

Apostillas a los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Juan José Guardiola ()*

Introducción

Argentina no quedó fuera de lo que ha sido en llamar por algunos "edad de la postcodificación" y más escépticamente por Natalino Irti "de la descodificación".

Poniendo en evidencia que las prevenciones de la escuela histórica, en cuanto a que la fijación orgánica y sistemática que conlleva un código paralizaría la evolución del derecho, carecían de fundamento, una progresiva disgregación normativa fue desembocando en lo que Lorenzetti[1] llamó "el big bang legislativo" y Arnaud[2] "verdadera legorrea", favorecida por las características de la postmodernidad en que las formas culturales pret-à-porter llevan a la costumbre de usar y tirar, y jurídicamente ostenta las notas de multiplicidad, flexibilidad, levedad, rapidez y paradoja[3].

La abarcabilidad y autosuficiencia del derecho civil codificado se ha ido diluyendo en una multiplicidad de sistemas estatutarios para actividades y ciudadanos, con microsistemas y subsistemas que hicieron perder, no sólo al código civil sino también al comercial, carácter único y totalizador. La proliferación de ramas y derechos especiales, con autonomía, instituciones, herramientas y principios propios, pusieron en crisis la carta jurídica del ciudadano indiferenciado, del hombre común o de a pie. El enfoque se fue parcializando, fragmentando en áreas (fármacos, productos elaborados, crédito etc) sectores (de la empresa, bancario, seguros, navegación, etc), materias (registral, ambiental, daños, éste además con supuestos heterodoxos de responsabilidad: tránsito, deportivo, profesional, por riesgo de la cosa o actividad, etc) que despedazaron todo lo nítido, pulcro, lógico y homogéneo de una regulación general y sistemática.

El código civil, escrito con minúsculas como una ley más, "ahora funciona como derecho residual, como disciplina de casos no regulados por normas particulares"[4]. Una centralidad normativa reducida a lo que Wittgenstein grafica así: el Código es el viejo centro de la ciudad, a la que se han añadido nuevos suburbios con sus propios centros y características barriales. Poco es lo que se visitan unos y otros; al centro se va cada tanto a contemplar reliquias históricas.

En su reemplazo, legislaciones especiales nacidas para atender necesidades particulares han hecho que esta dirección centrífuga se proyectara también en lo académico y profesional.

De un saber integrado jerárquicamente, con la construcción de teorías generales y una universidad[5] generadora del conocimiento dogmático y especulativo marcando el camino de la investigación científica se ha transitado a “islas” desconectadas que, paradójicamente y poniendo en el tapete la complejidad del fenómeno, demandan una visión interdisciplinaria pero sólo de una partecada vez más pequeña de la realidad, en la que lo práctico y singular más que central es excluyente. Ya no encontramos “civilistas” – ni que hablar de “juristas”- sino “especialistas” y cada vez más específicos: ya no serán siquiera de “obligaciones” sino de “daños” y de tal o cual tipo de responsabilidad; de derechos reales o de recursos naturales sino de derecho inmobiliario, de propiedad horizontal, de derecho registrarlo ambiental. Se sabe “todo” de “poco” y “poco”-o nada- del “todo”.

Otro factor de crisis es la constitucionalización del derecho civil y la legislación supranacional que ha pasado a formar nuestro derecho interno en algunos supuestos con jerarquía constitucional (vgr. responsabilidad de los medios de comunicación; derechos personalísimos) y las numerosas controversias que provocan las relaciones entre el derecho público y el privado (vgr. la delimitación de lo contencioso-administrativo; responsabilidad por establecimientos y funcionarios públicos etc.); aún cuando como bien se ha señalado, la Constitución no tiene virtualidad suficiente para constituirse en el centro ordenador del derecho privado dotándolo de coherencia interna como para hacer morir de asfixia un Código Civil[6]

¿Implica todo esto un adiós a la codificación como racionalización, progreso y pedagogía?
¿O simplemente el finde la utopía romántica del derecho sellado por la razón, con la pretensión de validez *urbi et orbi* de sus preceptos para una realidad que si no inmutable no será reacia a su regulación por aquellos?

Ha sido esa misma evolutiva realidad la que dio la respuesta. La vocación por modelos de precisión, de transparencia y simplificación del régimen jurídico no podía darse por vencida ante el dato objetivo de un derecho nunca concluido y en permanente cambio.

Como *Sísifo*, condenado a subir eternamente una gran piedra rodando cuesta arriba por la pronunciada pendiente de una montaña del Tártaro, que siempre acabaría por caer, debiendo reiniciar la tarea indefinidamente; la adjudicación a cada uno de lo suyo, de lo que le corresponde, nunca es una tarea acabada que permite descansar una vez supuestamente alcanzado el objetivo. El afán de permanencia y estabilidad de ese ordenamiento, aunque indispensable para acometer cualquier emprendimiento en la lucha del hombre contra la finitud, repugna al inmovilismo como el significado mismo de seguridad jurídica limitado a su visión estática y no dinámica.

La prueba irrefutable de que el método de la codificación sigue vigente es el movimiento recodificador que se ve en el derecho comparado[7]

Ante el envejecimiento corresponde entonces insuflarle nueva vitalidad, la que según la gravedad y signos del Código puede ser otorgada por una recodificación integral o una

recodificación-modificación; pero no su abandono, al que también se arriba por el quietismo por respeto a la sacralidad que se le atribuye. ¿Qué mayor contradicción que venerar como intocable a lo que se despoja? Por supuesto que las arrugas no deben ser confundidas con el peso de la experiencia y que estará en la pericia del cirujano, cuanto más general sea su intervención, hacer que sus engranajes anatómicos funcionen mejor que en el pasado, dotando a ese cuerpo de la agilidad y capacidad de respuesta que fue perdiendo y restaurándolo como tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna inteligibles.

Se ha dicho que “los códigos de los tiempos presentes pueden salvarse de la desintegración sólo a partir de las actualizaciones constantes, ágiles, oportunas, adecuadas”[8]. Sin compartir la idea de un reformismo permanente “pues las reiteradas mutaciones legislativas, no siempre justificadas, agrietan la apetecida certidumbre del ordenamiento jurídico”[9], creo sin embargo que la falta de una actualización necesaria, so pretexto la tradición de nuestro código, es lo que provoca su descodificación.

Los mejores vinos – más allá de algunos jóvenes que por la buena cepa y brillantez de su sabor descollan desde el principio (como fue en gran medida el de Vélez en su época)-precisan el acunamiento en el roble de la sabia doctrina y buena jurisprudencia, pero nunca debe tenérselos hasta que se avinagren.

La exigencia del retorno a la unidad resignificando su rol como reservorio de los conceptos generales (la persona, la familia, el patrimonio, la obligación, el contrato, la responsabilidad civil, el derecho real, el modo de transmisión de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos, etc.) no sólo es técnico-científica, sino del hombre común (el derecho civil es precisamente el derecho común), despojado o más allá de los sistemas estatutarios que lo comprendan. Allí “todos” deben tener cabida y contención, aún cuando existan disposiciones especiales sobre temas particulares y sin perjuicio de la legislación reglamentaria más detallada en función de las peculiaridades de sus relaciones o situaciones jurídicas. Su destinatario y objeto de regulación será “el” hombre en su multifacético desempeño y no “éste” hombre como consumidor o empresario, médico o paciente, etc., independientemente de que se fijen los lineamientos de cada una de estas posiciones.

Pero el destino del “codex” como “tronco de árbol”, sin pretensiones de ser un árbol entero con ramas y follaje, no debe ser el de meras generalizaciones conceptuales sino tener la riqueza y solidez suficiente para ser su núcleo, la esencia del ordenamiento jurídico, para sostener todo el andamiaje. Como cimiento no puede tener fragilidades. Cuanto más abstractas y genéricas sus normas deben ser lo más amplias y precisas. Decía alguna vez Molinaro[10] que “la técnica legislativa no se reduce a la claridad de la ley a efectos de evitar ambigüedades. Exige también en los legisladores la imaginación suficiente para abarcar todas o por lo menos la mayor parte de las hipótesis que puede presentar la vida social y darles adecuada solución en forma sintética, y como lo acabamos de decir clara. El legislador no puede limitarse a fijar principios generales para dejar librados a los jueces la

regulación normativa de los conflictos que se susciten entre particulares, la solución la debe dar el legislador y es de buena técnica evitar al mismo tiempo el casuismo....”. Obviamente todo dependerá de la norma en cuestión, por cuanto el recurso a la equidad y prudencia judicial podrá ser en varios casos la mejor y más justa solución. Lo que debe extraerse de tal consejo, estimo es que no por ganarse en sencillez y generalidad debe mutilarse su utilidad reguladora. Principios y reglas sí, pero con el necesario desarrollo según la naturaleza y complejidad del instituto como para que no sean sólo declamaciones teóricas y programáticas.

Ahora bien, cualquier regulación –sea minuciosa hasta el detalle o sea general de concepto; sea conservadora o sea innovadora al abreviar en la *communis opinio* doctrinaria y jurisprudencial-, como sello de la imperfección de lo humano y al margen del propósito, preparación y preocupación con que sea encarada, no logrará estar exenta de defectos ni conformar a todos. La obra de Vélez tampoco superó la mirada crítica de Alberdi. El aspirar a esa unanimidad conduce a la parálisis. Pero ello no quita que cuanto más abierto sea el debate de su proyecto y con sano apasionamiento se le formulen los reparos y observaciones que suscita y las propuestas de corrección que se estimen para lograr el mayor consenso, no exclusivamente doctrinario sino de la sociedad toda, mejor será el resultado, su conocimiento y futura vigencia.

Tras varios y frustrados intentos se convirtió en ley 26.994, con pocas modificaciones el Proyecto del P.E.N. de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión designada por Decreto 191/2011 integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci y con la que han colaborado numerosos y prestigiosos autores en las distintas áreas o materias.

Excedería el marco del presente el recorrido por sus disposiciones y sería poco serio un comentario al estilo facebook “me gusta” o no me gusta; ya que desde mi mirada muchas de sus previsiones implican un progreso en relación al Código de Vélez y al Proyecto de 1998 redactado por la Comisión del dec. 685/95 que le sirvió de inmediata fuente y que fue el primero en unificar el derecho privado (civil y comercial) mediante un nuevo código, y otras un retroceso respecto de ambos.

Estoy persuadido de que no se tratará en su consideración histórica de un Código madre como fue el de Vélez o Bello. Y a pesar de ser una reforma total tiene en muchos aspectos –entre ellos derechos reales- menor implicancia que la que tuvo la llamada reforma Borda del año 1968 plasmada fundamentalmente a través de la ley 17711, como cualquier otra obra del intelecto se va a independizar de su autor y cobrará – con todas sus oscuridades, silencios, ambigüedades, sobreentendidos y contradicciones- vida propia según las necesidades y criterios de sus destinatarios. Será desafío y tarea de la doctrina y la jurisprudencia (en este caso sin el auxilio de los detallados fundamentos que acompañaban el Proyecto de 1998 y también sin notas a los artículos –muchas de ellas verdaderas lecciones de Vélez-, a despecho del temperamento que sugirió Belluscio[11] y que comparto) saber desentrañar su

mejor sentido para que esté a la altura del precedente señero de la cultura jurídica hispanoamericana que fue el Código de Vélez y logre mantenerse enhiesto al porvenir, dando solución a los problemas cotidianos como aquel lo hizo por más de 140 años, incluso frente a graves crisis que sufrió nuestro país..

Para ir concluyendo esta breve introducción, es de puntualizar como notas características del nuevo código su lenguaje sencillo y lo sintético que resulta en comparación con el Código de Vélez.

Así mientras el C. Vélez derogado se ocupaba de los derechos reales en los 951 artículos del Libro III (del 2311 al 3261), el sancionado lo hace en 395 preceptos del Libro IV que se divide en Títulos, Capítulos y Secciones (del 1882 al 2276), incluyendo en su normativa previsiones contempladas en varias leyes complementarias (leyes 13512, 19724 y 20276 – propiedad horizontal y prehorizontalidad-, - 25509 – derecho real de superficie forestal-)[12]

Y por último, dada la estructura legal (arts. 1882 y 1884; art. 2502 C. de Vélez) de los derechos reales, en los que la autonomía de la voluntad cumple un rol secundario, sólo en aspectos reglamentarios no estatutarios, resulta fundamental la claridad y previsión del legislador para regular la mayor cantidad de situaciones en que de alguna manera se ponga en juego dicha autonomía (recordemos que Vélez Sársfield colmó las lagunas legislativas de su época que habían preocupado a la doctrina, buscando en la opinión de los autores la solución más justa, e incorporándola a su código como novedad legislativa, que no aparecía prevista en otras leyes[13]), y para lo cual a veces resultan insuficientes definiciones o como ahora se dice conceptos, clasificaciones y reglas generales.

Sin más preámbulos paso a los primeros comentarios sobre el nuevo ordenamiento que seguramente en futuros estudios iré aumentando y ampliando.

***METODOLOGIA**

Al haberse incorporado, siguiendo el criterio de Freitas, del CCivil alemán (BGB) y de todos los proyectos nacionales de reforma integral, una parte general para todo el código, se incluyó en ésta (arts. 225 a 240) y en el Título Preliminar (art. 15 y ss) sustrayendo de este Libro la regulación de los bienes y las cosas. En ese marco también se ha regulado la protección de la vivienda (art. 244 y ss), sustituyendo y ampliando las previsiones que contenía la ley 14.394 sobre la afectación como bien de familia.

La extremadamente reducida base para una teoría general de los derechos reales que contenía el Código de Vélez (Tit. IV del Libro III arts. 2502 a 2505) ha sido notoria y útilmente ampliada para evitar reiteraciones y hasta contradicciones.

En la parte general, además de algunos principios, clasificaciones y su enumeración aborda los modos de adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad, innovando al tratar en este ámbito de la prescripción adquisitiva y dejando para el Libro VI de Disposiciones comunes a los derechos personales y reales, las generales aplicables también a la liberatoria.

Luego de la misma y de la posesión y la tenencia (Título II[14]), siguiendo el mismo orden de Vélez, regula los distintos tipos a partir del Título III conforme las clasificaciones de derechos reales sobre cosa propia o ajena y derechos reales principales y accesorios, siguiendo la enumeración del art. 1887.

No obstante ello y siguiendo la metodología del Proyecto de 1998 (art. 1468 y ss) se decidió regular la propiedad y el dominio fiduciario al abordar el contrato respectivo (arts. 1682 y ss y 1701 y ss.). También se ha conservado el emplazamiento del derecho real de habitación del cónyuge superviviente (art. 2383 código nuevo y 3573bis C. Vélez) en la regulación sucesoria.

Atendiendo a una crítica generalizada al sistema del código anterior de tratar las acciones reales entre los derechos reales sobre cosas total o parcialmente propias y los derechos reales sobre cosa ajena, el actual las considera al final del libro, ya que constituyen los medios de protección de todos los derechos reales. Atendiendo a una crítica generalizada al sistema del código anterior de tratar las acciones reales entre los derechos reales sobre cosas total o parcialmente propias y los derechos reales sobre cosa ajena, el actual las considera al final del libro ya que constituyen los medios de protección de todos los derechos reales. **También por su función de protección indirecta regula las defensas de la relación real en el mismo título, ocupándose de las vinculaciones entre las acciones posesorias y las reales, tal como hicieron proyectos anteriores.**

Lamentablemente no se siguió el criterio del Proyecto de 1998 de incorporar en su cuerpo la regulación de la publicidad registral, en lo que hace a sus disposiciones comunes, básicamente principios (arts. 2137 a 2155 de aquel) y en materia inmobiliaria y de registraciones personales (arts. 2156 a 2188), importantísima para la oponibilidad de los derechos reales.

***OBJETO**

Si bien la regla sigue siendo la materialidad con el agregado final, el Código (el objeto "normal" es que el objeto sean cosas, tanto es así que a los derechos reales, en algunos ordenamientos jurídicos como el alemán y el brasileño -entre otros- se los denomina como "Derecho de las cosas") rinde tributo a la realidad, apartándose de teorías doctrinarias que rebuscada y ficticiamente erigían aquella en un principio absoluto para desconocer supuestos evidentes en que el objeto era un bien en sentido estricto. Tales como la hipoteca o el usufructo establecidos por el condómino (arts. 2678 y 2843 del C. de Vélez y 2207, 2130, 2131 nuevo código), la prenda sobre créditos (arts. 3204, 3209, 3211 y 3212 C. Vélez y Tit. XII Cap. IV Sec. 3ª, art. 2232 y ss nuevo código), el usufructo sobre la universalidad de un acervo hereditario o parte alícuota del mismo (arts. 2900, 2901, 2905 C. Vélez y 2130 inc. d nuevo Código). Ha favorecido este temperamento la supresión de las clasificaciones de inmuebles y muebles por carácter representativo (art. 225 a 227 del nuevo código) que en el Código de Vélez (arts. 2313, 2317, 2319) eran utilizadas para disimular las excepciones.

Otro caso es la facultad del titular del derecho de superficie para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar que se ha incorporado

legislativamente (arts. 2120, 2206, 2213), reeptando las conclusiones que, respecto a la ley 25509, por mayoría se aprobaron en lasXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003)[15]

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UCES Bs. As. 2001)Comisión 4 concluyeron que "I. Los derechos reales tienen por objeto: a) Las cosas. b) Las partes materiales de las cosas. c) Los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece. II. En todos los casos, la relación del titular con el objeto debe ser directa y conferir los derechos de persecución y preferencia. III. Aunque sea discutible si la energía es o no una cosa, deben aplicársele las normas jurídicas atinentes a las cosas en tanto sean compatibles (...)V. Se considera inconveniente mantener la categoría de cosas muebles o inmuebles por su carácter representativo"[16] Todo ello ha sido reeptado legislativamente.

Expresamente se admite la posibilidad de que el objeto seauna parte material[17] en el caso del usufructo (art. 2130) uso (art. 2154), superficie (parte determinada del inmueble art. 2116), habitación (art. 2158), servidumbre (art. 2163; en el mismo sentido art. 2998 C Vélez) y que pueda como tal ser reivindicada (art. 2252)

***LOS NUEVOS DERECHOS REALES Y LOS QUE NO FUERON:**

Además de la **AMPLIACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE** (solo forestal en el sentido de plantaciones[18]en la ley 25509), ya sea para forestar, plantar o construir o sobre lo ya forestado, construido o plantado, incluyendo también en el mismo el derecho de vuelo [19] (arts. 2114 y 2116), el nuevo código configuró **LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS (CLUBES DE CAMPO, BARRIOS CERRADOS, ENTRE OTROS), TIEMPO COMPARTIDO Y CEMENTERIOS PRIVADOS COMO NUEVOS DERECHOS REALES.**

Si bien era mayoritario el criterio doctrinario de posibilitar su encuadre y regulación en el marco de los derechos reales, el legislador se inclinó por la variante minoritaria de considerarlos como autónomos. Se entendió que en cada uno de ellos existe una suerte de naturaleza especial que torna imprescindible un único continente, en lugar de la alternativa de remover los obstáculos que presentaban los aspectos estructurales de los que integraban la nómina cerrada para permitir su inclusión, sin cerrar además opciones para los desarrollistas y adquirentes[20]

En este sentido los Proyectos que lo precedieron, regularon como opción (con mayor o menor amplitud) la inclusión de tales emprendimientos dentro de los derechos tradicionales, con las modificaciones del caso (aun cuando reputemos algunas de ellas insuficientes). Así, el de unificación de 1987 que fuera vetado por el PE, establecía en el art. 2617 que en los conjuntos inmobiliarios y los cementerios privados "que se sometan a propiedad horizontal, sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole". Y para el tiempo compartido, se agregaba un párrafo al art. 2715 dedicado a los supuestos decondominio con indivisión forzosaque disponía"la indivisión forzosa perdurará mientras subsista el sistema, en el supuesto de constitución de condominio sobre un conjunto de

cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados". El de la Comisión Federal de 1993, seguía la misma senda (arts. 3159 y 3160) aunque en vez de incluir a los cementerios privados en el régimen de propiedad horizontal los sometía junto al tiempo compartido al condominio con indivisión forzosa. El proyecto asimismo agregaba que para la constitución de los cementerios privados era necesario el otorgamiento del reglamento por escritura pública y su inscripción en el registro de la propiedad (art. 3109) y que "en todos los casos la propiedad o el uso exclusivo será inseparable de la propiedad común". Y finalmente el de 1998 los contempló en los arts. 2029 y 2030 disponiendo que los conjuntos inmobiliarios, en los que incluye a los cementerios privados, "pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal" previendo asimismo que en el reglamento se puede "instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales"; y que el tiempo compartido "puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo" y en este caso "el reglamento puede instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable. El reglamento de condominio y administración se integra al título de asignación del uso y goce." Como se advierte este último fue más restrictivo, ya que descartó la viabilidad de la superficie para los cementerios privados o el llamado sistema de subdivisión por geodesia (decreto 8912/77 y decreto 9404/86), predominante en la Provincia de Bs. As, en virtud del cual se combina por servidumbres cruzadas el dominio de las parcelas de las urbanizaciones cerradas con el dominio de las áreas comunes y de circulación por parte de una entidad que agrupa a los propietarios de aquellas.

