inmueble, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo (art. 2116, CCiv.yCom.).

Permite su constitución por contrato gratuito u oneroso. No acepta la constitución por usucapión larga y admite sólo la breve como una forma de consolidar la superficie putativa (conf. art. 2119, CCiv.yCom.).

El titular del derecho de superficie puede gravar el derecho de construir, plantar o forestar como la propiedad superficiaria con derechos reales de garantía (conf. art. 2120, CCiv.yCom.), en tanto el objeto de los derechos reales son las cosas y también los bienes — v.gr., derechos, conf. 1883, CCiv.yCom.—.

Producida la extinción de la superficie, debe ser indemnizado el superficiario, salvo pacto en contrario, según lo establecieron las partes en el acto constitutivo o en acuerdos posteriores; en subsidio, se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización (conf. art. 2126, CCiv.yCom.).

Al derecho de superficiario se le aplican supletoriamente las normas del usufructo y a la propiedad superficiaria, cuando se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación, las del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por el título VIII que regula este derecho.

## VII. INTERROGANTE SOBRE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

La gran novedad del Anteproyecto de 2012 fue la tipificación de la propiedad comunitaria indígena, que si bien era considerado un derecho real de raigambre constitucional contenido

en el art. 75, inc. 17, CN, en el cuerpo normativo se lo regulaba en forma completa. Asimismo, en forma prudente y sabia, se derivaba a una ley especial todo aquello que tenía que ver con la regularización de las tierras de las comunidades indígenas, por cuanto era ajeno a la tipificación del nuevo derecho.

En el Código Civil y Comercial promulgado se eliminó a la propiedad comunitaria indígena como derecho real contenido en la enumeración del art. 1887 y su regulación en el título respectivo; sin embargo, se procedió a consagrarla en el art. 18, CCiv.yCom., con clara referencia al art. 75, inc. 17, CN, que la reconoce como derecho colectivo de las comunidades indígenas.

Especifica el art. 18, CCiv.yCom.: "Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional".

Aparece aquí un gran interrogante sobre la naturaleza jurídica de este derecho cuando reenvía a un derecho real de raigambre constitucional, pero que en el nuevo sistema no logró una regulación completa. Resulta absolutamente necesaria su tipificación completa de acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales de nuestros tribunales y los de la CIDH, según su consagración constitucional en la Carta Magna y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (4).

Se advierte que no se conocen antecedentes de tipificación de la propiedad comunitaria indígena como la realizada en el Anteproyecto de Código (5), a pesar de que todos los países americanos contienen en sus Constituciones nacionales el reconocimiento de la propiedad indígena en cabeza de las comunidades aborígenes y que hay leyes especiales atinentes a planes de regularización de los predios que habitan desde tiempos ancestrales.

Su regulación específica en el Anteproyecto vino a llenar un vacío legal, por cuanto el reconocimiento contenido en el art. 75, inc. 17, CN, resultaba insuficiente para su desenvolvimiento, y muchas veces se debía recurrir a las normas del dominio y aplicar restricciones que lo desnaturalizaban (6).

Los tratados internacionales nos obligan a su reconocimiento (7).

En la elaboración de su articulado se receptaban los precedentes jurisprudenciales de tribunales supranacionales (8), la jurisprudencia federal y la provincial (9), como la doctrina argentina sobre la materia (10).

Si bien ese vínculo especial entre la comunidad y su hábitat está protegido por la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 17 (11), se había avanzado aún más sobre esa manda operativa, y se reguló su derecho en forma completa, al disponerse los modos de constitución, caracteres, facultades, prohibiciones y reenvío subsidiariamente a las normas del dominio —por ser el derecho más cercano en cuanto a su contenido—, permitiendo su organicidad una adecuada protección de esta minoría, cuyo objetivo final es la protección de la cultura, usos y costumbres de las comunidades aborígenes de nuestro territorio.

Se entendía que las comunidades indígenas, como personas jurídicas, eran las únicas titulares del derecho real que se tipificaba, y no los componentes de ella (art. 2029, CCiv.yCom.).

No había en esta situación condóminos, sino que el titular era la comunidad aborígen, cuya representación sería ejercida conforme a sus propios estatutos inscriptos en los registros pertinentes (art. 2030). Por ello, quedaba abstraída de las normas del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad.

En forma concordante, se preveía que en el supuesto de ser constituida por donación, no quedaba sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

Este derecho regulado no era una especie de dominio, sino que era un derecho diferente y autónomo, con características propias, que no coincidía con la propiedad napoleónica del siglo XIX. Es una propiedad colectiva y no es la propiedad individual que consagra el dominio.

Se establecía que era un derecho intransmisible, inenajenable y no susceptible de prescripción adquisitiva por un tercero.

