

LOS DERECHOS REALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Grisela Alejandra García Ortiz¹

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula en el Libro IV a los derechos reales.

En el Título I (siguiendo al proyecto de 1998) se refiere a los derechos reales en general (no había una parte general en el código anterior) incorporando, con este título, un mayor criterio metodológico. En el Título II regula lo referente a la posesión y la tenencia. Luego, en el Título III, desarrolla específicamente cada uno de los derechos reales y finalmente en el Título XIII regula las acciones posesorias y las acciones reales.

I. Derecho Real. Definición y cuestiones generales

El Art. 1882 define el concepto de derecho real y dice: *“El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en la ley.”*

Este artículo no tiene concordancia en el texto anterior, ya que Vélez no estaba de acuerdo en efectuar definiciones en el texto de la ley (ver nota del Art. 495). La definición, entonces más usada por la doctrina, era la derivada de la nota al Título IV por Demolombe²... “El derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentra en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la

¹ La autora es Abogada de la UBA y Magíster de Dirección y Gestión Pública Local de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Jean Charles Florent Demolombe (1804-1887) fue un jurista francés que enseñó Derecho en la Universidad de Caen desde 1831 sucesivamente.

Construyendo ciudadanía

cosa que es el objeto”. Esta definición entiendo no ha sido superada por el texto actual de la norma.

El concepto indica que el derecho real se ejerce directa e inmediatamente sobre el objeto, sin intervención de otras voluntades, marcando así la diferencia entre los derechos reales y personales. Es decir, se habla de poder, a diferencia que en las obligaciones, en las que se habla de facultad de exigir.

El Art. 1883 se refiere al objeto: *“El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”*.

Este artículo tiene concordancia en los Arts. 2508, 2518 y 2520 del texto anterior.

La definición de este artículo resulta cuestionable toda vez que no se entiende como puede ejercerse un derecho real sobre una parte material de la cosa cuando, por su definición, siempre abarca todo el objeto sobre el cual recae. Podría entenderse que la definición se refiere a los nuevos derechos reales que contemplan figuras como el tiempo compartido, superficie, etc. que veremos mas adelante al analizar el Art. 1888.

Otra cuestión a señalar es que con esta redacción se amplía el concepto de objeto, en tanto no se exige que la cosa esté en el comercio, admitiendo que se incluyan las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa y aquéllas cuya enajenación fuere prohibida por una cláusula de no enajenar³.

³ Las cosas están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o relativa (Art. 1897)

Art. 1897: "...son absolutamente inenajenables:

a. Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley, y (ejemplos: las plazas, los ríos, lagos, caminos, rutas públicas)

b. las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto éste Código permita tales prohibiciones. (Ejemplos: El Código Civil establece dos casos:

La doctrina señala que la última parte del Art. 1883 al admitir bienes taxativamente señalados por la ley, alcanza a derechos sobre derechos tal como la hipoteca del derecho de superficie con la modalidad de derecho sobre la cosa ajena, la prenda de créditos (Art. 2232 y ss.), el usufructo de derechos (Art. 2130. Inc. b) y aún en los casos de derechos más complejos como el caso del tiempo compartido (Art. 2087). Casos sobre los que volveremos mas adelante.

Con un criterio similar al Art. 2502 que regulaba el llamado “numerus clausus”, el Art. 1884 se refiere a la estructura y los elementos sustanciales de los derechos reales que son de orden publico.

El artículo antecedente resultaba de mayor claridad toda vez que hablaba de la imposibilidad de “crear” derechos reales por fuera de la ley.

La nueva norma, no habla de creación, sino que establece: *“La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”*

Encontramos aquí otra diferencia sustancial con los derechos personales que se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, limitada por disposiciones de orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe, el abuso del derecho.

Art.767.- Está permitida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona determinada, pero la prohibición no podrá tener carácter general.

Art.2740.- Si se lega una cosa con prohibición de enajenarla, y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula se tendrá por no escrita.

Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación”

Ejemplos: Ciertos bienes pertenecientes al estado, a la Municipalidades y a las personas incapaces, que requieren autorización previa para su enajenación, en el primer y segundo caso del Congreso y en el tercer caso del Juez

Un tema importante a resaltar es que el nuevo Código no contiene una norma similar a la última parte del Art. 2502 que indicaba que la constitución por contrato o disposición de última voluntad de otro derecho real no tipificado, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

De lo expuesto se infiere que al no reglarse estos supuestos, queda sometido a las decisiones judiciales definir si se configura un derecho personal o un derecho real próximo. De esta manera esta disposición es acorde al Art. 384 del nuevo Código en cuanto a las disposiciones generales sobre ineficacia de los actos jurídicos a través de la conversión.

Art. 384: “Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.”

En este mismo sentido, el nuevo código prevé la convalidación de los derechos reales de quien constituye o transmite un derecho que no tiene y lo adquiere posteriormente. Este criterio se aplica a todos los derechos reales- no excluyendo a la hipoteca como lo hacía el Art. 3126 del Código de Vélez (sin motivo fundado).

El Art. 1885 en tal sentido establece: *“Convalidación. Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada”.*

Este principio que ya estaba consagrado en el texto anterior (Arts. 1330, 2504, 2982, 3125 y 3126) plantea hoy una subsanación automática por ley. Ej: Si una persona transmite una cosa total o parcialmente ajena, el acto será nulo de

acuerdo a lo perpetrado por los Art. 1008 y 399, pero de acuerdo a la nueva norma estar latente la posibilidad de convalidación.

El nuevo Código mantiene como características distintivas de los derechos reales el “*ius preferendi*”, derecho de preferencia frente a otro derecho real o personal cuya oponibilidad sea posterior y el “*ius persequendi*” derecho a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y así lo establece el Art. 1886. Estas dos características podrían definirse como los elementos mas tipificantes de los derechos reales.

El Art. 1886 en tal sentido establece: *“El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”*.

Este artículo tiene concordancia en los artículos 3162; 3889; 3890 y 3934 del texto anterior.

Siguiendo el criterio de “*numerus clausus*” que establece que la creación de derechos reales solo reconoce como fuente la ley, el Art. 1887 establece una enumeración taxativa de los distintos derechos reales:

“Son derechos reales en este Código:

- a) el dominio;
- b) el condominio;
- c) la propiedad horizontal;
- d) los conjuntos inmobiliarios;

e) el tiempo compartido;

f) el cementerio privado;

g) la superficie;

h) el usufructo;

i) el uso;

j) la habitación;

k) la servidumbre;

l) la hipoteca;

m) la anticresis;

n) la prenda”.