En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), el despacho mayoritario en el plenario afirmó: "En palabras del Codificador, armónicas con su formación romanista, la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas. En consecuencia, debe descartarse la creación arbitraria de nuevos derechos reales. La honda gravitación de los derechos reales en el orden político, económico y social de los Estados determina que el orden público deba presidir el régimen que los regula. Y son esas consideraciones las que determinan que debe manejarse con suma prudencia lo relativo a la creación de nuevos tipos". Y el punto 2 es categórico cuando afirma: "La creación indefinida de derechos reales atenta contra el principio del *numerus clausus*. Este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone, al mismo tiempo, que ello ocurra tan sólo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación en las categorías existentes". Por su parte las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009), comenzaron sus conclusiones declarando por unanimidad "Debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes".

Ninguna objeción a priori y per se merece el temperamento legislativo, aun cuando haya entendido que es conveniente cercenar el "menú de opciones" con las dificultades de adaptación que ello genera, o se haya inclinado en todos los casos por regularlos como

derecho real sobre cosa propia (a diferencia de España que como alternativa para el tiempo compartido establece el derecho real de aprovechamiento por turno –ley 42/1998-, o Portugal el derecho real de habitación periódica –decreto-ley 275/93-[21]). Lo que sí es cuestionable es que su categorización como derecho real haya quedado reducido al objeto sobre el que recae, centrándose en los aspectos dinámicos de estas propiedades especiales y no en los estructurales en cuanto a las potestades diferenciadas que atribuirían. Tales asuntos que hacen al servicio que prestan y su organización, cuestiones de convivencia y edilia no son específicas del concepto de derecho real. Además de ello y como se verá se observan graves incongruencias en su regulación.

No se incluyó en cambio el **DERECHO REAL DE PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA** como había sido propuesto en el anteproyecto elaborado por los Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci, habiendo quedado limitada su consideración a lo dispuesto por el art. 18 que establece que “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 artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.”

La idea de establecer para la misma un nuevo derecho real, regulándolo en el Título V del libro Cuarto, a través de los arts. 2028/2036, despertó mucha controversia doctrinaria, recibiendo críticas por parte de quienes con apoyo en la declaración de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) de que era “innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente” la objetaron (Alterini[22], Vázquez[23], Corna-Fonseca[24] etc) y de los pueblos indígenas quienes cuestionaron además de la regulación de la personería jurídica a través de la registración, la ocupación con exclusividad de las tierras (2032), la obligación de habitar (2033) y el aprovechamiento de los recursos naturales (2035) entre otros aspectos.

No obstante que las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 2013) a la par de ratificar lo dicho por las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba, que “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”, concluyeron que “en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real; sin perjuicio de su dimensión cultural” y con sólo un voto en disidencia que “Es conveniente su incorporación en el Código Civil”, finalmente la iniciativa no prosperó.

TAMPOCO SE INCORPORÓ LA INDISPONIBILIDAD VOLUNTARIA que como nuevo derecho real de garantía contemplaron los proyectos de la Comisión federal de 1993 (art. 3208) y del año 1998 (arts. 2133/2136). Si bien esta figura cautivó a buena parte de nuestra doctrina (Alterini[25], Andorno[26], Flah, García Coni[27] etc), el autor de estas líneas en ponencia presentada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1995) adscribió a la tesis opuesta sostenida entre otros por Nuta y Trigo Represas que quedó en ajustada minoría en esa ocasión. Seguimos juzgando como un exceso trabar la

libre disponibilidad y el tráfico jurídico de los bienes registrables para otorgar una garantía a determinados acreedores (cuya exigencia en la práctica se generalizaría) en desmedro de otros, que salvo excepciones no podrían siquiera ejecutar, cuando por medio de las tradicionales debidamente reguladas se puede dar satisfactoria tutela a su interés. La mayoría de ese simposio propició “incorporar la indisponibilidad voluntaria, que reconoce antecedentes en el derecho romano, la legislación comparada y en la práctica negocial inmobiliaria de nuestro país[28]” legislándola como nuevo derecho real de garantía” y acarreado su incumplimiento la nulidad relativa del acto dispositivo. Por el contrario la minoría entendió que “la protección de los derechos de los acreedores y el incentivo al crédito deben ser favorecidos en el ámbito de los derechos reales de garantía vigentes, procurándose la respuesta a esas necesidades con su adecuada flexibilización, por vía de una futura reforma” y que “no se considera conveniente en una eventual futura reforma otorgar a los pactos de no enajenación eficacia real”

El nuevo código (art. 1972), con criterio que compartimos, prefirió reformular los arts. 1364, 2612 y 2613 del Código de Vélez, respecto a las cláusulas de inenajenabilidad, conservando su validez, con eficacia real, únicamente para los actos a título oneroso respecto a persona determinada. Para los actos a título gratuito, dichas cláusulas pueden tener alcance general si su plazo no excede de diez años desde que se establecieron, receptando asimismo interpretaciones de la doctrina[29] en cuanto a supuestos de defecto o exceso en la estipulación y la prohibición de que en los actos por causa de muerte por las mismas se afecten las porciones legítimas o impliquen una sustitución fideicomisaria.

Respecto de los **CENSOS - RENTAS REALES**- al ser omitidos se consagra legalmente su defunción, lo que en la práctica ya había ocurrido por el plazo en que eran admitidos (hasta 5 años art. 2614 C. Vélez) y la falta de toda regulación[30]. La prohibición de la ENFITEUSIS[31] (ahora por omisión al imperar el principio de numerus clausus) se mantiene.

TEORÍA GENERAL-CONSTITUCION DE LOS DERECHOS REALES

Define acertadamente al derecho real en el art. 1882 asignándole las siguientes características: a) es un poder jurídico; b) su estructura está impuesta por la ley (ver art. 1884); c) recae sobre un objeto, precisado en el art. 1883; d) se ejerce en forma autónoma, esto es, de manera directa e inmediata sobre el objeto; e) atribuye las facultades de persecución y preferencia definidas en el art. 1886.

Se mantiene el principio de numerus clausus – cantidad y estructura inmodificables (art. 1884); la Inmediatez sobre las cosas, ius persecuendi y ius preferendi (art. 1886) como notas características de los derechos reales, la adquisición tradicional mediante título y modo, y como excepción la inscripción constitutiva (art. 1892). Pese a un primer intento en su elaboración de sustituir la tradición como modo constitutivo en materia inmobiliaria por la registración, finalmente se hizo eco de la recomendación de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) de mantener la tradición como elemento cointegrativo del derecho real y principal modo suficiente (art. 750 y 1892 tercer párrafo; 577 C. Vélez. Además sucedáneos constituto posesorio y traditio brevi manu; registración constitutiva, primer uso en servidumbres positivas) y la coexistencia de las publicidades

posesoria, cartular y registral.

Es más, se consagra expresamente que la posesoria es publicidad suficiente según los casos[32], aunque lamentablemente no se haya también explicitado que “Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe” (Conclusión de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Plata 1981, reiterada en las XXIII edición de las mismas Tucumán 2011 y que el Proyecto de 1998 en su art. 1843 incorporaba).

También en forma desafortunada, aun cuando se ocupa de la concurrencia de varios acreedores de obligaciones de dar para constituir derechos reales (arts. 756 y 757) y del supuesto más frecuente de oponibilidad del boleto de compraventa (arts. 1170 y 1171) deja sin solución expresa al conflicto con un derecho real que no se ejerza por la posesión del que se ocupaba el art. 1843 in fine Proyecto de 1998[33]

No introduce modificaciones significativas en lo que haceal otro elemento fundamental para la adquisición del derecho real, el título y sus clases

Según elart. 1892 “Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”. **De la propia definición resulta que la palabra título no está utilizada en el sentido de instrumento sino de causa (así también era empleada por el art. 2602 C. de Vélez), debiendo ser idónea paraesa transmisión o constitución.** Así, por ejemplo para derechos reales sobre cosa propia (mueble o inmueble) a la compraventa, la donación, la permuta, la dación en pago, etc.; en tanto el mutuo no lo será para inmuebles. Respecto a la forma, el principio general es que en materia mobiliaria se goza de libertad (art. 1015) y en materia inmobiliaria corresponde la escritura pública (art. 1017, inc. a). No obstante y pese a tratarse de derechos reales inmobiliarios se prescinde de la escritura pública cuando la adquisición se produce por subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa (art. 1017, inc. a). Obviamente seguirán siendo requisitos del mismo la capacidad y la legitimación.

El artículo 1902 define **el justo título** para la prescripción adquisitiva como “el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.” Como se advierte se ha recogido la doctrina del art. 4010 C.Vélez y su nota. La alusión a derechos reales principales, con la aclaración de que se ejerzan por la posesión, viene a ratificar la no aplicación de la prescripción breve para adquirir servidumbre.

Existiendo una causa en virtud de la cual el poseedor tuviese razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor o para extender su título a la cosa poseída, pero no fuera verdadero o no existiese coincidencia,el art. 2357 del Cód. Vélez Civil nos hablaba de**título putativo**, el que no era hábil para usucapir (art. 4011 C.Vélez) y ni siquiera se hace presumir buena fe (art. 2356C.Vélez; 1918 C: nuevo) aunque la misma pueda existir.Ejemplos típicos son el del heredero testamentario desplazado por un testamento posterior o el del caso de un título que no se corresponde con lo poseído sino sobre el inmueble contiguo.Este supuesto, como tal carente de efectos no está contemplado en el Código.

Se incorpora el término **RELACIONES DE PODER** en vez de relaciones reales, o relaciones de señorío fáctico. Se zanja la discusión doctrinal acerca de los alcances de la posesión y la tenencia. Los titulares de derechos reales (salvo hipoteca y servidumbres art. 1891) son poseedores (art. 1909) Aparece como contradictorio que se diga que las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados (art. 1891 in fine).

Al enumerar el art. 1908 expresa que solamente son "relaciones de poder" "la posesión y la tenencia", y, sin embargo, en los arts. 1911 y 2240 se nombra a otra: la del "servidor de la posesión".

Se conservan la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio* (arts. 1892 segundo párrafo y 1923; arts. 2387 y 2462 inc. 3 y 6 C.Vélez), aunque no se regularon las exigencias que doctrina y jurisprudencia impusieron a éste último para evitar posibles fraudes.

Desaparece la clasificación de posesión legítima e ilegítima carente de consecuencias, más allá de la confusión que generaba el párrafo agregado por la ley 17711 al art. 2355 respecto a la adquisición de buena fe mediando boleto de compraventa. Tal como lo entendió la doctrina y jurisprudencia^[34] ampliamente mayoritaria ya no puede quedar duda que ese poseedor no es legítimo.

En el art. 1924 se define la tradición y cómo se tiene por realizada en forma similar al C.Vélez (arts. 2377 y 2379), aclarándose los alcances del art. 2378 C.Vélez en el sentido que la declaración del adquirente no suple los actos materiales en relación a terceros (Salvat, Pelosi)

Se conceptualizan bien los frutos – art. 233- y mejoras –art. 751- (art. 1934)

Se mantiene la **POSESIÓN VICIOSA** (art. 1921) pese a que los efectos siguen tan diluidos como en el Código de Vélez ya que en lo sustancial sólo significa una mayor responsabilidad por la destrucción total o parcial de la cosa, en lo que hace al caso fortuito al no poder invocar que igualmente se hubiere producido en poder de quien tiene derecho a su restitución (art. 1936 in fine; C. de Vélez art. 2436). Pese a no contemplarse en el capítulo lo relativo al derecho de retención, no se innova respecto al art. 2436 C. de Vélez toda vez que el art. 2587 dispone que sólo puede ejercerlo "quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos".

En el Código Vélez y el sancionado, **EL DOMINIO** si es perfecto otorga las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa (así aparecía implícitamente en la definición del art. 2506 C. Vélez al decir que la misma "se encuentra sometida a la voluntad y a la acción" de su titular y ahora expresamente recogido en el art. 1941) y en ese sentido absoluto (dentro de los límites previstos por la ley). También exclusivo (art. 1943; 2508 C. Vélez) y perpetuo (art. 1942; art. 2510 C. Vélez), se contempla la función social de la propiedad (arts. 10, 14 y 240) y la prescripción adquisitiva cumple una función social que armoniza con el carácter perpetuo del dominio. Se reitera lo previsto por el art. 2516 C.Vélez bajo el título "Facultad de exclusión" en el art. 1944. Sin embargo como bien se ha dicho "cuando el contenido del derecho real es positivo necesariamente conlleva el contenido negativo de excluir a todos los demás de las facultades de uso, goce o disposición" En este sentido "Todo derecho real se caracteriza por ser excluyente" (Araán).

Gatti^[35] criticó respecto del Proyecto de 1998, y es aplicable al Código aprobado, que

omitiera referirse a la segunda connotación de la exclusividad del dominio, que surgía del art. 2509 C. Vélez (la propiedad de una cosa por un título no puede en adelante ser adquirida por otro, si no es por lo que le faltase al título por el cual la había adquirido). (Arean, Bueres, Highton, Wierzba).

El art. 1895 consagra el mismo criterio que contenían los arts. 2412, 2765, 2767, 2778 y conc. C. Vélez de adquisición legal del derecho real sobre cosa mueble no robada ni perdida por el subadquirente de buena fe a título oneroso. En tales condiciones la acción reivindicatoria no prospera sin perjuicio de que pueda ser reclamado todo o parte del precio insoluto (art. 2260)

Se dispone que en materia de cosas muebles registrables no hay buena fe sin inscripción, si se exigen datos identificatorios de la cosa (vg. Automotores) y no hay coincidencia. En esas condiciones si no son robados o hurtados no son reivindicables. Si los automotores son hurtados o robados es necesario que sean poseídos de buena fe por dos años e inscripto existiendo coincidencia entre el asiento y los números de chasis y motor para que no sean reivindicables (art. 2254; coincidente con arts. 2 y 4 del Decreto-ley 6582/58)

Pasando a los ***MODOS DE ADQUISICION**

No se modifican los plazos[36] de la **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA**, como si acontece con la liberatoria.

Se establece que la sentencia en materia de prescripción adquisitiva larga no tiene efectos retroactivos al momento de iniciarse la posesión, por lo que debe establecerse la fecha en que se cumplió el plazo vicinal (ver Goldenberg, Alicia Ester, Kiper, Claudio M. y Mariani de Vidal, Marina[37]; Highton Elena[38] criterio que comparto ya que como explicaba Molinario por efecto del tiempo una posesión ilegítima a través de una relación instantánea al cumplimiento del plazo se convierte en legítima. No convence el reparo en cuanto a una supuesta obligación de devolver entonces los frutos ya que la misma sólo tendría lugar ante una reivindicación triunfante la que ante la prescripción cumplida no procedería. En contra Alterini Jorge Horacio [39], Salvat Tratado I N° 1014 p. 568 y art. 1840 Proyecto 1998).

En materia de superficie solo se admite la breve o saneatoria (art. 2119). El Proyecto de 1998 en su art. 2026 decía que sólo se originaban por adquisición derivada. Sin embargo Alterini, uno de sus coautores[40], considera que no debió excluirse la posibilidad de ser adquiridos por prescripción larga (modo de adquisición originario art. 1830 Proyecto de 1998)

Es correcta la exclusión de la adquisición de los tesoros por apropiación (art. 1947, b, iv) toda vez que la atribución de su propiedad tiene fundamento por un lado en la extensión de la propiedad (art. 1945) y en la condición de descubridor.

Es acertado que se haya aclarado (en relación al art. 1888 Proyecto de 1998) en el ap. a, iii que es apropiable el agua pluvial "que caiga en lugares públicos o corra por ellos", ya que si caen o corren por heredades de particulares, pertenecen a sus dueños (art. 2635 C. Vélez, pero sin norma especial en el presente)

La regulación en el nuevo código (arts. 1951 a 1954) es similar a como eran tratados los tesoros por Vélez (arts. 2550 a 2566) – vgr. sin dueño conocido, cierto valor (art. 2343 inc. 5

C.Vélez), coposición, hallazgo casual, búsqueda por encargo, etc.

Se pone fin al debate doctrinario[41] en cuanto a si pueden estar ocultos en cosas muebles, en sentido afirmativo.

En cuanto a la adquisición de cosas muebles, el art. 1958 incurre en la misma omisión que el art. 1898 del Proyecto de 1998: esto es, no prever que cuando otorga la nueva especie al dueño de la cosa de mayor valor, sea con indemnización al dueño de la cosa de menor valor. En el art. 2600 del C. de Vélez la misma no era prevista, toda vez que cada propietario adquiriría en el todo un derecho proporcional a la parte que le correspondía, atendiendo al valor de las cosas mezcladas o confundidas.

Respecto a enjambres, el art. 1950 se inspira mediatamente en el Anteproyecto de 1954 art. 1520 que disponía “*El dueño de un enjambre de abeja puede seguirlas a través de terrenos ajenos, pero debe indemnizar del daño que causa* – se aparta así del art. 2546 C. Vélez que exige el consentimiento del dueño del inmueble, criterio que considero preferible combinando posibilidades de recupero, excusas para invasión, perjuicios económicos etc- *Si dentro de los dos días no las persiguiese o cesare de hacerlo, pertenecerán a quien las tomase*, – la persecución puede ser a través del seguimiento o el reclamo; vencido ese plazo que en la norma actual no está se considera que volvieron a su libertad natural y recobraron la calidad de res nullius- *pero cuando se incorporasen a otra colmena ya ocupada, serán del propietario de ésta, aunque el dueño anterior continuase su persecución* – se ingresa en el plano de la utopía: tan imposible es separar un enjambre de otro enjambre como que se intente y admita esa incorporación-

En cuanto a la transformación, el art. 1957 supera un defecto del art. 1897 Proyecto de 1998 en lo que hacía al supuesto de transformación irreversible. En este caso el dueño de la materia tiene la opción de quedarse con la especie, pero a diferencia del C. de Vélez (art. 2569) no lo obligaba a indemnizar el mayor valor. Ahora se soluciona estodándole la elección de pagar ese mayor valor o el trabajo del transformador.

También combina la solución del C.de Vélez y la del Proyecto de 1998 en el caso de transformación reversible de buena fe. Según el primero (art. 2570) el dueño de la materia pagaba al transformador su trabajo o podía exigir el valor de la materia quedando la especie de propiedad del transformador. Según el Proyecto de 1998 (art. 1897) se obligaba al transformador a pagar los gastos de reversión. Ahora con el art. 1957 3er. Párrafo puede o pagar el trabajo o exigir el pago de los gastos de reversión. Considero que también pudo dársele la opción de dejar la especie al transformador exigiendo el valor de la materia.

Se mantiene los tres supuestos de ***DOMINIO IMPERFECTO** (arts. 1964 a 1969): el revocable, el fiduciario y el desmembrado.