Las graves restricciones a las que se encontraba sometido este derecho lo alejan definitivamente del dominio, al ser esencialmente intransmisible, mientras que el dominio es todo lo contrario. No es usucapitable por un tercero, debido a que es intransmisible, inenajenable e inembargable (conf. art. 75, inc. 17, CN, y ley 23.302).

Al ser intransmisible, por ende es inejecutable, por lo que no podía ser gravado con derechos reales de garantía, tales como la hipoteca o la anticresis (art. 2034, CCiv.yCom.).

Debido a la íntima relación de las comunidades con sus hábitats, lugar donde se desarrolla su cultura, se preveía la información y consulta a las comunidades cuando se debatía el aprovechamiento de sus recursos naturales (art. 2036, CCiv.yCom.).

Considero que se perdió una oportunidad histórica, y que tal vez, casi con seguridad, hará necesario en un futuro cercano proceder a su regulación por medio de una ley especial, debido a que la suspensión de los desalojos de las comunidades indígenas por medio de la declaración de su "Emergencia" según la ley 26.160 y sus prórrogas, no pueden serlo en forma permanente, debiéndose cumplir con la demarcación, registración y titulación de los predios a favor de las comunidades indígenas en relación a las tierras que tradicionalmente ocupan.

(1) Ver Fundamentos del Anteproyecto de 2012, en relación a los "Principios comunes" de los derechos reales.

(2) Areán, Beatriz, "Juicio de usucapión", 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 378; Highton, Elena, "Derechos reales", t. 2-II, p. 198, nro. 541. En contra, dentro de las posturas doctrinarias que entienden que tiene efectos retroactivos al comienzo de la posesión la sentencia de usucapión larga: Salvat, "Tratado de derecho civil argentino, derechos reales", t. I, p. 568, nro. 1014; Borda, "Tratado de derecho civil, derechos reales", t. I, p. 338, nro. 407; Laquis, "Derechos reales", t. III, p. 344.

(3) Se derogan los capítulos III, IV, V, y IX de la ley 26.356.

(4) En las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la UBA, 2013, la Comisión 9 interdisciplinaria que trató los "Derechos de las comunidades indígenas", arribó a conclusiones relevantes en esta materia: "Conclusiones: Por unanimidad se ha decidido: 1. Se ratifican las conclusiones de las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba, comisión nro. 9 donde se dijo que 'La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (conf. art. 75, inc. 17, CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural'. 2. La propiedad comunitaria indígena en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real; sin perjuicio de su dimensión cultural. 3. Sujeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: la o las comunidades indígenas como personas jurídicas. La inscripción registral de las comunidades indígenas es declarativa. La instrumentación del título debe otorgarse a favor de la comunidad indígena reconocida administrativa o judicialmente. 4. Objeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: las tierras que tradicionalmente ocupan y las que adquieran aptas para su desarrollo en los términos del art. 75, inc. 17, CN, y los convenios internacionales vinculantes para la República Argentina. 5. Caracteres de la propiedad comunitaria indígena: no es una propiedad individual, sino comunitaria; perpetua; imprescriptible; indivisible; intransmisible; inejecutable; no sujeta a derechos reales de garantía. 6. Modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena: Por mayoría se ha decidido: a) reconocimiento del Estado nacional, provincial y/o municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. Es responsabilidad del Estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados (con un voto en disidencia). Por mayoría se ha decidido: b) actos entre vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo. Con tres votos en disidencia. Por unanimidad se ha decidido: 7. La propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena. 8. Recomendación: En la gestión de los recursos naturales con incidencia en los hábitats de las comunidades indígenas deberá reglamentarse por ley especial la consulta previa, libre e informada. Conforme los Objetivos del Milenio establecidos por las Naciones Unidas se recomienda la creación por ley especial de las Mesas Técnicas de Agua, Biodiversidad y Conocimiento Tradicional. Por mayoría se ha decidido. 9. Recomendación: Es conveniente su incorporación en el Código Civil (un voto en disidencia).

(5) Abreut de Begher, Liliana, "La propiedad comunitaria indígena. Comentario del anteproyecto de Código", LL del 7/6/2012, ps. 1 y ss.

(6) Abreut de Begher, Liliana, en Highton - Bueres, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", t. 9-A, Buenos Aires, 2012, comentario "Leyes 23.302 y 26.160. Propiedad de las tierras. Emergencia", ps. 237/459, donde se desarrolla el derecho real de propiedad comunitaria indígena de raíz constitucional.