Este artículo tiene concordancia con el Art. 2503 del texto anterior; Art. 1 de la Ley 13512; Art. 1 de la ley 25.509 (superficie forestal); Arts. 3 a 5 y 9 de la ley 26.356 (tiempo compartido).

El código incorpora ya sin duda como nuevos derechos reales a figuras jurídicas reales que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria debían ser incorporadas como derechos reales autónomos y no como figuras asociativas mediante la combinación de derechos ya existentes (ejemplo clubes de campo).

La nuevo Código conserva la teoría del título y modo para la adquisición derivada de los derechos reales por actos entre vivos.

En tal sentido el Art. 1892 establece: *“La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.*

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.

La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera.

El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva.

Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto”.

Este artículo tiene concordancia en el texto antecedente en los Arts. 574; 577;

2364; 2377; 2378; 2524; 2601 a 2603; 2820; 2977; 3254; Decreto Ley 6582/ 58 Arts. 1 y 6 (automotores).

Se mantiene el sistema del Código de Vélez conservando la publicidad registral en materia de inmuebles con carácter declarativo (Arts. 1892 y 1893) o publicitario “*erga omnes*”.

Art. 1893 regula el tema de la publicidad: *“Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.”*

Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.

Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real.

No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”.

El artículo analizado tiene su concordancia en los Arts. 594; 2505; 3134 a 3136 del Código actual; El Art. 1 del Decreto/ley 6582; el Art. 9 de la Ley 13.512 y los Arts. 1, 2, 3 y 20 de la Ley 17.801.

Se mantiene en general el criterio del código anterior, pero se unifica la publicidad registral con la publicidad posesoria. En cuando a la publicidad registral continúa siendo constitutiva del derecho en el caso de los automotores y caballos pura sangre, resultando, en los casos de inmuebles a los fines de la

oponibilidad *erga omnes* del derecho, que ya ha nacido entre las partes con el título suficiente.

En materia de cosas muebles registrables se estipula que no existe buena fe sin inscripción registral a favor de quien la invoca, condicionado a que esa buena fe sea concordante y surja de los elementos identificatorios de la cosa con su respectivo asiento registral.

El Art. 1894 se refiere a la adquisición legal de derechos reales estableciendo: *“Se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”*.

El artículo analizado tiene su concordancia en los Arts. 1051; 2412; 2710; 2725; 2571 al 73; 2583; 2584 2587; 2588; 2591 y 3573 del Código actual.

Se refiere a los supuestos en los que el título del derecho es la voluntad del legislador o adquisición legal. Ejemplos son la prescripción adquisitiva; el aluvión y la avulsión.

En estos casos también es el modo la concreción láctica del supuesto.

La norma refiere al condominio de indivisión forzosa perdurable (Art. 2004) y a las cosas muebles inseparables de los inmuebles, como las construcciones y plantaciones y la habitación como derecho real del cónyuge supérstite (Arts. 257 y 2382)

El Art. 1895 se refiere a la *Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente*. “*La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita.*”

Respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca.

Tampoco existe buena fe aunque haya inscripción a favor de quien la invoca, si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y éstos no son coincidentes”.

Concordancias en la normativa anterior: Arts. 2362; 2412 y 2767.

Este artículo receta el principio que señala que en las cosas muebles la posesión vale título, con excepción de las registrables. Lo que cambia es que en el nuevo código se lo incorpora como una forma de adquisición legal en esta nueva sistematización del articulado.

Siguiendo el mismo criterio se puede sostener que el nuevo artículo mejora la redacción antecedente del Art. 2412 ya que solo hablaba de presunción de la propiedad y no de su adquisición. Lo expuesto se infiere de la redacción actual donde la norma expresa: “es suficiente para adquirir los derechos reales”.

El último párrafo remite por ejemplo al caso de los automotores cuyo sistema prevé la verificación física previa a la modificación registral.

El Art. 1896, sin concordancias en el código anterior expresa: “*Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario*”

En la legislación anterior el Art. 2818 solo se refería a Usufructo. La norma es totalmente inoficiosa si nos remitimos a los artículos antecedentes sobre la causa legal de los derechos reales.

En cuando a la prescripción adquisitiva, para la usucapión larga, se sigue exigiendo el plazo de veinte años para inmuebles y existiendo posesión con justo título y buena fe, es decir la usucapión breve, sigue siendo de diez años.

En materia de cosas muebles registrables, no hurtadas ni robadas si no se inscribió a su nombre y se recibió del titular registral coincidiendo con su asiento registral se incorpora la usucapión de diez años. Volveremos sobre este punto mas adelante.

Art. 1897.- *“Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.*

Concordancias en el código anterior: 3948; 4010; 4015 y 4016.

Al haber borrado del código nuevo la clasificación de servidumbres continuas y discontinuas, así como aparentes y no aparentes del Art. 3017 podría pensarse que en la actualidad es posible adquirir por prescripción todas las servidumbres positivas o afirmativas, sea su ejercicio continuo o no, sean aparentes o no, por prescripción larga o corta. Lo expuesto deberá resolverse por la Jurisprudencia, entendemos que con el criterio del código anterior.

Art. 1898.- *“Prescripción adquisitiva breve. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años.*

Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”.

Concordancias en el código antecedente: Arts. 3999; 4010 y 4016.

Se mantiene el criterio de la norma antecedente con relación a cosas inmuebles. Con relación a cosas muebles no había normativa antecedente hasta la incorporación del Art. 4016 bis por ley 17.711, donde se hacía referencia al adquirente de buena fe con doble plazo (dos no registrable y tres en registrables). Esto es modificado por el código nuevo.

Art. 1899.- “Prescripción adquisitiva larga. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años.

No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

También adquiere el derecho real el que posee durante diez años una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes”.

Concordancias en el código anterior: 4015 y 4016.

Fue incorporada en veinte años por la Ley 17.711 y ese plazo se mantiene en la nueva legislación.

Art. 1900.- “Posesión exigible. La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua”.

Este Art. no tiene concordancia en la norma antecedente e incorpora el criterio doctrinario de que la posesión sea ostensible y continua, resultando evidente

que también debe ser pacífica e ininterrumpida, aunque no lo señale la norma. Se cambia el término de pública (utilizado con más frecuencia por la doctrina) por ostensible se incorpora para abarcar también a los terceros interesados de buena fe, de acuerdo a un criterio que se imputa a Alterini.

Vemos que a contrario sensu el Art. 1921 enuncia los casos de mala fe viciosa: *“Posesión viciosa. La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquel contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes”*

El Art. 1901 se refiere a la *“Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante.*

El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico”.

Tiene sus antecedentes en los Arts. 2474 a 2476; 4004 y 4005 de la norma anterior.