Hay dos modificaciones plausibles: La primera es que en virtud del art. 1968, la readquisición del dominio perfecto por el antiguo dueño opera por el solo acaecimiento del plazo o la condición (inmediatamente “poseedor a nombre del dueño perfecto”), sin exigir como ha sido criticado en el régimen de Vélez[42], que se produzca la nueva tradición, invirtiendo los roles de tradens y accipiens. Ello al margen de la oponibilidad. La otra es que los actos jurídicos inoponibles a quien readquiere el dominio por revocación no se limitan a los de disposición como en el texto del art. 2670 del C. de Vélez; es decir

comprende también los de administración (art. 1969).[43]

El **DOMINIO FIDUCIARIO** está tratado en los arts. 1701 a 1707. La definición reproduce la del art. 2662 del Código derogado con la reforma que le había introducido la ley 24441 (en adelante LF). Sobre la propiedad fiduciaria y sus efectos, los arts. 1682 y 1683 no modifican el régimen de los arts. 11 y 12 de la ley 24441, conservándose como un patrimonio separado con el efecto consiguiente (art. 15 de la ley 24441 ahora art. 1686). El art. 1685 suprime lo que en el art. 14 LF había sido motivo de críticas: que la responsabilidad objetiva del fiduciario se limite al valor de la cosa. Se autoriza la cláusula de no enajenar o gravar limitándose al respecto y como excepción a los principios generales (art. 1972) las facultades del fiduciario (arts. 1703 y 1688)

Art. 1970 “Los **LÍMITES** impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción” XXIV Jornadas Nacionales (UBA 2013) Los límites al dominio, aún en supuestos en que se rijan por el Derecho Administrativo deben, en principio, ajustarse a las normas del Código Civil. No corresponde establecer como regla general que los límites del Derecho Civil son subsidiarios de los del Derecho Administrativo.

Conservando el nombre camino de sirga (se ha propuesto su reemplazo por el de camino de la ribera en las Jornadas Nacionales recién citadas) se estableció como tope de ancho de la franja 15 metros en vez de los 35 metros que por regla determinaba el art. 2639 C. Vélez. Se modifican también los actos u obras que resultan vedados: los que menoscaban la actividad de transporte por agua, que alteren el curso natural, modifiquen su dirección o velocidad, eliminándose la tajante prohibición de la parte final del art. 2639 “no puedan hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas ni deteriorar el terreno en manera alguna”

El art. 1973 contiene la misma disposición que el art. 2618 C. de Vélez aclarando que la indemnización del daño puede darse conjuntamente con la remoción de la causa de la molestia o su cesación. Se suprime la indicación de que será por juicio de trámite sumarísimo.

*** BIEN DE FAMILIA –SUSTITUCION POR AFECTACION DE VIVIENDA AL REGIMEN DE LOS ARTS. 244/256[44]**

El inmueble debe estar destinado a vivienda. Si se trata de un inmueble rural debe no exceder la unidad económica según las reglamentaciones locales (art. 256)

Se puede afectar en su totalidad o hasta una parte de su valor.

La afectación se hace registralmente.

Se puede afectar un solo inmueble. Si se es propietario de varios inmuebles, se puede afectar uno a opción del propietario y si no se considera afectado el constituido en primer término (similar al art. 45 ley 14394)

Es decidida por el titular, o por todos los condóminos. También puede disponerse por acto de última voluntad y por el juez en juicio de divorcio o de conclusión de la convivencia si hay personas con incapacidad (art. 245).

Beneficiarios de la afectación: además del propietario constituyente se enumera a los mismos que integraban la familia del art. 36 ley 14394, pero ahora incluye al conviviente (art. 246) Para la afectación al menos uno de ellos debe habitar el inmueble (con lo que basta el propietario sólo, sin familia, igual que en el Proyecto de 1998 arts. 236 y 237). Para la subsistencia basta que alguno de ellos permanezca en el inmueble (art. 247)

Prevé la subrogación real (otra vivienda, precio o indemnización) que algunos fallos y doctrina ya consideraban vigente (art. 248)

En lo que hace a la inoponibilidad en relación a determinadas obligaciones (art. 38 de la ley 14.394) se incorpora expresamente a las expensas comunes y la obligación alimentaria del titular respecto de hijos menores o personas con incapacidad (art. 249)

Se regula “la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario” tal como se decía en los Fundamentos del Proyecto de 1998 (art. 239 de ese Proyecto y 249 del nuevo Código).

Los frutos son embargables y ejecutables “si no son indispensables para satisfacer las necesidades” (art. 251)

Se mantienen los porcentajes de honorarios de los arts. 47 y 48 de la ley 14394 (art. 254)

Se mantienen los supuestos de desafectación del art. 49 ley 14394 de manera muy similar en el art. 255 del Código.

***CONDominio**

A mi modo de ver le da autonomía respecto del derecho de dominio (para Salvat y muchos el condominio no es nada más que un dominio de sujeto plural) así lo independiza en la enumeración art. 1887 inc. a y b a diferencia del 2503 inc. 1) C. de Vélez. Lamentablemente no reproduce algo tan explícito como el art. 2676 de Vélez tomado de Aubry y Rau al decir “goza respecto de su parte indivisa de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella” y la definición de la primera parte del art. 1983 similar al art. 2673 C. Vélez no es tan clara como la del art. 1923 del Proyecto de 1998: Condominio es el derecho real que otorga a cada uno de sus titulares la facultad privativa de disponer de su alícuota y, en concurrencia con los otros titulares, las de usar y gozar la cosa común.

Soluciona explícitamente el tema de la renuncia del condómino: acrece a los otros condóminos (art. 1989 in fine) y la posibilidad de hacer entre ellos convenios de uso y goce alternado (art. 1987)[45]. Simplifica la normativa de la administración.

Siguiendo al art. 1936 Proyecto de 1998 reemplaza por la suerte (art. 1994 in fine) en caso de empate al art. 2706 C. Vélez: “habiendo empate y no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros”

***MEDIANERÍA**

La reforma al art. 4022 por la ley 17.711 restando la conclusión del plenario “Gaggero de Simonetti, María y otros c. Bogopolsky, Josué” del 6/07/1955 (que en caso de muro encaballado resolvió que “la prescripción operada con relación a la obligación de abonar un muro de cerramiento forzoso puede ser invocada para eximirse de la obligación de abonar ese mismo muro cuando se lo utiliza como medianero, cargándose sobre él”) no despeja totalmente la cuestión en orden al momento de nacimiento del condominio y el juego de la prescripción liberatoria y/o adquisitiva. Por lo tanto, se permite que tanto la tesis de Tobal (condominio inmediato) como la de Spota (el condominio nacería recién cuando el vecino pagara el precio correspondiente o cuando prescribiera la obligación personal de abonarlo - 10 años art. 4023-, es decir por vía indirecta por la prescripción liberatoria, incluso por encima de los 3 metros en la parte efectivamente utilizada por el colindante, no jugando nunca en esta materia la prescripción adquisitiva) permanezcan vigentes, aunque la mayoría de la jurisprudencia y buena parte de la doctrina se ha venido inclinando por la primera. Fue útil en cambio para desechar la teoría de que a partir de la utilización efectiva debe pagar, gozando el constructor propietario de las vías de defensa de su derecho mientras no se cumpla la prescripción adquisitiva. Pero a la par dio lugar por su redacción (“en el supuesto del artículo 2736”) a ciertas dudas, acerca de si comprendía también a las paredes contiguas, lo cual la doctrina se encargó en seguida de responder en sentido negativo apuntando que el art. 2728 continúa vigente y que la alusión al art. 2736 está dirigida a la situación de utilización efectiva de la pared que comenzó siendo simplemente de cerramiento como pared de carga o apoyo.

Ello se modifica sustancialmente. Con los 2008 a 2010 y 2014, la medianería es ipso iure (condominio de origen legal – Art. 1894: “Adquisición legal. Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable ... y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso...”-) hasta los 3 metros -la altura del muro de cerramiento- no sólo cuando es encaballado sino también – y aquí la gran novedad- cuando es contiguo, naciendo el derecho al cobro por parte del vecino constructor (además de la mitad del valor del muro y de sus cimientos del terreno que ocupa) y por ende el curso de la prescripción (de plazo genérico ahora quinquenal del art. 2560) a su respecto desde el comienzo de su construcción, quedando reservada la “utilización efectiva” como punto de arranque para el de elevación y el enterrado (art. 2018)

Considero acertada la solución dada para el caso de muro encaballado, pero inconveniente la modificación en relación al contiguo. Dicha solución, en la medida del cerramiento forzoso viene a reestimar la tesis de Colmo, posibilitando que un colindante decida unilateralmente según su conveniencia sobre el particular, por haberse anticipado, obligando al otro a pagar parte del terreno (art. 2014). Ello puede ser causa de conflictos hasta ahora inexistentes por la ausencia de un crédito exigible; ya que como bien sostiene Persagani, no obstante no existir una obligación de edificar encaballadamente “entendemos que si un vecino quisiera levantar el muro solamente, el otro podrá oponerse y exigir que lo sea sobre el eje divisorio en la proporción fijada por el artículo 2725, o por vía indirecta construyendo el oponente en la línea divisoria. Es cierto que el artículo 2728 faculta a un

vecino a levantar totalmente el muro divisorio en terreno propio; pero el 2725 faculta al limítrofe y como un derecho innegable a construirlo en la línea divisoria y en caso de divergencia no hay duda que el derecho debe primar sobre una mera facultad”.

Conserva la facultad de abandono en la materia (art. 2028), la que según opinión uniforme tanto de la doctrina francesa como nacional resulta incompatible con el pregonado carácter de orden público del cerramiento. Ello resulta aún más llamativo si se considera que ha sido desechada para el condominio normal (art. 1991). Bibiloni, coherente con su adhesión al criterio de orden público sostenido por Demolombe, en su Anteproyecto había establecido una disposición opuesta a la actual del art. 2727: “El vecino requerido no puede librarse de esa obligación por el abandono del terreno, o la pared de cerramiento, ya existente”[46]

El art. 2745 del C. Vélez respecto de árboles en cercos o zanjas medianeras se generaliza para todos los contiguos o encaballados respecto a muros o cercos linderos (arts. 2034 a 2036 siguiendo el art. 1971 del Proyecto de 1998)

***PROPIEDAD HORIZONTAL**

Su definición como “el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad y administración. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”[47](art. 2037) es más precisa que la que contenía el art. 1972 del Proyecto de 1998.

Valoro como POSITIVO: 1) Que se consagra el estado de propiedad horizontal (art.2038) con la redacción del reglamento y su inscripción por el dueño o condóminos. Se recepta así la práctica consagrada por el art. 1 del Decreto reglamentario 18734/49, que es lo que realmente acontecía ya que nunca era la primera asamblea (art. 9 de la ley 13512) la que redactaba el reglamento. La redacción es superior a la del art. 1973 del Proyecto de 1998 ya que el derecho de propiedad horizontal en rigor nace cuando hay distintos titulares de UF, no antes. “El estado de propiedad horizontal nace con el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración. El derecho real de propiedad horizontal nace con la adjudicación por división de condominio o con la primera transmisión de una de las unidades funcionales”³⁷ Jornada Notarial Bonaerense Junín 2011. En la XIX Jornada Notarial Argentina 1983 se discutió si la subdivisión poligonal y el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal da lugar a un estado de propiedad horizontal como algo distinto al derecho real de propiedad horizontal[48]

2) Ampliación del concepto de unidad funcional ― “pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino” (2039). En el Código así como el Proyecto de 1998 la ampliación del objeto es significativa y en armonía con este criterio, al tratar los conjuntos inmobiliarios, se acepta que puedan existir unidades privativas sobre el terreno. Esto fue recomendado por la XIX Jornada Notarial Argentina Tucumán 1983.

3) Reconocimiento de la personalidad del consorcio (art.2044)[49]. En cuanto a su

patrimonio hace alusión como parte integrativa del Reglamento el art. 2056 inc. e (composición del patrimonio del consorcio y el inc. i (como será el “uso y goce de los bienes del consorcio”)

Aun cuando no hay una norma expresa en cuanto a la capacidad, la misma se rige por el principio de especialidad para la satisfacción de los intereses comunes. En razón de ello no dudo de su capacidad para adquirir unidades del edificio vgr. por subasta pública[50]. Ello surge no solo del citado artículo 2056 sino en el caso de conjuntos inmobiliarios del art. 2085. Considero que hubiera sido más claro se consagrara esa posibilidad en el derecho real de PH general no en el especial.

4) El Reglamento de Copropiedad es declarado integrante del título de propiedad de cada propietario (art.2038). El contenido del Reglamento (art. 2056) es similar al de la ley 13.512, excepto lo dispuesto en los incisos ‘e’, ‘h’, ‘i’, ‘n’ y ‘q’, que hacen necesarias adecuaciones acerca del patrimonio del consorcio y el uso y goce de las partes comunes y de los bienes del consorcio, con eventuales prohibiciones de disposición o locación de unidades complementarias a terceros no propietarios (usualmente cocheras) y con limitación a las cartas poderes para la representación en asambleas.

5) Conserva el criterio de la ley 13512 en cuanto a que el terreno en su integralidad se considerará común (arts. 2039 y 2041 inc. a), importando una clara diferenciación respecto de los conjuntos inmobiliarios, en que el terreno podrá ser parcelado (arts.2076 y 2077).

6) Soluciona el tema de los balcones y patios solares que son necesariamente comunes (art.2041 incs. c y d) . En cuanto a la estructura, los revestimientos son propios (art.2043) y es responsabilidad de los titulares dominiales su conservación y reparación. Se sigue en esto al art. 1976 del Proyecto de 1998.

7) En materia de Asambleas se innova sustancialmente, ya que se establece que las decisiones deben adoptarse por mayoría absoluta de todos los propietarios según la doble exigencia de número de unidades y de porcentuales (lo que asegura la formación de voluntad asamblearia con mayoría importante y no como resultado de situaciones coyunturales) art.2060

8) Se agiliza el tema de las asambleas al permitirse integrar la voluntad de los propietarios en distintos momentos, considerándose votada favorablemente una decisión propuesta por la mayoría de los presentes, notificada fehacientemente y no cuestionada en el lapso de 15 días (segundo párrafo art. 2060). Es decir se implementa un mecanismo de formación de esa voluntad, cuando la mayoría no se alcanzase regularmente, mediante la consulta sobre propuestas minoritarias, validando el silencio como asentimiento (excepcional según el art. 919 C. de Vélez y 979 del nuevo Código).

9) Es acertada la fijación de un plazo de 30 días (art.2060 in fine) para impugnar judicialmente la asamblea. Considero positivo en relación al art. 2002 del Proyecto de 1998 que el plazo de impugnación judicial sea computado desde la fecha de la asamblea (en rigor debería ser desde que se adoptó la decisión, lo que en virtud del segundo párrafo del artículo puede no ser coincidente) y no desde que la decisión tenga principio de ejecución (lo que siempre genera un cierto grado de incertidumbre), pero el plazo es muy exiguo.

10) Se reconoce normativamente la obligatoriedad de acatar el reglamento interno o de convivencia si lo hubiere (art. 2046 inc. a)

11) Se admite la existencia de subconsorcios (art. 2068 similar al 2013 del Proyecto de 1998). En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Comisión 4 se aprobó: “Es conveniente prever la existencia de subconsorcios que puedan ser objeto de una administración separada mediante la aplicación de un régimen de subadministración, sin perjuicio de la personalidad jurídica del consorcio. Este sistema supone la existencia de un régimen jurídico que permita la asignación de bienes comunes a sólo algunas de las unidades (ver el art. 2040 proyectado: Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales....) Frente a terceros responde únicamente el consorcio, sin tener en cuenta los subconsorcios”. Ver fallo reconociendo su existencia CNCiv Sala L JA 1997-III-529

12) Se incluye expresamente el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal entre los que tienen privilegio especial en primer grado (art. 2582 inc. a). Este crédito no aparecía mencionado en forma específica en la Ley de Concursos 24.522, pero la jurisprudencia y doctrina mayoritarias lo consideran incluido en art.241,inc.1) ("gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa") Mariani de Vidal[51] considera que también gozan de ese carácter los créditos por expensas en los conjuntos inmobiliarios propiamente dicho(lo que tiene su sustento normativo en el art. 2075 según el cual no son otra cosa que un derecho real de propiedad horizontal especial), los "gastos del sistema" en el tiempo compartido (art.2995, inc. d) y 2098) y la "cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio", en el caso de los cementerios privados (art. 2108, inc.b), equiparables pese a la omisión y el origen legal exclusivo (art. 2574)

13) Se afirma la concepción de obligación propter rem, la no liberación por abandono o no uso. Aclarándose conforme el plenario Servicios Eficientes SRL c/ Yabraque ello también es cuando la enajenación es forzosa (subasta) – art. 2049 – Se suscitan ciertas dudas en cuanto a los límites de la responsabilidad del adquirente en cuanto a las expensas atrasadas que en el régimen del art. 17 de la ley 13512 era sólo al hasta el valor de la cosa.

14) Ampliación de legitimados pasivos por deudas de expensas a los poseedores por cualquier título (art.2050). El Proyecto redactado por la Comisión Decreto PE 191/2011 era más amplio ya que señalaba además del propietario a “los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores (entiendo que hacía alusión a la ocupación) por cualquier título”.

15) Es bienvenida la posibilidad de eximir parcialmente a un propietario de la contribución con ciertos gastos por sectores o servicios que no utiliza o aprovecha (art. 2049 in fine)

16) Que con la modificación introducida se haya hecho optativa (como lo es la integración de un fondo de reserva art. 2046 inc. d) la existencia de un Consejo de Propietarios, apartándose del Proyecto elevado por la Comisión Decreto PE 191/2011 que lo hacía obligatorio (ver arts. 2044, 2048 parte final y 2064)

Juzgo NEGATIVO en cambio:

1) Deja subsistente la duda sobre la quiebra del consorcio. El art. 2044, que sigue al art. 1981 del Proyecto de 1998 establece la extinción de la personalidad del consorcio por “resolución judicial”. Se ha dicho en opinión que compartimos que debió preverse su no concursabilidad ante la insolvencia y la forma en que pueden actuar sus acreedores en ese supuesto[52].

2) Innecesaria y confusa la previsión del art. 2042 que contrastando con la del art. anterior

("cosas y partes necesariamente comunes") habla de "cosas y partes comunes no indispensables", cuando se trata de "cosas no indispensablemente comunes". Estas últimas podrán ser comunes, o de propiedad exclusiva o de uso exclusivo de algún o algunos propietarios según el art. 2040.

3) No regula la responsabilidad de los propietarios por las deudas del consorcio que si preveía el Proyecto de 1998 en un precepto muy bueno, el art. 1989: "La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alcúotas" Según el art. 143 in fine del CCivil: "los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial".

4) No incluye una previsión similar a la del art. 2012 del Proyecto de 1998 que permitía el ingreso a la UF por parte del Administrador con un escribano en caso de reparaciones urgentes y grave peligro o perjuicio.