(7) La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ocupó del tema indígena mediante el Convenio 107 del año 1957, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes (ratificado por la Argentina el 18/1/1960, y aprobado por la ley nacional 14.932, BO del 29/12/1959). La Oficina Internacional del Trabajo, en 1989, revió el Convenio de la OIT 107 a través del Convenio 169, denominado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, donde se adoptó el criterio de autorreconocimiento de la calidad de indígena, y su pertenencia a los grupos étnicos (art. 2º). Tuvo principalmente en consideración el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales sin obstáculos y discriminación, debiendo los Estados, al aplicar la legislación nacional, respetar a esos pueblos originarios, en esencia, sus costumbres o su derecho consuetudinario (arts. 3º, 4º, 5º, 6º y 8º). La ley 24.071 (1992) aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (169) de 1989 en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Fue ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en la segunda parte, titulada "Tierras", establece no sólo la obligación de los gobiernos de respetar la "importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, que ocupan u utilizan de alguna otra manera, y en particular de los aspectos colectivos de esa relación" (conf. art.13.1), sino que se especifica que el término "tierras" debe incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera (conf. art.13.2). El art.14 expresa que "1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (el destacado me pertenece). Este convenio fue ratificado por ley 24.071 (1992), y ratificado internacionalmente en 2000.

(8) Fallos que resultan leading cases de la CIDH, en los que se reconoce el derecho a la titularidad de las comunidades aborígenes sobre sus tierras que tradicionalmente ocupen:a) Caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua". Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte IDH, Serie C (nro. 79) (2001). Dispuso que el gobierno debiera en su derecho interno adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de aquéllas (punto resolutive 3). b) Caso "Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay" sentencia de 17 de junio de 2005 Corte IDH, Serie C, nro. 125 (2005) (Fondo, Reparaciones y Costas), dispuso que "el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas... La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados" (conf. párr. 82).

(9) Antecedentes jurisprudenciales relevantes:a) Corte Sup., in re "Comunidad Indígena Eben Ezer v. Provincia de Salta-Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo", del 30/9/2008 (Fallos C 2124. XLI), dijo que era improcedente el rechazo del amparo que tenía por objeto la defensa de derechos constitucionales lesionados de una comunidad indígena cuando estaba en ello comprometida su identidad cultural, desarrollada en esas tierras que iban a ser enajenadas. Adopta la Corte Suprema la doctrina del precedente de la Corte IDH "Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay", del 17/6/2005, Serie C, nro. 125, párrs. 135, 154 y 95), y remarcó, de acuerdo al art. 14.3 del Convenio de la OIT, la necesidad de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras de las comunidades indígenas. b) Sup. Trib. Just. Río Negro, in re "CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro s/amparo", del 16/8/2005, se consagró el reconocimiento de los derechos de los indígenas, especialmente de su propiedad especial.c) Juzg. Civ., Com. y Minería Bariloche, nro. 5, 12/8/2004, "Sede, Alfredo y otros v. Vila, Hermida y otro s/desalojo," consideró operativa la cláusula constitucional y tomó el Convenio 169 de la OIT como su reglamentación actual, conforme la ratificación por ley 24.071. Aplicó normas del derecho real de dominio. Dijo: "El derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo... Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa. ...los demandados tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena".d) C. Civ. y Com. Jujuy, sala 1ª, "Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochino v. Pcia. de Jujuy", del 14/11/2001, el tribunal sostuvo también la plena operatividad de la normativa constitucional indígena. Interpretó que la CN incorporó un nuevo concepto de propiedad, el de la propiedad comunitaria indígena. Estableció que "...la comunidad aborígen que ha obtenido recientemente su personería jurídica no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado... debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha

incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad", las cuales son siempre preexistentes al Estado nacional.e) Juzg. Civ., Com., Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, in re "Comunidad Mapuche Huayquillan v. Brescia, Celso y otro s/prescripción adquisitiva", sentencia del 18/8/2004, expte. 7250/1, sostuvo frente a la prescripción adquisitiva planteada por la Comunidad Mapuche de Huayquillan que se hace lugar a la demanda por prescripción adquisitiva larga (conf. art. 4015, CCiv.), disponiendo la inscripción de la titularidad del dominio de las tierras que ocupaban ancestralmente en cabeza de la comunidad actora. En la parte dispositiva, el juez de la causa falló "Haciendo lugar a la demanda promovida por la Comunidad Mapuche Hayquillan, y por los fundamentos considerados en los apartados I y II del presente, declaro adquirido el dominio por la actora respecto del inmueble denominado catastralmente ...inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula nro..., Loncopue. Todo ello según las medidas y linderos que constan en el plano de mensura, registrado ante la Dirección Provincial de Catastro con fecha...".