El código anterior como vemos se ocupaba del tema en dos supuestos, como defensa a la acción reivindicatoria o posesoria o como fundamento para usucapir. El texto actual trae claridad en cuando a la continuidad de la posesión del causante y no a la acumulación. También aclara que si la posesión de inicio de mala fe no podrá el continuador acudir al plazo breve.

Es indispensable que haya entre las dos posesiones un nexo jurídico.

El Art. 1902 se refiere al *“Justo título y buena fe. El justo título para la prescripción adquisitiva es 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. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”*.

En la normativa anterior encontramos la concordancia en los Arts. 3999, 4006 y 4010.

Se mantiene el criterio de exigir el justo título y la buena fe como condiciones conjuntas. El Art. actual mejora la redacción antecedente incorporando dos cuestiones, que debe entenderse por buena fe en caso de cosas muebles registrables, donde además previamente se debe cumplir con la norma de verificación física de las unidades.

La norma requiere un error de hecho esencial y excusable del adquirente de buena fe.

El Art. 1903 se refiere al *“Comienzo de la posesión. Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del justo título, o de su registración si ésta es constitutiva.*

La sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe”.

Tiene su concordancia en el Art. 4003 del código anterior.

La norma establece una presunción legal *iuris tantum* sobre la fecha de inicio de la posesión de buena fe que facilita las cosas en materia probatoria.

Art. 1904.- *“Normas aplicables. Se aplican a este Capítulo, en lo pertinente, las normas del Título I del Libro Sexto de este Código”*.

No existe norma concordante. Tiene que ver con la metodología del nuevo Código que trata la prescripción adquisitiva dentro de las disposiciones generales sobre derechos reales, en lugar de tratarla junto con la prescripción en general.

El Art. 1905 se refiere a la *“Sentencia de prescripción adquisitiva. La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo. La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.*

La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión”.

En el código anterior no había referencias a temas procesales como en este nuevo cuerpo normativo. Vemos que la sentencia es declarativa de un hecho que es la incorporación legal del bien al patrimonio del poseedor mediante este hecho. La norma tiende a despejar el hecho que en las sentencias judiciales actuales no se especificaban fechas en las que nacía el derecho real y su oponibilidad frente a terceros.

El Código al incorporar esta norma ha receptado la doctrina minoritaria que no da efecto retroactivo al nacimiento del derecho en la prescripción larga, en la que no se requiere buena fe. Una consecuencia de lo expuesto es la

posibilidad de que el titular registral reclame los frutos de la posesión al usucapiente. Se entiende que la norma busca proteger a los terceros que hayan contratado con el titular del dominio en ese lapso de tiempo. En el mismo sentido se ordena la inscripción de litis, otro tema muy cuestionado, atento que en la práctica los juicios de prescripción adquisitiva muchas veces configuran una mera aventura jurídica.

Para finalizar el Título se agregan estos dos artículos sin antecedentes en el texto anterior

Art. 1906.- *“Transmisibilidad. Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario”.*

Esta norma considerada innecesaria en el Código anterior remitía a la naturaleza de cada derecho y la posibilidad de las partes, con base legal, de pactar en contrario. En tal sentido remitimos al texto del nuevo Art. 398, referido a todos los derechos, que dice:

“Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres.”

Un ejemplo de intransmisibilidad es la del usufructo por causa de muerte (Art. 2119) o la del derecho real de habitación (Art. 2172)

Art. 1907.- *“Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”*

Vemos que el Código anterior no tenía un principio general en la materia

II- Clasificación de los derechos reales.

En los Arts. 1888 a 1891 el Código establece la clasificación de los derechos reales con un criterio metodológico no obrante en la codificación antecedente.

En primer lugar diferencia entre derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia o sobre cosa ajena, enunciando que se ejercen sobre cosa propia el dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado y superficie, denominando a los restantes como que se ejercen sobre cosa ajena.

Establece que para el dueño de la cosa la existencia de derechos reales sobre la cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales, aplicando una presunción "*iuris tantum*" (que admite prueba en contrario) en el sentido que en principio las cosas se presumen que no tienen gravamen, salvo que se pruebe lo contrario. En tal sentido sostiene que, en caso de duda sobre la existencia de un gravamen real o sobre su extensión o el modo de ejercicio, deberá interpretarse siempre a favor del titular del bien gravado.

El Art. 1889 diferencia entre derechos reales principales y accesorios estableciendo que los principales son todos los derechos reales a excepción de aquéllos que garantizan un crédito: que son la hipoteca, la prenda y la anticresis.

En relación a la publicidad registral distingue entre derechos reales registrables cuando la ley exige la inscripción de los títulos en los registros y no registrables, los que no requieren que sus títulos sean presentados a registros para su inscripción.

Otro elemento que permite clasificar a los derechos reales es la posesión (Art. 1891) Así todos los derechos reales se ejercen por la posesión, salvo las servidumbres y la hipoteca.

El texto legal dice:

Art. 1888.- *“Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado”*.

Art. 1889.- *“Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda”*.

Art. 1890.- *“Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción”*.

Art. 1891.- *“Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto*

las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”⁴.

Este artículo encuentra sus antecedentes en los Arts. 2384 y 2977 del Código anterior.

III- Incorporaciones del nuevo Código Civil y Comercial.

El nuevo Código incorpora nuevos tipos de derechos reales: los conjuntos inmobiliarios, los cementerios privados, el derecho real de superficie (legislado actualmente solo como superficie forestal) e incluye dentro de la codificación derechos reales que estaban legislados por leyes posteriores a la sanción del Código Civil como propiedad horizontal y tiempo compartido.

III. 1. Derecho real de superficie

Con relación al derecho real de superficie forestal, su regulación legal (Ley 25.509) resultaba insuficiente para la realidad actual por lo cual, siguiendo las propuestas de la doctrina mayoritaria, se ha desarrollado incluyendo la facultad de construir (Art. 2114 y siguientes) ampliando además su objeto, por ejemplo como mecanismo tendiente resolver el déficit habitacional.

Art. 2114: “Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

⁴ Se llaman servidumbres positivas a aquellas en las que para su ejercicio se requiere un acto del dueño de predio dominante, por ejemplo, la servidumbre de paso. Se llaman servidumbres negativas a aquellas que se ejercen sin ningún acto del dueño del predio demandante y también sin ningún acto del dueño del predio sirviente, por ejemplo la servidumbre de luces; la de no edificar, la servidumbre de no levantar una construcción a determinada altura.

Construyendo ciudadanía

Vélez siguió la línea del Código napoleónico, y en general de los códigos decimonónicos, y no solo consagró el principio de accesión, sino que además prohibió expresamente el derecho de superficie en el Art. 2614 del código Civil antecedente al que desarrollamos, reformado por la Ley 25.509.