5) No se contemplan conjuntos habitacionales reducidos (nomás de 6 unidades en no más de 2 plantas) a los que el Proyecto de 1993 art. 3150 simplificaba en su régimen, aplicando supletoriamente las normas del condominio. "Debe tenerse en cuenta la problemática de los llamados pequeños consorcios" (37 Jornada Notarial Bonaerense 2011). "Unánimemente se concluyó en la necesidad de una reforma legislativa que contemple un régimen diferenciado para el caso de edificios de pocas unidades funcionales morigerando la cantidad de cláusulas obligatorias en el Reglamento de Copropiedad y Administración. Para ello de lege ferenda se propusieron dos despachos: uno por mayoría y otro por minoría. A) Despacho de mayoría: En los edificios que tengan unidades funcionales con salida independiente a la vía pública o en aquellos de no más de diez unidades funcionales les será optativo la aplicación del régimen de Asambleas y Consejo de Administración. En caso de optar los propietarios por este régimen simplificado, los gastos comunes se soportarán en proporción a su porcentual de dominio. Las resoluciones sólo serán válidas si contaran con la mayoría de la mitad más uno de los copropietarios presentes. En caso de haber dos propietarios se requerirá unanimidad. El administrador podrá ser designado en el Reglamento o con posterioridad cuando existiere la necesidad de su nombramiento b) Despacho de minoría: En los edificios que cuenten con seis o menos unidades funcionales puede prescindirse del régimen de las Asambleas y del Consejo de Administración. La administración puede estar a cargo de los propietarios, que la ejercerán de manera rotativa, o de un tercero, salvo que el Reglamento disponga lo contrario. En este tipo de Consorcios, si la titularidad de dominio de una o más unidades funcionales estuviera en cabeza de una sola persona, las resoluciones sólo serán válidas si contara con la conformidad de otro propietario. En el supuesto de empate, o cuando los propietarios no lograren el acuerdo sobre alguna cuestión que requiera unanimidad para resolver, el interesado podrá recurrir a la autoridad judicial. Se sugiere la utilización del sistema de mediación y/o arbitraje como previo a la instancia judicial" (33 Jornada Notarial Bonaerense 2003). "De lege ferenda... 8) Régimen para los pequeños consorcios: Se debe legislar acerca de un régimen especial para los consorcios de no más de seis unidades funcionales." (XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Tucumán 1993)

6) Para el supuesto de infracciones el art. 2069 no es tan bueno como los arts. 3151 Proyecto 1993 y el similar 2014 del Proyecto de 1998 que disponía procesalmente una

audiencia que garantizaba el derecho de defensa y prueba y el dictado de sentencia en 5 días –la premura evita daños- y la aplicación de multa –10% valuación fiscal- que a diferencia de estos proyectos que las destinaba al fisco, entiendo debía ser prevista para el consorcio.

7) Contradicción en cuanto a las unidades complementarias. Según el art. 2045 constituyen un todo con la unidad funcional a la que acceden, y son inseparables en caso de enajenación, pero según el art. 2056 inc. q –si no existe prohibición– se puede disponer de ellas a favor de terceros no propietarios.

8) Al regularse el deber de informar por parte del Administrador las deudas, créditos, juicios y seguros (art. 2067 inciso l) no se determinaron las consecuencias que sí estaban muy bien previstas en el art. 2011 del Proyecto de 1998[53].

9) Más allá de que el derecho de sobreelevar se trate de un derecho personal, aunque con trascendencia real (XV Congreso Nacional de Derecho Registral Sta. Fe 2009; 37 Jornada Notarial Bonaerense Junín 2011), en tanto su reserva está vinculada con el Reglamento de Copropiedad o Administración o su modificación, y que su titular se ha sostenido puede ser el Consorcio, debió haberse contemplado. Así el XV Congreso Nacional de Derecho Registral consideró De lege ferenda: Se considera necesaria la pronta reforma legislativa que recepte las situaciones no previstas por la ley 13.512 y dentro de éstas el derecho de sobreelevar.

10) Limitación obligatoria de cartas poderes (art.2056 inc. n).

11) El Código para la autoconvocatoria, sin citación previa, a asamblea exige que la misma y el temario se aprueben por una mayoría de los 2/3 de la totalidad de los propietarios. Al haberse reformado el segundo párrafo del art. 2059 del Proyecto que había elevado la Comisión que exigía unanimidad debió cambiarse también el párrafo primero que para incorporar otros temas al de la convocatoria requiere que estén presentes todos los propietarios y acuerden por unanimidad tratar el tema.

*El régimen de **PREHORIZONTALIDAD** (ley 19724) se reemplaza por un seguro obligatorio (art. 2071) Se mantienen las reglas de los plenarios “Cotton Moises D y ot. c/ Tutundjian Simón” y “Alvear 1850 SRL c/ Taub. Luis” en cuanto a la imposibilidad del vendedor de reclamar judicialmente el saldo de precio de venta de la unidad en caso de incumplimiento.

Respecto a los **NUEVOS DERECHOS REALES** los enumera dentro de los derechos reales sobre cosa propia (art. 1888). Dado que el propietario en el tiempo compartido y en el cementerio privado es el que afecta el bien y el que concede el derecho, resultaría más acertado haberlos caracterizados como derecho real sobre cosa total o parcialmente (si se tratase de un condominio) ajena[54]

Los aspectos dinámicos de las propiedades especiales, como los inherentes a la prestación de servicios, de organización de cada sistema contractual, de regulación de las normas de convivencia o edilicias, no pueden ser el fundamento de la creación de nuevos derechos reales, precisamente porque son cuestiones de tipo obligacional, ajenas (sin posibilidad de confundirse aunque no independientes) al concepto de derecho real.[55]

Mientras los restantes derechos reales se definen por los poderes a que dan lugar, para todos estos (art. 2073 para conjuntos inmobiliarios, 2087 para tiempo compartido y 2103 para cementerios privados con el agravante de bajo el mismo se habla del derecho –real- de sepultura) se opta por una descripción fáctica de los objetos sobre los que se asientan.

Se insiste en el caso de tiempo compartido y cementerios privados (arts. 2100 y 2111) pero también rige para los clubes de campo y figuras afines que su adquisición es objeto de protección por el Derecho de consumidores y usuarios (ley 24240 ref. por ley 26361)

*En el caso del **TIEMPO COMPARTIDO** a pesar de la categorización como derecho real sobre cosa propia, sin perjuicio de que el propietario del inmueble deba afectarlo al régimen (arts. 2089 y 2090), el propietario puede transferir o constituir a favor de los usuarios tanto derechos reales como personales[56]. Del art. 2088 se deduce que los derechos que se constituyan o transmitan a favor de los usuarios pueden ser de distinta naturaleza. Por su parte el art. 2093, cuando establece que la inscripción del instrumento de afectación tiene por uno de sus efectos "la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra", parece sugerir que los derechos transmitidos son de índole personal porque de lo contrario no haría falta. Asimismo el art. 2097, al mencionar entre los deberes del administrador el de "preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones" y el art. 2100 al prescribir que existe relación de consumo entre el propietario... y "quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico...", sugieren claramente que el derecho de este último, o bien es un derecho real sobre cosa ajena, o un derecho personal, ya que el dominio queda en cabeza del primero. Corroborando esto el art. 2101 cuando dice que al adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.

Es interesante señalar que el objeto del TC no se limita a inmuebles ni al uso turístico

El sistema previsto no será operativo como no lo fue la ley 26356 hasta que no se dicte la normativa especial a que hace referencia el art. 2089 en cuanto a requisitos que debe contener la escritura de afectación y que implemente el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados al Sistema de Tiempo Compartido donde debe inscribirse la misma además del Registro de la Propiedad (art. 2092).

* Otro tanto sucede con los **CEMENTERIOS PRIVADOS**, en el que las figuras del propietario y administrador del cementerio se distinguen claramente del titular del derecho de sepultura, hablando el art. 2111 habla de relación de consumo entre propietario y administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas. Con la réplica del art. 2112 que dispone que al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales.

“No parece razonable que se los incluya en la nómina de los derechos reales (con la autonomía que le es consecuente); luego se considere que los adquirentes pueden serlo, de un derecho real o de uno personal; y que, finalmente, si son personales, se prescriba la aplicación de las normas de los derechos reales. Lo último resultaría una obviedad si verdaderamente hubieran sido configurados, en su tratamiento particular, como derechos reales sobre cosa propia”[57]. Si se les transmitió un derecho personal ¿cómo podría aplicársele las normas de los derechos reales?

Es dable señalar que el administrador del cementerio privado deberá llevar un registro de inhumaciones y otro de titulares de los derechos de sepultura.

Se prevé también los contenidos del reglamento de administración y uso, por su particular destino. Y así deberá disponer la normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados; el destino de los restos mortales en caso de sepulturas abandonadas, normativa sobre construcciones, acceso y uso etc.

***CONJUNTOS INMOBILIARIOS:** término que abarca los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquéllos que contemplen usos mixtos... (ART. 2073)

“Sin regulación hasta el dictado de la ley (decreto-ley) 8912/77, por virtud del Decreto 2489/63 (Reglamentario para la Provincia de la ley 13.512)[58] abundaron los conformados en propiedad horizontal con unidades a construir. Luego del dictado del decreto 9404/86, reglamentario del 8912/77 para la constitución de clubes de campo quedó habilitado (con reservas) un régimen de subdivisión geodésica, con dominio exclusivo de parcelas y situación asociativa de los propietarios en una entidad ad-hoc titular de espacios de circulación y recreación.- El Decreto 27/98 fijó normas para los barrios privados, admitiendo su conformación por uno u otro régimen.”[59]

Si bien algunos autores (vgr. Pratesi en el trabajo citado, Molina Quiroga[60]) han visto una cierta flexibilidad en la regulación en cuanto a la posibilidad de desarrollo o subsistencia, con la flexibilidad de los derechos personales, en forma mixta o en otras variantes de derechos reales (vgr. combinación dominio-condominio, servidumbres prediales recíprocas) lo cierto es que el art. 2075 es categórico en cuanto a que deben someterse a ese régimen de derecho real de propiedad horizontal especial[61] y los preexistentes que hubiesen adoptado otra modalidad “se deben adecuar” a sus previsiones normativas, con las complicaciones que ello indudablemente va a provocar.

Se admiten limitaciones -y que se estipulen derechos de preferencia- a la transmisibilidad de las unidades pero que no lleguen a impedir las (art. 2085)

No obstante que la potestad sancionatoria es un derecho implícito de toda asociación, por ende se ha admitido el poder disciplinario no regulado, en caso de transgresión al régimen interno preacordado[62], siempre que exista proporcionalidad entre la sanción (de menor a mayor: llamado de atención, apercibimiento, multa, suspensión en el ejercicio de ciertos derechos en forma temporaria y hasta expulsión) lo que en el caso de complejos urbanísticos puede afectar directa o indirectamente el derecho de propiedad y la falta, derecho de defensa y revisión judicial, el art. 2086 dispone que deben previstas en el reglamento, sin más pautas que son aplicables “ante conductas graves o reiteradas.

*En cuanto a la **SUPERFICIE** la más importante modificación es que se admite la urbana a la par de la agrícola. A diferencia del art. 6 ley 25509 y 2018 del Proyecto de 1998, el art. 2117 fija dos plazos: conserva el de 50 años para forestaciones y plantaciones y eleva a 70 años cuando se trata de construcciones[63]. El plazo convenido puede ser prorrogado

siempre que no exceda los plazos máximos (no se aclara si desde su constitución originaria como entendía Mariani de Vidal[64] en opinión que comparto, o desde el nuevo acuerdo en tal sentido como pensaban Cossari-Luverá[65]) No se fijó un plazo mínimo que las X Jornadas Nacionales (Corrientes 1985) había entendido debía ser de 15 años. Es transmisible mortis causae (a diferencia del usufructo) y por actos entre vivos onerosos o gratuitos (art. 2119; ver lo que se dijo sobre la prescripción adquisitiva)

Acorde con su doble modalidad (art. 2115) - poder de construir, plantar, forestar, es decir derecho de superficie propiamente dicho (derecho real sobre cosa ajena) o de hacer suyo lo plantado, forestado o construido, es decir la propiedad superficiaria (derecho real sobre cosa propia ver art. 1888)-, es regulado luego del dominio, condominio, propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios y antes del usufructo. El derecho de superficie contiene en potencia la propiedad superficiaria.

Supletoriamente se aplican las limitaciones de usufructo para el derecho de superficie y las del dominio revocable para la propiedad superficiaria (arts. 2127 y 2128)

Entre los legitimados siguiendo al art. 2019 del Proyecto del 98 agrega a los titulares de dominio y condominio, a los de propiedad horizontal (art. 2118)

Conforme el art. 2120 se permite la hipoteca (art. 2206) y la anticresis (art. 2213)[66] tanto sobre el derecho de forestar, plantar, edificar como sobre la propiedad separada, obviamente sujeto al plazo respectivo. Ello coincide con la solución del art. 2026 del Proyecto del 98 y las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ello amén de los derechos reales de disfrute que puede constituir, usufructo, uso, habitación arts. 2131, 2155 y 2159)

Se extingue además por vencimiento del plazo, por renuncia, cumplimiento de condición resolutoria, no uso por 10 años para el derecho de construir y de 5 años para el de plantar o forestar (art. 2124) o en caso de destrucción de la propiedad superficiaria si no se construye nuevamente en el plazo de 6 años o se planta o foresta en el de 3 años (puede establecerse por pacto la extinción por la destrucción o plazos diferentes) art. 2122. El Proyecto de 1998 contemplaba un plazo común de diez años de extinción por el no uso y la no reconstrucción o replantación/forestación cualquiera fuese el supuesto (arts. 2026 y 2028 Pr.)

La renuncia, abandono o no uso no libera al superficiario de sus obligaciones (art. 2123) La extinción anticipada no impide la subsistencia de los derechos reales y personales, debiendo el propietario soportarlos como si la superficie se encontrara vigente (art. 2125).

Ya que el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, es decir la propiedad superficiaria en forma libre una vez vencido el plazo, es una decisión legislativa correcta (que se aparta de la recomendación n° 11 de la ley de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario”) que se establezca por principio (salvo pacto en contrario) la indemnización por parte del dueño del suelo. La ley delega en la autonomía de la voluntad los parámetros de valuación. No es necesario que sea determinada en el acto constitutivo, pudiendo hacerlo en acuerdos posteriores. Si no se ha previsto la cuestión, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años. La amortización ocurrida debe ser descontada (art. 2126). Ello es mucho más específico que “la medida de su enriquecimiento” (art. 11 de la ley 25509) que tomaba el art. 2023 del Proyecto de 1998.

***USUFRUCTO.**

Se mantiene la prohibición de usufructo judicial del art. 2818 del C. de Vélez (art. 2133 innecesario ante la prohibición general del art. 1896) y la intransmisibilidad hereditaria arts. 2822, 2825 y 2920 C Vélez (art. 2140)

Se extiende el plazo de duración máxima en el caso de ser el usufructuario una persona jurídica a 50 años (art. 2152 inc. b) frente a los 20 años de Vélez (art. 2828, 2920).

El cuasiusufructo (asimilable al mutuo) queda reducido al que recae sobre un conjunto de animales (art. 2130 inc. c)

Se establece una contradicción en cuanto a la legitimación del superficiario para constituirlo: según el art. 2120 solo puede constituir derechos reales de garantía; pero el art. 2131 **menciona al superficiario entre quienes pueden constituir usufructo**. Aunque no enumere específicamente al condómino respecto de la alícuota ello surge del art. 1989. Se olvida mencionar a los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados.

En cuanto a los modos de constitución se explican los tradicionales *per deductionem* y *per traslationem*; esto es reservándose el usufructo y transmitiendo la propiedad o transmitiendo el usufructo y quedarse la propiedad o enajenar también ésta a un tercero (art. 2134).

El derecho de acrecer recibe igual tratamiento que en el Código de Vélez (art. 2132; art. 2823 C. Vélez)

Se generaliza la presunción de onerosidad (art. 2135), sin la distinción que establece el art. 2819 del C. de Vélez para los constituidos por disposición de última voluntad que se reputaban gratuitos.

Se conserva la prohibición de constituirlo bajo la modalidad de condición suspensiva (art. 2136; 2829 C de Vélez)

El inventario ya no es de orden público (art. 2849 C Vélez) sino facultativo (2137); ya no se habla de fianzasino de garantía y desaparece la limitación del art. 2854 -hipoteca-, manteniéndose también su carácter optativo.

El art. 2141 inc. a se aparta de la solución del 2865 C Vélez en cuanto a los frutos civiles (se adquieren día x día aunque no se hubieran percibido). Ahora no se distingue sin perjuicio de lo que dispone el inc. b para los pendientes.

La gran innovación es la transmisión por actos entre vivos- art. 2142- (el de Vélez en el art. 2870 sólo permitía ceder el ejercicio) de ello me ocupe formulando algunas observaciones en "Transmisibilidad del usufructo" Revista El Derecho 20 y 21 de agosto de 2014. Parece que se desliga al cedente de [QUE???.....], pero no es categórico. En la práctica lo más importante es que conforme el art. 2144 el usufructo podrá ser ejecutado por los acreedores. En el régimen de Vélez sólo permitía a los acreedores oponerse a la renuncia del usufructuario (2933) y el embargo para cobrarse con los frutos (2908). Paradójicamente el art. 744 inc. e al ocuparse de los bienes excluidos de la garantía común de los acreedores excluye a los derechos de usufructo, uso y habitación.

El mismo artículo 2142 acepta (contra la doctrina minoritaria de Allende y Mariani de Vidal) que el usufructuario pueda constituir uso y habitación, y -siguiendo a Vélez (arts. 3241/2 y 2980/84 y 3016)-permite que pueda constituir anticresis (2213) y servidumbres (2168).

En cuanto a las mejoras (art. 2146) debe el usufructuario realizar las de mero mantenimiento, las necesarias y las causadas por su culpa (no las originadas por vetustez o caso fortuito). En este punto se sigue a Vélez (arts. 2881 y 2883), pero desaparece el límite del art. 2884 del C. de Vélez (que no excedan las $\frac{1}{4}$ si es oneroso o $\frac{3}{4}$ si es gratuito de la renta líquida anual), así como la distinción entre mejoras ordinarias y extraordinarias. Siempre es por causas originadas con posterioridad a su constitución (art. 2147 coincide con los arts. 2883 y 2891 aunque no haga referencia a la entrada en posesión ya que se constituye con la tradición)

Respecto de los impuestos y contribuciones el art. 2148 agrega correctamente las expensas (lo que corrobora el art. 2050) que no enumeraba Vélez en el art. 2894 al no admitir la propiedad horizontal. No establece la distinción entre impuestos ordinarios y extraordinarios, cosa que sí hacía Vélez en el art. 2895. No se incluye la obligación de contribuir a los gastos de cerramiento forzoso como lo hacía el art. 2896 C. Vélez.

En lo que hace al nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad (disposición jurídica y material) compatibles con el derecho de uso y goce transmitido y su deber de no interferir -turbar- en éste. (art. 2151 sin la casuística de los arts. 2912 a 2917 C. Vélez). En el caso de los actos materiales, a falta de previsión en el título o de conformidad del usufructuario, teniendo en cuenta la tradición efectuada, hubiera sido útil fijar alguna directriz al respecto, aunque de un modo más general a la enumeración que contenían la primera parte del art. 2912, y los arts. 2913 y 2917 C. de Vélez (vgr. reparaciones necesarias).

***USO Y HABITACIÓN**

La innovación más trascendente es la desvinculación de ambos derechos reales del concepto de familia que proporcionaba el 2953 C Vélez, y cuyas “necesidades” servían para determinar el alcance de las facultades del titular. Sólo tangencialmente en el caso de embargo de los frutos por acreedores en el uso “las necesidades del usuario y la familia” opera como límite (art. 2157)

Se consagra la opinión mayoritaria (Papaño, Areán) de que las partes indivisas pueden ser objeto de este derecho

La remisión a las normas del usufructo despeja también las dudas respecto de la admisión de la cotitularidad (Urbaneja) Siguiendo la tesis dominante se admite solo la titularidad de personas físicas o humanas (art. 2154). Está vedada la constitución de derechos reales (art. 2156)

El de **habitación** por razones obvias no contempla la posibilidad de constituirse sobre partes indivisas, ya que recae sobre un inmueble o parte material de él (art. 2158) También solo puede constituirse a favor de personas humanas.