(10) Abreut de Begher, Liliana, "Propiedad indígena", La Ley y FEDYE, Buenos Aires, 2010, dijo que "El derecho de propiedad indígena puede ser analizado desde una doble perspectiva, desde el ámbito del derecho constitucional, como desde un punto de vista del derecho civil, de forma similar al derecho de propiedad contenido en el art. 17 de la Constitución Nacional. Consideramos a la propiedad indígena como una 'especie de propiedad' que puede ser analizada desde un punto de vista constitucional, como un derecho humano que tienen las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales, y también puede serlo desde un punto de vista del derecho civil, como un derecho subjetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce el derecho de propiedad sobre sus tierras. Desde el punto de vista del derecho constitucional, entendemos que es un derecho plenamente operativo, no programático. Dentro del ámbito del derecho privado, y como un derecho real, la propiedad indígena difiere del resto de los derechos reales, porque es el único que se encuentra mencionado expresamente en la Carta Magna". Y de allí, nace la necesidad de legislarlo en toda su extensión; lo cual no obsta que por vía legislativa-administrativa se provea a los trámites de regularización predial de los fundos donde se encuentran asentadas las comunidades indígenas. Ver también Bidart Campos, Germán, "La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?", LL del 1/6/2004, p. 1, dice: "Así como en nuestro federalismo tenemos pluralidad de derechos administrativos y procesales locales —no son los únicos ejemplos— en la descentralización política de base nacional los diversos grupos nacionales que componen la población son invitados por el Estado —dice Dabin— a regular ellos mismos las cuestiones de orden nacional propias de cada grupo. Cuando en lugar de grupos nacionales afrontamos la diversidad de pueblos indígenas, cuya preexistencia reconoce el art. 75, inc. 17, de la Constitución, quizá podemos imaginar algo muy parecido a la descentralización política de base nacional explicada por Dabin. ¿Por qué no sería viable que, sobre la base de la autonomía que al margen de la estructura del poder hemos descubierto en el espacio de la sociedad civil, esa misma estructura de poder hiciera ingresar al ordenamiento jurídico estatal el derecho consuetudinario indígena de cada una de las comunidades existentes en nuestra sociedad? ¿No sería un buen buceo en el rico espíritu

del inc. 17 citado, el que nos hiciera detectar qué cuestiones y materias tienen una particular fisonomía que es propia de cada grupo y que, por ende, han de derivarse a la regulación pluralista del derecho indígena? ¿Se rompería la unidad igualitaria de la ley? Para nada, porque es hora de que a la igualdad coordinemos con el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, y que a la democracia le asignemos un contenido de pluralismo auténtico". Bronstein, Arturo, manifiesta que "El derecho al territorio colectivo, como una entidad distinta de la tierra, dentro del cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida conforme a sus tradiciones y valores, también forma parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Antiguamente eran llamados 'reservas' (término que los indígenas rechazan, por su connotación de encierro)" (ver este autor en "Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión, en "Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas", San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, ps. 14 y ss.).

(11) El abogado de las Comunidades indígenas de Mbya Guaranías, Julio César García, en su documento "Aportes a la discusión jurídica entre las Comunidades Indígenas Mbya Guaranías del Valle de Kuña Pirú y la Universidad Nacional de La Plata", como respuesta a la oferta de donación de tierras que eran de propiedad de la Universidad Nacional de La Plata y donde se encontraban asentadas comunidades indígenas habitándolo en forma ancestral, dijo como fundamento del rechazo: 1) el desconocimiento del derecho que tienen a la propiedad de sus territorios ancestrales; 2) que la vinculación espiritual entre el pueblo indígena y el territorio hace que éstos sean imprescindibles para su sobrevivencia colectiva; 3) que en el bosque está su "farmacia, su mercado, su ciencia, sus fábricas, sus depósitos de materiales para su vivienda, para su lugar sagrado"; 4) cuando la UNLP aborda el Plan de Manejo de la Reserva lo hace de manera fraccionada, dividiendo al mismo y conservando para sí la mayor parte de la propiedad de la misma; 5) que en realidad la Universidad no les puede "ceder", o sea dar o donar, pues "cómo les va a dar lo que ya tenemos", al no reconocer que ese territorio es "territorio ancestral de las comunidades indígenas"; 6) el derecho a la tierra que ocupan los Mbya ancestralmente está ligado con los derechos como el de la identidad, la cultura, las creencias y sus cultos religiosos, la espiritualidad, la dignidad colectiva, la integridad psíquica y moral, y su integridad "pueblo-territorio"; 7) que aun cuando la Universidad se comprometa a no vender las tierras, a no enajenarlas, no puede asegurar que el Consejo Superior aprobará ello, al no poder garantizar tampoco una "obligación de no hacer", como por ejemplo que no embarguen el predio, o que no lo desafecten; 8) que así no se respeta el mandato constitucional que dispone que la propiedad indígena es inembargable, intransferible, inenajenable (art. 75, inc. 17, CN). Ver expediente nro. 100-52796/00 ante la Universidad Nacional de la Plata, y "Plan estratégico de la Universidad Nacional de La Plata. Gestión junio 2004- mayo 2007" en la web: [www.unlp.edu.ar/plan\\_estrategico/gestion/estrategia5](http://www.unlp.edu.ar/plan_estrategico/gestion/estrategia5).