Este nuevo derecho real se vincula con un instituto ya conocido en el derecho romano: “el derecho de superficie”, que consiste en la facultad atribuida a su titular de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo.

Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible *mortis causae*.

Kemelmajer de Carlucci ha analizado el derecho real de superficie relacionado con las construcciones, y distingue en el mismo dos manifestaciones del derecho: a) el denominado «ius edificandi» (derecho de edificar) y b) la propiedad superficiaria.

Respecto del “ius edificandi” indica que se trata del derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar), reconociendo que el Código suizo y el italiano aceptan como único el fin de edificar; y otras legislaciones; en cambio, lo admiten también para efectuar plantaciones y cultivos. Afirma el carácter real de esta manifestación, pues se trata de una relación directa e inmediata sobre cosa ajena, oponible “erga omnes”, desde que el superficiario tiene, en esa etapa acciones posesorias, petitorias, etc.

Por el contrario, “la propiedad superficiaria” es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado. Mirado desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio desde la

perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad.

El propietario del suelo ostenta un dominio imperfecto -el del suelo porque lo ha desmembrado-, mientras que el superficiario, un dominio temporal (no perpetuo) -a este lo ubicaría dentro del dominio revocable o resoluble-. Ambas situaciones o relaciones son distintas manifestaciones del derecho de superficie, pues les corresponde un régimen jurídico distinto según se trate del derecho de edificar o forestar, y la propiedad superficiaria.

El nuevo Código regula el derecho real de superficie en su variante amplia, de acuerdo con el criterio mayoritario del derecho comparado internacional: derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

Puede constituirse sobre un inmueble o sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. Pueden coexistir superficies con otros derechos similares aunque no sobre la misma parte del inmueble.

Se mantiene el plazo de cincuenta años que establecía la Ley 25.509, pero se extiende hasta los setenta años para los edificios.

En este aspecto, en nuestra opinión, se mantiene la falta de aclaración sobre cuando es factible constituir el derecho real de garantía, aun cuando con respecto al derecho real de superficie forestal, la doctrina mayoritaria entendió que era posible constituir estos derechos reales de garantía desde el inicio de la constitución del derecho de superficie.

El derecho de superficie puede adoptar dos modalidades diferentes.

Construyendo ciudadanía

En una de ellas, permite edificar y plantar en suelo ajeno y adquirir la propiedad de lo edificado o plantado, con independencia de la propiedad del suelo. Mientras la construcción o forestación no se realice, no existirá propiedad superficiaria, pero sí derecho real de superficie, pues se trata de un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno que constituye el germen de una futura propiedad superficiaria.

En la otra modalidad, el derecho de superficie es concedido sobre una construcción o plantación ya existente en un inmueble. Esto provoca que la propiedad se desdoble entre la propiedad del suelo, que sigue perteneciendo al titular de dominio y la propiedad de lo construido o plantado -ella pasa a ser propiedad del superficiario.

Así el Art.2115 establece que el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal, de acuerdo a lo preceptuado por el Art. 2116.

Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal, de acuerdo al Art. 2118.

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte.

No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible solo a los efectos del saneamiento del justo título, de acuerdo al Art. 2119.

El contrato requiere de la solemnidad de la escritura pública, porque se trata de un derecho real que recae sobre inmuebles (Art.1017) y debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble a los fines de su oponibilidad frente a terceros.

El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados -en ambos casos- al plazo de duración del derecho de superficie, de acuerdo a lo regulado por el Art. 2120.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario, según establece el Art. 2121.

Vemos también que la propiedad superficiaria no se extingue, salvo acuerdo en contrario, por la destrucción de lo construido o plantado, si el superficiario construye o dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar, conforme lo establece el Art. 2122. Lo expuesto recepta lo regulado por la Ley 25.509, ampliando el plazo e incorporando la edificación.

Con relación a la extinción del derecho de construir, plantar o forestar, el Art. 2124 expresa que se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años (para el derecho a construir) y de cinco (para el derecho a plantar o forestar).

III. 2. Conjuntos Inmobiliarios

En cuanto a los conjuntos inmobiliarios el nuevo Art. 2073 es amplio y permitirá incluir las nuevas formas edilicias que los estilos comerciales y arquitectónicos van creando.

Vemos que el principal problema que afectaba estas urbanizaciones cerradas era que no existía una norma específica en el orden nacional que contemplara los diversos aspectos que presentan y la normativa local no resolvía totalmente los variados conflictos que se suscitaban en su interior. Vemos que se recurría en muchos casos a la aplicación de la Ley 13.512 de propiedad horizontal a grandes superficies de tierra o en la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo de recurría a la división por tierra en un mix entre derecho de dominio y condominio⁵.

El nuevo código lo regula como un derecho real autónomo, estructurado en forma similar al de propiedad horizontal con particularidades propias a su naturaleza.

El Art. 2073 establece el "*Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o*

⁵ De Grisela Garcia Ortiz "Breve estudio sobre la normativa provincial que regula las urbanizaciones cerradas en la Provincia de Buenos Aires y las competencias municipales". Municipalidad de Malvinas Argentinas, Provincia de Buenos Aires, 2002. Presentado en las XXXIV Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas (30.11.2004). Publicado en la Revista "Voxlocalis. la 1° Revista Digital Iberoamericana Municipalista", Nro. 002 Febrero 2006.

náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

El Art. 2074 regula las “*Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible”.*

El Art. 2075 establece el “*Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.*

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

Una observación a la norma es que esta obligación de readecuación no establece plazo de cumplimiento.

El Art. 2076 se refiere a las partes comunes y cerramiento con una técnica similar a la que se emplea para la propiedad horizontal, estableciendo que se consideran *“necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad y administración que regula el emprendimiento”*.

Por defecto la norma señala que *“las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes”*.

Con respecto a la localización y al cerramiento el código le dedica una norma particular en el Art. 2079, reconociendo las competencias locales en ordenamiento territorial, al establecer que *“La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables. Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad”*

El Art. 2077 dispone que la unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Con este artículo se supera el problema de encuadre en la Ley 13.512 por la imposibilidad de afectar los inmuebles a propiedad horizontal cuando estaban en construcción. Volveremos mas adelante sobre este tema.

Sobre el Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento no hay una norma específica, pero debe entenderse que hay una remisión al nuevo Art.2056 que regula las disposiciones que debe contener el reglamento en la Propiedad Horizontal, toda vez que el derecho real de conjuntos inmobiliarios es una propiedad horizontal especial conforme lo indica el Art. 2075.