Dispone el art. 2160 que no es transmisible por actos entre vivos (innecesariamente dado que se aplican las normas del usufructo se reitera que tampoco mortis causae) ni ejecutable. Las facultades están más limitadas dado que no solo no puede constituir derechos reales sino tampoco derechos personales sobre la cosa (vgr. locación o cesión del uso como ya lo vedaba el art. 2963 C. Vélez) Si ocupa solo una parte material, tal como disponía el art. 2968 C. Vélez, debe contribuir a prorrata al pago de cargas, contribuciones y reparaciones (art. 2161)

El derecho real de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge superviviente del art. 3573bis del Código derogado es conferido por el art. 2383, como de pleno derecho. Ello no era así, y tenía que reclamarse, lo que daba lugar a discusiones hasta el momento en que podía hacerse (minoritariamente hasta la declaratoria mayoritariamente hasta la partición). Se da sobre el inmueble del causante que constituyera el último hogar conyugal (ya no se exige que además de sede del hogar conyugal se trate del único inmueble habitable integrante del acervo hereditario). Desaparece la extinción por nuevas nupcias[67] y los problemas que generaba en caso de concubinato[68]. Y se consagran las exigencias ya tomadas por la doctrina y la jurisprudencia de que no exista al respecto un condominio con terceros y la inoponibilidad a los acreedores del causante.[69]

***SERVIDUMBRE**

Se reducen los 138 artículos que le dedicaba Vélez a 22 artículos. Se pone fin a una vieja polémica, siguiéndose el criterio de Allende hoy ampliamente mayoritario[70] de que siempre (también las personales) exigen dos inmuebles: uno sirviente y otro dominante, es decir son activas (art. 2162)[71] La diferencia entre las reales y las personales pasa por ser el provecho inherente o no al fundo dominante (art. 2165). En otras palabras mientras las primeras toman en cuenta las necesidades de los sucesivos titulares del fundo dominante (2971 y arts. 3003/4 C Vélez) las segundas sólo las de determinado titular del fundo dominante (2972 C. de Vélez). Queda así definitivamente desterrada la idea de considerar al usufructo, uso y habitación como variantes autónomas, típicas (al decir de Borda) de las servidumbres personales.

Es considerada una carga o gravamen real para el inmueble sirviente (art. 1888), estableciéndose como regla hermenéutica que "toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del bien gravado" (art. 1888).

Como decía el Proyecto de 1998 (al que sigue casi textualmente) en sus Fundamentos, punto 290, la misma amplitud en cuanto a la utilidad para la que está prevista y que consagraba Vélez Sársfield en el artículo 3000 mantiene con tal de que la misma sea determinada (aunque fuere de mero recreo art. 2162)[72] pero a diferencia de aquel no "ingresa en el fatigante detallismo de la regulación en particular de algunas servidumbres", las llamadas típicas: esto es la de tránsito arts. 3068/3081 C. Vélez; acueducto arts. 3082/3092 C. Vélez ; recibir aguas comprensivas de las de goteras para aguas pluviales de techos vecinos , desagüe para aguas artificiales y drenaje arts. 3093/3103 y de sacar agua arts. 3104/3107.

Y “en la misma tesitura que el Anteproyecto de 1954, se suprimen las servidumbres constituidas de resultas de una voluntad tácita, por no coincidir la recomendable certeza y publicidad de los derechos reales, con el nebuloso clandestinismo de las cuestionables constituciones de la servidumbre por destino del padre de familia y de la servidumbre que revive” de los arts. 2994 a 2997 y 3057 C Vélez.

Se recoge la distinción entre servidumbres positivas —servidumbres "in patiendo"— y negativas —servidumbres "non faciendo", según que la carga sea soportar un ejercicio o una abstención determinada impuesta en el título (art. 2164), aunque no ya como parte de la definición o concepto (así figuraba en el art. 2970 del C. Vélez) sino como clasificación.

Si bien no se consagra expresamente como lo hacían los arts. 3010 y 3042 C. Vélez[73] que el contenido de la servidumbre no puede consistir ni principal ni secundariamente en un hacer (in faciendo), si una obligación de hacer se hubiera establecido al constituir la servidumbre, sólo tendrá alcance personal. Este principio subsiste por la distinción entre derechos reales y personales, lo que determina coherentemente (y a diferencia de Vélez Capítulo 3 del Título 12) no se hable de obligaciones de titular sirviente, ya que el hacer es el contenido prestacional de los derechos creditorios. No obstante estimo que hubiera sido útil un artículo categórico en el mismo sentido que aquellos.

Como se dijo, se incluye la clasificación de real y personal (art. 2165). Ambas son inherentes al fundo sirviente, pero sólo las reales al dominante. La inherencia determina que no pueda transmitirse la servidumbre independientemente del fundo dominante (art. 2172, en cuya redacción del primer párrafo pudo haberse agregado servidumbre “real”, 2165 segundo párrafo y 2178) En razón de la ventaja personal, las de la segunda clase son intrasmisibles *mortis causae* (arts. 2172 in fine y 2182 inc. c)

Tácitamente se consagra la clasificación de perpetua y temporaria (art. 2165 y 2172) Desparecen las categorías de continua/ discontinua (art. 2975 C. Vélez) y aparente/no aparente (art. 2976 C. Vélez) que tenía trascendencia en materia de prescripción adquisitiva (art. 3017 C. de Vélez)

Se controvierte la posibilidad de su adquisición por prescripción larga – además de la saneatoria que era también en forma lamentable excluida por Vélez—lo que constituye un grave error (vgr. vistas y luces, acueducto etc). Como argumentos que darían una respuesta negativa tenemos que el art. 1891 siguiendo a Gatti[74], considera a su respecto que no hay posesión sino actos posesorios y para la prescripción adquisitiva es imprescindible la posesión (art. 1897) y que la apariencia siempre ha sido reclamada como elemento de publicidad esencial para la usucapión y esa categoría fue eliminada. A favor sólo encontramos que el art. 2565 reza que los derechos reales principales (y la servidumbre lo es) se pueden adquirir por prescripción.

Lo anterior suscita también incertidumbre en cuanto a las defensas posesorias. El Código sólo se las concede a los poseedores y tenedores y la extrajudicial también a los servidores de la posesión. No existe una norma similar a la del art. 3034 del C. de Vélez, la que más allá de ciertas dudas daba algún tipo de solución[75]. Ello implica un notable retroceso, en vez de avanzar hacia una regulación superadora que las otorgara para todas las que cuenten con título y para las positivas sin distinción. Entiendo que con una interpretación amplia en función del “ejercicio por actos posesorios” la jurisprudencia terminará concediéndolas, aunque en muchos casos será más expedito ir directamente a la confesoria. Como

tangencial comentario que exigiría un desarrollo mucho más amplio que estas líneas apunto cuantos problemas prácticos solucionaría una teoría de las relaciones reales, que incluyera variantes de yuxtaposición y la cuasiposesión como proponía Molinario o de señorío fáctico al estilo de López de Zavalía.

En cuanto a los legitimados para constituirla se plantea una contradicción entre el art. 2168 que posibilita -a tenor de lo dispuesto por el art. 1891- tener por incluido al superficiario, solución lógica, y la omisión del art. 2120. Algo similar a lo que ocurre entre éste y el art. 2131 en forma expresa en relación al usufructo.

El art. 2169 siguiendo al art. 2072 del Proyecto de 1998 reitera innecesariamente la prohibición de constituirla judicialmente (art. 1896) con el agravante de que como regula el art. 2166 en los supuestos allí contemplados pueden ser impuestas – por eso se las denomina forzosas a diferencia de las voluntarias-. Frente a la resistencia a su constitución como expresamente contemplan los dos últimos párrafos de ese artículo, deben reclamarse judicialmente. Al no nacer ope legis ni contractualmente hacen excepción a esta regla consagrada sin excepciones, habiendo bastado limitarse a consignar como otro párrafo de aquel que “fuera de estos casos la servidumbre no puede ser impuesta por el juez.”

Se establecen presunciones *iuris tantum*: que es onerosa (art. 2170 sin hacer distinción al igual que para el usufructo en función de la causa, cosa que a mi criterio correctamente hacía el art. 2074 del Proyecto de 1998 al presumir gratuita la proveniente de disposición de última voluntad), en caso de duda que es personal y si es real que es perpetua (art. 2165) y si es personal, a falta de plazo, que es vitalicia si es favor de persona humana (art. 2165) o que dura el plazo de 50 años si es persona jurídica (art. 2182 inc. c)

En cuanto a la forzosas, como expresan Marini de Vidal - Abella[76] el art. 2166 además de no dar pautas para el “precio” como sí la contenía el Código de Vélez para las servidumbres de paso y acueducto en los arts. 3068 y 3085, el supuesto contemplado al final del segundo párrafo (la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulte perjuicio grave para el sirviente o que, de existir, sea canalizada subterráneamente o en cañerías) debe armonizarse con la limitación al dominio – no indemnizable- del art. 1976, de la siguiente forma: será limitación no indemnizable si el beneficiado probare que no causa perjuicio, en cambio si causa perjuicio pero éste no fuera grave, existirá la posibilidad de reclamar la constitución de la servidumbre forzosa indemnizable; y si causa perjuicio grave, se podrá reclamar igualmente la constitución indemnizable, pero debiendo ser el agua canalizada subterráneamente o en cañerías.

El art. 2174 mantiene la regla ejercer todas las **servidumbres** accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio, tal como ahora está previsto (art. 3018, CCiv.). del art. 3018 del C. de Vélez de que comprende todas las facultades de una servidumbre accesoria indispensable para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio.

No se da ninguna respuesta al interrogante de si el principio *nemine res sua servitimpide* establecerlas siendo a la vez copropietario del otro fundo. Ello había dado lugar a controversia en el régimen del Código de Vélez. En la nota al art. 2985 parecía haberse pronunciado por la imposibilidad de constituirla. La distinción que allí hacía para las servidumbres existentes al producirse la comunidad la tradujo normativamente en el art. 3058: “No habrá confusión de las dos calidades de dominante y poseedor del fundo

sirviente, cuando el poseedor de uno de los inmuebles llegase a ser simplemente condómino del otro inmueble, o cuando la sociedad conyugal adquiriese un inmueble dominante o sirviente de otro inmueble de uno de los cónyuges, o de uno de los socios, a menos que disuelto el matrimonio, o disuelta la sociedad, ambos inmuebles vengan a pertenecer a la misma persona.” Gran parte de la doctrina entendió por ello que en el supuesto no eran viables. Así, Salvat[77], Lafaille[78] Garrido-Andorno[79] Areán[80] y Zelaya.[81] Sin embargo otro sector importante entendió que ello no era óbice: Segovia[82], Machado[83], Argañaras[84], Allende[85], Mariani de Vidal[86], Borda[87], Papaño-Kiper-Dillon-Causse[88] y Musto[89] . Adscribo a esta opinión. La indivisibilidad que caracteriza a este derecho (“Las servidumbres son obligaciones de un fundo hacia otros fundos”, en las que “Nada importa que el predio dominante o sirviente mude de dueño, y que se reparta en varias manos en lugar de estar en las de un solo dueño” nota al art. 3007) así como justifica su plena subsistencia excluyendo la confusión y extinción parcial del derecho (a diferencia del usufructo), no debe ser erguida en obstáculo a que inicialmente se configure con esas titularidades de los fundos, ya que no se estaría adquiriendo como derecho o carga pro alícuota, sino pro indiviso en relación a los mismos, independientemente de esa composición particular del condominio. No existe identidad entre potestad- comprensión que por superposición impidan su constitución, ya que al no ser el otro inmueble enteramente propio, la utilidad que reporta u obtiene no queda absorbida o consolidada en las facultades plenas y exclusivas del dominio.

Si bien ni el Proyecto de 1998 ni el Código sancionado se expiden particularmente sobre el tópico, el primero en el art. 1821 consignaba “Son cargas reales los derechos reales sobre *cosa total o parcialmente ajena*”.

***FUNCION DE GARANTÍA**

La conocida expresión de que "el patrimonio es la prenda o garantía común de los acreedores", si bien no tenía recepción expresa en el CC, podía deducirse de varias disposiciones. Ahora tiene expresa consagración en el Capítulo 2, del Título III, que regula la función de garantía de los bienes. El art. 242 dice expresamente que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran. En el art. 243 se especifica que el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación de un servicio público.

Respecto a la cesión en garantía el art. 1615 dispone que las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

A través del art. 1680 recepta el fideicomiso[90] con función de garantía, sobre cuya licitud la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria ya se había expedido[91] El artículo aclara que los bienes fideicomitidos deben ser realizados y el acreedor cobrarse de su resultado. Se permite al fiduciario que según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, opte por la vía privada o judicial para disponer el contenido de la garantía, “asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”

En materia de **PRIVILEGIOS**[92] y en la misma senda que Vélez, de regularlos entre las disposiciones comunes a los derechos reales y personales (arts. 2573 a 2586), y en procura de unificar su tratamiento con la LCQ se dejó en manos de la LCQ la regulación de los privilegios generales que se ejercen solo en los procesos colectivos (exista o no cesión de pagos)- ver arts. 2579 y 2580- circunscribiéndose a regular los especiales correspondientes a las ejecuciones individuales. Son definidos como la calidad que corresponde a un crédito (art. 2573) y no ya como un derecho (art. 3875C.Vélez). Como regla, se consagra que excepto disposición en contrario o subrogación real solo pueden ser ejercitados mientras el asiento o cosa a él afectada permanece en el patrimonio del deudor (es decir que carecen de efectos reipersecutorios). El origen legal y los pactos de postergación, contenidos en el art. 3876 con la reforma introducida por la ley 24441 al C. Vélez (los convenios de subordinación también en el art. 239 LCQ) se especifican en dos normas (art. 2574 y 2575, aclarándose ahora que el privilegio del crédito laboral no es renunciable ni postergable) Adecuadamente se dispone que no pueden ejercerse sobre cosas inembargables. El art. 2576 se sienta el principio de que son indivisibles en cuanto al asiento y al crédito independiente de la divisibilidad de los mismos y de que la transferencia del crédito incluye al mismo.

Respecto al derecho de **RETENCION**, en pocas normas se fijan sus caracteres (accesorio de una obligación cierta y determinada- art. 2587-; transmisible – con el crédito al cual accede art. 2592 inc. b- ; indivisible – puede ser ejercido sobre todo hasta que la totalidad de la deuda haya sido pagada art. 2592 inc. a; art. 3941 del C. de Vélez- es una excepción de carácter dilatorio -Llambías, no se opone por vía de acción sino como defensa y es reemplazable por garantía suficiente, art. 2589; art. 3943 segundo párrafo del C. de Vélez ley 17711-, debe mediar conexidad entre el crédito y la cosa – que adeude en razón de la cosa art. 2587; 3939 C. Vélez)

No se legitima para su ejercicio a los tenedores a título gratuito, salvo el caso de que lo sean en beneficio del otro contratante.

Se aparta de la solución del art. 2527 del Proyecto de 1998 en cuanto a que la cosa sobre la que se ejerce hasta puede ser inembargable. Expresamente se exige que sea embargable (art. 2588 siguiendo los arts. 3878 y 3942 del C. de Vélez)

En cuanto a las atribuciones del retenedor se le concede acciones para la defensa de su relación de poder (art. 2590 inc. a; art. 3944 C. Vélez)

Con buen tino se le reconoce el derecho de percibir un canon desde que intente a pagar al deudor del crédito y recibir la cosa (art. 2590 inc. b)[93]

Excepto pacto en contrario (o supuesto de retención anómala o irregular vgr. el del locatario art. 1226; nota al art. 1537 y art. 1547 del C. de Vélez) no puede usar la cosa retenida. No está obligado a percibir los frutos naturales pero si opta por ello debe dar aviso al deudor y así disponer de los mismos, imputándolos a intereses y si hay excedente a capital del crédito.

Razonablemente se dispone que no impide la ejecución de la cosa por el retentor o por otros acreedores, en cuyo caso se traslada al precio con el privilegio respectivo (art. 2591 inc. d), mejorando la solución del art. 3942.CVélez.

Se soluciona el problema que había generado el art. 3946 del C. de Vélez[94] con los dos

últimos párrafos agregados por la ley 17711 en cuanto a su relación con los privilegios especiales. Conforme el nuevo art. 2582 inc. d, lo que se le adeude goza de privilegio especial en cuarto orden sobre la cosa retenida o sobre las sumas depositadas para liberarla.

A diferencia del art. 2531 inc. dd del Proyecto de 1998 que disponía que no interrumpe el curso de la prescripción liberatoria del crédito al cual accede toda vez que no conlleva actividad alguna tendiente en forma directa a su satisfacción, el nuevo art. 2592 inc. e dispone que la facultad de retención mientras subsiste tiene ese alcance. Considero que en tanto no se haya esgrimido judicialmente, por la sola pasividad de una detentación no debería interpretarse una intención de no abandono o de mantener vivo el crédito idónea para tener por interrumpida la prescripción.

***ACOTACIONES RESPECTO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA**

Se conserva en una redacción simplificada (todo el Título XIII contiene cincuenta y tres artículos (arts. 2184 a 2237) a diferencia del Código de Vélez que regula la misma materia en ciento cincuenta y tres artículos (arts. 3108 a 3261), sin contabilizar los atinentes a la prenda comercial legislada por los arts. 580 a 588 del Código de Comercio, y que ahora se unificaron) los tres derechos reales de garantía con un capítulo inicial de disposiciones comunes. A diferencia del Proyecto de la Comisión Federal 1993 no estableció la hipoteca mobiliaria porque con la anticresis y la prenda con registro o sin desplazamiento (cuya regulación delega a legislación especial art. 2220) no es necesaria.

Están presentes todos los caracteres que hacen a los Derechos Reales de garantía. Así desarrolla los principios de convencionalidad (art. 2185), accesoriedad (arts. 2186 y 856/7; créditos garantizables art. 2187), especialidad en cuanto al objeto (art. 2188 y extensión en cuanto al mismo art. 2192) y en cuanto al crédito (art. 2189 y extensión en cuanto al mismo art. 2193), adoptando respecto a esto último el criterio minoritario de que se cumple con la expresión del monto máximo del gravamen, las facultades y responsabilidades del constituyente y del propietario no deudor, los efectos de la subasta y la cancelación del gravamen. Los requisitos atinentes a la publicidad y oponibilidad están previstos en las disposiciones generales comunes a todos los derechos reales (art. 1893).

Se dice también que son indivisibles, en términos similares a como estaba resuelto: que cada uno de los bienes y cada parte de ellos están afectados al pago de todo el crédito y cada una de sus partes, y que el acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías. Ello como carácter natural y sin posibilidad de un ejercicio abusivo (art. 2191 C nuevo en sentido similar a los arts. 3112 y 3113 C. Vélez y para la prenda 3233 y 3235)

Desaparece el nombre, absolutamente equívoco, de "tercer poseedor" (Capítulo 5 del Título 14 C. Vélez), y bajo el concepto de propietario no deudor se incluyen los supuestos de constituyente y adquirente, sin obligarse (art. 2199)[95]. Se aclara algo que no hacía el proyecto de 1998 que excepciones puede oponer el propietario no deudor (art. 2200).

El art. 2207 aporta claridad respecto de la hipoteca de parte indivisa de un inmueble tratada por los arts. 2678 y 3123 del C. de Vélez. Estas normas vinculaban la existencia de la

hipoteca al resultado de la partición, dandolugar a diversas interpretaciones. Si bien la doctrina y jurisprudencia más moderna y mayoritaria protegían al acreedor de un posible fraude a través de la partición, lo cierto es que no era un régimen que diera la seguridad necesaria en cuanto a los derechos del titular de la garantía pendiente la partición y en su realización. El precepto despeja las incertidumbres: el acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición y mientras subsista la hipoteca, la partición extrajudicial del condominio le es inoponible en tanto no preste expreso.

Se establece la subrogación real (art. 2194)

La más importante y negativa reforma, en función de la redacción del art. 2189, es que la llamada hipoteca o garantía de máximo (o con techo o tope) ha sido establecida para todos los gravámenes (tanto para los créditos determinados como indeterminados) y no solo para lo que la doctrina denominó hipotecas abiertas, flotantes, globalparaguas o con indeterminación sustantiva, exigiendo además que se fije un plazo que no puede exceder los diez años. Aunque positiva la admisión de las hipotecas abiertas ("...El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente..." art. 2189), si bien es contradictorio con la exigencia del art. 2187 ("al constituirse la garantía") - al no establecerse que una es la regla y otra es la excepción y ello para distintos efectos[96]-, se hizo de un modo confuso, al tratarse indiferenciadamente con las que satisfacen el requisito de determinación sustantiva.

Tanto la XXVII Jornada Notarial Argentina (Salta 2005) como la XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora 2007) concluyeron que era conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito (o de accesoriedad si se entendiera que la indeterminación sustantiva de la causa fuente al momento de la constitución - hipoteca abierta-afecta a este carácter)[97], estableciéndose, alternativamente: a) una suma máxima y un plazo máximo o b) una suma máxima y una determinación suficiente de la causa. El Proyecto de 1998[98] disponía en su art. 2093: "Especialidad en cuanto al crédito. En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa. El monto del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si éste no es dinerario. Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia." La Comisión toma partido por la tesis que entiende a la especialidad del crédito como la fijación del monto o responsabilidad del gravamen y que la identificación del crédito en sus elementos esenciales no atañe al carácter de especialidad sino al de accesoriedad de la garantía. Pero a nadie se le ocurrió sugerir que aquellos requisitos (monto fijo y plazo) afectaren a aquellas garantías que no fuesen abiertas.

Adopta el criterio distintivo entre monto del gravamen y monto del crédito (art. 2189, en el párr. 2: "...en todos los casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos"). Esta solución se manifiesta en dos aspectos: 1) el acreedor no cuenta con privilegio por el excedente (art. 2189) y 2) el propietario no

deudor se libera abonando ese monto (art. 2199). Ello tendría el propósito de arrojar seguridad jurídica para terceros y el propio deudor al darle mayor capacidad crediticia al no estar sujeto a indeterminaciones aunque el acreedor se perjudique por no haber hecho bien los cálculos para la garantía. Contrariamente a lo proyectado y agravado por la cuestión de obligaciones en moneda extranjera (art. 765 que con la reforma del PE se determina “debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”) particularmente dólares por el mercado inmobiliario e hipotecario el acreedor exigirá que el monto de la garantía sea muy superior al crédito para cubrirse, con la cual prácticamente agotará su utilidad como garantía para otras de rango posterior. En el sistema de Vélez, en el que se constituye el gravamen por el monto del crédito pero la garantía real se extiende a intereses, costos y costas (art. 3111 y 3152 C. Vélez), no se pone en riesgo la seguridad jurídica ya que con la publicidad cartular[99], el documento de constitución del gravamen, todos los interesados cuentan con los elementos para hacer los cálculos.

Apuntan bien Bono-Puerta de Chacón que la “solución genera una desigualdad injusta y arbitraria, porque protege más al deudor incumplidor que al cumplidor. El tope no distingue los rubros (capital, intereses, gastos, costas, etc.), y por ello genera el albur de que en ocasiones se cubrirá todos o algunos rubros, y aun podría ser que ni siquiera llegue a tutelar todo el capital sino sólo un tramo, siempre por la suerte de la casuística. Cabe ilustrar con dos ejemplos extremos: a) Si la deuda se incumplió inmediatamente, el tope, con suerte, cubrirá algo del capital pues los privilegios de costas (honorarios, martillero, edictos, etc.) insumirán buena parte de ese “monto de la garantía” (entre un 20 o 30 %). b) Si la deuda se incumple sobre el final de su amortización, todos los rubros se cobrarán con privilegio pues el tope máximo estará disponible pues, habiéndose pagado casi todo el principal, habrá más para repartir con preferencia para el resto de los rubros de la deuda (intereses, costas, gastos, etc.).”

En cuanto a la duración de la inscripción (de la hipoteca 20 años art. 2210; anticresis igual - 20 años- si recae sobre inmueble o 10 años si tiene por objeto cosas muebles art. 2218)[100], similar a los arts. 3151 y 3197 del C. de Vélez, a cuyos alcances remite el art. 37 de la ley 17801, en razón de que el plazo de duración de la garantía de máximo es de 10 años a partir de la fecha de constitución (o el menor que se estipule) —art. 2189— se contempla un plazo que se aplicará únicamente en el supuesto de subsistencia de la garantía para la hipótesis prevista de incumplimiento.

El art. 2189 dispone en la parte final que vencido el plazo de diez años “...la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia”. El Proyecto de 1998 (art. 2093) aclaraba con buen tino que “la garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”. Es decir, quedaban al amparo del gravamen los créditos que hubieran nacido mientras no se extinguiera el plazo a que se sujetaba la garantía, el cual no podía ser mayor de diez años si se trataba de garantías “abiertas”. En cambio, el Código sancionado trastoca la solución anterior y pone como condición, para que el crédito quede bajo la protección de la garantía —cuyo plazo de diez años venció—, que la acreencia se haya incumplido durante su vigencia. Por lo tanto, pareciera que no basta que el crédito nazca en ese período sino que, además, debe haberse producido también su incumplimiento.[101]

Se ha intentado hacer una interpretación que de lógica a la normativa: que el plazo de 10

años se refiere puntualmente a garantías en seguridad de créditos indeterminados; en ese caso los créditos protegidos son los nacidos antes de su vencimiento. Aunque el art. 2189 pareciera exigir que todas las garantías deben un plazo máximo 10 años que pueda diferir del crédito, ello sólo es aplicable a las abiertas, es decir cuando no está identificado el crédito al momento de la constitución, pero si la hipoteca identifica la causa fuente en el acto constitutivo, basta con la expresión de la suma garantizada y se extingue cuando se extingue el crédito garantizado[102].

Es negativo también que la salvedad del art. 2186a la accesoriedad “excepto en los supuestos legalmente previstos” de pie a sostener que se ha aceptado que con la garantía de máximo para créditos indeterminados estos “pueden o no existir, sustituir, rotar, ampliar, variar y se pueden extinguir sin que ello impida subsistencia la garantía con su rango originario, por el lapso temporal pactado, a favor del acreedor para quien fue constituida, acercando el régimen proyectado al de las garantías de máximo al derecho germano”[103]

Específicamente en **Hipoteca**: Se eliminó la injustificada excepción al principio de convalidación (art. 2504 C. de Vélez, 1885 del sancionado) que establecía el art. 3126 para la hipoteca a non domino. El argumento de cosa futura carecía de asidero ya que lo futuro no es la cosa sino su adquisición. Highton[104] intentó explicar ese tratamiento distinto apuntando que aquí no había un ejercicio anterior del derecho a convalidarse.

El art. 2208 a diferencia del art. 3130 C. Vélez no hace retroactiva la aceptación posterior de la hipoteca.

***ANTICRESIS**

Pese a la propuesta de algunos de los consultados[105] se lo mantuvo como derecho real y no como un simple pacto.

Si se trata de inmueble será necesaria la escritura pública (art. 1017, inc. a) como para todos los derechos reales que tengan ese objeto.

POSITIVO

1) La definición del art. 2212 en relación al art. 2128 del Proyecto de 1998, ya que hace a la estructura del derecho real la percepción de frutos para imputarlos a una deuda (coincidente en esto con el art. 3239 C. Vélez).

2) Es acertado que el art. 2212 además de los inmuebles incluya a las “cosas registrables individualizadas”). Se supone que la permisión de la anticresis sobre una cosa mueble registrable como un taxímetro, que es habitual alquilar, podrá constituir una atractiva herramienta para el crédito.

3) Que el art. 2213 –a diferencia del art. 2129 del Proyecto de 1998– conserve la legitimación del usufructuario para constituirla; lo que era contemplado por los arts. 3241 y 3242, reafirmando el principio del art. 2870 del C. de Vélez. Por supuesto que se extingue con el usufructo (art. 2214). Lo mismo con la superficie (art. 2120). Si fue constituida por un tercero va a regir la limitación de responsabilidad del art. 2199.

4) Se concede privilegio al acreedor anticresista (art. 2582 inc. e “Tienen privilegio

especial... los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.) No lo tenía en el Código de Vélez ni en la LCQ[106], aunque la doctrina en general lo había juzgado pertinente[107] (XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Lomas de Zamora, 2007-: De lege ferenda “Privilegio y objeto. Se recomienda que se otorgue privilegio al acreedor anticresista y que se extienda la garantía a cosas muebles registrables”)

5) La supresión de la anticresis tácita (art.3261C.Vélez)

6) Que el art. 2215 al referirse a los derechos del anticresista (art. 3249 C. Vélez) diga que puede usar de la cosa (a diferencia de la prenda salvo pacto en contrario art. 2226) y percibir los frutos (descartando la convencionalidad respecto a la imputación a intereses que tenía el art. 3246 del C. de Vélez), en la forma y con los límites que contempla el art. 2216.

OBJECCION Debió contemplarse expresamente como se hace para las prendas sucesivas (art.2223 similar al 2115 del Proyecto de 1998 y en el mismo sentido que el art. 3210 del C. de Vélez) la concurrencia de anticresis, y repartirse los frutos según su participación.

Y la supresión del *pacto ex-intervallo* del art. 3253 del C. de Vélez. Recordemos que la plena vigencia de la prohibición del pacto comisorio en garantía (arts. 3169 y nota al 3108 para la hipoteca, 3222 para la prenda y 3252 respecto de la anticresis en el código de Vélez), cuyo lógico corolario es la incorporación de la norma del art. 2198 (“Cláusula nula. Es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía”) no es óbice a modalidades que aventan la posibilidad de abuso o perjuicio para el deudor (Así si la estimación del valor de la cosa al vencimiento de la obligación es realizada por peritos, es el precio de mercado en un mercado público, responde a cierto precio de referencia, es determinado por una institución pública o privada vinculada al ramo o es el precio informado por cierto periódico-Alegría Héctor “Las garantías autoliquidables”‖RDPC n°2 p.168-) tal como sucede con el *pacto marciano* (Digesto 20,I,16,9) admitido por los arts. 3223 C. Vélez y 585 CCom. y el *ex -intervallo* (Digesto 13,7,34) receptado en el art. 3253C. Vélez. No tiene por ello aplicación en la prenda de créditos (ver fallo Juzg. Fed. Cap. 1° Instancia “Famatex v. Ferrocarril Gral. Belgrano!” del Dr. Belluscio JA 1973 Serie Contemporánea To. 18 p. 496 y ss.) o de dinero (Art.1089 Cód. Perú: “Prenda de dinero. La prenda de dinero da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado”), ya que en tales supuestos no existe el riesgo de que el acreedor lleve a cabo un apropiamiento por un valor diferente del que en realidad tiene.

OPINABLE El que se haya suprimido el derecho del acreedor a restituir el inmueble o cosa cuando la administración le resulte onerosa o demasiado gravosa, y perseguir el cobro de su crédito, que contemplaba el art. 3257 del C. de Vélez, admitiendo el pacto en contrario.

PRENDA

Liminarmente es de señalar que desaparece la categoría de contratos consensuales y reales –en esta última figuraban la prenda y la anticresis-(arts. 1140 a 1142 C. Vélez)

Regula tanto la prenda de cosas de cosas como de créditos. Deja la prenda de registro a la legislación especial (art. 2220)

El art. 2221 reproduce el art. 3206 del C. de Vélez en cuanto a que los derechos del acreedor sólo subsisten mientras él o un tercero por él se encuentren en poder – tengan la posesión- de la cosa.

El art. 2222 exige igual que el art. 3217 del C. de Vélez que para su oponibilidad a tercero esté documentada por escrito en instrumento público o privado con fecha cierta, y que cumpla las exigencias de especialidad del crédito y del objeto.

Se salvaguarda la posibilidad de prendas sucesivas (art. 2223; art. 3210 del C. de Vélez), contemplándose la posibilidad de que se pacte un orden de prelación distinto a la prioridad de la fecha de constitución.

El art. 2224 se corresponde con el art. 3215 del C. de Vélez en cuanto a la obligación de entregar otra cosa de igual valor si se trataba de una cosa ajena que debió ser restituida a su dueño.

Respecto a la prenda de créditos se mantiene la exigencia para su constitución de notificación al deudor del art. 3209 C. Vélez (art. 2233)

El art. 1625 dispone que la cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario.

DEFENSA DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA

Se rechaza como principio general la llamada “justicia por mano propia” (artículo 2239), en armonía con el 2468 C. Vélez, pero se admite la excepción de la “defensa extrajudicial” (artículo 2240), análogo al vigente 2470.

Se sistematizan las definiciones de turbación y desapoderamiento (que se inferían del art. 2496 y 2497 in fine del C. de Vélez) como lesiones que son su presupuesto. Se aporta claridad al decirse que si los hechos causan alguna de las lesiones comentadas se estará en presencia de la acción posesoria, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión, y que si los actos no se ejecutan con la intención de hacerse poseedor habrá acción de daños pero no posesoria (artículo 2238 en el mismo sentido que el art. 2497 primera parte C. Vélez).

Dos únicas son las acciones admitidas: la de despojo y la de mantener, eliminándose la doble vía acciones policiales y posesorias propiamente dichas. Se establecen el art. 2242 que la acción de mantener comprende “la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra” y que no solamente la sentencia favorable ordena el cese sino la adopción de “las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse” (en sentido similar al art. 2192 Pr. 1998).

Lamentablemente no se incorporó una acción similar a la del art. 2198 Pr. 1998 para adquirir la posesión (“El que tiene título suficiente para adquirir el dominio pero no se le ha hecho la tradición traslativa, tiene acción para adquirir la posesión contra quien posee la cosa sin derecho, la que debe tramitar por el proceso de conocimiento más abreviado

previsto en la ley local”)[108], limitándose a replicar el art. 2239 simplemente la norma del art. 2468 del C. de Vélez, en el sentido de que un título válido no da la posesión (ahora expresamente extendido a la tenencia) misma, ni el derecho a tomarla por sí (Vélez aclaraba “en caso de oposición”) sino que debe ser reclamada judicialmente. Vale recordar que el interdicto de adquirir que algunos códigos procesales receptan por sus exigencias constituye un régimen que en general no puede entrar en juego[109], sin perjuicio de que por el agregado de la ley 22434 al art. 608 CPCN inspirado en un viejo precedente[110] pueda el juez ordenar para ese supuesto que la acción tramite por juicio sumario o sumarísimo.

Las acciones posesorias prescriben en el plazo de un año (art. 2564 inc. b). Acertadamente[111] el Proyecto de 1998[112] disponía que ese plazo fuera de caducidad.

Se regula la conversión de la acción (art. 2244) con una norma casi idéntica al art. 2196 Pr. 1998. Ese Proyecto no tenía una adaptación similar entre la negatoria y la reivindicatoria porque sólo preveía esta última. Pudo haberse contemplado algo similar al ocuparse de los hechos posteriores en el art. 2276

En el art. 2245 se ocupa de la legitimación de los poseedores de cosas, partes materiales o universalidades de hecho; del caso de coposeedores (que trataba Vélez en el art. 2489) aclarando su legitimación individual y que no procede entre los coposeedores cuando no hay exclusión o turbación en la posesión común sino que la cuestión se refiere a la extensión mayor o menor de cada parte y de la legitimación de los tenedores para reclamar contra hechos producidos contra el poseedor.

Se consagran las reglas de actualidad y antigüedad para su juzgamiento (art. 2243 en el mismo sentido que el art. 2471 C. Vélez). Aun cuando correctamente para evitar la desnaturalización del posesorio se haya suprimido la última parte de ese artículo que preveía que si ninguna de estas dos situaciones lograren despejarse “júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho” ese criterio residual se mantiene atento lo dispuesto por el art. 2270 (“el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión”) en paralelo con la posesión como último recurso en la acción real art. 2256 inc. d en el mismo sentido que el 2792 del C. de Vélez)

Sin que vaya en desmedro del principio de independencia del posesorio y el petitorio que en línea con lo que disponía el art. 2472 del C. de Vélez ahora trae el art. 2270, ello no es óbice a que todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia que haya sido fijado en el posesorio tenga efecto de cosa juzgada material en la acción real (art. 2242 in fine).

Es de interés señalar que preocupándose por la necesaria celeridad del posesorio el art. 2246, dispone que su trámite será por el proceso de conocimiento más abreviado que establezcan las leyes procesales “o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso”.

En el capítulo final en el que se ocupa de las relaciones entre las acciones posesorias y las reales se reitera el principio de no acumulación (art. 2269) y la doble vía de la que cuenta el titular de un derecho real frente a un hecho y las consecuencias que se derivan de su opción (art. 2273) tal como lo hacía Vélez en una sola norma (art. 2482). Existe también un perfecto correlato y armonía entre el art. 2271 y el 2484 del C. de Vélez (suspensión hasta que el posesorio haya terminado), entre el art. 2272 y el art. 2486 C. Vélez en cuanto a la imposibilidad de intentar la acción real sin cumplir con las condenaciones de la instancia posesoria y entre el art. 2274 y el art. 2485 del C. de Vélez (el actor en la acción real no

puede iniciar acciones posesorias por lesiones anteriores a su demanda- obviamente sí por las posteriores lo que innecesariamente aclara el art. 2276- pero el demandado sí).

***ACCIONES REALES**

OPINABLE que se mantenga la triple clasificación (reivindicatoria, confesoria y negatoria) de Vélez en vez de ser sustituida por la doble reivindicatoria – negatoria[113] (que en derecho comparado mantienen los códigos alemán -arts. 985 pretensión de entrega o restitución equivalente a la acción reivindicatoria y 1004 pretensión de defensa equivalente a la negatoria en caso de turbación-e italiano - arts. 948 acción de reivindicación y 949 acción negatoria-y que reconoce la doctrina española[114] al aceptar la negatoria para defender la libertad de los derechos reales, logrando que se declare la inexistencia o reducción a su medida del que se atribuye el demandado) que en paralelismo con las defensas posesorias considera la índole de la lesión o ataque según fuese total o parcial (desposesión-turbación), tomando lo que expresaba Vélez en la nota al art. 2800 con cita de Maynz.

NEGATIVO

1) Que siguiendo a Bibiloni[115] se haya dado acción reivindicatoria al acreedor hipotecario (art. 2248 in fine) cuando esta acción tiende a recuperar la cosa y el acreedor hipotecario no es poseedor ni tenedor. De ningún modo afecta el ejercicio de la acción hipotecaria el estado posesorio de la cosa. Distinto es el caso de injustificada imposición o pérdida en cualquier medida de gravámenes sobre o del inmueble que es su garantía y que amerita que iure proprio sea el acreedor hipotecario titular de las restantes acciones reales (negatoria art. 2801 C. Vélez y confesoria art. 2796 del C. de Vélez). A pesar de esta crítica, considero al nuevo código superior en cuanto a la protección del derecho de hipoteca que el Proyecto de 1998, que a tenor de los arts. 2202 y 2207 no hacía al acreedor hipotecario legitimado activo de la acción real que en reemplazo de las tres proyectaba, la reivindicatoria, obligándolo a recurrir a la vía subrogatoria. Paradójico resultaba un derecho real que no tuviera ni relación real (al suprimirse la cuasiposesión) ni acción real.

2) Que en la prueba de la acción reivindicatoria de inmuebles (art. 2256) no se haya tomado en cuenta la registración o no del título del actor y/o el demandado. La circunstancia de que no se haya incluido en el código las disposiciones sobre la publicidad registral respectiva, la que seguirá sujeta a la ley 17801, no constituye excusa. El Proyecto de 1998 contemplaba los supuestos de registración constitutiva y declarativa (con antecesor común o no) en diversas previsiones que pudieron ser reproducidas[116]

3) Que teniendo en cuenta el principio de convalidación y procesalmente la importancia de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del proceso el art. 2249 siga exigiendo como lo hacía el art. 2274 del C. de Vélez que la titularidad del derecho sea imprescindible también al tiempo de la demanda. El art. 2201 del Proyecto de 1998, introducía tal modificación: “Para el progreso de las acciones reales la

titularidad del derecho debe existir al tiempo de la sentencia”.

4) Que respecto a los efectos de la cosa juzgada en caso de cotitularidad la parte final del art. 2251 respecto a su extensión utilice una expresión que se presta a diversas interpretaciones “todos los que pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio”. Hubiere sido preferible decir que alcanza a los cotitulares que intervinieron o fueron citados al juicio respectivo.

POSITIVO

Que la acción de deslinde (art. 2266 y ss) haya sido incluida dentro de las acciones reales [117]; y que con la expresión “legisladas en este Capítulo” tal como hacía el Proyecto de 1998 (art. 2199) evite pronunciarse sobre la naturaleza personal o real de otras discutidas en doctrina, preocupándose más en especificar el principal efecto sustantivo (el otro es la competencia) es decir su imprescriptibilidad (art. 2247 in fine, división de condominio 1997 in fine, petición de herencia art. 2311, partición art 2368).

Que la acción reivindicatoria en materia inmobiliaria pueda ser paralizada en caso de invasión parcial por el colindante (art. 1963 que sigue a la letra al art. 1903 Proyecto de 1998).