En materia de limitaciones y restricciones a los derechos particulares de los titulares de las Unidades que conforman el Conjunto Inmobiliario el nuevo Código contiene varias normas receptadas de la práctica, jurisprudencia y doctrina actual. Tal es el criterio del Art. 2078 cuando establece que *“cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad y administración del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos”*.

Por otro lado el Art. 2080 establece que *“de acuerdo con las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística. Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario”*.

El Art. 2082 autoriza a que el reglamento del conjunto inmobiliario establezca condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que

los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

Es el caso de una locación o comodato que puede estar limitado por el Reglamento, por ejemplo en cuanto derecho de admisión, plazo de duración etc.

En el mismo sentido el Art.2083 regula los regímenes de invitados y admisión de usuarios no propietarios, al disponer que el reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios. En tal sentido expresa que: *“el uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario”*.

El Art. 2084 autoriza a que “con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Estas decisiones conforman modificación del reglamento y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento”.

La norma recoge una práctica habitual entre countries y barrios vecinos, por ejemplo de pactar compartir espacios comunes como *club house* o canchas de

fútbol. Un ejemplo de ello es el llamado Country San Carlos en la Provincia de Buenos Aires.

Finalmente, el Art. 2085 posibilita que en el reglamento de propiedad y administración se prevean limitaciones para la transmisión de unidades, siempre que no impliquen impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario.

Por ejemplo se puede establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

En cuanto al Régimen disciplinario el Art. 2086 establece que “ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad y administración, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento”.

Aquí surgirá ineludiblemente un problema de interpretación en cuanto al alcance de las sanciones y su armonización con derechos del propietario de la Unidad.

El Art. 2081 regula sobre las expensas u obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes, que la jurisprudencia ya había reconocido.

La norma establece que “*los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que, a tal efecto, establece el reglamento de propiedad y administración. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares*”.

Sobre la naturaleza jurídica de la entidad que agrupe a los propietarios de las unidades privativas entendemos que debe aplicarse lo establecido en el Art. 2044 del nuevo Código referente al consorcio en la Propiedad Horizontal.

En este punto cabe recordar que el Art. 148, Inc. h) incluye entre las personas jurídicas privadas al consorcio de propiedad horizontal.

Lo expuesto no impide en forma alguna que, en algunos casos, la administración la ejerza una persona jurídica distinta generalmente una asociación civil fundadora del club de la que los propietarios resultan miembros por el reglamento o incluso de una sociedad civil (caso Nordelta).

III. 3. Tiempo Compartido

La Ley 26.356 regula los “sistemas turísticos de tiempo compartido” definiendo a este instituto como el que se integra con uno o más inmuebles, afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje y para brindar otras prestaciones compatibles con su destino.

Sin embargo la ley no definía la naturaleza jurídica del sistema en general y en la doctrina se suscitaban debates sobre la interrelación de los derechos personales y reales que se daban en cada caso de estudio.

La doctrina mayoritaria⁶ consideraba más conveniente, por la finalidad económico-social comprometida, su estructuración dentro de la órbita de los derechos reales y tal es el criterio seguido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que lo incluye entre los derechos reales sobre cosa

⁶ Busso, F., Multipropiedad o tiempo compartido, Hacia un enfoque como derecho personal, ED, 5/9/1990.

total o parcialmente propia (Art. 1888), regulándolo especialmente en los Arts. 2087 a 2102.

El Art. 2087 define el “Concepto. Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino”.

El Art. 2088 indica los “Bienes que lo integran. Con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos, el tiempo compartido se integra con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados”.

El Art. 2089 habla de la “Afectación. La constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial”.

El Art. 2090 habla de la “Legitimación. El instrumento de afectación de un tiempo compartido debe ser otorgado por el titular del dominio. En el supuesto en que dicho titular no coincida con la persona del emprendedor, éste debe comparecer a prestar su consentimiento a la afectación instrumentada”.

El Art. 2091 refiere a los “Requisitos. Los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones.

El emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no deben estar inhibidos para disponer de sus bienes.

El propietario puede constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, con los efectos previstos en el artículo 2093”.

El Art. 2092 se refiere a la *“Inscripción. El instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial (ley 26.356), previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial”.*

En este punto la inscripción registral (si bien no es constitutiva) es doble y requiere ser anterior a la venta a los fines de resguardar a los adquirentes (llamados usuarios por el nuevo Código) amparados por la ley de defensa del consumidor.

En el mismo sentido el Art. 2093 se refiere a los *“Efectos del instrumento de afectación. La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:*

- a) la prohibición al propietario y al emprendedor de modificar el destino previsto en el instrumento; sin embargo, el emprendedor puede comercializar los períodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales;*
- b) 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”.*

Son deberes del emprendedor (Art. 2094): a) establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del

tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador;

b) habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación, en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad;

c) garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas;

d) abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.

Este artículo tiene su fuente en el Art. 19 de la ley especial vigente, en la que además de los 4 requisitos actuales se exigía la constitución de un fideicomiso para el caso que el emprendimiento se encontrara en construcción. También se excluye del texto el deber del emprendedor de abonar toda suma por gastos del sistema que exceda el monto de la oferta cuando se hubiere optado por el sistema de ajuste alzado relativo.

El Art. 2095 establece los deberes de los usuarios del tiempo compartido:

a) ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden;

b) responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo;

c) comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso;

d) abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

La norma recepta un texto similar contenido en el Art. 20 de la Ley.

La administración puede ser ejercida por el propio emprendedor, o por un tercero designado por él. En tal caso, ambos tienen responsabilidad solidaria frente a los usuarios del tiempo compartido, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes.

El Código mantiene en tal sentido el criterio del Art. 22 de la Ley como una forma de garantizar el patrimonio de los usuarios.

El administrador tiene, de acuerdo al Art. 2097, los siguientes deberes, sin perjuicio de los establecidos en los regímenes legales específicos:

- a) conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso común, en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos;
- b) preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones;
- c) verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas;
- d) interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que corresponden;
- e) llevar los libros de contabilidad conforme a derecho;
- f) confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos;
- g) cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde;

- h) rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso de que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo⁷;
- i) entregar toda la documentación y los fondos existentes, al emprendedor o a quien este indique, al cesar su función;
- j) comportarse tal como lo haría un buen administrador de acuerdo con los usos y prácticas del sector.

La base de la nueva norma es el Art. 23 de la Ley armonizado con las obligaciones del administrador de Consorcio de Propiedad Horizontal.

Con relación a los gastos del sistema, el Art. 2098 establece la naturaleza de instrumento ejecutivo del certificado emanado del administrador en el que conste la deuda.

Los rubros que la componen y el plazo para abonarla, constituye título para accionar contra el usuario moroso por la vía ejecutiva, previa intimación fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administración.

El Artículo 2099 prescribe que la extinción del tiempo compartido se produce:

- a) por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación;
- b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral;
- c) por destrucción o vetustez.

⁷ La modalidad de ajuste alzado, también llamada "a destajo" o "per aversionem" en el derecho italiano, consiste que las partes establecen un precio fijo e inamovible aunque la ejecución de la obra importe la modificación del valor de los materiales o la mano de obra. El ajuste alzado podrá ser absoluto cuando ninguna modificación de costos justifica alterar el precio acordado o en su defecto, relativo, cuando admite que la mercadería o la mano de obra eventualmente pueda modificar el precio convenido.

Las normas base de la nueva redacción son el Art. 10 de la ley especial y el Art. 39 de la Ley 13.512.

Cabe señalar que en los casos de destrucción y vetustez no juegan las mayorías tal como lo prevé el Art. 2055 ya que en este derecho no hay asamblea de propietarios.

La relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales (Art. 2100).

Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.

El propietario, emprendedor, comercializador, administrador y usuario del tiempo compartido deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas al funcionamiento del sistema.

La doctrina no es unánime sobre si el régimen normado es directamente operativo en su parte sustancial ya que remite a una normativa especial, que algunos sostienen es la ley vigente (que crea el Registro al que remite el nuevo Código) y otros una nueva que debe dictarse ya que el Código ha modificado en parte sus normas.

III. 4. Cementerios Privados.

Los cementerios son los lugares destinados al descanso de los restos mortales. Como la muerte es un fenómeno vinculado en general con la religión, en su

origen los cementerios se hallaron encargados a la administración de las autoridades eclesiásticas y aparecían anexados a iglesias y a conventos.

Con posterioridad esta responsabilidad se trasladó al Estado. Aparecen así los cementerios públicos como pertenecientes al dominio público del Estado, que también ejerce el poder de policía mortuoria.

En tal sentido las normas aplicables a los cementerios públicos como integrantes del dominio público del Estado y, por consiguiente, también lo relativo a los derechos que emergen de su ocupación por los particulares a los efectos del depósito de restos mortales, incumben al derecho administrativo, en especial a las normas locales.

La cuestión de los cementerios privados surge ante el problema de la escasez de recursos del Estado frente a la demanda de calidad requerida por distintos grupos sociales y el consecuente nacimiento de interesados, personas privadas que, persiguiendo fines de lucro y sin perjuicio de reconocer el ejercicio de la policía mortuoria por parte del Estado, otorgan a los particulares derechos sobre determinadas parcelas a los efectos de la inhumación de cadáveres, a cambio del pago de un precio.

Los derechos del titular de la sepultura aparecen sometidos a un doble orden de restricciones: por un lado, las derivadas del derecho público, en lo relativo al poder de policía mortuoria; y por el otro las que provienen del destino especial que apuntan a satisfacer el descanso de los despojos mortales, situación que compromete principios culturales y religiosos implicados en el respeto debido a los muertos.

En este contexto encuadrar como derecho real los cementerios privados ha sido reconocer la realidad existente en este uso especial de inmuebles, confiriendo la seguridad jurídica pretendida.

El Art. 2103 define el “Concepto. Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos”.

El Art. 2104 se refiere a la “Afectación. El titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía”.

El Art. 2105 regula lo relativo al “Reglamento de administración y uso. El reglamento de administración y uso debe contener:

- a) la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes;
- b) disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables;
- c) fijación y forma de pago del canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por períodos anuales o mediante un único pago a perpetuidad;
- d) normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados;
- e) pautas sobre la construcción de sepulcros;
- f) disposiciones sobre el destino de los restos mortales en sepulturas abandonadas;
- g) normas sobre acceso y circulación de titulares y visitantes;
- h) constitución y funcionamiento de los órganos de administración.”

El Art. 2106 norma los “Registros de inhumaciones y sepulturas. El administrador de un cementerio privado está obligado a llevar:

- a) un registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada;
- b) un registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse los cambios de titularidad producidos”.

El Art. 2107 se refiere a las “Facultades del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura puede:

- a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto;
- b) construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto;
- c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados;
- d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas”.

El Art. 2108 norma los “Deberes del titular del derecho de sepultura. El titular del derecho de sepultura debe:

- a) mantener el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros;
- b) contribuir periódicamente con la cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio;
- c) abonar los impuestos, tasas y contribuciones que a tales efectos se fijen sobre su parcela;

d) *respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud pública y policía mortuoria*”.

El Art. 2109 se refiere a *“Dirección y administración. La dirección y administración del cementerio está a cargo del administrador, quien debe asegurar el correcto funcionamiento de las instalaciones y servicios comunes que permita el ejercicio de los derechos de sepultura, de acuerdo a las condiciones pactadas y reglamentadas”*.

Art. 2110.- *“Inembargabilidad. Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por:*

- a) *los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros;*
- b) *las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas”*.

Manteniendo el espíritu general del nuevo Código el Art. 2111 remite a la *“Relación de consumo. La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales”*.

Art. 2112.- *“Derecho real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales”*.

Art. 2113.- *“Normas de policía. El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria”*.

Un tema que se plantea con relación al nuevo texto es el siguiente: Que sucede si quien adquirió el derecho a sepultura fallece.

Al momento del entierro los sucesores o legatarios del difunto estarían imposibilitados de proceder a la sepultura, ya que no serían titulares de tal derecho. Los primeros necesitarían tramitar el juicio sucesorio; los segundos requerirían que el testamento fuera homologado judicialmente.

Lo expuesto seguramente se solucione por la vía de los Reglamentos de administración y uso y de Inhumaciones y sepulturas pero no se encuentra reglado en el nuevo Código.

III. 5. Propiedad Horizontal.

La propiedad horizontal desestimada por Vélez Sársfield en el Art. 2617 y creada en 1948 por la ley 13.512, se incorpora al nuevo código en forma actualizada y acorde a las necesidades de la comunidad donde su uso en suelo urbano se ha generalizado. Para tal fin cierra la antigua discrepancia doctrinaria y recepta las decisiones jurisprudenciales que entendían al propiedad horizontal como verdadero derecho real autónomo.

El nuevo Código la incluye como derecho real autónomo, sobre cosa total o parcialmente propia (Art. 1888) incluyendo el reconocimiento expreso del consorcio de propietarios como persona jurídica (Art. 148 Inc. h), con lo que se concluye la polémica que dividió doctrina y jurisprudencia durante largo tiempo.

En el texto legal se define con precisión los conceptos de unidad funcional (Art.2039); cosas y partes comunes (Art. 2040); cosas y partes necesariamente comunes; cosas y partes comunes no indispensables (Art.2042) y cosas y partes propias (Art. 2043). Regula el sistema a los gastos y contribuciones -

expensas comunes y extraordinarias- otorgando al certificado de deuda emanado por el administrador el carácter de título ejecutivo (Art. 2048).

La efectividad de las expensas, no contenida en la ley 13.512, debía contemplarse en los Reglamentos de Copropiedad y Administración aunque la mayoría de los Código Procesales fueron incluyendo normativas que habilitaban la vía ejecutiva para este tipo de deudas.

El Código incorpora el consejo de propietarios admitido en la realidad y delimita sus funciones (Art. 2064) facultando a ejercer la administración (Inc. D) en caso de vacancia o ausencia del administrador, con la obligación de convocar a asamblea dentro de los treinta días en caso de vacancia.

La otra cuestión interesante es la admisión de los subconsorcios con independencia funcional o administrativa dejando a salvo que frente a terceros responde la totalidad del consorcio.

Art. 2037.- “Concepto. La propiedad horizontal es 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 horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”.

Art. 2038.- “Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.

El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”.

Este artículo regula un extenso detalle de los contenidos mínimos del reglamento, entre los que destacamos otra cuestión que había generado polémica en la doctrina, como es el patrimonio del consorcio, cuya existencia se reconoce expresamente (Art.2056).

Art. 2039.- *“Unidad funcional. El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.*

La propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla”.

Art. 2040.- *“Cosas y partes comunes. Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes. Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales. Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios”.*

Art. 2041.- *“Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes:*

a) el terreno;

b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a éstas con el exterior;

c) los techos, azoteas, terrazas y patios solares;

d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad;

e) los locales e instalaciones de los servicios centrales;

f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional;

g) la vivienda para alojamiento del encargado;

h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas;

i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes;

j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros;

k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común;

l) los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio.

Esta enumeración tiene carácter enunciativo”.

Art. 2042.- “Cosas y partes comunes no indispensables. Son cosas y partes comunes no indispensables: a) la piscina; b) el solárium; c) el gimnasio; d) el lavadero; e) el salón de usos múltiples. Esta enumeración tiene carácter enunciativo”.

Art. 2043.- “Cosas y partes propias. Son necesariamente propias con respecto

a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones. También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”.

Art. 2044.- “Consortio. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario”.

Aun cuando no esté incluida en el Título específico tiene aplicación lo previsto en el Art. 160, en cuanto establece que los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica -en este caso, el consorcio-, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

Como innovación y armonización normativa, entre las obligaciones de los propietarios, y especialmente en el pago de expensas, se incluye la de afrontar los costos para construir las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros (Art. 2048).

El nuevo Código resuelve otra cuestión que generaba polémica como es la posibilidad de no pagar las expensas cuando hubiera reclamos contra el consorcio, estableciendo que los propietarios no pueden rehusar el pago de expensas o contribuciones ni oponer defensas por cualquier causa, fundadas

en derechos que ellos invoquen contra el consorcio, excepto compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente⁸.

Se aclara también como norma innovativa que, sin liberar al propietario por el pago de expensas, también están obligados los poseedores por cualquier otro derecho real o personal (Art. 2050).

El Art. 2051 modifica el sistema actual para autorizar las innovaciones (Art. 8 de la Ley 13.512), mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, al agregar a la necesidad del consentimiento de la mayoría de los propietarios, un previo informe técnico de un profesional autorizado, con incumbencias en la materia.

El nuevo Art. 2052 aclara y amplía el Art. 7 de la Ley 13.512 en cuanto a las mayorías requeridas detallando: “Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios. También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que solo beneficia a un propietario”.

En cuanto a la mejora u obra nueva en interés particular, que ha sido autorizada sobre cosas y partes comunes, el beneficiario debe efectuarla a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de propiedad y administración y de su inscripción, si hubiera lugar a ellos (Art. 2053).

El Código amplía las normas sobre asamblea, concepto, causales, legitimados para solicitar su convocatoria, quórum, deliberaciones (Arts. 2058, 2059 y 2060), introduciendo un novedoso sistema de mayorías.

⁸ MOLINA QUIROGA, Eduardo: «Pago de expensas y reparación de partes comunes» (La Ley 2005-F, 218 y DJ N.º 16, 19-04-2006 comentario a fallo).

Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto (Art. 2060)

El mismo Artículo 2060 resuelve el problema del fracaso de las asambleas por falta de quórum, disponiendo que “la mayoría de los presentes puede proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince -15- días de notificados, excepto que estos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente”.

También se establece que el derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea (Art. 2060 *in fine*).

Otro asunto conflictivo, como la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, requiere que la mayoría deba integrarse con la conformidad expresa de sus titulares (Art. 2061).

También se aclara que el administrador es el representante del consorcio (Art.2065) y se enumeran extensa y detalladamente sus facultades y obligaciones (Art. 2067) e incorporando otro tema debatido doctrinariamente, se establece que el administrador designado en el reglamento de propiedad y administración cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella y que el nombramiento y remoción de los administradores por la asamblea, no importa la reforma del reglamento de propiedad y administración y que pueden ser removidos sin expresión de causa (Art. 2066).

Se incorpora la figura del Consejo de Administración, cuya designación es facultad de la Asamblea y se detallan sus funciones (Art. 2064).

En el Art. 2055 se simplifican los supuestos y consecuencias del grave deterioro o destrucción del edificio, unificando en una sola disposición lo que en la Ley 13.512 se regulaba en los Arts 12 y 16. Resuelve la mayoría de la asamblea que represente más de la mitad del valor.

Se agrega la figura de los subconsorcios (Art. 2058), estableciendo que en los edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede prever la existencia de sectores con independencia funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general, cada uno de los cuales puede tener una “subasamblea”, cuyo funcionamiento y atribuciones deben regularse especialmente y puede designarse a un subadministrador del sector. En caso de conflicto entre los diversos sectores, la asamblea resuelve en definitiva. Frente a terceros, responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran.

El privilegio especial del crédito por expensas comunes se asimila a los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre esta (Art. 2582 Inc. a).

Prehorizontalidad

El régimen de prehorizontalidad (Ley 19.724) se reemplaza por un seguro obligatorio (Art.2071) y se establece que, para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo con lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente, a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

Se simplifica el sistema, y se mantienen las reglas de los plenarios “Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón” y “Alvear 1850, S. R. L. c/ Taub, Luis”, aunque pensamos que hubiera sido conveniente mantener la inscripción registral de los boletos de compraventa, en resguardo de la publicidad y protección de terceros.

IV. Derechos reales de uso y Goce y modificaciones a tener en cuenta

En cuanto a los **derechos reales de uso y goce sobre la cosa ajena se siguen en general los lineamientos del Código de Vélez y del Proyecto de 1998**, evitando normas redundantes, con una mejor sistematización, suprimiendo el usufructo legal por considerarlo innecesario y el “cuasi usufructo”- A la vez establece que el usufructo puede recaer sobre un derecho en los casos en que la ley lo prevea (Art. 2130, inc.b).

El Título XII sobre Derechos Reales de Garantía contiene un capítulo destinado a disposiciones comunes (Arts 2184 a 2204) aplicables a hipoteca, prenda y anticresis que facilita la comprensión de los institutos.

Sigue rigiendo la imposibilidad de constituir derechos reales de garantía judiciales, tácitos o legales, ni a través de testamentos.

Ya hemos señalado el Art 1896 que establece la “*Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario*”.

Construyendo ciudadanía

Admite para los derechos reales de garantía que dentro del monto del gravamen se garantiza además del capital, los intereses, costas y daños y perjuicios posteriores derivados del incumplimiento (Art. 2193)

Art. 2185.- *“Convencionalidad. Los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”.*

Art. 2186.- *“Accesoriedad. Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.*

Art. 2187.- *“Créditos garantizables. Se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.*

Art. 2188.- *“Especialidad en cuanto al objeto. Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo”.*

Art. 2189.- *“Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas 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.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

Art. 2190.- *“Defectos en la especialidad. La constitución de la garantía es válida aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo”.*

Art. 2191.- *“Indivisibilidad. Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.*

El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías. Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”.

Art. 2192.- *“Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.*

Sin embargo, no están comprendidos en la garantía:

- a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual;*
- b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de*

esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas”.

Art. 2193.- “Extensión en cuanto al crédito. La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

ART. 2194.- Subrogación real. La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real. En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

El Art. 2232 incorpora la prenda de créditos, figura importante para la realidad negocial actual.

El Art. 2219 define la prenda como el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.

Art. 2232.- “Créditos instrumentados. La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido. La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los

*derechos vinculados con el crédito prendado.
Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas”.*

Art. 2233.- “Constitución. La prenda de créditos se constituye cuando se notifica la existencia del contrato al deudor del crédito prendado”.

El Título XIII sobre Acciones posesorias y acciones reales diferencia con exactitud la turbación del desapoderamiento y la acción extrajudicial de las acciones posesorias judiciales (acción de despojo y acción de mantener la tenencia o la posesión).

En cuanto a las relaciones entre acciones reales o posesorias (el petitorio y el posesorio), la nueva norma mantiene las disposiciones del Código de Vélez y agrega que quien intenta una acción real podrá utilizar las acciones posesorias en defensa de hechos o ataques posteriores, recogiendo la jurisprudencia de la materia.

En este punto regula el tema de la legitimación activa ya que confiere las acciones a poseedores y tenedores. Con esta mecánica desaparecen todas las discusiones existentes sobre legitimación, ampliadas además en el Art. 2245.

Art. 2245.- “Legitimación. Corresponden las acciones posesorias a los poseedores de cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa.

Cualquiera de los coposeedores puede ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyen o turban en el ejercicio de la posesión común. No proceden estas acciones cuando la cuestión entre coposeedores sólo se refiere a la extensión mayor o menor de cada parte.

Los tenedores pueden ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión, y si no

quiere recibir la cosa, quedan facultados para tomarla directamente”.

Para la defensa extrajudicial amplia su aplicación ya sea que haya que repeler una agresión o toda violencia.

El código legisla la acción real reivindicatoria (Art. 2252); la acción real negatoria (Art.2262); la acción real confesoria (Art. 2264) y la acción de deslinde (Art. 2266).

Los ámbitos de aplicación de cada una quedan claramente definidos y en materia de alcances de la acción reivindicatoria el Art. 2260 prescribe los límites, evitando así las dificultosas interpretaciones que tanto con el Art. 2758 como con los Arts. 1051 y 2777 y 2778 que “*a contrario sensu*” del Código de Vélez requerían esfuerzos de interpretación para lograr coherencia en la aplicación.

Si el usufructo se constituye por testamento, quien ha sido designado usufructuario está obligado a inventariar y determinar el estado del objeto, en escritura pública. Esta obligación tampoco es dispensable.

La parte interesada puede reclamar en cualquier momento el cumplimiento de la ejecución no efectivizada.

El Art.. 2190 introduce una modificación con respecto a flexibilizar la exigencia del requisito de la especialidad, que es consistente con la admisión de lo que un sector de la doctrina denominó «hipoteca abierta». La verificación de la concurrencia de los requisitos de especialidad se consideraba esencial para la existencia o no de hipoteca. El artículo 2186 admite que la constitución de la garantía es válida, aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo con el conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo.

Aunque los argumentos que dividieron doctrina y jurisprudencia sobre la validez de las denominadas “hipotecas abiertas” pensamos que aún mantienen vigencia, la cuestión parece haber sido resuelta por el nuevo código en favor de las hipotecas abiertas.

En cuanto a la prenda con registro, de tanta importancia económica, el Art. 2220 establece que también puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes les atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.

Sin pretender agotar los cambios que introduce el nuevo código también mencionamos que se redefine el concepto de “línea de ribera” en el Art. 1960 que resulta del promedio de las máximas crecidas ordinarias, al regular el aluvión. Lo expuesto adquiere importancia para la determinación del camino de sirga.

En el condominio, cuando se presente la imposibilidad de uso y goce en común, serán los condóminos, reunidos en asamblea, quienes decidan sobre su administración (Art. 1993). En las asambleas, las mayorías se computan según el valor de las cuotas partes indivisas y la resolución de la mayoría absoluta obliga a todos. En caso de empate, decide la suerte (Art. 1994).

En el condominio con indivisión forzosa temporaria, se puede convenir suspender la partición por un plazo máximo de diez años (Art. 2000). Se aclara el concepto de la “partición nociva”, por la cual, se establece que un juez puede decidir su postergación hasta por un plazo de cinco años, renovable por una única vez (Art. 2001).



V. Conclusiones

Entendemos que las modificaciones introducidas por al código Civil en materia de derechos reales aportan un avance frente a realidades jurídicas existentes, hoy plasmadas en normas dispersas, cuya interpretación no era unánime, dando en tal sentido seguridad jurídica.

Esta impresión general no implica desconocer algunas inconsistencias de técnica legislativa y cuestiones que han quedado al arbitrio de las resoluciones generales futuras, que entendemos serán atendidas teniendo en consideración la doctrina mayoritaria existente previa a la reforma, cuando corresponda, sin perjuicio de las normas reglamentarias que se dicten.