Expresamente se permite la acción reivindicatoria contra el tenedor a nombre del reivindicante (art. 2255 primer párrafo). Ello había dado lugar a discusión ya que el art. 2758 del C. de Vélez al fijar su presupuesto refiere al “propietario que ha perdido la posesión”. Adherimos al criterio que sostenía su procedencia, ya que como surgía de la nota y fuente ello se refería al que simplemente tiene la cosa y se niega a restituirla [118]

Como todo derecho en principio puede ser cedido (art. 1616) y no se estableció una prohibición similar a la del art. 2200 del Pr. 1998 [119] seguirá siendo aplicable el criterio que al amparo de lo que decían los arts. 1444 y su nota, 1434 y 1457 del Código Vélez u el plenario “Arcadini c/ Maleca” del 11/11/58 (LL 92-463) que confería legitimación activa a quienes no siendo titulares de derechos reales se les hubiese hecho cesión, aún en forma implícita de la acción, tal como el comprador al que se le hizo tradición de la cosa. “Con rigor conceptual puede afirmarse que al nacer las acciones reales de los derechos reales, su suerte y existencia deberían estar a ellos atadas. No obstante teniendo en cuenta que quienes al amparo de la vía de la cesión de las acciones han resultado protegidos, ostentan el derecho a la posesión, y que las acciones posesorias resultan improcedentes o insuficientes a tal fin, consideramos inconveniente en el estadio actual de nuestra realidad socio-jurídica introducir modificaciones. La acción oblicua o subrogatoria, en todo caso posible, no conduce por las consecuencias jurídicas de la misma a resultados prácticos similares, ya que como apuntara Llabrás además de no ser exclusiva del comprador por corresponder a cualquier acreedor del dueño de la cosa, no permite el ejercicio directo de la posesión por parte del interesado, sino el reingreso del bien al patrimonio del deudor subrogado” (de la ponencia que presenté en coautoría con el Dr. Castro Hernández a las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Santa Fe 1999).

Que se haya concedido acción reivindicatoria contra terceros al condómino tanto por la cosa común como por su alícuota. El art. 2251 en caso de cotitulares expresa que cuando se

dirige contra los cotitulares siempre lo es en la medida de la parte indivisa, en tanto “cuando se dirige contra terceros puede tener por objeto la totalidad o una parte material de la cosa, o puede reducirse a la medida de su parte indivisa. Restablecido el derecho sobre la totalidad o parte material del objeto, el ejercicio por cada condómino se circunscribe a su parte indivisa” Cuando en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil la Comisión recomendó de lege ferenda que debía consagrarse “ a) La legitimación activa de los cotitulares de derechos reales para reivindicar la cosa en que tengan su parte indivisa. Sólo se puede reivindicar la parte indivisa a través de la reivindicación de la cosa, para restablecer el ejercicio del derecho real en la medida de la alícuota” con el Dr. Castro Hernández aclaró que): "Debe preservarse la posibilidad de ejercer las acciones reales también respecto de la alícuota". No es ésta la oportunidad para discurrir sobre las distintas posiciones doctrinarias que suscitaron los arts. 2679, 2761, 3992 y 3450 del C. de Vélez . Solo digamos que como reacción a una primera interpretación, cuyo más acabado representante fue Salvat[120], que siguiendo a Aubry y Rau y Maynz estimaba que el condómino solo estaba legitimado para reivindicar su parte indivisa, otra opinión sustentada por Bibiloni, Lafaille, Fornieles, Argañarás[121] entendió en línea con Savigny que podía reivindicar la cosa común. No dudo que esta conclusión es acertada aunque no coincido con algunos de los argumentos sostenidos que para conceder acción por el todo terminan en negarle la posibilidad de reclamar exclusivamente su alícuota. Entiendo que la naturaleza del condominio como derecho real autónomo que compatibiliza facultades concurrentes sobre la cosa y exclusivas sobre su parte ideal, posibilita que el cotitular tenga ambas opciones.

Que se haya consagrado en el art. 2260 parte final que no impide la reivindicación la adquisición de buena fe a título oneroso cuando el acto se realizó sin intervención del titular del derecho, por lo que inexorablemente deberá esperarse la prescripción adquisitiva corta. Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Santa Fe 1999 habían recomendado debía establecerse expresamente “Que la protección por seguridad dinámica, que se confiere al subadquirente a título oneroso y de buena fe, no opera cuando el acto antecedente se realizó sin intervención del verdadero titular”, tal como disponía el art. 2216 del Proyecto de 1998.

Concluyo aquí las primeras, desordenadas y provisionales reflexiones que provocó mi aproximación al tratamiento que hace el nuevo código civil y comercial de los derechos reales, esperando reporten alguna utilidad.

(*) Titular ordinario de “Derechos Reales” en UNLZ (Universidad Nacional de Lomas de Zamora) y UNNOBA (Universidad Nacional del Noroeste de la pcia. de Bs. As.). Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial Junin de la pcia. de Bs. As. Asesor académico de derecho privado del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

[1] “La descodificación y fractura del Derecho Civil” La Ley 1994-D,724

[2] Arnaud, André-Jean. “Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)”. Doxa, Alicante, nº15-16, vol. II, 1994, págs. 993-1012.

[3] GARCIA INDA, Andres “ Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad “ en Cuadernos de Filosofía del derecho Doxa, Alicante nº 24

[4] IRTI “La edad de la descodificación” traduc. Rojo Ajuria, Bosch editor, 1992, p. 147

[5] La palabra "Universidad" procede del latín UNIVERSITAS, nombre abstracto formado sobre el adjetivo UNIVERSUS-A-UM ("todo", "entero", "universal"), derivado a la vez de UNUS-A-UM ("uno"). Compuesta de Unus (uno) y Verbo (girado o convertido) o sea girado hacia uno o convertido en uno. También el conjunto completo de algo que tiene partes. Por ejemplo, universitas templi, la universidad del templo, todo el templo; o universitas domus, el conjunto de la casa.

[6] Piaggio Aníbal Norberto "Codificación, descodificación, recodificación" en "La Codificación: Raíces y Prospectiva" III ¿Qué derecho, qué códigos, que enseñanza? El Derecho Colección Prudentia Iuris p. 167; Pizarro-Vallespinos Instituciones Obligaciones Hammurabi 1999 p. 119.

[7] Rivera, Julio César, "La recodificación. Un estudio de derecho comparado", Rev. Jurídica del Perú, Año LII, n° 41, diciembre 2002, pág. 83 a 130; también publicado por la Academia de Derecho de Buenos Aires; Bs. As., 2003.

[8] Mosset Iturraspe Jorge "la codificación en Latinoamérica (Homenaje a la Reforma del Código Civil en sus treinta años y a su autor Guillermo Borda)" La Ley 1999-B, 1224

[9] Alterini Jorge Horacio "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles" La Ley 2008-D, 867

[10] Molinario Alberto D " La reforma de 1968 al Código Civil" La Ley 1981-C, 933

[11] Belluscio, Augusto C. "Anteproyecto de Código Civil – Disidencias" en La Ley 1999-C, 871, que recomiendo leer en tanto muchas de sus observaciones mantienen su actualidad.

[12] XXVII Jornada Notarial Bonaerense 1988 "Que la concisión en el disciplinamiento de los derechos reales obedece al criterio contemporáneo de que, en la formulación de esta clase de derechos, la norma debe limitarse a precisar el tipo, a través de la determinación de su contenido en abstracto, dejando librado a la autonomía de la voluntad todo aquello que definirá su contenido concreto y que no se encuentre alcanzado por el orden público, sustancialmente comprometido en la estructura de los Derechos Reales"

[13] Moisset de Espanés Luis "Reflexiones sobre el derecho de prenda en el Código civil argentino (Diálogo entre hombres de derecho)" www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprenda/at_download

[14] Vélez en la nota al Libro III decía "Al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales"

[15] "...VI.- Derechos reales de garantía Despacho a): La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca (Mayoritario, 24 votos)".

[16] Ver Andorno, Luis O. "El objeto de los derechos reales en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" JA 2002-I-1254.

[17] VII Congreso Nacional de Derecho Registral (Córdoba 1988) aprobó el siguiente despacho: "I. El tema en el ámbito de la teoría general de los derechos reales. I. Respecto de determinados derechos reales, nuestro Código Civil admite la posibilidad de su constitución sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. 2. La constitución de tales derechos sobre diversas partes materialmente determinadas de un inmueble en favor de titulares distintos, no implica que entre ellos se establezca una cotitularidad de esos derechos. 3. Acerca de la posesión, nuestro codificador admite en el art. 2410, la posibilidad de tomarla sobre una parte materialmente determinada de un inmueble. II. El tema en el ámbito de los derechos reales en particular. a) Supuesto del titular del dominio de un inmueble. 1. Los derechos reales de disfrute pueden constituirse sobre partes materialmente determinadas de un inmueble, vgr. 2821, 2952, 2967 y 2998 CCiv. 2. La hipoteca puede constituirse sobre partes materiales de un inmueble, cuando esas partes son susceptibles de ser divididas como parcelas independientes. b) Supuesto de condominio. 1. La hipoteca puede constituirse sobre partes materiales determinadas de un inmueble, el cual deberá estar sujeto al resultado de la partición -art. 3123 CCiv.- 2. El ejercicio del condominio mediante la asignación de uso y goce sobre partes materialmente determinadas previstas en el art. 2680 CCiv., no significa la constitución de distintos derechos reales sobre partes materiales. III. Publicidad de los derechos reales sobre partes materiales. En todos los casos

deberá individualizarse con precisión la parte materialmente determinada de la cosa, conforme con los procedimientos que establezca cada legislación local. De las constancias de la matrícula debe surgir la existencia de los derechos reales así constituidos, conforme a las reglamentaciones locales a los efectos de cumplimentar con el requisito de la especialidad.” En algunos casos basta con croquis en otros se exige plano de mensura como en Mendoza.

[18] XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003.

[19] Ver las consideraciones que sobre este criterio formulan Cossari-Luna “Derecho de sobreelevación y propiedad horizontal” La Ley 2009-C, 1090

[20] Así por ejemplo en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba 2009) se recomendó por mayoría respecto del tiempo compartido de lege ferenda que “La regulación de este derecho debe otorgar a los particulares la posibilidad de optar por un derecho real o personal “

[21] En Francia se adopta un régimen societario sin concesión de derecho real ley 86 del 6 de enero de 1986.

[22] “Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el proyecto de Código” cit.

[23] “Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto” La Ley 12/7/2012, 1” Los derechos indígenas y el Proyecto de Código de 2012 en la agenda de las Naciones Unidas” La Ley 2013-E-1290

[24] “Comentario al Título V del Libro Cuarto...” en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012” El Derecho bibliotecadigitaluca.edu.ar p. 581 y ss

[25] Entre otros “ La indisponibilidad voluntaria” Revista del Notariado 843, 829

[26] “La llamada indisponibilidad voluntaria en el proyecto de reformas...” La Ley 1995-D-1559

[27] “Reflexiones sobre la indisponibilidad voluntaria” Revista del Notariado 844, 17.

[28] Son de recordar las inhibiciones voluntarias que con buen criterio los Registros de la Propiedad Inmueble se negaron finalmente a inscribir (vgr. Resolución técnico registral 18/76 del Registro de la Capital Federal). Ver Molinario Alberto “Las inhibiciones voluntarias” La Ley 1975-C, 214.

[29] Urbaneja Marcelo E. “Las prohibiciones de enajenar y los efectos de su violación en materia inmobiliaria...” JA Número Especial “Estudios de Derechos Reales” 2011-IV fascículo 4.

[30] Los Anteproyectos Babiloni (art. 2820) y de 1954 (arts. 1735 a 1742) y el Proyecto de 1936 (art. 1761) los admitían y regulaban, fijando un término máximo de 40 años.

Sobre sus clases – consignativo y reservativo-ver Ordoñez Carasa Felipe Enciclopedia Jurídica OMEBA To. II p.940.

“La renta o censo consignativo no se diferencia jurídicamente de la hipoteca con amortización acumulativa sino en un detalle, que, ese, no es ya de orden económico, y nos permitimos decir, ni de orden jurídico. Ese detalle es ,el que con un poco de benevolencia interpretativa, le hemos prestado al artículo 2614: la exoneración de responsabilidad personal del propietario constituyente, que, cuando cesa en el dominio, queda exento de ella” Babiloni Reformas III p. 574/5

[31] Sin perjuicio de las razones expuestas por Vélez en la nota al art. 2503 para su prohibición, para una distinta valoración sobre la conveniencia de su incorporación ver Allende Guillermo “La enfiteusis, derecho de profundo contenido social” La Ley 114-937 y “Derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil (artículo 2614)” La Ley 1985-C, 566; Martínez de Hoz (h) J. A. “Enfiteusis y arrendamiento vitalicio en la Argentina y Nueva Zelandia” Monografías Jurídicas Abeledo-Perrot N° 58.

Como se sabe, en nuestro país existió la frustrada experiencia de la enfiteusis rivadaviana introducida por ley del 18 de mayo de 1826. El mecanismo por el cual se fijaba el canon (jury de vecinos) condujo a que el mismo fuese muy bajo. Aparte no se determinaba un máximo de tierra para cada enfiteuta. Tales defectos y las leyes de donaciones de tierra por ejemplo para expedicionarios al desierto hicieron que sus resultados fueran magros hasta que fue abolida por ley

del 15 de octubre de 1857.

[32] Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso Art. 1893

[33] Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011) Comisión 5

“...3.- Poseedor con causa en boleto de compraventa o negocio jurídico equiparable no inscripto.

3. A.- La oponibilidad a terceros de la posesión de un inmueble fundada en un boleto de compraventa o negocio equiparable no inscripto requiere: a) Posesión y boleto de fecha cierta (o certidumbre fáctica de su existencia) anteriores a la registración del documento que invoca el tercero – adquirente, acreedor inhibiente, embargante, etc. -; b) Buena fe. La buena fe requiere que el poseedor haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones.

3. B.- Conflicto entre el poseedor y el acreedor hipotecario o acreedor embargante.

Despacho a. El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descriptas triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble (Mayoría). Firmantes: ALTERINI,

JORGE H., LUNA, VILLANUSTRE, ROJAS TORRES, PEPE, CORNA, MORALES, VENTURA, PADILLA, HIRSCH, ORELLE, PEREYRA, PÉREZ, FERNÁN EZ, ZENCIC, SALAS, CORNEJO, CASTRUCCIO, PALOMANES, VÁZQUEZ, GABRIELA A., ANIS, FARINA, COLOMBO, TOLEDO, BARBAGLIA, COSSARI, NELSON G.

Despacho b. En el conflicto con el acreedor hipotecario, no constando su conocimiento del estado posesorio anterior, debe triunfar éste como titular de un derecho real con preferencia que no necesita para su adquisición la tradición posesoria. La solución que da el Proyecto de 1998 al respecto es correcta de lege data

(Minoría). Firmantes: PUERTA DE CHACÓN, PUJOL DE ZIZZIAS, BRESSAN, CASAL, ROSSETTI, GUARDIOLA, CASABÉ, SIERZ.

[34] Alterini- Gatti “Régimen jurídico del boleto de compraventa” La Ley 143, 1146 ; Mariani de Vidal “El poseedor en virtud del boleto de compraventa” La Ley 141, 941

[35] “Análisis crítico del derecho real de dominio en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio” JA 2001-III-895

[36] Alguna opinión sugirió que la larga debió ser reducida a 15 años: Franchini Florencia “Aportes sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código” La Ley 2013-D, 897.

[37] “Registro, excepción, prescripción adquisitiva y juicio de usucapión” La Ley 1989-E, 1084

[38] Dominio y usucapión2-II p. 198 n° 541 nota 604

[39] "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles", LA LEY 2008-D, 867

[40] “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código” La Ley 2012-E, 898 punto XX

[41] Ver Llambías-Alterini Código Civil Anotado IV-A, 346

[42] IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata 1983) “... 15º) La readquisición de dominio por el dueño revocante se configura a través de la tradición traslativa del dominio....”

[43] Interesa destacar que el nuevo Código incluyó también en la Parte General como un supuesto de ineficacia (relativa ver Nieto BlancErnesto “Ineficacia y nulidad “ ED 116-725; operativa limitada externa verAlterini-Corna-Angelani-Vázquez “Teoría General de las Ineficacias” p. 23) el acto inoponible (arts. 382 y 396/7)

[44] Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005) Comisión 4 concluyeron:

De lege data.

1 ° La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Art. 25, apartado 1 ° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art.14, apartado 1 ° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (Art.34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art.75 inc. 22 C. N.). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar (Mayoría, 28 votos contra 7).

2° Afectación voluntaria. En el derecho vigente, es ineludible la manifestación de voluntad expresa del propietario para afectar el inmueble al régimen del llamado "bien de familia" (Ley 14.394, Art.34 a 50).

3 ° Registración del bien de familia: efectos. La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (Arts. 2, 20 y 22 de la Ley 17.801 y doctrina del Art. 2505 del Código Civil). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el caso de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo.

4 ° Valor del inmueble. No deben fijarse topes de valor para la afectación de los inmuebles al régimen de la ley 14.394 (Art.34 a 50), sin perjuicio de la eventual desafectación si el inmueble excede las necesidades particulares de sustento y vivienda del beneficiario o de los beneficiarios.

5 ° Cláusulas de inembargabilidad.a) Despacho de Mayoría: "La inembargabilidad emergente de un crédito hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional (Ley 22.232) se extingue con la extinción del crédito (28 votos). b) Despacho de Minoría: La inembargabilidad emergente de un crédito hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional (Ley 22.232), subsiste después de la extinción del crédito, en la medida en que perduren los requisitos originales previstos para acceder como beneficiario de la vivienda. La inembargabilidad y consiguiente inejecutabilidad desaparece si posteriormente el titular enajena el inmueble a quien no reúne las condiciones de beneficiario, o constituye una nueva garantía por un crédito distinto (5 votos).

6 ° Institutos interrelacionados. Los institutos del bien de familia, del derecho de habitación del cónyuge supérstite y las indivisiones hereditarias establecidas en los arts. 51 a 53 de la ley 14.394, no son antagónicos sino que se complementan entre sí.

De lege ferenda.

1 ° Vivienda y tributos.Debe promoverse la protección de la vivienda mediante estímulos tributarios.

2 ° Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Debería extenderse el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Art. 3573 bis del Código Civil) a los hijos con capacidades diferentes (físicas o psíquicas). Debe superarse toda duda acerca de la adquisición del derecho de habitación del cónyuge supérstite por mera virtualidad de la ley.

3 ° La protección de la vivienda y la subrogación real. Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad.

4 ° La protección de la vivienda y la quiebra. Es conveniente que en una futura reforma legislativa se establezca expresamente que, en caso de quiebra, realizada la venta forzosa del inmueble afectado a bien de familia, se disponga que el remanente, luego de satisfechos los créditos verificados respecto de los cuales el sistema es inoponible, sea entregado al fallido para satisfacer su necesidad de vivienda.

[45] Villanustre Cecilia A. "La multipropiedad en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" La Ley 1988-B, 898 en contra al señalar el "condominio del Código Civil, en el cual todos los condóminos tienen derecho al uso de la cosa a un mismo tiempo" es un inconveniente para su adopción en el régimen de tiempo compartido.

[46] Ver trabajo que hice en coautoría con Marcelo Urbaneja "La obligación de cerramiento" Revista El Derecho del 18 de febrero de 2014.

[47] La XIX Jornada Notarial Argentina 1983 dijo que hace a la especialidad objetiva del derecho de propiedad horizontal esa integración inescindible e inseparable en cualquier acto de disposición jurídica.

[48] Revista del Notariado 1983 n°791 p.1754.

[49] La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el fallo plenario N° 100, dictado en el expediente "Nogueira Seoane, José c. Consorcio de Propietarios Tucumán 1639", por sentencia del 2 de diciembre de 1965 (LA LEY, 121-335) concluyó por unanimidad y con remisión al dictamen del señor Procurador General del Trabajo Dr. Víctor A. Sureda Graells que hicieron suyo, en que: "El consorcio de propietarios instituido por la ley 13.512, tiene personalidad jurídica distinta de cada uno de sus componentes" Ver el trabajo de Alterini Jorge H- Vázquez Gabriela "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes" LA LEY 2007-C, 1076

[50] En el Derecho francés, el consorcio (denominado sindicato) puede adquirir a título oneroso o gratuito las partes privativas sin que aquellas pierdan su carácter de tales. El Proyecto de 1998 en su art. 1980 mencionaba como integrando el patrimonio del consorcio "las unidades funcionales que se le asignen o adquieran en el inmueble". Participaban de ese criterio de lege lata Alterini-Vázquez, en opinión que comparto.

"XIII Congreso Nacional de Derecho Registral" (Mendoza, 2004), en cuya declaración n° 2 del Tema I se

lee: "Capacidad. Titularidad originaria o adquisición posterior de unidades. Como en toda persona jurídica, el principio de especialidad (Art. 35, Cód. Civil) determina que la capacidad de derecho del consorcio se encuentra limitada 'a los fines de su institución'. El consorcio tiene capacidad para ser titular de unidades dentro del inmueble afectado al sistema de Propiedad Horizontal"

Discrepaba con esta solución de lege lata Gurfinkel de Wndy (Lexis n° 7001/002651) ya que según su opinión no puede ser titular de derechos reales, al exceder ello su objeto social y por aplicación del principio de especialidad. Cita el caso de las observaciones que formuló el Registro de la Propiedad de Mendoza, a las que se avino el escribano, según trabajo de Liliana Viñaza "¿Es posible la adquisición de una unidad por el consorcio en la subasta judicial. Problemática de derecho privado y registral?" RDPyC 2002-2-389. Únicamente la admite cuando la unidad es adquirida en subasta (en este sentido está la Resolución 7/95 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal) o recibida en pago de un crédito por expensas adeudadas. Ver fallo de la CCiv y Com Mar del Plata Sala 1ª Font-Cazeaux-Azpelicueta 20/5/2004 "Consorcio Moreno 244/66 c/ Kleiman Moisés" connota de la autora "¿Se amplía la capacidad del consorcio de propietarios en el régimen de propiedad horizontal? JA 2004-IV-81. Esto le parece extraño a Highton quien considera que de lege lata no puede ser titular de unidades funcionales "Propiedad horizontal..." p. 481

[51] Los privilegios en el Proyecto de Código LA LEY 08/08/2012,1

[52] Raisberg, Claudia -Iturbide, Gabriela A. "El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal" en Sup.Act.19/07/2012,1

[53] "...El administrador responde solidariamente con el anterior titular del derecho, por las deudas y reclamos administrativos o judiciales no certificados, sin perjuicio de la repetición contra este último..."

[54] Mariani de Vidal-Abella "El tiempo compartido en el Proyecto de Código" La Ley 29 de abril de 2013.

[55] Tranchini, Marcela H. "Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?" SJA 2012/10/17-71

[56] Esta posibilidad de opción también la reconocen Mariani de Vidal-Abella trabajo citado.

[57] Autora citada en nota anterior

[58] XXXIII Jornada Notarial Bonaerense 2003: "Con relación al Decreto 2489/63 se concluyó que el mismo nos brinda evidentes ventajas, posibilitando la incorporación al mercado inmobiliario de unidades funcionales a construir o en construcción; no obstante se propicia la creación de una legislación de fondo que regule esta problemática"

[59] Juan Carlos Pratesi "Conjuntos Inmobiliarios, Tiempo Compartido y Cementerios Privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" elDial.com - DC18C704/07/2012. Ver también Giacomasso-Laurenti "Urbanizaciones privadas ¿nuevo derecho real?" Revista Notarial N° 962 año 2009p. 453/474.

[60] "Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación" Suplemento especial La Ley Noviembre 2014 p.210

[61] En las XXII Jornadas de Derecho Civil (Córdoba 2009), de lege lata, la Comisión concluyó: "El régimen legal de la propiedad horizontal es el que guarda mayor afinidad para las formas coparticipativas de propiedad: clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, centros de compra, clubes náuticos, pueblos de chacras, de viñas y demás urbanizaciones privadas. Debe propugnarse una interpretación funcional y dinámica de la ley 13512, adaptada a los nuevos tiempos, que posibilite su aplicación a las mismas. En consecuencia, es recomendable la derogación de las normas locales que impiden la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a estos complejos y del acceso registral de los reglamentos convencionales de estas urbanizaciones, con independencia de la configuración jurídica que hubiesen adoptado" (unanimidad).

El despacho de lege ferenda: "Declaración unánime. Resulta imperioso que el Poder Legislativo de la Nación dicte normas que regulen las urbanizaciones privadas a fin de dar seguridad jurídica a los adquirentes.

"Despacho A. El derecho real de propiedad horizontal es el que mejor atiende a dicha finalidad. En consonancia con lo declarado por las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 1993), se recomienda la modificación de la ley 13512 para su mejor adaptación a las nuevas realidades inmobiliarias.

"Despacho B. A los fines de regular estas nuevas manifestaciones de propiedades coparticipativas, es menester el dictado de una ley especial que, incluyendo el derecho real de propiedad horizontal, las contemple con una tipicidad genérica, precisando en capítulos las particularidades de cada una.

Ambas posiciones recibieron el mismo número de apoyos".

Adherí en esa ocasión al Despacho B entendiendo que de esa forma se podía dar cabida también a los cementerios privados. Por supuesto que ello era en tanto no se modificara el Código Civil.

Ver Pujol de Zizzias, Irene- Linares de Urrutigoity, Martha "Los complejos urbanísticos privados: hacia una interpretación dinámica de la ley 13512" SJA 25/11/2009

[62] Ver Mariani de Vidal-Abella "Reflexiones sobre las cuestiones disciplinarias en los clubes de campo" La Ley 2007-F, 424; Bressan Pablo en Código Civil de Zannoni-Kemelmajer de Carlucci Astrea To. 13 p. 653 y ss.

[63] La constitución a perpetuidad como posibilidad admitida por los Códigos de Italia y Portugal se ha señalado que en algunos casos puede ser convenientes sin afectar la función y ejercicio del dominio como para ciertas construcciones subterráneas Capón Filas "El derecho de superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil" La Ley 1986-A, 878. En tal caso entiendo la propiedad horizontal puede ser idóneo reemplazo sin favorecer un desmembramiento absoluto que iría contra las razones expuestas por Vélez en la nota al art. 2502

- [64] "Derecho real de Superficie Forestal. Ley 25509" La Ley del 13/noviembre/2002
- [65] "Derecho real de superficie forestal" La Ley Litoral 2002-686
- [66] Ya se entendía así en el régimen de la ley 25509 pese a que se hablaba de derecho real de garantía. Cossari Nelson "Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas" ED 204-887
- [67] Las Primeras Jornadas de Derecho de Familia (Morón 1989) concluyeron que existían razones de orden moral, ético y sociológico para entender que no resulta valioso mantener esa causal de extinción.
- [68] Así Vidal Taquini EL derecho real de habitación del cónyuge supérstite Revista del Notariado 743-1531 consideraba que la unión de hecho también lo extinguía
- [69] Graciela Medina comentario al art. 3573bis en el Código del que es Directora con Francisco Ferrer Ed. Rubinzal Culzoni Sucesiones To. II
- [70]En contra Peña Guzmán, de Reina Tartiere y Urbaneja
- [71]Sobre este y otros aspectos remito a mi trabajo "Dudas y controversias en materia de servidumbres" publicado en Revista Notarial N° 971 Año 2012.
- [72] No podrá entonces absorber toda la utilidad susceptible de brindar el inmueble afectado, porque entonces se trataría de un usufructo.
- [73]Sin perjuicio de la dificultad interpretativa que suscitó el art. 3023 para la antigua servitus oneris ferendi
- [74]Derechos reales. Teoría general, p.176.
- [75] Ver punto 7 de mi trabajo "Dudas..."
- [76] "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes" SJA 2012/10/17-51
- [77] Tratado III, n° 1821 p 477 y n° 1832 p.485.
- [78]Tratado de los Derechos realesVol II n° 1502 p. 523
- [79] Código Civil anotado To. IVEd. Zavalia Editor1976 p. 49
- [80]Código p. 115
- [81]Código Civil Comentado To. III p. 40
- [82]To. II p. 288/289 n° 35 y 36
- [83] "Exposición y Comentario..." Felix Lajoune editor 1900 To. 7 p 463 ennota
- [84]"Derechos reales...."p. 183
- [85]Tratado de las servidumbres p. 12
- [86]Curso p. 302
- [87]Tratado n° 997
- [88]Derechos Reales To. II Depalma p. 241
- [89]Ob. cit. p. 37 y 7
- [90] Ver trabajo de Kiper Claudio M. –Lisoprawski Silvio " Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación" Suplemento especial La Ley sobre el Código Director Ricardo L. Lorenzettinoviembre 2014 p. 125
- [91] XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora 2007). En contra Peralta Mariscal Leopoldo.
- [92] Ver Iturbide Gabriela "Los privilegios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"

Suplemento La Ley citado p. 231 y ss. Mariani de Vidal Marina Los privilegios en el Proyecto de Código LA LEY 08/08/2012,1

[93] Leiva Fernández Luis "Derecho de retención" p. 338 entendía que como la facultad se realizaba en beneficio del acreedor no podía pretender retribución alguna – ni gastos- por la guarda de la cosa. Por supuesto que a tenor del art. 2466 C Vélez tenía derecho- y también derecho a retención- al reembolso de los gastos de conservación.

[94] Ver Allende Guillermo "Privilegio del retentor" JA Serie Contemporánea Doctrina 1969 p. 312; Llambías Jorge J. "Ley 17711 Reforma del Código Civil" ídem p. 69; Muller en Código Civil Anotado Llambías-Mendez Costa VC p. 713

[95] VI Jornada del Notariado Novel del Conosur (Paraguay 2003) 3) La hipoteca puede ser constituida por una persona distinta al que contrajo la obligación principal. Este sujeto (tercero a la obligación principal), a su vez, puede asumir personalmente dicha obligación o no hacerlo. En este último caso, su responsabilidad se verá limitada al valor del inmueble, y no quedará personalmente obligado por la deuda con todos sus bienes como un fiador, ya que no es un garante personal. 5) La transferencia del dominio a un tercero de la cosa hipotecada provoca el ingreso de un nuevo sujeto en el ámbito de las relaciones creadas con motivo de la constitución de la hipoteca. Pueden presentarse tres hipótesis: a) la asunción de deuda por el adquirente seguida de la liberación del deudor mediante un acto expreso del acreedor (subrogación subjetiva pasiva de la deuda y novación de la obligación); b) la asunción de la deuda por el adquirente seguida de aceptación por el acreedor hipotecario, sin liberación del primitivo deudor (supuesto de delegación imperfecta, en los que habrá dos deudores por la misma obligación); y c) la adquisición del inmueble sin asunción de la deuda por el adquirente.

[96] Dodda, Zulma "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca" SJA 2012/10/17-21.

[97] Para unaparte de la doctrina Highton (Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito, ed. Depalma, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 2000, pp. 59 a 78 y p. 109 a 112) entre ella, la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa, entidad y magnitud está vinculada al carácter de accesoriedad. Para otro sector – mayoritario también en la jurisprudencia, el principio de especialidad, para su cumplimiento, requiere no sólo expresar una suma de dinero cierta y determinada o manifestar el valor estimativo en el acto de constitución (art. 3109 C. Vélez), sino también la causa fuente (art 3131, inc. 2, C. Vélez)

Séptimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1979) Recomendación Nº 5 1º) El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el "valor estimativo" en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada. (tomado de la ponencia de Adrogué) El despacho de la minoría siguiendo ponencia de Gatti decía "Corresponde distinguir la especialidad en cuanto al crédito de la especialidad en cuanto al gravamen" Es a la última a la que se refiere la suma cierta; la especialidad de la hipoteca se vincula a la especialidad en cuanto al gravamen.

XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora 2007) De lege data: Hipoteca. Especialidad. Se reitera, en lo pertinente, la declaración de la VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs.As., 1979), en cuanto a que el carácter de especialidad de la hipoteca, en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar el "valor estimativo" en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere la constancia de la causa (origen o fuente).

[98] En los fundamentos decía: "Entre las disposiciones comunes es destacable la admisión de garantías reales en seguridad de créditos indeterminados, requerida por las necesidades contemporáneas del crédito, pero con la necesaria indicación del monto máximo garantizado, que lo será "en todo concepto", o sea por capital, intereses y costas, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez años."

[99]El sistema registral de breves notas se complementa remitiendo al interesado al documento público para obtener la información.

[100] El Proyecto de 1998 en el art. 2184 disponía la caducidad de la inscripción de la hipoteca y anticresis a los 10 años salvo que el plazo de duración de estos derechos sea mayor, en cuyo caso caducará al vencer el mismo.

[101] Boretto, Mauricio "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: las garantías patrimoniales. Reflexiones sobre los "derechos reales de garantías" (accesoriedad, especialidad y garantías de "máximo")" JA 2012-III-1434. Sin embargo el mismo autor antes había criticado la solución del Proyecto de 1998 "Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)" La Ley 2002-C, 1150.

[102] Dodda trabajo citado

[103] Bono, Gustavo A. - Puerta de Chacón, Alicia "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código" La Ley 2012-E, 1233

[104] Código Civil del que es coordinadora y Bueros Director Ed. Hammurabi To. 5p. 1279.

[105] Bono, Gustavo A.- Puerta de Chacón, Alicia "Necesaria revitalización de la "anticresis". Proyecto de Código Civil y de Comercio de la Nación de 2012" SJA 2012/10/17-4. Sobre la base de que la hipoteca es superadora de la misma en cuanto a que el deudor – o un tercero- no se desprenden de la utilidad de la cosa, con las dificultades de controlar su aprovechamiento y por parte del acreedor que normalmente no está interesado en asumir la administración sino que solo persigue la satisfacción de su acreencia. Incluso con el fideicomiso se logra una garantía más eficiente para ambas partes.

[106] El art. 265, inc. 7, ley 19551, concedió privilegio al anticresista; pero con posterioridad el art. 241, inc. 4, ley 24522 no lo previó.

[107] Algunos entendían que la negación del privilegio del art. 3255 (que disponía que si solicitaba la venta de la cosa no tiene privilegio sobre el precio) era superado por el privilegio dado al retenedor (art. 3946, C. derogado), en tanto otros entendían que no ya que el derecho de retención del art. 3245 no es el mismo que el que legislaban los arts. 3939 y ss., sino únicamente en miras a la finalidad de la percepción de los frutos.

[108] XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Santa Fe 1999 De lege ferenda "Es conveniente incorporar en una futura reforma legislativa una acción especial para adquirir el dominio de inmuebles en aquellos casos en que hay título, pero no se ha efectuado la tradición".

[109] Mariani de Vidal Curso To. 1 p. 165; Llambías-Alterini Código To. IV-A p. 221/2

[110] CCiv. 2ª Cap. Mayo de 1950 "Plastiversal SA c. Wells Sudamericana SA" LL 59-361

[111] Con el Código de Vélez la cuestión respecto a la acción policial de despojo estaba discutida en razón de lo dispuesto por los arts. 4098 y 2493.

[112] Art. 2197 Caducidad. Las acciones de despojo y de mantener caducan al año contado desde que se produjo la lesión.

[113] Así lo propuse con el Dr. Manuel Horacio Castro Hernández en ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe 1999) y se consignó en conclusiones de lege ferenda. Ello frente a la única reivindicatoria siguiendo a Andrés Bello del Proyecto de 1998

[114] ver Puig Brutau José "Compendio de Derecho Civil" vol. III Ed. Bosch p. 55; Castán Tobeñas José "Derecho Civil Español" To. 2 vol I Ed. Reus p. 215; Díez Picazo Luis- Gullón Antonio "Sistema de Derecho Civil" vol III Ed. Tecnos p. 203

[115] "No precisamente para que use de la cosa, pero sí para hacer efectiva la acción hipotecaria en el bien que un tercero pretende ser suyo, o con derecho de poseerlo, en cualquier medida, arrogándose derechos limitativos o excluyentes de la plena propiedad del bien afectado. Si desconoce la constitución de la hipoteca, o su subsistencia, o pretende que es usufructuario, o

anticresista, etc, procede contra él la acción reivindicatoria del hipotecario” Reformas, III p. 326

También la concedían el Proyecto de 1936 (art. 1820) y el Anteproyecto de 1954 (art. 1786)

[116] Art. 2211.- Mueble no registrable o sujeto a registraci3n constitutiva. En la reivindicaci3n de cosa mueble no registrable o sujeta a registro constitutivo: a) Si las partes derivan sus derechos de un antecesor com3n prevalece el derecho de la que primero adquiri3 el derecho real. b) Si las partes derivan sus derechos de distintos antecesores prevalece el derecho que se derive del antecesor m3s antiguo. Sin embargo, siempre prevalece el derecho que se remonte a una adquisici3n originaria, aunque sea m3s reciente.

Art. 2212.- Registraci3n meramente declarativa. Antecesor com3n. En la reivindicaci3n de cosa sujeta a registraci3n meramente declarativa, si los derechos de las partes tienen un antecesor com3n, prevalece el encadenamiento de la parte de buena fe en el cual primero se registr3 un t3tulo con posterioridad al del antecesor com3n. Si no existe ninguna registraci3n, prevalece el encadenamiento de la parte de buena fe en el que primero se satisfizo el modo suficiente.

Art. 2213.- Registraci3n meramente declarativa. Distintos antecesores. Si las titularidades derivan de distintos antecesores y la cosa est3 sujeta a registraci3n meramente declarativa, se aplican las siguientes reglas:

a) Si ninguno de los encadenamientos se registr3:

I. Prevalece el derecho de la parte que se derive de la cadena m3s antigua. Sin embargo, siempre prevalece el derecho de la parte cuyo encadenamiento se remonta a una adquisici3n originaria aunque sea m3s reciente.

II. Si los encadenamientos tienen igual antigüedad, prevalece el derecho del titular actual de la relaci3n real y se rechaza la demanda.

III. Si los distintos encadenamientos se remontan a adquisiciones originarias, prevalece el derecho de la parte que se derive de la adquisici3n originaria m3s reciente.

b) Si se registr3 un (1) solo encadenamiento, prevalece el derecho de la parte que se derive de ese encadenamiento.

c) Si se registr3 m3s de un (1) encadenamiento, prevalece el derecho de la parte que se derive del encadenamiento que obtuvo prioridad registral.

Se considera que un encadenamiento est3 registrado si se inscribieron todos los t3tulos sucesivos.

Art.2214.- Registraci3n meramente declarativa. Otras reglas. Si el actor prueba su titularidad derivada u originaria y cumpli3 su carga de registrar con anterioridad a la relaci3n real del demandado, se admite la demanda. Si el demandado prueba una adquisici3n originaria m3s reciente se rechaza la demanda.

Igualmente progresa la demanda aunque el actor no haya registrado su titularidad, si el demandado carente de t3tulo suficiente ten3a una carga de registrar que no cumpli3.

[117]XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Santa Fe 1999 En contra Palomanes-Rossi “Acciones Reales en el proyecto de c3digo civil de 1998” Anuario de Derecho Civil vol V (2000) UCC

[118] Ver mi comentario al fallo de la SCBA 19/2/2009 Blasetti c. Jaduch C 90755 en “M3ximos Precedentes Suprema Corte de Justicia de Bs. As.” La Ley Director Carlos Camps To. I p. 985 y ss; Alterini Jorge Horacio “Acciones Reales” Abeledo Perrot p. 81/84.

[119] “Legitimaci3n activa. Las acciones reales s3lo pueden ser promovidas por el titular de un derecho real. Est3 prohibida la cesi3n de las acciones reales.”

[120] Derechos Reales act. por Argañaras Tea To. III p. 658 y ss

[121] Recordado es su voto en “Garc3a Tomas B y otros v. D3az Pedro” SCBA 20/11/1934 JA Añ3o 1934 To. 48 p. 610

Citar: elDial DC1ED0

Publicado el: 10/04/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina