

Mariani de Vidal, Marina
Derechos reales en el Código Civil y Comercial /
Marina Mariani de Vidal ; Adriana Abella. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Zavallia, 2016.
v. 1, 432 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-950-572-912-8

1. Derecho Civil. 2. Derechos Reales. I. Abella,
Adriana II. Título
CDD 346

© Copyright 2016, by Víctor P. de Zavallia S.A.
Alberti 835, 1223 Buenos Aires

Diseño de tapa: Guadalupe de Zavallia

ISBN: 978-950-572-912-8

Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

Esta tirada de 1000 ejemplares
se terminó de imprimir en Color Efe, Paso 192,
Avellaneda, en el mes de marzo de 2016.

ADRIANA ABELLA
MARINA MARIANI DE VIDAL

DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

TOMO 1

ZAVALLIA

Franja Morada Derecho UBA

1. Los Derechos Reales

1.1. Concepto

El Libro Cuarto del Código Civil y Comercial de la Nación regula los Derechos Reales en trece Títulos divididos en Capítulos.

El Título 1 contiene las Disposiciones Generales y el Capítulo 1 los Principios comunes.

Nos parece adecuado abrir el estudio de los derechos reales transcribiendo la definición analítica que de ellos formulara el Dr. Guillermo Allende¹ y que ya es clásica en la materia:

El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público establecen entre una persona y una cosa una relación inmediata que, previa publicidad, obliga a la sociedad a abstenerse de realizar cualquier acto contrario a él, naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius preferendi* y al *ius persecuendi*.

El artículo 1882 del CCCN, a su turno, da el siguiente

Concepto. 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 este Código.

¹Allende, Guillermo, *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 18 y ss.

El *poder jurídico* ha sido definido como “un derecho subjetivo, cuya esencia consiste en un señorío de la voluntad, sobre personas o cosas, que se ejerce de propia autoridad y, por lo tanto, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad”.²

El poder jurídico real es el que recae sobre cosas determinadas, tiene carácter patrimonial y se halla regulado principalmente por normas de orden público.

En artículos sucesivos el CCCN se ocupa del objeto de los derechos reales (artículo 1883), de su estructura legal (artículo 1884) y de las facultades de persecución y preferencia que le son propias (artículo 1886). Todo ello lo iremos desarrollando a lo largo de los siguientes apartados.

Los derechos reales son organizados por la ley en el interés individual de sus titulares, a condición de que ese interés no conduzca al ejercicio del poder de forma tal que contrarie el interés superior de la comunidad.

Los conceptos de deber y de función social pueden intervenir para limitar los poderes jurídicos reales y para encauzar su ejercicio.

El poder jurídico puede ser, según los casos, disponible o no, y por consiguiente, puede o no ser alienable, transmisible, renunciabile y prescriptible.

Los poderes jurídicos reales pueden ser susceptibles de adquisición a título originario o derivado –según los casos–, pueden ejercerse por representante.

Pueden ser perpetuos o temporarios.

Los derechos reales son protegidos mediante las acciones reales y gozan de los derechos de preferencia y persecución.

1.2. Derecho real. Su emplazamiento en el ámbito de los derechos subjetivos

El derecho, desde el punto de vista subjetivo, ha sido definido respectivamente, por Savigny y por Ihering como un poder o facultad atribuido (por el derecho objetivo) a una voluntad, o como un interés jurídicamente protegido, por el derecho objetivo.

Si se miran bien ambas definiciones no se excluyen sino que se complementan; es decir que el derecho subjetivo es un interés prote-

gido por el derecho objetivo mediante el otorgamiento de un poder o facultad a una voluntad, o a la inversa, un poder o facultad atribuido a una voluntad por el derecho objetivo para la protección de un interés.

Todo derecho subjetivo está integrado por tres elementos: el sujeto, el objeto y la causa.

El sujeto es su titular, persona humana o jurídica, a cuya voluntad el ordenamiento le otorga el poder o facultad.

El objeto del derecho es la persona o la cosa sobre la que el sujeto ejerce su poder o el comportamiento que está facultado a exigir de determinada persona.

La causa del derecho es el hecho o acto jurídico que le ha dado nacimiento. *Causa = Fuente.*

Además de esos elementos, todo derecho tiene un contenido y es la naturaleza y la extensión de la prerrogativa que da nombre y tipicidad al derecho subjetivo.

De los derechos subjetivos se han formulado diversas clasificaciones que tienen en cuenta la oponibilidad, el carácter económico o no del contenido, y el objeto inmediato de los derechos.

Por su oponibilidad se distinguen los derechos absolutos de los relativos. Son absolutos los que existen frente a todos (*erga omnes*). Al poder o facultad del titular del derecho corresponde un deber de abstención de los demás.

Son absolutos los derechos de la personalidad, de familia puros, los intelectuales y los derechos reales.

Los derechos relativos son aquellos que otorgan a su titular la facultad de exigir determinado comportamiento de persona o personas determinadas, pudiendo ese comportamiento consistir principalmente en una acción o hecho positivo.

Son relativos los derechos creditorios y los de familia aplicados (v. g. derecho a los alimentos).

2. Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales

2.1. Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales

Por el carácter económico o no de su contenido, los derechos son patrimoniales y extrapatrimoniales.

Son derechos patrimoniales los reales, los creditorios, los de familia aplicados, los intelectuales en el aspecto o facultad de explotación de la obra intelectual.

² Gatti, E., *Derechos Reales, Teoría general*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 69.

Integran los derechos extrapatrimoniales los personalísimos, los de familia puros y los intelectuales en cuanto al derecho moral del autor.

2.2. Patrimonio. Definición

El patrimonio, considerado como atributo de la persona, incluye a los derechos reales y personales o creditorios.

El patrimonio es concebido como una universalidad de derechos, que representa una unidad de masa y de gestión a cargo del titular, quien puede administrar y disponer a voluntad.

No encontramos en el Código nuevo una definición de patrimonio (ver artículo 15). En el Código se reconoce que el patrimonio es el conjunto de bienes con valor económico y también los que tienen un valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social que sólo pueden ser disponibles por el titular siempre que responda a esos valores, y según lo establezcan las leyes especiales.

La concepción patrimonialista ha ido cambiando, a fin de solucionar conflictos actuales que tienen lugar en la jurisprudencia, y aparecen bienes que siendo de la persona carecen de valor económico, aunque sí tienen una utilidad, como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etc., La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados como bienes del dominio público, pero la Constitución Nacional y la ley ambiental los considera colectivos y no solamente de propiedad del Estado (de los "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", 7.1).

2.3. Bienes

Las nociones jurídicas de bien, cosa y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socioeconómicos de nuestro tiempo.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield, la noción estaba estrechamente vinculada a un enfoque económico.

El CCCN, como dijimos, cambia la significación de este vocablo en su sentido técnico tradicional, para aplicarlo a los bienes ambientales; o al cuerpo, o a partes del cadáver.

Con el fin de proveer principios en relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados,

exclusivamente, en materia de derechos reales, se introducen en el Título Preliminar del Código, normas que conforman guías generales que luego se desarrollarán en artículos particulares, leyes especiales y jurisprudencia.

El artículo 14 del título preliminar del CCCN se refiere a los: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. Y el artículo 15 establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio, conforme con lo que se establece en este Código.

Se mantiene la clasificación existente en materia de derechos reales y personales, y en materia de derechos reales se consolida la postura tradicional, que se basa en derechos individuales de las personas sobre bienes (susceptibles de valoración económica), pero, al mismo tiempo, se contemplan otros aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico, que son los: a) derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios. b) derechos sobre el cuerpo humano y sus partes. c) derechos de incidencia colectiva.

2.4. Cosa

El artículo 16 establece que: "Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico".

Los bienes materiales se llaman cosas. Remitimos al apartado 3.2.1.

2.5. Derechos de las comunidades indígenas

En el Capítulo 4 del Título preliminar, artículo 18, se reconocen los derechos a las comunidades indígenas a *la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan y aquellas que sean aptas y suficientes para el desarrollo humano*, según lo establezca la ley, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

2.6. Clasificación de los bienes

2.6.1. "Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva"

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro 1 "Parte General", Título 3 denominado Bienes, Capítulo 1, regula los "Bie-

nes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva" (artículos 225 a 241).

La Sección Primera trae conceptos que analizaremos seguidamente.

2.6.1.1. Inmuebles: Tradicionalmente se han clasificado las cosas en *muebles e inmuebles*.

Se trata de una distinción que históricamente aparece en el último período del *derecho romano*, específicamente en el derecho justinianeo; y el aporte de Justiniano se ha instalado indudablemente en todas las legislaciones posteriores. Hasta entonces, los romanos distinguían las *res Mancipi* y las *res nec Mancipi*, o sea, las cosas más importantes y las menos importantes, por su valor económico.

Se distinguen las cosas en inmuebles y muebles en consideración al carácter físico de su *movilidad*. Los inmuebles tienen *posición fija*, mientras los muebles son susceptibles de *desplazamiento*.

La distinción entre muebles e inmuebles es relevante para la determinación de la ley aplicable, el régimen de transmisión y adquisición de los derechos reales, los recaudos que la ley exige para la prescripción adquisitiva, los gravámenes que pueden constituirse y la competencia de los jueces.

Clasificación de los inmuebles

Dentro del concepto de inmueble, el Código Civil y Comercial admite la clasificación de:

- a) los inmuebles *por su naturaleza*;
- b) los inmuebles *por accesión física*.

a) *Inmuebles por su naturaleza*, son tales como se presentan en la naturaleza, sin necesidad de la intervención del hecho del hombre. Pueden identificarse en: 1) *El suelo*: "capas de tierra y arena que forman el suelo, las aguas de mar, ríos, arroyos, lagos, etc." 2) *Las cosas incorporadas a él de una manera orgánica*: o sea la vegetación natural y los árboles, aun cuando sean plantados por el hombre. La unión al suelo ha de ser estable, ya que el vocablo "orgánica" excluye la posibilidad de que sea temporalmente –v. g.: la vegetación que resulte de la siembra o plantación debe ser catalogada dentro de la accesión por su semejanza con los edificios–. 3) *Las cosas que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre*.

b) *Son inmuebles por accesión* las cosas muebles que se encuentren inmovilizadas por su adhesión física al suelo, en tanto esa adhesión tenga carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. Esas accesiones deben haber sido incorporadas "con el propósito de dejar indefinidamente las cosas adheridas al suelo" *aun sin ser perpetuamente*. La perdurabilidad exigida por el Código Civil y Comercial determina que no puedan considerarse inmuebles por accesión física las carpas instaladas con fines de exposición o las casas prefabricadas.

El carácter físico de la accesión excluye la posibilidad de que la incorporación de las cosas muebles haya sido teniendo en la mira la profesión u oficio del propietario, porque en tales casos las cosas conservarían su calidad de muebles.

El artículo 266 del CCCN debe coordinarse con los artículos 1962 y 1963 del mismo cuerpo legal, que regulan la accesión de inmuebles por construcciones, siembras y plantaciones, y la situación especial de la invasión de inmuebles linderos. En éstos se dispone que, la propiedad de lo sembrado, plantado o construido pertenece al dueño del suelo sin perjuicio de las soluciones planteadas en caso de invasión.

En el caso que el inmueble se divida en planos, como ocurre en el *derecho real de propiedad horizontal* y en el *derecho real de superficie*, se quiebra el *principio de accesión*.

2.6.1.2. Muebles: Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa (artículo 227).

Existe la *posibilidad de desplazamiento físico o material* cuando la cosa puede ser trasladada y su entrega (esto es, la tradición), ocurre en forma manual de la cosa (artículo 1924).

Quedan excluidas las cosas muebles que están adheridas físicamente al suelo con carácter perdurable.

Las cosas que se desplazan por sí mismas son los *semovientes*. Se trata de los animales, que se trasladan por sus propios medios, sin necesidad de una fuerza exterior, con independencia de que también, en ciertas circunstancias, puedan ser ocasionalmente desplazados por el hecho del hombre. Sin perjuicio de que, como principio, los semovientes son cosas muebles, comprendidos en el régimen general de los artículos 1894 y 1895 en cuanto a su ad-

quisición, ciertos semovientes tienen una regulación particular. Así el ganado (mayor y menor), se halla sujeto al régimen de marcas y señales establecido por la ley 22.939; los animales de raza, excluidos v. gr. los equinos de pura sangre de carrera, son regidos por la ley 20.378. De todos ellos nos ocuparemos al tratar el “Régimen jurídico de las cosas muebles”.

Las cosas que para su desplazamiento deben servirse de una fuerza extraña son las cosas inanimadas. Algunas caen bajo el régimen general de las cosas muebles (una mesa, una computadora, un cuadro) otras tienen su propio estatuto: los buques, las aeronaves, los automotores. Remitimos al Capítulo 2 donde se contempla el “Régimen jurídico de las cosas muebles”.

2.6.1.2 bis. Cosas registrables y no registrables: La distinción entre cosas registrables y no registrables aparece en distintos artículos del CCCN: por ejemplo artículos 1166, 1890, 1898, 2257, 2258, etc.

Como principio, las cosas muebles no son registrables, pero respecto de algunas, con fundamento en factores económicos y jurídicos, ha surgido una subclasificación de ellas en “cosas muebles registrables y no registrables”.

Los inmuebles siempre son cosas registrables; en cuanto a las cosas muebles, su registro es exigido para algunos de ellos (automotores, buques, aeronaves, caballos de pura sangre de carrera, etc.). Remitimos al Capítulo 2 (Régimen jurídico de cosas muebles).

2.6.1.3. Cosas divisibles: El artículo 228 del Código Civil y Comercial de la Nación señala que las cosas divisibles son las que pueden ser divididas en *porciones reales sin ser destruidas*; y que las porciones reales resultantes formen un todo homogéneo y análogo con las restantes porciones y con la cosa en su estado originario.

Debe ser posible el fraccionamiento de la cosa, física y jurídicamente. La posibilidad física dependerá de la naturaleza del objeto y obedecerá a normas particulares que se aplicarán en ciertos casos. Se niega el carácter de divisibles a aquellas cosas cuyo fraccionamiento puede generar su destrucción parcial.

Son cosas indivisibles cuando la división no fuera físicamente posible porque la cosa se destruiría y las porciones reales resultantes no serían homogéneas entre sí ni en relación al todo; o cuando

la división pudiere hacerse físicamente pero no en sentido jurídico. Según el artículo 228, segundo párrafo:

Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento.

El motivo de esta clasificación se origina en la voluntad del legislador de mantener el valor económico de los bienes. Tiene importancia singular en materia de particiones de herencia, de condominio o de régimen matrimonial de comunidad.

2.6.1.4. Cosas principales y cosas accesorias: La cosa es principal cuando tiene existencia propia, sin que para ello dependa de otra cosa.

La cosa accesorio, en cambio, depende –para su existencia y su naturaleza– de una cosa principal. Sin la cosa principal, la accesorio no podría existir, o su existencia carecería de sentido. El régimen jurídico que se aplicará a la cosa accesorio será el mismo que el de la cosa principal, a menos que el ordenamiento jurídico contemple una excepción. *La accesoriedad* es una figura jurídica que se presenta no solamente en materia de cosas, sino también de derechos. Una situación fáctica o jurídica determina la dependencia de una cosa o derecho respecto de otro, de lo que resultará que la suerte que corra el *elemento principal* expandirá sus consecuencias para el *elemento accesorio*. Las cosas accesorias no tienen un régimen autónomo sino que siguen la suerte de la cosa principal a la cual están adheridas o de la cual dependen.

Fuentes de la accesoriedad pueden ser por: a) la *dependencia* de una cosa respecto de la otra; y b) la *adherencia física* de una cosa a la otra.

En la *accesoriedad por dependencia*, las cosas no se encuentran materialmente adheridas, y desde la perspectiva física podría pensarse que son dos cosas principales; pero se encuentran *funcionalmente ligadas por su destino*.

En la *accesoriedad por adherencia física*, *adhesión material*, ambas cosas pasan a formar una sola, al menos mientras mantengan ese estado.

La adherencia puede ocurrir: a) de una cosa mueble a una cosa inmueble por su naturaleza (ejemplo: los materiales con los que se

construye una casa); b) de una cosa mueble a una cosa inmueble por accesión física (ejemplo: el equipo de aire acondicionado que se amura a la pared de una construcción); c) de una cosa mueble a otra cosa mueble (ejemplo: la perla que se engarza en el anillo); y d) de una cosa inmueble a otra cosa inmueble (ejemplo: el acrecimiento de tierras por aluvión o avulsión).

La adherencia física puede o no ser permanente. Lo será cuando las cosas no puedan volver a separarse sin que de ello se siga su deterioro o destrucción. De lo contrario, la adherencia será transitoria y, separadas las cosas, la accesoria recobrará su calidad de principal.

Consecuencias de la accesoriadad. El propietario de la cosa principal habrá adquirido el dominio de la cosa accesoria, situación también resuelta por los artículos 1958 a 1963 del Código Civil y Comercial, que legislan la accesión como modo de adquirir el dominio, ello sin perjuicio de los derechos de crédito que el edificante o plantador puedan tener por las mejoras introducidas en la cosa principal.

El segundo párrafo del artículo 230 contempla la situación de las cosas muebles que se *han adherido para formar un todo, de modo tal que no pueda distinguirse cuál es la cosa principal y la accesoria*. En estos casos se tendrá por principal aquella que sea de mayor valor. Y ante la igualdad de valores, no se distinguirá entre cosa principal y cosa accesoria. En consecuencia, tratándose por ejemplo de una obra de arte, siempre que ésta sea de mayor valor que el material sobre o con el cual ésta se creó, la obra será principal, y el material accesorio.

2.6.1.5. Cosas consumibles: Son las cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso (artículo 231). El dinero es un ejemplo de ellas; cuando se entrega dinero, por cualquier causa, se produce una extinción relativa por perder el objeto su individualidad. Otra corriente de doctrina abrigó un concepto más amplio, incluyendo las mercaderías que son tenidas para ser vendidas o permutadas. Y una corriente aún más amplia ha sostenido que toda cosa queda consumida para aquél que la entrega, puesto que para él desaparece, sin ninguna excepción.

El nuevo Código se adscribe a una concepción de consumo más restringida a la concebida en el Código anterior, ya que únicamente revestirá esa calidad la cosa cuya existencia termine con el primer

uso (consumo natural). Se afirma que con ello se pretende acentuar la diferencia entre la cosa consumible y la cosa fungible. De tal modo, la cosa dejará de existir no solamente para quien la posea sino para cualquier otro sujeto. Se trata de una concepción estricta y absoluta del *consumo*.

En materia de cosas no consumibles, es relevante la determinación del destino de la cosa, ya que una cosa puede ser no consumible apreciada en función de su destino, pero si quien goza de ella la usa para un fin distinto, probablemente altere su sustancia y la deteriore o consuma total o parcialmente. Ello, claro está, no alterará la calidad de no consumible de la cosa, pero impactará en el régimen aplicable a la relación jurídica de que se trate. Por ejemplo, la alteración de la sustancia por parte del usufructuario importa el incumplimiento de una de sus obligaciones y determinará la extinción de su derecho real de usufructo [cf. artículos 2145 y 2152, inciso d), CCC]. Del mismo modo, el comodatario deberá responder por la pérdida o deterioro de la cosa dada en comodato [cf. artículo 1536, inciso a) y d), CCC].

2.6.1.6. Cosa fungible: La fungibilidad de la cosa implica la pérdida de su individualización en el conjunto, y por ello la viabilidad de la sustitución.

Si bien puede considerarse, en términos generales, que la calidad de fungible de una cosa puede desprenderse de su propia naturaleza, *es ciertamente la intención de las partes lo que determina la fungibilidad*.

A contrario sensu las cosas no fungibles son aquellas en las que un individuo no equivale a otro de la misma especie, resultando improcedente su sustitución por otra cosa de la misma calidad y en igual cantidad.

La clasificación que distingue las cosas fungibles y las no fungibles tiene incidencia en la adquisición de derechos reales y personales, v. g. en los derechos reales de usufructo, uso y habitación, y en los contratos de mutuo y comodato.

2.7. Frutos y productos

El Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la lógica distinción entre frutos y productos, definiendo a los primeros como aquellos que un bien produce, de modo renovable, sin alteración o

disminución de su sustancia. Es que el fruto puede ser percibido sin que ello impacte en la integridad del bien.

Se distingue entre *frutos naturales*, *frutos industriales* y *frutos civiles*.

Los *frutos naturales* son definidos, en el segundo párrafo del artículo 233, como “producciones espontáneas de la naturaleza”.

Los *frutos industriales*, son “los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra”.

La diferencia fundamental entre ambas especies de frutos no es su origen material (que en ambos casos es la cosa misma), sino aquello que ha originado la producción del fruto. En el caso de los naturales, la *actividad espontánea de la naturaleza*; en los industriales, el *hecho del hombre*.

Tanto los frutos naturales como los industriales no son accesorios de la cosa sino que forman un todo con ella, mientras no estén separados, tal como surge del último párrafo del artículo que comentamos. Cuando ocurra la separación, tampoco serán accesorios sino cosas principales e independientes de la cosa que los ha producido.

Los *frutos civiles* son las rentas que produce la cosa. Son accesorios de la cosa que los ha producido, ya que no se encuentran materialmente unidos a ella.

Los *productos* son *objetos no renovables* que, si son separados de la cosa, alteran o disminuyen su sustancia. El producto, en principio, sólo puede ser percibido por el propietario ya que es, por hipótesis, el único que tendrá amplias facultades sobre la cosa, para poder disminuirla o alterarla (cf. artículo 1941).

[Las tres especies de frutos, así como los productos, están alcanzados por la extensión del derecho real de dominio, por cuanto el artículo 1945, primer párrafo, de este Código dispone que “el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”. De tal modo, todos pertenecen al propietario de la cosa que los ha producido.]

2.8. Bienes fuera del comercio

Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:

a) Por la ley; b) *Por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones (artículo 234).*

El Código no define los bienes dentro del comercio; puede inferirse que los bienes están en el comercio cuando su transmisión no

se encuentre prohibida por la ley ni por ningún acto jurídico.

La regla es que los bienes se encuentren en el comercio, constituyendo excepciones los casos en que estén fuera de él.

Es relevante que los bienes cuya enajenación requiera autorización judicial ya no son considerados bienes fuera del comercio, toda vez que la circunstancia de que un juez deba autorizar su disposición no altera la situación jurídica objetiva del bien, sino que obedece generalmente a una situación subjetiva del titular que, siendo incapaz, o teniendo capacidad restringida, o no habiendo alcanzado la mayoría de edad, el ordenamiento jurídico lo protege contemplando la necesaria intervención de un juez y del Ministerio Público, en resguardo de la integridad de su patrimonio (cf. artículos 29, 32, 43, 44, 49, 121, 138 y 692).

Sobre los bienes cuya transmisión fuese prohibida por ley, no se trata de supuestos en que estos bienes no puedan ser transmitidos, sino casos en que no pueden siquiera ser adquiridos. Entre ellos: los bienes del dominio público del Estado, que según el artículo 236, son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Estos bienes no pueden ser objeto de actos jurídicos y, por consiguiente, de ningún contrato (cf. artículos 279 y 1004).

Los bienes cuya transmisión haya sido prohibida por un acto jurídico se vinculan con las cláusulas de inenajenabilidad. Según el artículo 1972 es nula la cláusula de no enajenar a persona alguna en los actos a título oneroso, sin perjuicio de la validez de la cláusula de no enajenar a persona determinada; y limita a diez años la eficacia de estas cláusulas en los actos a título gratuito.

Los bienes que se encuentran fuera del comercio por disposición legal, no pueden ser objeto de actos jurídicos.

2.9. Bienes con relación a las personas

En el Libro 1, Título 3, Sección 2, se clasifican los bienes en relación a las personas, abriendo paso a categorías en las cuales el régimen jurídico al que se sujetan es consecuencia del carácter que invisten las personas a quienes pertenecen.

2.9.1. Bienes del dominio público del Estado

El artículo 235 se ocupa de enunciar los que se consideran *bienes del dominio público del Estado*, es decir, aquéllos que se encuentran fuera del comercio, sujetos a un régimen especial que

diseña el artículo 237. En estos supuestos, la pertenencia al Estado y su afectación al uso y goce de todos los ciudadanos, determina que estos objetos estén comprendidos dentro de esa especie.

El término “dominio” debe comprenderse como una “exteriorización del poder público del Estado”, siendo una de las manifestaciones de su soberanía interna (Mariani de Vidal, Marina; Llam-bías-Alterini). Se trata, como señalaba Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2507 del Código Civil anterior, de “un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución”.

Enunciación de los bienes del dominio público

Se advierte que la norma los menciona, sin perjuicio de que su régimen sea propio del derecho administrativo.

a) *Mar territorial*. Se incorpora la referencia a que la distancia hasta la cual se extiende el mar territorial está determinada no sólo por la legislación especial, sino también por los tratados internacionales. Se aclara que ello no perjudica el poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económicamente exclusiva y la plataforma continental. Debe entenderse que quedan comprendidos dentro del concepto de mar territorial, “el agua, el lecho y el subsuelo”.

b) *Aguas interiores y playas*. Si bien no se incluye expresamente a los mares interiores, deben entenderse incluidos en la genérica referencia a “aguas interiores”. Se incorporan explícitamente los golfos y se mantienen las bahías, ensenadas, puertos y ancladeros.

Se incorporan las playas marítimas, definiéndolas como la porción de tierras que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y bajas mareas normales; y continúan hasta la distancia que corresponda de acuerdo a la legislación especial y a la ley local, en su caso.

c) *Ríos y lagos*. Los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por sus cauces naturales.

Debe entenderse por río al agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

También son del dominio público los lagos y lagunas navegables (no se distingue entre las distintas categorías de embarcaciones susceptibles de navegarlos). Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente delimitado de la misma manera que los ríos (máximas crecidas ordinarias).

Se incluyen también los *glaciares, ambiente periglacial* y toda agua que tenga o adquiriera aptitud para satisfacer usos de interés general; ello es consecuencia del debate parlamentario, en armonía con el objeto de la ley 26.639 —Régimen de Presupuestos Mínimos para la preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial— que en su artículo 1º, última parte, dice que éstos deben ser considerados *bienes de carácter público*.

Se comprende en este inciso a las *aguas subterráneas*, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraerlas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales.

d) *Islas*. En congruencia con los incisos “a” y “c”, se incorpora a la zona contigua, a la zona económicamente exclusiva, a los estuarios y a los arroyos. Siguiendo idéntico criterio que el Código anterior, sólo serán del dominio público las islas formadas o que se formen en lagos o lagunas navegables. Se incluyen tanto las islas formadas como las que se formen, con excepción de aquellas que pertenezcan a particulares.

La doctrina ha definido a las islas como la tierra firme que emerge del nivel de las más altas aguas en su estado normal, quedando rodeada por dichas aguas (Spota), aclarándose que no lo son los terrenos que queden aislados por la formación de un nuevo brazo de mar o del desdoblamiento del cauce de un río (Marienhoff).

Se afirma, asimismo, que las islas tienen la condición jurídica del lecho al cual acceden (Mariani de Vidal, Marina).

La norma hace la excepción relativa a las islas “que pertenezcan a particulares”. La doctrina discrepa acerca del alcance de esta excepción. Según algunos, la salvedad cubre los casos en que se hubiera adquirido la propiedad de la isla por usucapión larga o por venta efectuada por una provincia (fenómeno muy generalizado en el Delta del Paraná), aunque no lo diga expresamente. (Borda, G., “La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas”, JA, supl. diario del 18.12.1969).

Para otros, esos títulos están afectados de nulidad, pues el dominio público es inenajenable (mucho más si se trata, como aquí, de dominio público natural) e imprescriptible, con lo que la mención sólo podría vincularse a los derechos adquiridos antes de la sanción de la ley 340 (Código de Vélez). En efecto, como las tierras

de América pertenecían a los reyes de España, eran del dominio privado de la Corona y, por lo tanto, al hallarse en el comercio, su dominio pudo ser adquirido legalmente por los particulares; esos títulos no quedaron invalidados al incorporarse las islas al dominio público del Estado por el Código de Vélez, al encontrarse amparados por la garantía constitucional de la propiedad (Mariani de Vidal, M., "Islas. Reforma del artículo 2340, inciso 6° del Código Civil. Una oportunidad desperdiciada", *El Derecho*, supl. diario del 14.6.1973, t. 48).

e) *Espacio aéreo y aguas jurisdiccionales*. El inciso e) incorpora dos bienes. 1) El *espacio aéreo suprayacente al territorio*, en consonancia con el artículo 1° de la Convención de Chicago sobre Aviación Internacional (1944), de acuerdo a la cual se reconoce a los Estados Parte la soberanía exclusiva y absoluta sobre la zona aérea que abarca su territorio. 2) *Las aguas jurisdiccionales* que pertenezcan a la Nación de acuerdo a los Tratados Internacionales y a las leyes especiales.

f) *Calles, plazas, caminos, canales y puentes*. Se trata de obras que están afectadas al uso público. Se incluyen en este inciso reproduciendo la referencia genérica a "cualquier otra obra construida para utilidad o comodidad común", lo que ha permitido que la doctrina considerara incluidos en este inciso, por ejemplo, a los cementerios públicos.

g) *Documentos oficiales del Estado*. Debe entenderse comprensivo de los documentos que emanen de cualquiera de los tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial.

h) *Ruinas y yacimientos*. Se incorpora a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos. La nueva norma no exige, como el régimen anterior, que para ser bienes del dominio público del Estado tengan que ser "de interés científico". De todos modos, parece difícil imaginar que estas ruinas o yacimientos puedan carecer de dicho interés, con lo cual consideramos que estos bienes serán por hipótesis del dominio público del Estado.

Este último inciso impacta en la extensión material del *derecho real de dominio*, ya que el titular dominial –cuyo derecho se extiende sobre el espacio aéreo y por debajo del suelo– no podrá hacer suyas estas ruinas o yacimientos, porque al pertenecer al dominio público del Estado, se encuentran fuera del comercio, no pudiendo recaer sobre ellas ningún derecho real.

Esta norma es compatible con el segundo párrafo del artículo 1945, toda vez que dispone que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo "en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales", con lo cual, es claro que el aprovechamiento de ruinas y yacimientos será ajeno a toda posibilidad jurídica en virtud de la norma que aquí comentamos.

2.9.2. Bienes de dominio privado del Estado

Sobre los bienes enumerados en el artículo 236, el Estado tiene un *derecho real de dominio*, y en relación a ellos actúa del mismo modo que lo hace un particular.

Se trata de bienes que se encuentran dentro del comercio, pueden ser objeto de *derechos reales* y de *relaciones de poder*. Son *enajenables, embargables* y *prescriptibles*.

Enunciación de los bienes del dominio privado del Estado

El artículo 236 simplifica y actualiza la enunciación de los bienes del dominio privado del Estado, en cinco incisos, cuyo contenido explicaremos:

a) Inmuebles que no pertenecen a particulares

Se menciona como bienes del dominio privado del Estado a "los inmuebles que carecen de dueño" (no se incluye el vocablo "otro" como en el Código anterior). Compartimos la doctrina que entiende que el vocablo "inmuebles", empleado en el nuevo Código, es técnicamente más apropiado que el de "tierras", utilizado en el Código anterior.

b) Minas, piedras preciosas y sustancias fósiles

En congruencia con el Código de Minería, se incluyen estos bienes y otros de interés similar. En el Código de Minería, la *mina* es un inmueble distinto de aquél en el que se encuentra (artículos 11 y 12 del mismo Código). Cuando se trata de *minas de primera y segunda categoría* (artículos 2°, 3° y 4°, Código de Minería), éstas pertenecen al Estado Nacional o a los Estados Provinciales, según el territorio en que se hallen; pero existe en el Estado titular el deber de otorgar *derechos de exploración (o cateo) y explotación*, con arreglo a las estipulaciones de la legislación minera. En cam-

bio, las minas de menor valor corresponden al dominio del propietario del terreno [artículo 2º, inciso c), Código de Minería].

c) Lagos no navegables

Los lagos no navegables, en tanto carezcan de dueño, son bienes que se encuentran en el comercio, incluso por interpretación contraria del artículo 235, inciso c). Cuando no pertenezca a un particular, será del dominio privado del Estado, en igual solución que la establecida en el inciso a).

Alguna opinión señala que, habiendo utilizado el vocablo “inmuebles” en el primer inciso, no resultaba necesaria la inclusión de los lagos no navegables, ya que éstos deben entenderse comprendidos en dicho concepto, por ser inmuebles por su naturaleza, en orden al artículo 225 de este Código, a cuyo texto nos remitimos. Sin perjuicio de los nutridos debates que se han suscitado en torno a la naturaleza jurídica de los lagos no navegables, debe entenderse que el agua de un lago no navegable sólo queda comprendida entre los bienes públicos si tiene aptitud para satisfacer usos de interés general.

La opinión doctrinaria en torno a la improcedencia –en el Código anterior– de mencionar a los lagos “y sus lechos”, puesto que éstos forman parte de aquél (Allende, Guillermo) se recoge en el artículo (no así, cabe advertirlo, en el inciso d) del artículo 235, el cual menciona como integrantes del dominio público al agua, playas y lecho de los lagos navegables). El concepto de “lago” que proporciona el artículo 235, inciso “c”, *in fine*, de este Código, debe ser aplicado indudablemente también en este caso.

d) Cosas muebles de dueño desconocido

El inciso se refiere a las cosas muebles que no tengan dueño conocido, en tanto no hayan sido abandonadas. La solución es congruente con el régimen de adquisición del dominio, puesto que las cosas abandonadas son *res nullius*, motivo por el cual son susceptibles de apropiación [cf. artículo 1947, inciso a), ap. 1, de este Código]. Las cosas muebles, para ser del dominio privado del Estado, deben reunir los dos requisitos que claramente señala la norma: a) no tener dueño conocido; y b) no haber sido abandonadas por su dueño anterior. Cuando pertenezcan al dominio privado del Estado, por supuesto su dominio no podrá ser adquirido por

apropiación, ya que –aunque no estén mencionadas en el inciso “b” del artículo 1947– se entienden incluidas en su encabezamiento, al proclamar que “el dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación”. Y claramente estas cosas, tienen un dueño: *el Estado*.

El inciso hace excepción de los tesoros –que tampoco serán susceptibles de apropiación [cf. artículo 1947, inciso b), ap. 4, de este Código]– debido a que éstos tienen un régimen especial contemplado en los artículos 1951 a 1954, a cuyos textos y comentarios remitimos.

e) Bienes adquiridos por el Estado Nacional, los Estados Provinciales o los Municipios. Estos bienes son de su dominio privado, cuando fueren adquiridos “por cualquier título”. Debe tratarse de bienes que no estén destinados al uso de los habitantes de la República Argentina y que no reconozcan afectación a un fin de utilidad o comodidad común. Por tal motivo, son embargables, prescriptibles y enajenables, de suerte que, pudiendo ser objeto de relaciones de poder, la posesión ostensible y continua que se tenga sobre ellos, por el tiempo legal requerido, produce la adquisición del derecho real por prescripción a favor del poseedor (cf. artículos 1899 y 1900). Pueden celebrarse toda clase de actos jurídicos sobre ellos, en tanto no exista prohibición expresa de alguna norma legal, y pueden ser objeto de derechos reales, sin otros límites que los que surjan de las normas que también se aplican a particulares.

2.10. Determinación y caracteres de los bienes públicos del Estado. Uso y goce

Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.

La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local, determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.

Dominio público natural y dominio público artificial

La doctrina distingue el dominio público natural y el dominio público artificial. El primero se integra con bienes que revisten tal calidad por determinación de la ley, en el estado en que los pre-

senta la naturaleza (ejemplo: un río, un lago navegable), sin necesidad de acto administrativo alguno que los afecte al uso público, porque tal afectación proviene de la ley (un río, mientras sea río y no se seque, integrará el dominio público estatal). El segundo, en cambio, está integrado por bienes también declarados tales por la ley, sin perjuicio de la necesidad de que el Estado otorgue el *acto administrativo de afectación*. Las calles o las plazas son claros ejemplos de esta segunda categoría (apertura de la calle, creación de la plaza; etcétera).

Resumiendo: mientras que en el dominio público natural la determinación de su condición jurídica por la ley (*nacional*) implica al mismo tiempo su afectación al uso público en el estado que los presenta la naturaleza (ej.: “los ríos son del dominio público”), en el dominio público artificial no basta con la determinación de su condición jurídica por la ley (por ej.: “las calles son del dominio público”) sino que además es necesaria la creación del bien por la Administración (*local*), que lo destina al uso público (en el ejemplo, apertura de la calle). Es decir que su afectación o consagración al uso público se realiza por un acto distinto al de su calificación como bien del dominio público estatal, dictado por una autoridad distinta.

Por los propios caracteres que tienen los bienes de “dominio público”, no pueden ser objeto de actos jurídicos, de derechos reales, de derechos personales, ni de relaciones de poder. Para que puedan constituir objeto de actos jurídicos, será necesaria su des-afectación (acto administrativo por el cual se lo sustraiga del uso público). Por ejemplo: la Autoridad administrativa decide cerrar la calle y la calle deja de ser calle. A partir de entonces, integrarán el dominio privado del Estado, sujetándose a un régimen diverso, analizado en el comentario anterior al artículo 236.

Según el artículo 237 del CCCN son rasgos característicos del dominio público del Estado: a) *Inenajenabilidad*. Estos bienes no pueden ser objeto de transmisión. Su sometimiento al poder público del Estado impide que los particulares puedan ostentar sobre ellos derechos reales. Ello no obsta a que el Estado pueda conceder a los particulares derechos de uso, celebrando contratos administrativos; pero se trata de relaciones jurídicas propias del derecho público, ajenas a las normas del derecho privado (concesiones, permisos de uso, etc.). b) *Inembargabilidad*. Los acreedores del Estado no podrán embargar, ni consecuentemente ejecutar, estos bienes.

c) *Imprescriptibilidad*. Los bienes del dominio público del Estado no pueden ser objeto de relaciones de poder (posesión y tenencia –cf. artículo 1908–) y, por consiguiente, al ser imposible que sean objeto de una posesión, no podrán ser adquiridas por usucapión, ya que la posesión es un elemento estructural de este instituto (artículo 1897). Tampoco pueden ser objeto de derechos reales.

Advertimos que en ninguno de los artículos 1883 (objeto del derecho real) y 1912 (objeto de las relaciones de poder) se exige –expresamente– que la cosa se encuentre en el comercio; pero pensamos que la idea se mantiene en el espíritu de ambas normas y el artículo que comentamos es el que aporta su fundamento más sólido: *Lo que no puede enajenarse no puede ser objeto de derecho real y, consecuentemente, de una relación de poder.* d) *Uso y goce general*. Los bienes del dominio público, por su propia naturaleza, están destinados al uso y goce de la sociedad toda, sin perjuicio de la posibilidad de transferir su uso, mediante contratos administrativos de *concesión o permiso de uso*, a favor de ciertos particulares, en determinadas circunstancias.

2.11. Bienes de los particulares

Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derechos sobre ellos, salvo aquéllas establecidas por leyes especiales.

El artículo 238 menciona los bienes que constituyen una categoría residual, determinándose por exclusión, cuando éstos no pertenezcan al dominio público o privado del Estado Nacional, de los Estados Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los Municipios.

2.12. Aguas de los particulares

Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural.

El artículo 239 del Código plantea el régimen jurídico de las aguas, distinguiendo aquéllas que pertenecen al dominio de los particulares y las que integran el dominio público del Estado.

El *agua* es considerada una *cosa* en su concepción jurídica. El maestro Allende entiende que el agua, en las condiciones que es

presentada por la naturaleza en los ríos, arroyos, lagunas, lagos, etc., es una cosa *inmueble por su naturaleza* (cf. artículo 225). Si, en cambio, corre por acueductos, canales o cañerías, o está contenida en piletas, represas o estanques, es *inmueble por accesión* (cf. artículo 226). Y cuando el agua es separada de la fuente o el río, o bien cuando se encuentre provisionalmente en algún receptáculo, es considerada *cosa mueble*, en concordancia con el artículo 227.

En función de estos conceptos es que la norma atribuye la propiedad de las aguas que surgen de los terrenos de particulares a los propietarios de tales inmuebles. La solución es congruente con el artículo 225, integrando el agua el concepto de inmueble por naturaleza.

Quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.

La formación de un cauce natural convierte a estas aguas en bienes del dominio público del Estado, en congruencia con el artículo 235, inciso c), aun cuando nazcan y mueran dentro de terrenos que pertenezcan a particulares. Es, entonces, la circunstancia de que el agua corra por cauces naturales lo que determina su pertenencia al dominio público.

Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

Cuando las aguas pertenezcan a particulares, éstos tendrán el libre uso de ellas, sin perjuicio del control estatal y las restricciones que puedan imponerse en razón del interés público, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 239. Y en armonía con el artículo 1976, se limita el dominio imponiendo el deber de recibir aguas, arenas o piedras que se desplazan desde otro fundo cuando no hayan sido degradadas ni hubiera mediado interferencia del hombre en su desplazamiento.

Cuando las aguas pertenezcan a particulares, su uso no debe ejercerse en mayor medida que la debida ni comprometer intereses de terceros.

2.13. Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva

Los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos son indivisibles y de uso común; sobre ellos no hay derechos subjetivos en sentido estricto.

El Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por el decreto 191/11 aludía a una clasificación tripartita: derechos individuales, derechos individuales homogéneos (que pueden ser ejercidos a través de una acción colectiva si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes; pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común) y derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos, que no pertenecen a la esfera individual sino social, que son indivisibles y de uso común. El CCCN, tal como fue en definitiva sancionado y promulgado, se aparta de dicha clasificación y sólo distingue entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (artículo 14).

Los derechos de incidencia colectiva no pertenecen a la esfera individual sino social y son indivisibles y de uso común. Tienen por objeto bienes colectivos, que pertenecen a toda la comunidad, tales como el ambiente (artículo 43 de la Constitución Nacional). La defensa de estos derechos puede ser ejercida por el Defensor del Pueblo, las Asociaciones que concentren el interés colectivo o el afectado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a otra categoría de derechos –los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, inclusive de naturaleza patrimonial”– en la sentencia dictada en la causa “Halabi, E. c/ PEN” del 24.2.2009, verdadero *leading case* en la materia. Dijo el Alto Tribunal que, en estos casos, no se está en presencia de un bien colectivo sino de derechos personales o patrimoniales individuales enteramente divisibles;

sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una *causa fáctica homogénea*. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una *homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.*

La Corte incluyó a estos derechos entre los de incidencia colectiva, porque entendió que

la naturaleza de estos derechos excede el interés de cada parte y al mismo tiempo pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal en su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

Dio así la Corte un espaldarazo a las que se denominan acciones colectivas por daños individuales (*class actions*). Pudiendo en estos supuestos el reclamo colectivo ser ejercido por el Defensor del Pueblo de la Nación y por las asociaciones que propenden a esos fines –registradas conforme a la ley–. Sin perjuicio de que el afectado ejerza su derecho en un proceso individual.

El criterio sentado en “Halabi” lo reiteró la Corte en fallos posteriores.³

Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil.

La función social de los derechos individuales exige que sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, con arreglo a las normas administrativas nacionales y locales dictadas en el interés público y sin afectar al medio ambiente en sentido amplio.

Puede concluirse en que el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes que pertenecen al dominio público, al dominio privado del Estado, y a los bienes y aguas de los particulares *está limitado* por:

- a) su compatibilidad con los derechos de incidencia colectiva;
- b) su conformación con las normas de Derecho Administrativo nacional y local dictadas en el interés público y
- c) la no afectación del funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según lo previsto por la ley especial.

³ Causas “PADEC c/ Swis Medical SA” del 21.8.2013; “Asoc. Protección Consumidores del Mercado Común del Sur SA c/ Loma Negra SA”, del 16.2.2015 y otros.

2.14. Bienes en función de garantía

El artículo 242 dice:

Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

Y en el artículo 243 se establece que

Si se trata de bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.

Es principio legal que el patrimonio del deudor es garantía común de los acreedores. Ya dijimos que el patrimonio es un atributo de la persona y está integrado por bienes que tienen valor económico y por bienes que no lo tienen, aunque sí una utilidad –como el cuerpo humano y sus partes–.

Al admitir que los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores a fin de hacer posible el cobro de sus créditos, se reconoce la relación deuda-responsabilidad-garantía. Desde luego que con el término garantía no se alude a los derechos reales o personales de garantía, sino a la posibilidad de agresión que asiste al acreedor sobre los bienes de su deudor, a fin de hacer efectivos sus créditos.

En el artículo 743 se reitera el principio de que los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores, incorporándose, a través del artículo 744, una enumeración de los bienes excluidos de la garantía común,⁴ sin perjuicio

⁴ Observar que, respecto del inciso c), el artículo 2110 amplía la posibilidad de agresión respecto de los créditos por expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a las parcelas exclusivas destinadas a sepultura. Y aunque en el inciso e) del artículo 744 se excluye al derecho de usufructo, aparece una desarmonía con lo dispuesto en el artículo 2144, que autoriza a los acreedores del usufructuario a ejecutar el derecho de usufructo. Volveremos sobre estos temas al estudiar los Cementerios Privados y el Derecho de Usufructo.

de lo establecido por leyes especiales —v. g. la que impone límites al embargo de sueldos, jubilaciones y pensiones— y lo dispuesto en las normas procesales.

Los objetos que tienen valor económico pueden entrar en el comercio, son embargables y ejecutables; y la ley le reconoce a los acreedores derechos de control de los actos de su deudor mediante: medidas de conservación o cautelares (embargo, anotación de *litis*, inhibición, etc.); de ejecución, individual o colectiva; medidas reparadoras por medio de las acciones de simulación, revocatoria, subrogatoria.

En consecuencia, existe garantía de la obligación sin añadir un reforzamiento del crédito.

Todos los acreedores pueden ejecutar los bienes del deudor en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal o convencional de preferencia (por ejemplo, un privilegio, que permite al acreedor privilegiado una preferencia en el cobro).

El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes de su deudor en la medida necesaria para satisfacer su crédito, ante el incumplimiento de determinada prestación, siempre que aquellos formen parte de su patrimonio y no se encuentren afectados por ley especial a determinado beneficio que determine su inembargabilidad e inejecutabilidad.

La norma contempla que *los patrimonios especiales autorizados por la ley* sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

Estos patrimonios están excluidos de la regla general ya que responden sólo a determinadas obligaciones (v. g. la sociedad unipersonal, ley 19.550 artículo 1; los bienes fideicomitidos que constituyen un patrimonio separado (artículo 1685); el patrimonio del declarado presuntamente fallecido en el período de preacotación (artículo 91). En todos los casos, la ley debe determinar su existencia y los efectos).

3. Derechos reales y derechos personales

3.1. Derechos reales y personales. Análisis comparativo

La división clásica de los derechos civiles en personales y reales del Código de Vélez, tomado de Freitas, se mantiene en el Código Civil y Comercial y nos permite comparar y advertir que existen

entre ellos relaciones de semejanza, relaciones de diferencia y relaciones de vínculo, que podemos sintetizar:

1) *las semejanzas*: el contenido económico, la categoría de derechos patrimoniales;

2) *las diferencias*: la esencia, el objeto inmediato, el número de elementos, el régimen legal, el nacimiento, el número, la oponibilidad, la publicidad, la posesión, la prescripción, la duración, el *ius preferendi* y el *ius persequendi*, la muerte del titular, la pérdida de la cosa, la renuncia, la función económica, la competencia, la existencia de la cosa, la determinación de la cosa y la ley aplicable;

3) *el vínculo*: los derechos reales pueden tener su origen en un contrato, y algunos de ellos sólo pueden nacer por convención, como los derechos reales de garantía.

3.1.1. Distinción entre ambas categorías

Señalaremos las más relevantes:

Régimen legal

En el régimen legal de los derechos personales domina el principio de la autonomía de la voluntad con su limitación a principios del orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

El régimen legal de los derechos reales está dominado por el principio de orden público y sólo se deja un margen estrecho a la autonomía de la voluntad.

Los derechos personales nacen por libre voluntad de los particulares, siendo en consecuencia ilimitados en número.

En los derechos reales rige el principio de número cerrado y los particulares no pueden dar nacimiento a otros derechos distintos a los que la ley establece taxativamente. ART. 482 k

Objeto

El objeto inmediato en el derecho personal consiste en un hecho positivo (dar o hacer) o negativo (no hacer). Es la persona del deudor, que a través de determinada conducta ejecuta el hecho en beneficio del acreedor.

En el derecho real, el objeto inmediato son las cosas, partes materiales de la cosa, parte indivisa, y un bien cuando la ley expresamente lo determina.

Número de elementos

El derecho personal se integra con tres elementos –sujeto activo, sujeto pasivo, y objeto–.

El derecho real sólo con dos –sujeto o titular y objeto–.

Sujeto

En el derecho personal el sujeto pasivo es determinado e individualizado.

En el derecho real el sujeto pasivo es indeterminado y general.

Mediatez o inmediatez

En el derecho personal existe una relación directa entre los sujetos y el beneficio o utilidad que ese derecho implica para el sujeto activo, depende del cumplimiento de la prestación y autoriza a recabarle ese cumplimiento al sujeto pasivo.

En el derecho real existe una relación directa e inmediata con el objeto y el beneficio o utilidad es obtenido por su titular directamente del objeto del derecho.

Prescripción

La prescripción es el instituto mediante el cual se adquieren o pierden derechos por el transcurso del tiempo.

La usucapión o prescripción adquisitiva ocurre respecto de los derechos reales que se ejercen por la posesión, excluidos los de garantía.

La prescripción liberatoria o extintiva juega en los derechos personales –ya que se extingue la obligación civil y su correspondiente acción–, sin perjuicio de que existan algunas matizaciones; así vemos una suerte de prescripción extintiva de los derechos reales de disfrute y de superficie, ya que el Código dispone su extinción por el no uso en los primeros (artículo 2152, inciso c, 2155, 2159 y 2182, inciso b) y por la no edificación o plantación en la superficie (artículo 2124).

3.2. Objeto de los derechos reales

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 (artículo 1883).

El objeto puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, concepto aplicable a los casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena (derecho a plantar o construir; artículo 2114); derechos complejos como el tiempo compartido (artículo 2087); también la prenda de créditos (artículo 2232 y ss.), y el usufructo de derechos (artículo 2130, inciso b).

3.2.1. Concepto de cosa. Energía

La cosa desde el punto de vista físico es todo objeto material; no sólo los que pueden ser propiedad del hombre, sino también todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. (nota al artículo 2311 del Código Civil de Vélez).

Desde el punto de vista jurídico, debemos limitar la extensión de esta palabra a todo lo que tiene un valor entre los bienes de los particulares (artículos 15 y 16).

En el Código no se requiere que la cosa esté en el comercio, a diferencia del Código de Vélez Sarsfield, ya que son asimismo objeto del derecho real las cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad relativa y aquéllas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar.

Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre (artículo 16 último párrafo). Sigue el Proyecto de 1998, al Código Suizo (artículo 713), y el Código italiano de 1942 (artículo 814).

La energía no ocupa un lugar en el espacio; pero tiene un contenido económico susceptible de goce y disposición que se asimila a las cosas.

O sea que se le aplican las disposiciones relativas a las cosas, a fin de determinar así un mejor encuadramiento en caso de sustracción, compraventa, etcétera.

Claro que no todas las normas resultan aplicables, así la acción reivindicatoria de relaciones de poder y las que se refieren a los efectos de la posesión de la energía. Ello porque la energía se produce y se consume inmediatamente y lo que queda es el cuerpo que la produce. La energía que produce un caballo o una batería no está contenida dentro del caballo sino que es la combinación de ciertos

elementos del caballo o de los ácidos que constituyen la batería y que son los que producen la energía. El Anteproyecto de Código Civil de 1954 la conceptualiza como bien, lo que aparece acertado.

3.2.2. Derechos sobre cadáver y el cuerpo humano

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla, como dijimos, los bienes que aun sin un valor económico –como los derechos sobre el cuerpo humano–, tienen una utilidad afectiva, terapéutica, científica, humanitaria o social.

La cuestión sobre el cuerpo humano y su conflicto surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente.

El cuerpo humano no es una cosa que se encuentre en el comercio. Pero el cuerpo humano y las partes del cuerpo humano que se separan definitivamente de él, son susceptibles de reproducción, y no afectan en forma permanente la integridad física de la persona, pueden considerarse cosas y susceptibles de actos jurídicos. Así la ley 21.541 reglamentada por el decreto 3011/77 y reformada por las leyes 23.464 y 24.193, regula los trasplantes de órganos humanos. Ejemplos son la leche de madre, la sangre, los cabellos, etcétera.

El artículo 1004 del CCCN, que se refiere al objeto de los contratos, en su último párrafo dice:

Quando tengan por objeto derechos reales sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.

Y por el artículo 17:

Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según dispongan las leyes especiales.

Según el artículo 56:

Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contra-

rios a la ley, la moral o las buenas costumbre, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona.

La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Estos derechos están fuera del comercio. *No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.*

Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella, y en esa panorámica la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay cuestiones vinculadas a las consecuencias que produciría una decisión determinada sobre la organización de la sociedad y la economía, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento.

No se puede ignorar el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre.

El tema surgió palmariamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), ya que con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o algunas de sus partes son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos.

En estos supuestos, el valor que se les dé puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa.

Se admite entonces, como dijimos, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad. En cuanto a los caracteres, hay demasiada variedad, lo que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos. Todo ello resulta de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Respecto de la disposición del propio cuerpo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 56 citado.

Téngase presente que el menor de edad (lo es mientras no haya cumplido dieciocho años, artículo 25), y partir de los dieciséis años es considerado como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, según lo dispuesto en el artículo 26, último párrafo. Recordamos que desde que el menor de trece años hasta que cumple dieciocho años, es calificado como adolescente (artículo 25).

Cadáver

El cadáver es un despojo mortal y éste o sus partes pueden ser objeto de actos jurídicos, a título oneroso o gratuito, pero teniendo en cuenta la voluntad del muerto. En ese sentido, dispone el artículo 61 CCCN que:

La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumaciones, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar el cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

La ley de trasplante de órganos humanos 24.193 contempla los actos de disposición de órganos y material anatómico proveniente de personas fallecidas para ser implantados en otros seres humanos con fines de estudio o investigación.

3.3. Los derechos intelectuales

Ha terminado por prevalecer en el derecho comparado, en los tratados internacionales (por ejemplo en el "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el comercio de mercancía falsificadas" (ADPIC o TRIPs o TRIPs/Gatt), aprobado por nuestra ley 24.425 y que se ocupa de los derechos de autor, de las marcas y de las patentes) y en la doctrina especializada la denominación "propiedad intelectual" como comprensiva de los derechos de autor y de los que tienen por objeto marcas, patentes y los diseños y modelos industriales y de utilidad.

Cabe advertir que aun cuando se hable de "propiedad intelectual", tal calificativo sólo apunta a que deben ser considerados una "propiedad" en el sentido constitucional del término (abarcativa de todos los derechos patrimoniales) y no en el sentido del derecho real de propiedad o dominio.

Pues, en efecto, ellos no recaen sobre cosas. Y aun cuando se concluye en que recaen sobre bienes, los bienes sólo pueden ser objeto de derechos reales en los casos en que se trate de "un bien taxativamente señalado por la ley". De donde deberá examinarse las normas reguladoras de estos derechos para descubrir en cada hipótesis si son susceptibles de servir de objeto a un derecho real. Nos detendremos luego sobre ello.

Según la clásica conceptualización de Picard,⁵ la propiedad intelectual constituye una categoría distinta a la de los derechos reales y personales, porque comprende un aspecto extrapatrimonial (derecho moral a la paternidad de la obra), que es perpetuo y un aspecto patrimonial o pecuniario, que es limitado en el tiempo.

El derecho de autor está regulado en la ley 11.723 y recae sobre una creación del intelecto; obviamente, no se trata de una cosa. No es, por lo tanto, un derecho real, aunque sí reviste la calidad de derecho absoluto en su aspecto moral.

⁵ Picard, E., *Le Droit Pur*, París, Flammarion, 1908.

Las *marcas son signos* que sirven para distinguir productos o servicios, respecto de los cuales se requiere su inscripción para ser protegidas⁶.

No son cosas, aunque sí bienes. El régimen de las marcas está contenido en la ley 22.362. Pero en ninguna de sus normas se establece “taxativamente” que pueden ser objeto de derechos reales. Y aunque en el artículo 11 se menciona a las demandas judiciales por “reivindicación” de marcas, esta acción reivindicatoria no es la acción real reivindicatoria del Código Civil, sino una acción distinta gobernada por principios propios, como lo tiene decidido la jurisprudencia en la materia.

No obstante, usualmente las marcas se prendan, echando mano de las disposiciones relativas a la prenda con registro (decreto-ley 15.348/46, t. o. de 897/95), varias de las cuales se refieren a “bienes” como objeto de este derecho real [artículos 2, 3, 15, inciso e), 43]. Esta normativa no ha sido derogada por la ley de sanción del CCCN (ley 26.994); al contrario, el artículo 2220 de dicho Código establece que la prenda con registro se rige por la legislación especial.

En cuanto al usufructo de marcas, resulta dudosa la posibilidad de su constitución, atento que el artículo 2130 únicamente admite que el usufructo recaiga sobre un derecho “sólo en los casos en que la ley lo prevé” (inciso b) y que no existe disposición alguna en ese sentido, ni en el CCCN ni en la ley específica 22.362.

La ley 22.362 también regula a las *designaciones* (“nombre o signo con que se designa una actividad, con o sin fines de lucro”: artículo 27) y determina que constituyen una propiedad para los efectos de esta ley. Caben las mismas conclusiones desarrolladas respecto de las marcas.

Las *patentes de invención* tampoco son cosas sino bienes (derechos patrimoniales y absolutos), motivo por el cual —como principio— no pueden ser objeto de derechos reales. Ello aun cuando el

⁶ Aunque la jurisprudencia ha hecho extensiva la protección, en ciertos casos y con restricciones, a marcas no inscriptas (marcas de hecho). CNCiv. y Com. Federal, Sala II, causa “Fundación Amigos de la Tierra Argentina c/ Tarraubella, R.”, sentencia del 16.12.2003 (inédito); Sala III, causa “Vail Associates Inciso c/ Renaver SRL”, sentencia del 11.2.1997, ED, supl. diario del 12.5.1998; Sala III, causa “De Rico Spa c/ Rodríguez, J.”, sentencia del 6.11.1997, ED, supl. diario del 12.5.1998.

artículo 17 de la Constitución Nacional expresa que “todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento”. El término “propiedad” es usado en ese texto como equivalente a “derecho patrimonial” y no a derecho real de dominio.

El régimen jurídico de las patentes está contenido en la ley 24.481, modificada por la ley 24.572, en ninguno de cuyos artículos se autoriza la constitución de derechos reales sobre las patentes.

No obstante, cabe hacer la salvedad que formulamos respecto de las marcas: las patentes podrían ser objeto del derecho real de prenda con registro, en tanto la legislación específica de esta garantía real (decreto-ley 15.348/46, t. o. 897/95) admite su constitución sobre “bienes”, según ya explicamos.

Lo mismo que hemos dicho respecto de las patentes cabe predicar respecto de los *modelos de utilidad* (artículos 53/58 de la ley 24.481).

En cuanto a los *modelos y diseños industriales*, regulados por el decreto 6673/63, resultan aplicables las mismas conclusiones.

4. El Código Civil y Comercial de la Nación: disposiciones generales, principios comunes a los derechos reales. Análisis de las disposiciones legales. Caracteres

En el CCCN —artículo 1884—, al igual que en el Código Civil de Vélez —artículo 2502—, el orden público gravita en la determinación de cuáles son los derechos reales, da un nombre y configuración de su esencia y contenido.

El titular tiene una relación directa e inmediata con la cosa, oponibilidad *erga omnes*; y en caso de violación la ley le otorga las acciones reales y las ventajas inherentes del *ius preferendi* y el *ius persequendi*, como antes lo dijimos. *Art. 1886*

Nuestro régimen impide al individuo crear derechos reales con arreglo a su voluntad, lo cual supone una seria limitación de los cauces jurídicos a disposición de los particulares, o sea una importantísima restricción a la libre disposición jurídica. Si bien las personas pueden alumbrar derechos reales a través de sus actos voluntarios, deberán elegir entre los admitidos por la ley y, una vez elegido, sujetarse al estatuto establecido en la ley, sin posibilidad de modificarlo, salvo en la medida en que aparezca autorizado por

ésta (por eso se dice que las normas que gobiernan los derechos reales son “sustancialmente de orden público”).

Cabe señalar que las normas estatutarias, que hacen a la esencia del derecho real, son de orden público. Por eso el artículo 1882 dice que es un derecho “de estructura legal”.

Convalidación

Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada (artículo 1885).

La norma mencionada regula la convalidación. Ello permite que se adquiriera un derecho que no se obtuvo por falta de legitimación, porque se convalida la transmisión o constitución del derecho real hecha si con posterioridad se adquiere el derecho real sobre el objeto.

A diferencia del Código Civil de Vélez Sarsfield y de acuerdo con el Proyecto 1998, no hace excepción la hipoteca pues –como siempre se opinó– la excepción sería injustificada.

Persecución y preferencia

También se adoptan, si bien con algunos matices diferenciales, las reglas sobre la persecución y preferencia, como notas típicas del derecho real.

Como el derecho real se ejerce directamente sobre el objeto y es oponible a todos, su titular puede perseguir a aquél en manos de quien la tenga, para ejercer su derecho, con las limitaciones que impone la propia ley por razones de seguridad jurídica (artículos 392, 1895):

El derecho real atribuye a su titular también la facultad de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

Conversión

El CCCN no contiene una norma similar a la última parte del artículo 2502 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que establece 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.

En consecuencia estas cuestiones se someterán a la decisión judicial, quien resolverá si se configura un derecho personal o un derecho real próximo, de conformidad con el artículo 384 del CCC.

Ejercicio de los derechos (Título Preliminar, artículos 9 a 13)

El CCCN dispone que los derechos subjetivos deben ser ejercidos de buena fe (artículo 9).

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva (artículo 14, último párrafo).

Las convenciones de los particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (artículo 12). Está prohibida la renuncia general de las leyes, aunque los efectos de la ley puedan ser renunciados en el caso particular, salvo prohibición del ordenamiento jurídico (artículo 13).

El artículo 10 se refiere al abuso del derecho:

El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico, o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Los efectos del acto abusivo son despojar de toda virtualidad al acto desviado, privándolo de efectos; impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso y dar origen a la tutela preventiva o resarcitoria.

Se contempla también en el CCCN el abuso de posición dominante (artículo 11), la cláusula abusiva (artículo 988) y la situación abusiva (artículo 1120). El abuso no es ya solamente un supuesto de ilicitud, sino un principio general de sociabilidad en el ejercicio de los derechos.

Transmisibilidad

Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario (arg. artículo 398).

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,⁷ por su abandono y por la consolidación⁸ en los derechos reales sobre cosa ajena.

5. El *numerus clausus*, concepto

5.1. Número cerrado

El régimen jurídico de derechos reales puede ser de número cerrado o abierto.

En el Derecho Argentino los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Se adopta el sistema de *numerus clausus*. Los particulares no pueden crear por su voluntad derechos reales distintos a los establecidos en la ley, ni modificar por pactos privados las normas estatutarias que los rigen.

En los sistemas de *numerus apertus* (por ejemplo, el español) se permite convertir en derecho real cualquier relación jurídica concerniente a una cosa o inclusive una prestación a costa de (o garantizada por) una cosa o con un sujeto pasivo designado por ella. Los particulares pueden establecer derechos reales atípicos en el uso de la autonomía de la voluntad, principio recogido para los contratos, lo que hace posible que por contrato se modelen figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley.

Deben diferenciarse los conceptos de creación y fuentes de los derechos reales. La fuente puede ser la voluntad de las partes o la ley; más aún, la ley actúa excepcionalmente como causa fuente de los derechos reales, y en los de garantía la única fuente es la convención (artículo 2185).

Todo derecho real implica un beneficio o una utilidad para su titular y cada derecho real queda configurado o tipificado mediante la determinación cualitativa y cuantitativa de esa utilidad.

⁷ Por ejemplo, en el caso del derecho de superficie (propiedad superficiaria), la reconstrucción está autorizada (artículo 2122). El artículo 2055 regula el caso de la destrucción del edificio, admitiendo la reconstrucción de conformidad con las reglas que fija.

⁸ Como principio, cuando se reúnen en la misma persona las calidades de propietario y titular del derecho sobre cosa ajena (ej.: usufructuario que adquiere la nuda propiedad del inmueble sobre el que recae su usufructo).

5.2. Enumeración

El artículo 1887 contiene la enumeración:

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.

Distintos artículos dan el concepto de cada uno de los derechos reales. Así: dominio perfecto el artículo 1941; dominio imperfecto el artículo 1946; condominio el artículo 1983; propiedad horizontal, el artículo 2037; conjuntos inmobiliarios el artículo 2073; tiempo compartido el artículo 2087; cementerio privado el artículo 2103; superficie el artículo 2114; usufructo el artículo 2129; uso el artículo 2154; habitación el artículo 2158; servidumbre el artículo 2162; hipoteca el artículo 2205; anticresis el artículo 2212; prenda el artículo 2219; prenda con registro el artículo 2220.

Fuera del Código se regula la hipoteca naval en la ley 20.094, la hipoteca aeronáutica en la ley 17.285 (Código Aeronáutico); los debentures en la ley 19.550 de Sociedades Comerciales; los warrant, en la ley 9.643; la prenda con registro en la ley 15.348 (t. o. decreto 897/95), etcétera.

5.3. Principales clasificaciones de los derechos reales

En el Título 1 del Libro 4, en las disposiciones generales del derecho real constan las clasificaciones de los derechos reales, y el modo de su ejercicio.

*Derechos reales sobre cosa propia o ajena.
Carga o gravamen real (artículo 1888)*

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.

Derechos reales principales y accesorios (artículo 1889)

Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía.

Son accesorios: la hipoteca, la anticresis y la prenda.

Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables (artículo 1890)

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.

Ejercicio por la posesión o por actos posesorios (artículo 1891)

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.

5.4. El orden público y los derechos reales

Ya hemos dicho que 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 (artículo 1884).

Mas no todas las normas que regulan los derechos reales son de orden público, sino solamente aquéllas que lo hacen sustancialmente o estatutariamente. Tienen ese carácter las que se refieren a sus elementos y contenido y en cuanto a su adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción.

Se señala como inválida la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura (artículo 1884).

Sin embargo, a diferencia del Código Civil derogado según el cual "todo contrato o disposición de última voluntad que constituye otros derechos reales o modifica los que se reconocen valdrá sólo como constitución de derechos personales –si como tal pu-

diese valer-", en el CCCN no se reglan los efectos de tal creación. La solución la dará el juez, según sea el caso, quien indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo (arg. artículo 384).

5.5. La constitucionalización del derecho privado

Por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional reformada en el año 1994, se reconoce expresamente a determinados Tratados Internacionales de Derechos Humanos jerarquía superior a las leyes, en pie de igualdad con la Constitución Nacional. Este precepto constitucional impacta directamente y altera el orden jerárquico de las normas que conforman el sistema legal argentino.

El CCCN recepta la denominada "constitucionalización del derecho privado" y establece una comunidad de principios entre éste, la Constitución y el derecho público. La legislación se ordena conforme a los parámetros dispuestos por Tratados Internacionales, (Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica" del 22/11/69). Estos tratados de derechos humanos consideran la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, la tutela del niño y personas con capacidad diferente, incapaces, la mujer, derecho a la salud, la protección de la vivienda, etc. Se concreta la tutela a los considerados más débiles, imponiéndose la prevalencia de la persona, situación que se aprecia con claridad en los artículos que reconocen los derechos de los integrantes de comunidades indígenas (artículo 18), y que definen al individuo con discapacidad (artículo 48).

En una visión estructural se consideran los derechos personales del individuo, los derechos de incidencia colectiva y los derechos del consumidor.

En la materia de los derechos reales, se determinan los límites al ejercicio del derecho del propietario con mayor definición que la que respondía al concepto de función social del derecho de propiedad. Se reconoce expresamente la protección a los recursos naturales –el suelo, los bosques, los ríos, la atmósfera, el paisaje– así como el acervo histórico, arqueológico, artístico y documental, porque los recursos no son infinitos. El Derecho Ambiental es un derecho supranacional. Así, en la Declaración de Río (1992), en el Principio 15, se establece que:

Con el fin de proteger al medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Es que el desarrollo sustentable es el que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras.

Adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales

2

1. Adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales

La adquisición de los derechos reales puede ocurrir por causa de muerte o por actos entre vivos.

La adquisición por actos entre vivos se regula en el Libro Cuarto (Derechos Reales).

La adquisición por causa de muerte se rige por las disposiciones contenidas en el Libro Quinto "Transmisión de derechos por causa de muerte".

1.1. Adquisición legal

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; y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe (artículo 1894).

A ellos cabe agregar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (artículo 2383).

1.2. Adquisición por actos entre vivos

La adquisición por actos entre vivos puede ser originaria o derivada.

El modo de *adquisición originaria* es la prescripción adquisitiva. También hay adquisición originaria en la apropiación (artículos 1947 al 1950), y en ciertos casos de transformación y accesión de

cosas muebles (artículos 1957 al 1958) y de construcción, siembra y plantación (artículo 1962).

El Capítulo 2, Título Primero, del Libro 4 CCCN regula la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales manteniéndose el sistema del Código de Vélez Sarsfield.

La *adquisición derivada* por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de *título y modo suficientes*.

Pero como nadie está obligado a respetar un derecho que no conoce, es necesaria además la *publicidad* del derecho real para la oponibilidad a terceros. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso (artículo 1893).

La registración es una herramienta técnica ideada por el hombre; pero las realidades transcurren fuera del Registro, de manera que siempre frente a la “realidad registral” (la que surge del Registro) suelen darse “realidades extrarregistrales”, a veces, diferentes a las que el Registro tiene asentadas. Inclusive en los registros constitutivos también existen “realidades extrarregistrales” diferentes de las que el Registro ha asentado y eso origina una serie de problemas que desvelan a quienes propician la adopción de sistemas constitutivos. Más adelante veremos esto con más claridad.

Al tiempo de la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield y desde la época de la Colonia, existían en nuestro país registros de hipotecas y aun de otros derechos reales sobre inmuebles; pero llevados en forma bastante defectuosa, por lo que el principal medio de publicidad lo constituía la tradición.

Vélez adopta como medio de publicidad a la tradición (salvo para la hipoteca, es claro, porque a su respecto no concurre la tradición).

Empero, pronto se hizo sentir la insuficiencia de la tradición como medio de publicidad y las Provincias fueron adoptando a través de sus leyes el sistema de registro, aunque algunas de estas leyes incursionaban indebidamente en la adquisición del dominio —tema reservado al legislador nacional— por lo que su inconstitucionalidad fue decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹

¹ CS, causa “Jorba, J. c/ Bambicha, F.”, sentencia del 25.11.1935, JA-52-359; causa “Papa, J. c/ testamentaria Susso c/Sociedad Compagno Hnos.”, sentencia del 25.11.1935, LL- 3.528.

No obstante, los registros locales siguieron funcionando, constituyendo lo que nuestro gran jurista Rafael Bielsa llamó “feliz anomalía institucional”.

Distintos proyectos de reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield también implementaban un sistema registral para inmuebles, algunos con carácter constitutivo (como el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936).

La ley 17.711 —a través de la reforma al artículo 2505 del Código— y la ley 17.801 (Ley Nacional de Registro de la Propiedad Inmueble), pusieron fin a esta anomalía, pues se incorporó la publicidad registral para los derechos reales inmobiliarios que, afortunadamente, se cumplía casi desde la sanción del Código con sustento en las normas provinciales, como dijimos.

La Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto del CCCN tuvo, en un primer momento, la idea de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral, como modo suficiente, para todos *los bienes registrables*. Resultaba entonces que se adoptaba un sistema constitutivo: el registro reemplazaba a la tradición como modo suficiente. Ya lo había propuesto Eleodoro Lobos en 1899. Con tal criterio, quedaba abandonada la antigua y arraigada teoría del título y el modo del sistema romano como pilar del sistema transmisivo entre vivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión. La doctrina civilista, así como los encargados de Registros, reclamaron la subsistencia del sistema en vigor antes de la entrada en vigencia del CCCN.

La Comisión receptó tales quejas y, en consecuencia, la inscripción constitutiva solamente se incluye en el nuevo Código como excepción para la adquisición, transmisión, modificación y extinción de ciertos objetos (por ejemplo, automotores, caballos de carrera, etc.). Para los demás bienes registrables —los inmuebles, buques y aeronaves, entre otros— se mantiene la tradición posesoria como modo suficiente.

Dice el artículo 1892:

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficiente. La tradición posesoria es modo suficiente para constituir o transmitir derechos reales que se ejercen por la posesión. 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 de derecho así lo requiera.²

O sea que, tratándose de inmuebles, buques y aeronaves, se recepta el criterio del título y modo suficientes para que se adquiriera el derecho real por actos entre vivos en forma derivada. Hace excepción la hipoteca, respecto de la cual basta sólo el título (porque sus características excluyen la tradición).

Resumiendo: para la adquisición derivada de derechos reales por actos entre vivos deben concurrir ineluctablemente título suficiente más modo suficiente (tradición). Y para que la tradición posesoria sea modo suficiente de adquirir un derecho real en forma derivada debe estar acompañada del título suficiente; y viceversa.

1.3. Título suficiente

Según el artículo 1892:

Se entiende por *título suficiente* el acto jurídico revestido de las *formas* establecidas por la ley que tiene por *finalidad* transmitir o constituir el derecho real [...]. Para que el título (y el modo) sean suficientes, sus otorgantes deben ser *capaces* y estar *legitimados* al efecto.

Por ejemplo: el contrato de compraventa, el contrato de donación, el contrato de hipoteca, el aporte en sociedad, serían títulos suficientes porque, según la ley, son aptos para transmitir o constituir el derecho real. Obviamente deberán reunir los requisitos de capacidad y titularidad de las partes y cumplir con las correspondientes formalidades.

En cambio, un contrato de locación, o de depósito, o de comodato no lo serían, porque su finalidad y aptitud es la de constituir o transmitir derechos personales y no reales.

La importancia del título suficiente es grande, pues se trata del acto jurídico que sirve de causa a la tradición. Es en ese sentido que se habla de título-causa, o de título en sentido sustancial, o sea el acto causal de adquisición, modificación, o transmisión del derecho real.

² Un ejemplo de esto último podría encontrarse en el derecho de tiempo compartido, que estudiaremos oportunamente.

El título suficiente (acto jurídico), para ser considerado tal, debe hallarse revestido de las *formalidades o solemnidades* exigidas por la ley en cada caso.

Ej.: si se trata de una compraventa de inmuebles, el contrato deberá instrumentarse por escritura pública (artículo 1016, inciso a). La compraventa de una aeronave debe instrumentarse por instrumento público o privado debidamente autenticado (artículos 45, inciso 1º y 49, Código Aeronáutico). La compraventa de un chocolate no requiere de formalidad alguna.

Además, para ser considerado título suficiente, el acto jurídico debe satisfacer las pertinentes *condiciones de fondo*: capacidad (según el acto de que se trate) y legitimación de los otorgantes (en primer término, el transmitente debe ser titular del derecho que transmite: arg. artículo 399) y referirse al objeto que las partes quieren contratar.

Hay que tener bien presente que, si el acto jurídico constitutivo o transmisivo cumple con los requisitos de forma; pero carece de los requisitos de fondo, el título no será “título suficiente” sino “justo título”, que –aunque no será hábil para adquirir el derecho real– posibilitará la usucapión breve que conducirá a su adquisición (si además concurre la buena fe).³ Todo esto lo estudiaremos en el capítulo destinado a la “Usucapión”. *Cabe aquí resaltar que “justo título” no es sinónimo de “título suficiente” y sus efectos son distintos.*

Desde otro ángulo, señalamos que en el lenguaje común se suele denominar “título” al instrumento que formaliza el título suficiente; así, la escritura pública en caso de inmuebles. No obstante, este denominado “título” no sería el “título suficiente” del que nos estamos ocupando,⁴ sino el instrumento que formaliza el título suficiente.

³ Dice el artículo 1902 que “El justo título para la prescripción adquisitiva breve es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas por la ley 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 [...]”.

⁴ En la nota al artículo 4010 del Código de Vélez se lee: “La palabra “título” empleada aquí (se está regulando la usucapión breve) para designar el acto, no el instrumento que comprueba el hecho de una adquisición, sino la causa de la adquisición”.

Un ejemplo nos permitirá visualizar la diferencia: un contrato de comodato (artículo 1533) se formaliza en escritura pública. La escritura pública podrá aquí ser denominada "título" en el sentido de "instrumento", mas no será el "título suficiente" necesario para adquirir derechos reales, puesto que el contrato de comodato engendra un derecho personal y no real.

2. La tradición posesoria. Concepto. *Traditio brevi manu* y *Constitutio posesoria*

2.1. La tradición

Así como el título suficiente es la causa mediata de la adquisición del derecho real por actos entre vivos, la tradición es su causa inmediata (artículos 1892, 1924, 1926, 1927 y concordantes del CCyCN) y configura el "modo suficiente".⁵

La tradición tiene función constitutiva del derecho real, ya que "el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, salvo disposición legal en contrario" (artículo 750).

Pero el requisito de la tradición no juega cuando se trata de la adquisición de derechos reales que no se ejercen por la posesión (servidumbres e hipoteca). Respecto de las servidumbres positivas, dispone el artículo 1892, último párrafo, que "el primer uso es modo suficiente de adquisición".

Para que la tradición dé lugar a la transmisión del derecho real debe reunir tres condiciones, a saber: 1) ser hecha por el propietario de la cosa; 2) las partes deben tener la capacidad legal necesaria; 3) la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio.

Ya hemos dicho que la tradición debe cumplirse por la entrega material o a través de actos materiales (de ambas partes, del que entrega con asentimiento del que la recibe, o del que la recibe con asentimiento del que la entrega, o ejerciendo el adquirente actos

⁵ La tradición es importante por lo menos en dos perfiles: *en sentido positivo, porque antes de ella no hay relación directa con la cosa, y en sentido negativo, porque exigiéndose la tradición, se tutelan los fenómenos posesorios, porque no puede haber tradición si hay contradictor de la adquisición posesoria, o sea que la cosa que se pretende transmitir no está en posesión vacua.*

posesorios en el inmueble en presencia del transmitente y sin oposición alguna).⁶ Es lo que resulta de los artículos 1924 al 1928 (ya estudiados).

Reiteramos aquí que la sola declaración del *tradens* (el que entrega la cosa) de darse por desposeído, sólo vale, en efecto, como manifestación de su consentimiento para que el *accipiens* (el que recibe la cosa) tome la posesión y entre a ocupar el bien; pero éste debe efectuar realmente actos posesorios (que son actos materiales sobre el objeto: artículo 1928) para que la tradición se juzgue operada.

La "declaración" de las partes de haberse hecho la tradición (que usualmente consta en las escrituras públicas que formalizan compraventas de inmuebles), vale para ellas como si fuera una confesión; pero carece de efecto frente a terceros, que estarán habilitados para controvertir la existencia de la tradición: podrán aducir la falta de actos materiales de entrega a pesar de aquella "declaración", porque las solas declaraciones no suplen la realización de los actos materiales requeridos para tener por operada la tradición (artículo 1924).

De todo ello nos ocupamos en el Capítulo relativo a la "posesión y la tenencia".

Resta señalar que, además de su función constitutiva, la tradición tiene una función publicitaria (así se lee en la nota al artículo 577 del Código de Vélez), sobre todo porque engendra a la posesión, a la que el artículo 1893 otorga efectos publicitarios (publicidad posesoria).

2.2. Excepciones a la tradición

Son los supuestos de *traditio brevi manu* y *constitutio posesoria*, tratados en el Capítulo relativo a "Posesión y Tenencia".

Prohibición de constitución judicial

El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario (artículo 1896).

⁶ Así lo disponían expresamente los artículos 2378, 2379 y 2380 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

3. Oponibilidad de los derechos reales frente a terceros

3.1. Oponibilidad del derecho real

El derecho real es absoluto, es decir, oponible *erga omnes*, según lo hemos definido.

La oponibilidad del derecho real se activa en la colisión con otros derechos (reales o personales) o intereses que terceros invoquen sobre la misma cosa (por ejemplo, el de un acreedor embargante), en la cual el titular del derecho real constituido y publicitado primero en el tiempo tiene, por regla, el poder de seguir a la cosa (*ius persequendi*) con efectos de exclusión o prioridad, según el caso (*ius preferendi*), respecto de esos “terceros en conflicto” (*prior in tempore potior in iure*).

Por principio, los terceros deben tener en cuenta y respetar en su actuación jurídica, los actos celebrados y las relaciones jurídicas creadas por otros y, por tanto, todos los actos son oponibles a los terceros, interesados o no interesados.

Claro que esta regla opera en la medida en que las partes hayan cumplido con los *recaudos formales* –por ser presupuesto de la oponibilidad– y los *publicitarios* exigidos –por permitir el conocimiento del acto (artículos 1893 CCC; y artículos 2 y 20, ley 17.801)–; y siempre que la ley no establezca, por excepción, lo contrario (inoponibilidad: artículos 382, 396 y 397).

En cuanto a las formalidades y medios publicitarios depende del régimen de cada bien. Así, respecto de los inmuebles, se requerirá la inscripción del título en el Registro de la Propiedad Inmueble (*publicidad registral*) para la oponibilidad a tercero interesado de buena fe; en la adquisición de una computadora, la tradición y posesión que ella engendra operará como medio de publicidad de la adquisición del derecho real (*publicidad posesoria*).

Es obedeciendo a estas razones que el artículo 1893 dice:

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 prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Tercero. Terceros interesados. La buena fe

El derecho real exige de la publicidad frente a terceros ya que, como dijimos, nadie está obligado a respetar un derecho que no conoce.

Corresponde detenerse en el alcance del término “tercero”.

Mas antes cabe advertir que el artículo 1893 no exige la publicidad –ni registral, ni posesoria– respecto de quienes participaron en los actos de adquisición, transmisión o extinción (ej.: los contratantes, el notario, los eventuales testigos del acto). Ello es lógico, porque han tenido conocimiento de dichos actos con motivo de su intervención.

Asimismo, también cabe advertir que, si el modo consiste en una inscripción constitutiva (ejemplo, caso de los automotores o de los caballos de sangre pura de carrera), la registración “es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real” (artículo 1893). Aquí no cuadra la distinción entre terceros interesados y desinteresados: la inscripción es necesaria frente a todos los terceros (y hasta respecto de las partes), sencillamente porque, en defecto de inscripción, no existirá el derecho real.

Volviendo al alcance del término “tercero” diremos que, en la acepción gramatical del vocablo, “tercero” es toda persona que sea distinta de dos o más que intervienen en un negocio,

Terceros serían todos aquéllos que no pueden ser perjudicados por los efectos de las relaciones jurídicas enhebradas por otros, a las que pueden permanecer extraños.

En materia contractual no puede perjudicarse a terceros, simples integrantes de la comunidad, y a quienes denominamos terceros desinteresados. Los artículos 1020 y 1021 sientan los principios generales al respecto.

Dice el artículo 1021 que

El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.

y el artículo 1022 dice que

El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal.

Algunos han sostenido que los derechos reales que no cuentan con publicidad suficiente (derivada de la inscripción o de la posesión) son inoponibles a cualquier tercero.

Pero ha terminado por prevalecer el criterio —que recoge el artículo 1893— que distingue entre los *simples terceros*, respecto de los cuales el derecho real no publicitado sería oponible (se los denomina *poenitus extreni* o “terceros no legitimados”) y los *terceros interesados*, que serían quienes ostentan un interés legítimo. Tales, por ejemplo, los titulares de otros derechos reales, los sucesores particulares, la masa del concurso, los acreedores privilegiados, retenedor, acreedores quirografarios; o sea, en general, titulares de derechos subjetivos.

Se concluye en que parece apropiado negar la oponibilidad del derecho a los terceros interesados en defecto de inscripción, toda vez que frente a dos intereses legítimos impresiona como justo sacrificar a quien no publicitó, y por lo tanto, incurrió en negligencia. En cambio, no resultaría razonable que entre quien invoca el interés legítimo de titular de un derecho —aún no diligentemente publicitarlo (por ejemplo, a través de la inscripción)— y quien no invoca ningún interés legítimo (por ejemplo, un usurpador) se opte por este último.⁷

El artículo 1893 dispone para que resulte exigible la publicidad a fin de oponer la adquisición del derecho real, no sólo que el tercero sea tercero interesado, sino que también sea de buena fe. Y especialmente dispone que “no pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes *conocieron o debieron conocer* la existencia del título del derecho real”.

Nos ocupamos de la buena fe en el Capítulo destinado a estudiar la posesión y la tenencia. Allí nos remitimos.

⁷ Conf. CN en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, causa “Ferrocarriles Argentinos c/ Acosta” (n° 7371), sentencia del 24.5.1990; Alterini, J. H., “Gravitación de la reforma del artículo 2505 del Código Civil”, *El Derecho*, supl. diario del 11.7.1972.

4. La inscripción registral. Distintos tipos

Sin perjuicio de lo que diremos al estudiar la publicidad de los derechos reales, parece oportuno aquí hacer una breve referencia a los distintos tipos de registración.

Registración declarativa y constitutiva

A esta distinción alude el artículo 1893.

La registración es *declarativa* cuando la inscripción se exige solamente a los efectos de oponer el derecho a terceros interesados, para hacerles conocer a éstos un derecho real que ya existe, porque se han conjugado el título suficiente y el modo suficiente (es un medio de publicidad). Por ejemplo, nuestro Registro de la Propiedad Inmueble (artículo 2, ley 17.801).

La registración es *constitutiva* cuando la inscripción es condición del nacimiento del derecho real, el cual no existe —para nadie, ni siquiera para las partes intervinientes en el acto de creación, ni para los terceros— si no media inscripción. Así, nuestro Registro de la Propiedad del Automotor (artículo 1°, dec. 6582/58). En el Derecho Comparado, encontramos registros constitutivos respecto de inmuebles en el derecho alemán y en el denominado “Sistema Torrens”.

Registros de transcripción y registros de inscripción

En los primeros, se exige la transcripción íntegra y literal de los respectivos actos (por ej., el sistema de la ley francesa de 1855).

En los segundos, los títulos se inscriben haciendo una síntesis de ellos. Tal nuestro Registro de la Propiedad Inmueble.

Registros personales y reales

En los primeros, los títulos se asientan por orden cronológico, confeccionándose índices alfabéticos con el nombre de los titulares⁸ (sistema vigente en la ciudad de Buenos Aires con anterioridad a la sanción de la Ley Nacional de Registro de la Propiedad Inmueble n° 17.801).

⁸ La búsqueda de titularidad se lleva a cabo por nombre del titular. De inmediato resalta lo dificultoso de la búsqueda.

En los segundos, el registro se lleva tomando como base la cosa sobre la cual recaen los derechos reales (de allí su nombre de “registros reales”—de *res*, o sea cosa, en latín—). Cada inmueble está matriculado con su correspondiente número de orden, asignándosele una hoja (o varias) especial que se denomina “folio real”, donde se asientan todas las mutaciones de la situación jurídico-real del inmueble. Con este sistema se simplifica la búsqueda, pues bastará con consultar el folio real para conocer el status del inmueble, sin necesidad de ir remontando su historia a través de los nombres de sus titulares. Es el sistema de nuestro Registro de la Propiedad Inmueble (artículos 10 y 11, ley 17.801).

Registros convalidantes y no convalidantes

En los primeros, la inscripción purifica a los títulos de los vicios que los pudieran afectar. Ejemplo es el sistema alemán.

En los segundos, el registro no sana al título de los defectos de que pudiera adolecer: el Registro se limita a hacer públicos los actos, tal como ellos se le llevan a inscribir. Es el sistema de nuestro Registro de la Propiedad Inmueble (artículo 4, ley 17.801).

3. Transmisión de los derechos reales por causa de muerte

Está regulada en el Libro Quinto del CCCN (“Transmisión de los derechos por causa de muerte”).

Aquí basta con el breve comentario que sigue.

Tanto el Derecho Romano como el Español exigían para la adquisición de los derechos reales, fuera por actos entre vivos como por causa de muerte, un acto de aprehensión por parte del adquirente o del heredero y el derecho real se consolidaba en el momento en que éste entraba en posesión de la cosa.

El CCCN, así como lo hacía el Código Civil de Vélez Sarsfield, siguen este principio para las transmisiones entre vivos (artículo 750 CCCN y artículo 577 Código Civil de Vélez Sarsfield), no así respecto de las *mortis causa*.

Relativamente a estas últimas se debe tener en cuenta el artículo 2277, según el cual

La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a la persona llamada a sucederle

por testamento o por la ley. La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento.⁹

Al que se agrega el artículo 2280 que dispone:

Desde la muerte del causante los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión¹⁰ y continúan la posesión de lo que el causante era poseedor.¹¹

Los artículos 2337 y 2338 regulan la *investidura de la calidad de heredero*.

Dice el artículo 2337:

Investidura de pleno derecho. Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuges, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de heredero.¹²

El artículo 2338 se refiere a la investidura respecto de los parientes colaterales y de los herederos testamentarios:

⁹ Coincide con el artículo 3282 del Código Civil de Vélez Sarsfield y su nota, en la que leemos: “La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles”.

¹⁰ Para nuestra materia serían el usufructo, el uso y la habitación, que se extinguen con la muerte del titular.

¹¹ Coinciden los artículos 3417 y 3418 Código Civil de Vélez Sarsfield. Aunque en el artículo 3417 se habla del heredero “que ha entrado en posesión de la herencia”, esta posesión no es la que estudiamos en nuestra materia, sino que se trata de la “investidura” del heredero, es decir, el reconocimiento de su calidad de heredero (a través de los actos que corresponda, por ej. el dictado de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento en cuanto a sus formas), pero no se exige que a ese fin el heredero “tome de hecho posesión de los bienes hereditarios” (artículo 3418 Código Civil de Vélez Sarsfield).

¹² Esta norma disipa las discusiones generadas en torno al artículo 3410 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

En la sucesión de los colaterales, corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado. En la sucesión testamentaria, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del artículo 2337.

Los artículos 2338 y 2339 disponen sobre el procedimiento a seguir en orden a la investidura del heredero, respecto de las sucesiones testamentarias y de las intestadas, respectivamente.

La posesión y la tenencia

3

1. Introducción. Relaciones entre persona y cosa: yuxtaposición local, servidores de la posesión, tenencia, posesión, derecho real

1.1. La posesión y la tenencia están reguladas en el Libro Cuarto (Derechos Reales), Título 2 (Posesión y tenencia), Capítulos 1 (Disposiciones Generales), 2 (Adquisición, ejercicio, conservación y extinción) y 3 (Efectos de las relaciones de poder) –artículos 1908/1940– y en el Título 10 (Acciones posesorias y acciones reales), Capítulo 1 (Defensas de la posesión y la tenencia) –artículos 2238/2246–.

1.2. Pueden existir muy diversas y numerosas relaciones entre personas y cosas. En lo que interesa a la materia –y enumerándolas desde las menos relevantes hasta las más importantes por sus efectos– ellas son las siguientes: yuxtaposición local, relaciones que responden a un vínculo de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, tenencia, posesión, derecho real.

Yuxtaposición local: relación de mero contacto físico con la cosa sin voluntad jurídicamente relevante de tener ese contacto. Ej.: si estando dormidos nos colocan un objeto en la mano (no hay voluntad); o si un niño de tres años tiene en sus manos un juguete (la voluntad de tener la cosa en su poder existirá, pero ella no es jurídicamente computable: artículo 1922, inciso a); o la relación de un esclavo encadenado con esas cadenas (este es un multicitado ejemplo típico).

En las demás relaciones la voluntad es ingrediente para su existencia (conf. artículo 1922, primer párrafo).

Relaciones que responden a vínculos de dependencia o servicio (ej.: relación del obrero de una fábrica con la máquina de aquella que manipula; relación del encargado de un consorcio con la vivienda que ocupa en tal carácter), *hospedaje* (relación del pasajero de un hotel con los muebles de la habitación que ocupa o con esa habitación) u *hospitalidad* (vínculo con los muebles de la casa de un amigo en cuya casa me hospedo).

Estas relaciones –si bien voluntarias– no son autónomas, sino que, como se ve, reposan sobre otras (dependencia, hospedaje, hospitalidad). El Código las engloba a todas bajo la denominación de “servidores de la posesión”¹ (artículo 1911, segundo párrafo: quien tiene poder de hecho sobre la cosa en virtud de esos vínculos es presumido “servidor de la posesión”) –porque quien tiene esa relación se entiende que “sirve” a la posesión de otra persona (el principal, el hotelero, quien brinda hospitalidad)– y les otorga la defensa extrajudicial (artículo 2240), que luego estudiaremos.

Tenencia: se ejerce poder físico sobre una cosa, pero reconociendo en otra persona un señorío superior (ej.: el inquilino de un inmueble): artículo 1910. Volveremos sobre esta relación.

Posesión: se ejerce poder físico o material sobre una cosa desconociendo en los hechos todo otro señorío superior sobre ella (ej.: el ladrón que tiene en su poder la billetera que robó; mi relación con el inmueble del que soy propietario): artículo 1909. Volveremos sobre esta relación.

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 este Código, en función del artículo 1882.

La posesión es contenido del derecho real (en tal caso –luego veremos– se tratará de una posesión legítima, porque está respaldada por un derecho).

El Código sólo se ocupa puntualmente de la posesión y la tenencia en los artículos 1908 al 1940, denominándolas “relaciones de

¹ La denominación apareció en el Código Civil alemán del año 1900 (artículo 855).

poder”. En los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” se explica que

A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia, con la adición del servidor de la posesión al sólo fin de la defensa extrajudicial [...]; la mera yuxtaposición local [...] no merece la pena [...] constituye un contacto físico que carece de toda voluntariedad y, en consecuencia, tampoco produce efectos jurídicos. El que está dormido o encadenado no tiene la posibilidad de actuar en derecho en los ámbitos de la posesión. Es necesaria la voluntad.

2. La posesión

2.1. Cuestiones terminológicas

Vulgarmente se suele utilizar el vocablo “posesión” en varios sentidos:

“Juan es muy rico, tiene muchas *posesiones*”. Aquí es sinónimo de dominio.

“Pablo alquiló un local a Lucas y éste le dio la posesión”. Aquí es sinónimo de tenencia.

“Francisco tomó *posesión* de un terreno desocupado, pero ahora apareció el dueño y lo intimó a desalojarlo”. Aquí está tomado en el sentido técnico jurídico.

El Código lo usa asimismo con diferentes connotaciones, así:

Artículo 584 (*al regular las acciones de reclamación de filiación*):

La *posesión de estado* debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento siempre que no sea desvirtuada por prueba contraria sobre el nexo genético.

Aquí se vincula con el goce de hecho de un determinado estado de familia aun sin contar con el título de estado correspondiente.

Artículo 2510:

La petición de herencia procede para obtener la entrega total o parcial de la herencia sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero del actor, contra el que está en *posesión material de la herencia* e invoca el título de heredero.

Aquí está utilizado para denotar el poder efectivo sobre los bienes de la herencia (la "herencia" no puede ser objeto de posesión en sentido técnico porque es una universalidad de derecho), se vincula con lo que en el Código de Vélez se designaba como "posesión hereditaria" (artículo 3430) o "investidura de la calidad de heredero" (artículo 2337 y ss. CCC).

2.2. Definición legal. Elementos

Ya dijimos que el CCC se ocupa de regular dos de las posibles relaciones con la cosa (posesión y tenencia), englobándolas bajo la designación de "relaciones de poder" (artículo 1908). Artículo 1909:

Posesión. Hay posesión cuando una persona por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no.

Cuando una persona se comporta con una cosa en los hechos, en el mundo fáctico, como si fuera titular de un derecho real sobre ella, ejerciendo a su respecto todos los actos propios de un titular, independientemente de que lo sea y aunque no lo sea, no reconociendo en otra persona, al actuar respecto de la cosa, un señorío superior, es calificada como poseedora.

Ejemplo: a la computadora con la que estoy escribiendo la trato en los hechos como mía, la utilizo, la llevo de un lugar a otro, la presto a un amigo, todo ello sin pedir autorización a nadie porque no reconozco fácticamente un señorío superior al mío. Soy entonces poseedora y no interesa para ser calificada como tal si soy o no dueña de la computadora, porque la trato materialmente como si fuera dueña, como lo haría un dueño. Cabe advertir que no es necesario que se esté permanentemente en contacto físico con la computadora: si me ausento de mi casa, no por eso habré dejado de ser poseedor de la computadora, ya que en cualquier momento podré retomar el contacto físico con ella.

Otro ejemplo: un ladrón me roba la computadora, la lleva a su casa y la utiliza, eventualmente hasta la vende. El ladrón es poseedor²

² Independientemente de la calificación que pueda merecer su posesión (será ilegítima, de mala fe y viciosa: artículos 1916, 1918 –a contrario– y 1921) y de la nulidad de la que serán pasibles los actos jurídicos que lleve a cabo.

–aunque no sea propietario y aunque él sepa muy bien que no lo es– porque se comporta con la computadora como lo haría un propietario: ha desconocido un señorío superior al apoderarse de aquélla sin pedir autorización a nadie. Pero mi relación de poder se habrá extinguido, pues el ladrón está poseyendo la cosa y yo me encontraré en la imposibilidad física de ejercer el poder de hecho sobre ella (artículos 1922, inciso b, 1929 y 1931, inciso a).

Por ese motivo, es tan poseedor quien trata a la cosa como propietario y es propietario, como el ladrón que roba la computadora o el usurpador que ocupa un inmueble. Estos últimos, repetimos, aunque sepan perfectamente que no son dueños jurídicamente hablando, tratan a la cosa como tales, se comportan con ella como lo haría el dueño, sin consultarlo ni pedirle autorización, obviamente.

Los conceptos que anteceden son los que plasma el artículo 1909 al definir la posesión.

La persona es el sujeto de la relación de poder "posesión", la cosa es el objeto de esa relación, esa relación es una relación de hecho, física o material ("ejerce un poder de hecho");³ pero se manifiesta exteriormente como ejercicio de un derecho real ("comportándose como titular de un derecho real"), sin interesar a los efectos de ser calificada como poseedora que lo sea o no ("lo sea o no"). Ese poder de hecho lo puede ejercer el poseedor por sí mismo o a través de otro (ej.: presto la computadora a un amigo; no por eso dejo de ser poseedora ya que el poder de hecho lo ejerzo a través de mi amigo ("por otro"). Adelantamos que ese "otro" es tenedor, como lo veremos más adelante.

Tenemos entonces como *elementos de la posesión*: a) la persona (*sujeto*), b) la cosa (*objeto*), c) el ejercicio de un poder de hecho (contacto físico con la cosa o posibilidad de establecerlo, siempre que no concurra la imposibilidad física perdurable de ejercerlo: argumento artículos 1922, inciso b), 1929 y 1931).

Si el ejercicio sobre ella, es exteriorizado en un comportamiento propio de un titular de un derecho real, cualquiera sea éste, (domi-

³ En la doctrina del Código de Vélez (artículo 2351) el "poder de hecho" se identificaba como *corpus*, siendo la cosa el objeto sobre el que recaía el *corpus*. El desconocimiento de todo señorío superior en el ejercicio de ese poder de hecho se denominaba *animus domini*. Todo inspirado en los dos grandes juristas germanos: Federico Carlos de Savigny y Rudolf von Ihering.

nio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis, etc.), se manifiesta a través del ejercicio de actos materiales sobre la cosa objeto ("derechos reales que se ejercen por la posesión": artículo 1891).

2.3. Naturaleza jurídica. Distintas teorías

Sobre el punto fundamentalmente dos opiniones:

a) que es un *hecho con consecuencias jurídicas*.

Sería un hecho porque se asienta en circunstancias fácticas (ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa).

Sus consecuencias jurídicas más relevantes son: la posibilidad de defenderla, a través de las correspondientes *acciones posesorias* –y aun extrajudicialmente (artículos 2238/2246)–; y la posibilidad de adquirir, por el transcurso del tiempo requerido por la ley, el derecho real ejercido de hecho, (*prescripción adquisitiva o usucapión*).

b) que es un *derecho* en sí misma, ya que se trasunta en un interés jurídicamente protegido (derecho subjetivo), a través de las pertinentes acciones que el ordenamiento jurídico le otorga al poseedor en caso de que se lesione su relación con la cosa.

Dentro de esta concepción se ha sostenido: que es un derecho real –en mérito a la relación directa e inmediata con la cosa que crea la posesión entre la persona y su objeto, propia de un derecho real–; o que es derecho personal –las defensas se dirigen contra los violadores de la posesión–⁴ o aun que es un derecho mixto (real y personal a la vez), precisamente por esos dos motivos.

La jurisprudencia no se ha detenido demasiado en el tema, tal vez por no resultar necesario dilucidar la cuestión para resolver los casos concretos. Se ha inclinado mayoritariamente por considerarla un hecho.

2.4. Funciones y efectos

Dice el artículo 1939:

Efectos propios de la posesión. La posesión tiene los efectos previstos en los artículos 1895 y 1897 de este Código. A menos que exista disposi-

⁴ Esta posición sostenible para la época en que las defensas posesorias sólo podían ser intentadas contra el autor de la lesión o sus cómplices (Código Civil de Vélez Sarsfield anterior a la ley 17.711). Hoy las acciones pueden dirigirse aun contra terceros, según veremos en su oportunidad.

ción legal en contrario el poseedor debe satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa y cumplir la obligación de cerramiento.

Sin perjuicio de volver sobre el tema al estudiar puntualmente los artículos 1932 al 1940 y 2238 al 2246, mencionaremos aquí las consecuencias, funciones y efectos de la posesión (algunas ya señaladas):

– La posesión es el contenido de gran parte de los derechos reales (todos los regulados por el Código, menos las servidumbres y la hipoteca, según el artículo 1891 que los rotula "derechos reales que se ejercen por la posesión"),⁵ pues sin ella sería imposible ejercer las facultades propias de éstos, que carecerían de utilidad.

– La posesión es fundamento de un derecho ya que, en caso de ataque, puede ser defendida tanto extrajudicialmente como también por la vía judicial, pues la ley le otorga acciones a ese fin (artículos 2238/2246).

– La posesión es requisito para el nacimiento de derechos en tanto desempeña un decisivo rol en la adquisición derivada de los derechos reales (constituye el "modo"), pues sin tradición posesoria no se consuma tal adquisición (artículo 750).

– La posesión de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida es suficiente para adquirir los derechos reales principales sobre cosas muebles no registrables (artículo 1895).

– La posesión, ejercida con los requisitos y durante el tiempo exigido por la ley, conduce al nacimiento de derechos reales –prescripción adquisitiva o usucapión– (artículos 1897 al 1905).

– Según la calidad que revista el poseedor, su posesión producirá efectos en orden a los frutos, productos y mejoras (artículos 1934 al 1938), los que luego estudiaremos.

– La posesión genera derechos (artículo 1932) e impone deberes (artículo 1933).

– El poseedor tiene derecho a ejercer –como derechos inherentes a la posesión– las servidumbres reales que corresponden a la cosa que constituye su objeto y a exigir el respeto de los límites

⁵ Que un derecho real se ejerza o no por la posesión va a tener importancia en orden a las acciones reales que le corresponde a cada categoría.

impuestos en el Título 2, Capítulo 4, del Libro Cuarto ("Límites al dominio": artículos 1970 al 1982).

– El poseedor tiene el deber de restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla, aunque no se haya contraído obligación al efecto (artículo 1933).

– El poseedor debe satisfacer el pago total de los impuestos, tasas y contribuciones que graven la cosa⁶ y cumplir la obligación de cerramiento.⁷

– El poseedor debe respetar las cargas reales, las medidas judiciales inherentes a la cosa y los límites impuestos en el Título 2, Capítulo 4, del Libro Cuarto ("Límites al dominio": artículos 1970 al 1982).

3. La tenencia

3.1. Concepto y definición

El artículo 1910 la define

Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa y se comporta como representante del poseedor.

El tenedor ejerce un poder físico voluntario sobre la cosa (es el denominado "corpus"); pero reconoce en otro un señorío superior ("se comporta como representante del poseedor").

El CCC considera al tenedor "representante de la posesión del poseedor" ya que, a través de él, el poseedor conserva su posesión. Y es que, según el artículo 1909, el poseedor puede ejercer el poder de hecho por sí o por otro (ese "otro" es el tenedor).

Así el locatario ejerce poder material sobre la cosa alquilada; pero reconoce en el locador un señorío superior (la celebración del contrato de locación es la mejor demostración de ese reconocimiento).

⁶ Esta obligación la tiene frente al Fisco, sin perjuicio de que entre partes, eventualmente, pueda pactarse algo distinto. Tales pactos, obligatorios para las partes (artículo 959), resultarán inoponibles al Fisco (artículo 1021).

⁷ La obligación de cerramiento será estudiada en el Capítulo dedicado al Condominio, acápite "Condominio de muros, cercos y fosos".

A su vez, el poder físico lo puede ejercer el tenedor por sí mismo o por otro (por ej.: un mandatario, un sublocatario).

3.2. Efectos

Dice el artículo 1940:

Efectos propios de la tenencia. El tenedor debe: a) conservar la cosa, pero puede reclamar al poseedor el reintegro de los gastos; b) individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si se lo perturba en razón de la cosa y de no hacerlo, responde por los daños ocasionados al poseedor y pierde la garantía de evicción, si ésta corresponde; c) restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de los otros que la pretenden.

Mencionaremos aquí, entonces, las consecuencias o efectos fundamentales de la tenencia:

– El tenedor tiene los deberes a los que se refiere el artículo 1933 (aparte de los que deriven de la causa o título en virtud de la cual nació su tenencia –por ejemplo el contrato de locación–: restituir la cosa a quien tenga derecho de reclamarla (independientemente de que haya o no contraído obligación al efecto), respetar las cargas reales, las medidas judiciales inherentes a la cosa y los límites impuestos en el Título 2, Capítulo 4, del Libro Cuarto ("Límites al dominio": artículos 1970 al 1982).

– El tenedor puede defender su relación de poder mediante las defensas que se le otorga en los artículos 2238 al 2242.

– El tenedor tiene derecho a ejercer las servidumbres reales que corresponden a la cosa que constituye su objeto y a exigir el respeto de los límites impuestos en el Título 2, Capítulo 4, del Libro Cuarto ("Límites al dominio": artículos 1970 al 1982).

– El tenedor tiene derechos respecto de los frutos y mejoras con el alcance fijado en los artículos 1934 al 1938, que luego estudiaremos.

– El tenedor debe nombrar al poseedor en cuyo nombre posee (o cuya "posesión representa") cuando es demandado por reivindicación de la cosa y, si no lo hace, queda sujeto a las consecuencias que determina el artículo 2255.

4. Las relaciones de poder: objeto y sujeto

4.1. Objeto

Dice el artículo 1912 que “el objeto de la posesión y la tenencia es la *cosa determinada*” y que la relación puede recaer “sobre la totalidad o una parte material de la cosa”.

Ya hemos estudiado qué debe entenderse por “cosa” (artículo 16) y allí nos remitimos.

Ejemplos: Yo poseo un automóvil, el objeto de mi posesión (relación de poder) es el automóvil. Yo soy locatario de un inmueble, el objeto de mi tenencia (relación de poder) es el inmueble.

La relación de poder también puede recaer sobre una *universalidad de hecho* (artículo 1927). La universalidad de hecho es un conjunto de cosas tratadas como unidad, esto es, como una única cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados pero unidos bajo un mismo nombre (rebaño, piara, enjambre, biblioteca, colección filatélica). La piara, la biblioteca, etc., no son estrictamente cosas, las cosas son los objetos que la integran (cerdos, libros, estampillas, etc.); mas el legislador, en algunos casos, puede tratar unitariamente a una pluralidad de cosas. Así, los artículos 2241 (acción de despojo) y 2242 (acción de mantener) autorizan a ejercer tales acciones posesorias respecto de universalidades de hecho; y el artículo 2252 dice que es reivindicable una universalidad de hecho.

Pero se debe reparar en que el artículo 1927 establece que la relación de poder sobre una universalidad de hecho sólo abarca las partes individuales que comprende la cosa (universalidad). Ej.: si en la biblioteca existen libros que sólo se encuentran accidentalmente allí, o ajenos, la relación de poder no los abarcaría, por no formar parte de la universalidad biblioteca.

4.2. Sujeto

La relación de poder puede ser ejercida por *una o varias personas* –humanas o jurídicas– sobre la totalidad o una parte material de la cosa (artículo 1912).

En los ejemplos anteriores, yo soy el sujeto de la relación de poder.

Cuando la relación de poder involucre a más de una persona el sujeto será plural y habrá entonces *coposesión o cotenencia*.

En esta hipótesis, la relación de cada uno tendrá por objeto toda la cosa, aunque la medida de su ejercicio aparecerá limitada por la

medida del ejercicio de los demás. Precisamente por ello dichas relaciones de poder de varias personas sobre una cosa, aunque son del mismo carácter o especie, no se excluyen sino que concurren.

Si cada uno pretendiera ser poseedor o tenedor exclusivo de la cosa ya no habría coposesión o cotenencia, sino que el supuesto caería en el ámbito del artículo 1913.

El artículo 1913 dispone que

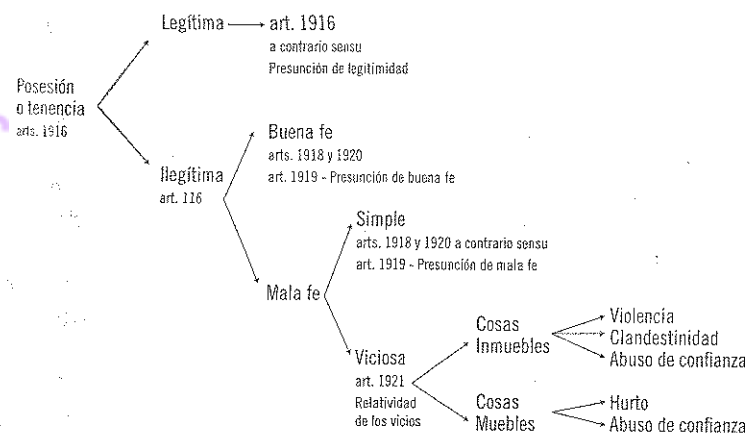
no pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí.

Así, no puede haber dos poseedores que pretenden serlo con exclusividad (podrán ser coposeedores). Ej.: dos personas pretenden tener la posesión de un mismo inmueble.

En cambio, sí puede haber dos relaciones de poder que concurren sobre la misma cosa que no sean de la misma especie, por ejemplo la del poseedor y el tenedor.

Pero también pueden concurrir la relación de quien se comporta como dueño y la de quien se comporta como usufructuario (o usuario, habitador, etc.), porque esas relaciones, al ser de distinta especie, no se excluyen; aunque ambos son poseedores, ya que ambos se comportan como titulares de un derecho real (artículo 1909).

5. Clasificación de las relaciones de poder



— La relación de poder es *legítima* cuando constituye el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley. La legitimidad se presume salvo prueba en contrario (*iuris tantum*): artículo 1916 *a contrario sensu*.

Importa señalar —relativamente a la discusión que se generara en torno al artículo 2355, *in fine*, del Código Civil de Vélez Sarsfield— que, en el nuevo Código, el poseedor en virtud de *boleto de compraventa* debe ser calificado de poseedor, aun cuando no se lo considerara titular de un derecho real —según doctrina y jurisprudencia mayoritaria—, ya que se comporta como tal y encaja entonces en la definición del artículo 1909. Asimismo, su relación de poder sobre la cosa es legítima —en los términos del artículo 1916— por su carácter de titular de un derecho personal (artículo 1916 *a contrario sensu*).

— Será *ilegítima* cuando no comporte el ejercicio de un derecho real o personal legalmente constituido (artículo 1916).

— La relación de poder *ilegítima de buena fe* se presentará cuando no exista derecho real o personal respaldándola; pero quien la ejerce está convencido de que sí lo tiene porque no ha conocido, ni podido conocer —actuando con la debida diligencia—, que no existe el derecho; es decir cuando incurra en un error de hecho esencial y excusable (artículo 1918, en función de los artículos 265 al 267) que lo lleve a creer que quien le transmitió la cosa era titular del derecho transmitido y tenía capacidad para hacerlo.

Recordar que, según el artículo 1902, la buena fe requiere el examen de la documentación (“estudio de títulos”) y de las constancias registrales si se trata de cosas registrables (ej.: inmuebles, automotores) y también el cumplimiento de los actos de verificación cuando fueran exigidos por la ley (ejemplo: verificación física de los automotores).

La buena fe se presume *iuris tantum* (artículo 1919), salvo los casos en que la mala fe se presume, tales son los enumerados en el artículo 1919, incisos a), b) y c).

— La relación de poder será *ilegítima de (simple) mala fe* cuando no concurrieran los requisitos para configurar la buena fe (artículo 1918 *a contrario sensu*), o se presumiera la mala fe.

— La relación de poder será ilegítima, de mala fe y viciosa cuando: a) respecto de los *inmuebles*, fuera adquirida por violen-

cia,⁸ clandestinidad⁹ o abuso de confianza;¹⁰ y b) respecto de las cosas muebles fuera adquirida por hurto, estafa o abuso de confianza.¹¹

El momento en que queda determinada la buena o mala fe, según el artículo 1920 es el del comienzo de la relación de poder (respecto de la percepción de frutos, se computa respecto de cada acto de percepción: artículo 1935) y permanece invariable mientras no se produzca una nueva adquisición, o sea mientras no se genere una nueva causa de adquisición. Ejemplo: si el poseedor es de mala fe por haber adquirido la cosa sabiendo que quien se la transmite no es su propietario, adquiere después la cosa del verdadero propietario (por ej.: por compra).

Dispone el artículo 1921 que *los vicios son relativos*, esto es, sólo quien ha sufrido el vicio (la víctima de la violencia, clandestinidad, hurto, etc.) puede acusar al poseedor o tenedor de vicioso, no cualesquiera otras personas, respecto de las cuales la relación no será viciosa.

Finalmente cabe preguntarse —en orden a lo dispuesto por el artículo 1900, que exige que la posesión para prescribir sea continua y ostensible— si una posesión que comenzó siendo viciosa, así permanecerá siempre o, en algún momento, se producirá lo que se conoce como “purga de los vicios” de la posesión y la posesión dejará de ser viciosa.

⁸ Habrá vicio de *violencia* cuando la relación fuera adquirida por vías de hecho acompañadas de violencias materiales o morales provenientes de otra persona o sus agentes o representantes.

⁹ Habrá *clandestinidad* cuando la relación se haya tomado o continuado en forma oculta o adoptando precauciones para evitar el conocimiento de la adquisición o continuación por parte de quien tenía derecho de oponerse.

¹⁰ Existirá *abuso de confianza* cuando alguien reciba la cosa con obligación de restituirla y rehúse la restitución, llevando a cabo actos que impliquen un alzamiento contra y un desconocimiento de la relación de quien se la entregó. Ej.: un locatario adultera documentos firmados por el propietario locador, haciéndolos aparecer como un boleto de compraventa, que utiliza para resistir el desalojo pedido por aquél. El locador tenedor se ha convertido en poseedor ilegítimo, de mala fe, con vicio de abuso de confianza.

¹¹ Ejemplo de *abuso de confianza*: llevo a arreglar mi zapato al zapatero y éste lo vende a otra persona. Ello implica un desconocimiento en los hechos de mi relación con el zapato y un alzamiento contra dicha relación; de tenedor del zapato, el zapatero se ha convertido en poseedor vicioso por “abuso de confianza”.

Nada dispone el nuevo Código al respecto, motivo por el cual puede sostenerse una u otra de las opiniones que el mismo tema generó con arreglo al Código Civil de Vélez Sarsfield: a) la posesión deja de ser viciosa cuando cesa de hecho el vicio (por ej.: cesa la violencia); o b) la “purga” se producirá transcurrido un año de cesado de hecho el vicio, porque después del año habrán prescripto las acciones que asistían al despojado o turbado para defenderla (artículo 2564, inciso b).

6. Presunciones legales

El Código consagra diversas presunciones, enderezadas fundamentalmente a facilitar la prueba en materia de relaciones de poder:

El artículo 1911. Presunción de poseedor o servidor de la posesión. Quien ejerce un poder de hecho (*corpus*) sobre una cosa se presume *iuris tantum* que es poseedor. Si utilizara la cosa sobre la base de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad no sería presumido poseedor, sino que entraría en la categoría de “servidor de la posesión”.

El artículo 1914. Presunción de fecha y extensión. Si la relación de poder reposa sobre un título, es decir si existe derecho real o personal (dueño, locatario, etc.), se presume *iuris tantum* que la relación se inició desde la fecha del título y tiene la extensión que resulte del título.

El artículo 1903, en armonía con el artículo 1914 expresa que se presume *iuris tantum* que la posesión se inicia en la fecha del justo título o de la registración, cuando ésta es constitutiva (como por ejemplo en la adquisición de automotores: artículo 1º, de la ley 6582/58).

El artículo 1915. Inmutabilidad de la causa. Como principio,¹² nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la especie de su relación de poder, con lo que, tal como ella se adquirió, continúa: si alguien inició su relación de poder como poseedor (a título de dueño, de usufructuario, etc.) continúa en ese carácter *mientras no se pruebe* que se convirtió en tenedor o en poseedor de

¹² Decimos “como principio” para dejar a salvo el supuesto de interversión de título, que estudiaremos luego.

otra especie. Y quien comenzó su relación como tenedor persiste en esa calidad hasta que se acredite que se transformó en poseedor.

Es lo que se denomina “inmutabilidad de la causa” de la relación de poder.

No obstante, puede producirse un cambio en el supuesto de la denominada “interversión de título”, que estudiaremos más adelante.

El artículo 1916. Presunción de legitimidad. Las relaciones de poder se presumen *iuris tantum* legítimas, es decir, que reposan en o constituyen el ejercicio de un derecho real o personal que le asiste al poseedor o tenedor.

El artículo 1919. Presunción de buena fe y presunción de mala fe. La relación de poder se presume *iuris tantum* de buena fe. Pero hay supuestos en los que la ley presume la mala fe [artículo 1919, incisos a), b) y c)].

El artículo 1917. El sujeto de la relación de poder no tiene la obligación de producir un título que sustente su relación (“posee porque posee”, “tiene porque tiene”). Salvo que deba exhibirlo como obligación inherente a su posesión.

Así, el artículo 2270 dispone que en las acciones posesorias será inútil la prueba del derecho real; pero el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión.

El artículo 1928. Actos posesorios. Se presume *iuris tantum* que los actos enumerados en la norma exteriorizan una posesión y no una tenencia. Volveremos sobre ellos.

El artículo 1930. Presunción de continuidad. Se presume *iuris tantum* que el sujeto actual de la posesión o la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente la mantuvo durante el tiempo intermedio.

7. Adquisición

Consiste en asumir voluntariamente el poder de disponer físicamente de la cosa. Es necesario que la persona sea capaz —a estos efectos, se considera que los menores de edad lo son a los diez años— (para la adquisición unilateral).

El momento en que se opera la adquisición es importante por las consecuencias que generan en orden a frutos y productos, mejoras,

deterioros o destrucción de la cosa, etc. (artículos 754; 755; 1934 al 1938); también para decidir conflictos de concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales (artículos 756 y 757).

Se debe distinguir entre la adquisición por actos entre vivos o por causa de muerte (*mortis causae*).

Adquisición mortis causae: según el artículo 2277, la muerte de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de la herencia a los herederos (legales o testamentarios). Y el artículo 2280 establece que desde la muerte del causante los herederos – sucesores universales – tienen todos los derechos y acciones de aquél (salvo los no transmisibles) y *continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor*. Ello sin necesidad de la realización de ningún acto material por el sucesor.

Adquisición entre vivos: se produce cuando la persona entra en contacto físico con la cosa, o tiene la posibilidad física de establecerlo o cuando dicha cosa ingresa en el ámbito de custodia del adquirente¹³ (artículo 1922).

Dentro de esta categoría la relación puede establecerse unilateral o bilateralmente.

La adquisición unilateral se concreta a través del *apoderamiento*, por cualquier modo que se obtenga (artículos 1923 *in fine* y 1928). Ej.: la ocupación de un inmueble por un usurpador; el hurto de una cosa mueble por el ladrón; la adquisición por interversión unilateral.

Respecto de la adquisición bilateral o derivada (porque se recibe de quien es el poseedor o tenedor actual), el modo es la *tradición*, que se cumple a través de actos materiales (artículos 1923 al 1928).

Hay tradición cuando una persona entrega voluntariamente una cosa a otra que la recibe, siendo necesaria la realización de actos materiales que otorguen el poder físico sobre la cosa y emanados de las dos partes o por lo menos de una de ellas. *Las meras declaraciones* de entrega o recepción de la cosa¹⁴ tienen efecto entre las partes; pero no sirven para tener por operada la tradición respecto de terceros (artículo 1924).

¹³ Por ejemplo mi casa.

¹⁴ Por ejemplo: las que se hacen constar en las escrituras públicas que documentan transmisiones de dominio (compraventa, donación, etc.).

El artículo 1925 admite otras formas de tener por operada la tradición: entrega sin oposición alguna de conocimientos o cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las normas pertinentes, o si las cosas son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas siempre que el adquirente apruebe el envío.

Para adquirir por tradición la posesión o la tenencia es necesario que la cosa esté libre de toda otra relación excluyente y que no medie oposición alguna (es lo que se denomina “posesión vacua”, o sea vacía de todo contradictor): artículo 1926.

Recordamos, respecto de la adquisición de universalidades de hecho, lo dicho antes en punto a que la relación de poder abarca sólo las cosas o partes individuales que componen la universalidad (artículo 1927).

Traditio brevi manu

El artículo 1923 consagra una regla lógica al decir que *No es necesaria la tradición* cuando la cosa es tenida a nombre del propietario y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre (ej.: el propietario que vende la cosa a su inquilino); éste ya tiene la cosa en su poder, por eso no es necesaria la tradición, ni –obviamente– la realización de actos materiales de entrega (por eso se habla de *traditio brevi manu*), aunque cambia la causa o título de su relación con la cosa: de tenedor el inquilino pasa a ser poseedor.

Otro supuesto de *traditio brevi manu* se da cuando el que poseía a nombre del propietario pasa a poseerla a nombre de otro (ej.: Francisco, locatario de Juan, quien vende el inmueble a Lucas; el locatario Francisco, que era representante de la posesión de Juan pasa a serlo de la de Lucas); este “otro” (en el ejemplo Lucas) la adquiere cuando el tenedor (locatario en el ejemplo) quede notificado de la identidad del nuevo poseedor (artículo 1923). No es necesario ningún acto material sobre la cosa (en el ejemplo, ni de Juan ni de Lucas).

Constituto posesorio

Tampoco es necesaria la tradición cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y *constituyéndose* en representante del nuevo poseedor. Ej.: Juan, propietario de un inmueble, se lo vende a Lucas, pero Lucas autoriza a Juan a permanecer ocu-

pándolo hasta que éste consiga una nueva vivienda. No son necesarios actos materiales de entrega para tener por operada la adquisición de la posesión por Lucas.

8. Publicidad posesoria. Actos posesorios. La prueba

La relación de poder debe manifestarse a través de actos físicos o materiales exteriores sobre la cosa (ejercicio de un poder de hecho), reveladores de la voluntad de comportarse como titular de un derecho real o personal (exista éste o no). Estos actos hacen pública la relación de poder, sobre todo si se los examina a lo largo de un cierto tiempo (*publicidad posesoria*).¹⁵

Cabe recordar la presunción *iuris tantum* contenida en artículo 1911: toda relación de poder es presumida posesión y no tenencia ("se presume que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre la cosa").

Los *actos posesorios* son algunos de los actos materiales realizados sobre la cosa reveladores de la relación de poder, más concretamente de la posesión, pues el artículo 1928 califica de "posesorios" (denotarían "posesión" y no "tenencia") a los actos que enumera (principal –aunque no totalmente– vinculados con inmuebles).¹⁶ Tales son: cultura, percepción de frutos, amojonamiento o impresión de signos materiales, mejora, exclusión de terceros y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga.

Tratándose de actos materiales o hechos podrán acreditarse por cualquier medio y se deberá atender a las circunstancias propias concretas de cada caso.

Como se dijo, la realización de estos actos comprobaría el poder de hecho sobre la cosa, que el artículo 1911 presume *iuris tantum* posesión (y no tenencia). Quien niegue la calidad de poseedor de quien ejecuta aquellos actos tendrá a su cargo rendir la prueba contraria. Esa prueba contraria podría consistir, por ejemplo, en la acreditación de un contrato de comodato o de locación entre las

¹⁵ La publicidad posesoria tiene importancia en ciertos casos como uno de los ingredientes para decidir el conflicto entre adquirente por boleto de compraventa y medidas cautelares (artículo 1170).

¹⁶ El artículo 2384 Código Civil de Vélez Sarsfield se refería a "actos posesorios sobre inmuebles".

partes; o que al alambrar el campo el ocupante que lo hizo solicitó la autorización del propietario o que éste pagó el alambrado.

9. Conservación y pérdida

Según el artículo 1929 "la relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria". (Por ej.: si transitoriamente no puedo realizar ningún acto material sobre mi campo porque está inundado). Y el artículo 1930 consagra la presunción *iuris tantum* de continuidad, estableciendo que se presume que el sujeto actual de la posesión o la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio.

La extinción de la relación de poder se extingue cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa.

El artículo 1931 consagra –no en forma taxativa– casos en los que se produce tal extinción: a) extinción de la cosa (la computadora se destruye en un incendio; mi mascota muere); b) si otro priva al sujeto de la cosa (un ladrón me roba la computadora; un usurpador se instala en mi inmueble); c) el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia (un ladrón me roba un cuadro valioso y se traslada a un ignoto país del extranjero); d) desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida; e) el sujeto de la relación hace abandono expreso y voluntario de la cosa (ej.: tiro la computadora al tacho de basura).

Otro supuesto de extinción de la posesión es el de la interversión de título que estudiaremos a continuación (artículo 1915).

10. Adquisición de posesiones

Es la unión o suma de dos posesiones. Está regulada en el artículo 1901.

El interés práctico de la unión radica en que permite acumular tiempo de posesión para alcanzar el número de años necesario para usucapir.

Se deben distinguir dos supuestos: sucesión a título universal y sucesión singular.

Sucesión a título universal: aquí no puede hablarse propiamente de unión de posesiones, porque desde la muerte del causante los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor (artículos 1901 y 2280). Con lo que va dicho que el heredero no puede separar su posesión de la del causante, la que continúa en su cabeza tal como era en la de aquél.

Sucesión singular: Aquí las posesiones son distintas e independientes entre sí, pero pueden unirse, sumarse o accederse si se dan los requisitos exigidos. Y esta unión puede ser conveniente para el cómputo del tiempo que se requiere para que se consume la prescripción adquisitiva

(Por ejemplo: si mi antecesor ha ocupado un inmueble sin título alguno y lo ha poseído durante 15 años, me convendría unir mi posesión a la suya, porque de esta manera yo sólo necesitaría poseer el inmueble cinco años más para convertirme en propietario por usucapión larga, que no requiere buena fe, ni título alguno).

Por eso dice el artículo 1901 que “el sucesor particular *puede* unir su posesión a la de sus antecesores”.

Para ello la norma impone que la posesión del sucesor derive inmediatamente de la de su antecesor o antecesores, es decir que tendrá que existir la transmisión de la posesión del antecesor al sucesor singular, por ejemplo, en el caso de que el antecesor haya hecho tradición de la cosa y cedido los derechos y acciones emanados de su posesión al poseedor actual. En cambio, si por ejemplo Juan está ocupando un inmueble pero lo abandona y luego Mario lo ocupa, éste no podría sumar su posesión a la de Juan, porque su posesión no deriva inmediatamente de la de Juan. Otro ejemplo: si Juan está poseyendo y Mario lo despoja, las posesiones no podrían unirse porque no derivan la una de la otra.

Una vez unidas las posesiones, su calidad es la que tenía la del primer antecesor de la cadena (si la suma abarcara varios antecesores). Porque el artículo 1920 establece que “la buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder”, que sería la del antecesor o antecesores.¹⁷

¹⁷ Ejemplo: Si A (antecesor) entró usurpando el inmueble y lo poseyó por quince años, si B uniera su posesión a la de A, toda la posesión será de mala fe, aun cuando B pueda ser de buena fe. Pero no obstante, sumar las posesiones le convendrá, porque así sólo necesitará poseer personalmente cinco años más. Si no las uniera tendría que poseer durante veinte años.

El artículo 1901 continúa diciendo que “en la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar unidas por un vínculo jurídico”. Entonces, en caso de usucapión breve se deben satisfacer tres requisitos: 1) derivar la una de la otra; 2) ambas posesiones han de ser de buena fe; o sea que aun cuando el antecesor fuera de buena fe, si el sucesor singular es de mala fe —o viceversa—, la unión podrá resultar útil para la usucapión larga, pero no para la breve; 3) las posesiones deben estar unidas por un vínculo jurídico, aunque adoleciera de algún defecto; por ejemplo, un contrato de compraventa, de permuta, de donación, etc. (que configuraría el justo título necesario para la usucapión breve).

11. Inmutabilidad de la causa. Intervención de título

Dice el artículo 1915 que nadie puede cambiar, ni por su *mera* voluntad, ni por el transcurso del tiempo, la especie de su relación de poder (posesión o tenencia): o sea que en el carácter que comenzó continúa hasta su extinción.

Esto es lo que se conoce con el nombre de “inmutabilidad de la causa”.

No obstante, este principio cede cuando ocurre una “intervención de título” (cambio de la causa), que puede ser unilateral o bilateral.

Será *bilateral* en el caso de mediar acuerdo de los interesados. Así los supuestos de *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*. Esta hipótesis no está prohibida por la ley.

Será *unilateral* cuando quien está ejerciendo una relación de tenencia realiza actos materiales positivos por sí mismo que excluyan al poseedor, sin que quede la más mínima duda de su propósito de privarlo de sus facultades sobre la cosa. No basta la simple intención, sino que se requiere que de los actos materiales derive la exclusión efectiva. Será cuestión de hecho determinar en cada caso concreto la ocurrencia de una intervención unilateral. La prueba corre por cuenta de quien la invoca.

Ejemplo: comodatario que demuele parcialmente la casa objeto de su contrato, o que la ofrece a embargo como propia, o que suscribe respecto de ella un boleto de compraventa a favor de un tercero y le hace entrega de él al adquirente; administrador de un

inmueble que lo ocupa como tal durante varios años y que en un momento dado pone candado al cerco de la vivienda y troncos para impedir y resistir el paso del propietario;¹⁸ etcétera.

Por eso dispone el artículo 1915 que

se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor (tenedor o aun servidor de la posesión) manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.

La interversión de título es una excepción al principio de la inmutabilidad de la causa y, como tal, de interpretación rigurosa.

12. El Código regula los “efectos de las relaciones de poder” en los artículos 1932 a 1940 (ver también lo que antes dijimos en el punto III.3.2.).

12.1. Derechos y deberes inherentes a la posesión

Derechos (artículo 1932): 1) ejercer las servidumbres activas¹⁹ que corresponden al objeto; 2) exigir el respeto de los límites impuestos en los artículos 1970 a 1982.

Deberes (artículo 1933): 1) Poseedor y tenedor tienen el deber de restituir la cosa a quien tenga derecho de reclamarla, aunque no haya contraído obligación en ese sentido;²⁰ 2) deben respetar las cargas reales (ver su definición en el artículo 1888), las medidas judiciales inherentes a la cosa y los límites impuestos en los artículos 1970 a 1982.

12.2. Régimen de frutos y mejoras. Destrucción de la cosa

El Código las agrupa en el Capítulo destinado a los “Efectos de las relaciones de poder”.

¹⁸ Véase Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Penal, Recurso de Casación, 16.2.2011, DJ del 27.7.2011, p. 41.

¹⁹ Si un inmueble tiene constituida a su favor una servidumbre de paso, el poseedor o tenedor puede ejercerla, o sea transitar por el inmueble. Las servidumbres son “activas” para el fundo dominante, o sea desde el punto de vista del fundo dominante.

²⁰ Ejemplo: quien adquirió del ladrón una cosa robada, tiene el deber de restituirla a su dueño.

El Código define qué ha de entenderse por frutos y productos en el artículo 233. Ya lo hemos estudiado en el Capítulo I.

En el artículo 1935 regula a quién corresponden los frutos y productos como efecto de las relaciones de poder.

– Frutos:

Fruto natural o industrial *percibido* es el que, separado de la cosa,²¹ pasa a ser objeto de una nueva relación de poder. El fruto civil (ej.: alquileres) se considera percibido cuando ha sido devengado y cobrado (artículo 1934, inciso a)

Fruto natural o industrial *pendiente* es el todavía no percibido (ej.: manzanas no cosechadas del árbol). Fruto civil pendiente es el devengado pero no cobrado (artículo 1034, inciso b).

El poseedor de *buena fe* hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos.

La buena fe debe existir en cada acto de percepción de frutos. Por eso para determinar la buena fe se computa sólo la del sucesor (universal o singular) y no la del antecesor.

El poseedor o tenedor de *mala fe* debe restituir los frutos percibidos y los que por su culpa deja de percibir.

Los frutos pendientes correspondientes al momento de la restitución de la cosa corresponden a quien tiene derecho a la restitución.

– *Productos*: sea de buena o mala fe el poseedor o tenedor debe restituir los productos obtenidos de la cosa.

– *Destrucción total o parcial de la cosa*: regulada en el artículo 1936.

Poseedor de *buena fe*: responde sólo hasta la concurrencia del provecho subsistente.

Poseedor de *simple mala fe*: responde excepto que la destrucción se hubiera producido igualmente en poder de quien tiene derecho a la restitución de la cosa.

Poseedor de *mala fe viciosa*: responde aunque se hubiera producido la destrucción estando la cosa en poder de quien tiene derecho a la restitución de la cosa.

– *Mejoras*: el Código (artículo 1934) las clasifica en:

²¹ Recordar que, según el artículo 233, último párrafo, los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, mientras no sean separados.

Mejoras *de mero mantenimiento*: son las reparaciones de deterioros menores derivados del uso ordinario de la cosa (inciso b).

Mejoras *necesarias*: las reparaciones cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa (inciso c).

Mejora *útil*: es la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación de poder (inciso e).

Mejora *suntuaria*: es la de mero lujo o recreo que aprovecha exclusivamente a quien la hizo (inciso f).

Los acrecentamientos derivados de hechos de la naturaleza no son indemnizables (artículo 1938).

Las mejoras de mero mantenimiento no son susceptibles de indemnización (id.).

Las suntuarias tampoco, pero pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa (id.).

Mejoras necesarias: puede reclamarse *el costo*. Pero si el poseedor o tenedor es de mala fe y se han originado por su culpa, nada puede reclamar (id.).

Mejoras útiles: puede reclamarse su pago sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa (id.).

El Derecho Real de dominio

4

1. El derecho real de dominio

1.1. Concepto

El dominio es el derecho real que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre un objeto. El titular de dominio tiene la *plena in re potestas*. La diferencia con los demás derechos reales, a los que les corresponde el ejercicio de determinadas facultades sobre la cosa: el dueño tiene todas las posibles, por más que, naturalmente, deba obrar dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico.¹

La orientación de esa demarcación estatutaria se fundamenta en una cierta preocupación por los intereses de la sociedad, como se anticipara en la última parte de la nota al artículo 2508 Código Civil de Vélez Sarsfield, donde se determina que el dominio,

no existe [...] sino en los límites y bajo las condiciones determinadas en la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno del interés general y colectivo, sobre el interés individual.

Con lo dicho, no es un derecho ilimitado y sujeto al arbitrio individual, ya que, como todo derecho, el dominio tiene un estatuto

¹ Véase artículo 1470 del Proyecto de CC de 1936; artículo 1485 del Anteproyecto de CC de 1954; artículo 903 del CC alemán; artículo 1305 del CC portugués de 1966; artículo 832 del CCyC italiano de 1942.

regulador que implica la existencia de limitaciones a la exclusiva voluntad del titular y que conforma su contenido normal. Un derecho ilimitado pertenecería a una concepción antisocial del ordenamiento, poco compatible con la interrelación de nuestros días.

La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social, porque permite la coexistencia de los derechos de todos y cada uno. En suma, reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad sin obviar los intereses superiores de esta última.²

En razón de lo expresado el artículo 1941, dice:

Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Decimos que entre sus caracteres, el dominio es absoluto, porque su titular ejerce la mayor cantidad de facultades que un sujeto puede tener sobre una cosa, y así es que tiene el *ius possidendi* (derecho de poseer), el *ius utendi* (derecho de usar), el *ius fruendi* (derecho a gozar) y el *ius abutendi* (derecho de disponer) de una manera exclusiva y perpetua.

Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución Nacional, revisten el carácter de absoluto, como se infiere de su artículo 14.

En la medida en que la necesidad social lo reclame, la autoridad pública tiene el derecho de determinar, inspirándose en el bien co-

² Mariani de Vidal, Marina, *Derechos Reales*, t. 1, Buenos Aires, Zavallia, 2004. La Constitución Nacional de 1949, posteriormente derogada, consagraba la función social de la propiedad, en su artículo 38. Actualmente, las constituciones provinciales más modernas contienen también este principio. Así: El artículo 29 de la Constitución de La Pampa –sancionada en el año 1960– determina que “la propiedad debe cumplir una función social”. La Constitución de Santa Fe –año 1962– determina en su artículo 26 que “La Provincia reconoce la función social de la cooperación en el campo económico, en sus diferentes modalidades”. La Constitución de Chubut –del año 1957– establece en el artículo 24 que “La propiedad privada tiene una función social y estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común.”

mún, y a la luz de la ley natural, el alcance del uso que los propietarios podrán hacer con sus bienes.³ Como expresan los fundamentos del Proyecto 2012, “el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad” y “no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social”.⁴

1.2. Propiedad y Dominio

Debemos determinar con exactitud el alcance de los vocablos ya que no responde sólo a una cuestión doctrinaria, sino esencialmente práctica y de implicancia constitucional, ya que el artículo 17 de nuestra Carta Magna garantiza la “inviolabilidad de la propiedad privada”. Y fundamentalmente el artículo 14 garantiza a todos los habitantes, el derecho de usar y disponer de su propiedad, conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. También tienen importancia los artículos 28, 75 incisos 12, 17, 18 y 32; y los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional según lo dispuesto en el artículo 75 inciso, 22 de la Constitución Nacional.⁵

El término dominio era más amplio que el de propiedad en el Derecho Romano Clásico y ya se habla en la Edad Media, de dominio directo –el del nudo propietario– y de dominio útil –que comprendía los derechos de disfrute sobre cosa ajena– como el usufructo, uso, habitación, censo, etc. En cambio en el derecho moderno la relación se ha invertido; propiedad es el término genérico y dominio, el específico y técnico.

³ Véase Encíclica Quadragésimoano Pío XI.

⁴ En los Fundamentos se aclara “que tales cualidades existen dentro de los límites previstos por la ley. Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo”. “[...] el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional que establece que la persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social” y que “no habla de restricciones sino de límites al dominio y evita el casuismo del Código vigente [...]”.

⁵ Declaración Americana de los Derechos Humanos (artículo 17); Pacto de San José de Costa Rica (artículo 21); Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación a la mujer (artículo 15, inciso 2 y 16, inciso 1, h) y otros.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el intérprete último de nuestra Ley Fundamental, ha dictado sentencias emblemáticas en los autos: “Horta c/ Harguindeguy”, “Mango c/ Traba” y “Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital”.

En el caso “Horta, José c/ Harguindeguy Ernesto”, se cuestionó la validez del artículo 1 de la ley 11.157, que prohibía cobrar durante los dos años siguientes a su promulgación, por locaciones de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por ellos el 1 de enero de 1920. Se resolvió:

[...] el principio de la no retroactividad no es de la Constitución, sino de la ley [...] no liga al Poder Legislativo, que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija. [...] El principio deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad [...] en cuanto pueda referirse a derechos patrimoniales adquiridos en virtud de un contrato [...]. El derecho que confiere el contrato de locación al locador, constituye una propiedad en el sentido de la Constitución.⁶

En el caso “Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto”, la Corte dijo:

[...] Que el derecho reconocido al recurrente por la sentencia de desalojo se relaciona con los bienes; es un derecho patrimonial, y por lo tanto una propiedad en sentido constitucional. La palabra propiedad —ha dicho la Suprema Corte de los estados Unidos— comprende todos los intereses apreciables que un hombre posee fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad [...].⁷

Caso “Bourdieu, Pedro c/ Municipalidad de la Capital”. En este litigio el actor reclama la devolución de un impuesto pagado bajo protesta, y el fallo dice en su parte pertinente:

[...] El término “propiedad” cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto, comprende,

⁶ Fallo del 21.8.1922. Fallos: 136:59.

⁷ Fallo del 20.8.1925. Fallos: 144:220.

como lo ha dicho esta Corte, “todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”.⁸

En resumen: el término “propiedad” comprende, en el sentido constitucional, a todo derecho de contenido patrimonial, mientras que el “dominio” tiene un sentido técnico: es el derecho real de ese nombre.

1.3. Dominio Público y Dominio Privado del Estado

En una simple conceptualización diremos que el dominio público del Estado está integrado por aquellas cosas que están destinadas al uso general de los habitantes o se hallan afectadas a un fin de utilidad o comodidad común y pertenecen en propiedad al ente público. Para algunos autores, los bienes del dominio público no son de “propiedad” del Estado sino que sobre ellos el Estado ejerce un superior poder de policía.

Cabe advertir que en nuestro país —dado su sistema organizativo institucional—, si bien es cierto que la determinación de los bienes que han de integrar el dominio público corresponde al Congreso Nacional, ese “dominio” —cualquiera que fuera su esencia jurídica— corresponde a las Provincias, o a la Nación, según la ubicación de los bienes. Sin perjuicio de la *jurisdicción* sobre dichos bienes, que será nacional en lo relacionado con la navegación y el comercio internacional e interprovincial y la defensa nacional y provincial respecto de las demás materias.

Los bienes del dominio público son susceptibles de un uso general por todos los habitantes (ej.: una plaza, una calle) o de un uso especial, que es el que pueden realizar aquellos sujetos (específicos e individualizados) que hayan adquirido la respectiva facultad con arreglo al ordenamiento jurídico.

Los medios para adquirir el uso especial son el permiso, la concesión y la prescripción.

El *permiso de uso* (por ej.: podría ser permiso de uso de la vía pública) se mueve en el ámbito de lo precario y no genera, como principio, derecho subjetivo alguno, siendo pasible de revocación

⁸ Fallo del 16.12.1955. Fallos: 307:1445.

por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, mas estas razones deben ser serias y no arbitrarias.⁹

La *concesión de uso* consiste en el otorgamiento a una persona del derecho de uso especial y exclusivo sobre dependencias del dominio público.¹⁰ Engendra para el titular un derecho subjetivo patrimonial que encuadra en el concepto constitucional de "propiedad".¹¹

La *prescripción del uso* aparece cuando una *norma expresa* de la ley autoriza a adquirir por prescripción un derecho de uso particular de un bien del dominio público. Los efectos de la adquisición por prescripción son similares a los de la concesión. Cuando no existe norma expresa que autorice la adquisición por este medio, sólo existe un estado de hecho.¹²

Los bienes del dominio público son inembargables, inenajenables e imprescriptibles, teniendo las personas su uso y goce sujeto a las disposiciones generales y locales (artículo 237).

Pueden ser del dominio público nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal. Se hallan enumerados en el artículo 235.

Los bienes del dominio privado del Estado son los enumerados en el artículo 236. Son embargables, ejecutables y prescriptibles.

Bienes de los particulares: "los bienes que no son del Estado nacional, provincial, o municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, son bienes de los particulares" (artículo 238).

Tradicionalmente –aunque no pacíficamente– se separa el dominio público en natural y artificial. El *dominio público natural* estaría integrado por aquellos bienes a los que la ley declara del dominio público tal como los presenta la naturaleza, sin que sea necesario acto alguno de creación por parte del Estado (por ejemplo, un río). El *dominio público artificial* lo constituirían aquellos bienes que la ley declara del dominio público, pero que para su existencia depen-

den de un acto de "creación" del Estado, porque ésta no se debe a la naturaleza (por ejemplo, una calle, una plaza, un camino).

Ahora bien, en el dominio público natural la determinación de su condición jurídica por la ley constituye al mismo tiempo su afectación al uso público;¹³ en el dominio público artificial es menester, a los efectos de su afectación, además de la determinación de su condición jurídica por el legislador nacional, la creación del bien por la Administración (nacional, provincial o municipal, según el caso) que lo destine al uso público, de modo que su afectación, o consagración al uso público, se realiza por un acto distinto al de su calificación como bien del dominio público.¹⁴

En uno u otro caso, los bienes del dominio público pueden des-afectarse. Cuando se trata del dominio público natural, la autoridad competente para realizar la desafectación será la misma que lo es para afectarlo (legislador nacional), porque la desafectación conllevará el cambio de su condición jurídica.¹⁵ En cambio, cuando se trata de un bien del dominio público artificial, la afectación o desafectación puede provenir de la autoridad nacional, provincial o municipal (legislativa o administrativa), a la que se le haya conferido por la respectiva regulación la potestad de "crear" el bien.

Así ha resuelto la Corte Suprema que

la propiedad pública del Estado nacional o provincial, así como la de las comunas, en el caso del artículo 2344 CC, sobre los inmuebles que forman el objeto de aquélla y a que se refiere el artículo 2340, inciso 7, CC, termina por la desafectación producida por una declaración de la

¹³ Así, en el caso de un río, el artículo 235, inciso c) del CCC los declara del dominio público, por esa misma norma opera su afectación, sin que sea menester ninguna otra actuación del Estado y mientras permanezca en su condición física de río, estará afectado al uso público. Es claro que si el río se seca o se rellena –sea por obra de la naturaleza o de la autoridad competente– deja de pertenecer al dominio público, porque ya no es más río (otro tema será determinar a quién pertenece el álveo seco o los terrenos productos del relleno): estos supuestos suelen ser designados como hipótesis de desafectación tácita.

¹⁴ Así, las calles públicas o las plazas son calificadas por el artículo 235, inciso f) como bienes del dominio público; pero para que exista una calle o una plaza físicamente, se necesita un acto adicional de la Administración que cree la calle, porque las calles no las brinda la naturaleza. Pero si la autoridad competente rectifica el trazado de una calle, ello implicará su desafectación, porque ha sido sustraída del uso público: no es más calle pública.

¹⁵ Cf. Marienhoff, M. S., *Tratado del dominio público*, ED, 1960, p. 184 y ss.

⁹ Conf. CSJN, sentencia del 12.9.1996, causa "Vera González, A. c/ Prov. de Catamarca", *La Ley*, Fallo 11.656.

¹⁰ Ej.: concesión para instalar balnearios en playas marítimas.

¹¹ Conf. CSJN, Fallos: 186:52; Marienhoff, M., "Tratado del dominio público", Buenos Aires, TEA, 1960, p. 361.

¹² Conf. Marienhoff, M., *op. cit.*, *loc. cit.*

Administración o por un hecho suyo en cuya virtud aparezca indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al fin de uso y goce públicos, al cual hasta ese momento se encontraba destinada. Y tal desafectación, cuando es ordenada por la autoridad con facultades suficientes, produce el efecto general de cambiar la condición jurídica del bien, que se torna a partir de ella enajenable, prescriptible, embargable y regido, no ya por las disposiciones del Derecho administrativo relativo a la policía de los caminos y las calles, sino por el Derecho civil, a cuyo campo ha ingresado como consecuencia de aquélla y dentro del cual el Estado o la comuna ejercen su poder jurídico sobre las cosas en las condiciones de sus otros bienes del dominio privado.¹⁶

1.4. Clases de dominio. Dominio perfecto e imperfecto

El dominio es pleno o perfecto cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas ni sujeta a condición o plazo.

A *contrario sensu* es imperfecto cuando no goza de estas connotaciones.

El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario (artículo 1941).

2. Caracteres del dominio perfecto

El dominio perfecto participa de los caracteres de perpetuo y exclusivo.

2.1. Perpetuo

El artículo 1942 dice:

Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el

¹⁶ Sentencia del 28.6.26, causa "Provincia de Buenos Aires c/ Club "Mar del Plata s/ reivindicación", Fallos: 146:288. En igual sentido, Fallos: 146:324, 363, 147:154.

dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

La perpetuidad se manifiesta y reafirma porque el dominio perfecto

no tiene límite en el tiempo y no se extingue por el no uso.

El derecho de dominio pleno no requiere que se lo ejerza para conservarlo, es decir, que no se extingue por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, cuyo no ejercicio acarrea su pérdida; por ejemplo el usufructo, el uso y la habitación, la servidumbre y la superficie.

Este carácter no se opone al hecho de que, si otro comienza a poseer la cosa que el dueño no usa, y lo hace por el término requerido para la usucapión, el dominio se extinguirá, no por el no uso del dueño, sino porque otro lo adquirirá en virtud de la prescripción adquisitiva.

Son derechos perpetuos los derechos que duran indefinidamente y no sólo el dominio lo es, sino también el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios.

Son temporarios los que están sujetos a extinguirse por la incidencia del tiempo, como el dominio revocable, el fiduciario, la superficie, los derechos de disfrute, las servidumbres personales y la reales activas si se pactó plazo.

2.2. Exclusivo

El artículo 1943 dice:

Exclusividad. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título.

Dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa, por ello su titular lo ejerce sin la concurrencia de otro. La exclusividad se refiere a que la titularidad de la cosa corresponde a una sola persona.

El dominio no deja de ser exclusivo cuando está gravado con derechos de disfrute o garantía a favor de terceros, pues la existen-

cia de tales cargas reales (artículo 1888) sólo afecta al contenido y en consecuencia al carácter de absoluto.

Si existe pluralidad de sujetos titulares no habrá dominio sino derecho real de condominio.

El dominio adquirido por un título no puede en adelante ser adquirido por otro, pues admitir que pueda serlo importaría negar su calidad de dueño.

Si en cambio, alguien no es dueño pleno aún puede "completar" su título, como por ejemplo, quien es titular de la nuda propiedad de una cosa porque está gravada con usufructo, al extinguirse éste, completa su título.

2.3. Facultad de exclusión

El dueño tiene la facultad de excluir o no admitir a extraños al uso, goce o disposición de la cosa, facultad que deriva de su derecho a la privacidad, que conlleva el derecho a remover las cosas u objetos que terceros pongan en la cosa sin su consentimiento y también el de encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas pertinentes.¹⁷

En tal sentido, dispone el artículo 1944:

Facultad de exclusión. El dominio es excluyente. El dueño puede excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa, remover por propia autoridad los objetos puestos en ella, y encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales.

3. Extinción

El CCCN no consagra causales expresas de extinción del dominio perfecto.

De tal modo, resultará aplicable la norma genérica del artículo 1907 sobre extinción de los derechos reales, con arreglo al cual se extinguirá por destrucción total de la cosa (cabría agregar su consumo total) y por su abandono.

¹⁷ En oportunidades (en los "pueblos y sus arrabales") esa facultad se transforma en obligación, como veremos al estudiar el régimen del condominio sobre muros, cercos y fosos.

El abandono no debe ser confundido con el no uso. El dominio no se extingue por el no uso, salvo que concurra la usucapión por otro. Respecto del abandono, si se trata de inmuebles, deberá ser instrumentado en escritura pública (art 1017) e inscripto para su oponibilidad a terceros de buena fe. Si se trata de cosas muebles registrales jugarán las normas de los pertinentes ordenamientos: para buques o aeronaves, ley 20.094 y Código Aeronáutico, respectivamente; para automotores, decreto-ley 6582/58); para caballos de pura sangre de carrera, ley 20.379; para otros animales de raza, ley 22.939. El abandono de cosas muebles no registrables las convierte en cosas sin dueño susceptibles de apropiación (artículo 1947). Cabe advertir que los inmuebles sin dueño pertenecen al dominio privado del Estado (artículo 236, inciso a).

Corresponde añadir como modo extintivo a la expropiación, regulada por la ley 21.499.

Puede también hablarse de extinción del dominio cuando otra persona lo adquiere por transmisión voluntaria o forzosa, por usucapión y por otros supuestos de adquisición legal (v. gr. artículos 392, 2315, 1895, etc.), así como en los supuestos de transformación y accesión.

4. El dominio imperfecto: dominio revocable, fiduciario y desmembrado

El artículo 1946 dice:

Dominio imperfecto. El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales.

El artículo 1964 menciona los supuestos de dominio imperfecto.

Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado.

El dominio revocable se rige por los artículos del Capítulo 3, Título 3, del Libro 4.

El fiduciario por lo previsto en las normas del Capítulo 31, Título 4 del Libro Tercero.

El desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

Son rasgos modernos la elasticidad del dominio y que puede distenderse y contraerse en su ejercicio por distintas facultades que varían en razón de su constitución y extinción de derechos reales; pero advertimos que el dominio no deja de ser tal aun en caso de una severa desmembración (será entonces "Nuda propiedad", pero propiedad al fin).

4.1. Dominio revocable

El artículo 1965 dice:

Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.

La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley.

Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

El dominio revocable es aquel que está sujeto a concluir por el cumplimiento de una condición resolutoria o de un plazo resolutorio (cf. artículo 1946, 1964 y 1965).¹⁸

La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa, o por la ley.

Ejemplos los brindan las distintas cláusulas que pueden ser accesorias de un contrato de compraventa, como el pacto de retroventa, de reventa, de mejor comprador, a satisfacción del comprador, etc., cuando han sido establecidas como condiciones resolutorias; también en ciertos casos que la ley establece, como

¹⁸ Algunos autores opinan que el dominio sujeto a plazo no es más que un derecho de uso y goce de la cosa, ya que la perpetuidad es de la esencia del dominio y sólo podría dejar de serlo a raíz de una condición, nunca de un plazo, dado que en esta última figura se sabría ya, a ciencia cierta, en qué momento finalizaría el derecho, con lo que las facultades del titular estarían reducidas a un simple "dominio útil". Así, Lafaille, *Derechos Reales*, t. II, n° 976.

por ejemplo, para las donaciones, y su revocación por causa legal o convencional.

En el dominio revocable existen dos sujetos, el transmitente que se convertirá en revocante, y el dueño que es titular imperfecto.

Al cumplirse el plazo o la condición resolutoria, el primero recuperará la propiedad plena de la cosa.

En cambio en el dominio fiduciario la cosa se transmite al dueño fiduciario con el encargo de transmitirla al fideicomisario, que puede ser el beneficiario, un tercero o el anterior propietario (fiduciante).

4.1.1. Límites temporales a las condiciones resolutorias

El Código innova en cuanto a que las condiciones resolutorias impuestas al dominio deben entenderse limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto.

Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio queda definitivamente establecido en cabeza del dueño como perfecto.

El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

En cambio el dominio fiduciario tiene un plazo máximo de treinta años (salvo excepciones).

4.1.2. Facultades del titular del dominio revocable

El titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto; pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho (artículo 1966).

En cambio el fiduciario sólo puede disponer cuando lo requieran los fines del fideicomiso y se puede establecer en el contrato de fideicomiso la prohibición de enajenar.

4.1.3. Efectos de la revocación

La revocación del dominio de cosas registrables tiene efecto retroactivo al día en que se adquirió, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

Así, dado que la revocación es retroactiva, quedará el antiguo propietario autorizado "a tomar el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto" (artículo 1969 CCC).

Y los terceros adquirentes de derechos, no podrían alegar ignorancia, pues, tales cláusulas revocatorias, estarán publicitadas en el registro y tratándose de inmuebles en el mismo instrumento de adquisición.

El artículo 1967 dice:

La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa.

En consecuencia, en principio los efectos de la resolución operan con efecto retroactivo, excepto pacto en contrario en el título de adquisición o que se trate de adquirentes de buena fe a título onerosos de cosas muebles no registrables.

Para la condición resolutoria el código en el artículo 348 dice que:

[...] Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido.

4.1.4. Efectos de la retroactividad

Si la revocación es retroactiva, el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño (artículo 1969).

Hay que diferenciar si se trata de una cosa registrable o mueble no registrable y si el acto es de disposición o de administración

Readquisición del dominio perfecto en caso de revocación

Al cumplirse el plazo —que es fatal (artículo 350)— o la condición (hecho futuro e incierto: artículo 343), el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto, por *constituto posesorio*, pasando a revestir la calidad de tenedor (artículos 1892 y 1923).

Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere al efecto de su oponibilidad (artículo 1968).

Extinguido el dominio revocable, el tenedor está obligado a restituir la cosa a su antiguo dueño. Si no lo hace, éste podrá demandarlo para que cumpla lo pactado, incluso a través de la acción reivindicatoria que el Código admite (artículo 2255).

La readquisición opera en forma inmediata, y automática.

Si revocado el dominio, entrega la cosa a quien no es propietario, según el artículo 761

si la cosa es inmueble o mueble registrable, el acreedor tiene acción real contra terceros que sobre ella aparentemente adquirieron derechos reales, o que la tengan en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor.

Si se trata de muebles no registrables no ocurre esta solución, si fuese adquirida por el poseedor de buena fe y a título oneroso.

4.2. Dominio fiduciario

El dominio fiduciario se adquiere, merced al negocio o contrato de fideicomiso. El dominio de los bienes transmitidos o adquiridos, tiene ciertas singularidades fundamentalmente porque forman un patrimonio separado o patrimonio de afectación, o patrimonio fiduciario con las características que regula la ley.

En nuestro país se discutió si existía el dominio fiduciario en razón de las escasas normas del Código de Vélez sobre el particular y el disfavor con que era mirada la figura.

La ley 24.441 brindó una normativa específica para el contrato de fideicomiso y el dominio fiduciario fue derogada por la ley 26.994 (que aprueba el CCCN).

4.2.1. El fideicomiso en el CCCN

El CCCN regula en el Capítulo 30 del Libro 3 el contrato de fideicomiso, dividido en secciones: la primera dedicada a disposiciones generales, la segunda a sujetos, la tercera a los efectos, la cuarta al fideicomiso financiero, la quinta a los certificados de participación y títulos de deuda, la sexta a las asambleas de tenedores

de títulos representativos de deuda o certificados de participación, la séptima a la extinción del fideicomiso, y la octava al fideicomiso testamentario. En el Capítulo 31 se regula con precisiones específicas el dominio fiduciario, en los artículos 1701 al 1707 inclusive, los que –en rigor– debieron ubicarse en el Libro 4, en el capítulo del dominio imperfecto y no en el ámbito contractual.¹⁹

El fiduciario es un dueño temporal que sólo podrá efectuar los actos a que lo autorice el contrato.

El dominio fiduciario es un dominio; pero un dominio imperfecto: el derecho real de dominio se ve afectado en uno de sus caracteres, la perpetuidad, ya que dura “solamente hasta la extinción del fideicomiso” y también se ven afectadas las facultades de disposición, que pueden ser restringidas en el contrato de fideicomiso.

Dominio fiduciario y negocio fiduciario

Debe distinguirse entre el dominio fiduciario y el negocio fiduciario.

El negocio da origen a la relación contractual; el dominio fiduciario que surge de aquélla. El negocio fiduciario puede tener o no por fin constituir un dominio fiduciario.

El contrato de fideicomiso será el destinado a generar la existencia del dominio fiduciario, que puede coincidir o no con la celebración del contrato de fideicomiso. En el primer caso requerirá escritura pública si se trata la transmisión del dominio de un inmueble y otros bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público; así se efectiviza y documenta en el mismo acto la celebración del contrato y la transmisión de dominio de los bienes.

El dominio fiduciario, en el marco de los derechos reales, genera la relación directa e inmediata entre la persona y la cosa. El único sujeto posible del dominio fiduciario es su titular, o sea el dueño de la cosa, dueño imperfecto según las condiciones del fideicomiso.

Mediante el contrato de fideicomiso, el fiduciante puede transmitir al fiduciario no sólo el derecho de dominio sobre una cosa sino también otra clase de derecho patrimonial. Si el negocio fiduciario tiene por fin transmitir el dominio de cosas, habrá dominio fiduciario; si se transmiten al fiduciario otra clase de bienes, se

aplicarán las normas que correspondan a su naturaleza, cuestión que habrá que examinar en cada caso.²⁰

4.2.2. Contrato de fideicomiso. Objeto. Sujetos

Según el artículo 1666:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada *fiduciante*, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada *fiduciario*, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada *beneficiario*, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al *fideicomisario*.

El CCC ubica al fideicomiso dentro del marco contractual, determinando la posibilidad de constituirlo por acto entre vivos o por disposición de última voluntad (ver artículo 1699).

El contrato existe desde la celebración, y los bienes pueden ser transmitidos en ese acto o posteriormente. La bilateralidad del contrato se refuerza al referirse al fiduciante como “[...] una parte y fiduciario la otra”.

El “fideicomisario” es el destinatario final de los bienes, al cumplimiento del plazo o condición a que se sujeta el contrato.

El beneficiario pueda ser el fiduciante, el fideicomisario y hasta el mismo fiduciario (artículo 1671).

Son entonces los protagonistas del fideicomiso: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario. Roles que pueden a veces coincidir, en la medida autorizada por la ley, como se acaba de ver.

4.2.2.1. Contenido del contrato

El artículo 1667 dice:

El contrato debe contener: a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes; b) la

¹⁹ El CCC se basa en el texto del Proyecto de 1998, al que siguió la Ley 24.441.

²⁰ Ello es coherente con la teoría general de los derechos reales, pues éstos sólo pueden tener por objeto cosas ciertas, determinadas, actualmente existentes, y derechos cuando la ley lo establece. No se concibe el derecho real sobre cosas inciertas o futuras.

determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso; c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria; d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671; e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672; f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa.

La norma brinda la posibilidad de no identificar inicialmente al beneficiario y/o al fideicomisario estableciendo la manera de cómo determinarlo en el futuro (artículos 1671 y 1672 CCC).

4.2.2.2. Plazo y condición del fideicomiso

El artículo 1668 dice:

Plazo. Condición. El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de su incapacidad, o su muerte.

Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto. Cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

El plazo no puede dejar de ser fijado por las partes, es una norma de orden público, y si fijaran uno mayor al legal, debe adecuarse a éste.

Cumplida la condición o pasados los treinta años de máximo, los bienes pasarán al fideicomisario designado en el contrato y, a falta de estipulación, deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

Si la condición no se cumple dentro del límite legal, se reduce al máximo establecido, excepto que el beneficiario fuere una persona incapaz o con capacidad restringida, en cuyo caso durará hasta el cese de su incapacidad o su muerte.

4.2.2.3. Forma

El artículo 1669 regula la forma del contrato:

El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

La forma exigida por la ley es la escrita (argumento que se extrae del artículo 1667, pues allí se exige que el contrato contenga ciertas menciones), de modo que puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público y en el mismo acto se transmiten los bienes. En ese caso se impone la formalidad del instrumento público y, si la formalidad de la escritura pública no se cumple, el contrato vale como promesa de otorgarlo, en concordancia con las normas sobre forma del acto jurídico (artículo 285) y forma de los contratos (artículo 1018).

Si la transmisión de bienes que deban celebrarse por escritura pública fuera posterior, bastará que en la escritura pública de transferencia se transcriba el contrato.

Si se tratara de un fideicomiso testamentario, deberán observarse las formas propias de los testamentos (artículo 1699).

El CCCN introduce el deber de inscribir los contratos en un Registro Público (no se aclara cuál en el Código), por la conveniencia de la publicidad para la oponibilidad a terceros y la seguridad jurídica del tráfico.²¹ Esta registración es independiente de las imuestas en disposiciones fiscales.²²

²¹ Pareciera que la registración la exige el Código para todo tipo de contratos de fideicomiso, quedando entonces comprendidos los ordinarios y los financieros, salvo tal vez los fideicomisos financieros con oferta pública regulados por las normas de la Comisión Nacional de Valores —ley 26.831 sobre Mercado de Capitales—, que se moverían en su propio ámbito. Conf. Alterini, J. H. (dir. de la obra), *Código Civil y Comercial Comentado...*, op. cit., t. VII, p. 1025, comentario al artículo 1669, a cargo de Aicega, M. V.; Gómez Leo, O.

²² El Registro a cargo de registrar los contratos de fideicomiso se determina por normas administrativas en cada demarcación; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha dictado en la IGJ la Resolución 5/2015 sobre el registro de contratos de fideicomisos, que ha recibido serias críticas de la doctrina.

4.2.2.4. Objeto

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden ser las herencias futuras (artículo 1670).

El objeto del fideicomiso es amplio: pueden ser tanto cosas como derechos y hasta se menciona a las universalidades. Se admite que las universalidades puedan ser objeto del contrato, no así las herencias futuras, en concordancia con el resto de sus disposiciones.

Los bienes que integran el fideicomiso pueden ser enunciados en el contrato en forma genérica, bastando la declaración de sus requisitos y características; lo que justifica que se admita la inclusión universalidades de derecho o de hecho.

Aquí cabe señalar, como dijimos, que no se debe confundir al *contrato de fideicomiso*, que sí puede tener por objeto toda clase de derechos patrimoniales, con el *dominio fiduciario* que pueda resultar de él, que sólo puede recaer sobre cosas o bienes en los casos taxativamente admitidos por la ley.

Debe considerarse que las universalidades son *universitas facti*; o *universitas juris*. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario; por ejemplo, cuando un testador lega, a título singular, una parte de su sucesión. Ninguna de las dos puede constituirse en objeto de derecho real de dominio, el que, por regla, debe recaer sobre cosas singulares o particulares. En el caso de las universalidades de hecho, el derecho real, la posesión y la tradición para adquirirlos estarán vinculadas a cada una de las cosas que la integran, y no al conjunto (arg. artículos 1883, 1927, 2241 y 2252); en las de derecho, esta imposibilidad es mucho más patente, puesto que están integradas por cosas y por bienes que no son cosas (objetos inmateriales), es decir, por bienes, comprendiendo esta noción a los derechos reales y personales, sin excluir tampoco a otros derechos de contenido patrimonial (v. g., los intelectuales). Ciertamente es que, en materia de derechos reales, parece haber excepciones a la citada regla —en rigor no lo son—, como acontece con ciertos supuestos de usufructo; que luego veremos, donde el objeto es una universalidad —artículo 2130 inciso c)—. Sin embargo, no creemos que se haya autorizado una excepción en lo que concierne al dominio fiduciario.

Reiteramos que no se debe confundir al *contrato de fideicomiso*, que sí puede tener por objeto toda clase de derechos patrimoniales, con el *dominio fiduciario* que pueda resultar de él, que sólo puede recaer sobre cosas.

De no tener cabida los bienes que integran el fideicomiso en el régimen del dominio fiduciario (cuya transmisión del fiduciante al fiduciario queda sujeta al régimen de los derechos reales), deberá acudir a la cesión de créditos, cuyo objeto lo constituyen los créditos y cualquier derecho patrimonial que resulte cesible conforme a las reglas generales.

En materia de derechos reales, no puede haber transmisión de dominio sobre cosas que no estén debidamente individualizadas.

Pero en el ámbito de los derechos personales nada lo impide, ya que incluso los créditos futuros pueden ser cedidos.

4.2.2.5. Beneficiario

Según el artículo 1671:

El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario.

Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes.

No hay innovación sustancial respecto de la ley 24.441 pero sí aclaraciones relevantes. El fiduciante, el fiduciario y el fideicomisario pueden ser beneficiarios. Y si son varios los beneficiarios de-

signados, salvo convención en contrario, se benefician por igual. La posibilidad de que pueda existir pluralidad de beneficiarios permite que, si por alguna razón (renuncia, no aceptación o inexistencia) se produjera un vacío, los demás podrán acrecer si así se hubiere pactado; inclusive se puede designar beneficiarios sustitutos.

Si ninguno de los beneficiarios acepta, todos renuncian o no llegan a existir, la norma determina que el beneficiario será el fideicomisario. Y si éste renuncia, no acepta o no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

4.2.2.6. Fideicomisario

El artículo 1672 dice:

El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario.

Se aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671.

Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante.

Mantiene la distinción entre beneficiario y fideicomisario. Se establece a quién se transmite la propiedad de los bienes al concluir el fideicomiso. Se precisa el rol del fideicomisario en el negocio de fiducia. Como solución el CCC prevé para el fideicomisario la aplicación de los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671.

4.2.2.7. El fiduciario

El artículo 1673 del CCC, posibilita que el fiduciario sea beneficiario, y dice:

El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica.

Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Se mantienen que el fiduciario debe ser sujeto de derecho y la exigencia de organismos de contralor de los mercados de valores para el fiduciario que ofrezca sus servicios al público.

Si el fiduciario es beneficiario, además del deber de actuar como “buen hombre de negocios” depositario de la confianza de las partes (artículo 1674), tiene el deber de evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos que intervienen en el contrato. Aunque, en realidad, es propio de todo fiduciario evitar un conflicto de intereses que perjudique la buena administración del fideicomiso.

Actuación. Solidaridad de los cofiduciarios

Pauta de actuación:

El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso (artículo 1674).

Cuando actúen simultáneamente más de un fiduciario –sea en forma conjunta o indistinta– el CCC agrega al estándar de conducta, la responsabilidad solidaria de los cofiduciarios por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso. La disposición del artículo 1688 del CCC, no sólo admite expresamente la posibilidad de un condominio fiduciario, sino que también impide que ejerzan éstos el derecho a accionar por partición, que caracteriza –salvo excepciones– al condominio corriente.

Rendición de cuentas

La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año. (Artículo 1675).

El contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus

dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. (Artículo 1675).

Reembolso de gastos. Retribución

Excepto estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución, ambos a cargo de quien o quienes se estipula en el contrato. Si la retribución no se fija en el contrato, la debe fijar el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda, la importancia de los deberes a cumplir, la eficacia de la gestión cumplida y las demás circunstancias en que actúa el fiduciario. (Artículo 1677).

Cese del fiduciario

El fiduciario cesa por: a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario o del fideicomisario, con citación del fiduciante; b) incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declaradas, y muerte, si es una persona humana; c) disolución, si es una persona jurídica; esta causal no se aplica en casos de fusión o absorción, sin perjuicio de la aplicación del inciso a), en su caso; d) quiebra o liquidación; e) renuncia, si en el contrato se la autoriza expresamente, o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño de la función; la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto. (Artículo 1678).

Sustitución del fiduciario

Producida una causa de cese del fiduciario, lo reemplaza el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designar como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 1690.

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes.

En los restantes casos de los incisos b), c) y d) del artículo 1678, cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación del acaeci-

miento de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local. En todos los supuestos del artículo 1678 el juez puede, a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora.

Si la designación del nuevo fiduciario se realiza con intervención judicial, debe ser oído el fiduciante.

Los bienes fideicomitidos deben ser transmitidos al nuevo fiduciario. Si son registrables es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario. (Artículo 1679)

La sustitución del fiduciario se encuentra prevista por las distintas causas. En todos los casos de cesación del fiduciario por las causas enunciadas en el artículo 1678, según el artículo 1979, es el juez quien puede

[...] a pedido del fiduciante, del beneficiario, del fideicomisario o de un acreedor del patrimonio separado, designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio, si hay peligro en la demora.

Así, en caso de muerte del fiduciario, “los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de bienes” (solución que propusimos en su momento). En los supuestos de incapacidad, inhabilitación, capacidad restringida judicialmente declaradas, disolución (que no sea por fusión o absorción), si es una persona jurídica, y quiebra o liquidación,

cualquier interesado puede solicitar al juez la comprobación de la ocurrencia de la causal y la indicación del sustituto o el procedimiento para su designación, conforme con el contrato o la ley, por el procedimiento más breve previsto por la ley procesal local.

Remarcamos la incidencia registral que contempla la norma ya que establece que si los bienes fideicomitidos son registrables

[...] es forma suficiente del título el instrumento judicial, notarial o privado autenticado, en los que conste la designación del nuevo fiduciario. La toma de razón también puede ser rogada por el nuevo fiduciario.

4.2.3. Fideicomiso en garantía

Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes (artículo 1680).

El CCC incorpora expresamente, el “fideicomiso en garantía” desechando toda duda acerca de su legalidad. La norma recoge el consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de la licitud de la fiducia con finalidad de garantía, en algún momento cuestionada por una doctrina minoritaria.

Establece una regulación mínima al facultar al fiduciario a

[...] aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados.

Aclara que el fiduciario puede disponer de otros bienes –que no sean sumas de dinero– para el pago de lo garantizado, autorizándolo a cumplir el encargo según lo previsto en el contrato. Asimismo, en ausencia de previsión contractual lo faculta a optar entre la vía judicial o la privada para disponer del contenido de la garantía, “[...] asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”. Se brinda la posibilidad que el fiduciario pueda elegir el camino de acción. También se aclara –como suele suceder también con los derechos reales de garantía– que los bienes fideicomitados deben ser realizados y el o los acreedores cobrar con el producido. No sería posible, por ende, que el acreedor se quedara con los bienes para satisfacer su crédito, total o parcialmente.

Aceptación del beneficio. Fraude

Para recibir las prestaciones del fideicomiso, el beneficiario y el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales.

La aceptación se presume cuando intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.

No mediando aceptación en los términos indicados, el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial. No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

El beneficiario y el fideicomisario pueden, en la medida de su interés, reclamar por el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe (artículo 1681)

El artículo es novedoso en relación al texto de la ley 24.441 derogada. No sólo hace expreso lo que era implícito –la aceptación del beneficiario y del fideicomisario– sino que da una solución a la posibilidad de una indefinición o a la prolongación de un estado de incertidumbre nocivo. Establece la presunción de aceptación cuando

[...] intervienen en el contrato de fideicomiso, cuando realizan actos que inequívocamente la suponen o son titulares de certificados de participación o de títulos de deuda en los fideicomisos financieros.

Se aumentan las posibilidades de certeza al prever, también con relación a la aceptación, que

[...] el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico fijando a tal fin un plazo prudencial.

No producida la aceptación, debe solicitar al juez que la requiera sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

Todavía más substanciales son dos previsiones establecidas en el texto legal del CCC: que el beneficiario y el fideicomisario puedan reclamar la revocación de los actos realizados por el fiduciario

en fraude de sus intereses, “[...] sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe”.

Es plausible que se incorpore la noción general de fraude que excede la clásica acción pauliana. Obviamente, y como sucede con otras normas del Código, los terceros que de buena fe hayan adquirido derechos del fiduciario no pueden verse perjudicados por la revocación.

4.2.4. Propiedad fiduciaria. Efectos

Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria, regida por las disposiciones de este Capítulo y por las que correspondan a la naturaleza de los bienes (artículo 1682).

Se prevé la sujeción directa de la propiedad fiduciaria a las normas que contienen este capítulo del Libro Tercero y las que correspondan a la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido.

Cuando se trate de cosas, hablamos de dominio fiduciario (artículos 1701 al 1707); cuando se trate de otros bienes se denomina propiedad fiduciaria.

Se aplican las normas correspondientes a la naturaleza de los bienes: dominio, cesión de créditos, etcétera.

4.2.4.1. Efectos frente a terceros. Artículo 1683:

El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos.

En el caso de cosas registrables (v. g.: inmuebles, automotores, etc.), la transmisión fiduciaria es oponible a terceros interesados de buena fe cuando se cumple con la inscripción en el Registro o la tradición.

4.2.4.2. Registración de la propiedad fiduciaria

Registración. Bienes incorporados. Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

Excepto estipulación en contrario del contrato, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes (artículo 1684).

Se menciona expresamente a la subrogación real, o sea que aquellos bienes que se incorporen al patrimonio fiduciario, o que reemplacen a otros, siguen su misma suerte. También se aclara con el fin de hacer las operaciones más transparentes, que cuando el fiduciario utilice recursos del patrimonio separado para adquirir bienes, deberá dejar constancia de ello en el título y, en su caso, en el Registro.

4.2.4.3. Patrimonio separado. Responsabilidad

Patrimonio separado. Seguro. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario.

Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos del artículo 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos (artículo 1685).

Se suprime la posibilidad de que la responsabilidad objetiva se limite al “valor de la cosa”, como preveía el régimen anterior. Se obliga al fiduciario a contratar un seguro, y se regula las consecuencias de no hacerlo, o hacerlo de manera incompleta. Si el fiduciario no cumple adecuadamente esta obligación, será responsable frente a la víctima del daño que cause, y también frente a las partes del contrato de fideicomiso, por no haber cumplidos sus funciones con la diligencia esperada.

4.2.4.4. Protección del patrimonio separado

Acción por acreedores. Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco pue-

den agredir los bienes fideicomitidos los *acreedores del fiduciante*, quedando a salvo las acciones por fraude y de ineficacia concursal. Los *acreedores del beneficiario y del fideicomisario* pueden subrogarse en los derechos de su deudor (artículo 1686).

Se mantiene la separación patrimonial que caracteriza la figura.

Deudas. Insuficiencia. Del fideicomiso. Liquidación judicial

Deudas. Liquidación. Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos. Tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de éstos.

Lo dispuesto en este artículo no impide la responsabilidad del fiduciario por aplicación de los principios generales, si así corresponde.

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente (artículo 1687).

Se mantiene el fideicomiso fuera del régimen del concurso y la quiebra; pero, en respuesta a las críticas de la doctrina, el artículo da solución a la problemática que produce el régimen extrajudicial de liquidación del patrimonio fiduciario insuficiente.

En armonía con la jurisprudencia dispone que,

[...] a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

Es una solución intermedia entre el régimen derogado extrajudicial extremo y la incorporación lisa y llana del fideicomiso como sujeto pasible de concurso o quiebra. Esta solución resulta compa-

tible con las características de multifuncionalidad de la figura como continente de una variedad casi incontable de negocios. La salida prevista por el CCC le da al juez un marco normativo integral como es el de la Ley de Concursos, que puede adaptar funcionalmente a las circunstancias del caso concreto, sin tener que sujetarse enteramente a la rigidez del sistema falencial.

Bien se puede decir que, para un instituto caracterizado por su flexibilidad, el CCC establece una vía de liquidación normada que también puede tener esa característica.

4.2.5. Disposición y gravámenes

Actos de disposición y gravámenes. El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario.

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

Si se nombran varios fiduciarios, se configura un condominio en función de lo previsto en el artículo 1674, los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario, y ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso. Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma (artículo 1688).

Se incorpora al fideicomisario, entre los que pueden prestar el consentimiento a los actos de disposición. Pueden ser insertas en el contrato y son válidas las limitaciones a las facultades del fiduciario —hasta las cláusulas de no enajenar—, con su excepción en el ámbito del fideicomiso.

Se prevé expresamente que puedan ser más de uno los fiduciarios, supuesto en el que se generará una comunidad o condominio si se trata de cosas. En tal caso, aplicando las reglas generales del condominio (artículo 1990), los actos de disposición deben ser otorgados por todos ellos conjuntamente. Si no se respeta esta disposición, el acto será inoponible a los restantes cotitulares,

salvo que se hubiere pactado lo contrario. También procura el texto evitar que un condómino transmita o grave su parte indivisa. A su vez, dispone que ninguno de ellos puede solicitar la partición, de modo que hay una indivisión forzosa.

Se establece que el acto de disposición realizado por el fiduciario a favor de un tercero queda a salvo. Obviamente, si hubo alguna irregularidad, el tercero no se verá alcanzado siempre y cuando sea de buena fe y a título oneroso.

Acciones

El fiduciario está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.

El juez puede autorizar al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo haga sin motivo suficiente (artículo 1689).

El fiduciante y el fideicomisario también pueden ser sujetos pasivos de la acción del fiduciario destinada a defender los bienes fideicomitidos.

Se habilita al fideicomisario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, equiparándolo con el fiduciante y el beneficiario únicos.

4.2.6. Extinción del fideicomiso. Causales. Efectos

Causales. El fideicomiso se extingue por:

- a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se ha sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) la revocación del fiduciante, si se ha reservado expresamente esa facultad; la revocación no tiene efecto retroactivo; la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda;
- c) cualquier otra causal prevista en el contrato (artículo 1697).

Efectos. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que corresponden (artículo 1698).

4.2.7. Fideicomiso testamentario. Reglas. Mejora. Invalidez

Reglas aplicables. El fideicomiso también puede constituirse por testamento, el que debe contener, al menos, las enunciaciones requeridas por el artículo 1667.

Se aplican los artículos 2448 y 2493²³ y las normas de este Capítulo; las referidas al contrato de fideicomiso deben entenderse relativas al testamento.

En caso de que el fiduciario designado no acepte su designación se aplica lo dispuesto en el artículo 1679.

El plazo máximo previsto en el artículo 1668 se computa a partir de la muerte del fiduciante (artículo 1699).

El artículo 1700 dice:

Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

El fideicomiso testamentario puede ser una herramienta sumamente útil para la protección del patrimonio familiar y para el sostenimiento de la familia. Mayor aún es su utilidad cuando hay herederos incapaces, que el testador procura beneficiar y proteger.²⁴

²³ Artículo 2448. *Mejora a favor de heredero con discapacidad.* El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Artículo 2493. *Fideicomiso testamentario.* El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8, Capítulo 30, Título 4 del Libro 3. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

²⁴ Destacamos que el artículo 2445 del CCC disminuye las porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes

4.2.8. Dominio fiduciario

Dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley (artículo 1701).

Son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos 1 y 3 del Libro 4 de este Código (artículo 1702).

En definitiva, el dominio fiduciario es un supuesto de dominio imperfecto. Por ello repetimos que este Capítulo debiera estar en el Libro 4, en el Capítulo dedicado al dominio imperfecto (Capítulo 3).

Excepciones a la normativa general. El dominio fiduciario hace excepción a la normativa general del dominio y, en particular, del dominio imperfecto, en cuanto es posible incluir en el contrato de fideicomiso las limitaciones a las facultades del propietario contenidas en las disposiciones del Capítulo 30 y del presente Capítulo (artículo 1703).

Como dijimos, se regula una excepción a los principios generales, ya que se permite la inclusión de cláusulas de no enajenar o gravar, limitando las facultades del fiduciario, que es un dueño al fin como analizamos al estudiar el artículo 1688.

Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas (artículo 1704).

Esta norma es consecuencia y repetición de lo establecido en el artículo 1688, que le otorga al fiduciario la facultad de disponer y gravar, cuando lo requieran los fines del fideicomiso. Podría suce-

de un medio y la del cónyuge de un medio. Por otro lado, en el caso de descendientes y también de descendientes con discapacidad, el artículo 2448 permite que mediante un fideicomiso se los mejore en otro tercio, haciendo una excepción a los principios generales. Se trata de un reclamo de la doctrina que aquí encuentra respuesta. Otra novedad es que se dice que el fiduciario es "heredero o legatario". Y el artículo 1700 expresa claramente la prohibición de la "sustitución fideicomisaria".

der que el fiduciario realizara algún acto de disposición sin que lo requieran los fines del fideicomiso. Tal acto, si bien en principio sería nulo, lo cierto es que deberá ser mantenido si el adquirente es de buena fe y a título oneroso. Por aplicación de los principios generales, si no es factible reclamarle al tercero, el dinero que se hubiere obtenido entra al patrimonio fideicomitado por subrogación real y, además, el fiduciario será responsable frente a las partes del daño que hubiere causado.

Irretroactividad

La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso (artículo 1705).

En consecuencia de las normas anteriores, vemos la principal diferencia del dominio fiduciario y el revocable. En este último la resolución opera con efecto retroactivo (ver artículos 1966/7 CCC).

4.2.9. Readquisición del dominio perfecto

Según el artículo 1706:

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

En consecuencia, si se extingue el fideicomiso, para que el fideicomisario o quien tenga derecho a la cosa adquiera el dominio, no es necesaria la tradición, ya que el fiduciario se convierte automáticamente en tenedor: se trata de un supuesto de *constituto posesorio* encuadrable en el artículo 1892.

La palabra "readquisición" está mal utilizada, ya que el fideicomisario adquirirla por primera vez. Sería correcta únicamente en el caso de que el fideicomisario fuera el fiduciante o de sus herederos.

Respecto de la registración requerida en cuanto a las cosas registrables: a) en el caso de la inscripción registral constitutiva (v. g.: automotores), se hace necesaria la inscripción para la "readqui-

sición"; b) en los demás casos se requiere también la inscripción registral, pero sólo a efectos de publicidad.

Efectos

El artículo 1707 dice:

Cuando la extinción no es retroactiva, son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario. Si la extinción es retroactiva, el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.

Se repiten conceptos. La extinción será retroactiva si el fiduciario enajenó la cosa sin que lo requieran los fines del fideicomiso, o mediando una prohibición, y el tercero carece de buena fe y título oneroso.

Con lo dicho concluimos que:

1. En el CCC se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención, que debe evitar cualquier conflicto de intereses, y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes.
2. Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía.
3. Se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial.
4. Se determina la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil.
5. Se pueden incorporar limitaciones contractuales a las facultades del fiduciario, y se prevén sus efectos con respecto a terceros contratantes con el fideicomiso.
6. Entre las facultades reconocidas al fiduciario, está la de la disposición de los bienes *salvo prohibición expresa*. Las limitaciones deberán surgir expresamente del contrato de fideicomiso, ser transcritas en la escritura traslativa de dominio fiduciario, y publicitadas en el Registro de la Propiedad Inmueble y de bienes registrables.
7. Son obligaciones del fiduciario: a) Cumplir las obligaciones impuestas con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada; b) Ejercer la propiedad fiduciaria en las condiciones pactadas; c) rendir cuentas de su gestión periódicamente; d) Mantener la separación patri-

monial entre los bienes propios y los que tenga en propiedad fiduciaria, e) Ejercer las acciones patrimoniales que correspondan, para la defensa de los bienes fideicomitidos y el cumplimiento de los fines encomendados; f) No renunciar intempestivamente; g) Transferir a su destinatario los bienes fideicomitidos cuando se extinga el fideicomiso; h) Liquidar el fideicomiso en caso de insuficiencia patrimonial para atender las obligaciones propias; i) No adquirir para sí los bienes fideicomitidos; j) Emitir los títulos valores en los fideicomisos financieros; k) Cumplir los recaudos de los organismos de contralor del mercado de valores, en el fideicomiso público y en el financiero.

8. Las obligaciones impuestas las debe cumplir con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza en él depositada.

9. El fiduciario es responsable de los daños causados al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, derivados de la inejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso.

5. Extensión del dominio: subsuelo y espacio aéreo, tesoros, minas, aguas subterráneas y yacimientos arqueológicos

La propiedad del suelo comprende, como principio, a los objetos que se incorporen a él, con las excepciones de los derechos de propiedad horizontal y superficie. ("El dominio se extiende desde el cielo hasta el infierno", según la antigua y conocida máxima).

Siguiendo el principio de *superficie solo cedit*, la extensión material comprende los objetos que forman un todo con ella o con sus accesorios.

Existe la presunción *iuris tantum* de que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, y la presunción *iuris et de iure*, que con la excepción de la propiedad horizontal y la superficie, ellas pertenecen al dueño del suelo.

El artículo 1945 dice:

El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

Así, el caso de cosas que natural o artificialmente estén adheridas al suelo; los frutos, cuando aún no han sido separados y los productos.

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo en la medida en que su aprovechamiento sea posible y respetando los normas especiales que analizaremos al ocuparnos de los límites al dominio.

En cuanto al subsuelo, se mantienen limitaciones referentes a los tesoros y las minas según su régimen especial y el Código de Minería (t. o. decreto 456/97 con la modificación de la ley 25.225).

6. Facultades materiales y jurídicas del dueño

Al titular del dominio le corresponde el uso, goce y disposición material y jurídica del objeto de su derecho (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*).

Y aunque el derecho de dominio es, entre los derechos reales, el que concede mayor cantidad de facultades sobre su objeto, es incontestable que el derecho de usar y disponer de la propiedad, como todo otro derecho, está condicionado por las leyes que reglamentan su ejercicio; bien que éstas no pueden alterarlo.

Desde otro ángulo, cabe señalar que el dominio debe ser ejercido "regularmente", puesto que, como lo dispone el artículo 10,

la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El Estado tiene potestades de intervención administrativa de contralor y jurisdicción en función del poder de policía. Entendemos que los límites no son incompatibles con los caracteres de plenitud y exclusividad que se reconocen al derecho del propietario. La plenitud sirve para diferenciar la propiedad de los derechos

menores sobre las cosas (usufructo, servidumbre, etc.); la exclusividad implica que el propietario ejerce su derecho excluyendo el concurso de otro titular. Pero estos dos caracteres presuponen la propiedad como es, o sea, como derecho limitado. Del mismo modo, la plenitud y la exclusividad se reafirman frente a las pretensiones de los otros particulares de modo que pueden coexistir con las limitaciones de la propiedad por necesidades de orden social, porque operan en ámbitos completamente separados.

Existen límites a la facultad de disposición jurídica que se manifiestan por el sistema de número cerrado de los derechos reales, así como restricciones a la libre disposición jurídica del dominio en las denominadas cláusulas de inalienabilidad.

No se pierda de vista que el dominio de un inmueble plantea el problema de su delimitación, de hasta dónde llegan los derechos del dueño, en superficie, altura y profundidad.²⁵ Las funciones de contralor del Estado se extienden a la verificación del cumplimiento de los indicadores urbanísticos, como el mantenimiento de los espacios verdes; de los espacios circulatorios; la realización de las obras de infraestructura; o los factores o coeficientes de uso y edificación y las cuestiones ambientales.²⁶ Al estudiar los límites al dominio nos ocuparemos del tema y allí nos remitimos para su desarrollo.

7. Adquisición del dominio: modos originarios y derivados

Los modos de adquisición del dominio son los hechos o actos de los que puede resultar la adquisición de este derecho real.

²⁵ Los límites a la conducta del titular regulados en el derecho de fondo al fijar los límites al dominio, nos remiten a las normas de Derecho Administrativo. Los límites del inmueble están dados por: 1) en superficie, 2) en altura: en líneas imaginarias perpendiculares, paralelas a los límites de su superficie hasta alcanzar el plano límite del dominio público del Estado sobre el espacio aéreo que se determina por el límite del máximo aprovechamiento razonable del inmueble. 3) en el subsuelo: en líneas imaginarias trazadas desde los límites de su superficie hasta el centro de la tierra hasta alcanzar el dominio del Estado. Sea este dominio público en el caso de las aguas subterráneas o dominio privado en las minas de primera y segunda categoría. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas, u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio.

²⁶ Acquarone, M. T., *op. cit.*, *loc. cit.*

El dominio se adquiere por apropiación, transformación y accesión, por tradición, por percepción de frutos, por la sucesión en los derechos del propietario y por la prescripción adquisitiva.

La doctrina clasifica los modos de adquisición originarios y derivados.

El modo de adquisición originario ocurre cuando el dominio nace en cabeza del adquirente, sin atención al derecho del anteceesor. La adquisición originaria no tiene limitaciones salvo las que surjan de la propia ley.

El modo de adquisición derivada ocurre cuando es recibida por un propietario anterior en virtud de un acto jurídico causal, que determina la transmisión del dominio, y en consecuencia es adquirido con las limitaciones que aquél tenía (artículo 399 CCC).

Son modos originarios: la apropiación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva.

Son modos derivados: la tradición, la sucesión.

El CCCN regula sólo los modos especiales de adquisición del dominio en el Capítulo 2 del Título 3 del Libro 4, y ellos son: la apropiación, la transformación, y accesión de cosas muebles y de cosas inmuebles.

La tradición, la prescripción adquisitiva, la sucesión por causa de muerte, y percepción de frutos, se regulan en los artículos 1050, 1897 a 1899, 1924, 1925, 1934, 1935, 1937, y los supuestos de adquisición legal se enumeran en el artículo 1894, analizados en los capítulos 2, 3 y 13 de este libro.

7.1. Apropiación

El capítulo 2, sección 1ª, Título 3, del Libro 4 regula a la apropiación.

El artículo 1947 dice:

El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño se adquiere por apropiación.

a) son susceptibles de apropiación:

- i) las cosas abandonadas;
- ii) los animales que son el objeto de la caza y de la pesca;
- iii) el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos;

b) no son susceptibles de apropiación:

- i) las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario;

ii) los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno;

iii) los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos;

iv) los tesoros.

La apropiación exige la aprehensión²⁷ de una cosa susceptible de ser apropiada, hecha por una persona capaz con intención de adquirir.

Son susceptibles de apropiación las cosas sin dueño o abandonadas por sus dueños. Generalmente son cosas de escaso valor económico.

Los inmuebles quedan excluidos de este modo de adquisición.

Respecto de los animales que son objeto de caza o pesca, son tratados específicamente en las normas especiales del CCC que analizaremos.

Se incluye el agua pluvial que caiga o corra por lugares públicos, o sea el agua que proviene de la lluvia y que cae en el fundo inmediatamente o mediatamente siguiendo la inclinación del terreno.

No son susceptibles de apropiación las cosas perdidas; los animales domésticos, aunque escapen e ingresen a inmuebles ajenos, los domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos, y los tesoros.

Caza

Según el artículo 1948:

El animal salvaje o el domesticado que recupera su libertad natural, pertenece al cazador cuando lo toma o cae en su trampa. Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro la tome o caiga en su trampa.

Pertenece al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita.

²⁷ El artículo 2374 del Código de Vélez se refería así a la aprehensión: "la aprehensión debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla". Este concepto resulta aplicable bajo el nuevo régimen.

No importa a los fines de la adquisición, si el animal ha muerto o fue herido por cazador. Si éste lo persigue en caso de estar herido nadie puede tomarlo.

Se suprimió la norma del Código Civil de Vélez Sarsfield que hacía referencia a los lugares en los que se podía cazar.

Se incluye al animal domesticado que recupera su libertad natural como objeto de apropiación y, como en el Código Civil de Vélez Sarsfield, se ha considerado que la adquisición se produce recién cuando el animal es tomado por el cazador o bien cuando ha caído en sus trampas.

Pesca

El artículo 1949 dice:

Quien pesca en aguas de uso público, o está autorizado para pescar en otras aguas, adquiere el dominio de la especie acuática que captura o extrae de su medio natural.

La norma se refiere a especie acuática, lo que comprende a peces, moluscos, crustáceos, y plantas acuáticas.

La adquisición ocurre cuando alguna de estas especies es capturada o extraída de su medio natural.

Debe tenerse presente la ley 24.922 sobre Régimen Federal de pesca (publicada en el Boletín Oficial del 12 de enero de 1998). Regula el Dominio y jurisdicción. Ámbito y autoridad de aplicación. Consejo Federal Pesquero. Investigación. Conservación, Protección y Administración de los Recursos Vivos Marinos. Régimen de pesca. Excepciones a la reserva de pabellón nacional. Tratados internacionales de pesca. Tripulaciones. Registro de la Pesca. Fondo Nacional Pesquero. Régimen de infracciones y sanciones.

Enjambres

El artículo 1950 dice:

El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste.

El derecho del dueño del enjambre le permite perseguir a las abejas a través de inmuebles ajenos, con la obligación de indemnizar si ocasionan un daño. Si no los persigue o cesa en su intento pierde el dominio y puede ser apropiado y si se incorporan a otro enjambre es del dueño de éste.

Adquisición de un tesoro

La sección 2ª del Capítulo 2 del Título 3 del Libro 4 regula la adquisición de los tesoros.

¿Qué es un tesoro?

Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación (artículo 1951).

Debe tratarse de una cosa mueble con individualidad propia, valiosa, oculta o enterrada o escondida en un inmueble o en otra cosa mueble.

Quedan excluidas las cosas accesorias del inmueble, las minas de oro, plata y demás minerales el suelo; los objetos que se encuentran en una sepultura de restos humanos.

El tesoro tiene dueño, aunque no sea conocido. Debe haber sido enterrado u ocultado con el propósito de no ser hallado y así, quien lo ocultó puede recuperarlo.

No debe haber indicios de quién pudo ser el dueño para que el hallador adquiera el dominio por apropiación.

El descubridor

Es descubridor del tesoro el primero que lo hace visible, aunque no sepa que es un tesoro. El hallazgo debe ser casual. Sólo tienen derecho a buscar tesoro en objeto ajeno los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, con excepción de la prenda (artículo 1952).

La casualidad del hallazgo excluye la búsqueda, deliberada, consentida o autorizada por el propietario del inmueble. Si ello ocurre el dueño lo será el del inmueble.

Igual criterio rige en caso que lo encuentre un obrero a quien el propietario autoriza a hacer las excavaciones con el objeto de buscar el tesoro.

El Código mantiene el criterio del Código Civil de Vélez Sarsfield “el primero que lo hace visible” ya que considera descubridor del tesoro a éste, aunque no sepa que es un tesoro.

Derechos del descubridor

Si el tesoro es descubierto en una cosa propia, el tesoro pertenece al dueño en su totalidad.

Si es parcialmente propia, le corresponde al descubridor la propiedad de la mitad como descubridor y, sobre la otra mitad, la proporción que tiene en la titularidad sobre la cosa.

Si el tesoro es descubierto casualmente en una cosa ajena, pertenece por mitades al descubridor y al dueño de la cosa donde se halló.

Si lo descubre el usufructuario, usuario, habitador, anticresista, titular de servidumbre afirmativa, poseedor legítimo o no, la mitad es de éste y la otra del propietario. Si es un tercero corresponde también por mitades con el dueño del inmueble.

Los derechos del descubridor no pueden invocarse por la persona a la cual el dueño de la cosa le encarga buscar un tesoro determinado, ni por quien busca sin su autorización. Pueden ser invocados si al hallador simplemente se le advierte sobre la mera posibilidad de encontrar un tesoro (artículo 1953).

Búsqueda por el propietario de un tesoro

Cuando alguien pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio; debe designar el lugar en que se encuentra, y garantizar la indemnización de todo daño al propietario. Si prueba su propiedad, le pertenece. Si no se acredita, el tesoro pertenece íntegramente al dueño del inmueble (artículo 1954).

Puede suceder que una persona se presente afirmando ser el propietario del tesoro, lo que se trataría de la reivindicación de una cosa que se considera propia. Quien alega la propiedad puede emprender la búsqueda aun cuando no cuente con el consentimiento

del dueño del inmueble. Para que proceda así, deberá indicar con precisión el lugar donde se halla el objeto y garantizar al propietario la indemnización por los daños que pueda ocasionar.

No obstante, si el dueño del inmueble no le permite el ingreso para realizar los trabajos de excavación u otros necesarios, quien se dice propietario interesado de un tesoro, debe pedir autorización judicial.

El propietario del tesoro debe probar (por cualquier medio) la propiedad de éste y si no lo hiciera el tesoro le pertenece al dueño del inmueble, ya que al primero no le corresponde la porción que se adjudica al hallador casual.

El Código no contempla el supuesto de que el tesoro estuviere dentro de una cosa mueble (por ejemplo, en el cajón de un escritorio). Resulta a nuestro entender aplicable el mismo régimen que en el caso de los inmuebles.

Régimen de cosas perdidas

La sección 3 del Capítulo 2 del Título 3 regula sobre las cosas perdidas, ajeno a toda idea de apropiación, ya que se expresa en el artículo 1947, que “no son susceptibles de apropiación”. Ello así porque tienen dueño.

Se ha resuelto que, para que exista “cosa perdida” son necesarios dos requisitos: el *objetivo o material*, reflejado en el hecho de que la cosa se encuentre expuesta a las miradas de todos y accesible a cualquiera, pero que no es el lugar destinado a conservarla; y el *subjetivo*, consistente en la negligencia o descuido del titular, pero que excluye la idea de renunciar a los derechos sobre ella.²⁸ No interesa la causa de la pérdida: tanto da que ella se deba a un caso fortuito como a la negligencia del propietario; lo que resulta relevante es que no haya mediado su voluntad.

En cambio la cosa es abandonada por su dueño, cuando media un acto voluntario en el sentido de desprendimiento.

No resulta fácil determinar cuando la cosa es abandonada o perdida. Por ello el CCC acude a la presunción de considerarla perdida y no abandonada, si es de algún valor, excepto prueba en contrario (artículo 1947, inciso b, ap. 1, p. 2).

²⁸ CNCiv., sala D, ED-6-335.

Hallazgo de la cosa perdida

El artículo 1955 se refiere al *hallazgo de la cosa perdida*.

El que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace, asume las obligaciones del depositario a título oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez.

Cuando una persona encuentra una cosa perdida puede optar por tomarla o no.

De hacerlo, desde que la aprehende responde como un depositario a título oneroso, y debe cumplir con el procedimiento indicado en la norma y restituirla a quien tenga derecho sobre ella.

Si no lo hiciera, pierde el derecho de recompensa y además el resarcimiento de los gastos de aprehensión y conservación de la cosa hallada.

Si desconociera quién es el dueño, debe entregar la cosa a la policía del lugar, para que mediante proceso legal con intervención del juez, se logre dar a conocer el hallazgo.

Recompensa y subasta

La restitución de la cosa a quien tiene derecho a reclamarla debe hacerse previo pago de los gastos y de la recompensa. Si se ofrece recompensa, el hallador puede aceptar la ofrecida o reclamar su fijación por el juez. Sin perjuicio de la recompensa, el dueño de la cosa puede liberarse de todo otro reclamo del hallador transmitiéndole su dominio (artículo 1956).

Queda claro que el hallador tiene derecho a la recompensa por el hallazgo así como al resarcimiento de los gastos realizados.

El dueño de la cosa puede liberarse haciendo abandono traslativo a favor del hallador.

No se establece regla sobre el monto de la recompensa. Podrían llegar a un acuerdo hallador y propietario y, en caso contrario, el monto lo fijará el juez según las circunstancias del caso.

Si se desconoce quién es el dueño el juez debe ordenar la publicación de edictos.

Transcurridos seis meses *sin que se presente quien tiene derecho a reclamarla*, la cosa debe venderse en subasta pública.

La norma señala un plazo de seis meses después de la publicación para que en caso de no presentarse el dueño, se subaste la cosa. Pero la venta puede anticiparse si la cosa es perecedera o de conservación costosa.

Una vez subastada, el producido se deposita a la orden del juez y, deducidos los gastos generados por ese acto y el monto de la recompensa, así como los gastos realizados por el hallador, si queda un remanente pertenece a la ciudad o municipio en que se halló la cosa perdida.

7.2. Adesión y transformación de cosas muebles**7.2.1. Transformación de cosas muebles**

Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, sólo debe el valor de la primera.

Si la transformación se hace de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiere tener la cosa en su nueva forma; en este caso debe pagar al transformador su trabajo o el mayor valor que haya adquirido la cosa, a su elección.

Si el transformador es de buena fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia es dueño de la nueva especie; en este caso debe pagar al transformador su trabajo; pero puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión.

Si el transformador es de mala fe, y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la cosa puede optar por reclamar la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo; o abdicarla con indemnización del valor de la materia y del daño (artículo 1957).

Se trata de un modo de adquisición del dominio por el cual una persona, utilizando una materia que no le pertenece, realiza un trabajo y de la ejecución de ese trabajo resulta un nuevo objeto. Juega exclusivamente respecto de cosas muebles.

A fin de dilucidar los distintos supuestos se debe tener en cuenta: la buena o mala fe del transformador y si la nueva cosa es o no susceptible de volver a su estado anterior.

Si la nueva cosa no fuera susceptible de volver a su estado anterior y el transformador fuere de buena fe y, con su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hiciera la nueva cosa con la intención de adquirirla, dicho transformador adquiere el dominio de la nueva cosa. Este es el único supuesto en que el especificador adquiere la propiedad de la cosa nueva, sin importar la voluntad del dueño, debiendo abonarle a éste el valor de la materia.

Si la cosa puede volver al estado anterior y el transformador es de buena fe, el dueño de la materia es el dueño de la nueva especie y debe pagar al transformador su trabajo, aunque puede optar por exigir el valor de los gastos de la reversión del objeto.

Si la transformación se hace de mala fe y la cosa transformada es reversible a su estado anterior, el dueño de la antigua cosa puede optar por quedarse con la cosa nueva sin pagar nada al que la hizo o renunciar a ella, y reclamar el valor de la materia y la indemnización del daño.

Si la transformación es de mala fe y la cosa no es reversible a su estado anterior, el dueño de la materia o de la antigua cosa puede optar entre reclamar la indemnización de todo daño o quedarse con la nueva cosa. Si opta por esto último habrá de compensar al transformador, pero la ley lo autoriza a elegir entre pagar el trabajo al transformador o pagarle el mayor valor adquirido por la cosa.

7.2.2. *Accesión de cosas muebles*

El artículo 1958 dice:

Si cosas muebles de distintos dueños acceden entre sí sin que medie hecho del hombre y no es posible separarlas sin deteriorarlas o sin gastos excesivos, la cosa nueva pertenece al dueño de la que tenía mayor valor económico al tiempo de la accesión. Si es imposible determinar qué cosa tenía mayor valor, los propietarios adquieren la nueva por partes iguales.

La accesión de una cosa mueble a otra puede realizarse por adjunción, mezcla o confusión.

Los requisitos para que funcione son: a) que las cosas unidas pertenezcan a distintos propietarios; b) que no medie hecho del hombre (de lo contrario se trataría de una transformación). Si fuera por la culpa de uno de los dueños que se hubiera generado la unión, a éste le corresponderá cargar con todos los gastos de la eventual separación; c) que no puedan separarse las cosas unidas o no pudieran serlo sin sufrir deterioros o la separación insumiera costos excesivos. De lo contrario, cualquiera de los dueños puede solicitar su separación, cargando cada uno con los gastos de la reparación en proporción al valor que tenga cada una de las cosas separadas luego de la separación.

La cosa nueva pertenece al dueño de la que tenía mayor valor económico al tiempo de la accesión. Si fuera imposible determinar qué cosa tenía mayor valor, se crea un condominio entre los dos dueños por partes iguales.

7.2.3. *Accesión de inmuebles. Aluvión, avulsión, construcción, siembra y plantación. Régimen de tierras aluvionales*

La accesión de cosas inmuebles se regula en la Sección 5, Capítulo 2, Título 3, Libro 4, y ocurre por aluvión, avulsión, construcción siembra y plantación.

El artículo 1959 dice:

Aluvión. El acrecentamiento paulatino e insensible del inmueble confinante con aguas durmientes o corrientes que se produce por sedimentación, pertenece al dueño del inmueble. No hay acrecentamiento del dominio de los particulares por aluvión si se provoca por obra del hombre, a menos que tenga fines meramente defensivos.

No existe aluvión si no hay adherencia de la sedimentación al inmueble. No obsta a la adherencia el curso de agua intermitente.

El acrecentamiento aluvional a lo largo de varios inmuebles se divide entre los dueños, en proporción al frente de cada uno de ellos sobre la antigua ribera.

Se aplican las normas sobre aluvión tanto a los acrecentamientos producidos por el retiro natural de las aguas, como por el abandono de su cauce.

Se trata de un modo de adquisición del dominio que deriva de la obra de la naturaleza, debido a que el límite de las aguas no es

invariable, sino que avanza o se retira. Juega cuando se produce un acrecentamiento de tierra por efecto de las aguas, en forma lenta, paulatina, insensible.²⁹

La adquisición ocurre cuando se ha producido la adherencia material permanente de la sedimentación al inmueble en forma completa. La existencia de un curso de agua intermitente no obsta a que se la considere adherida; pero si la sedimentación se halla separada por un curso de agua continuo no se produce la adquisición (existirá tal vez una isla o porción de tierra contigua al fundo, pero no se producirá su adquisición).

Una vez adherida, la adquisición de la sedimentación se produce de pleno derecho y automáticamente, por el resultado de la obra de la naturaleza y no es necesario que el propietario ribereño realice actos posesorios o de ocupación sobre la porción de tierra que se ha acrecentado.³⁰

Si el acrecentamiento se produce a lo largo de varios inmuebles, éste se divide entre los propietarios en proporción al *frente* de cada uno de ellos sobre la antigua ribera, sin considerar la profundidad de los fundos.

El aluvión no comprende el supuesto de que el acrecentamiento se haya debido a un hecho del hombre ("tierras ganadas al río", por ejemplo).

Se produce respecto de inmuebles linderos con aguas corrientes (sin distinción entre navegables o no navegables) o durmientes (lagos o lagunas).³¹

El aluvión puede tener lugar por acarreo o por abandono.

El *aluvión por acarreo* es el contemplado en el primer párrafo del artículo 1959.

El *aluvión por abandono* puede presentarse: a) cuando el río se recuesta sobre la orilla opuesta, dejando al descubierta la otra (se denomina *alveus exsiccatus*); b) cuando el río no corre más por un determinado cauce, dejándolo totalmente abandonado, sea porque

²⁹ Vélez decía que los linderos pueden unas veces perder y es justo que otras puedan por las mismas causas ganar (nota al artículo 2572 Código Civil de Vélez Sarsfield).

³⁰ Conf. Corte Suprema Justicia Nación, 19.3.1981. Fallos: 303:430.

³¹ El Código Civil de Vélez Sarsfield limitaba el supuesto a los casos de ríos navegables y no incluía a las aguas durmientes.

comenzó a correr por otro cauce o porque se secó (se denomina *alveus derelictus*, *cauce seco*, *cauce viejo* o "madrejón").³²

El Código comprende ambos casos en su último párrafo, al decir que

se aplican las normas sobre aluvión a los acrecentamientos producidos por el retiro natural de las aguas, como por el abandono de su cauce.

Cauce del río

No constituye aluvión lo depositado por las aguas que se encuentran comprendidas en los límites del cauce del río determinado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias (artículo 1960)

Ello es así porque esta sedimentación forma parte del río. La norma guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 235, inciso c). En efecto, el artículo 235 dice que

se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

Avulsión

El acrecentamiento del inmueble por la fuerza súbita de las aguas que produce una adherencia natural pertenece al dueño del inmueble. También le pertenece si ese acrecentamiento se origina en otra fuerza natural.

Si se desplaza parte de un inmueble hacia otro, su dueño puede reivindicarlo mientras no se adhiera naturalmente. El dueño del otro inmueble no tiene derecho para exigir su remoción, mas pasado el término de seis meses, las adquiere por prescripción.

Cuando la avulsión es de cosa no susceptible de adherencia natural, se aplica lo dispuesto sobre las cosas perdidas.

³² El Código Civil de Vélez Sarsfield no contemplaba el caso del *alveus derelictus*, aunque ha ocurrido en nuestro país (ej.: caso del Río Dulce en el año 1825 —citado por Lafaille—, el que dejó su cauce para correr a varias leguas de distancia).

Mientras que en el aluvión el acrecentamiento se produce por la acción insensible, lenta y paulatina de las aguas, en la avulsión se origina en una fuerza súbita. Por esa fuerza súbita de las aguas derivada de causas naturales (deshielos, lluvias, etc.), éstas producen el desplazamiento de una cosa susceptible de adherencia natural (como arena, porciones de terreno o plantas) desde un fundo a otro fundo inferior o superior o situado en la orilla opuesta, y la une a éste –por adjunción o superposición–, produciendo su acrecentamiento y la adquisición del dominio por parte del titular de dicho fundo si concurren las condiciones establecidas por la ley.

Cabe señalar que: a) se aplica el mismo régimen si el desprendimiento se produce por otra fuerza natural (ej.: un tornado); y b) cuando la cosa no es susceptible de adherencia natural (por ej. si el agua arrastrara un arado o una mesa), no se aplica el régimen de la avulsión sino el de las cosas perdidas.

La parte desplazada de un inmueble a otro puede ser reivindicada por el propietario del primero, si fuera reconocible y pudiera acreditarse su propiedad, mientras no se hubiera adherido naturalmente al otro inmueble o se hubiera consumado la prescripción. Si ello hubiera ocurrido, el dueño del terreno donde hubiera ido a parar la cosa habría adquirido su dominio, perdiéndolo el anterior. La recuperación sólo se produce por vía judicial y no por mano propia.

Esta acción reivindicatoria puede ser ejercida durante seis meses, al cabo de los cuales, el dueño del otro fundo la adquiere por prescripción –si antes no se hubiera producido la adherencia natural–. Entretanto, el dueño del inmueble al que hubieren ido a parar las cosas desprendidas, no puede exigir su remoción.³³

No hay coincidencia acerca de si quien recupera la cosa debe indemnizar los daños que cause el retiro; algunos se pronuncian por la afirmativa, por aplicación de los principios generales o porque, de lo contrario, quien recibió las cosas en su predio vendría a sufrir a sus expensas la recuperación; otros sostienen que nada se debe resarcir, pues se trata de un riesgo inherente a los fundos ribereños; otros opinan que sólo deben indemnizarse los perjuicios

³³ Es la denominada “acción interrogatoria”, que alguna doctrina consideraba que asistía a este propietario y que el nuevo Código descarta. Véase Mariani de Vidal, M., *Derechos reales, op. cit.*, vol. 1, pp. 331/332.

cios resultantes del ejercicio irregular del derecho al retiro (artículo 12 CCCN).³⁴

Construcción, siembra y plantación

Si el dueño de un inmueble construye, siembra o planta con materiales ajenos, los adquiere, pero debe su valor. Si es de mala fe también debe los daños.

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor valor adquirido. Si el tercero es de mala fe, el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y del daño.

Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en inmueble ajeno, quien efectúa el trabajo o quien provee los materiales no tiene acción directa contra el dueño del inmueble, pero puede exigirle lo que deba al tercero (artículo 1962)

La construcción, siembra o plantación constituyen casos de accesión artificial, ya que se producen por obra del hombre, a diferencia de la avulsión y el aluvión.

En virtud del *principio de accesión*, consagrado en el artículo 1945 del CCCN, en su primer párrafo, “el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”. Y el tercer párrafo dice que todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, *con excepción de lo que se dispone al regular los derechos reales de propiedad horizontal y superficie*.

En el caso del *derecho real de propiedad horizontal*, porque el terreno es parte necesariamente común, mientras que la construcción erigida sobre él reconocerá sectores que serán considerados partes comunes y otros privativos (ver los artículos 2039 a 2043).

En el supuesto del *derecho real de superficie*, porque se quiebra el *principio de accesión*, ya que permite al titular de dominio, a los

³⁴ Ver Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, op. cit.*, t. IX, pp. 390/391.

condóminos o al titular de derecho real de propiedad horizontal, dar nacimiento a este derecho, dividiendo el inmueble en planos, y así el superficiario puede construir, plantar o forestar en suelo ajeno haciendo propio lo construido, plantado o forestado (*primera modalidad de superficie*); o bien, el superficiario adquiere la propiedad de construcciones, plantaciones o forestaciones ya existentes (*segunda modalidad de superficie*). En estos casos, cuando exista plantación, forestación o construcción, existirá *propiedad superficiaria* a favor del titular de este derecho real, de modo que, mientras se mantenga su vigencia, ejercerá un *derecho real sobre cosa propia*, lo que claramente establece la excepción al principio de accesión antes mencionado. Extinguido el derecho real de superficie por vencimiento del plazo, el propietario del suelo hará suyo lo construido, plantado o forestado. Todo ello lo veremos con detalle al estudiar el derecho de superficie.

Se presentan distintos supuestos, corresponde entonces advertir que la norma no resulta sencilla de aprehender (trataremos de ordenar las distintas hipótesis):

a) Cuando una persona construye, siembre o plante *en inmueble propio con materiales ajenos*, el propietario del inmueble adquiere los materiales que con la construcción, siembra o plantación quedaron incorporados al suelo, justamente por el principio de accesión. Y, correlativamente, el dueño de los materiales pierde todo derecho sobre ellos.

La adquisición es automática si se produce la adhesión física al suelo, no si los materiales sólo están depositados en el inmueble (ej.: pila de ladrillos o bolsas de cemento), porque entonces se trataría de cosas muebles que podrían retirarse, como principio, en cualquier momento.

Mas quien construyó, plantó o sembró debe el valor de los materiales, pues de lo contrario se enriquecería a expensas de quien era dueño de éstos. Con intereses desde la fecha en que los utilizó.

Y si fuera de mala fe, tendrá además que indemnizar los daños causados, aunque igualmente adquirirá por accesión el dominio de los materiales incorporados al suelo.

La buena fe existirá si, por ignorancia o error de hecho excusable, el constructor, sembrador o plantador creyere sin duda alguna que los materiales eran propios. La mala fe, en caso contrario.

b) Si se construye, etc. *con materiales propios en terreno de otro*, este otro adquiere el dominio de los materiales incorporados al suelo (por accesión); pero debe indemnizar el mayor valor adquirido por el inmueble, sea el constructor de buena o mala fe. Se indemniza el mayor valor adquirido por el inmueble *como consecuencia de la obra ejecutada*.³⁵

b) 1) Pero *si el constructor es de mala fe*, el dueño del inmueble puede optar por exigirle que reponga a su costa las cosas a su estado anterior.

Empero, se considera que no cabe dejar absolutamente al arbitrio del dueño del inmueble decidir sobre la destrucción de obras que podrían estar dotadas de méritos económicos, artísticos, etc.; y es por eso que la norma dispone que el derecho a pedir la destrucción se frustra *si la diferencia de valor fuera importante*,³⁶ cuestión librada a la apreciación judicial.

Frustrada por el motivo indicado a pedir la destrucción, se abren para el propietario del suelo dos opciones: 1) pagar el valor de los materiales y el trabajo, conservando la obra; 2) abdicar su derecho, vale decir, transmitir el dominio del inmueble al constructor, con indemnización del valor de éste y los daños que hubiere sufrido.

Para determinar la buena o mala fe del constructor se debe recurrir al mismo criterio que se utiliza para determinar la buena o mala fe del poseedor (artículo 1918).

b) 2) No se contempla el caso de que exista *mala fe del dueño y del constructor*.

Podría aplicarse la solución del Código Civil de Vélez Sarsfield (artículo 2590), considerando que existe mala fe en el propietario del inmueble "si la obra se hiciere a su vista y ciencia y sin oposición alguna", y aplicar la solución correspondiente a la hipótesis de buena fe.

c) Si la construcción, etc., se realiza *por un tercero con materiales o trabajo ajenos y en inmueble ajeno*, ello no impide que funcione la accesión respecto del dueño del inmueble (artículo 1945);

³⁵ La prueba pericial será de rigor a fin de comparar el valor del inmueble con y sin las obras, pudiéndose así determinar el mayor valor adquirido por la finca con motivo de la incorporación llevada a cabo.

³⁶ Se debería tasar por peritos el inmueble con y sin las obras incorporadas para hallar la diferencia de valor.

pero el constructor, sembrador o plantador es responsable frente a quienes efectuaron el trabajo o proveyeron los materiales.

Más éstos carecen de acción directa contra el propietario del inmueble; no obstante, pueden exigirle lo que deba al tercero, mediante una especie de acción subrogatoria (artículo 739).

Las relaciones entre dueño del terreno y constructor, sembrador o plantador se rigen por el segundo párrafo del artículo.

Invasión de inmueble colindante

El artículo 1963 dice:

Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si éste no se opuso inmediatamente de conocida la invasión.

El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido.

Si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el juez puede rechazar la petición y ordenar la indemnización.

El Código Civil de Vélez Sarsfield no legislaba sobre un supuesto³⁷ que suele presentarse con frecuencia: *una persona edifica³⁸ en su terreno, pero asienta parte de la construcción en terreno vecino*, invadiendo parcialmente ese terreno.

La invasión puede haber obedecido a errores en la medición (mensura) del terreno o a imprecisiones de los títulos, aun cuando también puede ser deliberada, con lo que nos enfrentaríamos a un supuesto de mala fe del invasor.

El artículo 1963 del nuevo Código contempla expresamente la hipótesis y la resuelve contemplado la buena o mala fe del cons-

³⁷ Si aparece regulada, por ejemplo, en el Código Civil y Comercial Italiano de 1942 (artículo 938), en el Código Civil Alemán (artículo 192), en el Código Civil y Portugal (artículo 1343).

³⁸ La norma se refiere a construcciones, no menciona casos de siembra o plantación.

tructor y la temporánea o extemporánea oposición del propietario del inmueble que sufre la invasión, siempre buscando la conservación de los valores económicos representados por las obras.

Debe tratarse de una construcción emplazada en el inmueble propio que se extiende al colindante, pues si aquélla estuviera asentada totalmente en el inmueble vecino se configuraría un despojo que daría lugar al juego de otro tipo de defensas y no a la aplicación de este artículo.

Cuando el vecino comienza a llevar a cabo la obra, el invadido tiene el ejercicio de la acción posesoria de obra nueva (artículo 2241), o el interdicto de obra nueva (artículo 619 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación u otros ordenamientos procesales locales). También le asiste la acción reivindicatoria.

Invasor de buena fe: El artículo 1963 dispone que el invasor puede obligar al dueño del terreno colindante a respetar lo construido, si éste no se hubiera opuesto inmediatamente de conocida la invasión. Determinar si la oposición ha sido o no inmediata constituye cuestión de hecho que habrá de resolver el juez.³⁹ La falta de oposición inmediata cabe interpretarla como aceptación tácita de la obra; ello no obstaría al derecho a ser indemnizado del invadido, aunque sí al eventual pedido de su destrucción.

La buena fe concurrirá si, por ignorancia o error de hecho excusable, el invasor no hubiera podido apercibirse de que estaba invadiendo terreno ajeno (por ej. si el error reposa sobre una mensura errónea; sería un indicio de buena fe la circunstancia de que el avance fuera de una mínima superficie).

Más —*aun cuando no se haya opuesto inmediatamente*— el invadido puede: a) exigir ser indemnizado del valor de la parte invadida del inmueble⁴⁰ —se trataría de una especie de venta forzosa— y de la disminución del valor que sufra la parte no invadida con motivo de la obra;⁴¹ b) o puede reclamar que el invasor adquiera la totalidad del inmueble, si con motivo de la construcción se perjudicara

³⁹ El Código Civil de Portugal fija un plazo de tres meses a contar desde la iniciación de la ocupación.

⁴⁰ El Código Civil Alemán dispone que el vecino ha de ser indemnizado mediante la fijación de una renta.

⁴¹ Por ejemplo, por producir la reducción de las medidas del frente del inmueble, que repercutirá en una futura venta.

de modo significativo el aprovechamiento de la parte no ocupada (por ejemplo, si le provoca una disminución de las medidas mínimas requeridas para efectuar construcciones por las normas urbanísticas aplicables); c) si el invasor no indemniza, puede obligarlo a demoler lo construido.

La determinación del valor en los casos a) y b) es cuestión de hecho que deberá resolver el juez con el eventual auxilio técnico pericial.

Cabe advertir que el invasor puede evitar la indemnización si consiente en la destrucción de la construcción en la porción invasora.

Invasor de mala fe: Si el invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, puede solicitar se condene al invasor a demoler lo construido. Esta facultad no puede ser ejercida abusivamente (artículo 12): si así lo fuera manifiestamente, el juez desestimaría la petición, pero mandará indemnizar al invadido de conformidad con lo antes expuesto.

Si el invadido no se hubiera opuesto inmediatamente, no podrá pretender la demolición, aunque sí la indemnización pertinente.

La adquisición por el invasor de la parte del terreno vecino invadido, debe formalizarse —previa confección de plano de división para anexión—, en escritura pública de transmisión del sobrante, la que será inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad a terceros interesados.

7 bis. Régimen jurídico de cosas muebles. Cosas muebles no registrables.

Cosas muebles registrables. Supuestos legislados en leyes especiales.

Breves nociones: Buques. Aeronaves. Semovientes. Equinos de sangre pura de carrera. Automotores

El Código contempla especialmente el régimen de las cosas muebles en distintas disposiciones: algunas ubicadas en el Capítulo referido a la “*Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de los derechos reales*” (artículos 1894, 1895 1899 1902); otras, al regular la *acción reivindicatoria* (artículos 2254, 2257, 2258, 2259 y 2260).

Se separa a las cosas muebles en registrables y no registrables, contemplando sus particularidades a los efectos de establecer su régimen.

1.1. Cosas muebles no registrables

El artículo 1894 dice que se adquieren por mero efecto de la ley (*adquisición legal*) ciertos derechos reales, entre los que menciona al que surge de la accesión de cosas muebles inseparables y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe. Tales son los que involucran a las cosas muebles.

El artículo 1895 contempla específicamente la *adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirentes*.

Respecto de las *cosas muebles no registrables*, dispone que es suficiente para adquirir los derechos reales principales la posesión de buena fe, siempre que no se trate de cosas hurtadas o perdidas y siempre que el propietario no pruebe que han sido adquiridas a título gratuito.

Reunidos los requisitos señalados, el poseedor se convierte en titular del derecho real por el mero efecto de la ley.

Este modo de adquisición (conocido sintéticamente bajo la máxima “posesión vale título”) es hoy aceptado uniformemente, tras haberse apreciado en el Derecho Francés las funestas consecuencias de admitir la reivindicación mobiliaria (como lo hacía el Derecho Romano, a diferencia del Derecho Germánico), pues ella afectaba la seguridad y celeridad de las transacciones, ya que la transmisión de las cosas muebles difícilmente deja rastros documentales que permitan reconstruir su historia jurídica a fin de apreciar la perfección de los títulos. Éste es hoy también el fundamento de la adquisición legal de cosas muebles no registrables: se sacrifica al propietario (y la seguridad estática que importa su derecho) y se protege al *subadquirente*⁴² en aras de la seguridad jurídica de las transacciones y la circulación de los bienes (seguridad dinámica), principios que el legislador juzga más dignos de protección en estos casos.⁴³ Fácil resulta imaginar lo que ocurriría en caso contrario: nadie estaría seguro de haber adquirido bien, inclusive hasta los objetos de escaso valor, que podrían serle reivindicados; por eso la ley determina que el derecho real se adquiere *ministerio legis*, a pesar de que la adquisición haya sido de alguien que no era propietario (*a non domino*).

⁴² La protección de uno implica el sacrificio del otro.

⁴³ Veremos más adelante (al estudiar la acción reivindicatoria) que el Código adopta una solución similar para ciertos casos vinculados con las cosas inmuebles.

La adquisición legal de cosas muebles no registrables contemplada en el artículo 1895, primer párrafo, descarta la aplicación a *este supuesto* de los artículos 392, último párrafo, y 2260, último párrafo, según los cuales el subadquirente no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso si el acto se realiza sin intervención del propietario. Es que la norma consagra la adquisición de la cosa, precisamente cuando fue transferida por un no propietario.

Los requisitos para que se produzca esta adquisición son: posesión (artículos 1909 y 1911), buena fe (artículos 1918 al 1920), cosa no hurtada ni perdida, adquisición a título oneroso (exigible sólo frente al anterior propietario).

De los dos primeros ya nos hemos ocupado el estudiar la clasificación de las relaciones de poder.

Respecto del tercero diremos que *cosas hurtadas* (comprende a las robadas) son aquéllas sustraídas al titular; y la calificación de *cosas perdidas* se aplica tanto a las extraviadas por caso fortuito o fuerza mayor (inundaciones, incendios, etc.) como a las que lo fueren por negligencia imputable al propietario.

Como se ve, se trata de hipótesis en las que la cosa ha salido del poder del poseedor sin voluntad de su parte o contra su voluntad y pasado a manos de un *subadquirente*.

La *onerosidad de la adquisición* sólo será exigible frente al propietario anterior, porque éste es el único autorizado a probar que aquélla fue a título gratuito; y lo hará en el marco de la acción reivindicatoria que inicie contra el adquirente. Los otros terceros no podrán alegar la gratuidad de la adquisición y, respecto de ellos, la adquisición –aun a título gratuito– resultará inatacable si se reúnen los requisitos de posesión, buena fe y cosa no robada ni perdida.

Sintetizando: la adquisición legal sólo se produce si el dueño se ha desprendido voluntariamente de la cosa, entregándola a un tenedor que –cometiendo un abuso de confianza– la transmite a un tercero. Ese tercero (*subadquirente*) es el que adquirirá el dominio de la cosa por efecto de la ley, perdiéndolo en consecuencia el anterior propietario.

Ahora bien: si la adquirió a título gratuito, el propietario (y ninguna otra persona) –acreditando ese extremo– se la podrá reivindicar (artículos 1895, primer párrafo *in fine* y 2258, inc. c). Es decir que frente a aquél la adquisición no se habría consumado. Mas a nuestro entender este subadquirente, si poseyó la cosa durante dos

años, habrá adquirido por usucapión el derecho también frente al propietario. Ello así toda vez que el adquirente de buena fe de cosa no hurtada ni perdida no puede estar en peores condiciones que el adquirente de cosa hurtada o perdida, al que la ley le permite adquirir el derecho real por la posesión de dos años (artículo 1859, párrafo primero) –prescripción adquisitiva breve–.

Una vez consumada la adquisición legal, todas las transmisiones que el nuevo propietario haga de la cosa, así sean a título gratuito o a terceros de mala fe, no podrán ser atacadas por haber sido efectuadas por el propietario actual de la cosa. Y el anterior propietario no podrá ir detrás de ella, no podrá reivindicarla, porque dejó de ser titular del dominio.

Desde luego que quedan a salvo las acciones de daños y perjuicios que pudieran corresponder contra los responsables (ej.: el tenedor que enajenó la cosa), sujetas a los principios comunes aplicables a la materia de la responsabilidad. Y también, según el artículo 2260, en los casos en que, por virtud de la adquisición legal, no le fuera posible al anterior propietario reclamar la restitución de la cosa, sí podría reclamar del subadquirente a título oneroso que debiera todo o parte del precio de la transferencia, la entrega de lo insoluto.

Ejemplos

1. Juan entrega a Pedro un reloj despertador en préstamo. Éste lo *vende* y entrega a Clara, quien lo adquiere con el pleno consentimiento de ser Pedro el propietario, pues éste acostumbra vender cosas usadas.

Clara se habría convertido en propietaria, no en virtud de la transmisión que le efectuó Pedro (que no era propietario) sino por ministerio de la ley. Consecuentemente Juan perdió el dominio del reloj y no podrá reivindicarlo.

En adelante, todas las transmisiones del reloj que haga Clara –así sean a título gratuito o a terceros de mala fe (v.gr. porque conocieran que el reloj pertenecía a Juan)– resultarán inatacables, por ninguna persona, inclusive Juan. A éste le quedará la posibilidad de reclamar daños y perjuicios contra Pedro, mediante una acción personal o, en su caso, reclamar de Clara lo adeudado a Pedro en concepto de precio insoluto.

2. En el ejemplo anterior, Pedro *regala* el reloj a Clara. Ésta adquiere el dominio por ministerio de la ley; pero si Juan le inicia una acción reivindicatoria y allí prueba que la transmisión de Pedro a Clara fue gratuita, logrará la restitución del reloj. Pero ninguna otra persona que no sea Juan podrá enrostrar a Clara que la adquisición fue gratuita. Frente a Juan adquirirá el dominio por usucapión breve luego de poseer la cosa por dos años.

3. Juan es propietario de un reloj; Pedro se lo hurta y lo vende a Clara. Ésta, aunque sea de buena fe y lo haya adquirido a título oneroso, no se convierte en propietaria (con mayor razón si Pedro lo hubiera regalado a Clara). Porque se trata de una cosa hurtada, de la que el propietario no se desprendió voluntariamente, único supuesto en el que se produce la adquisición legal. Aunque la posesión de dos años le permitirá a Clara adquirir el dominio por usucapión breve y también de este modo, el poder de repeler la reivindicación de Juan. A Clara le quedará la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a Pedro (acción personal) para el caso de resultar triunfante la reivindicación de Juan.

1.2. Cosas muebles registrables

Respecto de estas cosas, para que se configure la buena fe del adquirente —con arreglo al *artículo 1892*— se requiere la inscripción de la transmisión en el Registro.

Por ejemplo, en la adquisición de automotores, si no se ha inscripto la transmisión, la ley entiende que el adquirente no es de buena fe. Porque respecto de los automotores la ley exige su registro para dotar de efectos a la transmisión y aun para tener por adquirido el derecho, ya que la inscripción en materia automotores es constitutiva (*artículo 1*, decreto-ley 6582/58, que se halla vigente). Relativo a los automotores, como un poco más adelante veremos, el principio no sería ya “*posesión vale título*” sino “*inscripción vale título*”; en efecto, el *artículo 2* del decreto-ley 6582/58 (vigente) prevé que “la inscripción de buena fe de un automotor en el Registro (Nacional de la Propiedad Automotor) confiere a quien está inscripto (o sea, titular según la inscripción) la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiese sido hurtado o robado”.

Recordar además que, según el *artículo 1902*, cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales.

Asimismo, el *artículo 1895* dispone que si el respectivo régimen especial que regula la cosa exigiera la existencia de elementos identificatorios, no existirá buena fe si éstos no son coincidentes. Ello es concordante con lo establecido en el *artículo 1902*, según el cual la buena fe requiere el cumplimiento de los actos de verificación establecidos en el respectivo régimen especial. Ej. caso de los automotores, respecto de los cuales su régimen especial exige la verificación técnica a los fines de su transmisión.

Y con todas estas normas guarda armonía el *artículo 2257, inc. a)*, según el cual

se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa (mueble registrable) de acuerdo al régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral.

2. Supuestos legislados en leyes especiales. Breves nociones

2.1. Buques

El régimen jurídico de los buques está contemplado en la *Ley de la Navegación (Nº 20.094, no derogada por la ley 26.994)*, que los califica de “bienes registrables” (*artículo 155*). Se trata de un régimen similar al de los inmuebles.

Se distingue entre buques de más o de menos de diez toneladas de arqueo total

Todos los actos constitutivos, traslativos o extintivos de la propiedad o de otros derechos reales de un *buque de diez o más toneladas de arqueo total* o sobre una o más de sus partes en copropiedad naval, deben hacerse por escritura pública o por documento privado autenticado, bajo pena de nulidad (*artículo 156*). Y si se trata de un *buque de matrícula nacional* y esos actos se realizan en el extranjero, deben constar en instrumento otorgado por el cónsul argentino respectivo, quien remitirá testimonio al Registro Nacional de Buques (*artículo 157*).

Los actos aludidos sólo producen efecto *con relación a terceros* desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de Buques

(artículo 158). Es decir que *el Registro de Buques es declarativo* y la inscripción de los actos se requiere con fines de publicidad y al efecto de hacerlos oponibles a terceros.

En cuanto a los *buques de arqueo menor* (buques menores), aquellos actos deben hacerse por instrumento privado con la firma de los otorgantes certificada e inscribirse en el Registro Nacional de Buques; y sólo producirán efecto con relación a terceros desde la fecha de su inscripción (artículo 159).

El artículo 162 se refiere a la prescripción adquisitiva y dispone que

La adquisición de un buque con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de tres años. Si faltare alguna de las referidas condiciones, la prescripción se opera a los diez años.

Como se ve, el régimen es análogo (salvo en el plazo) al de los inmuebles contemplado en el artículo 1898 y 1899 del Código.

2.2. Aeronaves

La materia está regulada en el *Código Aeronáutico*, que no ha sido derogado por la ley 26.994.

Al igual que los buques, las aeronaves son “cosas muebles registrables”. Gozan de un estatuto particular que se asemeja al de los inmuebles.

Los artículos 49 y 50 del Código Aeronáutico se ocupan del régimen de su dominio.

Para su transferencia se requiere instrumento público o privado debidamente autenticado y, a fin de oponer la transferencia (y los demás actos mencionados en el artículo 45 que involucren a aeronaves —v. gr. hipotecas, locación, medidas precautorias—) a terceros, se la debe inscribir en el Registro Nacional de Aeronaves. Si fuera realizada en el extranjero para tener efecto en el país, se deberá formalizar por escritura pública o ante autoridad consular argentina (artículo 51).

El Código Aeronáutico no contiene preceptos relativos a la prescripción adquisitiva; pero como su artículo 2 remite a las “leyes análogas” —entre otras fuentes— para resolver las cuestiones no previstas, creemos que al respecto resultan aplicables las normas previstas para los buques.

2.3. Semovientes

El Código de Vélez guardaba silencio sobre un tema tan importante como el de la propiedad del ganado, de modo que los semovientes quedaban sujetos a la norma genérica del artículo 2412.

No obstante las provincias (antes y después de sancionado aquél) incorporaron a sus Códigos Rurales u otras leyes especiales normas sobre las medidas de identificación del ganado, pues por sus características y porque el dominio recae a su respecto sobre cantidades considerables de animales, resultaba irrazonable e impracticable la aplicación a su respecto de las reglas generales de las cosas muebles.

Algunas de estas leyes locales incursionaron en el tema de la propiedad de los semovientes, invadiendo así un ámbito constitucionalmente reservado al Congreso Nacional (hoy artículo 75, inc. 12 Constitución Nacional).

Finalmente, en el año 1983 se sancionó la ley 22.939 sobre “Unificación del Régimen de Marcas y Señales, Certificados y Guías”. Fue modificada por la ley 26.478 en el año 2009. Según el artículo 10 de este régimen son excluidos los equinos de sangre pura de carrera, cuyo estatuto especial es la ley 20.378 (artículo 10, ley 22.939).

El artículo 1 define los diversos modos de identificar a los semovientes, según su especie (*marcas*,⁴⁴ *señales*,⁴⁵ *tatuajes*, *caravanas*, *implantes*), imponiendo al propietario la obligación de aplicarlos a su ganado; el incumplimiento de esta obligación lo privará de invocar los derechos que la ley acuerda en punto al régimen de la propiedad del ganado, sin perjuicio de las multas de que pudiera resultar pasible.

A ese fin, deberá registrar previamente el diseño de esos medios identificatorios según las formalidades establecidas por cada provincia.

Respecto de la *propiedad del ganado* la ley contempla tres supuestos (artículos 9 a 11):

1) *animales sin marca o señal* (denominados “orejanos”) o *con marca o señal no suficientemente clara*, según el artículo 10, quedan sometidos al régimen *común* de las cosas muebles (en el Có-

⁴⁴ Para el ganado mayor

⁴⁵ Para el ganado menor

digo Civil de Vélez Sarsfield, artículo 2412; en el CCC, artículo 1895, primer párrafo).

2) *Animales marcados o señalados*: se presume —salvo prueba en contrario—⁴⁶ que pertenecen a quien tiene registrada a su nombre la marca o señal que lleva el animal. Igual presunción juega para el propietario de la madre respecto de las crías de éstos no marcadas o señaladas que permanezcan al pie de la madre.

3) *Animales de raza, excluidos los equinos de pura sangre de carrera* (éstos se rigen por la ley 20.378, como se dijo): su propiedad se probará por el respectivo certificado de inscripción en los registros genealógicos y selectivos reconocidos⁴⁷ que concuerden con los signos individuales que lleven los animales.

Respecto de la *transmisión de la propiedad del ganado que no sea de raza*, la ley establece que

todo acto jurídico mediante el cual se transfiera la propiedad del ganado deberá instrumentarse con un certificado de adquisición otorgado por las partes y autenticado por la autoridad local competente (artículo 12).

El artículo 13 establece los requisitos que debe contener el certificado. Además del certificado es necesaria la tradición (conf. Nota de Elevación del Proyecto de la ley).

La *transmisión de la propiedad del ganado de raza* “podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos” (artículo 14). Aunque la redacción no es clara, se opina que la inscripción en este caso tiene carácter constitutivo.

Finalmente, importa señalar que, a los efectos de la licitud del tránsito de animales, es necesario el uso de *guías*, expedidas en la forma establecida por las disposiciones locales (artículo 16). Si se trata de animales de *pedigree* o puros registrados, sin marca o señal, la guía deberá consignar los datos necesarios para la individualización de los animales.

⁴⁶ Esta prueba podría consistir, por ejemplo, en el título de adquisición del ganado por otra persona.

⁴⁷ Así, han sido reconocidos por el Estado los Registros Genealógicos, Selectivos y de Producción de animales de pedigree de las especies Bovinas, Caprinas, Camélidos Sudamericanos, Equinas, Ovinas, Porcinas y de las especies menores que lleva la Sociedad Rural Argentina y los registros caninos llevados por la Federación Cinológica Argentina.

2.4. Equinos de sangre pura de carrera

El régimen jurídico de su propiedad está regulado en la ley 20.378. Esta ley oficializó los registros genealógicos relativos a estos animales —que no se marcan ni señalan— que llevaban algunas entidades.⁴⁸

Según el artículo 1 la inscripción de animales equinos de sangre pura de carrera en los Registros Genealógicos reconocidos y controlados por el Poder Ejecutivo Nacional acredita la propiedad a favor del titular registral.

La transmisión del dominio sólo se perfecciona entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción de ella en los aludidos Registros. Es decir que *la inscripción es constitutiva del derecho*.

En esos Registros también se inscribirán las medidas cautelares, gravámenes y otras restricciones al dominio convenidas por las partes u ordenadas por disposición judicial (artículo 2).

2.5. Automotores

Su régimen jurídico está contenido en el decreto-ley 6582/58 (texto ordenado por la ley 22.977), reglamentado por el decreto 335/88.

Según su artículo 1

la transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor.

Surge de esta norma que la inscripción aparece impuesta con carácter *constitutivo*, de modo que el derecho real no existe para nadie sobre un automotor si la transferencia al adquirente no ha sido registrada, aun cuando se le haya hecho tradición del vehículo.

La inscripción inicial del automotor conduce a la apertura de un legajo (se adopta el sistema del “folio real”), con su pertinente matriculación. En el legajo deberá inscribirse el dominio del automotor, sus modificaciones, extinción, transmisiones y gravámenes,

⁴⁸ Por ejemplo el Stud Book Argentino, llevado por el Jockey Club de Buenos Aires.

embargos y demás cautelares, denuncias de robo o hurto, retiro definitivo de uso del vehículo (artículos 7, 20, 28 y 29).

La inscripción inicial importa también la emisión de dos documentos: el *título del automotor*—que sirve para probar las condiciones de dominio y gravámenes del bien hasta la fecha de su anotación— y la *cédula de identificación*—que autoriza el uso del automotor, aunque no resulta idónea para acreditar su dominio— (artículos 6, 11, 12 y 13 y artículo 9, decreto 335/88).

Dice el artículo 2, decreto-ley 6582/58, que

la inscripción de buena fe de un automotor en el Registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repelar cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiese sido hurtado o robado.

O sea que el principio general—en materia de muebles la “posesión vale título”— ha sido reemplazado para los automotores por el de “*inscripción vale título*”. Y no resulta necesaria la tradición (según la doctrina mayoritaria), ya que el artículo 1892, párrafo cuarto, establece que “*la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos*”.

La norma no exige expresamente que se trate de una adquisición a título oneroso para paralizar la reivindicación, pero el requisito resultará a nuestro juicio de la aplicación del artículo 1895 CCC, ya que el régimen específico (decreto-ley 6582/58) no contiene normas sobre la reivindicación de los automotores, lo que habilita recurrir al régimen común.

La hipótesis del automotor hurtado o robado la contempla el artículo 3:

Si el automotor hubiese sido hurtado o robado, el propietario podrá reivindicarlo contra quien lo tuviese inscripto a su nombre, debiendo resarcirlo de lo que hubiese abonado si la inscripción fuera de buena fe y conforme con las normas establecidas en este decreto-ley.

El artículo 4 se refiere a la adquisición de los automotores hurtados o robados por prescripción adquisitiva, tema que trataremos en el capítulo destinado a Usucapión.

La singular hipótesis de los automotores a los que maniobras delictivas hubieran suprimido su numeración y signos identificatorios, de manera que su propietario no pudiera en absoluto ser individualizado, es pasible de ser subsumida en el artículo 236, inc. d), lo que lleva a considerarlos bienes del dominio privado del Estado (los comúnmente denominados “bienes mostrencos”).

Respecto de los *automotores nuevos, importados o fabricados en el país*, se sostiene que a ellos les resultaría aplicable el régimen del decreto-ley 6582/58 pero sólo luego de la venta al primer usuario; antes de esa venta el vehículo no estaría sometido al requisito de la inscripción (tampoco podrán circular sino sólo excepcionalmente: artículo 32, dec. cit.), deber de inscripción que pesa sobre dicho primer adquirente. Con anterioridad a la primera venta el automotor quedaría sujeto a los modos comunes de adquisición de cosas muebles que regula el Código Civil.

La buena fe en materia de automotores

Como se ha visto, la buena fe juega un rol fundamental en la adquisición.

Pues bien, según el régimen especial plasmado en las normas que hemos citado, para que el adquirente pueda ser considerado de buena fe debe satisfacer los siguientes requisitos: 1) adquirir del propietario que figura inscripto en el Registro como tal; 2) exigir del enajenante la exhibición del título del automotor y que peticione el certificado de dominio y gravámenes regulado por el artículo 16, decreto-ley 6582/58 (verificación jurídica); 3) verificar físicamente el vehículo, para corroborar que se trata del mismo al que se refieren las constancias documentales (artículo 6, decreto 335/88); 4) inscribir la transferencia.⁴⁹

Si no ha cumplido con estas pautas, el adquirente no podrá alegar que es de buena fe, ya que su error en cuanto a la legitimidad de su adquisición derivará de su propia negligencia, es decir que no será excusable y, por lo tanto, no podrá esgrimirlo para su justificación (artículos 1895, párrafos segundo y tercero, y 1918).

⁴⁹ Conf. CNCiv. y Com. Federal, sala I, causa 567 del 14.11.89 (interloc.); sala II, causa 7618 del 12.11.91 (interloc.); sala III, causa 7845 del 14.8.91 (interloc.).

8. Límites al dominio

El régimen comprendido en el Título 3, capítulo 4 del Libro Cuarto del CCCN ("Límites al dominio") comienza con la siguiente disposición:

Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción (artículo 1970).

8.1. Concepto y caracteres de los límites del dominio

Dijimos antes que el derecho de dominio es absoluto. También dijimos que este carácter sólo significaba que el dominio era el derecho que mayor cantidad de facultades confería sobre la cosa a su titular, pero en modo alguno que estas facultades fueran ilimitadas. Justamente, en este título de límites al dominio nos encontramos frente a aquellas disposiciones que, en virtud de diversas razones, vienen a poner coto a las facultades que el propietario tiene sobre su cosa, recortando así el verdadero estatuto del derecho de dominio, pues no hay, ni ha existido jamás un dominio sin ninguna restricción: el Derecho impera dentro de una sociedad y en ella toda facultad debe ser limitada para acomodarla a la vida de relación.

En resumen, los límites –que influyen sobre el carácter absoluto del dominio– podrán ser más o menos acentuados; pero siempre se los encuentra, fundados en los más diversos motivos: interés público, razones de vecindad, etc.

Es claro que en la actualidad se han asestado "golpes cada vez más importantes al absolutismo de este derecho".

La clasificación de los límites generalmente adoptada es la que los distingue entre los que se fundamentan en consideraciones de interés público y aquellos impuestos por razones de vecindad.

Y es que si bien es cierto que los establecidos teniendo en mira el interés público tienen su fuente más fecunda en el Derecho Administrativo, también lo es que esta fuente no es exclusiva. Lo demuestran numerosas disposiciones del Código que crean limitacio-

nes a la propiedad privada en el interés de la sociedad: así, artículo 1972, referente a cláusulas de inalienabilidad; artículo 1973, que regula las inmisiones; artículos 1882 y 1884, que consagran el principio del *numerus clausus* en materia de derechos reales; todas las normas relativas al derecho de aguas (artículos 1975 al 1977), inclusive las atinentes al "camino de sirga" (artículo 1974).

8.2. Diferencias con las servidumbres

En diversos Códigos –por ejemplo, el francés– muchas de las disposiciones relativas a límites al dominio se comprenden entre las relativas a las "servidumbres legales".

Ya Vélez Sarsfield, apartándose con acierto de esa tradición, trató de mostrar las diferencias que existen entre una y otra categoría –limitaciones y servidumbres– (ver nota al artículo 2611 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

Se han señalado como caracteres distintivos entre las limitaciones y las servidumbres los siguientes:

1. Los límites al dominio son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo y no suponen una heredad dominante ni una heredad sirviente.

Por el contrario, las servidumbres suponen una heredad sirviente, sobre la que está establecida la carga, y una heredad dominante, que se beneficia con ella: no hay beneficio recíproco.

2. Los límites configuran el estatuto normal del dominio: tienen como finalidad determinar los límites dentro de los cuales debe moverse el *ejercicio normal* del derecho de propiedad.

Las servidumbres son, por el contrario, excepcionales: todo dominio está sujeto a restricciones, pero no todo dominio reconoce servidumbres; el dominio se presume exclusivo y perfecto (artículo 1941).

Justamente porque los límites hacen al estatuto normal del dominio, no implican sacrificio patrimonial para el propietario; sacrificio que sí se encuentra presente en las servidumbres, que desmembran el dominio.

3. La única fuente de los límites al dominio es la ley. Las servidumbres pueden originarse en la ley (artículo 2166) o en la voluntad de las partes (arg. artículo 2166, primer párrafo).

4. Las servidumbres reales consisten siempre en un *non faciendo* o en un *in patiendo*, es decir, imponen al propietario del fundo sirviente la obligación de abstenerse de actos contrarios al

derecho del propietario del fundo dominante o de permitir a este último el ejercicio de ciertos derechos sobre su propio fundo, pero jamás le imponen obligaciones de hacer; los límites al dominio, por el contrario, pueden a veces crear obligaciones de hacer a cargo del propietario del respectivo fundo;

5. Las servidumbres, que como sabemos recaen sobre inmuebles, deben ser inscriptas en el Registro de la Propiedad Inmueble a los fines de su publicidad y oponibilidad a terceros [artículo 1893; artículo 2, inciso a), ley 17.801]; las restricciones no se inscriben.

8.3. Límites fundados en consideraciones de interés público

Ya hemos dicho que la fuente más importante de este tipo de límites es el Derecho Administrativo.

Pero que también estaban dadas por normas del Derecho Privado.

A) Establecidas por el Derecho Administrativo: breve análisis.

En primer lugar, resulta de interés detenerse un momento en el tema vinculado con el legislador competente para establecer las limitaciones al dominio.

La potestad de establecer límites al dominio fundadas en el interés público incumbe como principio a las provincias (pues tales restricciones integran el Derecho Administrativo local o provincial, reservado a las provincias y no delegado por ellas: arg. artículo 104, Constitución Nacional) y sólo excepcionalmente a la Nación, cuando el bien está ubicado en un lugar sometido a la jurisdicción nacional exclusiva o aquéllas responden a un interés nacional.

Los límites al dominio impuestos en el interés privado, en cambio, son del resorte del legislador nacional y su juzgamiento corresponde a los tribunales competentes para entender en los conflictos entre particulares, pues la regulación del dominio cae en la órbita del Código y

*no es un instituto propio del derecho público local sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.*⁵⁰

⁵⁰ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa "Las Mañanitas SA c/ Neuquén, Prov. del", 4.8.2009, Fallo n° 56.042, ED, supl. diario del 26.8.2009.

Se han señalado como notas características:

1) Se imponen a la propiedad con carácter general y se fundan en necesidades colectivas directas.

2) Constituyen un necesario presupuesto del reconocimiento del derecho de propiedad por el Estado, debido a la necesidad de conformar ese derecho al derecho de los demás.

3) Colocan al particular frente a la Administración, en razón del interés público, y no frente a los otros propietarios, en razón de recíprocos intereses privados (esto último es lo que ocurre, justamente, en las restricciones del Derecho Civil).

4) Imponen una obligación de no hacer (por ej. no construir en altura o superficie mayor).

5) Son ilimitados en número y clase e inspirados en diversos motivos (seguridad, higiene, moralidad, estética, etc.). Los límites pueden llegar hasta donde lo exija la necesidad administrativa, razonablemente sopesada, siempre que no impliquen un desmembramiento de la propiedad, pues entonces dejarían de ser límites para transformarse en servidumbres administrativas, susceptibles de indemnización.

6) Son inmediatamente operativos y su juzgamiento corresponde a los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo.⁵¹

7) Por sí solos *no justifican* un derecho de indemnización, pues no son sino una carga general, impuesta a todas las propiedades. Trátase de una condición inherente al derecho de propiedad cuyo contenido normal se limita por leyes.

Pero si la restricción llega a desmembrar el derecho de propiedad, a desintegrarlo, entonces se hace ineludible una reparación integral del patrimonio y debe ser autorizada por una ley en sentido formal, esto es, emanada del Poder Legislativo.

Además, la Constitución Nacional consagra –en su artículo 17– vallas a la posibilidad de establecer estas limitaciones: 1º) la

En las causas "SACILyA Río Belén c/ Provincia de Buenos Aires", 7.8.1970, Fallos: 277:313 y "Mar de Ostende SRL c/Buenos Aires, Provincia de", 27.2.1997, Fallos: 320: 222, el Alto Tribunal decidió que las normas de policía sobre urbanismo y planeamiento integran el "poder no delegado" a la Nación y, por lo tanto, su regulación es propia del legislador provincial.

⁵¹ Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973, t. IV, n° 1242.

expropiación debe ser calificada por ley y previamente indemnizada; 2ª) ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempos de paz; y 3ª) la confiscación de bienes queda abolida para siempre en la legislación argentina.⁵²

8) En un primer aspecto, para alguna doctrina las limitaciones impuestas en interés público inciden directamente sobre lo absoluto, lo exclusivo y lo perpetuo de la propiedad. En relación con lo absoluto, los límites tienen como efecto jurídico una debilitación inherente a la propiedad de una manera general; en relación a lo exclusivo, los límites representan una suerte de desmembración de la propiedad; y en relación a lo perpetuo, pueden derivar en la privación de la propiedad o, si se quiere, su extinción.

La expresión "límites" y su correlativa "limitaciones", deben ser entendidas como comprensivas de todo lo que afecte a cualesquiera de los caracteres del derecho de propiedad, lo absoluto (restricciones), lo exclusivo (servidumbres) y lo perpetuo (expropiación).⁵³ Por eso, como dijimos, es exacta la afirmación según la cual el derecho de propiedad debe afirmarse atendiendo a sus limitaciones legales; pero no sólo con referencia a las del Derecho civil, sino también a las del Derecho administrativo.⁵⁴

9) Estas limitaciones llegan hasta donde lo exija la necesidad administrativa, siempre que no impliquen un desmembramiento de la propiedad, pues entonces dejarían de ser limitaciones para transformarse en servidumbres administrativas indemnizables, como dijimos.

Claro que el legislador local debe guardar el debido respeto a la regulación de la propiedad contenida en el Código Civil y Comercial,

⁵² Véase Villegas Basavilbaso, B., *Derecho Administrativo*, t. 6, n° 775, TEA, 1956, p. 54.

⁵³ Para Díez, M. M., *Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, 1969, p. 167, si bien en la doctrina antigua la palabra limitaciones se entendía en sentido genérico, abarcando incluso la expropiación, resulta evidente que la naturaleza jurídica de este instituto –prestación obligatoria en natura– no puede explicarse mediante la idea de limitación, razón por la cual al referirse a las limitaciones sólo comprende las restricciones y las servidumbres administrativas. Bielsa, R., *Derecho Administrativo*, t. IV, N° 856, p. 373, quien comprende en las limitaciones las restricciones, las servidumbres y la expropiación.

⁵⁴ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Libro 9°, Cap. I, pág. 379.

y "las provincias no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalicen."⁵⁵ La norma superior en la pirámide jurídica institucional de nuestro país obliga a que las limitaciones estén sujetas al denominado "estándar de razonabilidad", más allá del cual resultan inconstitucionales, porque supondrían una supresión confiscatoria del derecho, fulminada por nuestra Carta Magna (artículo 17, Constitución Nacional).⁵⁶

10) Estas restricciones son cada día más numerosas e importantes, y acrecen con la valoración positiva del interés público, a punto tal que ha sido puesta en tela de juicio su constitucionalidad. Al respecto, no debemos olvidar que si bien es cierto que la propiedad que la Constitución garantiza es aquella que se utiliza "de conformidad a las leyes que reglamentan su ejercicio" –artículo 14– también lo es que cuando la limitación es tan intensa que constituye prácticamente una supresión del derecho, ella constituye una violación del artículo 17 de la Carta Magna y que, en tal supuesto, sólo una justa indemnización podría salvarla del calificativo de "confiscación".

A título de ejemplo, ya que ellas "son ilimitadas en su número y clase, como ilimitadas son las razones de interés público que las determinan", mencionaremos algunas de estas limitaciones:

a) Reglamentos municipales referentes a alineación, altura y otras condiciones que deben reunir los edificios para que su construcción sea aprobada. Las relativas a instalaciones obligatorias que deben colocarse en obras en construcción para protección de los transeúntes.

b) Normas de policía sobre urbanismo y planeamiento tendientes a la mejor distribución de las ciudades y pueblos.

c) Normas relacionadas con establecimientos industriales incómodos, peligrosos o insalubres, que reglamentan las zonas donde pueden instalarse y las condiciones a que deben sujetar su funcionamiento.

⁵⁵ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa "Las Mañanitas" ya citada.

⁵⁶ Mariani de Vidal, Marina, "Restricciones y límites al dominio, Determinación jurídica del inmueble" en el *I Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral*, La Plata, Buenos Aires, Argentina, 2009.

8.4. Los límites al dominio en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código nuevo establece que el ejercicio, aprovechamiento y uso del dominio debe ser conforme las normas administrativas de cada jurisdicción, y que las normas en materia de relación de vecindad, que analizaremos seguidamente, se aplican con carácter subsidiario.

Así las cosas, la tesis que concibe la propiedad en función social, modifica sustancialmente el encuadre. Se observa un paulatino avance del Derecho público sobre el privado, recurriendo el Estado a la utilización principal del medio jurídico más apto para hacer prevalecer el interés público o general sobre el interés individual en el uso de la propiedad inmueble. Por tanto, ya no es posible definir y conocer la extensión del derecho de propiedad con sólo recurrir al estudio del Derecho Civil, sino que debe confrontarse el estatuto privado con los cuerpos normativos y legislaciones de origen o sesgo administrativo. Los límites al dominio son compatibles con el derecho de propiedad, tal como está instituido, sin desnaturalizarlo.

Bien entendido que, como se lee en los "Fundamentos" que acompañaron al Anteproyecto de Código Civil y Comercial,

las normas que son subsidiarias frente a regulaciones administrativas son las relativas a la vecindad, pues las referidas a los márgenes a la disposición jurídica, jamás serían susceptibles de modificación por una norma de menor jerarquía.

Dicho lo cual, corresponden al Derecho público y, por consiguiente, son de competencia local, rigiendo sólo en la jurisdicción que las establezca, las limitaciones impuestas a las facultades de *disposición material* del titular de dominio establecidas sólo en interés público.

Estas limitaciones se caracterizan por señalar, en materia de inmuebles, el destino funcional asignado a un área, tipifican: a) las formas y condiciones para la subdivisión y ocupación del suelo; b) las actividades que pueden desarrollarse; c) las características generales de las construcciones.

Son clásicos ejemplos de estas regulaciones el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires y las Leyes de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo de las provincias (ejemplo, ley 8.912 de la Provincia de Buenos Aires).

En nuestro ordenamiento, la Constitución establece en el artículo 17 que

la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada [...].

En la consideración del precepto, y durante la vigencia del Código de Vélez, la Corte Suprema decidió que los perjuicios causados a la propiedad privada en ejecución de trabajos públicos, sin que haya incorporación al dominio público de ninguna parte de aquélla, constituyen restricciones al dominio regladas por el artículo 2611 del Código Civil, debiendo por lo tanto deducirse ante la autoridad administrativa las acciones por indemnización de los perjuicios "que el propietario tiene indudablemente derecho a reclamar", mandando a las partes recurrir ante quien corresponda, "en cuanto al impedimento de la construcción de la obra" en cuestión y a la indemnización de los perjuicios.⁵⁷

En "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" estableció que ningún derecho reconocido por la Constitución reviste carácter de absoluto, en los términos con que antes nos hemos pronunciado,⁵⁸ doctrina que ratificó en "Cornú v. Ronco", expresando que al incorporar la Constitución el derecho de propiedad no impide por ello que el Congreso pueda "sancionar y establecer todas aquellas disposiciones razonables y convenientes [...] que concurren a asegurar el bienestar social y económico de la República y de sus habitantes". Además, "el derecho de propiedad, como todos los demás derechos convencionales y sociales, no es en manera alguna absoluto", siendo que "todo propietario, por absoluto y no calificado que sea su título, lo tiene con la condición implícita de que su uso no pueda ser perjudicial ni al derecho igual de los demás ni al de la comunidad". Agregando que la Constitución, a la vez que asegura

⁵⁷ Fallos, t. 17, p. 472, "Comisión de Aguas Corrientes v. Pérez", 1.7.1876. Se trataba de la colocación de un caño que pasaba por la calle Garay hacia el río, debajo de la propiedad del demandado. Se solicitó que el propietario se abstuviera de impedir la obra, a la vez que se determinaría por peritos el perjuicio que alegaba.

⁵⁸ Fallos, t. 136, p. 161, sentencia del 18.4.1922.

el derecho de usar y gozar de su propiedad, ha cuidado al propio tiempo de dejar establecido en forma también categórica que ello ha de ser conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.⁵⁹

El mismo Alto Tribunal, frente al reclamo de un propietario que decidió el fraccionamiento de su propiedad a los fines de su enajenación posterior como urbanización privada residencial, trató la cuestión relativa a la obligación de ceder espacios para calle o camino públicos y la de ceder o donar una superficie (equivalente en el caso al uno y medio por ciento del total) para reserva fiscal, ambas obligaciones impuestas para tal hipótesis por las leyes provinciales de división y uso del suelo, cuya constitucionalidad había sido impugnada por el particular.

Dijo la Corte que, entre los poderes no delegados a la Nación por la Provincias (cf. artículo 104 CN), se encuentra el de

dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento, tendientes a la mejor distribución de las ciudades y pueblos de manera de satisfacer el interés general que a ellas incumbe proteger.

Por lo que, si la propiedad no se muestra un derecho absoluto,

la cesión que exige el decreto sobre subdivisiones, no importa vulnerar aquel derecho, no siendo menester a tal fin, que la Provincia indemnice al propietario interesado, pues se trata de una restricción razonable en miras del interés general,

lo cual no puede asimilarse a una confiscación, ya que el fraccionamiento dentro de las normas vigentes fue elegido y decidido voluntariamente por el interesado (cuando nada hubiera obstado a que la enajenación fuera llevada a cabo en bloque), y ello trae consigo las consecuencias previsibles de una futura urbanización.⁶⁰ [...] No siendo irrazonable, ni afectando las garantías constitucionales, que se reserve una parte de la superficie para destinarla a obras o servicios de pública utilidad.⁶¹

⁵⁹ Fallos, t. 142, p. 68, sentencia del 17.10.1924.

⁶⁰ Fallo del 7.8.1970, "Río Belén S.A. v. Pcia. de Buenos Aires", *La Ley*, t. 140, p. 429.

⁶¹ CSJN "Mar de Ostende c/ Pcia. de Buenos Aires", 02.27.1997, 320: 222.

Y expresó puntualmente el Tribunal que

es en el marco de las facultades reguladoras del desarrollo urbano que debe buscarse en el sentido de las atribuciones conferidas a la administración por medio de la actividad legislativa de que dan cuenta las normas impugnadas, tales temas son propios de los poderes específicos del Estado y no puede ser objeto de consideración por los jueces el mero acuerdo o conveniencia de las disposiciones por ellos adoptadas (Fallos: 300:642 y 700). Desde luego, siempre que las medidas de que se trate no resulten arbitrarias o irrazonables y aparezcan justificadas por principios de prevención urbanística (Fallos 305:321 y sus citas),⁶²

porque entonces —agregamos— sí podría ser examinada su legitimidad por los jueces.

Corresponde puntualizar que, entre las limitaciones fundadas en el interés público, se encuentran las referentes al uso del suelo y las facultades y condiciones que al dueño le asisten de subdividir el inmueble, anexionar otros, unificarlos, y realizar en ellos construcciones. Y, al respecto, el propietario puede modificar la conformación del inmueble alterando sus límites por vía de subdivisión o de englobamiento, modificar su estado, por vía de edificación o plantación, cambiar su destino, afectándolo a un uso distinto al asignado hasta el momento o no darle uso alguno, *ajustándose a las normas de derecho público*. Claro que debe someterse a las restricciones que al respecto le impongan las normas jurídicas pertinentes, siempre que resulten "razonables."⁶³

Así, vemos que para subdividir un inmueble único en dos o más fracciones o para reunir dos o más inmuebles en uno o anexionar una fracción de un inmueble en otro, es necesario que el titular de dominio confeccione un plano a tales efectos cumpliendo las normas administrativas, en especial las que hacen al uso y aprovechamiento del suelo. La modificación en los hechos del inmueble recibida en el plano de mensura confeccionado por un agrimensor se registra en la oficina de Catastro. La modificación de la dimensión jurídica del in-

⁶² Conf. CSJN, 27.2.1997, causa "Mar de Ostende c/ Prov. de Buenos Aires", Fallos 320:222. El resaltado es nuestro.

⁶³ Véase Abella, Adriana N., *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, Zavalla, 2008.

mueble requiere de la declaración de voluntad del titular dominial por escritura pública, o de una sentencia judicial y la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble a los efectos de la oponibilidad a terceros interesados. Respetando el sistema federal, las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima económica, respetando los ordenamientos, ya que la división del suelo responde a las normas que regulan su uso, ocupación y equipamiento y a las necesidades de la sociedad. En el caso de subdivisión de parcelas en varias fracciones o lotes, las normas administrativas de uso del suelo establecen la obligación de ceder superficies para calles y reservas de uso público, resolver la dotación de servicios de infraestructura como agua corriente, pavimentos, luz eléctrica y alumbrado público, gas natural y red de cloacas y desagües.

El tema del daño indemnizable y los límites al dominio
Dice el CCCN en su artículo 1971 que:

Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio.

Ya vimos que los límites al dominio configuran el estatuto o contenido normal de este derecho, es decir, como puede leerse en la nota al artículo 2611 del Código Civil de Vélez Sarsfield,

no tienen otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.

Por consiguiente –a diferencia de las servidumbres– el titular que los soporta no puede pretender indemnización alguna, aun cuando se le derivara de ello algún menoscabo, ya que constituyen la consecuencia de vivir en sociedad.

Pero si la actividad del hombre agrava aquel menoscabo más allá de lo que es propio de su existencia, éste sí se debe resarcir.

Cabe advertir que, sin embargo, quien no respete los límites, deberá indemnizar al vecino por los daños que tal inobservancia le ocasione.

8.4.1. Cláusulas de inalienabilidad

El artículo regula las cláusulas de inalienabilidad:

En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

En los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su plazo no excede de diez años.

Si la convención no fija plazo, o establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución fideicomisaria.

La facultad de enajenar es de la esencia de la propiedad por ello se prevé la nulidad de toda convención por la que el propietario renuncie a la facultad de disponer de modo absoluto.

La norma está enderezada a favorecer la circulación de los bienes y, por consiguiente, en ella se encuentra comprometido el orden público y comprende tanto a inmuebles como a muebles, registrables o no.

A los fines de determinar la validez o nulidad de estas cláusulas de inalienabilidad, debemos considerar si se las impone en un acto de transmisión a título oneroso o gratuito o por causa de muerte.

Cabe señalar que el artículo 234 establece que

Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida [...] b) por actos jurídicos, en cuanto este Código admite tales prohibiciones.

A. Actos de transmisión a título oneroso

1.1. Es nula la cláusula que, respecto de una cosa determinada, establezca la prohibición de transmitirla o de constituir sobre ella derechos reales a persona alguna.⁶⁴

⁶⁴ Como excepción, el artículo 1688, al regular el *contrato de fideicomiso*, permite establecer una limitación amplia de los derechos de disposición del propietario fiduciario.

Debe tenerse por no escrita. No habría, por consiguiente, derecho a indemnización alguna en caso de violación.

1.2. Es válida, *en cambio*, la cláusula de no enajenar a persona o personas determinadas. Usualmente obedece a cuestiones comerciales en resguardo de la competencia.

A nuestro entender, al formularse la prohibición deben brindarse los parámetros que permitan individualizar a tal/es persona o personas, aunque no sea por su nombre. Con lo que va dicho que, si la prohibición comprendiera a una generalidad de personas (ej.: a "todos los comerciantes del rubro"), debería juzgarse inválida por lesiva del espíritu del artículo.

En caso de violación de la prohibición, trátase de *cosas inmuebles o muebles, registrables o no registrables*, haya sido o no impuesta como condición resolutoria, el anterior propietario podría reclamar la nulidad de la transmisión y reivindicar la cosa, si el tercero fuera de mala fe, es decir, hubiera conocido o debido conocer la existencia de la cláusula (por las constancias registrales o el estudio de títulos pertinente o por cualquier otra circunstancia que se pudiera demostrar).

Podría pactarse una multa para el supuesto de violación de la prohibición, como excluyente o no de otros efectos.

B. Actos de transmisión a título gratuito

Son *válidas* las cláusulas de no enajenar por un plazo que no exceda de diez años.

Si carecen de plazo, o se ha contemplado un plazo superior, se entenderán tácitamente reducidas al tiempo señalado.⁶⁵

El plazo es renovable, si se lo renueva de manera expresa y por un lapso no superior a diez años, contados desde que se estableció.

Lo mismo que en el supuesto 1.2, si se violase la prohibición, trátase de *cosas inmuebles o muebles, registrables o no registrables*, haya sido o no impuesta como condición resolutoria, el anterior propietario podría reclamar la nulidad de la transmisión y reivindicar la cosa, si el tercero fuera de mala fe, es decir, hubiera conocido o debido conocer la existencia de la cláusula (por las

⁶⁵ Reparar en lo dispuesto en el artículo 1688 relativamente al *contrato de fideicomiso*, que descarta las limitaciones a este tipo de cláusulas.

constancias registrales o el estudio de títulos pertinente o por cualquier otra circunstancia).

Podría pactarse una multa para el supuesto de violación de la prohibición, como excluyente o no de otros efectos.

C. Transmisiones mortis causa

En los testamentos, *el testador* puede incorporar cláusulas de no enajenar (artículo 1972, último párrafo); y serán válidas siempre que no afecten la legítima de los herederos forzosos o impliquen una sustitución fideicomisaria,⁶⁶ prohibida por el artículo 2491, primer párrafo.

La cláusula deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 2330.

Los herederos pueden convenir que la indivisión perdure entre ellos, en los términos del artículo 2332.

D. Pactos entre condóminos

El artículo 2000 autoriza a los condóminos a convenir la suspensión de la partición por un plazo que no exceda de los diez años. Si no se fija plazo o se fija uno superior, queda limitado a diez años. Si se pacta un plazo inferior, puede ser ampliado por los condóminos hasta completar los diez años.

8.4.2. Cuestiones de vecindad

En razón de vecindad, aunque también promediaran razones de interés público, aparece comprometido fundamentalmente el interés recíproco de los vecinos.

Ejemplos serían: las consecuencias de las obras, los trabajos, instalaciones, los ruidos, humo, olores, etc., perjudiciales; la autorización para cortar ramas y raíces de árboles y arbustos vecinos si ocasionan perjuicio; la obligación de recibir aguas que derivan naturalmente de los fundos superiores a los inferiores y no ejecutar obras para desviar su cauce natural; el deber de respetar las disposiciones especiales respecto de luces y vistas.

⁶⁶ La *sustitución fideicomisaria* consiste en que el testador designa heredero al heredero instituido. Es una carga que impone al heredero devolver (traspasar) a su muerte los bienes al heredero instituido (como sustituto), estableciendo así un orden de sucesión en las familias (nota al artículo 3724 Código Civil de Vélez Sarsfield).

8.4.3. Inmisiones inmateriales

Artículo 1973:

Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

Diremos en primer lugar que esta norma no sólo se vincula, a nuestro entender, con las relaciones de vecindad, sino que involucra asimismo intereses superiores y debe interpretarse hoy en día también como norma protectora de la salud y del medio ambiente y tutelar del derecho de todo habitante a un ambiente sano, aun cuando la molestia no haya alcanzado la dimensión del daño ambiental.

La tutela del ambiente compromete el interés general (dimensión social), ya que la salud de la población es esencial. La Constitución Nacional marca un claro rumbo en ese sentido a través de su artículo 41.

No sólo somos titulares del derecho a un ambiente sano sino que más bien se trata de un claro derecho-deber, conforme se desprende del texto mismo de la norma constitucional del artículo 41, cuando lo reconoce como derecho de todos los habitantes de nuestro país y les asigna el deber de preservarlo.

El gran desafío del derecho ambiental es el equilibrio entre la preservación de la naturaleza y la actividad productiva del hombre; procurar la salud (física y ética) y el equilibrio ecológico como presupuesto de la primera; respetar los derechos personalísimos que a la vez configuran un bien social que se traduce en dignidad humana.

Los costes sociales de la contaminación ambiental son una señal clara de peligro, y todo el mundo contribuye a ella y la padece.

Acorde con la naturaleza de los bienes afectados el derecho ambiental es esencialmente preventivo, el operador jurídico tienen

un papel protagónico, dirigida a evitar que el daño anunciado, y que el riesgo se vuelva real, y neutralizar las consecuencias perjudiciales que su aparición pueda ocasionar.

La cuestión ambiental nos involucra a todos, por ello, el acceso a la información y la participación pública y privada constituyen mecanismos insustituibles en el camino del desarrollo sustentable. El reto es construir ciudades sanas. Si somos capaces de hacer un esfuerzo para ordenar las actividades económicas y sociales en armonía con los valores del ambiente, habremos dado pasos definitivos en dirección a un aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y de la lucha contra la contaminación.

Manifestado lo que antecede, adentrémonos ahora en el estudio del artículo.

Las *inmisiones* constituyen penetraciones o intromisiones provenientes de un inmueble que se difunden a otro, *sea colindante o no, cercano o no*,⁶⁷ siempre que sufra sus consecuencias. Ya el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba esta problemática en su artículo 2618, que fuera reformado por la ley 17.711.

La vida en sociedad exige que, en aras de una convivencia pacífica, el propietario deba soportar una serie de incomodidades derivadas de actividades desarrolladas en los inmuebles vecinos, tales como ruidos, olores, luminosidad, calor, trepidaciones, gases, hollín, vapor, ondas electromagnéticas,⁶⁸ etc., limitándose de este modo su derecho de propiedad.

Pero ello es así siempre que las molestias no superen la normal tolerancia, porque entonces cesa el deber de soportarlas del propietario y el derecho de producirlas del vecino. De lo contrario, y habida cuenta de que los derechos no pueden ser ejercidos de manera abusiva, antifuncional o irregular (artículos 10 y 1973, segundo párrafo *in fine*), nace el derecho de pedir la supresión de aquéllas y la pertinente indemnización de los daños.

⁶⁷ La calidad de *inmueble vecino* ha de ser manejada con criterio flexible, pues lo que importa es que las inmisiones se proyecten y perjudiquen a otro inmueble.

⁶⁸ Respecto de las *ondas electromagnéticas*, ver CNCiv., sala H, 5.12.2007, *La Ley*, supl. diario del 14.5.2008, con nota de Cossari, N., "Las nuevas inmisiones y las ventajas del artículo 2618 del Código Civil".

Porque, como lo ha decidido la Corte Suprema Nacional,

ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública y esparcir en la vecindad la muerte con el uso que haga de su propiedad. La autorización para el funcionamiento de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad.⁶⁹

La norma se refiere a inmisiones derivadas de la actividad del hombre desarrollada en inmuebles, ya que menta a las que se produzcan “por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos”.

En una interpretación flexible se ha opinado que la norma podría aplicarse analógicamente al supuesto de que las inmisiones provinieran de cosas muebles (ej.: buque anclado en un puerto que genera inmisiones sobre inmuebles vecinos).⁷⁰

La enumeración de las causas no tiene carácter taxativo, como resulta de la mención de “inmisiones similares” (tales como serían, por ejemplo: vapor, trepidaciones, hollín, polvo, humedades, ondas electromagnéticas, etcétera).

– Las inmisiones se deben soportar siempre que “no excedan la normal tolerancia, según las circunstancias del lugar”.

Cuándo se produce ese exceso es cuestión de hecho librada a la apreciación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, siendo de fundamental importancia la prueba pericial.

Deberá tenerse en cuenta cierta persistencia y repetitividad, por lo cual cabe descartar a los efectos de la norma la molestia de carácter accidental. El Código Civil de Vélez Sarsfield exigía, en el artículo 2618, “continuidad o intensidad” en la inmisión, exigencia no reiterada expresamente en el texto ordenado por la ley 17.711, pero que puede hacerse jugar como criterio en la determinación de la “normal tolerancia”.

La norma obliga a ponderar “las circunstancias del lugar”, es decir que se deberá tener en cuenta la zona en que se encuentra ubicado el inmueble por el que se reclama a fin de determinar si la molestia excede la normal tolerancia (por ej., no sería lo mismo si

⁶⁹ CSJN, 14.5.1887, causa “Saladeristas de Barracas”, Fallos, t. 31, p. 273.

⁷⁰ Conf. Código Civil y Comercial Comentado, obra colectiva dirigida por Alterini, J. H., op. cit., t. IX, pp. 497/498.

una actividad –v. g. funcionamiento de máquinas ubicadas en instalaciones de una compañía de electricidad– produjera ruidos en un inmueble ubicado en un barrio residencial que si se tratara de un barrio industrial).

La CSJN ha decidido que el límite de la normal tolerancia en la materia debe ser valorado con criterio objetivo, prescindiendo de la particular situación de los sujetos afectados.⁷¹

– La autorización administrativa referida a las actividades perjudiciales no sirve de excusa, ni priva del derecho a efectuar el reclamo, toda vez que “la autorización para establecer manufacturas, máquinas o una empresa cualquiera, incómoda o insalubre, no se concibe sino bajo la condición implícita de no atacar los derechos de terceros” (nota al artículo 2619, Código Civil de Vélez Sarsfield).

– Se otorga al juez las siguientes facultades:

a) disponer la supresión de la causa de la molestia o su cesación o disminución a límites tolerables, pudiendo arbitrar trabajos en ese sentido (por ejemplo, adecuación de las instalaciones).

A ese fin el juez habrá de sopesar distintos factores no excluyentes, ni entre sí ni respecto de otros: el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso (es decir, si hallándose ya instalada una actividad ruidosa en un inmueble, adquiero el lindero), el interés general y las necesidades de la producción (v. g., en el caso de que la cesación de las molestias importara la clausura de un importante establecimiento industrial, la que podría acarrear el despido de numerosos obreros y empleados y el cese de una producción necesaria y útil para la sociedad).

b) y, además, si correspondiere, condenar a la indemnización de los daños causados.

– La responsabilidad es objetiva e independiente de toda idea de culpa, siendo suficiente la existencia del daño y la relación de causalidad entre la actividad y el perjuicio.

Los daños pasibles de indemnización son el *daño material* que se hubiera causado (por ej. grietas en las paredes, deterioro del revoque y pintura de ellas) así como la *disminución del valor locativo o venal del bien afectado*. Si las inmisiones hubieran produ-

⁷¹ CSJN, Fallos: 308:2129.

cido daños en la salud física o psíquica de los afectados, ellos deben ser resarcidos. Lo mismo cabe predicar del *daño moral*.⁷²

– No queda descartada la prevención del daño: artículos 1971/1973.

– Se hallan legitimados para promover el reclamo no sólo los titulares de dominio sino también los que lo fueren de otros derechos reales y, en general, los poseedores y los tenedores, ya que el artículo 1932 determina que estos últimos tienen derecho a exigir el respeto de los límites impuestos en el Capítulo 4, Título 3 del Libro Cuarto.

En materia de acciones reales, apoya este criterio amplio el artículo 2248, que también otorga legitimación al acreedor hipotecario en la situación contemplada en el tercer párrafo de esa norma.

Podrán formularlo a través de las pertinentes acciones que defienden la posesión y la tenencia y, en su caso, de la acción real confesoria (artículos 2248, párrafos tercero y cuarto y 2264).

– En cuanto a la prescripción, cabría formular alguna distinción.

Respecto del reclamo enderezado al cese de las molestias, se ha sostenido que no estaría sujeto a ningún término de prescripción, pues aunque se estimara que el silencio guardado implicó consentir las molestias producidas en el pasado, ello no equivaldría a la renuncia al derecho de pedir en cualquier tiempo su eliminación.

En cuanto al vinculado con la indemnización de los daños, quedaría atrapado por el plazo de tres años consagrado en el artículo 2561, segundo párrafo, que se aplica a los reclamos por indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil. Contados desde la producción del perjuicio o desde que se tuvo conocimiento de su existencia.

8.4.4. El agua y los ribereños y vecinos

El *agua* es considerada una *cosa* en su concepción jurídica. El maestro Allende entiende que el agua, en las condiciones que es presentada por la naturaleza en los ríos, arroyos, lagunas, lagos, etc., es una cosa *inmueble por su naturaleza* (cf. artículo 225). Si, en cambio, corre por acueductos, canales o cañerías, o está conte-

⁷² Pues las inmisiones pueden provocar mortificación del ánimo y pérdida de la tranquilidad, motivando zozobras perturbadoras del sosiego espiritual y del derecho a la paz: CNCiv. y Com. Federal, sala II, 12.4.94, *La Ley*, supl. diario del 28.9.1994.

nida en piletas, represas o estanques, es *inmueble por accesión* (cf. artículo 226). Y cuando el agua es separada de la fuente o el río; o bien cuando se encuentre provisionalmente en algún receptáculo, es considerada *cosa mueble*, en concordancia con el artículo 227.⁷³

Los modos de adquirir el dominio, relacionados con el agua, y las restricciones, de la lluvia, aguas surgentes, servidas, fue preocupación del Codificador de 1871.⁷⁴

Para Lafaille –refiriéndose al Código Civil de Vélez Sarsfield– el defecto más grave de nuestro derecho positivo consiste en haber reglamentado lo referente a las aguas junto con las restricciones y límites al dominio. Hasta podría objetarse que gran parte de esas normas atañen al uso de las aguas públicas y nada tienen que hacer con el dominio de ellas, ni con su régimen normal.⁷⁵

El Proyecto de Código del año 1998 mantiene el principio al regular en los artículos 1915 “Obstáculos a curso natural de las aguas” y 1916 “Recepción de aguas, arenas y piedras”.

El Código Penal reprime: a) El daño a las cosas, lo que incluye al agua tanto como cosa dañosa como cosa dañada (artículos 183 y 184 CP); b) La inundación, frecuentemente provocada por obras o modificaciones ilícitas del terreno (artículo 187 y ss. CP). c) Los delitos contra la salud. Mediante la inundación pueden cometerse esos delitos (artículos 202 a 206 CP); d) El envenenamiento, adulteración o contaminación ambiental o del agua mediante los residuos que la Ley 24.051 tipifica como peligrosos y la inundación puede generar (artículo 55).

El CCCN regula, el camino de sirga (artículo 1974); sobre los obstáculos al curso de las aguas (artículo 1975) y recepción de agua, arena y piedras (artículo 1976).

⁷³ Allende, Guillermo, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, pp. 47/48.

⁷⁴ El Código Civil de Vélez Sarsfield no se limita a imponer restricciones y límites al dominio, sino que también impone medidas protectoras de la acción del agua, como el camino de sirga (artículos 2639/40) la incolumidad del transporte fluvial (artículo 2641), la negación de privilegios a los ribereños (artículo 2642) con la excepción de construir obras para volver el agua al estado anterior (artículos 2643/44), la prohibición de extender las presas del ribereño más allá de la mitad del curso de agua (artículo 2646), la de enviar determinada agua al predio inferior y la de recibirla en determinadas circunstancias (artículos 2647 y sigs.). Además, somete la construcción de represas al derecho administrativo (artículo 2645).

⁷⁵ Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Ediar, nº 821, p. 11.

8.4.5. Camino de sirga

Artículo 1974:

El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad.

Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo.

La denominación "camino de sirga" que se aplica a la franja referida en el artículo deriva de la circunstancia de que, en oportunidades, los barcos son tirados o remolcados desde la orilla de los cauces de agua por medio de gruesas cuerdas llamadas "sirgas". La conducción de las embarcaciones con la sirga puede hacerse desde la tierra por hombres, animales o motores; y esta tracción exige que una franja de terreno esté libre de obstáculos a los efectos de satisfacer este fin. Es claro que actualmente el avance tecnológico vinculado con los motores de las embarcaciones y la existencia de remolcadores, tornan cada vez menos frecuente que se practique la navegación "a la sirga".⁷⁶

El Código Civil de Vélez Sarsfield regulaba el camino de sirga en sus artículos 2639 y 2649. Y aun cuando se han alzado voces proponiendo su supresión (así Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954), él ha sobrevivido en el artículo 1974 del nuevo Código.

a) La limitación se impone a los dueños de inmuebles colindantes con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas y a lo largo de todo su curso. Se entienden comprendidos también los propietarios que, sin ser colindantes con el cauce, se encuentren dentro de la franja determinada por la ley.

Resulta exigible asimismo a poseedores y tenedores, según lo establece el artículo 1933.

La referencia de la norma a las "riberas" permite incluir en ella a los lagos y lagunas, cuya "línea de ribera" aparece determinada

⁷⁶ Antecedentes pueden encontrarse en el derecho romano, en el español y en el francés. Entre nosotros, en el Derecho Patrio (decreto del año 1823, del gobernador Martín Rodríguez).

en el artículo 235, inciso d) de la misma manera que las aguas que corren por cauces naturales. Claro está, siempre que ellos sirvan al transporte por agua.

b) Debe tratarse de aguas aptas para el transporte por agua, comprendiéndose las navegables propiamente dichas y también las "flotables", esto es, las de menor profundidad que son utilizadas por canoas, balsas, jangadas y lanchas de poco calado.⁷⁷

c) la finalidad de la limitación es facilitar la circulación por tierra en miras a las necesidades de la navegación, de la flotación, del salvamento y de la pesca realizada desde embarcaciones, es decir, la navegación en sentido lato.⁷⁸

La Corte Suprema Nacional ha resuelto que el Estado no podría disponer en dicha franja la realización de obra alguna (muelles, puertos, etc.), ni afectarla al tránsito por tierra; a ese fin debería proceder a expropiar el terreno.⁷⁹

d) La franja que se obliga a dejar libre es de quince metros contados desde la orilla del cauce (línea de ribera), determinada según lo establece el artículo 235, inciso c), en armonía con el artículo 1960 (*promedio de las máximas crecidas ordinarias*).

En esta franja el propietario no puede llevar a cabo acto material alguno que menoscabe aquella finalidad, siendo ésta una cuestión de hecho librada eventualmente a la apreciación judicial.⁸⁰ Lo mismo cabe predicar respecto de los actos jurídicos: así, el propietario podría constituir una servidumbre sobre la franja (pues el dominio no lo ha perdido), siempre que el ejercicio de tal servidumbre no menoscabara las finalidades que se endereza a satisfacer el camino de sirga, en los términos expuestos.

e) Como se trata de una limitación al dominio, es claro que el propietario no pierde el dominio de la franja.⁸¹

⁷⁷ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4.8.2009, causa "Las Mañanitas SA c/ Neuquén Provincia", *El Derecho*, supl. diario del 26.8.2009.

⁷⁸ Conf. CSJN, causa "Las Mañanitas", *cit.*

⁷⁹ Conf. causa "Las Mañanitas", *cit.*

⁸⁰ El artículo 2639 Código Civil de Vélez Sarsfield disponía que "los propietarios no pueden hacer en ese espacio construcción ninguna, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna".

⁸¹ Quedan descartadas las discusiones generadas sobre el tema de la naturaleza del camino de sirga, con motivo de los términos del artículo 2639 Código Civil de Vélez Sarsfield, que se refería a una "calle o camino público".

Mas por lo mismo, tampoco puede pretender indemnización alguna en razón de ese deber que se le impone (artículo 1971).

f) la norma legitima a "todo perjudicado" para pedir que "se remuevan los efectos de los actos violatorios del artículo".

8.4.6. Obstáculo al curso de las aguas

El artículo 1975 dice:

Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

El artículo 1975 del CCCN, limita el dominio de los inmuebles linderos a un curso de agua prohibiéndoles la realización de obras que alteren o modifiquen la dirección o velocidad del curso natural de las aguas, a menos que se trate de obras defensivas.

Si alguno de los ribereños resulta perjudicado por trabajos de otro ribereño o aun de un tercero, tiene derecho a remover por sí mismo el obstáculo, construir obras defensivas y reparar las destruidas y realizar las demás enderezadas a volver el curso de agua al estado anterior, pudiendo reclamar del autor de aquéllos el valor de los gastos insumidos por el restablecimiento de las aguas a su estado anterior y la indemnización de los demás daños.

Si las alteraciones del curso del agua derivaron de caso fortuito o de fuerza mayor, se determina que el Estado sólo deberá restablecer las aguas a la situación anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Cuando la Constitución Nacional encomienda al Estado proveer a la protección del derecho al ambiente ello implica que no sólo le manda organizar el aparato judicial con todos los medios informá-

uticos que demanda e instituir procedimientos ágiles y seguros, sino que, además, le encomienda proveer prestaciones más complejas y costosas, algunas de las cuales son: a) La utilización racional de los recursos naturales; b) La preservación del patrimonio natural y cultural, del impacto de la inundación, entre otros.

Por ello las normas del Código y de los Códigos de Agua prohíben modificar el escurrimiento natural del agua de lluvia y de inundación; y se somete a decisión administrativa toda acción al respecto.

Las leyes llamadas de uso del suelo y los planes reguladores tanto urbanos como rurales determinan los lugares en que no se permite construir o reglamentan la construcción han dado una respuesta jurídica a la inundación, incluida la natural.

8.4.7. Recepción de agua, arena y piedras

Según el artículo 1976, como limitación al dominio —no indemnizable—,

debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

Cabe advertir que corresponde armonizar el artículo 1976 con lo dispuesto en el artículo 2166 (referido a servidumbres), armonización de la que deriva que, como limitación no indemnizable debe recibirse el agua aun extraída artificialmente y la arena o piedras que ella desplaza, si el beneficiado probare que no causa perjuicio. En cambio, a tenor del 2166, en el caso de agua extraída o degradada pero que *causa perjuicio pero éste no fuera grave*, existirá la posibilidad de reclamar la constitución de la servidumbre forzosa indemnizable; y *si causa perjuicio grave*, se podrá reclamar igualmente la constitución indemnizable, pero debiendo ser el agua canalizada subterráneamente o en cañerías.⁸²

⁸² Conf. Mariani de Vidal, M.; Abella, A., "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012", *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, Estudios de Derechos Reales, 2012-IV, p. 51.

8.4.8. Instalaciones provisionales y paso de personas que trabajan en una obra

Artículo 1977

Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisionales en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados.

Se trata de limitaciones —no de servidumbres, salvo que fueran convenidas por los vecinos— impuestas en interés del vecino que decide edificar o reparar su inmueble. Con base en las relaciones de vecindad, se exige la tolerancia que hace posible ejecutarlas. Sin indemnización por las molestias, es decir, por la colocación de instalaciones en el inmueble lindero o por el paso de quienes realizan los trabajos, pues no se trata de una servidumbre (artículo 1971). No obstante, si por el obrar negligente del que lleva a cabo la obra se produjeran daños, éstos sí los debe reparar.

Claro que se impone considerar la limitación con carácter provisorio e indispensable, conciliando los intereses de los vecinos involucrados.

8.4.9. Vistas

Artículo 1978:

Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante.⁸³

La previsión se endereza a la protección de la intimidad.

Las vistas son aberturas (ventanas, balcones, etc.) que permiten la visual sobre el inmueble vecino. La definición de “muro lindero” surge del artículo 2006, inciso a).

⁸³ Por ejemplo, si existe un balcón, el límite se cuenta desde el borde exterior del balcón.

Las vistas pueden ser frontales o laterales.

Las *frontales* son las que permiten que una persona de pie, sin girar la cabeza, pueda ver el fundo vecino; son las que atentan contra la privacidad del vecino en mayor medida, por eso la distancia requerida es mayor. Las *laterales* son las que permiten la visual del fundo vecino sólo de costado, siendo necesario a ese fin girar la cabeza hacia un lado u otro.

Las *distancias* establecidas en el artículo tienen carácter supletorio de las que puedan establecer las leyes locales.

El perjudicado tiene acción para requerir el cumplimiento de las distancias o la destrucción de las obras, no obstante para ello que cuenten con autorización administrativa. Con el resarcimiento del daño causado, si lo hubo.

En cuanto a la legitimación para deducir el reclamo, remitimos a lo dicho al comentar el artículo 1973.

Todo ello sin perjuicio de que la autoridad municipal pueda hacer cumplir las disposiciones urbanísticas pertinentes y adoptar las medidas necesarias a ese fin (por ej. hacer cerrar las ventanas), en ejercicio de su poder de policía urbanística.

8.4.10. Luces

Artículo 1979:

Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero (artículo 2006, inciso a) no pueden tenerse luces a menor altura que la de un metro ochenta centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura.

Las *luces* (o “luceras”) son aberturas que permiten pasar la luz y el aire, pero no observar el fundo vecino.

Las alturas dispuestas apuntan, como en el caso de las vistas, a preservar la intimidad del vecino.

Si bien el dispositivo hace referencia al muro lindero (artículo 2006, inciso a), se opina que, si se trata de un muro medianero (artículo 2006, inciso d), las aberturas estarían sujetas al régimen de la medianería (artículos 2006 y siguientes), de donde la previsión se vincularía sólo con los muros privativos (artículo 2006, inciso e).

También aquí las distancias establecidas son supletorias de las que pudieran determinar las leyes locales.

El incumplimiento da lugar a que el legitimado requiera la supresión de las luces antirreglamentarias y, si existiera perjuicio, su resarcimiento.

En cuanto a la legitimación para deducir el reclamo, remitimos a lo dicho al comentar el artículo 1973.

Excepción a distancias mínimas

Artículo 1980:

Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1978 y 1979 no se aplican si la visión está impedida por elementos fijos de material no transparente.

Ello es así porque, existiendo tales elementos, la intimidad del vecino quedaría resguardada.

A diferencia del artículo 2655 del Código Civil de Vélez Sarsfield, la nueva norma no exige que se coloquen rejillas de hierro con barras a cierta distancia. Sólo impone que los elementos fijos no permitan la visión.⁸⁴

Material no transparente sería el que permite pasar la luz pero no ver.

Privación de luces o vistas

Artículo 1981:

Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo (artículo 2006, inciso e) no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.

Ello así toda vez que las luces y vistas son una limitación al dominio del vecino y no una servidumbre (salvo que los vecinos convinieran en la constitución de ésta).

Por eso, cuando se trata de muro privativo del que construyó las aberturas (artículo 2006, inciso e), quien las construyó no puede

⁸⁴ En consonancia con este criterio, las lucernas podrían tener vidrios móviles, siempre que la abertura que derivara de tal movilidad —la que haría posible airear la habitación— no permitiera ver el inmueble vecino.

impedirle al vecino que, en ejercicio de su derecho de propiedad, levante otro muro y lo prive de la luz o de la vista.

Es claro que esta facultad no puede ser ejercida abusivamente (artículo 10).⁸⁵

Si el muro es medianero, se aplican las normas propias de la medianería (artículo 2006 y siguientes).

8.4.11. Árboles, arbustos u otras plantas

Artículo 1982:

El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo.

La norma no consagra distancias mínimas para plantar árboles o arbustos a contar de la línea divisoria de los inmuebles,⁸⁶ pero establece que no pueden causar a los vecinos molestias que excedan la normal tolerancia (tales serían, por ejemplo, humedades, disminución de luminosidad, absorción de nutrientes del suelo ajeno, etcétera).

El dueño afectado puede exigir que sean retirados los árboles o arbustos, salvo que las molestias fueran susceptibles de ser evitadas con el simple corte de ramas. Obviamente, también podrá pedir solamente el corte de las ramas, sea que ellas se extiendan en el terreno vecino o en el propio del reclamante.

Además, se faculta al vecino a cortar las raíces cuando han penetrado en su fundo. Se trata de una hipótesis en la que se autoriza la justicia por mano propia.

También en las hipótesis del artículo, las prerrogativas que concede no pueden ser ejercidas abusivamente (artículo 10).

⁸⁵ Se cita como paradigmático el caso de un vecino que construyó a corta distancia del límite de los fundos un tabique de madera innecesario en el propio y lo pintó de negro para oscurecer la casa del vecino.

⁸⁶ Como sí lo hacía el artículo 2628 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

9. Ley de Tierras Rurales

El territorio, como entorno vital del hombre, está condicionado por el interés común y por ello la intervención pública en su ordenamiento. La historia enseña cómo la extranjerización de las tierras puede conducir a la pérdida de la soberanía de un país y/o su fragmentación geográfica, por lo que la política tendiente a evitarla constituye la respuesta que nuestros legisladores consideraron acertada frente a los graves desafíos que enfrenta el país. En el ejercicio de la soberanía del Estado sobre el territorio se dicta la ley de Tierras Rurales.

9.1. Ley 26.737

La Ley 26.737 de Tierras Rurales (promulgada el 27/12/2011 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2011) establece el régimen de protección sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales,⁸⁷ y de inmuebles que contengan o sean ribereños de cuerpos de agua de envergadura o permanentes y en zonas de seguridad de frontera.⁸⁸

Consta de cinco capítulos: 1. Ámbito territorial y personal de su aplicación, 2. Del objeto, 3. Los límites al dominio extranjero sobre la propiedad o posesión de las tierras rurales, 4. Del Registro Nacional de Tierras Rurales y 5. Del Consejo Interministerial de Tierras Rurales.

Rige en todo el territorio de la Nación Argentina, con carácter de orden público; no afecta derechos adquiridos y sus disposiciones entraron en vigor el día siguiente al de su publicación. Debe ser observada según las respectivas jurisdicciones, por las autoridades del gobierno federal, provincial y municipal, y se aplica a todas las personas físicas y jurídicas que, por sí o por interpósita persona,

⁸⁷ A los efectos de la ley 26.737, se entenderá por *tierras rurales* todo predio ubicado fuera del ejido urbano, independientemente de su localización o destino. A su vez, el artículo 1 del *Decreto Reglamentario 274/2012* establece que, a los efectos de la aplicación de la ley, las tierras rurales serán las que surjan de extraer de la totalidad del territorio provincial, departamental, municipal o divisiones políticas equivalentes el correspondiente a los ejidos urbanos determinados a partir de las constituciones, leyes o decretos provinciales, cartas orgánicas u ordenanzas municipales.

⁸⁸ Con las excepciones y procedimientos establecidos por el Decreto-ley 15.385/1944 modificado por la ley 23.554.

posean tierras rurales, sea para usos o producciones agropecuarias, forestales, turísticas u otros usos (artículo 1).

9.2. Sujetos y actos comprendidos en la limitación a la titularidad extranjera

Sujetos. Conforme el artículo 3 de la Ley de Tierras Rurales, se entenderá que toda adquisición, transferencia, cesión de derechos posesorios, cualquiera sea la forma, denominación que le impongan las partes y extensión temporal, *se limita* si se trata de:

a) Personas físicas de nacionalidad extranjera, tengan o no su domicilio real en el territorio de la Nación Argentina, con las excepciones establecidas en el artículo 4 de la ley.

b) Personas jurídicas, según el marco previsto en el artículo 32 del Código Civil de Vélez Sarsfield constituidas conforme las leyes societarias de la Nación Argentina o del extranjero, cuyo capital social, en proporción superior al cincuenta y uno por ciento o en proporción necesaria para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, sea de titularidad de personas físicas o jurídicas, de nacionalidad extranjera, en las condiciones descriptas en el inciso precedente.⁸⁹

⁸⁹ Asimismo quedan incluidas en este precepto: 1. Las personas jurídicas, cualquiera sea su tipicidad social, que se encuentren en posición de controladas por cualquier forma societaria o cooperativa extranjera, de conformidad con las definiciones que se establecen en esta ley, en un porcentaje mayor al veinticinco por ciento o tengan los votos necesarios para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario. 2. Aquellas personas físicas o jurídicas extranjeras que, sin acreditar formalmente calidad de socios, actúan en una sociedad como si lo fueren. 3. Las sociedades que hayan emitido obligaciones negociables o debentures y ello permita a su legítimo tenedor acrecer en sus tenencias accionaria o convertirlas en acciones en un porcentaje superior al veinticinco por ciento o que se les permita formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, y se trate de personas físicas o jurídicas extranjeras, de conformidad con las definiciones que se establecen en esta ley. 4. Cuando se transfiera la propiedad, bajo cualquiera de las formas previstas en las leyes vigentes, en virtud de un contrato de fideicomiso y cuyos beneficiarios sean personas físicas o jurídicas extranjeras en porcentaje mayor al autorizado en el inciso anterior. 5. Las sociedades de participación accidental, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, según la regulación de la Ley de Sociedades y toda otra forma de colaboración empresarial de carácter accidental y provisorio que se regule en el futuro, cuando en ellas participen personas físicas o jurídicas extranjeras en porcentaje mayor al autorizado en esta ley. c) Personas jurídicas de derecho público de nacionalidad extranjera. d) Simples asociaciones, en los términos del artículo 46 del Código Civil, o sociedades de hecho, en iguales condiciones respecto de su capital social a las previstas en el inciso b).

El espíritu de la ley es impedir que la participación extranjera sea superior al cincuenta y uno por ciento o que, en un porcentaje menor, tenga el control de la voluntad social.

Tratándose de un fideicomiso entendemos que los límites a la titularidad y posesión de las tierras comprenden a quien percibe los frutos o las rentas del fideicomiso, o sea, al beneficiario, al dueño fiduciario y al fideicomisario.

Queda prohibida toda interposición de personas físicas de nacionalidad argentina, o de personas jurídicas constituidas en nuestro país, a los fines de configurar una titularidad nacional figurada para infringir las previsiones de la ley. Ello se considerará una simulación ilícita y fraudulenta (artículo 6).

Excepciones. Quedan exceptuadas de la aplicación de la Ley de Tierras Rurales las siguientes personas físicas de nacionalidad extranjera:

- a) aquellas que cuenten con diez años de residencia continua, permanente y comprobada en el país;
- b) los que tengan hijos argentinos y demuestren una residencia permanente, continua y comprobada en el país de cinco años;
- c) aquellas que se encuentren unidas en matrimonio con ciudadano/a argentino/a con cinco años de anterioridad a la constitución o transmisión de los derechos pertinentes y demuestre residencia continua, permanente y comprobada en el país por igual término.

Actos comprendidos. Los actos comprendidos, son los que tengan por fin inmediato la transmisión del derecho real de dominio o condominio, como así también la constitución o transmisión de cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles que se ejercen por la posesión.

Quedan abarcados entonces también los actos que tengan por objeto constituir los derechos reales de usufructo, uso, superficie y anticresis.

Asimismo, se incluyen a los instrumentos privados por los cuales se hace entrega de la posesión, o sea que un boleto de compraventa en el que se hace entrega de la posesión queda comprendido en las disposiciones de la ley.

No quedan incluidos en la prohibición los arrendamientos rurales, ya que en estos contratos el arrendatario solamente adquiere la tenencia.

9.3. Límites a toda titularidad

Se establece en el quince por ciento el límite a toda titularidad de dominio o posesión de tierras rurales en el territorio nacional respecto de las personas y supuestos regulados por la ley en el Capítulo 3.

Dicho porcentual se computará también sobre el territorio de la provincia, municipio o entidad administrativa equivalente en que esté situado el inmueble rural.⁹⁰

El artículo 9 de la ley dice:

En ningún caso las personas físicas o jurídicas de una misma nacionalidad extranjera podrán superar el treinta por ciento del porcentual asignado en el artículo precedente a la titularidad o posesión extranjera sobre tierras rurales.

Las tierras rurales de un mismo titular extranjero no podrán superar las mil hectáreas en la zona núcleo,⁹¹ o superficie equivalente, según la ubicación territorial.

⁹⁰ A los fines de determinar el límite de titularidad extranjera del quince por ciento sobre el territorio nacional, se tendrá en cuenta la superficie continental americana. El territorio de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur será considerado en los cálculos a que se refiere la presente ley una vez cumplido el objetivo establecido en la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional. En lo que respecta al Sector Antártico Argentino, resulta de aplicación el régimen jurídico establecido por el Tratado Antártico. A los efectos del cumplimiento de la Ley 26.737, la superficie total de cada provincia será establecida por el Consejo Interministerial de Tierras Rurales. Hasta que ello ocurra, la autoridad de aplicación tomará como parámetro la información provista por otros organismos oficiales especializados. En las provincias con municipios ciudad o de ejidos no colindantes, la determinación de la limitación del quince por ciento atenderá a la superficie total de tierras rurales por departamento o división política equivalente, que será informada por la provincia a la autoridad de aplicación dentro de los sesenta días de aprobada la presente reglamentación. En las provincias con municipios distritales o de ejidos colindantes, que contienen tierras rurales y urbanas, la determinación de la limitación del quince por ciento atenderá a la superficie total del municipio, deducidos sus ejidos urbanos. Esta superficie será informada por la provincia y el municipio a la autoridad de aplicación.

⁹¹ Según el artículo 10 del decreto reglamentario, la denominada zona núcleo queda comprendida por los departamentos de Marcos Juárez y Unión en la provincia de Córdoba; Belgrano, San Martín, San Jerónimo, Irigoyen, San Lorenzo, Rosario, Constitución, Caseros, General López en la provincia de Santa Fe; y los partidos de Leandro N. Alem, General Viamonte, Bragado, General Arenales, Junín, Alberti, Rojas, Chivilcoy, Chacabuco, Colón, Salto, San Nicolás, Ramallo, San Pedro, Baradero, San Antonio de Areco, Exaltación de la Cruz, Capitán Sarmiento y San Andrés de Giles en la provincia de Buenos Aires.

A los efectos del otorgamiento del certificado de habilitación, la autoridad de aplicación deberá controlar la cantidad de tierras rurales que posea o de las que sea titular la persona adquirente.

9.4. Organismos creados por la Ley 26.737

Registro Nacional de Tierras Rurales. Es la autoridad de aplicación y tiene las siguientes funciones específicas:

- a) Llevar el registro de los datos referentes a las tierras rurales de titularidad o posesión extranjera en los términos de la presente ley.
- b) Requerir a las dependencias provinciales competentes en registración, catastro y registro de personas jurídicas la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.
- c) Expedir los certificados de habilitación de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre tierras rurales en los supuestos comprendidos por esta ley. Los certificados de habilitación serán regulados por la reglamentación de la ley y serán tramitados por el escribano público o autoridad judicial interviniente.

d) Ejercer el control de cumplimiento de la presente ley, con legitimación activa para impedir en sede administrativa o reclamar la nulidad en sede judicial de los actos prohibidos por esta ley.

El Registro Nacional de Tierras Rurales estará facultado para controlar el cumplimiento de la Ley N° 26.737. En tal sentido, podrá intervenir en sede administrativa y accionar judicialmente en los fueros civil y penal, quedando facultado expresamente para constituirse en actor civil y parte querellante.

Consejo Interministerial de Tierras Rurales. Tiene las siguientes funciones: a) Dirigir las acciones para el cumplimiento de la presente ley. b) Ejecutar la política nacional sobre tierras rurales. c) Recabar la colaboración de organismos de la administración centralizada y descentralizada del Estado nacional y las provincias. d) Determinar la equivalencia de superficies del territorio nacional a que hace referencia el artículo 10 de la presente ley, sobre la base de los instrumentos técnicos elaborados por los organismos oficiales competentes.⁹²

⁹² El decreto reglamentario dice que el Consejo Interministerial de Tierras Rurales será integrado por los respectivos ministros y secretarios nominados en el artículo 16

9.5. Certificado de habilitación para los actos de transferencia de derechos de propiedad o cesión de derechos posesorios sobre tierras rurales

Los propietarios deberán tramitar un certificado de habilitación ante el Registro Nacional de Tierras Rurales.

La solicitud del certificado de habilitación deberá contener la información que el Registro Nacional de Tierras Rurales determine para cada caso y será efectuada por los interesados o profesionales intervinientes, los que deberán acompañar el duplicado del plano catastral y el correspondiente informe de dominio de la propiedad objeto de la transferencia.

Los escribanos, profesionales o funcionarios intervinientes responsables de calificar la calidad de los sujetos exceptuados que intervengan en el acto, deben solicitar la documentación necesaria para acreditar la excepción.

Corresponderá que el interviniente deje constancia de la calificación en el instrumento público de otorgamiento del acto y adjunte los documentos habilitantes al mismo y, en su caso, al protocolo.

9.6. Deber de comunicación del otorgamiento del acto

El escribano público o profesional interviniente deberá comunicar al Registro Nacional de Tierras Rurales el otorgamiento del acto que comprenda los supuestos de la ley, dentro del plazo de veinte días de ocurrido, y de conformidad con formulario que refiere el decreto reglamentario.

En igual plazo, deberá comunicar las transferencias de propiedades y cesiones de derechos posesorios operados por los sujetos comprendidos en la ley hacia terceros no alcanzados.⁹³

de la Ley 26.737 y durarán todo el término de sus designaciones en tales cargos. Las provincias estarán representadas por sus ministros o secretarios de Agricultura, Ganadería y Pesca, o por sus ministros o secretarios de la Producción, según corresponda a la organización provincial. Las funciones serán ejercidas con carácter *ad honorem*. La sede del Consejo Interministerial de Tierras Rurales será la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho Consejo dictará su propio reglamento de funcionamiento en un plazo no mayor de sesenta días desde la publicación del decreto. Asimismo, fijará la periodicidad de sus reuniones, las que serán como mínimo tres por año calendario y podrán ser convocadas por su presidente o a requerimiento de tres de sus miembros (artículo 16).

⁹³ En los supuestos de escrituras otorgadas en el marco de las excepciones (artículo 4 Ley 26.737), se deberá presentar ante el Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la

Los otorgantes y/o los profesionales intervinientes en las operaciones comprendidas por la Ley 26.737 o su reglamentación, que incumplan las obligaciones indicadas en la norma, o provoquen la obstrucción de las tareas de fiscalización del Registro Nacional de Tierras Rurales serán pasibles de sanciones, aplicables en cada caso de acuerdo a la gravedad de la infracción y a los antecedentes del infractor.

9.7. Efectos de la violación de la ley

El artículo 7 de la Ley de Tierras Rurales dice:

Todos los actos jurídicos que se celebren en violación a lo establecido en la presente ley *serán de nulidad total, absoluta e insanable*, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes del acto antijurídico. A los efectos de esta disposición, se considerarán partícipes quienes hicieran entrega de las tierras u otorgaren instrumentos, públicos o privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos. La autoridad de aplicación está facultada a examinar los actos jurídicos conforme su naturaleza real, sin sujetarse al nombre que le impongan las partes otorgantes.

La Ley de Tierras Rurales no afecta derechos adquiridos, es decir, que se hubieran incorporado al patrimonio con anterioridad a su entrada en vigor.

operación en la que se califique la excepción. En los supuestos en que se deba comunicar al Registro Nacional de Tierras Rurales el otorgamiento de una *escritura con el certificado de habilitación*, se deberá presentar ante el citado Registro: 1) formulario correspondiente debidamente cargado y abonado; 2) escritura o instrumento que acredite la operación.

El derecho real de condominio

1. El derecho real de condominio

El Título 4 del Libro 4 del CCCN regula el derecho real de condominio.

Conforme el artículo 1983:

El condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa. Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción.

Uno de los caracteres del dominio es su exclusividad (artículo 1943: no puede haber más de un titular del dominio). No obstante, como la realidad presenta supuestos en que varias personas ostentan la titularidad de una cosa (por ejemplo, si la adquieren en común o la heredan varios), ya desde antiguo apareció la necesidad de regular este supuesto. Y se lo ha hecho a través de la figura de la denominada "propiedad en mano común" (régimen germánico)¹ o la de la propiedad por cuotas partes o partes indivisas del Derecho Romano.

¹ La propiedad de la cosa pertenece a todos los comuneros reunidos, pero ninguno de ellos ejerce ningún derecho individual, ni siquiera por una cuota parte, pues no existen las cuotas partes. A los comuneros les está vedada la realización de cualquier acto material o jurídico sobre la cosa si no se cuenta con el consentimiento unánime de todos y el derecho de cada uno se limita a participar en la medida de su interés en la liquidación final. La cosa está afectada al pago de los

El Código regula el condominio como derecho real autónomo sobre cosa propia, del que son titulares dos o más personas y que, a diferencia del dominio, se ejerce sobre partes indivisas o ideales, abstractas, o alícuotas.

Adopta la figura del denominado "condominio románico" o "condominio por cuotas o partes ideales o porcentuales", siguiendo el Código Civil de Vélez Sarsfield.

No es condominio la comunión de bienes que no sean cosas. En ese caso, se tratará de una *comunidad* (aparece cuando la titularidad de uno o varios derechos o de un patrimonio corresponde a varias personas), pero no de un condominio: *la comunidad es el género y el condominio (recae sobre cosas) una especie de éste*, aunque ciertamente el más frecuente.

Ejemplos de comunidad: obligaciones indivisibles o solidarias de sujeto plural; la comunidad hereditaria (varias personas heredan al fallecido), relaciones patrimoniales que surgen del matrimonio en el régimen de comunidad (artículos 463 al 504), cusufructo, coperficie, cotitularidad de derechos intelectuales (artículo 9, ley 22.362), etcétera.

1.1. Características de este derecho real

1) *Pluralidad de sujetos*. El derecho de propiedad sobre una cosa pertenece en común a varias personas humanas o jurídicas. En consecuencia los titulares deben ser dos o más, pues de lo contrario nos encontraríamos frente al dominio.

2) *Objeto: las cosas*. Pueden ser una o varias cosas muebles o inmuebles, registrables o no.

3) *Existencia de cuotas partes ideales carentes de materialidad*. El derecho de propiedad de cada condómino es "por una parte indivisa" o alícuota o cuota-parte que puede ser por la mitad, un tercio, un cuarto, etcétera.

4) *El derecho del condómino sobre la cosa común no se fracciona en partes materiales*, no se asienta sobre ellas, sino que se extiende a la totalidad de las cosas, por las partes indivisas, ideales, alícuotas, cuotas, proporciones o participaciones.

acreedores comunes, sin que pueda ser agredida por los acreedores particulares de los comuneros, que sólo podrán caer sobre los saldos líquidos que les correspondieran a éstos.

Ello explica una serie de disposiciones del Código como:

a) el uso y goce de toda la cosa común por los distintos condóminos (artículo 1986);

b) la posibilidad de defender la coposesión de toda la cosa por las acciones posesorias (artículo 2245) y, por analogía, los interdictos;

c) la atribución a cada condómino de las acciones reales (artículo 2251);

d) la expansión del derecho de los condóminos ante la renuncia o abandono de alguno de los cotitulares (artículo 1989);

e) el derecho a la división del condominio sin indivisión forzosa, en principio en forma irrestricta (artículo 1997).

1.2. Presunción sobre la igualdad de partes

El CCCN establece que las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título, disponga otra proporción. La presunción es *iuris tantum*, y únicamente funciona en caso de duda.

Es fundamental la determinación de la parte indivisa para el ejercicio de los derechos que el condómino tiene sobre ella, y las facultades y cargas sobre la cosa en la medida de su parte.

Se aplica este principio en la distribución de los frutos, en la adopción de decisiones sobre la administración y explotación de la cosa común, la contribución a los gastos y reparaciones, y especialmente en la participación de cada condómino en la oportunidad de la partición.

La parte indivisa se expresa en quebrados, y si la cosa es registrable, así se inscribe en la matrícula o folio del Registro de la Propiedad pertinente.

1.3. Aplicación subsidiaria de sus normas

El artículo 1984 dice:

Las normas de este Título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes.

Las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este Título.

La aplicación *subsidiaria* al condominio de las normas del dominio (artículos 1941 al 1982) parece recoger la doctrina mayoritaria, que atribuye naturaleza dominial al condómino.

También resulta conveniente que se disponga expresamente la aplicación de las normas del Título a toda comunidad de derechos reales o de otros bienes, *en subsidio de disposición legal o convencional*.

En tal sentido, es conocido el disenso planteado respecto de la comunidad hereditaria y el condominio.

Más allá de que pueda observarse entre ellos una cierta equivalencia,² no se ha dejado de señalar la existencia de *diferencias* relevantes. Entre otras mencionamos:

1) el objeto: en la comunidad hereditaria son los bienes; en el condominio son las cosas.

2) la administración: en la comunidad hereditaria se resuelve por unanimidad y de no lograrse decide el juez; en el condominio la resolución se adopta por mayoría absoluta.

3) las causas por las que se origina la comunidad hereditaria es forzosa; en cambio el condominio nace por contrato, por acto de última voluntad y en los casos que designe la ley;

4) el reparto del objeto: en la comunidad hereditaria puede ocurrir por acuerdo de voluntad de los comuneros plenamente capaces, y no importa la proporcionalidad tan exactamente; en el condominio el reparto es en forma proporcional al porcentual de cada condómino.

5) el juez competente para entender la partición: en la herencia es el juez del sucesorio; en la partición del condominio el juez del lugar de situación de la cosa;

6) para disponer de bienes de una comunidad hereditaria debe haber acuerdo unánime de todos los herederos; en cambio el condómino tiene la libre disposición de su parte indivisa.

Con lo dicho cuando dos o más sujetos son llamados a suceder como herederos universales o de cuota, no pueden aducir derecho en concreto a bien alguno de los transmitidos por la sucesión, de modo tal que todos son de todos, y según su porcentaje en la herencia hasta la partición.

1.4. Constitución del condominio

El condominio puede surgir de:

- 1) contrato,
- 2) acto de última voluntad (caso del legado de una cosa a dos o más personas),
- 3) los casos que la ley designa (ej.: el de los muros medianeros)
- 4) usucapión (si ha existido coposesión).

En otras palabras, el condominio puede nacer:

1) *Del contrato* puede surgir el condominio en el supuesto que varias personas adquieran en común una o varias cosas, o cuando el propietario de toda la cosa transmite a otro u otros las partes indivisas de la cosa.

También puede ocurrir en caso de partición de comunidades porque al hacerla, con acuerdo unánime entre condóminos plenamente capaces, se adjudica una misma cosa de la masa hereditaria a varios herederos.

2) *Por acto de última voluntad* alumbra el condominio cuando el testador lega una cosa a varias personas.

3) *Por la ley*, nace el condominio en caso de muros, cercos y fosos (artículos 2006 y ss.).

4) *Por usucapión*, en el supuesto de prescripción adquisitiva por la posesión ejercida por dos o más poseedores durante el término de ley.

5) También puede originarse en la apropiación de una cosa no registrable por varias personas (artículo 1947); cuando la trampa a la que se refiere el artículo 1948 ha sido colocada por varias personas; etcétera.

¿La comunidad hereditaria se transforma en un condominio con la inscripción de la declaratoria de herederos?

Ha sido proverbial la discusión al respecto, edificada sobre la base del artículo 2675 del Código Civil de Vélez Sarsfield y su nota.

La comunidad hereditaria concluye con la partición, de la que podrá derivar un condominio, si cosas determinadas son adjudicadas en condominio a dos o más sucesores.

Pero puede suceder —y esto ocurre con frecuencia por diferentes motivos— que la indivisión perdura durante un tiempo —más o menos prolongado—, limitándose la actividad en el juicio sucesorio a la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el Registro de la Propiedad, respecto de cada una de las cosas re-

² Ver CSJN, Fallos: 187:586; La Ley-1982-I-161; CNCiv., sala A, ED-24-503; LL-124-390; Sala C, ED-17-8.

gistrables que componen el acervo hereditario. Y entonces surge el interrogante de si tal estado de cosas genera una “transformación” de la comunidad hereditaria sobre todos los bienes en un condominio en relación a cada uno de ellos.³

Cierta doctrina se ha pronunciado sobre la posibilidad de la *transformación de la comunidad hereditaria en un condominio* y se ha sostenido que la comunidad hereditaria se transforma en condominio con la inscripción registral de la declaratoria de herederos respecto de un bien determinado (sobre todo si tal situación perdura durante un cierto tiempo, como lo quería la nota al artículo 2675).

Otros se inclinan por la negativa, a cuyo respecto cabe rescatar que la constitución del condominio que se refiera a inmuebles o muebles registrables celebrada por contrato, necesita de la escritura pública.

Recordamos algunas opiniones: Zannoni⁴ sostiene que el hecho de que la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad no altera su intrínseca naturaleza: constituir el título hereditario oponible *erga omnes* que acredita ser heredero de quien figura como titular registral del inmueble. La declaratoria por sí sola no constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Es verdad que esa inscripción debe hacerse para el supuesto en que los herederos declarados pretendiesen disponer del inmueble mediante tracto abreviado (artículo 16, inciso a, ley 17.801); pero en este caso se está ante una situación registral de excepción a la exigencia de la continuidad del tracto como principio general (artículo 14, ley 17.801). Otra postura sustentada por Llambías⁵ entiende que el dominio sobre cosas particulares que pertenecían al causante de la sucesión, queda fijado por su muerte en cabeza de los herederos “sin intervalo de tiempo”.⁶

³ Sobre el punto ver Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, vol. 2, ED, 2010, p. 147 y ss.

⁴ Zannoni, Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., t. 1, Buenos Aires, 1997, n° 698.

⁵ En su voto CNCiv., sala A, *La ley*, 96, p. 324.

⁶ (Nota al artículo 3282). Como dice el artículo 2280: Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

Para Coghlan,⁷ producida la muerte del causante, nace con la aceptación de la herencia y la declaración de la calidad de heredero, actos que presuponen el consentimiento expreso a la formación del condominio. En la postura sustentada por Goyena Copello⁸ la transformación de la comunidad hereditaria en condominio se produce cuando se prolonga la situación de indivisión, es decir, las circunstancias de hecho permiten apreciar la voluntad de los coherederos de constituir un condominio; al no haberse opuesto a la inscripción ni haber formulado reclamo alguno durante un lapso más o menos prolongado, han prestado un asentimiento tácito que de una u otra manera los hace partícipes de la inscripción y le da carácter de unánime. El profesor Jorge Alterini dice que:

La tesis de la transformación del dominio del causante en condominio de los herederos, implica en definitiva la desaparición de la figura de la comunidad hereditaria (artículo 3449 y siguientes), cuyo régimen no es idéntico al del condominio. No se comprende por qué la inscripción registral de la declaratoria de herederos, que tiende simplemente a su publicación, pueda tener tal energía como para convertir una comunidad hereditaria en un condominio, cuando ninguna disposición legal da pie a ese trascendente efecto y máxime que el condominio tiene como objeto único a las cosas. Si la inscripción de la declaratoria es insuficiente para generar el condominio, no debe inferirse de la prolongación de la indivisión luego de esa publicidad registral la virtualidad que ninguna norma prevé de alumbrar el condominio entre los cotitulares: por lo demás, parece objetable una doctrina que asienta una derivación tan significativa en una pauta tan indefinida como es la “prolongación” del estado de indivisión, sin que haya señalado cuál sería el lapso mínimo, por lo menos aproximado, de esa prolongación.⁹

Se ha resuelto que:

[...] La falta de inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad en tiempo oportuno, no puede ser invocada

⁷ Coghlan, Antonio, *El condominio sin indivisión forzosa*, Buenos Aires, La Ley, p. 27.

⁸ Goyena Copello, Héctor, *Tratado de sucesiones*, t. III, Buenos Aires, 1975.

⁹ Alterini, Jorge, *op. cit.*, nota 1, p. 496; Mariani de Vidal, M., *op. cit.*, p. 148 y ss.

contra terceros que hayan adquirido derechos a la luz de una situación registral ostensible del inmueble, distinta a la invocada luego. Si bien los herederos forzosos adquieren la posesión de la herencia sin necesidad de acudir a la declaración judicial, desde el instante mismo del fallecimiento del causante, tratándose de bienes registrables, como los inmuebles, la declaratoria de herederos asume particular relevancia para posibilitar la modificación de la inscripción dominial en el registro de la propiedad y encontrarse los herederos legitimados para transmitir.¹⁰

En otro fallo se dijo

[...] que es competente para conocer respecto de un pedido de homologación de un convenio por el cual dos herederos han decidido poner fin a la comunidad hereditaria respecto de un inmueble, el juzgado donde tramita el sucesorio, pues aun cuando se hubiera ordenado la inscripción en el registro de la propiedad inmueble de la declaratoria de herederos, ello no implica la adjudicación de los inmuebles en condominio ni significa la partición en los términos que la concibe el artículo 3284 inciso 1 del Código Civil, de modo que no ha nacido un condominio entre quienes integran esa comunidad como para escapar al fuero de atracción del proceso sucesorio que la declaró.¹¹

El CCCN no contempla específicamente el problema.

No obstante, cabe señalar que no se cuenta ahora con la nota al artículo 2675 —que originó la polémica—, y sí con normas que establecen que las disposiciones relativas al “estado de indivisión” (artículos 2223 al 2334) se aplican, si hay más de un heredero, hasta la partición (artículo 2323) y que la indivisión hereditaria sólo cesa con la partición (artículo 2363). Parecería, pues, que se ha impuesto el criterio negativo.

1.5. Destino de la cosa común

El destino de la cosa común será el acordado unánimemente por los condóminos, el impuesto por el testador —en su caso— y, en

¹⁰ CNCiv., sala C, 23.3.1990, ED, 28.6.90, Fallo 42469.

¹¹ Fallo de Cámara, Lomas de Zamora, 16.2.2012, LLBA 2012 (abril), 325, cita online: AR/JUR/538/2012.

ausencia de estas disposiciones, el que resulte de la naturaleza de la cosa o del uso al cual estaba afectada de hecho al nacer el condominio (artículo 1985).

En caso de desacuerdo, le corresponderá resolver al juez, con arreglo a las pautas indicadas.

Todo condómino debe respetar el destino de la cosa, se trate de un condominio con o sin indivisión forzosa.

Si la cosa tiene un determinado destino, los condóminos pueden de común acuerdo (unanimidad) asignarle otro.

1.6. Causales de extinción del condominio

El CCCN no consagra causales expresas de extinción del condominio (tampoco del dominio), salvo en lo que hace a la partición.

De tal modo, resultará aplicable la norma genérica del artículo 1907 sobre extinción de los derechos reales, con arreglo al cual se extinguirá por destrucción total de la cosa (cabría agregar su consumo total) y por su abandono.¹²

El abandono o renuncia que un condómino hiciera de su parte indivisa acrece a los otros condóminos (artículo 1989).

Respecto del abandono, cabe señalar que, si se trata de inmuebles, deberá ser instrumentado en escritura pública (artículo 1017) e inscripto para su oponibilidad a terceros de buena fe. Si se trata de cosas muebles registrales jugarán las normas de los pertinentes ordenamientos: para buques o aeronaves, ley 20.094 y Código Aeronáutico, respectivamente; para automotores, decreto-ley 6582/58); para caballos de pura sangre de carrera, ley 20.379; para otros animales de raza, ley 22.939. El abandono de cosas muebles no registrables las convierte en cosas sin dueño susceptibles de apropiación (artículo 1947). Cabe advertir que los inmuebles sin dueño pertenecen al dominio privado del Estado (artículo 236, inciso a).

Corresponde añadir como modo extintivo a la expropiación, regulada por la ley 21.499.

¹² El abandono no debe ser confundido con el no uso. El condominio (tampoco el dominio) no se extingue por el no uso, salvo que concurra la usucapión por otro.

2. Tipos de condominio

El condominio puede ser sin o con indivisión forzosa.

a) Condominio sin indivisión forzosa

El condominio sin indivisión forzosa es aquél en el cual cualquiera de los condóminos puede solicitar la partición en cualquier tiempo, y sin la conformidad de los demás.

Por el pedido de la partición de la cosa común los condóminos ponen fin al condominio; pero se han planteado cuestiones que fueron resueltas por la jurisprudencia, que marcan un límite a esa facultad cuando el pedido es intempestivo, o fuere nociva la partición, y cuando causare un perjuicio a los comuneros.

b) Condominio con indivisión forzosa

El condominio con indivisión forzosa *puede derivar de la ley, del contrato o de una disposición de última voluntad.*

El condominio *con indivisión forzosa puede ser con indivisión temporaria o perdurable.*

El Código regula el condominio con *indivisión forzosa temporaria* en el Capítulo 4 del Título 4 del Libro 4; y la *indivisión forzosa perdurable*, en el Capítulo 5 del Título 4 del mismo Libro, normativa que comprende el condominio sobre accesorios indispensables, y el condominio sobre muros, cercos y fosos.

Remitimos al apartado 6 de este capítulo.

1. Condominio con indivisión forzosa temporaria.

Convenio de suspensión de la partición

El condómino no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado pero puede convenir la indivisión temporaria.

Es intención del legislador, al igual que en el Código Civil de Vélez Sarsfield, impedir que los condóminos puedan mediante acuerdos suprimir la facultad de solicitar la división del condominio en forma absoluta (artículos 1999, 1997 y cc.).

Estas normas son de orden público, de modo que no pueden ser dejadas de lado por los particulares.

Remitimos al apartado 5.4 de este capítulo.

2. Condominio con indivisión forzosa perdurable

Remitimos al apartado 6 de este capítulo.

3. Condominio sin indivisión forzosa

Corresponde distinguir las facultades del condómino sobre su parte indivisa y sobre la parte indivisa. Cabe señalar que las facultades sobre la cosa son amplias (porque el condómino es titular exclusivo de ella), mientras que las facultades sobre la cosa son limitadas por la concurrencia de los otros condóminos.

3.1. Facultades del condómino respecto de la parte indivisa

El artículo 1989 dice:

Cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. Los acreedores pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es inoponible. La renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos.

La existencia de partes alícuotas nos permite distinguir las facultades de los condóminos respecto de su parte indivisa, y las facultades relativas a la cosa o cosas que constituyen el objeto del condominio.

Sobre su parte ideal, el condómino tiene libertad absoluta para disponer, gravar, reivindicar, etc.; es decir que sus facultades son amplísimas, equivalentes a las de un propietario sobre su cosa.

Puede renunciar a su parte indivisa; en ese supuesto, la parte indivisa acrece la de los demás condóminos, en proporción a la suya (artículo 1989):

Se halla autorizado para ejercer las facultades sobre su parte indivisa sin depender del consentimiento de los demás condóminos y sin otras limitaciones que las que deriven de la calidad de abstracta que reviste dicha parte.

Siempre debe considerarse que todos los derechos que puedan imponerse sobre la parte indivisa, que no es material sino abstracta, tienen que ser compatibles con la naturaleza propia de ésta.

Una situación interesante se presenta respecto de la hipoteca de parte indivisa, que dio lugar a variadas opiniones. El tema lo resuelve el artículo 2207, que estudiaremos al ocuparnos de este derecho real de garantía.

Al estudiar cada uno de los derechos reales examinaremos la legitimación del condómino para constituirlos.

Analizaremos las normas pertinentes para determinar los alcances:

3.1.1. Derechos de garantía

Hipoteca

El artículo 2207 del CCC establece que:

Un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. El acreedor hipotecario puede ejecutar la parte indivisa sin esperar el resultado de la partición. Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso.

Anticresis

La anticresis, según el artículo 2212

Es el derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda.

La entrega de la cosa al acreedor genera la imposibilidad de constituir anticresis sobre la parte indivisa, en consecuencia deberá ser constituida por todos los condóminos.

Prenda

Conforme el artículo 2219,

La prenda es 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.

De la definición se desprende que *no se puede constituir prenda de parte indivisa sobre un mueble no registrable*, desde que sólo se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios. En relación con la prenda con registro, hay una remisión a la legislación especial en el artículo 2220 (ley 12.962).

3.1.2. Derecho de disfrute

Usufructo

El artículo 2130 del CCC establece que

El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) Una cosa no fungible. b) Un derecho sólo en los casos en que la ley lo prevé. c) Una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales. d) El todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario.

Uso

El artículo 2154 dice:

El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa [...].

Habitación

El artículo 2159 expresa:

La habitación es un derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él [...].

En consecuencia, el usufructo y el uso pueden recaer sobre una parte indivisa, pero el derecho de habitación solo puede recaer sobre parte material.

Servidumbre

El artículo 2162 del CCCN define:

La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno.

Respecto del objeto de la servidumbre, el artículo 2163 dispone que

La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.

La constitución de servidumbre por la parte indivisa es imposible por lo regulado, y por contrariar el principio de indivisión de la servidumbre.

3.1.3. Superficie

Sobre el derecho de superficie, el artículo 2114 dice:

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. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho de superficie coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

El artículo 2216 agrega sobre el objeto que:

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.

Con lo visto la superficie no es un derecho que pueda constituirse sobre partes indivisas. Remitimos al Capítulo de Derecho de superficie.

3.1.4. Ejercicio de acciones reales y posesorias

El copropietario puede ejercer las acciones posesorias y reales contra terceros sin necesidad del concurso de los demás condóminos y aun puede ejercerlas contra cualquiera de los otros condóminos que turbasen, o pretendan un derecho exclusivo sobre la cosa.

Remitimos a la unidad de acciones posesorias y reales.

3.2. Facultad de los acreedores del comunero respecto de la parte indivisa de su deudor

Los acreedores particulares de los comuneros pueden embargar y ejecutar la parte indivisa de su deudor para cobrarse sus acreencias aun antes de hacerse la partición.

Es que la cuota parte integra el patrimonio del deudor y en consecuencia el acreedor (artículos 242, 743, 744 y concordantes) tiene derecho a subastar la parte indivisa sin necesidad de la conformidad de los demás condóminos, quienes ni siquiera deben ser citados al juicio ya que no se afectan sus derechos.

Según el artículo 2364, los acreedores del comunero pueden pedir la partición por vía de subrogación.

3.3. Facultades del condómino sobre toda la cosa o parte material de la cosa

Sobre toda la cosa o sobre parte material de ella, las facultades de los condóminos son restringidas, existiendo, en principio, imposibilidad de obrar individualmente, se trate de actos materiales o jurídicos.

Como consecuencia de lo dicho, los actos materiales o jurídicos sobre la totalidad de la cosa o sobre una parte de ella materialmente individualizada requieren el consenso *unánime* de los copropietarios.

En ese sentido el artículo 1990, dice:

La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos. No se requiere acuerdo para realizar mejoras necesarias (su definición en el artículo 1934, inciso d). Dentro de los límites de uso y goce de la cosa común, cada condómino puede también, a su costa, hacer en la cosa mejoras útiles (definidas en el artículo 1934, inciso e) que sirvan a su mejor aprovechamiento.

Se recoge el criterio de la jurisprudencia y guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 1986.

En consecuencia todo acto que implique una disposición jurídica o material de la cosa o de una parte de ella debe otorgarse por todos los condóminos.

El condómino no puede disponer individualmente de toda la cosa ni de parte alguna material de ella.

No obstante, de haberse llevado a cabo esos actos sin la conformidad de los demás copropietarios, su suerte definitiva quedará sujeta al resultado de la partición y al efecto declarativo que ésta tiene: artículo 1996 que remite sobre el punto al artículo 2403.

Con lo que, si como resultado de la partición, la cosa o parte de ella toca en lote al copropietario que celebró el acto, dicho acto vendrá a ser total o parcialmente eficaz.

Tal es la conclusión que se impone aun cuando el CCCN no reproduce el artículo 2683 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Ratifica este criterio lo dispuesto en el artículo 1885 relativo a la convalidación.

Si el condómino, con motivo de la partición, ha venido a ser propietario de una parte material de la cosa, no podrá imponer a quien contrató con él sobre toda la cosa que aceptara un cumplimiento parcial, y el cocontratante estaría autorizado a optar entre la rescisión del vínculo o su cumplimiento parcial.

3.3.1. *Uso y goce de la cosa. Convenios*

a) *Uso y goce*

Se le permite al condómino el uso y goce de la cosa común sin alterar su destino, y con tal que no la deteriore en su interés particular; y obstaculice el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos.

Así el artículo 1986 dice:

Cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común *sin alterar su destino*. No puede deteriorarla en su propio interés u obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos.

Del derecho real de condominio nace la obligación legal de cada condómino para con los demás, de actuar en forma prudente en el uso y goce de la cosa común, no estorbar a los demás —a quienes asiste la misma facultad—, no dañar ni destruir la cosa, ni impedir que los demás ejerzan su derecho.

Los condóminos, como lo dice la norma, pueden usar conjuntamente de la cosa si ella lo admite y ninguno se opone a ello.

Ejemplos: si un edificio es suficientemente amplio, podría ser utilizado simultáneamente por los comuneros. En cambio, el condominio sobre un par de zapatos no tolerará ese uso conjunto y deberá convenirse en el uso alternado o sucesivo o su administración.

Si el uso y goce común no fuera posible, por las características de la cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, ellos

deberán reunirse en asamblea y decidir sobre su administración (artículos 1993 y 1994), sin perjuicio de la facultad de solicitar la partición que tiene cada condómino.

b) *Convenios de uso y goce*

Cuando el condominio es de indivisión forzosa o cuando los condóminos no quisieran liquidarlo y partir, pueden recurrir a la denominada corrientemente “partición provisional”,¹³ que no es en rigor una partición sino una distribución del uso y goce de la cosa que llevan a cabo los condóminos y deja intacta la propiedad.

El artículo 1987 dice:

Los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales.

La norma guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 2370 relativo a la comunidad hereditaria y coincide con la doctrina imperante, relativa a la celebración de convenios de uso y goce sucesivo, o alternado, de la cosa común, así como el ejercicio exclusivo y excluyente sobre partes materiales, según la voluntad de las partes.

Este convenio, por serlo y afectar la cosa común, requiere la concurrencia de la voluntad *unánime* de los copropietarios.¹⁴

Podrá formalizarse por instrumento público o privado, ya que engendra un derecho personal, no susceptible tampoco de registración.

El convenio no será oponible a terceros adquirentes de las diferentes partes indivisas, a menos que estuviera incorporado al instrumento de constitución del condominio.

3.4. *Uso y goce excluyente*

Según el artículo 1988:

El uso y goce excluyente sobre toda la cosa, en medida mayor o calidad distinta a la convenida, no da derecho a indemnización a los restan-

¹³ Así se la llama en el artículo 2370.

¹⁴ Conf. “Código Civil y Comercial Comentado”, obra colectiva dirigida por Alterini, J. H., *op. cit.*, t. IX, p. 592.

tes condóminos, sino a partir de la oposición fehaciente y sólo en beneficio del oponente.

Suele suceder con frecuencia que, por cualquier motivo, uno solo de los condóminos use la cosa y que los demás –que también podrían usarla en su calidad de copropietarios- toleren tal situación.

Ese uso excluyente por uno de los comuneros lo es a título de copropietario y no de locatario. Por lo tanto, nada debe por dicho uso mientras nadie formule ningún reclamo.

No obstante, la ley considera que cuando un condómino se beneficia de la cosa común, esto da derecho a los demás a obtener una indemnización.

En este caso, el condómino(s) que no usa(n) ni goza(n) de la cosa puede(n) formular un reclamo a quien ejerce el uso excluyente. *Pero se entiende que, mientras no hace el reclamo, consiente con la ocupación gratuita.* A partir de la notificación fehaciente del reclamo, el oponente tiene el derecho que le otorga la norma –que se ejerce para el futuro–. El CCCN recoge la doctrina y la jurisprudencia dominante, que se ha pronunciado en este sentido.¹⁵

En caso de conflicto con el comunero ocupante, deberá promoverse la correspondiente acción judicial en procura de la indemnización. Mas debe tenerse presente que aquélla sólo beneficiará a quien o quienes la dedujeren y únicamente se podrá percibir el monto que corresponda al valor de su cuota en la comunidad y, repetimos, sólo a partir de la intimación.

Toda vez que la indemnización mentada en el artículo consiste en una compensación por el uso exclusivo, es usual que ella se fije ponderando el valor locativo de la cosa en el mercado, a cuyo efecto se recurre a la prueba de peritos tasadores.

¹⁵ Se ha decidido que “cuando un coheredero ocupa un inmueble de la sucesión durante el período de indivisión, lo hace a título de dueño y no de locatario. Pero como tal derecho corresponde por igual a sus coherederos, debe hacerse lugar al pedido de fijación de un precio locativo por la ocupación y uso, pero sólo desde la fecha de la exigencia, ya que durante el período anterior se presume un asentimiento tácito con dicha ocupación gratuita”: CNCiv., sala A, LL-124-390; sala B, ED-32-410; sala C, ED-37-50; entre otros.

3.5. Obligaciones de los condóminos

a) Obligación de contribuir con los gastos de conservación y reparación de la cosa

Según el artículo 1991:

Cada condómino debe pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias (artículo 1934, inciso d) y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas. No puede liberarse de estas obligaciones por la renuncia a su derecho.

El condómino que abona tales gastos puede reclamar intereses desde la fecha del pago.

La obligación de contribuir al pago de los gastos de conservación y reparación de la cosa común se justifica, porque son gastos que se realizan en beneficio de los condóminos y con el fin de asegurar la integridad y existencia del objeto y en pos del ejercicio pleno de su derecho.

La norma se vincula con las mejoras definidas en los artículos 1934 incisos c)¹⁶ y d)¹⁷.

La contribución es debida por cada condómino en la medida de su parte indivisa. En virtud de ello, el condómino debe reembolsar al o a los que hubieren pagado en mayor medida, precisamente lo que hubieren pagado más allá de esa proporción.

Se trata de una obligación simplemente mancomunada y el condómino no puede liberarse por el abandono de su derecho.¹⁸

Se mantiene el criterio que el condómino que afronta el gasto puede reclamar intereses por el monto abonado desde la fecha de pago, sin importar si ha notificado o no a los demás comuneros.

b) Obligaciones por deudas en beneficio de la comunidad

El artículo 1992 dice:

¹⁶ Artículo 1934, inciso c) mejoras de mero mantenimiento; la reparación de deterioros originados por el uso ordinario de la cosa.

¹⁷ Artículo 1934, inciso d) mejora necesaria: la reparación cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa.

¹⁸ Se aparta así del criterio del artículo 2685 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Si un condómino contrae deudas en beneficio de la comunidad, es el único obligado frente al tercero acreedor, pero tiene acción contra los otros para el reembolso de lo pagado.

Si todos se obligaron sin expresión de cuotas y sin estipular solidaridad, deben satisfacer la deuda por partes iguales. Quien ha pagado de más con respecto a la parte indivisa que le corresponde, tiene derecho contra los otros, para que le restituyan lo pagado en esa proporción.

La norma regula las deudas contraídas en interés de todos los condóminos. Los condóminos pueden contraer deudas en beneficio de la comunidad distinguiéndose:

- 1) Si la contrae uno solo;
- 2) si la contraen todos sin pactar la solidaridad y sin expresión de cuotas;
- 3) Si la contraen todos pactando la solidaridad.

– En el primer supuesto, el deudor frente al tercero es el condómino que contrajo la deuda, sin perjuicio del derecho a repetir lo pagado, pues de lo contrario existiría un enriquecimiento sin causa de los demás comuneros.

Pero si quien contrajo la obligación fue el administrador, quedan obligados todos, ya que en ese caso él actúa como mandatario de los condóminos.

– Si se obligaron todos los condóminos expresando las cuotas partes de las que son titulares, responden mancomunadamente frente al tercero en esa medida.

– Si la deuda fue contraída por todos y se hubiese expresado una cuota por la que cada uno se obliga que no coincida con la cuota de cada uno, responderán frente al tercero en la medida de la cuota expresada, sin importar si coincide o no con su cuota parte. Sin perjuicio del pertinente reembolso entre ellos.

– Si se obligaron sin expresión de cuotas y sin pactar solidaridad, cada uno responde frente al tercero por partes iguales. Sin perjuicio del pertinente reembolso entre ellos.

Si pactaron la solidaridad expresamente, la totalidad de la deuda puede ser reclamada por el acreedor a cualquiera de los deudores, quedando la obligación sujeta a las normas propias de las obligaciones solidarias (artículos 827 y sig.). Sin perjuicio del pertinente reembolso.

No se ha reproducido lo dispuesto en el artículo 2690 Código Civil de Vélez Sarsfield –de no fácil interpretación–, debiendo el caso de la insolvencia de alguno de los condóminos resolverse con arreglo a los principios generales relativos a la insolvencia en el supuesto de obligaciones con sujeto pasivo plural.

Respecto del caso de la *hipoteca* que grava la cosa en condominio, que había suscitado vacilaciones frente a lo que disponía el artículo 2689 Código Civil de Vélez Sarsfield, un antiguo fallo plenario de las Cámaras Nacionales Civiles, dictado en autos “Bancalari c/ Dottiesio de Rosa y otro”,¹⁹ decidió que dicha norma no establecía la solidaridad entre los condóminos y que el saldo deudor que quedara pendiente después de extinguida la hipoteca se dividía en la parte proporcional de cada uno, toda vez que la solidaridad no puede ser implícita sino que debe provenir de una disposición expresa de la ley o del contrato.

Y aunque mientras no se produzca la extinción de la hipoteca, el acreedor puede demandar a cualquiera de los condóminos poseedores de la cosa gravada por el todo de la deuda, ello es así en razón de la *indivisibilidad de la carga* (artículo 2191) y no como consecuencia de solidaridad alguna de la deuda.²⁰ Con lo que, si una vez ejecutado el asiento sobre el que recae la carga quedara un saldo impago, habiendo dejado de funcionar el sustento de la responsabilidad *in totum* (indivisibilidad de la hipoteca), este saldo revestirá el carácter de una deuda común que habrán de solventar los condóminos en proporción a su parte.

Los mismos razonamientos caben aplicar para el caso de que la cosa estuviera gravada con prenda o anticresis, que son indivisibles (artículo 2191).

Respecto de las deudas por *impuestos y tasas que gravan la cosa* (por ej.: el impuesto inmobiliario; la tasa de alumbrado, barrido y limpieza; la contribución de mejoras), si bien no son cargas reales en el sentido que las define el artículo 1888, es criterio de la doctrina y la jurisprudencia que comportan obligaciones que se proyectan sobre la cosa y toleran la aplicación de las mismas soluciones.²¹

¹⁹ Sentencia del 24.08.1923, JA 11-350.

²⁰ Conf. nota al artículo 675 Código Civil de Vélez Sarsfield.

²¹ CNCiv., Sala E, 8.7.1982, ED-102-507.

4. Administración de la cosa común

Los artículos 1993 a 1995 del CCCN regulan la administración de la cosa común.

Los condóminos –como vimos– pueden usar y gozar de la cosa en condominio (artículo 1986) y, si la cosa lo tolera, pueden hacerlo todos ellos o convenir en distribuirse su uso y goce (artículo 1987).

Si no es posible el uso y goce en común debido a la naturaleza de la cosa (ej.: una cortadora de pasto; una casa de un solo ambiente) o si media oposición de alguno de los condóminos, deberán ellos reunirse en asamblea (ámbito natural de discusión y resolución de conflictos) para resolver sobre su administración. Siempre, por supuesto, queda a salvo el derecho que asiste a cada uno de solicitar la división (artículo 1997), si no concurre un supuesto de indivisión forzosa.

Imposibilidad de uso y goce en común

El artículo 1993 dice:

Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración.

Asamblea

Todos los condóminos deben ser informados de la finalidad de la convocatoria y citados a la asamblea en forma fehaciente y con anticipación razonable.

La resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según el valor de las partes indivisas, aunque corresponda a uno solo, obliga a todos. En caso de empate, debe decidir la suerte (artículo 1994).

El CCCN regula expresamente el funcionamiento de la asamblea, lo relativo a la citación y notificación fehaciente a los comuneros con una razonable anticipación, a fin de evitar sorpresas y asegurar la concurrencia de todos a la reunión.

La citación deberá contener el orden del día (“finalidad de la convocatoria”) y la fecha, hora y lugar de la reunión.

La razonabilidad de la anticipación surgirá de las circunstancias de cada caso concreto (así, dependerá de la ubicación del domicilio de los condóminos, de la urgencia del asunto, etcétera).

Se evita la dificultad del Código Civil de Vélez Sarsfield que establecía un *quorum* unánime, lo que implicaba reunir a todos para debatir y dificultaba la toma de decisiones con ese poder de veto que tenía cualquiera de ellos a través de su inasistencia (artículos 2699 y 2703 Código Civil de Vélez Sarsfield). El artículo 1993 elimina esa exigencia.

Aunque, toda vez que la resolución requiere mayoría absoluta de *todos los condóminos*, computada según el valor de sus porciones, va con ello dicho que el *quorum* coincidirá con esa mayoría.

Se exige la mayoría absoluta para decidir sobre los actos de administración, computada en proporción al valor de la cuota parte (o sea más del cincuenta por ciento del valor total), sin importar que sólo uno de los comuneros sea titular de esa mayoría de valor. Obviamente, los actos de disposición requieren el voto favorable de la unanimidad de los condóminos.

A nuestro entender, *la mayoría absoluta se calcula sobre la totalidad de los comuneros* (y no sólo sobre los presentes), ya que nos parece decisivo que el artículo determine que “la resolución de la mayoría de los condóminos computada según el valor de las partes indivisa obliga a todos”.

Según dispone la norma, debe decidir la suerte en caso de empate, descartando la intervención de árbitros y aun la judicial que contemplaba el artículo 2706 Código Civil de Vélez Sarsfield. Parece claro que, de común acuerdo, los condóminos podrán someter la cuestión a árbitros.

La misma solución se aplicaría –por analogía– en caso de que fueran sólo dos los condóminos y sus partes iguales y sólo uno de ellos concurriera a la asamblea o en la hipótesis de que el tema solamente pudiera concitar la mayoría simple.

El disconforme tiene la opción de pedir la liquidación del condominio.

Frutos

Conforme al artículo 1995:

No habiendo estipulación en contrario, los frutos de la cosa común se deben dividir proporcionalmente al interés de los condóminos.

Los condóminos pueden acordar la división de los frutos de la cosa común como les plazca.

La *norma supletoria*, para el caso de que no haya acuerdo unánime ni estipulación en el instrumento de constitución del condominio, establece la división de los frutos proporcionalmente al interés de cada uno sobre la cosa común, en razón que se limita a la medida de su parte.

5. Extinción del condominio

Revistiendo el condominio los caracteres de un dominio con unidad de cosa y sujeto plural, y señalando el artículo 1984 la aplicación subsidiaria de las normas de dominio al condominio, el condominio se extingue, en principio, por las mismas causas que el dominio. Nos remitimos a cuanto dijimos al tratar la extinción del dominio.

Ahora bien, hay modos especiales relativos a la extinción del condominio.

La conclusión del condominio puede ocurrir por la división o partición —que es el modo típico de conclusión y liquidación— y por la prescripción adquisitiva entre condóminos; ésta la analizaremos en el capítulo de prescripción adquisitiva.

5.1. La partición

Podríamos definir a la partición como el acto jurídico unilateral o plurilateral, necesario o irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones que, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa y de procederse a su avalúo y liquidación, conduce a la fijación del haber de cada partícipe, dividiendo el caudal partible, y adjudicando cada lote de bienes a cada copartícipe, provocando la transformación de las partes abstractas que tenían sobre el patrimonio en comunidad en titularidades concretas sobre bienes determinados.

Por la partición, se convierte la parte ideal que corresponde a cada comunero, en una porción o lote material equivalente a su interés en la cosa.

El CCC regula el tema en los artículos 1995 a 1997.

Conforme el artículo 1996:

Rigen para el condominio las reglas de la división de la herencia, en tanto sean compatibles.

Se aplican, en consecuencia, las reglas del Capítulo 2 del Título 8 del Libro 5, en tanto sean compatibles. La aplicación de estas normas influye sobre las consecuencias derivadas de la retroactividad de la partición, así como sobre las que se vinculan con la forma y modo de llevarla a cabo y los efectos que produce.

Podríamos resumir las características propias de la partición:

- El efecto es declarativo y no traslativo de derechos (artículo 2403).
- Si todos los condóminos están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en forma privada (artículo 2369).
- Se impone la vía judicial en los supuestos de que los copartícipes sean incapaces, o con capacidad restringida, o estén ausentes; o cuando terceros fundándose en un interés legítimo se oponen a que la partición se haga privadamente; y cuando no están de acuerdo en hacer la partición privada (artículo 2371).
- Se puede plantear la licitación por el condómino (artículo 2372).
- La partición por regla debe hacerse en especie, y de ser factible ese modo, ninguno de los condóminos puede pedir la venta (artículo 2374).

5.1.1. Derecho a pedir la partición

El desenvolvimiento del condominio se caracteriza por su poca agilidad en la administración de la cosa común, y los conflictos que se generan por existir pluralidad de sujetos con derecho sobre la cosa.

Es por ello que se le reconoce principio a cada uno de los condóminos el derecho a pedir la partición (lo mismo que en el Código Civil de Vélez Sarsfield), salvo las causales de excepción legal, convencional o testamentaria.

Cabe señalar que se considera partición la hipótesis de que uno de los condóminos deviniera propietario de toda la cosa (artículo 1998); por ejemplo, cuando compra las porciones de los demás condóminos.

De existir más de un demandado se conformará un litisconsorcio pasivo necesario, o sea que debe trabarse la *litis* contra la totalidad de los condóminos que no hayan accionado pretendiendo la división de la cosa común.

Pueden pedir la partición no sólo los copropietarios sino los cesionarios de sus derechos y también pueden hacerlo los acreedores de los copropietarios, por vía de subrogación (artículo 2363).

Acreedores particulares de los condóminos

El tema merece una breve referencia particularizada.

Los medios que les da la ley al acreedor en defensa de su acreencia son dos:

- 1) embargar la porción de su deudor notificándoselo, y
- 2) subrogarse en los derechos del condómino reclamando la partición. Ello porque podría suceder que el condómino demorase la partición de los bienes, a fin de evitar que una vez materializada, su acreedor o acreedores, ejecuten los bienes que le han correspondido.

El acreedor entonces puede accionar por partición, y para ello debe cumplir los requisitos propios de la acción:

- a) el acreedor actúa en nombre de su deudor y no en el propio;
- b) tiene que tener interés en actuar;
- c) debe existir inacción o negligencia del deudor en el ejercicio de su derecho, y
- d) el crédito invocado ha de ser cierto, exigible y líquido.

Podría ocurrir que con la partición se vulneren los derechos de los acreedores de los condóminos.

El Código sustenta el derecho del acreedor del heredero de intervenir en la partición así como la prohibición de impugnarla luego de que haya intervenido, de lo que se deduce que el acreedor está habilitado para impugnar una partición que lo perjudique; ya sea simultáneamente a la presentación de la cuenta para impedir que se apruebe, ya sea después de aprobada ejerciendo la acción pauliana.²²

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I, CCiv. y Com., Mercedes, Sala I, 13.05.1997, Souhilar de Pezzi, María C., LL 1997, 1038.

5.1.2. Características de la acción

El artículo 1997 dice:

Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible.

Según se ha dicho, cada condómino está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, siempre que no se encuentre sometida a una indivisión forzosa.²³

La acción de partición *no puede renunciarse por tiempo indeterminado* (artículo 1999 y cc., 12 y 279), por su carácter de norma de orden público, aunque se autoriza a convenir la suspensión de la partición por un plazo que no exceda los diez años (artículo 2000), convenio que obviamente requerirá la unanimidad.

La acción es *imprescriptible* (artículo 1997 y 2368) mientras continúe la indivisión.²⁴

5.2. Efecto declarativo

En el Libro 5, Título 8, Capítulo 5 –aplicable según lo dispuesto en el artículo 1996– nos encontramos con el artículo 2403, según el cual:

La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

El carácter declarativo es una especie de *ficción legal* (así se disponía en el Código Civil de Vélez Sarsfield, siguiendo las aguas del derecho francés y apartándose del Derecho Romano), lo que

²³ Recordamos las causales de indivisión analizadas en el apartado 2 de este capítulo: 1. La convencional (artículo 2000); 2. La ley: condominio de muros, cercos y fosos (artículos 1894 y 2006 y ss.), accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles (artículo 2004) y en conjuntos inmobiliarios (artículo 2074); 3. Por la voluntad del testador (artículo 2330); 4. Por decisión judicial en el supuesto de partición nociva (artículo 2001).

²⁴ Téngase en cuenta que existe el supuesto de la interversión de título por algún condómino, si comienza a poseer la cosa como exclusivo señor, generando la posibilidad de que adquiera el dominio del bien por usucapión. Remitimos a cuanto se dice al tratar la posesión y la usucapión.

determina el efecto retroactivo de la partición a la fecha de constitución del condominio.

Vale decir que el carácter declarativo y no traslativo de derechos hace que se considere como si el condominio nunca hubiera existido; cada adjudicatario recibe los bienes desde el origen, y se considera que los demás no tuvieron derecho alguno sobre la cosa que se adjudica o que ha licitado.

La partición "asigna" o "fija" los derechos que, con exclusividad, corresponden a cada coheredero por su participación en la comunidad hereditaria. Esta asignación o fijación elimina la incerteza del contenido de la adquisición respecto de los bienes singularmente considerados.

La partición determina en concreto lo que corresponde a cada uno, eliminando por lo tanto el derecho abstracto que sólo como cuota o alícuota le asistía sobre la cosa.

La partición, entonces, localiza los derechos de cuota y sustituye el derecho a una parte alícuota por un derecho exclusivo, privativo, que recae sobre bienes determinados.

El efecto declarativo implica atribuir al adjudicatario derechos sobre la cosa desde el origen del condominio, como si los demás condóminos no hubieran tenido derecho alguno sobre la cosa común.

Así: a) si el condómino constituyó un derecho sobre su parte indivisa y la cosa le es adjudicada en su totalidad, tal derecho perdura, limitado a su parte indivisa; b) si el condómino constituyó un derecho sobre toda la cosa o parte material de ella y la cosa le es adjudicada en la partición, el derecho conserva su validez tal como fue constituido; pero carecería de valor si la cosa le fuera adjudicada a otro comunero.

Según el artículo 2403, último párrafo, los actos válidamente otorgados durante la indivisión conservan sus efectos luego de la partición, cualquiera sea el condómino que hubiera resultado adjudicatario.

El efecto declarativo de la partición juega entre los condóminos y no respecto de terceros: no rige tal efecto si la cosa es adquirida por un tercero ajeno al condominio, sea por acto voluntario o en una ejecución forzada.

Por último, el efecto retroactivo de la partición no se aplica respecto de los frutos percibidos por los condóminos durante la indivisión, y se los debe considerar adquiridos definitivamente: quienes resultan adjudicatarios no pueden reclamar que le sean

devueltos, por cuanto, una vez percibidos, los frutos dejan de estar en condominio, incorporándose al patrimonio de quien o quienes los hubieran percibido.

Existen excepciones a la ficción legal impuestas por la realidad en las normas de la evicción y vicios redhibitorios entre los copartícipes, que examinaremos de seguido.

5.3. Evicción y vicios ocultos en la partición

En caso de evicción de los bienes adjudicados, o de sufrir el adjudicatario alguna turbación del derecho en el goce pacífico de aquéllos, o de las servidumbres en razón de causa anterior a la partición, cada uno de los condóminos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el comunero vencido o perjudicado la parte que le toque (artículo 2403).

Si alguno de los comuneros resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás (artículo 2403).

Según el artículo 2404, *ninguno de los condóminos podrá excusar su responsabilidad por haber perecido los bienes adjudicados en la partición, aunque haya sido por caso fortuito.*

El alcance de la responsabilidad está regulado por el artículo 2405:

La garantía de evicción se debe por el valor de los bienes al tiempo en que se produce. Si se trata de créditos, la garantía de evicción asegura su existencia y la solvencia del deudor al tiempo de la partición.

Cuadra advertir que el crédito surgido de la evicción entre comuneros carece de privilegio, tanto en las ejecuciones individuales como en los procesos universales (ej.: concurso o quiebra), por haber sido eliminado de la lista de privilegios consagrados en el CCC y por la Ley de Concursos (a diferencia del artículo 3928 Código Civil de Vélez Sarsfield, que sí se lo otorgaba).

5.3.1. Casos excluidos de la garantía

La garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado; tampoco cuando la evicción se produce por culpa del copartícipe que la sufre. El conocimiento por el adjudicatario al tiempo de la partición del peligro de evicción no excluye la garantía (artículo 2406).

5.3.2. Defectos ocultos

Los comuneros se deben recíprocamente garantía de los defectos ocultos de los bienes adjudicados (artículo 2407).

5.4. Convenios de suspensión de la partición

Conforme el artículo 2000:

[...] Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda los diez años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. El plazo que sea inferior a diez años puede ser ampliado hasta completar ese límite máximo.

El CCC admite el pacto de indivisión por un término máximo de diez años.

En caso que se hubiese fijado un plazo mayor, uno incierto o no se fijare plazo alguno, se resuelve que queda acotado al plazo máximo legal.

Y en caso que se pacte por menor plazo pueden los condóminos de común acuerdo ampliarlo, siempre que sea hasta los diez años.

5.5. Publicidad de la indivisión y su cese

Según el artículo 2003:

Publicidad de la indivisión o su cese. Las cláusulas de indivisión o el cese anticipado de la indivisión sólo producen efecto respecto de terceros cuando se inscriban en el respectivo registro de la propiedad.

El Código exige la publicidad de la constitución de la indivisión como de su cese en el registro de bienes, y en consecuencia esas situaciones son oponibles a los terceros interesados de buena fe desde su inscripción en los registros respectivos (argumento artículo 1893).

5.6. Partición nociva

Aun no existiendo indivisión forzosa por las causas enunciadas, la ley contempla una restricción a la facultad de pedir la partición en cualquier tiempo.

El artículo 2001 dice:

Cuando la partición es nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves, o perjudicial a los intereses de todos o al aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza y destino económico, el juez puede disponer su postergación por un término adecuado a las circunstancias y que no exceda de cinco años. Este término es renovable por una vez.

Se incorpora así la figura de la “partición nociva”, para los siguientes casos:

- a) cuando la partición fuera nociva para cualquiera de los condóminos, por circunstancias graves;
- b) cuando fuera perjudicial para los intereses de todos los condóminos; no se exigen en este supuesto circunstancias graves, pero los motivos de quien solicita la postergación han de ser serios;
- c) cuando fuera perjudicial para el aprovechamiento de la cosa, según su naturaleza o destino económico.

No se requiere, por lo tanto, que resulte comprometido el “interés colectivo o de la sociedad en general”, como se opinaba por algunos autores.

La existencia de las circunstancias justificativas de la postergación será evaluada por el juez en cada caso concreto.

Y en caso que proceda, su postergación es por un plazo de hasta cinco años, susceptible de ser renovado por una vez. La norma establece un límite temporal a fin de que no resulte cercenada más allá de lo razonable la facultad de solicitar la partición.

Ejemplos de casos en que la partición resultaría nociva: hipótesis de crisis económicas de envergadura que hubieran producido una disminución considerable del valor de los bienes; si el bien estuviera sujeto a un juicio pendiente, porque ello disminuiría su valor; etcétera.

5.7. Partición anticipada

Como una especie de contracara de la “partición nociva”, el artículo 2002 dice:

A petición de parte, siempre que concurren circunstancias graves, el juez puede autorizar la partición antes del tiempo previsto, haya sido la indivisión convenida u ordenada judicialmente.

Frente a circunstancias graves, el juez puede autorizar la partición antes del tiempo previsto para la indivisión, a pedido de cualquiera de los condóminos y entendemos que pueden solicitar la partición anticipada los acreedores particulares de los condóminos actuando por vía subrogatoria (arg. artículo 2364).

Ejemplos: si pactada la indivisión, construcciones vecinas –por sus características– produjeran una devaluación de la cosa que aconsejara proceder a su pronta liquidación; si la manutención del condominio se torna excesivamente onerosa; etcétera.

5.8. Partición provisional o partición del uso y goce

Cuando el condominio es de indivisión forzosa, o cuando los condóminos no quisieran liquidarlo, pueden recurrir a la partición del uso y goce de la cosa, que se reputa meramente provisional, dejando subsistente la indivisión en cuanto a la propiedad de común. El acuerdo debe ser unánime (artículo 2370).

No se trata de una partición de dominio sino de uso y goce: se trataría de convenios sobre la distribución de uso y goce de la cosa entre los comuneros que ellos pueden acordar.

Ya nos hemos referido a este tema en el apartado 3.3.1.

5.9. Causas de nulidad de la partición

La partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos.

El perjudicado puede solicitar la nulidad, o que se haga una partición complementaria o rectificativa, o la atribución de un complemento de su porción (artículo 2408). Se aplica lo previsto anteriormente a todo acto, cualquiera que sea su denominación, cuyo objeto sea hacer cesar la indivisión entre los comuneros (artículo 2409).

Más las acciones previstas no son admisibles si el comunero que las intenta enajena en todo o en parte su lote después de la cesación de la violencia, o del descubrimiento del dolo, el error o la lesión (artículo 2410).

5.10. Formas de la partición

Desde el ángulo de las formas, la partición puede ser extrajudicial o judicial.

5.10.1. Partición privada

El Código reconoce dos formas de partir, como medio extintivo de la comunidad:

- a) la partición extrajudicial, que el nuevo Código llama *partición privada*, que realizan los comuneros sin intervención judicial,
- b) partición judicial, que se verifica dentro del proceso de división de condominio.

El CCC no contempla expresamente la partición mixta, que se concretaba extrajudicialmente mediante convenio presentado al juez para su homologación o aprobación. La partición mixta se sustentaba en el artículo 1184 inciso 2 del Código Civil de Vélez Sarsfield que decía:

Deben ser hechos en escritura pública [...] las particiones extrajudiciales de herencia, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión.

El artículo 1017 del CCC omite el supuesto.

No obstante, algunos autores²⁵ opinan que esta práctica, observada bajo el Código Civil de Vélez Sarsfield según lo aceptaba la jurisprudencia y la doctrina, podría seguir cumpliéndose, pues no advierten obstáculo para ello, además de que la contemplan algunos Códigos Procesales provinciales (ejemplo: artículo 708 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Conforme el artículo 2369:

[...] Si todos los coparticipes están presentes y son plenamente capaces, la partición privada puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.

La norma reproduce el artículo 3462 del Código Civil de Vélez Sarsfield, y contempla como requisitos: la presencia y la capacidad y el acuerdo unánime.

En cuanto a la *forma*, si bien la norma guarda silencio al respecto, relativamente a *particiones que involucren inmuebles*, resulta aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 1017, inciso

²⁵ Conf. Ferrer, F.A.M., en Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, op. cit., t. XI, p. 389.

a), que exige escritura pública para los contratos que se vinculen con derechos reales sobre inmuebles.

En los demás casos, vale el instrumento privado, aunque es criticable la no exigencia de escritura pública en todos los supuestos, ya que con ella se garantiza que la partición se ajuste a los requisitos legales, debido al control de legalidad que realiza el notario.

En cuanto al *fondo o contenido* de la partición, los interesados tienen absoluta libertad mediando acuerdo unánime y pueden dividir en especie, hacer lotes con bienes y dinero, que los lotes sean desiguales, etcétera.

Señalamos que si todos los condóminos están de acuerdo y son plenamente capaces, no concurriendo las hipótesis del artículo 2371, ellos pueden partir el condominio como les plazca: sea en especie, vendiendo los bienes, licitándolos, afectándolos a propiedad horizontal, haciendo lotes de valor equivalente o aun de diferente valor y compensándose en dinero la diferencia (por ejemplo, si el condominio corresponde a dos personas y su objeto lo constituyen dos inmuebles de distinto valor, los condóminos podrían atribuir a uno de ellos el de mayor valor y al otro el de menor valor y el primero compensar al segundo en dinero dicha diferencia; lo mismo si se tratara de cosas muebles. Sin que por ello se desnaturalice el negocio jurídico, que seguirá siendo partición y no venta, formando condominios (por ejemplo, si son varios condóminos y varias las cosas sujetas a condominio, es posible que se formen lotes en los que se atribuya en condominio alguna de las cosas a dos o más de los condóminos).

Ello sin perjuicio de advertir que posteriormente los acreedores de los condóminos podrían impugnar la partición alegando simulación o fraude.

5.10.2. Partición judicial

Según el artículo 2371,

La partición debe ser judicial:

- a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes;
- b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente;
- c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

La partición que se realiza con la intervención judicial, será producto de una sentencia o declaración judicial.

Los Códigos Procesales de cada Provincia regulan las reglas a que se debe sujetar el proceso de división de condominio, que se aplicarán conjuntamente a las del CCC.

Etapas y objetivos

Se designa un partidador, se hace inventario, avalúo, y elaboran las hijuelas.

Se procede a la composición de la masa (artículo 2376).

Formación de lotes (artículo 2377). Asignación de lotes (artículo 2378)

El avalúo es indispensable para formar los lotes con la equidad que la ley determina

5.10.3. Modos de partir

Los modos de hacer la partición son: en especie, por venta y por licitación.

Un modo particular de hacer la partición en especie es la *afectación al régimen de propiedad horizontal*, tema del que nos hemos ocupado al estudiar este derecho real.

Caso especial de partición en especie: afectación al régimen de la propiedad horizontal

La hipótesis no aparece contemplada por la ley, sino que es una creación pretoriana.

Se presenta cuando un inmueble es susceptible, por sus características físicas, de ser sometido al régimen de propiedad horizontal.

¿Tal sometimiento importará una "partición en especie" que descartaría la venta del bien?

La duda se presenta porque en el régimen de la propiedad horizontal existen cosas comunes, con lo que la partición no sería total y no pondría fin al condominio, que es la meta de la partición, ya que subsistiría sobre las cosas comunes.

La jurisprudencia anterior al nuevo Código se ha inclinado por la afirmativa, razonando que

el carácter privativo de dueño con respecto a cada unidad permite un libre y autónomo poder jurídico sobre ella y hace que el mencionado con-

dominio forzoso sobre las partes comunes constituya sólo un orden secundario de relaciones,²⁶

salvo que el procedimiento resultara antifuncional y antieconómico.²⁷

Sin apartarse del principio, se ha negado en oportunidades aquella posibilidad cuando las unidades tuvieran un valor tan desigual que, el que recibiera la unidad más valiosa tuviera que compensar en dinero a quien le fuera adjudicada la de menor valor, a fin de mantener la igualdad entre los condóminos; no pudiéndoselo obligar a ello.²⁸

Estimamos que el criterio se mantendrá bajo las nuevas normas.

Licitación

La licitación se hallaba admitida por Vélez como modo de partir, pero la Ley 17.711 la derogó. El CCCN la reincorpora como modo particional.

Es una suerte de remate entre los condóminos, ya que el derecho a licitar sólo puede ser ejercido por éstos.

Según el artículo 2372 cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia, ofertando un valor superior al avalúo, para que se le adjudique dentro de su lote si los demás copartícipes no superan la oferta.

Producido el pedido de licitación, se convoca a los condóminos interesados para que pugnen entre ellos, adjudicándose la cosa a quien ofreciere un mayor precio.

El bien licitado debe ser imputado al lote del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en el lote de cada uno.

No puede pedirse la licitación pasados treinta días de la aprobación de la tasación.

²⁶ Conf. CNCiv., sala A, La Ley- 88-355, causa "Fonso de Seri c/Seri".

²⁷ Conf. CNCiv., sala B, LL-93-1134.

²⁸ Conf. CNCiv., sala C, 1.10.1999, La Ley, supl. diario del 3.7.2000, fallo 10.488.

Partición en especie

El artículo 2374 mantiene el principio de partición en especie, ya que si es posible dividir y adjudicar los bienes materialmente, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

La partición en especie tiene lugar cuando se concreta adjudicando a cada condómino una parte materialmente determinada de la cosa o una de las cosas sujetas a condominio (si son varias).

En caso contrario, de no ser posible la división, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto.

También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes.

Según el artículo 2375, aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes.

Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas (artículo 2375).

Asimismo, cabe tener presente que las Provincias, en ejercicio del poder de policía urbanística y las facultades que les asisten en orden a la división y uso de su suelo, pueden (y lo han llevado a cabo) fijar restricciones a la división de los inmuebles, estableciendo las medidas mínimas que debe tener cada lote de terreno de acuerdo a la zonificación y otras variables que adopten ("superficie mínima económica"). Se trata de una limitación al dominio fundada en razones de interés público (artículo 1970).

Partición por venta

Subasta o remate de los bienes: Si no es posible la partición en especie, es necesaria la venta del bien.

Si los condóminos están de acuerdo, la venta puede ser llevada a cabo a través de un acto particular (por ejemplo, venta a un tercero) o en remate público voluntario. Sobre esto nos detendremos más adelante.

Si no están de acuerdo la venta se hará en subasta pública.

Subasta pública: Se habla, indistintamente, de subasta pública, remate o venta pública pero existen diferencias relevantes que analizaremos.

Diversas teorías se han propuesto para explicar la naturaleza jurídica de las ventas judiciales.

En la subasta pública existe la venta forzada en el marco de un proceso compulsivo ejecutivo o ejecutorio, que provoca el desapoderamiento de los bienes del deudor.²⁹

En realidad para la mayoría de la doctrina se trata de verdaderas compraventas, pero se discute sobre la persona del “vendedor”. Algunos entienden que quien reviste esta condición es el órgano jurisdiccional, otra el ejecutado y una tercera el ejecutante.

Para la corriente que sostiene que quien vende es el ejecutado,³⁰ ante la sentencia de condena, actuaría representado por el martillero (delegado del juez), quien “pone” en venta la cosa y acepta o rechaza las ofertas del público dispuesto a comprar.

Para otros autores,³¹ el vendedor es el órgano jurisdiccional que, prescindiendo de la voluntad del dueño, dispone de la cosa, convirtiéndose de ese modo en verdadero vendedor.

Borda³² dice que esta tesis tiene a su favor la circunstancia de que ni el propietario ni los acreedores responden por evicción, lo que indica que a ninguno de ellos se lo considera vendedor, empero admite que si el propietario no es quien vende no se puede hablar, en rigor, de venta forzada, a lo sumo se podrá hablar de ejecución o expropiación inevitable para el deudor.

²⁹ Abella, Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, Zavallía, Buenos Aires, 2008, p. 258 y ss.

³⁰ Véase Canelutti, “Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones”, en *Estudios de derecho procesal*, t. I, p. 339; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, t. I, p. 66, nota 29 *in fine*; López de Zavallía, *Teoría [...] Parte especial*, t. I, p. 41; Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil*, t. I, 2ª ed. act. por Acuña Anzorena, Buenos Aires, TEA, 1957, p. 262.

³¹ Véase Borda, *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1994, p. 52; Fernández, Raymundo L., “Proceso ejecutivo. Carácter del martillero. Responsabilidad del ejecutante por los honorarios y gastos originados en actos y trámites necesarios para la prosecución normal del juicio”, *La Ley*, 16-980.

³² Borda, *Contratos, op. cit.*, t. I, n° 53, p. 52. Al argumento que invoca Borda, en el sentido que ni el propietario ni el acreedor responden por evicción, cabe la certera refutación de López de Zavallía: la garantía de evicción no es de la esencia de la venta (López de Zavallía, *Teoría de los Contratos. Parte especial*, t. I, p. 41). El artículo 2122 del Código Civil dice: “En las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta”.

La opinión de Chiovenda³³ es que estaríamos en presencia de un caso atípico de expropiación; lo que el Estado expropia no es el dominio sobre la cosa que sale a subasta, sino el derecho del dueño a vender esa cosa. Una vez realizada la expropiación, el Estado a nombre propio procede a vender la cosa en subasta pública. Di Iorio entiende que la subasta no es en definitiva otra cosa que un acto jurisdiccional prescindente que no puede ser asimilado a ningún acto jurídico del derecho privado. Por eso mismo, se halla regida —en principio— sólo por las normas procesales que regulan el procedimiento de ejecución forzada sin que sea factible hacerle extensivas las propias de la figura contractual de la compraventa, pues estas sólo podrían aplicarse por vía de analogía y en defecto de las específicas del orden ritual.³⁴

La tesis de Couture³⁵ es que la venta de bienes de un deudor, realizada por los órganos jurisdiccionales, constituye un fenómeno realmente híbrido, en el cual interfieren los elementos del derecho civil, del derecho procesal y del derecho notarial. Canelutti³⁶ la consideró un acto mixto de providencia y de negocio jurídico. Morello sostiene que en el proceso y con intervención del órgano judicial puede darse una circunstancia negocial que estructural y finalísticamente connota el mismo acto contractual que normalmente opera en la realidad del tráfico. El contenido de la subasta es desde luego una compraventa. A través de ella se formaliza ese típico acto negocial. Las singularidades consisten en que el martillero actúa en nombre y representación del juez —quien delega en ese profesional la realización del acto— y no impide que, una vez abierto éste, comience a concertarse, seguido de actividad ejecutoria, un verdadero y propio contrato de compraventa.³⁷

³³ Chiovenda, Giuseppe, “Saggi di diritto processuale civile. Sulla natura giuridica de la espropriazione forzata”, citado por Borda, *Contratos*, t. I, n° 53, nota 84, p. 53.

³⁴ Di Iorio, Alfredo, *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, págs. 188 y 193.

³⁵ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, n° 305, p. 469.

³⁶ Canelutti, Francesco, *Proceso di esecuzione*, t. III, Padova, 1929, p. 216.

³⁷ Morello, A. M.; Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, t. VI, 2ª ed., ED. Platense, 1998.

En orden a esta evidencia, se ha puntualizado con acierto que “aunque la subasta judicial se rija por las normas procesales, nada obsta para que en forma subsidiaria y supletoria resulten de aplicación las disposiciones del Código Civil respecto del contrato de compraventa.”

Es que en la faz negocial –que es el núcleo del entramado procesal– se individualiza el comprador en la persona del postor a quien se le adjudica el bien, por el precio pujado y respecto del bien ofertado. Se continúa con el pago de la seña, la aprobación del remate y la integración del precio, para terminar con la tradición de la cosa y su formalización jurídico-registral. Todo ello, como contrato que es, hace que le sean aplicables las normas y principios generales que regulan a éste, incluyendo los que conciernen a la interpretación de los contratos, el primero de los cuales es el de la buena fe. La relación jurídica sustancial (vendedor-comprador) queda establecida entre el dueño de la cosa y el adquirente en la subasta pública; la intervención del poder público, a través de los distintos funcionarios, no modifica la naturaleza del acto de enajenación. En lo que atañe al consentimiento del vendedor, éste se entiende prestado, mediante coacción. Trátase de una venta impuesta al dueño (por la fuerza), que está destinada a satisfacer el interés de sus acreedores.

Concluimos que cuando se vende judicialmente no hay promesa de contrato de compraventa, sino compraventa,³⁸ y constituye un acto de adquisición derivado, pese a que la transmisión se haga libre de gravámenes, siempre que los acreedores hayan sido debidamente citados.

La existencia de una particular forma de extinción de la hipoteca, legislada en el artículo 2203 del CCCN, un modo de extinción o traslación de embargos e inhibiciones (por ejemplo, artículo 588 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la particular instrumentación (artículo 1017, 1ª parte, CCCN), la limitación de responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios, u otros aspectos secundarios expresamente legislados en el CCCN para este tipo de venta, no modifican el carácter de la adquisición.³⁹

³⁸ Dentro del proceso, su instrumentación es autosuficiente ya que no es necesaria la escritura pública (artículo 1184, parte 1ª, CC; artículo 587, C. Proc.).

³⁹ Abella Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, op. cit., p. 259 y ss.

Remate judicial voluntario

Ya hemos dicho que si todos los condóminos están de acuerdo, la venta puede ser particular o en remate público.

Existen diferencias con la subasta pública,⁴⁰ ya que en ésta, como dijimos, existe la venta forzada en el marco de un proceso compulsivo ejecutivo o ejecutorio, como ocurre en la faz de ejecución de sentencia de remate, en tanto que en el remate judicial opera la simple venta que proponen los enajenantes de acuerdo, exteriorizada en la órbita judicial.

En ambas se identifican los elementos del contrato de compraventa, pero podemos aportar diferencias sustanciales:

1) La subasta pública es ordenada por un magistrado judicial, existe desapoderamiento por mandato judicial, y el inmueble queda a disposición del juez. En el remate la decisión es de los comuneros que se valen de la intervención judicial para la realización del bien sin que exista conflicto o controversia.

2) En cuanto a la forma del acto, en la subasta el dominio queda consolidado para el adquirente una vez cumplidos en el expediente judicial los siguientes actos: a) la orden de celebración de la subasta, y su aprobación, b) el auto que da por abonado del precio o parte del precio según lo acordado, y c) la toma de posesión.⁴¹

Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice:

Si la subasta se dispone a requerimiento del propietario o de un condómino y no en cumplimiento de una sentencia de condena, la operación se registrará por las normas del derecho sustancial; en tal caso, las que se establecen en este Código sólo serán aplicables en lo que fueren conciliables con aquellas (artículo 559).

⁴⁰ Véase Morello, Augusto Mario, “Subasta y compraventa”, *Revista del Notariado*, nº 758, año 1978. Nuta, Ana, R.; Rotondaro, Domingo; Abella, Adriana; Navas, Raúl, *Cuestiones civiles, notariales y registrales en los concursos y quiebras, en Tratado de Derecho Privado, Derecho Comercial*, Ana R. Nuta (Dir.), Osvaldo Solari Costa (Coord.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 95 y ss.

⁴¹ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 586 dispone que: “La venta judicial sólo quedará perfeccionada una vez aprobado el remate, pagado el precio o la parte que correspondiere, si se hubieren otorgado facilidades, y luego de realizada la tradición del inmueble a favor del comprador”.

Con lo dicho, si en un proceso sin controversia se acuerda la venta pública del bien, la adquisición se regirá por las normas de fondo. *La interpretación dominante en la doctrina requiere en este caso la escritura pública de compraventa si incluye inmuebles, otorgada por los condóminos vendedores y el comprador y autorizada por el notario.* Esta escritura documenta el acto causal de transmisión dominial, ya que el remate sólo sirvió para provocar la venta, con el riesgo para el adquirente de terminar en un incidente de escrituración, si los vendedores son renuentes en su otorgamiento.⁴² Vemos en consecuencia la diferencia con la escritura acta de transcripción, llamada de protocolización de las actuaciones, que prevé el Código de rito para la adquisición en subasta pública.⁴³

3) Sobre los gastos en la adquisición en subasta de inmuebles, el artículo 587 del CPCCN preceptúa que:

La escritura de protocolización de las actuaciones será extendida por el escribano sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado,

y agrega en el párrafo siguiente:

El adquirente que solicita la escrituración toma a su cargo la realización de las diligencias tendientes a ella, pero no está obligado a soportar los gastos que corresponden a la otra parte.

En el remate los gastos de escritura son abonados según lo acordado en el boleto.

4) En el remate, al primar el derecho de fondo, los vendedores responderán por evicción y por los vicios redhibitorios, apartándose de lo que regula el codificador en la ejecución forzada en que la responsabilidad por evicción se limita al monto de la subasta y no se responde por vicios redhibitorios.

5) En el remate voluntario el martillero sólo es un representante de las partes y actúa o interviene a pedido del vendedor, sea éste

⁴² Resulta aplicable igual recaudo para conformar el título suficiente en los supuestos de licitación (artículo 205) y venta directa (artículo 213) de la LCQ. Volveremos sobre el tema.

⁴³ CNCiv., Sala 3.10.80, LL, 1981-A, p. 340; Morello, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, t. I, 3ª ed., Ed. Platense, Buenos Aires, p. 443.

un condómino o un comunero. En la subasta pública actúa en representación del juez.

6) Si el postor es remiso en el remate, es decir que no paga el precio luego de aprobado el remate, el comprador perderá la señal; en la subasta se aplica la norma del código de rito, que lo responsabiliza por la disminución del precio, por los intereses acrecidos y los costos ocasionados.

7) En el remate judicial los vendedores pondrán las condiciones de venta y podrán designar el escribano para que otorgue la escritura;⁴⁴ en la subasta pública el comprador designa al escribano para la instrumentación de la escritura acta de protocolización de actuaciones.

8) En el remate judicial es necesario cumplir con el asentimiento del cónyuge en los casos previstos por el Código (artículos 456 y 470); en la subasta pública ello no es así por tratarse de una ejecución forzada.

9) En el remate judicial, si existen embargos u otras providencias cautelares sobre la cosa a rematarse, se exige su previa cancelación, ordenada por los jueces que ordenaron la traba de las cautelares,⁴⁵ y si hay hipotecas, se cancelan por escritura pública o serán a cargo el adquirente. En cuanto a inhibiciones de los vendedores su existencia impide la realización del remate sin la previa orden judicial de levantamiento. En la subasta pública los derechos de los acreedores embargantes e inhibientes se trasladan al precio y en caso de hipoteca rige el artículo 2203 CCCN.

Formación de los lotes

El artículo 2377 establece reglas específicas para la formación de los lotes, a saber: a) No se debe tener en cuenta la naturaleza o el destino de los bienes, salvo que existan normas sobre atribución preferencial. b) En caso de ser posible, debe evitarse el parcelamiento de inmuebles y la división de las empresas. c) En los casos en que las hijuelas no tienen igual valor, deben compensarse con

⁴⁴ SCBA, 8.6.1943, *La Ley*, t. 31, p. 488; Cám. 2 CC La Plata, Sala II, 7.2.1978, causa A-31.456, *Rev. DJ*, Buenos Aires, 979-2-41, sum. 218, citado en *La Ley*, Rep. XXXIX-JZ.- 2124-IV-4.

⁴⁵ Véase Morello, A. M.; Sosa, G. L. y Berizonce, R. O., *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. VI, 2ª ed., Ed. Platense, La Plata, 1998, p. 195.

el pago del saldo en dinero. El saldo nunca debe superar la mitad del valor del lote, salvo caso de atribución preferencial. d) Cuando al deudor del saldo se le adjudican bienes que posteriormente aumentan o disminuyen considerablemente su valor, el saldo también aumentará o disminuirá en la misma proporción.

Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, *excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial*.

Más cabe advertir que las atribuciones preferenciales legisladas en los artículos 2380 a 2383, se aplican específicamente a los casos de partición de herencias.

Asignación de los lotes

Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de éstos, por sorteo.

En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes (artículo 2378).

Cargas de la masa

Los gastos causados por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común, se imputan a la masa.

No son comunes los trabajos o desembolsos innecesarios o referentes a pedidos desestimados, los que deben ser soportados exclusivamente por quienes los causen (artículo 2384).

Registración

Tratándose de cosas registrables, la adjudicación realizada a través del acto partitivo debe dar lugar a un nuevo asiento registral.

Tal técnica de registración coadyuva a la exactitud de la publicidad registral y a su concordancia con la realidad. Se viabiliza así la publicidad de la libre disponibilidad del bien adjudicado.

En caso de partición judicial, es posible la celebración de negocios dispositivos conjuntamente a la escritura acta de transcripción de actuaciones del expediente de partición judicial del condominio; así como si ocurrió la partición privada judicial, el acta de transcripción del acuerdo partitivo homologado judicialmente, con su orden de inscripción; o la celebración del acto por el adjudicatario por tracto abreviado.

5. Condominio con indivisión forzosa perdurable

Ya hemos dicho que la indivisión forzosa, que se presenta cuando los condóminos están impedidos de solicitar en cualquier momento la partición,⁴⁶ puede ser temporaria o perdurable.

Y hemos estudiado los supuestos de indivisión forzosa temporaria.

Ahora nos dedicaremos al condominio de *indivisión forzosa perdurable*, que es la indivisión que se prolonga, como principio, sin límite en el tiempo, aunque puede cesar, como por ejemplo cuando cesa la afectación de la cosa accesoria al uso común de los inmuebles, en el caso del artículo 2004 (de allí que no se hable de indivisión forzosa perpetua sino *perdurable*, esto es, que se extiende en el tiempo, que perdura).

El CCCN regula al condominio con indivisión forzosa perdurable en el Capítulo 5 del Título 4, del Libro Cuarto.

Los supuestos de indivisión forzosa perdurable contemplados por el CCCN son dos: condominio sobre accesorios indispensables (Sección 1ª, artículos 2004 y 2005) y condominio sobre muros, cercos y fosos (Sección 2ª, artículos 2006 al 2036).

Cabe advertir que el CCCN *no incluye* entre los supuestos de condominio con indivisión forzosa perdurable al caso de *la confusión de límites*, como lo hacían los artículos 2746 al 2754 del Código Civil de Vélez Sarsfield, con criterio que fuera criticado.⁴⁷ En cambio, con mayor acierto, el CCCN se detiene en la confusión de límites al disponer sobre las acciones reales, incluyéndola entre éstas: artículos 2266 al 2268 –“acción de deslinde”– la estudiaremos en el Módulo “Acciones posesorias y acciones reales”.

Sólo diremos aquí que la *confusión de límites* existe entre cuando media un estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos.

⁴⁶ A diferencia del *condominio SIN indivisión forzosa*, en el que cualquiera de los condóminos puede pedir, en cualquier tiempo, la partición (artículo 1997).

⁴⁷ La crítica encontraba sustento en la circunstancia de que Vélez consideraba a la confusión de límites como una hipótesis de condominio cuando, en verdad, no habría en este caso una zona intermedia de copropiedad de los vecinos: uno llega exclusivamente a donde llega exclusivamente el otro y lo que se busca no es dividir lo común sino deslindar lo exclusivo; ninguno pretende lo que no es suyo, únicamente quiere determinar físicamente lo propio (Bibiloni, *Anteproyecto*, t. III, Abeledo, Buenos Aires, 1930, p. 127 y ss.).

No hay disputa en cuanto a la propiedad, pues hay acuerdo entre los vecinos respecto de sus títulos; sólo ignoran cuál es la línea separativa de las heredades en los hechos, o sea sobre el terreno (por ejemplo, si se hubieran destruido debido a causas climáticas los mojones que materializaban esa línea en el terreno). Y a esa confusión existente es a la que se pretende poner fin mediante la acción de deslinde, que busca demarcar la línea divisoria en el terreno, con arreglo a los títulos de cada uno.

En otras palabras, la incertidumbre se disipa a través de la *acción de deslinde*, que permite fijar de una manera cierta ese límite (previa investigación fundada en títulos y antecedentes) y demarcarlo en el terreno (artículos 2266 al 2268).

6.1. Condominio sobre accesorios indispensables

Se presenta esta hipótesis de indivisión forzosa perdurable cuando el condominio recae sobre cosas afectadas como *accesorios indispensables* al uso común de dos o más heredades que pertenecen a distintos propietarios (artículo 2004).

Este supuesto involucra a inmuebles o “heredades” (así las llama el artículo 2004)⁴⁸ y será cuestión de hecho determinar en cada caso concreto cuándo los accesorios son indispensables al uso común de los fundos y están afectados a ello.

El condominio recae sólo sobre las cosas afectadas al uso común de los inmuebles y no sobre éstos.

Ejemplos: pasillos, bebederos, canaletas de desagüe, riegos o represas que sirvan para el riego de diversos fundos.

Si estas cosas no estuvieran en condominio, sino que fueran de propiedad exclusiva del propietario de uno de los inmuebles sería menester, para que pudieran ser utilizadas por el dueño del otro, la constitución de una *servidumbre* sobre aquél a favor de éste (por contrato o demandando la efectivización de la servidumbre forzosa si correspondiere –artículo 2166–).

Estando en condominio esas cosas, se aplican a su respecto las reglas del condominio y no las relativas a las servidumbres: así, el condominio no se extingue por el no uso, como sí sucede con las servidumbres [artículo 2182, inciso b)]; la contribución a los gas-

tos que ellas irroguen, cae bajo la órbita de los artículos 1991 y 1992, etcétera.

Relativamente a las facultades materiales de los comuneros sobre la cosa, dice el artículo 2005. “*Uso de la cosa común.* Cada condómino puede usar de la cosa común para las necesidades de los inmuebles a los que está afectada y sin perjudicar el derecho igual de los restantes condóminos”. Resultan también aplicables los artículos 1985 al 1988.

En cuanto a los actos jurídicos, por la propia naturaleza de este condominio, un condómino no podrá celebrar ninguno sobre la cosa accesorio, ni sobre la parte ideal que le corresponda en el condominio, si no se comprende en él también el inmueble exclusivo y viceversa. Rigen los artículos 1989 y 1990.

6.2. Condominio de muros, cercos y fosos

El CCCN se ocupa en la Sección 2ª del Capítulo 5, del Título 4, Libro Cuarto, del condominio de muros, cercos y fosos (todos ellos sujetos a las mismas reglas, por lo que los estudiaremos bajo la única designación de “muros”, por razones de brevedad), considerando uno de los supuestos de “condominio con indivisión forzosa perdurable”.⁴⁹

En la misma Sección aparecen prescripciones relativas a la que se denomina “medianería rural” (artículos 2031 al 2033) y al “condominio de árboles y arbustos” (artículos 2034/2036).

La importancia del tema deriva principalmente de razones económicas, las que aconsejan se contemple la conveniencia de admitir y reglar la utilización de una misma pared por los propietarios de inmuebles linderos, con el consiguiente ahorro de terreno, materiales y mano de obra.

⁴⁸ Ya en el *Corpus Iuris* de Justiniano se dedican varias normas, –ubicadas entre las servidumbres– a los muros separativos de dos heredades. La cuestión adquirió envergadura en la Edad Media por la aparición de ciudades de población concentrada, en las que se presentaba la conveniencia de que dos fincas pudieran utilizar un mismo muro. En Francia dichos muros fueron contemplados en distintas Costumbres provinciales (como las de París y Orleans), algunas de cuyas disposiciones pasaron al Código Napoleón, en el que se los trata como una especie de servidumbre legal. En cambio, el Código Italiano de 1942 se ocupa de ellos al referirse a la “Propiedad urbana”, como una hipótesis de comunidad (artículos 873 y sig.): ver Messineo, M., *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 536 y ss.

⁴⁹ Si no están sometidos al régimen de la propiedad horizontal, pues en ese caso, la regulación será la correspondiente a este derecho real autónomo.

En primer lugar, diremos que los muros que demarcan los límites de dos inmuebles no siempre está en condominio, o no están en condominio en su totalidad, con lo cual, designarlos genéricamente como “medianeros” y su estudio como “Medianería”, no es correcto y puede conducir a equívocos. Esto, porque la calidad de “medianero” no apunta a que el muro “está en el medio” separando dos inmuebles linderos (como vulgarmente se cree), sino que aplica a una especie de muros linderos, divisorios o separativos, que es la de los muros que están en condominio (que sería de indivisión forzosa perdurable). O sea que existen muros divisorios que son medianeros y otros que no lo son.

Lo dicho nos convenció hace tiempo⁵⁰ de que resulta provechoso fijar el significado de los términos a emplear en el estudio del tema antes de adentrarnos en él pues, de lo contrario, los problemas podrían resultar oscurecidos, lo mismo que la búsqueda de soluciones, llevándonos a disputas puramente verbales.

Es lo que, a nuestro juicio con acierto, hace el CCCN, cuyo artículo 2006, en sus diversos incisos, precisa el significado de cada uno de los términos que empleará en la regulación de este condominio.

Aunque nosotros desde siempre hemos añadido una cuestión previa:⁵¹ distinguimos los muros desde el *punto de vista físico* (responde al interrogante *¿dónde está ubicado el muro en el terreno?*) y desde el *punto de vista jurídico* (responde a la pregunta *¿a quién pertenece el muro?*). Y así, los incisos a), b), c), g) y h) del artículo 2006, contemplan a los muros desde el punto de vista físico y los incisos d), e) y f) se refieren a los muros desde el punto de vista jurídico.

Muros desde el punto de vista físico

Se denomina en el artículo 2006:

Muro lindero, separativo o divisorio: al que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante (inciso a).

Muro encaballado: al muro lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes (inciso b).



Muro contiguo, al muro lindero que se asienta totalmente en uno de los inmuebles colindantes, de modo que el filo coincide con el límite separativo de dichos inmuebles (inciso c).



Muro de elevación, al lindero que excede la altura del muro de cerramiento –3 metros o la altura prescrita por las legislaciones locales– (inciso g).

Muro enterrado, al ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcción en la superficie.

Muros desde el punto de vista jurídico

Se denomina en el artículo 2006:

Muro medianero, al lindero que es común y pertenece en condominio a ambos colindantes (inciso d).

Muro privativo o exclusivo, al que pertenece a uno solo de los colindantes (inciso e).

Muro de cerramiento, al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo (inciso f).

El CCCN, a diferencia de otros ordenamientos,⁵² no contempla el supuesto de lo que denomináramos “pared próxima”,⁵³ que es la edificada íntegramente en terreno de uno de los colindantes pero sin apoyar sobre el límite separativo.

Consecuentemente, en principio ella está fuera de la problemática de nuestro tema. Sin embargo, cuando el espacio dejado por el vecino entre la pared y el límite fuera insignificante al punto que careciera de utilidad alguna para él, cabría preguntarse si no sería posible exigir la cesión del muro y del terreno que queda entre el límite de los terrenos y ese muro, aplicando analógicamente los

⁵⁰ Conf. Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, vol. 2, Buenos Aires, Zavalla, 2010, p. 210 y ss. (aunque ya desde las primeras ediciones de la obra).

⁵¹ Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, op. cit., vol. 2, pp. 210/212.

⁵² Así, el Código Civ. y Com. Italiano de 1942, artículo 875.

⁵³ Conf. Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, op. cit., vol. 2, pp. 211/212.

principios establecidos para los muros contiguos⁵⁴ y considerando que la negativa del vecino podría importar un abuso del derecho (artículo 10 CCCN).

Cerramiento forzoso

Muro de cerramiento

En el artículo 2006, inciso f), se define al *muro de cerramiento* como el muro de cerramiento forzoso, lo que impone determinar de qué se trata este “cerramiento forzoso”.

Según el artículo 1944 CCCN, al dueño le corresponde la “facultad de exclusión” y por ello “puede encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales”.

Empero, en “los núcleos de población o en sus arrabales”, esa facultad se transforma en obligación para los propietarios de dos inmuebles colindantes y se denomina “cerramiento forzoso urbano”. Dice el artículo 2007 que

cada uno de los propietarios ubicados en un núcleo de población o en sus arrabales⁵⁵ tiene frente al titular colindante *el derecho y la obligación recíprocos* de construir un muro lindero de cerramiento, al que puede encaballar en el inmueble colindante hasta la mitad de su espesor.

Este derecho/obligación se funda en la necesidad de preservar la intimidad de los vecinos, en motivos de higiene, seguridad y economía de terreno.

⁵⁴ En el artículo 875 del Código Civ. y Com. Italiano de 1942 leemos que “Cuando el muro se encuentra a una distancia del lindero menor a un metro y medio o bien a una distancia menor de la mitad de la establecida por los reglamentos locales, el vecino puede pedir la comunidad del muro solamente al objeto de edificar contra dicho muro, pagando además de la mitad del valor del muro, el valor del suelo a ocupar con la nueva edificación, salvo que el propietario prefiera extender su muro hasta el lindero [...] (sigue el procedimiento a observar)”.

⁵⁵ El Diccionario de la Real Academia Española define al “arrabal” como “barrio fuera del recinto de la población a que pertenece” o “cada uno de los extremos de una población”. Se denomina así a la parte de la ciudad situada en la periferia o a sus barrios exteriores, es decir, a los suburbios.

⁵⁶ En cuanto a qué debe entenderse por “núcleo de población y sus arrabales”, es cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial. Los actos administrativos al respecto no son vinculantes para el juez, aunque naturalmente gravitarán en su decisión: C3° CC La Plata, DJBA-57-181.

En primer lugar, cabe señalar que –aunque el CCCN no lo establece expresamente– los vecinos pueden ponerse de acuerdo y construir el muro de cerramiento encaballado “a comunidad de gastos” (e inclusive construirlo de mayor altura, si así lo acuerdan). En este supuesto, obviamente el muro será medianero, o sea estará en condominio desde la construcción.

En defecto de tal acuerdo, el muro de cerramiento puede ser construido contiguo (íntegramente en el terreno de quien lo construye) o encaballado. Para edificar el muro de encerramiento encaballado, quien lo haga no debe pedir, ni obtener, autorización del vecino colindante, ya que esa facultad surge y se la otorga la ley: directamente asentará la mitad de la pared en terreno del vecino.

Aunque, repetimos, el muro de cerramiento forzoso puede construirse como encaballado o contiguo.

El artículo 2008 determina los requisitos físicos que debe satisfacer el aludido muro de cerramiento forzoso:

[...] debe ser estable, aislante y de altura no menor de tres metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles.

Ello, salvo que las normas locales establezcan una altura distinta, en cuyo caso cabrá estar a ésta.

Refiriéndonos a su carácter jurídico, dice el artículo 2009 que hasta la altura de tres metros⁵⁷ el muro de cerramiento forzoso es medianero, o sea está en condominio (desde que se comienza su construcción, según cabe derivar del artículo 2020). Ahora bien, recordemos que el muro de cerramiento puede ser construido por uno de los vecinos como contiguo o encaballado. Y como el artículo 2009 determina que el muro de cerramiento forzoso es medianero o sea está en condominio desde su construcción, sin hacer distinción alguna, ello conduce a la conclusión de que en ambos casos (*encaballado o contiguo*) el muro de cerramiento forzoso nace medianero o en condominio, siendo ésta una gran innovación respecto del régimen anterior al nuevo Código.⁵⁸

⁵⁷ Se cuentan desde el nivel del suelo.

⁵⁸ Conf. Kiper, C., “La medianería urbana en el Código Civil y Comercial”, su artículo del 23.12. 2014, en www.infojus.gov.ar; Infojus.idinfojus. DACF 140864.

Siendo medianero el muro, le asisten a cada vecino condómino (aun al que no ha pagado todavía al vecino que lo construyó), las facultades inherentes a la medianería: adosar construcciones al muro, anclarlas en él, empotrar todo tipo de tirantes y demás enunciadas en el artículo 2021, prolongar el muro, demoler el muro y reconstruirlo (artículo 2024), etc. Sin perjuicio de que pueda reclamársele el respectivo pago.

Como el muro de cerramiento nace medianero, sólo queda al colindante que lo construyó reclamar del vecino el pago pertinente: a) si lo construyó *encaballado*, sólo puede exigir el pago de la mitad del valor de la pared en toda su longitud (artículo 2018) y cimientos necesarios para sustentarlo (artículo 2014);⁵⁹ b) si lo construyó *contiguo* (o sea en su terreno), puede exigir el pago de la mitad del valor de la pared (en toda su longitud: artículo 2018), de sus cimientos y del terreno (artículo 2014).

El valor computable es el del muro, cimientos y terreno (en su caso) *a la fecha de la mora* (artículo 2019).

Respecto de la *mora*, importa señalar que la obligación de pago de la medianería es pura y simple, o sea de exigibilidad inmediata, en los términos del artículo 871, inciso a), por lo que el pago debe hacerse en el momento del nacimiento de la obligación (para el muro de cerramiento, será la construcción o comienzo de la construcción –artículo 2020–; para el de elevación o enterrado, será el de la utilización efectiva –artículo 2020–). Relativamente a este tipo de obligaciones, doctrina y jurisprudencia mayoritarias habían interpretado, bajo el imperio del Código anterior, que era necesaria la interpelación para colocar al deudor en situación de mora.⁶⁰

El nuevo Código establece en el artículo 886 que la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación (o sea automáticamente). En las obligaciones de exigibilidad inmediata ese “tiempo” es el de su nacimiento [artículo 871, inciso a)], vale decir que si el deudor no cumple en ese momento, queda incurso en mora, sin necesidad de

⁵⁹ No podría reclamarse el valor de los cimientos que sólo hayan resultado necesarios con motivo de la construcción de sótanos u obras especiales requeridas por las características de la edificación de quien lo levantó: CNCiv., sala C, ED-86-197.

⁶⁰ Conf. Belluscio, A.; Zannoni, E., *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, obra colectiva*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 597, comentario al artículo 509.

interpelación.⁶¹ Con lo que va dicho que *para estos muros de cerramiento, la mora opera automáticamente desde su construcción*, ya que desde ese momento nace para el vecino la obligación de pagar.

Respecto de *quién* debe pagar, en primer término diremos que el artículo 2015, a nuestro entender, se refiere al muro de cerramiento, ya que el artículo 2014 menta a “el que construye el muro de cerramiento [...]” y el artículo 2015 dice que “no puede reclamar [...]”, con lo que cabe interpretar que el artículo 2015 se vincula con “el que construye el muro de cerramiento” y constituye una continuación del artículo 2014, que regula el muro de cerramiento.

En cuanto a *qué es lo que debe pagarse*, determina el artículo 2014 que quien lo construyó no puede reclamar el mayor valor originado por las características edilicias del muro y de sus cimientos, con relación a la estabilidad y aislación de agentes exteriores que exceden los estándares del lugar. Y menos podrá reclamar adherencias u ornatos de sólo valor suntuario, innecesarias para que el muro cumpla su función (frescos, grabados, pinturas, etcétera).

Debe incluirse en el “precio” de la medianería la mitad de los gastos y honorarios derivados de la confección de planos de medianería, por tratarse de una erogación indispensable e imprescindible a los fines de la construcción.⁶²

Del mismo modo que la mitad del Impuesto al Valor Agregado que hubiera sido abonado por quien construyó el muro.

Desde luego que los vecinos pueden celebrar al respecto los acuerdos que estimen pertinentes.

Se halla autorizado para intentar el reclamo quien construya el muro a partir del comienzo de la construcción (argumento que surge del artículo 2020), *aun cuando el vecino no lo utilice específicamente*. Esta acción de cobro de la medianería prescribe a los cinco años (artículo 2560), contados desde que el muro se comenzó a construir (artículo 2020).

Debe advertirse que, operada la prescripción con relación a la obligación de abonar la medianería (artículo 2020), cuyo curso comenzó con la construcción (artículo 2020), si el vecino que no cons-

⁶¹ Conf. Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, obra colectiva*, t. V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 381/382.

⁶² Conf. Civ., sala E, 20.8.73, LL-154-121; sala G, 19.9.86; ED-119-650.

truyó el muro y que no lo abonó, pero que nunca utilizó específicamente el muro llegara a utilizarlo después de consumada aquélla, esa utilización no hace renacer la obligación de pago y puede oponer esa prescripción si fuera objeto de reclamo:⁶³ porque esa utilización específica de la pared de cerramiento la habría realizado en su calidad de comunero, que la tiene desde la construcción.

Obviamente no juega aquí la prescripción adquisitiva, en tanto el condominio se adquiere desde la construcción del muro: el muro “nace” medianero, o sea en condominio y nada hay que adquirir por usucapión.

Muro de elevación y muro enterrado

Muro de elevación

En el caso de que el vecino construya el muro de cerramiento de mayor altura, (sea encaballado o contiguo) *hasta la altura del muro de cerramiento* (3 metros o la que determinen las normas locales) *el muro estará en condominio, o sea será medianero desde ese momento y podrá reclamarse el cobro de la medianería con ese alcance desde la construcción aunque el vecino no utilice el muro, como acabamos de ver.*

Mas, en la porción que supere los tres metros se tratará del “muro de elevación”; ese sector elevado es *privativo*, es decir, pertenece exclusivamente a quien lo construyó.

Con lo que va dicho que *en ese muro convivirán entonces dos regímenes jurídicos*: hasta la altura del muro de cerramiento uno (el de los muros de cerramiento) y de allí hacia arriba otro régimen (el de los muros de elevación).

En primer lugar, cabe señalar que los colindantes pueden acordar entre ellos lo que estimen pertinente respecto de la adquisición del condominio del muro de elevación (o del muro enterrado): artículo 2009; y desde luego determinar en el contrato el “precio” a pagar.

En defecto de acuerdo, quien construyó el muro de elevación, según el artículo 2017 sólo podrá exigir el pago correspondiente al

⁶³ Es lo que se resolvió en el fallo plenario de la CNCiv., causa “Gaggero de Simonetti, M. c/ Bogopolsky, J.”, del 6.7.1955 (JA- 1955-III 208), que se volvió en la reforma del artículo 4022 del Código de Vélez, cuya doctrina resulta enteramente aplicable aún bajo las nuevas normas.

vecino *desde que éste lo utilice efectivamente para fines específicos* (por ejemplo, apoyar construcciones, introducir cañerías, introducir tirantes). En cambio, no configuraría “utilización específica” el colgar jaulas, colocar clavos para colgar ropa, revocar la pared y *en la medida en que lo utilice* y no en toda su longitud (artículo 2018).

A partir de la utilización comenzará a correr el plazo de *prescripción liberatoria* del crédito por cobro de la medianería (artículos 2020 y 2554), que es de cinco años, pues no tiene consagrado un plazo especial (artículo 2560).

Y también a partir de esa utilización arranca el curso de la *prescripción adquisitiva* del condominio sobre el muro, razón por la cual es pertinente puntualizar que *la prescripción liberatoria del crédito por medianería no incide en la adquisición de dicho condominio* (el artículo 2009 sólo autoriza la adquisición de la medianería por contrato o por prescripción adquisitiva).⁶⁴ Consecuentemente, aun prescripta la acción de cobro de la medianería, el vecino –quien todavía permanecería dueño exclusivo de la pared hasta la consumación de la usucapión– podría ejercer todas las acciones en defensa de su derecho y exigir el retiro de las construcciones efectuadas sin autorización. Aunque tal reclamo debería ser valorado a la luz de las normas que regulan el abuso del derecho (artículos 9 y 10) y el vecino –frente a él– podría ejercer su derecho a la adquisición de la medianería que le confiere el artículo 2016.

La prescripción adquisitiva se cumplirá a los diez años, si concurren los requisitos de la usucapión breve (artículo 1898)⁶⁵ o a los veinte años (artículo 1899: prescripción adquisitiva larga), contados desde la utilización específica, que constituirá acto posesorio sobre la pared (artículo 1928).

Respecto del valor a pagar, habrá de calcularse a la fecha de la *mora* (artículo 2019), que opera desde la utilización específica del muro, porque en ese momento nace la obligación de pagar (artículo 2020) y porque se trata de una obligación de exigibili-

⁶⁴ Se pone así fin a la polémica existente sobre el particular. Ver Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, 2, pp. 221/223.

⁶⁵ Se daría cuando el colindante, de buena fe, hubiera adquirido la medianería por contrato con quien no era propietario del fundo lindero o, siéndolo, no tenía capacidad para llevar a cabo la transmisión.

dad inmediata, según explicamos antes (artículos 871, inciso a y 886).

Y lo que se habrá de pagar será el precio de la pared y cimientos correspondientes⁶⁶ y, en su caso, el terreno (artículo 2020), pero sólo relativamente a la parte del muro que utilice efectivamente (artículo 2018).

Independientemente de la obligación de pagar cuyo cumplimiento le puede ser reclamado desde la utilización efectiva, el colindante que no construyó el muro de elevación o enterrado, tiene el *derecho a adquirir la medianería* a su respecto (artículo 2016).

El precio será el del muro “como esté construido, aunque exceda los estándares del lugar” (artículo 2016), relativamente a las características edilicias del muro y sus cimientos; así, no puede rehusarse el pago de los revoques exteriores, capas de aislamiento, etc., aun si han sido empleados elementos costosos o de elevada calidad.

Nos parece, en cambio, que no deberá hacerse cargo de los ornatos meramente suntuarios incorporados por quien lo construyó, ya que éstos no configuran elementos integrativos de la estructura constructiva de la pared, sino simples elementos de tipo decorativo, cuyo valor no debe abonar el adquirente, ya que la directiva emanada del párrafo “como esté construida”, no puede entenderse como regla absoluta que conduzca a imponer al adquirente una exorbitante obligación que desborda las finalidades de la ley.⁶⁷ También importa señalar que, a pesar de que debe hacerse cargo de los cimientos de la pared, ello lo será en la medida en que fueran necesarios para sostenerla, pero no debe soportar los de mayor entidad que hayan obedecido a la construcción de sótanos y otras obras especiales por quien la construyó y que excedan los necesarios para dotar de estabilidad de la pared.

La disposición del artículo 2016 capta el supuesto contemplado en el artículo 2736 del Código anterior. Con lo cual, a su respecto puede ser aplicada la doctrina que generó tal norma: el colindante tiene derecho (y obligación) de adquirir la porción del

muro que utilice, pero puede adquirir la totalidad del muro, aunque no lo utilice.^{68 69}

El derecho de adquirir la medianería no está sujeto a prescripción, porque se trata de una facultad legal.

Muro enterrado

Todo lo dicho resulta aplicable al “muro enterrado” o respecto de quien prolonga el muro preexistente en mayor profundidad que la requerida para su cimentación (artículo 2017, último párrafo).

Derechos (Facultades) y deberes (denominados “cargas”)⁷⁰ que emergen de la medianería

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias coinciden en que se trata de obligaciones que viajan con la cosa (*propter rem*).⁷¹

Utilización: El condómino puede adosar construcciones al muro, anclarlas en él, empotrar todo tipo de tirantes y abrir cavidades, aun en la totalidad de su espesor, siempre que del ejercicio regular de ese derecho no resulte peligro para la solidez del muro (artículo 2021).

Prolongación del muro: el condómino puede prolongar el muro en altura o profundidad, a su costa y sin indemnizar al otro condómino por el mayor peso que cargue sobre el muro (artículo 2022).

Pero si el ejercicio de esta facultad causa perjuicios al otro condómino, éste puede pedir que el muro se restituya, total o parcialmente, a su estado anterior (artículo 2023).

La nueva extensión es privativa del que la hizo (artículo 2022).

Reconstrucción del muro: los artículos involucrados son los artículos 2024, 2025 y 2026.

Según el artículo 2024 el condómino puede demoler el muro lindero cuando necesite hacerlo más firme, pero debe reconstruirlo con altura y estabilidad no menores que las del demolido. No se

⁶⁸ ¿Podría jugar aquí el abuso del derecho? Véase Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, vol. 2, Buenos Aires, Zavalla, p. 212, nota 35.

⁶⁹ Kiper, C., *op. cit.*, *loc. cit.*, sostiene que no cabe aplicar respecto del ejercicio de este derecho las normas sobre abuso del derecho.

⁷⁰ Nos parece más adecuado hablar de “deberes”, ya que el vocablo “cargas” tiene la connotación especial consignada en el artículo 1888, segundo párrafo.

⁷¹ Ver artículo 1937.

deberán reponer obras excesivamente costosas o suntuarias, pues el vecino debería saber que el muro podía ser demolido con arreglo al artículo 2024.

En primer lugar, vemos que la norma se vincula con los muros que se hallan en condominio, o sea, son medianeros.

Esta mención del “muro lindero” no resulta del todo acertada, pues hubiera bastado con referirse al muro medianero. No obstante, tal mención no puede conducir a sostener que la norma contempla tanto el caso de un muro medianero como del no medianero⁷² pues la mención del “condómino” descarta toda duda sobre el punto, mucho más porque en el nuevo Código no se cuenta con una norma similar a la del artículo 2626 del Código de Vélez.

Consecuentemente, si el muro es de elevación o enterrado y no se hubiere producido la adquisición de la medianería, a fin de viabilizar el derecho a demolerlo, quien no lo construyó deberá previamente adquirir el condominio o medianería en los términos antes desarrollados.

En el caso de muro de cerramiento, éste nace medianero y obviamente el artículo 2024 se aplicará sin problemas.

Por hipótesis, el muro demolido era medianero y el muro reconstruido también lo será, hasta la altura del anterior (esto surge de la interpretación combinada de los artículos 2024, 2022 y 2025).

Continúa diciendo el artículo 2024 que, si en la demolición se prolonga el muro en altura o profundidad, se aplica lo dispuesto en el artículo 2022. Con arreglo a esta última norma, la prolongación debe hacerla el condómino a su costa sin indemnizar al otro condómino por el mayor peso que cargue sobre el muro. Y la nueva extensión será privativa del que la hizo, aplicándosele a su respecto las reglas propias del muro privativo.

El artículo 2025 prevé –siempre refiriéndose al supuesto de la demolición y reconstrucción del muro medianero– que

⁷² Tal el conflicto planteado en torno a los artículos 2626 y 2733/ 2734 del Código de Vélez, que dio origen al fallo plenario de la CNCiv., del 10.5.1935, causa “Raffo, B. c/ Moles, A. y otros”, LL-7-558, en el cual se resolvió que el artículo 2626 se refería a los muros medianeros y a los privativos y el colindante que no hubiera abonado la medianería podía demoler el muro como lo autorizaban los artículos 2733 y 2734, sin adquirirla previamente ni abonarla después, y la nueva pared sería medianera hasta la altura de la anterior, por entenderse que se producía a su respecto una compensación por la nueva obra.

si para la reconstrucción se utiliza una superficie mayor que la anterior, debe ser tomada del terreno del que la realizó y el nuevo muro, aunque construido por uno de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo y en todo su espesor.⁷³

El artículo 2026 dispone que

la reconstrucción debe realizarla a su costa (el condómino) y el otro condómino no puede reclamar indemnización por las meras molestias, si la reconstrucción es efectuada con la diligencia adecuada, según las reglas del arte.

Mejoras en la medianería urbana

A su respecto, el artículo 2027 determina que

los condóminos están obligados, en la proporción de sus derechos, a pagar los gastos de reparaciones o reconstrucciones de la pared como *mejoras necesarias*; pero no están obligados si se trata de gastos de mejoras útiles o suntuarias que no son beneficiosas para el titular colindante.

El artículo 1934 define estos tipos de mejoras en sus incisos d), e) y f). Y aunque no son mencionadas, parece obvio que los condóminos deberán hacerse cargo de las mejoras de mero mantenimiento (definidas en el artículo 1934, inciso c).

Abdicación de la medianería

Dice el artículo 2028 que

El condómino requerido para el pago de créditos originados por la construcción, conservación o reconstrucción de un muro, puede liberarse mediante la abdicación de su derecho de medianería, aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso, a menos que el muro forme parte de una construcción que le pertenece o la deuda se haya originado en un hecho propio. No puede liberarse mediante la abdicación del derecho sobre el muro elevado o enterrado si mantiene su derecho sobre el muro de cerramiento.

⁷³ Kiper, C., *op. cit.*, *loc. cit.*, advierte que nada se prevé sobre la suerte del terreno excedente si el nuevo muro es demolido.

En cuanto al alcance de la abdicación, lo regula el artículo 2029:

la abdicación del derecho de medianería por el condómino implica enajenar todo derecho sobre el muro y el terreno en el que se asienta.

El abandono, respecto de la mitad de la franja de terreno donde se asienta el muro, tiene también el efecto de transmitir su dominio al otro vecino. Por ello, deberá confeccionarse el respectivo plano y otorgarse escritura pública, que deberá ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble.⁷⁴

El muro, luego de la abdicación, pasará entonces a ser físicamente contiguo y jurídicamente privativo del otro vecino.

Y si quien abdicó quisiera readquirir la medianería, “puede readquirirla en cualquier tiempo, pagándola como si nunca la hubiera tenido antes” (artículo 2030), vale decir habrá de pagar pared, cimientos y terreno en los términos antes expuestos.

Desde otro ángulo, “si quien abdicó” utilizara el muro, su derecho a readquirir la medianería se transformará en obligación y la readquisición podrá serle reclamada en los términos señalados.

Prueba de la medianería

A fin de facilitar la prueba en la materia, el Código establece en el artículo 2010 distintas presunciones, que admiten prueba contraria (*iuris tantum*). Ellas no descartan el juego de otras presunciones comunes, que habrán de ser alegadas y probadas por quienes sostengan la existencia o inexistencia de la medianería.⁷⁵

Las presunciones no se aplican cuando el muro separa patios, huertos y jardines entre sí o de ellos con un edificio (artículo 2012). En este caso, como no juegan las presunciones, deberá probarse la medianería o la exclusividad con arreglo a lo establecido en el artículo 2013.

Las presunciones se establecen a la fecha de la construcción del muro y subsisten aunque se destruya total o parcialmente (artículo 2011).

⁷⁴ Conf. Lafaille, H.-Alterini, J. H., n° 1226 bis, *op. cit.*; Kiper, C., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁵ Conf. Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, *op. cit.*, vol. 2, p. 238.

El artículo 2010 dispone que

[...] menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los tres metros se presume medianero desde esta altura (tres metros hacia arriba) hasta la línea común de elevación. A partir de esa altura (o sea por encima de la línea común de elevación) se presume privativo del dueño del edificio más alto.

Si el edificio de menor altura presenta sinuosidades, es decir que en parte es más elevado que en otras, la presunción seguirá esas sinuosidades.⁷⁶

Recordar que por debajo de los tres metros el muro *nace* o es medianero por disposición legal, sea contiguo o encaballado. Con lo que va dicho que las presunciones sólo juegan desde los tres metros hacia arriba.

Prueba: instrumentos y signos

Dice el artículo 2013 que

la prueba del carácter medianero o privativo del muro o la que desvirtúe las presunciones legales debe provenir de instrumento o público o privado que contenga actos comunes a los dos titulares colindantes o a sus antecesores o surgir de signos materiales inequívocos.⁷⁷

La norma se aplica para desvirtuar las presunciones o, en los casos en que las presunciones no juegan (artículo 2012), para demostrar la medianería o la exclusividad del muro.

Instrumentos: La prueba puede provenir de instrumentos que sean comunes a los colindantes o a sus antecesores.

Ejemplos: un instrumento en el que ambos linderos reconozcan que el muro ha sido construido exclusivamente por uno de ellos o por ambos; un instrumento que documente la “venta” de la medianería de uno de los colindantes al otro.

⁷⁶ Puesto que es razonable deducir que el dueño del edificio más bajo sólo debió adquirir la medianería de la parte que necesitaba, en la que se apoyó.

⁷⁷ No resulta admisible la prueba de testigos para destruir las presunciones, salvo que se la haga valer para apartar las conclusiones derivadas de los signos. Conf. Kiper, C., *op. cit.*, *loc. cit.*

En cambio, no tendrían valor probatorio alguno las declaraciones que en oportunidades se vierten en las escrituras públicas de compraventa por medio de las cuales se manifiesta que “las paredes divisorias son de propiedad del vendedor”. Aunque tal manifestación resultaría admisible como prueba si emana del antecesor común de ambos colindantes.⁷⁸

Signos: No se determina cuáles podrían ser,⁷⁹ con lo que el asunto queda librado al criterio judicial.

Ejemplos: Si en la parte más alta de un muro encontramos canaletas que correspondan a cañerías incrustadas en él; o boquetes en los cuales se hayan apoyado tirantes de un edificio anterior más alto; o salientes destinadas a servir de apoyo a vigas (si existen de un solo lado, destruirán la presunción; si existen en ambos lados, fortalecerán la conclusión de que el muro es medianero).

Conflicto entre instrumentos y signos: prevalece la prueba resultante de los instrumentos, según el artículo 2013.

No obstante, si a través de los signos se logra acreditar actos posesorios que se hubieran realizado a lo largo de los años requeridos para consumir la usucapión del muro, dicha usucapión prevalecerá, inclusive frente a los instrumentos.

Medianería rural

En la campaña la división de los fundos no se hace de ordinario a través de paredes de mampostería, sino que se recurre a cercos o cercas de piedra o alambre, también a cercos vivos o a fosos o zanjas.

El artículo 2031 regula el

Cerramiento forzoso rural. El titular de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia de un inmueble ubicado fuera de un núcleo de población o de sus aledaños tiene el *derecho* a levantar o excavar un cerramiento, aunque no sea un muro en los términos del cerramiento forzoso. También tiene la *obligación* de contribuir al cerramiento si su predio queda completamente cerrado.⁸⁰

⁷⁸ Conf. Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, op. cit., vol. 2, pp. 241/242.

⁷⁹ Si lo hace el Código Francés, artículo 654.

⁸⁰ Algunos Códigos Rurales provinciales imponen la obligación de contribuir al cerramiento no sólo cuando las heredades queden completamente encerradas sino

La obligación existirá cuando el predio quede completamente cerrado, sea antes o después de construido el elemento divisorio.⁸¹

Según el artículo 2032,

el cerramiento es siempre medianero, aunque sea excavado. El que realiza el cerramiento tiene derecho a reclamar la mitad del valor que corresponda a un cerramiento efectuado conforme a los estándares del lugar.

El artículo 2033 determina:

Aplicación subsidiaria. Lo dispuesto sobre muros medianeros en cuanto a los derechos y obligaciones de los condóminos entre sí rige, en lo que es aplicable, en la medianería rural.

Bajo la legislación anterior se planteó el interrogante de si la facultad de abandono podía aplicarse en la medianería rural para liberarse de contribuir a los gastos de cerramiento o a los de conservación, reparación o reconstrucción del elemento divisorio. Pues nada perdería el condómino con abandonar la medianería, ya que generalmente los cercos no ocupan prácticamente espacio alguno (ejemplo, un alambrado) y no sirven para otra cosa más que para cerrar las propiedades, habida cuenta de que no es posible cargar sobre ellos como puede hacerse respecto de una pared. Con lo que, de admitirse el abandono, quien abandone se verá liberado de pagar al vecino, pero seguirá aprovechando del cerco, sin desembolso por su mantenimiento, para lo único que puede ser útil, esto es, para cerrar los fundos.⁸²

La conclusión negativa podría sostenerse aun con las nuevas disposiciones, ya que la aplicación de las normas comunes pregonada por el artículo 2033 sólo lo es “en lo que es (sea) aplicable”.

Condominio de árboles y arbustos

Dice el artículo 2034, refiriéndose al condominio de árboles o arbustos, que

también cuando se cierran en la menor medida que se indica. Así, Código Rural de Jujuy, art. 86 (dos terceras partes).

⁸¹ Conf. Lafaille, H.-Alterini, J. H., *Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, t. III, n° 1230 septies, 2ª ed. actualizada, La Ley/Ediar, Buenos Aires, 2010.

⁸² Conf. Lafaille, H.-Alterini, J. H., op. cit., t. III, n° 1231/1231 bis.

es medianero el árbol y arbusto contiguo o encaballado con relación de muros, cercos o fosos linderos, tanto en predios rurales como urbanos.

Resultarían aplicables al respecto lo que se dispone en punto a derechos y deberes emergentes de la medianería, con el agregado que surge del artículo 2035.⁸³

El artículo 2035 regula la hipótesis de que el árbol o arbusto cause perjuicios al colindante y dispone que

cualquiera de los condóminos puede exigir, en cualquier tiempo, si le causa perjuicio, que el árbol o arbusto sea arrancado a costa de ambos, excepto que se lo pueda evitar mediante el corte de ramas o raíces.

El artículo 2036 se vincula con el reemplazo del árbol o arbusto que se cae o seca y establece que sólo puede ser reemplazado con el consentimiento de ambos condóminos.

⁸³ Conf. Lafaille, H.-Alterini, J. H, *Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, t. III, n° 1236, 2ª ed. actualizada, La Ley/Ediar, Buenos Aires, 2010.

Propiedad horizontal

6

1. Definición. Antecedentes

El derecho de propiedad horizontal es un derecho real sobre cosa propia que recae específicamente sobre inmuebles edificados.

Fue creado en la República Argentina por la ley 13.512, sancionada en el año 1948, que eliminó la prohibición contenida en el artículo 2617 del Código de Vélez.

Numerosos proyectos de reforma de la ley, así como los Proyectos de Código de 1987, 1993 y 1998, nos muestran la preocupación de los legisladores por modificar el régimen, atendiendo a las necesidades de la sociedad.

Hace más de cuatro décadas que resoluciones judiciales trascendentes han ido resolviendo los conflictos, reflejándose en aquellos, además de la propia elaboración, valiosos fundamentos de doctrina nacional y extranjera.

Los autores del Anteproyecto 2012 así lo reconocen en los "Fundamentos" y manifiestan que la propiedad horizontal

tiene carta de ciudadanía plasmada en la ley 13.512 desde 1948, pero debido a la falta de modificación del Código, sólo en la legislación especial.

Ciertamente que todos los intentos de reforma la proyectaron, por resultar indispensable que estuviera regulado en el Código Civil como el derecho real que es, completando los pocos artículos de la ley con la jurisprudencia interpretativa que es mucha y rica.

La convivencia cercana que implica morar en pisos y departamentos trae conflictos inevitables, y a ello se agregan las nuevas necesidades en los grandes edificios y megaconsorcios, como también la multiplicidad de servicios que se brindan dentro del propio edificio (que más que un edificio en muchos casos es casi una mini población).

La Comisión redactora del anteproyecto de Código tomó una cantidad de normas del Proyecto de 1998.

El CCCN en el Título 1 (Disposiciones generales), Capítulo 1 (Principios comunes), enumera la *propiedad horizontal* como derecho real (artículo 1887 inciso c); y el Título 5 la regula en diez capítulos que contienen: Capítulo 1: Disposiciones generales; Capítulo 2: Facultades y obligaciones de los propietarios; Capítulo 3: Modificaciones en cosas y partes comunes; Capítulo 4: Reglamento de propiedad y administración; Capítulo 5: Asambleas; Capítulo 6: Consejo de propietarios; Capítulo 7: Administrador; Capítulo 8: Subconsorcios. Capítulo 9: Infracciones. Capítulo 10: Prehorizontalidad.

2. Naturaleza jurídica. Distintas teorías. La jurisprudencia nacional. La actual normativa

La propiedad horizontal es un derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio.

El régimen de la propiedad horizontal combina un derecho exclusivo sobre ciertos sectores, y un derecho común sobre otros, que es su accesorio y que existe, precisamente, para posibilitar el completo ejercicio de aquél.

El titular del derecho real de propiedad horizontal ejerce el derecho de uso, goce y disposición material y jurídica sobre las partes privativas y sobre partes comunes del edificio, de conformidad con lo que establece el Título 5 del CCCN, y el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

El artículo 2037 dice:

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.

No quedan dudas de que se lo considera un derecho real autónomo, pues aparece enumerado como tal en el artículo 1887 (inciso c).

3. Constitución del sistema de propiedad horizontal. Requisitos

En primer término, el propietario (o propietarios) del inmueble que resuelva(n) afectarlo a propiedad horizontal debe(n) encargar a un agrimensor la confección del plano de división; mas la sola existencia del plano y su aprobación no produce cambio en la situación jurídica del inmueble, ya que para ello será necesario que el plano de propiedad horizontal se complemente con el otorgamiento de la escritura pública de Reglamento de Propiedad Horizontal.

Señalamos que están legitimados para afectar el inmueble a propiedad horizontal: el titular del dominio y los condóminos (artículo 2038) y también el superficiario, a quien el artículo 2120 autoriza a afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal.

Y para que nazcan los distintos derechos de propiedad horizontal que han de concurrir sobre el edificio, deberá cumplirse con los pasos que iremos detallando de seguido.

Si bien en la generalidad de los supuestos *el plano* de propiedad horizontal se refiere a un edificio construido, podría también involucrar un edificio a construir o en construcción,¹ es decir que la subdivisión horizontal se puede cumplir en etapas. Ello dependerá de las normas locales que aprueban los planos en el ejercicio del poder de policía, ya que las provincias tienen la facultad de legislar sobre el uso del suelo, su división y aprovechamiento. En consecuencia, el plano podrá ser registrado respecto de un edificio construido total o parcialmente.

¹ En el régimen derogado, el artículo 1 del dec. n° 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512, autorizaba la redacción del Reglamento al propietario de un "edificio existente o a construir".

No obstante, el derecho de propiedad horizontal –que no nace con la aprobación del plano, y ni siquiera con la redacción e inscripción del Reglamento, como veremos– es el que “otorga a su titular las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un *edificio*”, según lo dispuesto en el artículo 2037.

Resulta casi sobreabundante señalar que la edificación deberá cumplir con las normas administrativas establecidas al efecto por el poder público.

Estado de propiedad horizontal

Aunque en el epígrafe del artículo 2038 se consigna “Constitución”, entendemos que la norma no se refiere a la constitución del derecho real, ya que una interpretación sistemática del articulado de este Título, permite distinguir *el estado de propiedad horizontal del derecho real de propiedad horizontal*.

La escritura de Reglamento de propiedad horizontal, y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe, da origen al denominado “estado de propiedad horizontal” y, aunque en tales condiciones diversas personas tengan la posesión de las distintas unidades, ellas sólo configurarán un agrupamiento de “futuros propietarios”, que eventualmente constituirá un “consorcio de hecho” o “pre-consorcio”.

Derecho de Propiedad Horizontal

El nacimiento del derecho de propiedad horizontal sólo operará con la enajenación de las unidades funcionales cumpliendo con los requisitos comunes exigidos por el Código respecto de cada una (título suficiente y modo suficiente) –artículo 1882–, o por la adjudicación de las unidades funcionales entre los propietarios.

Cada uno de los propietarios podrá adquirir su derecho de propiedad horizontal no sólo por la adjudicación o por la tradición con título suficiente sino también por sucesión en los derechos del anterior titular (artículos 2277 al 2280) o por prescripción adquisitiva (artículo 1897 y siguientes).

Así nacería el consorcio, persona jurídica integrada por el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales (artículo

2044 1º párrafo), ya que la ley no ha receptado la figura del consorcio de un solo propietario.²

Únicamente cuando nazcan los distintos derechos de propiedad horizontal el agrupamiento constituirá un “consorcio (propiamente dicho)” o un “consorcio de derecho”.

Conforme dispone el artículo 2038:

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.

Y, bien vale advertirlo, lo dispuesto en el último párrafo impedirá al titular de la unidad alegar desconocimiento de las reglas de aquél.

No se inscribirán en el Registro de la Propiedad Inmueble los títulos por los que se transfiera el dominio, adjudiquen, o constituyan derechos reales sobre los pisos o departamentos, locales, u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación a la vía pública, directamente o por un pasaje común, si no se encuentra inscripto el Reglamento se lo podría presentar conjuntamente para su inscripción, con la escritura que contiene el acto causal de adquisición del derecho real, respecto de las unidades que integran el edificio, por haberse otorgado en forma simultánea [artículo 16 inciso d) de la Ley 17.801].

4. Objeto del derecho real de propiedad horizontal

En la propiedad horizontal el objeto del derecho del titular es la parte privativa o propia y, en unión inescindible (artículo 2045), la porción indivisa sobre las partes comunes, dentro del inmueble. Ello configura la denominada “unidad funcional” (artículo 2039).

La unidad funcional puede consistir en departamentos o pisos, locales, cocheras, etc.; en una sola planta o en varias plantas.

² Véase el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998, que en su artículo 1979 lo admitía.

Para permitir tan diversos usos el Código comprende en el concepto de unidad funcional no sólo a pisos o departamentos sino también a “locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, siempre que tuvieran independencia funcional, en comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.”

5. La unidad funcional: concepto y contenido

En tal sentido, el artículo 2039 expresa:

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 en unión inescindible³ 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.

Las dos notas características que habrá de satisfacer la unidad, reiteramos que serán: independencia funcional y salida a la vía pública directamente o por un pasaje común.

La independencia funcional implica que cada unidad deberá ser autónoma y bastarse a sí misma para satisfacer el fin al cual se la destina.⁴

La salida a la vía pública podría ser directa (por ejemplo, locales que dan directamente al exterior) o a través de un pasaje común

³ Por eso dice el artículo 2045 que “la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria y no puede realizarse separadamente de éstas”.

⁴ Así, v. g., un edificio compuesto de diez habitaciones, un baño y una cocina, no podría ser afectado a propiedad horizontal si el destino de las unidades fuera la vivienda, pues entonces ellas no se bastarían a sí mismas, pues tendrían en común el baño y la cocina y, por consiguiente, dependerían unas de las otras. En cambio, ese edificio podría tolerar aquella afectación si el destino de las unidades fuera, por ejemplo, locales de comercio.

(pasillos, escaleras, etc.), que los propietarios utilizarán en calidad de cotitulares y no por la existencia de servidumbre de paso alguna.

5.1. Cosas y partes comunes

Las cosas y partes comunes pueden ser de uso común o de uso exclusivo de alguno o algunos de los propietarios.

El CCCN dice en el artículo 2040 que:

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.

Se distinguen las cosas y partes necesariamente comunes de las que no lo son.

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 si están embutidas 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 vestuarios del personal que trabaja para el consorcio.

Esta enumeración tiene carácter enunciativo (artículo 2041).

Son cosas y partes *comunes no indispensables*: a) la piscina; b) el solarium; c) el gimnasio; d) el lavadero; e) el salón de usos múltiples.

Esta enumeración tiene carácter enunciativo (artículo 2042).

5.2. Cosas y partes propias

Respecto de las cosas y partes propias, dispone el artículo 2043:

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.

5.3. Unidades complementarias

En los edificios sometidos a propiedad horizontal pueden existir lo que se denomina *unidades complementarias* –generalmente destinadas a cocheras o bauleras–, las que no constituyen en sí mismas unidades funcionales independientes sino que son superficies de dominio exclusivo, accesorias de las respectivas unidades funcionales (de allí su nombre de “complementarias”), reflejadas en el plano del edificio y en su respectivo reglamento.

El artículo 2039 en su segundo párrafo dice:

[...] 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.*

En la ley 13.512 no existían normas relativas al tema de las unidades complementarias.

Estas unidades complementarias surgían del plano y del Reglamento de Copropiedad y administración.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado que las unidades complementarias son ambientes que no constituyen intrínsecamente unidades funcionales, pero se hallan vinculadas a éstas, según el plano del edificio y el Reglamento de Propiedad horizontal.

Repetimos que no son objeto de derecho real independiente del derecho de la unidad funcional sino que son “superficies de dominio exclusivo”, accesorias de las unidades funcionales del edificio, conforme a lo que establezcan el plano y el reglamento y sólo pueden ser de dominio de alguno de los propietarios.

Por ese motivo ha sido decidido que la unidad complementaria no puede ser objeto de hipoteca en forma independiente.⁵

Según el régimen del CCCN las complementarias son unidades destinadas a servir a la unidad funcional y la unidad funcional puede abarcar una o más unidades complementarias.

El propietario puede tener entonces el dominio exclusivo de la unidad funcional y ésta puede abarcar una o varias unidades complementarias.

Consecuentemente, *siempre* una unidad complementaria debe “complementar” una unidad funcional: no puede existir en forma independiente. Aunque es posible que sea reasignada posteriormente a una unidad funcional distinta a la que originariamente complementaba, es decir que es posible que el propietario de una unidad funcional que abarca una complementaria transfiera esta unidad complementaria al titular de otra unidad funcional dentro del edificio.⁶

No obstante, por lo expuesto, no podrá ser enajenada a un tercero no titular de ninguna unidad funcional del edificio: siempre la unidad complementaria debe complementar o ser accesorio de una unidad funcional del edificio.

Y por ese mismo motivo tampoco podrá ser objeto de derechos que impliquen la posibilidad de que la unidad complementaria pase al dominio de terceros no propietarios. Ej.: no podrá ser hipotecada una unidad complementaria independientemente de la unidad funcional que la “abarca” o a la que “complementa” toda vez que, en caso de ejecución, podría ser adquirida por terceros ajenos al edificio.

Ahora bien, el artículo 2056 CCCN, al enumerar las previsiones que debe contener el Reglamento de Propiedad Horizontal exige, en el inciso q), la “determinación de eventuales prohibiciones para

⁵ Conf. CNCiv., sala D, 29.3.73. LL-151-77.

⁶ Decreto 2080/80 (t. o. 466/1999), artículo 17.

la disposición o locación de *unidades complementarias* hacia terceros no propietarios”.

Esta norma no contradice lo dicho en párrafos inmediatos anteriores, sino que debe ser interpretado en armonía con el artículo 2039 (conf. artículo 2 del Código): la unidad funcional *abarca* la unidad complementaria, de modo que no podrá haber sobre esta última actos de transferencia del dominio a terceros no propietarios de unidades funcionales del edificio en forma separada de la unidad funcional, ni el Reglamento puede contener una determinación semejante.

Con lo que va dicho que los actos de disposición de unidades complementarias respecto de terceros no propietarios a los que se refiere el artículo 2056, inciso q), son los que involucran la utilización de la unidad complementaria por terceros no propietarios. Así, sin comprender a la unidad funcional, sería posible constituir un usufructo o un derecho real de uso (actos de disposición) sobre la unidad complementaria a favor de un tercero no propietario: éstos son los actos de disposición mencionados en el artículo 2056, que sólo transmiten el uso y goce, mas no la propiedad de la complementaria. También podría celebrarse a su respecto un contrato de locación (o de comodato, a pesar de que el inciso q no lo menciona expresamente, porque nada se opondría razonablemente a ello) a favor de terceros no propietarios.

Resumiendo: si nada prevé el Reglamento, las unidades complementarias podrán ser objeto de derechos reales de disfrute (usufructo –artículo 2331–, uso –artículo 2155–) o de derechos personales que impliquen el uso y goce, a favor de terceros no propietarios (locación, comodato). Pero el Reglamento puede prever la prohibición de celebrar esos actos a favor de terceros no titulares de unidades funcionales del edificio.⁷

5.4. Porcentual

El artículo 2056 –que enumera las previsiones que debe contener el Reglamento de Propiedad– exige la determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad (inciso f) y de la proporción en el pago de las expensas comunes (inciso g).

⁷ Aun bajo la ley 13.512, los Reglamentos contenían prohibiciones en ese sentido, por obvias razones de seguridad.

Es lo que se suele denominar “porcentual”.

El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes será proporcionado al valor del departamento o piso, local, etc. y queda librado a la autonomía de la voluntad.

Y en el artículo 2056, relativo a las especificaciones que debe contener el Reglamento de Propiedad, se enumera en incisos distintos lo vinculado con la “parte proporcional indivisa de la unidad” (f) y la determinación de la “proporción en el pago de las expensas comunes” (g).

Por ello, cabe concluir en que el Reglamento puede establecer un porcentual de expensas distinto al de dominio, mas si el Reglamento nada establece, la proporción por la que se deberá contribuir al pago de expensas será la que corresponda a la parte proporcional indivisa sobre los bienes comunes.

Cabe advertir que, en materia fiscal, a los efectos del pago de impuestos o contribuciones, los organismos competentes determinan lo que se llama un “porcentual fiscal”.

O sea que el *porcentual de dominio* que se refleja en el Reglamento puede ser igual o distinto al *porcentual fiscal* y al *porcentual para el pago de expensas*, aunque no hay inconveniente en hacerlos coincidir en aquél.

6. Consorcio de propietarios

6.1. El consorcio. Definición

En el artículo 2044 se lee:

Consorcio. 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.

Libros del Consorcio:

Cabe señalar que el Consorcio debe llevar los siguientes *libros*:

- 1) Libro de Actas de Asambleas,

- 2) Libro de Registro de Firmas de los Propietarios,
- 3) Libro de registro de propietarios y
- 4) Libro de Administración (artículo 2067, inciso i).

Más los otros que exija la reglamentación local y pueda determinar el Reglamento.

Los libros deben ser llevados por el Administrador (artículo 2067, inciso i).

6. 2. Personalidad jurídica. Patrimonio

No sólo el artículo 2044 dice que el conjunto de propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio sino que también el artículo 146, a su turno, enumera al "consorcio de propiedad horizontal" entre las personas jurídicas privadas (inciso g).⁸

En ese sentido, el artículo 141 del CCC define a las personas jurídicas como

todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Y el artículo 148 dice:

Son personas jurídicas privadas: [...] inciso h) el consorcio de propiedad horizontal [...].

El CCCN se inclina por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que consideraron que el consorcio es persona jurídica.

Nos referiremos sobre dos de los atributos de la personalidad a los que se refieren los propios artículos 151 y 154: el nombre y el patrimonio, respectivamente. En esa materia resultarán aplicables los principios comunes, atento el silencio que se guarda en el

⁸ El consorcio de propiedad horizontal es una persona jurídica pero no es una sociedad y, en consecuencia, jamás podría tener cabida dentro de la Sección 4. El nombre del consorcio, su domicilio y su duración y objeto, se ajustará a las prescripciones de los artículos 151 a 156 del CCCN. El artículo 2044 ha previsto la extinción de la personalidad por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios o por resolución judicial inscripta en el registro inmobiliario.

CCCN al regular la propiedad horizontal ya que la única mención al patrimonio consta en el artículo 2056:

El reglamento de propiedad horizontal debe contener: [...] e) la composición del patrimonio del consorcio [...].

En cuanto al nombre, no habrá mayores inconvenientes pues, como se hace hoy en día, se identificará al consorcio a través de la ubicación del inmueble ("Consorcio de Propietarios calle..."), si es que no se contempla otra designación.

En punto el patrimonio del consorcio creemos que no podrá dudarse de que el crédito por expensas y el fondo de reserva, así como los créditos de los que el consorcio sea titular –contra los consortes o terceros–, integran su patrimonio.⁹

Resulta criticable el silencio en punto a la posibilidad de que el consorcio pueda acceder al dominio de inmueble y otras cosas, puesto que el tema ha suscitado no pocas polémicas, por todos conocidas.¹⁰

Se ha desaprovechado la oportunidad de solucionar las divergencias existentes en punto a la posibilidad de que el consorcio pueda acceder al dominio de unidades funcionales en el inmueble (sea porque le sean asignadas en el Reglamento de propiedad horizontal, o porque las adquiera posteriormente previa decisión asamblearia),¹¹ posibilidad que hemos juzgado valiosa¹² y sobre la

⁹ Ver, sobre el fondo de reserva, Mariani de Vidal, M., "Propiedad horizontal. Fondo de reserva y enajenación de la unidad", *La Ley*, 2001-E-1137.

¹⁰ Precisamente, algunas de las tesis negativas de la personalidad del consorcio se fundan en que "no es posible hallar en el pretendido sujeto soporte patrimonial alguno": conf. Laquis, M.; Siperman, A., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, 1966, pp. 91/97. El Proyecto de Unificación 1998, el artículo 1980 dispone específicamente sobre el tema: "El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asigne o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia".

¹¹ Inclusive pensamos que podría asignársele o acceder a la titularidad de otras cosas y bienes, si satisficiera el requisito de vinculación con las finalidades propias del consorcio. Ej.: compra de un inmueble lindero para destinarlo a la construcción de una pileta de natación.

¹² Porque no se requerirá la modificación, ni del plano, ni del Reglamento de Copropiedad, ya sea para su adquisición o su enajenación posterior; la unidad podría ser fuente de eventuales rentas (artículo 8, ley 13.512) que aliviarían la carga por expensas comunes; las deudas del consorcio podrían hacerse efectivas sobre

que nos hemos pronunciado favorablemente,¹³ porque se vincula con las finalidades propias del consorcio, enderezadas a satisfacer el interés común de los copropietarios y que involucran a la seguridad, salubridad y comodidad del conjunto, así como a la optimización y racionalización de los recursos y gastos.¹⁴

Por esos motivos, aun cuando el artículo 141 del CCCN consagra el denominado "principio de especialidad" respecto de las personas jurídicas,¹⁵ ya establecido en el artículo 35 del Código de Vélez y que refiere a que ellas *tienen su aptitud limitada por los fines para las que fueron creadas, entendemos que la aludida titularidad por el consorcio no conspira contra dicho principio*. Consecuentemente, no deberían subsistir las opiniones encontradas respecto de si la adquisición de dichas unidades funcionales ha de considerarse encuadrada o no dentro de las finalidades del consorcio.

6.3. Responsabilidad del consorcio y de los consorcistas por deudas del consorcio. Concurso o quiebra del consorcio

Infortunadamente, también se ha desperdiciado la ocasión de resolver el problema vinculado con la responsabilidad del consorcio y la de los consorcistas por las deudas de aquél.

Es indudable que el consorcio, en su calidad de persona jurídica, deberá responder por las obligaciones que le incumban. Y podrá ser demandado y condenado en caso de incumplimiento. En esa materia resultarán aplicables los principios comunes, atento el silencio que se guarda en el CCCN al regular la propiedad horizontal.

Y el acreedor del consorcio, a cualquier título que fuera, podrá agredir los bienes de éste.

Empero, para el caso de insuficiencia de dichos bienes, queda sin contemplar la eventual responsabilidad de los consortes por las deudas del consorcio, lo que conduce a dilucidar la cuestión de si la sentencia pronunciada contra este último hace cosa juzgada

esa unidad, evitando o disminuyendo la intensidad de la agresión al patrimonio de los consorcistas para contentarlas.

¹³ Conf. Mariani de Vidal, M.; Abella, A., "Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales", *El Derecho*, supl. diario del 19.8.2004.

¹⁴ Conf. Alterini, H.; Vázquez, G., "Revalorización de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", *La Ley*-2007-C-1076.

¹⁵ El artículo 35 dice, precisamente, que "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece."

respecto de aquéllos –aun si no hubieran sido llamados a comparecer al pleito–.

La omisión tiene importancia atento que el artículo 143:

Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.

El Proyecto de 1998 contiene una disposición especial en relación con estos aspectos:

Responsabilidad de los propietarios. La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas (artículo 1989).

Causa extrañeza que el intrínquilis no haya sido contemplado en el CCCN, porque se presenta con frecuencia en la realidad y ha tenido proyección en la doctrina¹⁶ y la jurisprudencia.¹⁷

¹⁶ Así Alterini, J. H., "Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio", *El Derecho*-56-729, sostiene que, luego de excutidos los bienes del consorcio, podrá agredirse los de los consorcistas, quienes responderán ante los terceros por partes iguales y, posteriormente, se repartirán tales débitos según la proporción con que cada uno contribuya al pago de las expensas, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1713, 1747, 1750 y 1752, Código Civil. Conf. Raciatti, H., "Responsabilidad civil en la propiedad horizontal", *La Ley*, supl. diario del 23.8.1991. Según Mariani de Vidal, M., "Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?", *El Derecho*-45-867, la agresión al patrimonio de los consorcistas procederá directamente, sobre la base de la previsión del artículo 8, ley 13.512, y responderá cada uno en la medida en que deba soportar la deuda por expensas.

¹⁷ Se ha resuelto que, si el embargo sobre los bienes del consorcio (recaudación de expensas en la proporción dispuesta por el Juez, fondo de reserva, etc.), resultara insuficiente para cubrir la deuda, los copropietarios tienen responsabilidad subsidiaria, previa excusión de los bienes sociales –que debe alegarse por el consorcista–, respondiendo ellos por partes iguales, sin perjuicio de repartir luego, en el orden interno, la deuda en la proporción asignada para el pago de las expensas comunes [...] si el embargo de la recaudación de expensas y del fondo de reserva resultara insuficiente, podrá solicitarse el embargo sobre las unidades funcionales de los consorcistas, dividiéndose el monto ejecutado entre todas ellas por partes iguales: CNTrabajo, sala IV, 16.5.2006, *La Ley*, supl. diario del 18.8.2006. En el

Opinion
alterini

En el régimen derogado se solucionaba apelando por analogía a los artículos 1713, 1747, 1750 y 1752 del Código Civil, o bien al artículo 8, ley 13.512 y al artículo 56 de la Ley de Sociedades n° 19.550, con arreglo al cual

la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo al tipo de sociedad de que se trate.

Toda vez que el artículo 56 de la ley 19.550 no ha sido modificado por la ley 26.994 (ver su Anexo I, -2-) el problema podría zanjarse por aplicación analógica de éste, en razón de la mayor similitud del consorcio con estas personas jurídicas (conf. artículo 2. del nuevo Código, que se refiere a la interpretación de la ley).

Con lo dicho, la aplicación del artículo 56, ley 19.550, permitirá predicar por analogía¹⁸ *la autoridad de cosa juzgada de la sentencia pronunciada contra el consorcio respecto de los consorcistas* –aun si éstos no hubieran sido convocados al pleito–, *así como su responsabilidad subsidiaria y no solidaria, limitada al porcentual por el que deben contribuir al pago de las expensas comunes*. Esto último, en tanto la ejecución sólo podría llevarse adelante “en relación a su responsabilidad social” y “según corresponda de acuerdo al tipo de sociedad de que se trate”: *la medida de la “responsabilidad social” de los consorcistas está determinada por el porcentual con arreglo al cual debe contribuir al pago de las expensas*.¹⁹

Esta es la interpretación que propiciamos como más valiosa, aun cuando parece claro que toda duda desaparecerá con el dictado de una reforma legislativa que contemple tan significativo problema.²⁰

Mas cabe preguntarse si la analogía funcionará frente a lo dispuesto por el artículo 143, según el cual:

mismo sentido, CNCiv., sala H, 21.8.2002, *Jurisprudencia Argentina*-2003-IV-817; sala I, 15.12.99, *Jurisprudencia Argentina*-2000-III-776.

¹⁸ La analogía es recurso interpretativo que el CCCN admite en su artículo 2.

¹⁹ Conf. Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, op. cit., vol. 2, pp. 342/345.

²⁰ No sería justo, ni razonable que los propietarios no respondieran por las deudas del consorcio que ellos mismos integran, ya que generalmente el patrimonio del consorcio no es importante como para solventar sus deudas.

Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.

Mucho más simple hubiera sido incorporar una disposición como la del artículo 1989 del Proyecto 1998, temperamento que habría despejado toda duda y obviado la necesidad de recurrir al rodeo. El que, además, está sujeto a una eventual reforma de la Ley de Sociedades que podría descartar esta solución.

Concurso o quiebra del consorcio

En cuanto al *concurso o quiebra del consorcio* –tema que el nuevo Código no contempla– han sido sostenidas dos posiciones sobre la base de lo dispuesto en la ley 13.512:

a) una, según la cual el consorcio –en su calidad de persona jurídica– queda sometido a las disposiciones de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, desde que no aparece comprendido entre los sujetos excluidos por su artículo 2.²¹

Cabe advertir que *la quiebra del consorcio no arrastraría la quiebra de los propietarios*, toda vez que el artículo 160 de la Ley de Concursos dispone que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. Como *los propietarios son responsables por las deudas del consorcio sólo en la medida de su porcentual y no ilimitadamente, va con ello dicho que la quiebra del consorcio no importará la de los copropietarios que lo integran*.

b) otra, argumenta con sustento en que el artículo 2 de la Ley de Concursos establece que “no son susceptibles de ser declarados en concurso las personas [...] *excluidas por leyes especiales*”. Y razona que las disposiciones que regulan la propiedad horizontal constituyen precisamente esa “ley especial”, en tanto el consorcio

Es una persona jurídica que debe necesariamente tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa del inmueble hace ineluctable la

²¹ Conf. Cám. 1° Civ. y Com. Mar del Plata, 22.4.69, JA-5-1970-648; Costantino-Canestrini-Fortini-Giménez Bauer, “Quiebra del consorcio de propietarios y de los consorcistas por deudas comerciales. Su factibilidad”, ED-174-1006.

permanencia de la comunidad organizada y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio, cuya creación no es optativa.²²

6.4. Extinción de la personalidad del consorcio

El artículo 2044, en su último párrafo, dice:

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.

De la extinción de la propiedad horizontal y de la desafectación nos ocuparemos luego (punto 12).

7. Facultades y obligaciones de los propietarios. Prohibiciones

7.1. Facultades y obligaciones de los propietarios

Según el artículo 3 de la ley 13.512, los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento y/o piso.

En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que acceden.

En coincidencia con el régimen derogado, el CCCN dice que:

Cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales. La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas (artículo 2045).

El propietario está obligado a: a) cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, y del reglamento interno,

²² Conf. Highton, E., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 563/564.

si lo hay; b) conservar en buen estado su unidad funcional; c) pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa; d) contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay; e) permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, como asimismo para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación; f) notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial si opta por constituir uno diferente del de la unidad funcional (artículo 2046).

7.2. Prohibiciones

Les está prohibido a los propietarios y ocupantes: a) destinar las unidades funcionales a usos contrarios a la moral o a fines distintos a los previstos en el reglamento de propiedad horizontal; b) perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia; c) ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble; d) depositar cosas peligrosas o perjudiciales (artículo 2047).

8. Las expensas comunes: ordinarias y extraordinarias.

Obligación de pago

8.1. Expensas comunes

Las cosas comunes generan gastos de diversa índole (de uso, de conservación, de reparación, de administración, contribución al fondo de reserva, seguros, etcétera).

Estos gastos han de ser solventados por los propietarios a través del pago de las denominadas "expensas comunes", así llamadas porque se extienden a todos los propietarios.

Esta denominación no debe ser confundida con la clasificación de las expensas comunes en ordinarias —o corrientes—²³ y extraordinarias.²⁴

²³ Son las derivadas de erogaciones que se repiten normal y periódicamente (ej.: sueldo del encargado, gastos de electricidad y otros servicios, honorarios del administrador, etcétera).

²⁴ Son las derivadas de erogaciones inusuales o imprevistas.

El CCCN contempla a las expensas comunes en tres artículos, ubicados en el Libro 4, Título 5 –Propiedad Horizontal–, Capítulo 2 –“Facultades y obligaciones de los propietarios”–.

El artículo 2048 se refiere a lo que debe entenderse por expensas comunes, a las que denomina “gastos y contribuciones”.

El artículo 2049 se refiere a las “defensas” del crédito por expensas.

Y en el artículo 2060 se contempla a los “obligados al pago de expensas”.

8.1.1. Conceptualización de las expensas comunes

El artículo 2048 se hace cargo de la distinción entre “expensas comunes ordinarias” y “expensas comunes extraordinarias”, exigiendo que estas últimas sean dispuestas por resolución de la asamblea.

En tal sentido, determina que cada propietario

debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea.

Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por 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.

Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

El texto coincide en líneas generales con el artículo 8, ley 13.512, con algunas salvedades:

a) se agrega a las erogaciones de administración y reparación, las de “sustitución” y se reemplaza el término “indispensables” por el de “necesarias”, de mayor amplitud;

b) se computa junto a las partes y cosas comunes (que son de titularidad de los propietarios: artículos 2039, 2040, 2045), los “bienes del consorcio”, si bien en parte alguna se hace referencia al patrimonio del consorcio, ni a los bienes que podrían formar

parte de él, como dijimos. La mención independiente, como expensas comunes ordinarias, de las generadas por las *instalaciones de acceso y circulación para personas con discapacidad y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros* resulta sobreabundante, ya que en el artículo 2041, inciso f), se considera a éstas como “cosas y partes necesariamente comunes”, de donde se deriva que aquellas erogaciones se encuentran naturalmente incluidas en el concepto de expensas comunes (que podrán ser ordinarias o extraordinarias,²⁵ según la situación concreta, y en ambos casos habrán de ser solventadas por los copropietarios).

c) se considera expensas comunes a las “resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea” –añadido que ha suscitado justas críticas, por entenderse difuso–.²⁶

Esta referencia sólo podría ser interpretada como que se vincula con las obligaciones emergentes del artículo 2067, incisos c),²⁷ g)²⁸ y h);²⁹ a lo sumo, podría caber en esta hipótesis el reintegro de las sumas que, para el pago de expensas, el administrador hubiera adelantado de su propio peculio. Ello así en tanto jamás podría cargarse a la cuenta de los propietarios los gastos derivados de obligaciones que incumban al administrador, personal o profesionalmente, pues tal conclusión resultaría absurda. Desde luego, hubiera sido deseable una mayor precisión de la norma;

d) no se contempla en el concepto de expensas comunes –a diferencia del artículo 8, ley 13.512– los gastos por mejoras en cosas y bienes comunes dispuestas por la asamblea. Empero, debe estimárselos incluidos siempre que la mejora u obra nueva involucre el interés común pues, en efecto, los artículos 2051 al 2055 contem-

²⁵ V. g., incorporación de nuevas instalaciones exigidas por disposiciones administrativas.

²⁶ Conf. Raisberg, C.; Iturbide, G., “El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal”, *La Ley*, supl. Actualidad 19.7.2012. Las autoras proponen la aclaración del concepto o directamente su supresión.

²⁷ “Atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales.

²⁸ “Cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria”.

²⁹ “Mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir”.

plan las “modificaciones en cosas y partes comunes”, disponiendo el artículo 2053 que, cuando la mejora u obra nueva autorizada sobre cosas y partes comunes lo sea en interés particular, el beneficiario debe efectuarla a su costa; con lo que va dicho que si beneficia a todos, todos deben afrontar el correspondiente gasto.

e) las reparaciones urgentes llevadas a cabo por “cualquier propietario” aparecen en el artículo 2054 (dentro del Capítulo destinado a las “Modificaciones en cosas y partes comunes”). Resultarán reintegrables siempre que se ajusten a las condiciones de la norma³⁰ y, en tal caso, formarán parte del rubro de las expensas comunes. La disposición refunde y simplifica los dos supuestos aprehendidos en el artículo 8, párrafo tercero, ley 13.512.

La obligación de contribuir a la integración del fondo de reserva –caso de existir– se contempla separadamente de la del pago de las expensas comunes (artículo 2046, inciso d), aun cuando aquel aporte cae en el campo de éstas.

El artículo 2049, último párrafo, *autoriza a que en el Reglamento de Propiedad Horizontal se exima parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones*.³¹

La disposición es por cierto compartible, porque la eximición sólo queda autorizada si responde a pautas objetivas y no a la mera voluntad de quien redacta el Reglamento.

Cabe advertir que, cuando el Reglamento no contemple la eximición, ella podrá ser solicitada judicialmente si concurren las hipótesis previstas.³²

³⁰ Artículo 2054. “Reparaciones urgentes. Cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consorcio puede realizar reparaciones urgentes en las cosas y partes comunes, con carácter de gestor de negocios. Si el gasto resulta injustificado, el consorcio puede negar el reintegro total o parcial y exigir, si corresponde, la restitución de los bienes a su estado anterior, a costa del propietario”.

³¹ Así, si una unidad carece de las correspondientes instalaciones para recibir el servicio de calefacción o agua caliente central, no sería razonable hacerla contribuir a los gastos de prestación del servicio, de los que podría ser exceptuada por el Reglamento. O si una unidad funcional fuera un local comercial sin conexión con el cuerpo de viviendas del edificio y con salida directa a la vía pública, podría ser relevado de los gastos de luz de los pasillos internos del edificio.

³² Son éstos, en la actualidad, los supuestos más corrientes de demandas por reforma judicial del Reglamento.

8.2. Obligados al pago de las expensas

El artículo 2050 amplía el elenco de deudores frente al consorcio, los que podrían ser demandados directamente por éste, aparte del propietario.

En efecto, se dispone que

Además del propietario, y sin implicar liberación de éste, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título.

Resultarán entonces deudores, junto al propietario, los titulares de otros derechos reales sobre la unidad, siempre que se ejerzan por la posesión. Están definidos en el artículo 1891 (“todos los derechos reales regulados en este Código [...] excepto las servidumbres y la hipoteca”).

Con la mención a “los que sean poseedores por cualquier título”, parece que el Código ha querido referirse al poseedor en virtud de boleto de compraventa (instituto este último regulado por los artículos 1170 y 1171); no quedan comprendidos, en cambio, los locatarios, ni los comodatarios –ya que son tenedores y no poseedores (arg. artículos 1909 y 1910)– ni, obviamente cualquier otro tenedor. Esto con independencia de lo que pudieran convenir quienes hubieran celebrado los contratos de locación o comodato, porque de lo que aquí se trata no se vincula con las obligaciones que de ellos pudieran surgir para las partes (tener en cuenta el efecto relativo de los contratos que consagran los artículos 1021³³ y 1022³⁴), sino de quién resulta deudor de las expensas frente al consorcio.

Tampoco cabría incluir al usurpador, pues no sería titular de ningún derecho real ni personal. Lo que lleva a descartar también al poseedor en vías de usucapir por usucapión larga, ya que éste no sería titular de un derecho real ni personal que se ejerza por la posesión; mucho más porque en el código “la sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión” (artículo 1905).

³³ “Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes, no lo tiene respecto de terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

³⁴ “Situación de los terceros. El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal”.

Párrafo aparte merece la hipótesis de la usucapión breve toda vez que, con arreglo al artículo 1903 del CCC,

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.

Y porque, según algunos autores, en el caso de usucapión breve, el usucapiente sería propietario frente a todos –entre ellos el consorcio– menos frente al actual propietario;³⁵ con lo que el consorcio podría reclamar el pago de expensas al usucapiente que ostentare justo título y buena fe.

8.3. Ventajas de las que goza el crédito por expensas

Resulta sobreabundante recalcar la importancia que para el sistema representa el pago puntual de las expensas, ya que de éste depende su subsistencia.

Habida cuenta de ello, el ordenamiento jurídico otorga al crédito por expensas³⁶ una serie de beneficios enderezados a asegurar y facilitar su percepción.

8.4. Imposibilidad de abandonar para liberarse de la deuda

Se debe considerar incluida en el concepto de “renuncia o abandono” a cualquier abdicación que hiciera el propietario de su derecho, fuere voluntaria o forzosa. Así, por ejemplo, a través de una venta, donación, dación en pago, aporte en sociedad, etcétera.

De tal modo, el enajenante o transmitente no quedará liberado de la deuda por expensas devengada con anterioridad a la enajenación y mientras él ostentaba la calidad de copropietario: seguirá respondiendo de esta deuda con todo su patrimonio, como cualquier deudor.

El régimen del Código coincide con el sistema derogado, con lo que le resultará aplicable el mismo criterio interpretativo.

³⁵ ¿Aun cuando se trate de un caso de usucapión breve? Conf. nota al artículo 3999, último párrafo, Código Civil; Allende, G., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 52-54; Arean, B., *Juicio de usucapión*, 4ª ed., p. 173; Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, op. cit., p. 353.

³⁶ Crédito del cual es titular el consorcio, como vimos. Conf. Llambías, J. J.; Arean, B., *Código Civil Anotado*, t. IV-C, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 2559; Highton, E., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hamurabi, 2ª ed., p. 419; Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, op. cit., p. 294.

Según el artículo 2049

los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo [...] por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional.

Cabe advertir que el artículo 1991, respecto del condominio común, establece en consonancia que el condómino debe pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas. *No puede liberarse de estas obligaciones por la renuncia a su derecho.*³⁷

8.5. Afectación de la cosa al pago

Es otra de las ventajas de que goza el crédito por expensas.

El artículo 2049, al contemplar la imposibilidad que tiene el propietario de liberarse del pago de las expensas por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa o por abandono de la unidad funcional, destaca que no puede hacerlo “aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición”.

La disposición, que es similar a la del artículo 17, ley 13.512 –pero no idéntica– puede analizarse desde distintas aristas:

a) el anterior propietario no se libera de la deuda por expensas, en los casos señalados; ni siquiera de las devengadas con anterioridad a su adquisición.

b) la norma aclara que el propietario no se libera de la deuda por enajenación voluntaria o forzosa. Pero como advierte que ello será así “aun respecto de las devengadas antes de su adquisición”, va con esto dicho que el adquirente responderá también por esa deuda –sea que su adquisición haya sido producto de una enajenación voluntaria o forzosa–. Se disipa de este modo la polémica generada en torno al vocablo “*siempre*” utilizado por el artículo 17, ley 13.512, inclinándose el Código por la posición triunfante en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 19.2.1999, *in re*

³⁷ La solución se aparta de lo dispuesto en el artículo 2685 del Código Vélez, que admite el abandono para liberarse.

“Servicios Eficientes SA c/ Yabra, R.”; es decir, los adquirentes en subasta judicial quedan obligados al pago de la deuda por expensas devengadas con anterioridad a la toma de posesión. Naturalmente, también quedarán obligados en caso de enajenación voluntaria.

c) la norma nada dice acerca de la medida en que responde el adquirente por la deuda devengada con anterioridad a la adquisición. En el sistema derogado, su responsabilidad se limita al valor de la unidad (artículo 17, ley 13.512). El Código debió ser explícito para no generar dudas.

A pesar de ello la solución vendría de la mano del artículo 1937 –ubicado en el Capítulo dedicado a los “efectos de las relaciones de poder”–, en tanto dispone que

el sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa (reguladas en el artículo 1933); pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal.

Ergo, si se encuadra a la deuda por expensas entre los “deberes inherentes a la posesión”, el adquirente respondería sólo con la cosa; el enajenante no quedaría liberado, por concurrir la norma expresa del artículo 2049 que así lo determina.

d) tampoco nada dice puntualmente la norma acerca de qué sucede en la hipótesis de que el adquirente (lo llamaremos Juan) enajene la unidad (sea en forma voluntaria o forzosa) y existiera una deuda pendiente por expensas devengadas con anterioridad a la adquisición de dicho adquirente Juan, mientras la unidad era propiedad de su enajenante (Lucas).

Si se considerara que la deuda de expensas es un “deber inherente a la posesión”, y toda vez que el sucesor particular “responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real”, parecería que con la enajenación queda liberado de esa deuda; el interrogante, entonces, se disiparía del mismo modo que en el sistema del artículo 17, ley 13.512, solución que aparece como la más razonable.

Sintetizando, el consorcio, por la deuda impaga tiene los siguientes deudores:

Lucas sigue respondiendo de su deuda aunque enajene la unidad a Juan (artículo 2049); Juan –adquirente de la unidad– res-

ponde por la deuda de Lucas que la unidad arrastra, pero sólo mientras sea propietario de ella y responde sólo con la unidad (artículo 1937) y obviamente por sus propias deudas, pero de ellas con todo su patrimonio; si Juan enajena la unidad a Pablo, sin pagar la deuda de Lucas ni las propias, y Pablo tampoco paga las devengadas durante su dominio, el Consorcio podrá demandar: a Lucas por su propia deuda (responde con todo su patrimonio) –artículo 2049–; a Juan por su propia deuda (responde con todo su patrimonio: artículo 2049), ya que Juan no responde por la deuda de Lucas, porque no es más propietario de la unidad (artículo 1937); y a Pablo por la deuda de Lucas y la de Juan –de las que Pablo responde sólo con la unidad (artículo 1927)– y por las deudas propias de Pablo (responde con todo su patrimonio): artículos 2049 y 2050.

Podrá demandar a todos o a cualquiera de ellos en la extensión explicada. Lógicamente, hasta lograr que toda la deuda quede saldada.

Señalamos que hubiera sido adecuado que se previera una más clara solución de todos estos temas en el nuevo Código.

8.6. Privilegio

El artículo 2582, inciso a), otorga al crédito por expensas comunes privilegio especial sobre la unidad funcional, *en las ejecuciones individuales*. Ciertos conflictos con otros privilegios especiales que podría suscitar su graduación son solucionados en los diversos incisos del artículo 2586, sobre la base de la regla *prior in tempore potior in jure*; y los que no lo fueran, caen en la regla general del párrafo primero de la misma norma (se cobran según el orden asignado en los incisos del artículo 2582); cabe señalar que allí el crédito por expensas ocupa el primer lugar.

El privilegio no se extiende a los intereses, ni a las costas,³⁸ ni a otros accesorios del crédito (artículo 2577).

Es indivisible, transmisible junto con el crédito³⁹ y renunciable (artículos 2575 y 2576) y se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real (artículo 2584).

³⁸ Mas juega a su respecto la “reserva de gastos” prevista en el artículo 2585.

³⁹ El privilegio es una calidad del crédito (artículo 2573), por lo que la transmisión del crédito incluye la de su privilegio (artículo 2576).

En los juicios universales (concursos y sucesiones), el privilegio queda sujeto a la ley aplicable a los concursos (artículo 2579).

8.7. Las expensas y la protección de la vivienda

Los artículos 244 y siguientes contemplan la protección de la vivienda familiar a través del régimen de afectación que regulan.

En lo que aquí interesa, el artículo 249 determina que “la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación” y, respecto de las posteriores, dispone que la vivienda afectada no será susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Pero quedan exceptuadas las “a) obligaciones por expensas comunes [...]”, por lo que queda habilitada la ejecución aun cuando se tratara de períodos posteriores a la afectación a propiedad horizontal.

Por su parte, el artículo 522 –que regula la “Protección de la vivienda familiar” en el caso de uniones convivenciales inscriptas– prescribe que

la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Y como la hipótesis es la de convivientes que habitan la vivienda familiar, cabe concluir en que existirá consentimiento –siquiera tácito– respecto de las deudas por expensas comunes que la involucren. Por consiguiente queda habilitada la ejecución por expensas de la vivienda familiar, respecto de períodos anteriores o posteriores a la inscripción de la unión convivencial.

9. El certificado de deuda como título ejecutivo.

La ejecución de expensas: procedimiento

La ley 13.512 no determinaba el procedimiento a través del cual puede reclamarse el cobro del crédito por expensas,⁴⁰ yacío

⁴⁰ Las fuentes de la ley 13.512, en cambio, sí consagran la vía ejecutiva a ese efecto: artículo 25, inciso 2°, ley uruguaya y artículo 14, ley chilena.

que en el caso de no ser expresamente cubierto por las leyes procesales locales,⁴¹ daba lugar a que deba tramitar por juicio ordinario –obviamente más lento–, con las desfavorables consecuencias que ello podría proyectar en la vida consorcial.

Por ello, existe doctrina y jurisprudencia que –dentro del régimen de la ley 13.512– propiciaba la admisión de la vía ejecutiva, aun en defecto de previsión legal, siempre y cuando ésta se hubiera contemplado en el Reglamento de Propiedad Horizontal, pudiendo el mismo Reglamento prever la composición del pertinente título ejecutivo.⁴²

Disipando el problema, el artículo 2048 establece que

El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si éste existe, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones.

10. El Reglamento de Propiedad Horizontal

10.1. Concepto, requisitos y contenido

El Reglamento de Propiedad Horizontal es el contrato otorgado por escritura pública por el o los titulares del dominio del inmueble, a través del cual manifiestan su voluntad de afectar el inmueble al régimen de propiedad horizontal.

La inscripción del Reglamento en el Registro de la Propiedad Inmueble es necesaria para la oponibilidad a terceros interesados.⁴³

⁴¹ El artículo 524 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación considera “título ejecutivo al crédito por expensas comunes de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal.” Y dispone que, con el escrito con el cual se promueve la ejecución debe “acompañarse certificado de deuda que reúna los requisitos exigidos por el Reglamento de Copropiedad. Si éste no los hubiera previsto deberá agregarse constancia de deuda líquida y exigible y del plazo concedido a los copropietarios para abonarla, expedida por el administrador o quien haga sus veces”.

⁴² Conf. CNCiv., sala C, 29.5.2008, causa “Chacaras de la Alameda c/ Avil, M.”; CNCCom., sala A, 29.8.2002, “El Carmen SA c/ Francote”; Mariani de Vidal, M.-Abella, A., “Clubes de campo y barrios privados. Expensas comunes”, *La Ley*, supl. diario del 8.11.2006 y *Clubes de Campo y Barrios Privados*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, pp. 187/191.

⁴³ El Reglamento se presentará al Registro de la Propiedad Inmueble acompañado de una copia del plano de división horizontal confeccionado por profesional competente, debidamente registrado en el Catastro.

Las normas del Reglamento de propiedad horizontal regulan las facultades y restringen el ejercicio del derecho de los consorcistas, la utilización de las partes comunes del edificio y las prohibiciones o limitaciones al uso de las partes privativas; instauran las restricciones y límites al dominio que los propietarios se han impuesto convencionalmente para regir sus relaciones dentro del edificio en cuestión, y desempeña un rol fundamental en la propiedad horizontal, ya que permite un régimen sólido con características propias del sistema.

Sobre el contenido del Reglamento, el CCCN dice en el artículo 2056:

El reglamento de propiedad horizontal debe contener:

- a) determinación del terreno;
- b) determinación de las unidades funcionales y complementarias;
- c) enumeración de los bienes propios;
- d) enumeración de las cosas y partes comunes;
- e) composición del patrimonio del consorcio;
- f) determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad;
- g) determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes;
- h) uso y goce de las cosas y partes comunes;
- i) uso y goce de los bienes del consorcio;
- j) destino de las unidades funcionales;
- k) destino de las partes comunes;
- l) facultades especiales de las asambleas de propietarios;
- m) determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación;
- n) especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas;
- ñ) determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones;
- o) determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal;
- p) forma de computar las mayorías;
- q) determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios;
- r) designación, facultades y obligaciones especiales del administrador;
- s) plazo de ejercicio de la función de administrador;
- t) fijación del ejercicio financiero del consorcio;
- u) facultades especiales del consejo de propietarios.

Esta larga enunciación del contenido del Reglamento, a nuestro criterio, es impropia e inoperante respecto de edificios de pocas unidades o en modalidades de “construcción en dúplex”, sistemas olvidados por el nuevo Código, pero que aparecen con frecuencia en la realidad.⁴⁴

10.2. Modificación del reglamento

Según el artículo 2057 del CCC:

El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

Advertimos que, conforme el artículo 2060, las mayorías absolutas se computan

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 éstas con relación al conjunto.

Cabría preguntarse si esta doble exigencia resulta jugar también para la reforma del Reglamento, lo que no parece ser así –en nuestra opinión– atento lo que dispone el artículo 2057. Salvo, claro está, que el Reglamento la prevea expresamente, agravando la mayoría legalmente impuesta, lo que resulta admisible.⁴⁵

Ahora bien, tradicionalmente jurisprudencia y doctrina –aun cuando la ley no lo hiciera– han distinguido las cláusulas del Reglamento en “estatutarias” y “reglamentarias”.

Cláusulas “estatutarias” son las que hacen a la situación patrimonial de cada uno de los copropietarios en el régimen, o sea, aquéllas que otorgan derechos subjetivos patrimoniales a cada uno de los consorcistas y fijan la extensión y existencia misma de sus derechos.

Ejemplo, las que determinan las partes exclusivas y comunes, las que fijan los porcentuales de dominio y para el pago de expensas, las relativas al destino de las unidades.

⁴⁴ El Proyecto de Reforma de la Ley 13.512 del año 1992 preveía una regulación especial para los conjuntos habitacionales de menos de seis unidades desarrolladas en no más de dos plantas (artículo 43).

⁴⁵ Contra Cornejo, A., “Reglamento de Propiedad Horizontal en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, supl. diario del 26.6.2015.

Las cláusulas "estatutarias" requieren la unanimidad para su modificación, porque nadie puede ver alterado su patrimonio sin prestar su consentimiento, pues el patrimonio está amparado por la garantía de la propiedad consagrada en el artículo 17, Constitución Nacional.

Las demás cláusulas son las denominadas "reglamentarias", para cuya reforma se requiere los dos tercios de votos de los propietarios.

Creemos que esta distinción se mantiene en el Código, pues el artículo 2061 establece que

Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano,⁴⁶ la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de los titulares.

Y en el caso de las cláusulas estatutarias, como lo revelan los ejemplos propuestos (porcentuales de dominio y de expensas, destino de las unidades, etc.), resulta claro que los titulares son todos y cada uno de los consortes, por lo que se requerirá el consentimiento de todos, es decir, la unanimidad.

11. Mejora u obra nueva: distintos tipos y requerimientos.

Reparaciones urgentes. Grave deterioro o destrucción del edificio

11.1. Mejora u obra nueva que requiere mayoría

Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Quien solicita la autorización, si le es denegada, o la minoría afectada en su interés particular que se opone a la autorización, si se concede, tienen acción para que el juez deje sin efecto la decisión de la asamblea.

El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o in-

⁴⁶ Ejemplo: la resolución que dispusiera el cierre con llave de la puerta de acceso al edificio durante las veinticuatro horas del día.

terior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa (artículo 2051).

Según el artículo 2051, con el consentimiento de *la mayoría de los propietarios* y previo informe técnico, se puede resolver la realización de mejoras u obras nuevas sobre las cosas o partes comunes.

Esta mayoría será la absoluta, computada de conformidad con el artículo 2060, salvo que el Reglamento la agravara.

Cabe concluir en que la norma se refiere a *obras nuevas en partes comunes en interés o beneficio de los propietarios en general*, pues las que obedecen a un interés particular o benefician a un propietario necesitan de la unanimidad (artículo 2052).

El artículo 2051 brinda el remedio a los que se consideraran agraviados por la decisión de la asamblea:

a) si el propietario que requirió la autorización no la obtiene, puede acudir al Juez si considera la negativa injustificada, a fin de superarla; b) del mismo modo, la minoría afectada en su interés particular por la decisión de la mayoría que decidió la realización de la obra, puede acudir al juez, quien resolverá sobre lo decidido y evaluará si la mejora es de costo excesivo o afecta la seguridad, estética o destino del edificio.

Lo resuelto por la mayoría no se suspende salvo orden judicial, que podría eventualmente lograrse por vía cautelar, si concurrieran los requisitos pertinentes.

11.2. Mejora u obra nueva que requiere unanimidad

Según el artículo 2052, si la mejora u obra nueva realizada (*más apropiado sería referirse a la obra nueva "a realizarse"*) por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, *grava o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, necesita el acuerdo unánime de los propietarios*.

También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario (artículo 2052).

11.3. Mejora u obra nueva en interés particular. Unanimidad

Si la mejora u obra nueva autorizada sobre cosas y partes comunes es en interés particular, el beneficiario debe efectuarla a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de

propiedad horizontal y de su inscripción, si hubiera lugar a ellos (artículo 2053). Eventualmente, deberá también cargar con los gastos de modificación del plano del edificio, si fuera necesaria por la naturaleza de la obra.

11.3.1. Sobreedificación. Subedificación

Un capítulo especial de las obras nuevas lo constituyen las construcciones realizadas sobre la línea del suelo (sobreedificación) o bajo el suelo (subedificación), o cuando se las agrega a un edificio desarrollado en una sola planta o se realizan en otros espacios libres o superficies descubiertas (como terrazas o jardines) y ya sea que dichas construcciones desemboquen en nuevas unidades o en la ampliación de las existentes.

El derecho a sobreedificar le corresponde en principio al dueño del inmueble (artículo 1941).

Cabe señalar que el derecho de superficie involucra también el derecho de construir y de adquirir, por el superficiario y en inmueble ajeno, la propiedad superficiaria de lo construido (artículos 2114 y 2115). Sobre las particularidades de este supuesto nos ocuparemos al tratar sobre el derecho de superficie, que debe diferenciarse de lo aquí analizado.

En la propiedad horizontal, siendo el terreno cosa común, el derecho a sobreedificar corresponde a todos los propietarios. A ellos les pertenece el espacio aéreo (vuelo) del terreno y el subsuelo (artículo 1945).

Si se quisiera incorporar alguna previsión regulatoria del derecho de sobreelevar en el Reglamento de propiedad horizontal, debe hacerse mediante cláusula expresa en la oportunidad de su otorgamiento. Con posterioridad, para incorporar tal regulación al Reglamento será necesaria su modificación,⁴⁷ resuelta por unanimidad –por tratarse de una cláusula estatutaria–.

El derecho a sobreedificar puede constar en el Reglamento: a) como reserva del propietario original del inmueble; b) como facultad a alguno de los propietarios o al consorcio; c) como facultad del propietario del último piso o de planta baja; d) como facultad concedida a un tercero.

⁴⁷ Por escritura pública, requiriéndose su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de su oponibilidad respecto de terceros interesados.

La concesión del derecho a sobreedificar o subedificar también puede ser efectuada por acto aparte (formalizado en instrumento público o privado),⁴⁸ en el que puede preverse la distribución de los gastos. Para su registración es necesaria la escritura pública.

El autorizado tiene un derecho personal que puede ser cedido –salvo prohibición expresa– y como tal autorización tiene proyección o trascendencia sobre la situación jurídico-real del inmueble, puede rogarse su inscripción registral.⁴⁹

La nueva construcción, una vez concluida, pertenecerá a todos los propietarios como accesorio del suelo (artículo 1945), de modo que deberá ser adjudicada o transmitida al edificante –sea propietario o tercero autorizado–, de conformidad con cada hipótesis.

Con arreglo al artículo 2053, el autorizado –salvo pacto en contrario– asume los costes, costos, gastos y riesgos que ocasione la obra nueva, así como los gastos de la necesaria modificación que deberá llevarse a cabo, tanto del plano del edificio como del Reglamento, con la incorporación de las nuevas unidades o la anexión de lo construido a una unidad existente. Además, deberá cargar con los que demande la escritura de adjudicación o transmisión de lo construido (según lo que corresponda) y con los derivados de la inscripción registral.

Toda obra nueva, se trate de una sobreedificación en las partes comunes, o de la división de una unidad o de la unificación de dos o varias, que realice un propietario sin el consentimiento de los demás se trata de una obra ilícita. Pues afectará a partes comunes (artículo 2041, incisos a), c), d) y j) en su beneficio, proyectándose sobre la estructura del inmueble, y hubiera requerido la autorización de la unanimidad (artículo 2052)].

Todo lo dicho respecto de la sobreedificación se aplica a la subedificación.

11.4. Reparaciones urgentes

Cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios, puede realizar reparaciones urgentes en las cosas y partes comunes, con carácter de gestor de negocios. Si el

⁴⁸ Conf. Moisset de Espanés, L., *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas*, Zavalla, Buenos Aires, 1982, p. 113.

⁴⁹ Conf. Moisset de Espanés, L., *op. cit.*, *loc. cit.*

gasto resulta injustificado, el consorcio puede negar el reintegro total o parcial y exigir, si corresponde, la restitución de los bienes a su estado anterior, a costa del propietario (artículo 2054).

11.5. Grave deterioro o destrucción del edificio

En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.

Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial (artículo 2055).

12. Las asambleas: concepto. Distintos tipos. Atribuciones.

Convocatoria y quórum. El sistema de mayorías. Libro de Actas y de registro de firmas. La asamblea judicial: causales y procedimiento

12.1. Facultades de la asamblea. Concepto. Atribuciones

La asamblea es la reunión de propietarios que deliberan y resuelven sobre los asuntos que les atañen.

Es, entonces, el órgano deliberativo de la persona jurídica consorcio.

El artículo 2058 define a la asamblea como “la reunión de propietarios facultados para resolver”.

Consecuentemente, el adquirente de una unidad por boleto de compraventa o los titulares de otros derechos reales (por ej.: usufructo, uso, habitación) o personales (por ej.: locatarios, comodatarios) que involucren a la unidad, no pueden participar ni tienen derecho de votar en ellas (salvo, como es obvio, si fueran apoderados a ese fin por el propietario; pero lo harían en nombre del propietario y no en su propio nombre). Ello es así aun cuando si se trata de poseedores, estén obligados al pago de las expensas frente al consorcio (artículo 2050).

Con arreglo al artículo 2056, inciso n), el Reglamento debe contener

especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas.

Si la unidad perteneciera a varias personas en condominio, deberán sujetarse a las normas propias del condominio (artículos 1993/1994) o ponerse de acuerdo para unificar su representación.

La asamblea está facultada para resolver:

- a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad horizontal;
- b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos *o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto*;
- c) las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;
- d) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios si lo hubiere.

Cabría preguntarse sobre el acierto de que se requiera conformidad de la asamblea para el nombramiento y despido del personal del consorcio, por la necesaria efectividad que debe acompañar la toma de decisiones de tal naturaleza, que podría tropezar con la poca agilidad generada por el proceso asambleario. Aunque tal vez la finalidad de la norma sea la de descartar irregularidades al respecto.

Poniendo fin a divergencias planteadas sobre el particular, el artículo 2959, último párrafo, establece que

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios, aunque no lo hagan en asamblea.

Corresponde resaltar el requisito de la *unanimidad* exigido a ese fin.

12.2. Convocatoria. Autoconvocatoria

El Código en el artículo 2059 dice:

Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del

orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa; es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema.

La convocatoria es presupuesto esencial para el funcionamiento de la asamblea. Consiste en la citación a los propietarios para que concurran a un lugar y hora determinado específicamente, a fin de tratar los asuntos que figuran en el Orden del Día.

Como dijimos, el Reglamento debe contener previsiones al respecto, entre ellas la de formularse la convocatoria con una razonable anticipación a los domicilios constituidos por los propietarios, por un medio fehaciente, para que posteriormente se pueda probar su recepción.

La convocatoria debe determinar los asuntos que van a tratarse en la asamblea (Orden del Día). Debe redactarse en forma clara y precisa, ya que decidirá la concurrencia o no de los propietarios a la reunión.

No pueden tratarse en la asamblea temas que no figuren en el Orden del Día,⁵⁰ so pena de incurrir en nulidad, excepto que estén presentes todos los propietarios y acuerden unánimemente tratar otro tema no previsto (artículo 2059, primer párrafo).

Autoconvocatoria

El artículo 2059 admite la autoconvocatoria de la asamblea:

La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

Cabe preguntarse qué sucederá si la autoconvocatoria y el temario se aprueban por los dos tercios de todos los propietarios, pero la resolución involucra asuntos que requieren la unanimidad de todos los propietarios para ser decididos. Ej.: cambio de destino de las unidades, modificación del porcentual de expensas, etcétera.

⁵⁰ En práctica viciosa, se suele incorporar en el Orden del Día el punto "Varios" —o similar—. Las decisiones que se tomen al amparo de este punto no resultarán vinculantes; sólo constituirán eventualmente simples "recomendaciones".

No parece que en tal caso la unanimidad pueda ser soslayada a los efectos de que la resolución que se adopte sea válida.

La convocatoria la efectúa: el Administrador, siendo ésta una de sus obligaciones (artículo 2067, inciso a); o el Consejo de Propietarios, si por cualquier causa el Administrador omite hacerlo (artículo 2064, inciso a).

Si el Administrador o el Consejo —en su caso— omiten la convocatoria, el remedio se encuentra en el artículo 2063 (*asamblea judicial*), de lo que nos ocuparemos en acápite aparte.

Ahora bien, el artículo 2058, inciso b) establece que la Asamblea está facultada para resolver

las cuestiones [...] por quien represente el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto.

Y entonces cabría preguntarse si la facultad de este 5% se limita a hacer llegar los puntos que desea sean sometidos a la Asamblea al Administrador o al Consejo de Administración, a fin de que sean incluidos en la Orden del Día por ellos, o puede directamente convocar a la Asamblea. La última conclusión resulta algo dudosa, atento lo que dispone el artículo 2063.

12.3. Quórum

El *quórum* es la cantidad de miembros del consorcio que debe estar presente para que la asamblea pueda deliberar válidamente.

El Código, al igual que la ley 13.512, no se refiere al *quórum*, sino a las mayorías, a pesar de que el acápite del artículo 2059 consigna "Convocatoria y quórum".

Es posible que el Reglamento determine el *quórum*, pero corresponde tener en cuenta que *el quórum ha de calcularse sobre la totalidad de los propietarios del edificio y no sobre los asistentes a la asamblea*, pues las mayorías también se calculan sobre la totalidad de los propietarios (artículos 2052, 2057 y 2060); consecuentemente, deberá por lo menos coincidir con las mayorías requeridas para cada caso, o ser superior.⁵¹

⁵¹ Así, por ejemplo, si la resolución requiere una mayoría de dos tercios, ése será el quórum; si se requiriera la mayoría absoluta, ése será el quórum; si requiere la unanimidad, deberán estar todos los copropietarios presentes.

Cabe advertir que si el Reglamento –como es usual—⁵² establece un *quórum* único de la mitad más uno de los propietarios para todos los supuestos, *esta previsión es incorrecta* ya que, calculándose las mayorías sobre todos los propietarios y no sobre los presentes, no podrían tratarse con ese *quórum* los asuntos que exigieran una mayoría superior para su decisión.

12.3.1. Participantes

La asamblea por definición es la reunión de los propietarios (artículo 2058). Éstos pueden actuar por sí o por medio de un representante, pero siempre con poder suficiente.

El adquirente por boleto, más allá de que haya pagado todo el precio, no es propietario y solamente puede participar con poder otorgado por el propietario, el que puede ser dado en el mismo boleto.

Pueden los propietarios *dar carta-poder a otro propietario* para que lo represente, pero el reglamento debe fijar las limitaciones a la cantidad de cartas-poder que puede tener cada titular de unidades funcionales para representar a otros en asamblea (artículo 2056, inciso n).

En caso que la unidad perteneciera a varios propietarios en condominio, el que concorra deberá acompañar poder de administración de los otros; y si concurren todos, deben unificar su voto. Si hubiera discrepancia, deberán previamente cumplir con el procedimiento previsto en el artículo 1994 del CCC.

12.4. Mayorías. Clases de mayorías

El Código contempla las siguientes mayorías:

a) **mayoría absoluta:** es una mayoría residual, para los casos que involucren el interés común de los propietarios y que no tengan determinada una mayoría especial en otras normas legales o reglamentarias (*artículo 2060*).

También juega para las obras nuevas contempladas en el *artículo 2051* y para las hipótesis de grave deterioro o destrucción del edificio del *artículo 2055* (en este último supuesto se exige la “mayoría que represente más de la mitad del valor”).

⁵² Tal vez inspirándose en la Ley de Sociedades y sus previsiones para las Asambleas de las sociedades anónimas, que nada tiene que hacer aquí.

Esta mayoría, según el artículo 2060, *se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto*. O sea que es una mayoría que se calcula por unidad y por valor conjuntamente.

Nos parece que esta doble exigencia sólo resulta aplicable en los casos que requieren la mayoría absoluta, como surge de la letra de la propia disposición.

b) **mayoría de dos tercios de los propietarios:** es la que se requiere para la reforma del Reglamento (*artículo 2057*), y para que resulte aprobada la autoconvocatoria y el temario de la asamblea autoconvocada (*artículo 2059*).

c) **unanimidad:** obras nuevas a las que se refieren los artículos 2052 y 2053; y los supuestos del artículo 2061 –supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones del funcionamiento cotidiano–.

d) **mayoría simple de presentes:** es un caso especial, el de la asamblea judicial del artículo 2063, de la que nos ocuparemos más adelante en acápite especial.

Concluimos que:

Las mayorías se calculan, como hemos dicho, sobre la totalidad de los propietarios y no sobre los presentes en la asamblea (artículos 2052, 2057 y 2060). Salvo el supuesto de la asamblea judicial (*artículo 2063*).

El Reglamento puede establecer mayorías distintas a las legales (*artículo 2056*, inciso ñ), *agravándolas pero no disminuyéndolas*, pues cuando la ley establece mayorías especiales lo hace de manera *imperativa* en cada caso, lo cual implica que no se trata éste de un tema librado ilimitadamente a la autonomía de la voluntad (*artículo 1884*), aun cuando el artículo 2056 enumere entre los contenidos del Reglamento a “la determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones” (inciso ñ).

El artículo 2060, segundo párrafo, introduce una novedad, destinada a solucionar el problema que se presenta cuando la Asamblea fracasa porque no se puede reunir ni el quórum ni la mayoría requerida para tomar decisiones, debido al inexplicable desinterés de los propietarios, quienes generalmente no asisten a las asambleas, a pesar de que en ellas se ventilan asuntos que les conciernen.

Dice esa norma 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 días de notificados, excepto que éstos se opongan antes, con mayoría suficiente.

La disposición plantea algunos interrogantes:

a) Por ubicarse el mecanismo en el artículo que, según su acápite, regula el supuesto de "mayoría absoluta" ¿resultará aplicable sólo a las hipótesis de resoluciones adoptadas por mayoría absoluta o en todos los casos?

La solución más valiosa, pensamos, es la que admite *su aplicación a todos los casos*, precisamente porque constituye un mecanismo enderezado a evitar la paralización que puede sufrir el consorcio si no se logra arribar a decisiones por la inasistencia de los propietarios, a veces en cuestiones cruciales para su desenvolvimiento.

Confinarla conduciría a minimizar sus resultados y en ocasiones a encrucijadas insalvables, pues la asamblea judicial sólo se torna procedente en caso de que el Administrador o el Consejo omitan convocar a asamblea y aquí, por hipótesis, la asamblea ha sido convocada pero ha fracasado.

b) Se establece que, notificada la resolución adoptada por la mayoría de los presentes a los ausentes, se tendrá por aprobada si éstos no se oponen en el término de quince días por mayoría suficiente.

¿Cuál es esta "mayoría suficiente"? A nuestro entender se necesitaría; para evitar que la resolución quedara aprobada, que los ausentes que se opongan lo sean en tal cantidad que impidan que la suma de votos favorables presentes, más la de los ausentes que guardaron silencio (que serían "tácitamente favorables") alcance la mayoría necesaria para aprobar la resolución.

Ejemplos:

Sobre un consorcio de 10 propietarios, asisten 5.

Resolución que requiere unanimidad: Si en la asamblea votan favorablemente los 5 presentes, los restantes 5 ausentes deberían guardar silencio, pues con uno que se opusiera no se podría alcanzar la unanimidad.

Resolución que requiere dos tercios. Asisten 5, votan favorablemente los 5 (consideremos, para simplificar, que coinciden número de unidades y valor).

Con dos de los ausentes que guardara silencio, la resolución quedaría aprobada.

Si votaran favorablemente sólo 3 de los presentes, tendrían que guardar silencio 4 para lograr ese efecto.

Resolución que requiere mayoría absoluta. Asisten 5, votan favorablemente los 5.

Con uno de los ausentes que guardara silencio la resolución quedaría aprobada.

Si votaran favorablemente sólo 3 de los presentes, sería necesario que 4 ausentes guardaran silencio.

12.5. Nulidad de la asamblea

Determina el artículo 2060, en su último párrafo, que

El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea *caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea.*

El plazo es de caducidad o sea que, transcurrido, se extingue el derecho no ejercido (artículo 2566).

La norma debe considerarse acertada, pues disipará divergencias planteadas en torno al régimen de prescripción aplicable a la acción de nulidad de la asamblea⁵³ e inclusive sobre la validez o invalidez de previsiones que contienen muchos Reglamentos, las que establecen plazos de caducidad breves para este tipo de acciones.

12.6. Actas

Las decisiones que se tomen en asamblea deben constar en el Libro de Actas de asambleas.

El artículo 2062 se refiere a las actas y dice:

⁵³ Con el régimen derogado se solía aplicar la prescripción liberatoria genérica consagrada en el artículo 4023, Código de Vélez. Lo cual no parecía compadecerse con un desenvolvimiento ágil de la vida del consorcio, al sujetarlo durante diez años a la posibilidad de una acción de nulidad.

Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de firmas de los propietarios.

Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia.

Las firmas que se estampan en cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas en el Libro de Registro de Firmas de Propietarios.

Las actas deben confeccionarse por un secretario de actas elegido por los propietarios; éstas deben contener el resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas o, en su caso, propuestas por la mayoría de los presentes, y ser firmadas por el presidente de la asamblea y dos propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas⁵⁴ y de las eventuales conformidades expresas.

Ambos libros deben estar rubricados.⁵⁵

12.7. Asamblea judicial

El artículo 2063 dice:

Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a los propietarios. La asamblea judicial puede resolver con *mayoría simple de presentes*. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

La norma debe considerarse acertada y recoge criterios imperantes en la jurisprudencia y doctrina.

⁵⁴ Esto en función de lo dispuesto en el artículo 2060, segundo párrafo.

⁵⁵ La rúbrica se instrumenta ante notario, mediante acta notarial regulada en los artículos 310 y ss. del CCCN, y el Registro de Libros de Consorcio, en la Provincia de Buenos Aires, ésta a cargo del Colegio de Escribanos de esa demarcación.

La legitimación para solicitar la convocatoria judicial corresponde sólo a "propietarios que representen el diez por ciento dentro del total".

La asamblea judicial, por consiguiente, está planteada como remedio sólo para los supuestos en que el Administrador o, en su caso, el Consejo de Propietarios, omitan la convocatoria. Y, desde luego, no descarta la autoconvocatoria, cuando concurrieran los requisitos pertinentes.

Si en las Asambleas convocadas por el Administrador o, en su caso, el Consejo de Propietarios, no se pudiera reunir el quórum para deliberar y eventualmente resolver, la solución la brinda el artículo 2060, segundo párrafo.

13. Consejo de propietarios: conformación y funciones

El Consejo de Propietarios resulta ser *facultativo*, de conformidad con los artículos 2058, inciso d) y 2064.

El Consejo de Propietarios surgirá del Reglamento (artículo 2056, inciso u). También puede resolverse en asamblea su creación y cantidad de miembros y las atribuciones que le corresponda (artículo 2054). En cuanto a la mayoría necesaria en tal caso, dependerá del criterio interpretativo que se adopte: será la de dos tercios, si se considera que implica una reforma del Reglamento (artículo 2057), o la absoluta, si se entiende que constituye un asunto de interés común que habilita el juego de la mayoría residual del artículo 2060.

Según el artículo 2064.

La asamblea *puede* designar un consejo integrado por propietarios, con las siguientes atribuciones: a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo; b) controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio; c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios; d) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los treinta días de producida la vacancia.

Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones.

Ya dijimos que el Reglamento es el que determina las atribuciones del Consejo y pueden ser todas o algunas de las enumeradas u otras (artículo 2056, inciso q).

Las atribuciones conferidas al Consejo determinan su responsabilidad en caso de incumplimiento.⁵⁶

14. El administrador

14.1. Administrador. Naturaleza jurídica

El administrador es *representante legal del consorcio con el carácter de mandatario*. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica (artículo 2065).

Resulta incongruente que el artículo 2065 haga referencia, con *el carácter de mandatario*, ya que la relación interna que vincula al administrador con los consorcistas no es la de un mandato porque ella se origina, lisa y llanamente, en el propio Reglamento. El Código recepta la teoría del órgano (artículo 358 segundo párrafo que dice: “[...] La representación es [...] orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica”; y el 143, “la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros”).

En consecuencia, el administrador es representante del consorcio y, en tal carácter, su actuación, facultades y deberes, estarán sometidos al Reglamento (que es el estatuto de la persona jurídica consorcio) y a las disposiciones de la ley.

14.2. Designación y remoción

El administrador designado en el reglamento de propiedad originario cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella.

Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, *sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad horizontal*.

Pueden ser removidos sin expresión de causa.

⁵⁶ Conf. Cossari, N.-Luna, D., “Propiedad horizontal. Responsabilidad de los integrantes del Consejo de Administración”, *Doctrina Judicial* - 2004-3-609.

La mayoría necesaria para la remoción y designación de nuevo administrador es la absoluta, pero el reglamento puede fijar una mayor.

14.2.1. Derechos y obligaciones del administrador.

Personería para estar en juicio

Ya dijimos que el Administrador tiene las facultades y obligaciones determinadas por el Reglamento y la ley, en su calidad de representante legal del Consorcio (artículos 358 y ss.).

En especial, con arreglo al artículo 2067, debe:

- a) convocar a la asamblea, redactar el orden del día y labrar el acta respectiva;
- b) ejecutar las decisiones de la asamblea;
- c) atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales;
- d) practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas. Para disponer total o parcialmente del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, el administrador debe requerir la autorización previa del consejo de propietarios;
- e) rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el reglamento de propiedad horizontal;
- f) nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo de la asamblea convocada al efecto;
- g) cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria;
- h) mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir;
- i) llevar en legal forma los libros de actas, de administración, de registro de propietarios, de registros de firmas y cualquier otro que exija la reglamentación local. También debe archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas, y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones;

j) en caso de renuncia o remoción, dentro de los quince días hábiles debe entregar al consejo de propietarios los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas documentadas;

k) notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las cuarenta y ocho horas hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio;

l) a pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de tres días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto con constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre los seguros vigentes;

m) *representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo con todas las facultades propias de su carácter de representante legal.*

Personería del administrador para estar en juicio por el Consorcio

Es de destacar lo establecido en el inciso m) del artículo 2067: concluye con las divergencias relativas a la personería del Administrador para estar en juicio por el Consorcio (sea éste actor o demandado).

Para intervenir en juicio en calidad de representante legal del Consorcio en todas las gestiones judiciales, le bastará con acreditar su designación como Administrador con el Reglamento y acta de asamblea que ratifica el nombramiento o que lo designa según cada caso.⁵⁷

15. Subconsorcios: concepto y funcionamiento

El CCCN contempla la existencia de subconsorcios en edificios cuya estructura o naturaleza lo tornen conveniente.

Antes de la entrada en vigencia del Código en los complejos compuestos por dos o más "torres" y en los clubes de campo y barrios cerrados sujetos a propiedad horizontal, los subconsorcios eran incluidos en los Reglamentos de propiedad horizontal por voluntad de los propietarios, en condiciones que coinciden con las expresadas en el CCCN.

⁵⁷ Ello, naturalmente, sin perjuicio de que normas procesales exijan la actuación a través de profesionales.

En el artículo 2068 se contempla:

Sectores con independencia. En edificios cuya estructura o naturaleza lo hagan conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede prever la existencia de sectores con independencia económica, funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general.

Cada sector 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.

Reiteramos que es de lamentar que se haya omitido una regulación especial de edificios de pocas unidades, considerando que no parece acertado que se les aplique sin más muchas de las normas analizadas.⁵⁸

16. Extinción de la propiedad horizontal. Desafectación del régimen

Este derecho real tiene causas propias de extinción y otras comunes con los de los demás derechos reales.

Los modos de extinción relativa del dominio que se aplican a la propiedad horizontal son: la prescripción, el abandono, la enajenación, la transmisión judicial en sus variantes.

Son causas propias de extinción de la propiedad horizontal el grave deterioro o destrucción del edificio, la consolidación o confusión.

⁵⁸ En el Proyecto de Reforma, Ley 13.512, del año 1992, sí se hallan contempladas estas situaciones al expresarse que "A los conjuntos habitacionales de menos de seis unidades, que se desarrollen en no más de dos plantas, no le son aplicables obligatoriamente en lo pertinente las disposiciones de los artículos 8° y 29 al 42. En tal caso la afectación del edificio al régimen de esta ley se establece mediante escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la cual el titular o titulares del dominio del inmueble expresen su voluntad de someterlo al mismo y que debe contener las especificaciones previstas para el reglamento de propiedad y administración en los incisos a) al f) del artículo 29 de esta ley. A dichos conjuntos habitacionales les son aplicables supletoriamente las normas del condominio del título VII del libro III del C.C. Compatibles con este régimen" (artículo 43).

El artículo 2055 del CCCN contempla el caso de grave deterioro o destrucción del edificio, al que ya nos hemos referido y que puede conducir a la extinción de la propiedad horizontal.

Confusión

Puede presentarse el caso de que una sola persona venga a ser propietario de la totalidad de las unidades; en ese supuesto se extinguirá por confusión el derecho de propiedad horizontal.

Pero, para que se produzca la desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, será menester que el único propietario vuelque su voluntad en tal sentido en una escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.⁵⁹

En el supuesto de que no se instrumente la desafectación, el edificio seguirá afectado al régimen de propiedad horizontal, pero en el denominado "estado de propiedad horizontal", de modo que el Reglamento inscripto tendrá una vida latente y recobrará todo su vigor al enajenarse una, varias o todas las unidades a distintas personas.

En otras palabras, el único propietario de todas las unidades podría enajenarlas sobre la base del mismo plano y del mismo Reglamento.

En los supuestos de confusión y de desafectación voluntaria se modifica el estado jurídico del inmueble sin que se alteren las condiciones materiales.

Desafectación voluntaria

La desafectación del derecho de propiedad horizontal opera como consecuencia de la extinción del derecho por las causas mencionadas.

También puede ocurrir la desafectación voluntaria por acuerdo de los propietarios titulares de las unidades funcionales del edificio.

La resolución de la desafectación del inmueble de la propiedad horizontal en el caso en análisis determina la constitución del derecho de condominio entre los antes titulares del derecho de propiedad horizontal.

Es menester la resolución en asamblea o sin ella –si concurre el supuesto del artículo 2058, último párrafo–, en decisión adoptada por *unanimidad*.

⁵⁹ Una copia de la escritura pública de desafectación deberá presentarse a la Dirección de Catastro, para dejar sin efecto el plano de división en propiedad horizontal.

Debe instrumentarse por escritura pública de desafectación, o puede ocurrir por resolución judicial.

La inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria para su oponibilidad a terceros interesados.

El artículo 2044, en su último párrafo, contempla precisamente la extinción de la personalidad del consorcio de propietarios por la desafectación del régimen de propiedad horizontal.

17. Prehorizontalidad. Obligatoriedad de la contratación de seguros. Casos excluidos

17.1. Prehorizontalidad

El sistema un tanto complicado y costoso de la ley 19.724 y su complementaria, la n° 20.276, relativa a exclusiones de dicho sistema, (ambas derogadas por la ley 26.994, de sanción del Código Civil) se sustituye por un régimen de seguro obligatorio, al que quedarán sujetos los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal (artículo 2070).

El CCCN dispone 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 a 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 (artículo 2071).

17.2. Exclusiones

En el artículo 2072 se prevén las exclusiones al régimen

- a) aquéllos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas; b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado; c) los concernientes a construcciones

realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos

Tiempo Compartido. Cementerios privados. Sepulcros

7

1. Introducción

Bajo la designación genérica de conjuntos inmobiliarios se comprende usualmente a los “clubes de campo” (*countries*) y barrios cerrados o privados, a los centros de compras, a los parques industriales, al llamado “tiempo compartido” y a los cementerios privados, todos con un denominador común: la incidencia del derecho público, la privatización de los servicios públicos, la fuerte interrelación personal y la necesaria intervención de mecanismos del propio conjunto para satisfacer las principales necesidades y cubrir intereses del grupo.

Desde el derecho público, son formas de ordenar el suelo llevadas a cabo por particulares que asumen la responsabilidad de desarrollar un plan en determinada área. A su respecto el desarrollador urbano desempeña un papel fundamental: con la licencia administrativa correspondiente para el desarrollo inmobiliario, ejecuta las obras de infraestructura y se compromete a la prestación de servicios en cumplimiento de las normas municipales y provinciales.¹

Desde los particulares, el fenómeno satisface distintos fines según las características del emprendimiento –así, en algunos es la

¹ El proceso de Ordenamiento Ambiental Territorial debe tener en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, culturales y ecológicos de la realidad local, que deberán asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizando la mínima degradación y desaprovechamiento, y promover la participación social en las decisiones fundamentales del derecho sustentable.

seguridad y la economía de gastos, en otros la necesidad del hombre de socializarse, en algunos los de recreación, en otros la coparticipación de logística, etcétera—.

Debemos recordar que a los clubes de campo y barrios privados residenciales (también denominados “urbanizaciones privadas residenciales”, especialmente en la doctrina española) se los designa y caracteriza por contar con un área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o a construirse) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de viviendas y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales, la que reposa en cabeza de la urbanización y es comunitaria.

En cuanto a los parques industriales y los centros de compras, tienen elementos comunes con los clubes de campo, barrios cerrados o de chacras, y se distinguen de aquéllos por el destino, industrial en los primeros y comercial en los segundos, y por la diferente clase de infraestructura y de equipamiento de las áreas comunes y los servicios que se prestan y también por su regulación desde la óptica del Derecho público.

La proliferación de este tipo de emprendimientos inmobiliarios nos convenció hace tiempo de que resultaba pertinente —más bien indispensable, porque ello entronca con la seguridad jurídica— que el legislador nacional regulara de una buena vez su régimen jurídico —cualquiera que fuera el adoptado—, ya que un sinnúmero de vínculos tienen origen en estas organizaciones, vínculos que se mueven en la órbita de los derechos patrimoniales, con incidencia en el derecho de propiedad, materias éstas de resorte del legislador nacional (arg. artículo 75, inciso 12, CN); sin obviar, desde luego, el entramado de relaciones sujetas al Derecho público, especialmente al Urbanístico, reservado en nuestro ordenamiento a la órbita local (provincial y aun municipal), apareciendo también implicados el derecho del consumidor y el derecho ambiental.

Si se ubica a los conjuntos inmobiliarios en el ámbito de los derechos personales, la autonomía de la voluntad que campea a su

respecto permitirá adoptar una regulación más elástica. No sucede así si se los encuadra en el marco de los derechos reales. Ello porque en el CCCN el orden público gravita en la determinación de cuáles son los derechos reales, da un nombre y una configuración de su esencia y contenido; el titular tiene una relación directa e inmediata con la cosa, oponibilidad *erga omnes*; y en caso de violación la ley le otorga las acciones reales y las ventajas inherentes del *ius preferendi*, el *ius persequendi*.

Recordemos que nuestro régimen legal impide al individuo crear derechos reales con arreglo a su voluntad, lo cual supone una seria limitación de los cauces jurídicos a disposición de los particulares, o sea una importantísima restricción a la libre disposición jurídica. Las normas que hacen a la esencia del derecho real, que llamamos estatutarias, son de orden público (artículos 1882 al 1887 CCCN).

2. Encuadre jurídico de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigor del Código nuevo

2.1. Clubes de campo, barrios cerrados, barrio de chacras, parques industriales, tiempo compartido, cementerios privados y urbanizaciones afines

La falta de respuesta del legislador nacional derivó en que las Provincias, en ejercicio del poder de policía urbanística que las asiste, hayan ido legislando a fin de brindar un marco legal a esta imparable realidad, en la que están comprometidos tanto los intereses públicos —especialmente los de la comunidad en que aquellas se asientan— como los de los particulares que adquieren derechos al respecto.

La creación y el funcionamiento de un emprendimiento urbanístico privado conlleva una compleja red patrimonial que es necesario enmarcar jurídicamente, pues al respecto entran a jugar —como hemos dicho— no sólo preceptos del derecho urbanístico, sino también del derecho ambiental, del derecho de defensa del consumidor, del derecho de las obligaciones y los contratos, de los derechos reales, etcétera.

La carencia de un régimen de fondo que las contenga hasta la entrada en vigor del CCCN (ley 26.994) ha provocado múltiples problemas, aunque en general no han llegado a los tribunales y se

han ido solucionando con buena voluntad e ingenio, en aras del espíritu de buena convivencia y el deseo de todos de mantener vigente la correspondiente estructura.

Es que, si bien es cierto que a la constitución de estos complejos concurre en la primera etapa predominantemente el interés público –que las jurisdicciones locales se van preocupando por atender legislativamente en mayor o menor medida–, una segunda etapa nos muestra una multiplicidad de relaciones jurídicas generadas por la convivencia de diferentes titulares de parcelas dentro de la urbanización, que utilizan zonas y servicios comunes, relaciones respecto de las cuales pasa a primer plano el interés privado, que necesitaba de una normativa que las regule, porque es constitucionalmente el ámbito donde debe tratarse el tema, ya que involucra el derecho de propiedad y el de las obligaciones, órbita de competencia del legislador nacional (artículo 75, inciso 12, CN).

El emprendedor se erige en referente obligado y debe obtener la licencia correspondiente para el desarrollo inmobiliario, asumiendo la ejecución de las obras de infraestructura y servicios en cumplimiento de las disposiciones legales, provinciales y municipales. En cuanto tal, él es quien debe asumir y garantizar la prestación de los servicios esenciales (agua, energía eléctrica, cloacas, eliminación de residuos, etc.), el tratamiento de las vías de circulación internas y accesos y la forestación que le sea requerida por las normas específicas locales.²

Antes de la entrada en vigor del nuevo Código, corrientemente la subdivisión de suelo se hacía por parcelamiento o loteo o por la vía de la propiedad horizontal. Y a partir de la división del suelo, el encuadre jurídico era resuelto por los emprendedores o desarrollistas de acuerdo a las necesidades de cada conjunto inmobiliario. El derecho concedido a los adquirentes podía ser de naturaleza real o personal, o ambas conjuntamente, y en todos los casos con los elementos propios del tipo elegido. Las ventajas y las seguridades que confiere el derecho real son superiores a las que otorga el derecho personal, ya que, en principio, se minimizan los riesgos de la inversión.

La figura de la propiedad horizontal parece ser la que mejor responde a los interrogantes que originan los clubes de campo, los

barrios cerrados y similares. Distintas ventajas fueron señaladas por la doctrina, entre ellas la inescindibilidad entre partes privativas y comunes, la existencia de un administrador, el cobro por vía ejecutiva y privilegio de la deuda de expensas, el régimen de las asambleas, la responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio y el cerramiento. Aunque también presenta inconvenientes: en la ley 13.512 el inmueble debía estar edificado y el terreno era –todo él– cosa necesariamente común (extremos que no parecen compadecerse con estos conjuntos).

Otra figura adoptada, especialmente en la provincia de Buenos Aires, fue la combinación de derechos reales y personales, o sea el derecho de dominio de parcelas destinadas a vivienda y la existencia de una entidad propietaria de parcelas comunes, con el derecho real de servidumbres. La entidad jurídica, titular del dominio de las áreas recreativas o de esparcimiento y de los espacios circulatorios internos, a la que se incorporan como socios los propietarios de las parcelas residenciales, es responsable de la prestación de los servicios generales. La cuestión de la inescindibilidad quedaba resuelta por la constitución de derechos reales de servidumbres recíprocas o “cruzadas”,³ y la del cerramiento, según la normativa provincial que establece que las vías de circulación son de titularidad de la entidad. Sobre la base del plano de parcelamiento, se enajenan a la entidad jurídica las parcelas con destino al uso común y accede al registro la escritura con el negocio causal de transmisión de dominio y constitución de servidumbres cruzadas. También podían constituirse las servidumbres en forma simultánea con la enajenación de las parcelas.

Al respecto en la Provincia de Buenos Aires, el decreto 9.404/86 –reglamentario de la ley 8.912 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo– regula los clubes de campo y los barrios cerrados según

³ Así llamadas porque, por ejemplo, en la servidumbre de uso de las vías de acceso y de circulación interna, de propiedad del Conjunto, éstas constituyen el fundo sirviente; siendo los fondos dominantes cada una de las parcelas pertenecientes a los distintos propietarios. A su vez, en las limitaciones a la edificación instrumentadas por vía de servidumbres, el fundo dominante son las áreas de la entidad (vías de ingreso, y de circulación interna y áreas recreativas) y los sirvientes las distintas parcelas. Se “cruzan” o “son recíprocos” los roles de fundo dominante y sirviente.

² Cf. Ley 8.912 de la Pcia. de Buenos Aires, artículos 65 y ss.

el artículo 10 del decreto 27/98 y la ley 13.744 que legisla sobre parques industriales en la provincia de Buenos Aires.

También se utilizó la combinación del derecho de dominio sobre los lotes individuales con el de condominio de indivisión forzosa en las áreas comunes o destinadas al uso común, con sustento en la previsión del artículo 2710, Código Civil. Otra modalidad propuesta era la utilización de una persona jurídica propietaria única del complejo y la titularidad de acciones o cuota partes que asignan el derecho de uso y goce sobre los lotes con destino a vivienda y las áreas de uso común.

2.2. Los conjuntos inmobiliarios y la protección del consumidor

Resulta asimismo importante hacer hincapié en la figura del consumidor, tan comprometido en estos emprendimientos.

En el derecho de fondo la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, y con mayor profundidad por la ley 26.361, se ocupaba de estos complejos, máxime teniendo en cuenta que los contratos de adquisición de las unidades o parcelas residenciales se celebran corrientemente por adhesión. Así es que el artículo 1 de la actual ley 24.240 –de Defensa del Consumidor–, según la modificación introducida por la ley 26.361, establecía que “queda comprendida (en el régimen de la ley) la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

Empero, el Anexo 2, como parte de las “Normas Complementarias” de la ley 26.994 de sanción del nuevo Código, sustituye el artículo 1 de la ley 24.240 por el que dice:

Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Ahora bien, respecto del tiempo compartido y los cementerios privados, el CCCN consagra expresamente, en sendos artículos, su

sumisión a las normas tuitivas que regulan la relación de consumo “previstas en este Código y en las leyes especiales” (artículos 2100 y 2111).

La ausencia de una norma semejante respecto de los conjuntos inmobiliarios, que denominamos propiamente dichos ¿podría interpretarse como deliberada?

No parece ésta una conclusión plausible. Sobre todo atendiendo a que, como se mantiene el criterio de considerar consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y se establece que queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (conf. artículo 1º de la ley 24.240, modificado según la nueva normativa), la situación de los conjuntos inmobiliarios podrá ser encuadrada en la protección dispensada a los consumidores, aun cuando ésta no se contemple específica y expresamente para los conjuntos inmobiliarios.

3. Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 1887 enumera entre los derechos reales, separadamente, a “los conjuntos inmobiliarios” (inciso d); al “tiempo compartido” (inciso e) y al “cementerio privado” (inciso f).

Mas el Título 6 aparece dedicado a los “Conjuntos inmobiliarios” (en general) y, dentro de este Título, el Capítulo 1 regula a los “Conjuntos inmobiliarios” (artículos 2073 al 2086 inclusive), el Capítulo 2 al Tiempo Compartido y el Capítulo 3 a los Cementerios Privados.

Por eso es que a los Conjuntos Inmobiliarios regulados en los artículos 2073 al 2086, los hemos llamado “Conjuntos Inmobiliarios Propiamente Dichos”, para separarlos de los regulados en los otros dos Capítulos del Título 6 Tiempo Compartido y Cementerios Privados.

1. Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos

Bajo la designación de “conjuntos inmobiliarios” que denominamos “propiamente dichos”, el Código cubre a *los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos o cualquier otro emprendimiento urbanístico interdependientemente del destino de vivienda permanente o temporal, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales* (artículo 2073).

1. Generalidades

La ley 26.994 regula los conjuntos inmobiliarios “propiamente dichos” en los artículos 2073 a 2086. La figura se caracteriza como derecho real autónomo, ya que se la enumera como *derecho real* en el artículo 1887 inciso d); cabe calificarlo, en su contexto, como derecho real principal (artículo 1889), sobre cosa total o parcialmente propia (artículo 1888), y que se ejerce por la posesión (artículo 1891).⁴

Son *elementos característicos* de estos conjuntos, según el artículo 2074: el cerramiento, las partes comunes y privativas, el estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, el reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, la obligación de contribuir con los gastos y contribuciones para el mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario y la entidad con personería (*rectius* “personalidad”) 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 artículo 2075 deriva a las jurisdicciones locales los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y de-

más elementos privatísticos y, concordemente, el artículo 2079 enfatiza que “la localización de los conjuntos inmobiliarios dependerá de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables”.⁵

Los límites perimetrales del conjunto inmobiliario y el control de acceso a él *podrán* materializarse (es decir, traducirse físicamente) mediante cerramientos perimetrales, con sujeción a cuanto establezcan las reglamentaciones provinciales o municipales, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad (artículo 2078).⁶

El *cerramiento físico* permite al propietario definir y materializar más intensamente los límites de su heredad, de la cual hace una propiedad cerrada. Ello, en armonía con el carácter exclusivo que se asigna al dominio en el artículo 1943 y con la facultad de exclusión consagrada en su artículo 1944, la que autoriza al dueño a excluir a extraños del uso, goce o disposición de la cosa y a encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales. El cerramiento perimetral, precisamente, posibilita brindar la seguridad y la prestación de los servicios que busca quien adquiere dentro del complejo.

El “conjunto inmobiliario” —a través de su órgano respectivo— tiene entonces facultad para custodiar y controlar el ingreso a su ámbito y eventualmente impedirlo salvo autorización del propietario; también para determinar horario y días de acceso de proveedores y de quienes trabajan dentro del complejo (jardineros, personal doméstico, plomeros, electricistas, etc.) y, asimismo, controlar su ingreso y egreso, facultades que también le competen respecto de los propietarios, familiares y visitantes.

Es claro que este control, ejercido por las autoridades respectivas del conjunto inmobiliario, no puede impedir la actuación de las autoridades públicas en el interior de éste en los casos que sea

⁵ Estas disposiciones son lógicas, toda vez que se trata del uso del suelo y la urbanización de dichas jurisdicciones provinciales, campo reservado a la normativa local.

⁶ Así, en la Pcia. de Buenos Aires, la ley 8.912 —de ordenamiento territorial y uso del suelo— y su decreto reglamentario (dec. 9404/86) autorizan el cerramiento en los clubes de campo (artículo 67). También lo autoriza la ley 27 de esa Provincia para los barrios cerrados, cuyo artículo 3, inciso f), dispone que “el cerramiento del perímetro deberá ser transparente y tratado de manera que no configure para el entorno un hecho inseguro, quedando expresamente prohibida su ejecución mediante muro, aun en condiciones de retiro respecto de la línea municipal”.

⁴ Alterini, J. H., “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *La Ley*, 4.9.2012.

menester; es decir, que el poder público puede ejercer aun dentro del complejo las facultades propias de todas las manifestaciones del poder de policía (y no solo del urbanístico), tal como puede hacerlo con cualquier propiedad privada, de acuerdo a sus modalidades y limitaciones.⁷

Cabe señalar que las normas relativas a características (artículo 2074), zonas autorizadas, localización, límites perimetrales y demás elementos urbanísticos (artículo 2075, párrafo primero, y artículo 2079), resultarán jugar cualquiera sea el marco legal escogido por el emprendedor.

2. Marco legal

En orden al 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, según ya hemos puesto de manifiesto.

Y no podía ser de otro modo, ya que –según también ya lo dejamos escrito– los conjuntos inmobiliarios son formas de ordenar el suelo llevadas a cabo por particulares que asumen la responsabilidad de desarrollar un plan con fines específicos y determinados para determinada área urbana, suburbana o rural. Y repetimos que la división y uso del suelo y lo relativo al planeamiento y urbanismo son materias reservadas a la legislación local.⁸

2.1. Derecho de Propiedad horizontal especial

El CCCN preceptúa en el artículo 2075, segundo y tercer párrafos:

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 coexisten derechos reales y derechos personales *se deben adecuar* a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

O sea que, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código, los nuevos conjuntos inmobiliarios del Título 6 capítulo 1 que se creen *se deberán organizar exclusivamente en la órbita de los derechos reales, y es más, sometidos a la normativa del derecho de propiedad horizontal con las modificaciones del capítulo 1 del Título 6, del Libro 4.*

El artículo 2075 lo caracteriza como “derecho real de propiedad horizontal especial”. En consecuencia *el emprendedor está consuetudinario a sujetarse al derecho de propiedad horizontal especial, y no podrá organizar su emprendimiento con arreglo al régimen de los derechos personales o a uno en el que coexistan derechos reales.*

Y es un derecho de propiedad horizontal *especial* porque, a diferencia del régimen de la propiedad horizontal común: a) el nuevo

⁷ Así, el artículo 67 de la ley 8.912 de la provincia de Buenos Aires –Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo– dispone que “en todos los casos, se garantizará que los organismos públicos en el ejercicio de su poder de policía tengan libre acceso a las vías de circulación internas y control sobre los servicios comunes”. En ese orden, se resolvió rechazar el pedido de nulidad de un procedimiento policial en el cual las fuerzas del orden habían ingresado a un barrio privado y requisado un automóvil que se encontraba en su interior sin orden judicial, argumentando la facultad de los organismos públicos, en el ejercicio de su poder de policía, de acceder libremente a las vías de circulación interna y controlar los servicios comunes con arreglo al artículo 67 de la ley 8.912 de la provincia de Buenos Aires y ponderando el consentimiento prestado por el servicio de vigilancia y por el representante de la administración del consorcio de propietarios para que la comitiva policial ingresara al barrio ya que el automóvil requisado no se encontraba en el interior de la vivienda del imputado, sino sobre la calle (es decir, en un lugar de acceso público): Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala B, causa N° 54.328 –Incidente de nulidad promovido por el Dr. Albino José Stefanolo en Causa n° 4681 “Hermosa, Leandro Ariel; Deppe, Sergio Maximiliano; Riva, Mariano Martín; Gil, Diego Gonzalo; Riva, Fernando Hernán s/ av. de contrabando”– de fecha 31.05.2006. Y el mismo razonamiento resulta aplicable –*mutatis mutandi*– respecto de las diligencias judiciales que deban practicarse a residentes de estos complejos (notificaciones, embargos, etc.), debiendo constar en los documentos sobre cuya base se las practique la autorización para que los funcionarios encargados de ejecutarlas soliciten el auxilio de la fuerza pública y el allanamiento de domicilio en caso de resistencia (cf. arg. artículo 214, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; artículo 214, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires).

⁸ Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “SA Río Belén c/ Pcia. Buenos Aires”, sentencia del 7.8.1970, Fallos: 277:313 y causa “Mar de Ostende c/ Prov. de Buenos Aires”, sentencia del 27.2.1997, Fallos: 320: 222.

Código dispone que las unidades privativas *pueden hallarse construidas o en proceso de construcción* (artículo 2077); b) porque se determina que sólo “son necesariamente comunes 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” (artículo 2076); y c) y porque se da cabida al derecho de admisión al regular la “transmisión de unidades” en el artículo 2085.

El marco legal de estos conjuntos será entonces el determinado en este Capítulo 1 del Libro 6 y, *en lo no previsto*, serán de aplicación las disposiciones relativas a la propiedad horizontal “común” (Título 5 del Libro Cuarto).

A los conjuntos preexistentes organizados, con anterioridad de la sanción de la ley 26.994, con arreglo a un marco distinto al impuesto por el Código, nos referiremos con detalle más adelante.

2.2. Cosas y partes necesariamente comunes

Las *áreas comunes recreativas y sociales*, en los conjuntos inmobiliarios, se destinan para el uso y goce de los propietarios de las unidades privativas, quienes deben respetar su destino y ajustarse a la reglamentación particular de cada conjunto, apareciendo comúnmente restringido el acceso a sus invitados y a no propietarios usuarios.

Las *vías de circulación interna*, en cambio, pueden ser utilizadas por propietarios, invitados y demás autorizados por aquéllos o por el propio complejo.

El área común de esparcimiento no puede ser modificada ni subdividirse ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyan el área privada, ya que se supone que el vínculo jurídico que afecta a los inmuebles privados y comunes se endereza a conformar un todo indivisible.

El artículo 2076 dice:

Son 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.

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se considerarán comunes.

Se observa cómo, de este modo, se compatibiliza la posibilidad de que las parcelas puedan ser privativas con la existencia de un derecho real de propiedad horizontal (bien que lo califica como un “derecho real de propiedad horizontal especial”), siendo que en la *propiedad horizontal común* o “*propriadamente dicha*” el terreno es una cosa necesariamente común (artículo 2041, inciso a).

Se elimina así una de las objeciones que se formulara a la viabilidad del sometimiento de estos complejos al régimen de la ley 13.512.

3. Ejercicio del uso y goce de partes comunes por terceros cesionarios, invitados, o usuarios no propietarios

En el artículo 2082, que regula la cuestión de la *cesión temporal del uso y goce de la unidad por parte del propietario*, se establece que:

El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer 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.

Esta norma se vincula con las cesiones temporarias de uso y goce de la unidad funcional por el propietario a terceros, por ejemplo, a través de contratos de locación, comodato, constitución de usufructo, uso, habitación.

Por su parte, el artículo 2083 dice:

Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. 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. 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* [el resaltado es nuestro].⁹ Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario”.

4. Cosas y partes privativas

El artículo 2077 dice:

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.

Esta regulación también pone de relieve que nos enfrentamos a un “derecho real de propiedad horizontal especial”, ya que autoriza la titularidad privativa de porciones del terreno (parcelas o unidades funcionales) y, además, que esas porciones no estén edificadas, extremos éstos inaceptables en la propiedad horizontal común [artículos 2037 y 2041, inciso a) del CCC].

En resumen, ciertas partes del terreno podrán ser privativas y las partes privativas podrán estar construidas o en construcción. Y, en función de lo dispuesto en el artículo 2080, nada impedirá prever en el respectivo Reglamento la imposibilidad de subdividir las parcelas y el deber de darles un destino determinado (por ejemplo, vivienda unifamiliar).

⁹ Se vincula ello con las llamadas “membresías” que suelen concederse a no propietarios, a fin de que puedan utilizar las cosas comunes (ej.: canchas de golf, piletas de natación, gimnasios, etc.). *Reparar en el alcance de derecho personal e intuitu personae de este derecho, no cesible ni transmisible, ni por actos entre vivos ni mortis causa.*

5. Facultades y obligaciones de los propietarios

Según el artículo 2078:

Facultades y obligaciones de los propietarios: 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 horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

6. Limitaciones y restricciones reglamentarias (artículo 2080). Sanciones (artículo 2086)

Las sociedades modernas, en contraste con las primitivas, dependen en gran parte de las organizaciones¹⁰ como forma de agrupación social, coordinando gran número de conductas humanas. Las organizaciones, grupos humanos, unidades sociales o agrupaciones son instrumentos sociales que combinan recursos humanos.

Para que se desarrolle, una organización debe cumplir con ciertos requisitos funcionales. Max Weber ha influido sobremanera en el tema. El autor alemán trata el conflicto de la participación en la organización, el juego entre el poder de control y la capacidad de legitimar su uso, concretamente cómo controlar a los participantes de manera que se eleve al máximo la efectividad y la eficiencia y se reduzca al mínimo la insatisfacción que produce esta misma necesidad de control.

Resulta fundamental que los participantes acepten sus reglas con el fin de que funcionen efectivamente. Potencialmente, todo hombre es libre de elegir ingresar o no a una organización pero, una vez que ingresa, debe respetar las normas que la rigen.

Claro que el hecho de asociarse por parte de determinados individuos trae como consecuencia necesaria limitaciones de las facultades individuales, una renuncia parcial respecto de los bienes y las actividades propias, renuncia parcial de ciertos derechos o potesta-

¹⁰ Las organizaciones no son una invención moderna, los faraones y los emperadores chinos las usaron en sus tiempos.

des, produciéndose un incremento de las facultades del grupo en todo aquello que se refiera al fin para el cual aunaron sus voluntades.

El Código reconoce la facultad de establecer en el "Reglamento de propiedad horizontal" limitaciones y restricciones al dominio de los particulares dentro del conjunto. En ese sentido, el artículo 2080 se refiere a "Limitaciones y restricciones reglamentarias" y establece que:

De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal 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 transcripta 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.

Como se delega en el Reglamento del conjunto inmobiliario la posibilidad de fijar restricciones al dominio de sus integrantes ("a los dominios particulares"), se diluye la crítica de la que hoy son pasibles esos cuerpos normativos en ese aspecto, ya que los límites al dominio, como principio, sólo pueden tener origen legal.

Y es para su oponibilidad a los sucesores singulares que se obliga a que tales restricciones reglamentarias sean transcriptas en "las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial", y se proclama que

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.

6.1. Poder disciplinario de los conjuntos inmobiliarios

Cabe definir a la disciplina como la sujeción de una persona o comunidad a normas de conducta establecidas. La *disciplina* es, en pocas palabras, la subordinación voluntaria a una autoridad, desde que ésta tiene el deber de imponer armonía y paz al grupo,

exigiendo y formando una conciencia de obediencia. Jurídicamente es la sumisión a un reglamento, pero sumisión espontánea, nacida de la convicción de su necesidad y prestada de buen grado en tanto el grupo oriente su acción hacia la finalidad que se propuso. Y el *poder disciplinario* (o poder correctivo) no es sino el conjunto de atribuciones que competen a quien se halla en cada caso investido de ese poder para hacer efectivos los deberes de sus miembros en cuanto tales, plasmados en los respectivos estatutos.

En otra oportunidad nos hemos manifestado en favor de la facultad de los emprendimientos para fijar reglas disciplinarias y aplicar correctivos en caso de inobservancia. Ello es así en tanto la reunión de un determinado número de personas (a veces de un gran número) que conviven en un ámbito territorial limitado, aglutinados por el fin y el destino común del complejo —en el cual se han involucrado espontáneamente los adquirentes—, es prácticamente imposible que no suscite problemas derivados de la propia naturaleza humana, que no siempre se muestra proclive a sujetarse a principios de orden y conciliación.

A fin de evitar y componer dichos problemas se enderezan, precisamente, las normas de convivencia y disciplina que corrientemente establecen los complejos en sus estatutos y reglamentos.¹¹ Y con ese fin, resulta indispensable que también se les reconozca la facultad de hacer cumplir efectivamente los deberes que sus miembros han asumido voluntariamente al incorporarse al sistema, imponiendo sanciones a los infractores. Porque esto hace a la esencia misma de la organización y a su perdurabilidad, a lo que cabe añadir que la existencia del poder disciplinario y su ejercicio constituyen asimismo un medio de disuasión para los otros integrantes del complejo. Sobre el tema puede servir de guía la rica jurisprudencia y doctrina elaborada en torno al poder disciplinario de las asociaciones.

Es claro que las previsiones reglamentarias y el ejercicio del poder disciplinario han de encuadrarse en un marco de *razonabilidad*, asegurando plenamente a los presuntos infractores el *derecho de defensa* y quedando abierta la *vía interna* y *hasta la judicial* —aun cuando esta última no estuviera específicamente prevista en los

¹¹ Por ej., fijación de un límite máximo a la velocidad de circulación por las calles internas, etcétera.

estatutos o en los reglamentos— para remediar abusos, arbitrariedades y excesos.

Cabe señalar y ponderar que no se trata del ejercicio de una “justicia privada”, justamente por la posibilidad del sancionado de reclamar que los jueces dejen sin efecto el correctivo, de manera que a la postre serán éstos los que juzgarán acerca de su procedencia. Y si no se recurre a la justicia, será porque el sancionado está de acuerdo con serlo.

Por su parte, el artículo 2086 legitima el poder disciplinario de los conjuntos al disponer lo siguiente:

Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento.

Desde luego que, como hemos dicho, las disposiciones tendrán que moverse dentro de los andariveles de la razonabilidad.

En cuanto a las sanciones que podrán ser aplicadas, la ley no se refiere puntualmente a ninguna y se remite a las previsiones reglamentarias, con lo que resultará aplicable la doctrina y la jurisprudencia ya elaborada al respecto sobre la materia.¹²

En su virtud es que recalamos la importancia y el cuidado requeridos en la redacción del Reglamento de cada complejo y su profundizado estudio, para que sus cláusulas permitan la resolución de los conflictos que pudieran ser planteados.

6.2. Ejercicio del uso y goce de partes comunes por terceros usuarios no propietarios

El artículo 2083 del CCC, en su segundo párrafo dice:

El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre

¹² Las sanciones podrán consistir en llamado de atención, apercibimiento, suspensión en el uso de instalaciones y áreas deportivas y sociales, multas, etc. Sumamente discutida es la sanción de expulsión.

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.

Como dijimos anteriormente, se delega en el Reglamento del conjunto inmobiliario el régimen de invitados y la admisión de usuarios no propietarios.

En consecuencia se fijan los límites no sólo a los propietarios y sucesores, sino a las personas que integran el grupo familiar, a los invitados y a usuarios no propietarios, mediante cláusulas del Reglamento, decididamente relevantes ya que hacen al ejercicio del derecho de los propietarios.

La norma en análisis determina que *la admisión de usuarios no propietarios de los bienes que integran el conjunto será con las características y bajo las condiciones que a tal efecto dicte el consorcio de propietarios*.

Y agrega, cuando se refiere al uso por terceras personas, que “...*puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente*”.

En las condiciones enunciadas, el Reglamento determinará las condiciones del derecho de utilización de las partes comunes del conjunto por parte de los no propietarios y *si ese uso es pleno, parcial o limitado, temporario o permanente*, así como las contribuciones y aranceles que han de abonar.

El artículo 2083 también establece que el uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas

es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos o *mortis causa*.

En nuestra opinión, se trata ésta de una prescripción supletoria —no imperativa—, por no advertirse en absoluto razones que lleven a coartar el juego de la autonomía de la voluntad en la materia (arg artículos 958 y 962 CCCN) y, por consiguiente, a no admitir que en el Reglamento se establezca prescripciones diferentes al respecto.

Entendemos que ésta es la interpretación más valiosa, ya que al quedar obligados los usuarios no propietarios al pago de contribuciones y aranceles que se determine en la normativa interna, contribuirán al mantenimiento de áreas de costoso sostén, como por

ejemplo, el campo de golf, el área hípica, de polo, etc., en los clubes de campo, y las áreas de logística en los conjuntos comerciales e industriales, aliviando de este modo la carga que pesa sobre los propietarios al respecto.

Éstas cláusulas reglamentarias además deben ser transcriptas en “las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial” (artículo 2080 CCC), cabiendo resaltar que “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” (último párrafo del artículo 2080 CCC).

7. Gastos y contribuciones

El artículo 2081 dice:

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.

Los gastos y contribuciones son denominados corrientemente “expensas” o “expensas comunes” y bajo esa denominación se comprenden: a) las erogaciones de mantenimiento, administración y conservación de las cosas de uso común (principalmente vías de circulación interna y áreas recreativas, pero también otros bienes, etc.); b) las que genere la realización de obras nuevas dispuestas conforme al reglamento; y c) los gastos derivados de la prestación de los servicios comunes (recolección de residuos, vigilancia, etcétera).

No es necesario argumentar demasiado para comprender la repercusión que tiene, en orden al desenvolvimiento pacífico y eficaz de las urbanizaciones, el pago puntual por sus integrantes de los aportes necesarios para solventar tales gastos, y la necesidad de prohiar interpretaciones que brinden las herramientas idóneas

para asegurar y facilitar su percepción, toda vez que resulta evidente que la falta de cumplimiento oportuno de aquellas cargas resulta susceptible de trastornar e, incluso, poner en peligro la existencia misma del complejo.¹³

Las cláusulas por las cuales los adquirentes se obligan al mantenimiento del sistema mediante el pago de tasas y servicios son propias de estos complejos modernos y no parecen, como regla, desnaturalizar la esencia del derecho de propiedad de quienes participan en ellos.

Adquiere especial relevancia en estos casos la determinación precisa del régimen de contribución para el mantenimiento de los bienes comunes fijados en los estatutos o reglamentos mediante cláusulas que serán transcriptas en los títulos de adquisición del derecho.

No se dispone en el Código que el cobro de las expensas y contribuciones en los conjuntos inmobiliarios podrá ser reclamado por vía ejecutiva (sí se lo hace respecto de las expensas en el tiempo compartido –artículo 2098–). Si bien el inconveniente se diluirá, ya que el emprendimiento tendrá que someterse al régimen del “derecho real de propiedad horizontal especial”, por lo que, en orden a lo dispuesto en lo relativo al derecho de propiedad horizontal común en el artículo 2048, último párrafo, será considerado título ejecutivo el certificado de deuda por expensas y contribuciones expedido por el administrador.

En cuanto al privilegio del crédito por expensas, por imponerse la sujeción al régimen de la propiedad horizontal especial –y por carácter transitivo al de la propiedad horizontal común en cuanto no resulte incompatible–, no cabe dudar acerca de que las expensas tienen asegurado el privilegio especial que regula el artículo 2582, inciso a) del Código Único.

¹³ “En la hipótesis de que la mayoría de los propietarios de los lotes dejaran de abonar sus cuotas (relativas al mantenimiento de los bienes comunes), dejaría de existir el club de campo, cuya creación tuvieron en miras y quisieron todos los que se adhirieron a su proyecto común, como objetivo primordial de su compra del lote de propiedad individual”, del voto del Dr. Escuti Pizarro, J., CNCiv., Sala A, 2.6.89, causa “Mapuche Country Club c/ López de Marcetti, H”, LL-1990-C-375.

8. Servidumbres y otros derechos reales

El derecho de servidumbre es un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, que vincula exclusivamente a dos inmuebles: uno que se beneficia con la carga (fundo dominante) y otro que la soporta (fundo sirviente). En su virtud, el titular puede usar del inmueble gravado —servidumbres *in patiendo*— o impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad —servidumbres *non faciendo*— (artículo 2970 Código de Vélez).

El artículo 2162 del Código define a la servidumbre como “el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo”, y la regula en los artículos 2162 al 2183.

El derecho de servidumbre era utilizado en los clubes de campo, los barrios cerrados y demás conjuntos inmobiliarios fundamentalmente para asegurar la inescindibilidad entre las partes privativas y las cosas, sectores y partes comunes, que es una de las características del sistema que contemplan y exigen diversas normas locales.¹⁴ Ello a través de las denominadas “servidumbres cruzadas” o “servidumbres recíprocas” que, como hemos dicho, vinculan a ambos sectores, servidumbres en las que éstos desempeñan ora el papel de fundos dominantes, ora de fundos sirvientes.¹⁵

El Código recoge este criterio pero con otros fines, ya que a través de la propiedad horizontal especial ya está resuelta la inescindibilidad entre las partes propias y comunes. Tanto en el artículo 2080, donde se admite que el “reglamento de propiedad horizontal” establezca “servidumbres y restricciones a los dominios particulares”, como en el artículo 2084, según el cual

con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los

¹⁴ Así, el artículo 64, inciso d) de la ley 8.912 y el artículo 1º, inciso c) del dec. 9.404/86, ambos de la Pcia. de Buenos Aires.

¹⁵ Así, por ejemplo, las restricciones edilicias que se concretan mediante una servidumbre en la que el fundo dominante lo constituyen los sectores comunes y el sirviente cada una de las parcelas privativas. O la servidumbre que grava las vías de acceso y las de circulación interna propiedad del complejo con una servidumbre de paso a favor de cada una de las parcelas privativas.

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.¹⁶

Las servidumbres con “terceros conjuntos” podrán resultar útiles para lograr, por ejemplo, desagüe o drenaje de terrenos inundables, acceso a vías de comunicación más ventajosas, etcétera.

9. Transmisión de unidades: derecho de admisión

Bajo el título de “Transmisión de unidades” el artículo 2085 enfrenta el espinoso tema de la admisión, es decir, la posibilidad de que el conjunto (a través de las autoridades que se establezcan en sus normas estatutarias) controle el ingreso de nuevos adquirentes, fijando criterios acerca de la admisión de nuevos consorcistas.

Nos hemos pronunciado antes de ahora por la legitimidad del derecho de admisión, siempre que se mueva dentro de un marco de razonabilidad; mas justamente por ello, entendemos que la negativa de admisión de un nuevo miembro debe ser fundada, ya que, de lo contrario, no habría modo de saber si la resolución es injustificada, o discriminatoria o arbitraria, basada solo en la voluntad del órgano calificador, de modo de habilitar su eventual impugnación —por la vía estatutaria o aun judicial—.

Cabe advertir que, en los complejos preexistentes organizados bajo el imperio de la ley 13.512, el derecho de admisión respecto de los nuevos adquirentes de las unidades se visualizaba como de imposible aplicación en virtud del principio de *numerus clausus*, propio de nuestro sistema de derechos reales.

El Código Único no ha sido ajeno al problema puntualizado, y consagra el derecho de admisión dentro de este parámetro.

Así, leemos en la norma que:

¹⁶ Cabría meditar al respecto sobre si la decisión de constituir servidumbres debería ser calificada como “estatutaria”, requiriéndose en tal caso la unanimidad, más allá de lo que pudiera establecer el reglamento. Al respecto véase Mariani de Vidal, M., *Derechos reales*, op. cit., vol. 2, p. 284 y ss.

El reglamento de propiedad horizontal puede prever limitaciones pero no impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario, pudiendo establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

10. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes en el Código

Antes de la entrada en vigor del CCCN estos conjuntos han elegido la forma de asociación o la societaria, y en algunos estatutos organizativos el carácter de socio del club es independiente de la propiedad de la parcela; mientras que en otros el propietario de la parcela residencial tiene que ser socio de la entidad propietaria de las áreas comunes, con acceso a todas las actividades deportivas, o con acceso a algunas actividades deportivas –porque se restringe la práctica de determinados deportes como golf o equitación, que se le concede sólo a los propietarios que adquieren la membresía para el uso de esas instalaciones y su práctica–. También se suele optar por el régimen de propiedad horizontal; así como en otros se combina la titularidad del dominio de la parcela residencial con un condominio de indivisión forzosa de las áreas comunes. Y aún se observan hoy conjuntos inmobiliarios en los que sus integrantes sólo son titulares de un derecho personal, porque se organizaron a través de figuras societarias exclusivamente.

La realidad es, pues, hartamente compleja y el sometimiento a un régimen u otro se proyecta en las soluciones a los distintos problemas, que se manifiestan en una diversidad de aspectos, como las restricciones a la libre transferencia, el control de admisión mediante el ejercicio del derecho de preferencia a favor de la urbanización o de cualquiera de sus integrantes, la aplicación de sanciones disciplinarias y la responsabilidad por los gastos y las contribuciones del consorcio y/o de la entidad; temas sobre los que existe una rica jurisprudencia.

Estos conjuntos inmobiliarios actualmente organizados y en funcionamiento, a partir de la entrada en vigor del nuevo Código merecen el calificativo de conjuntos inmobiliarios *preexistentes*.

Y a su respecto el nuevo Código establece en el artículo 2075, último párrafo que

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.

Al hacerlo así se aparta de lo previsto en el Anteproyecto que le dio origen, que había entendido adecuado mantener la situación imperante y autorizar que el emprendedor resolviera el régimen legal al que los bienes quedarían sometidos, a fin de constituir o transmitir un derecho real o personal o ambos combinados.¹⁷ Con lo que quedaban legitimados los conjuntos ya existentes sujetos a los distintos regímenes a los que hemos hecho referencia.

Aquellos preceptos traducían una apreciación de la realidad de los emprendimientos más importantes desarrollados en nuestro país en las últimas décadas.

Las nuevas disposiciones, por el contrario, sólo permiten al emprendedor futuro sujetar el emprendimiento al régimen de la propiedad horizontal especial previsto en el Código –y a ningún otro–.

Pero, además, imponen a los conjuntos ya existentes la obligación de adecuar su marco legal a las previsiones normativas de lo que se denomina “propiedad horizontal especial”.

Ahora bien, los integrantes de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, para adecuarse al régimen de propiedad horizontal especial tendrán que decidirlo en su seno, de *total acuerdo* y con el concurso de las voluntades requeridas según el tipo de organización de que se trate en cada caso y observar todas las formalidades exigibles a ese fin.

Puntualizamos que podría pensarse que inclusive hasta quedarían incluidos en el deber de adecuación al régimen de “propiedad horizontal especial” los conjuntos inmobiliarios preexistentes organizados bajo el régimen de la ley 13.512. Esto último porque el

¹⁷ Como sería el previsto en la ley 8.912 (artículos 65 y ss.) y su decreto reglamentario n° 9404/86 (artículo 1°) de la Provincia de Buenos Aires –al que se hallan sometidos numerosos conjuntos inmobiliarios en la actualidad–, en el que coexisten diversos propietarios titulares exclusivos de las distintas parcelas y una entidad (asociación, sociedad anónima, etc.), integrada por los titulares de las parcelas privativas, entidad que es titular de las vías de acceso y circulación interna y de las áreas de esparcimiento y de uso común y que asume la prestación de los servicios comunes. La vinculación entre las partes privativas y las de la entidad se logra a través de “servidumbres cruzadas”, según lo explicamos en el texto.

marco legal al que deben adecuarse los preexistentes es el de *propiedad horizontal especial*, –con arreglo al segundo párrafo del artículo 2075–. Y lo relevante en el régimen de la *propiedad horizontal especial* –nuevo derecho real– es que son 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 horizontal que regula el emprendimiento (artículo 2076). Con lo que va dicho que no será común la porción del terreno constitutiva de la “unidad funcional privativa” (artículo 2077), lo que configura una modificación sustancial del régimen de la ley 13.512, obligando de este modo a la adecuación.

No obstante, podría sostenerse –con fundamento en la letra del último párrafo del artículo 2075– que los conjuntos preexistentes que hubieren adoptado el marco legal de la propiedad horizontal no estarían comprendidos en la obligación de adecuación, pues dicho párrafo no los menciona específicamente al decir:

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes *que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales* deben adecuarse a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

Y a esta altura nos preguntamos si no hubiera sido más adecuada una simple disposición que legitimara, desde el derecho de fondo, a los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos al amparo de los distintos regímenes que hemos mencionado a lo largo de este estudio, estableciendo que

los conjuntos inmobiliarios preexistentes se seguirán rigiendo por sus estatutos que hubieran sido sancionados de conformidad con disposiciones vigentes en el momento de su constitución.

Sobre todo teniendo en cuenta que esos estatutos, en su mayoría, satisfacen en gran medida las exigencias de las nuevas normas.

Además la norma no indica el plazo en que se debe cumplir con la adecuación, ni establece sanción por el incumplimiento. Tam-

poco determina el procedimiento que se deberá seguir a esos efectos, todo lo cual parece reclamar el dictado de una normativa especial que regule la adecuación, que se vislumbra como de prácticamente imposible instrumentación (inclusive para los Registros de la Propiedad Inmueble de cada jurisdicción).

Lamentamos que no se hayan contemplado debidamente, en forma meditada, los inconvenientes, trastornos y gastos que generará tal adecuación –cuya finalidad o necesidad sustancial no se advierte– puesto que están ya en funcionamiento innumerables conjuntos inmobiliarios en el país sujetos a un régimen de derechos personales o donde coexisten derechos reales y personales, respecto de los cuales, por no contarse con un encuadre jurídico en el derecho de fondo, los problemas que se han presentado van siendo resueltos por la doctrina y la jurisprudencia.

No tenemos dudas de que serán los jueces quienes –en defecto de sanción de la normativa especial a la que hicimos referencia–, seguirán aportando soluciones para estos conjuntos inmobiliarios preexistentes y que deberán ponderarse negativamente las vacilaciones, los inconvenientes y los altos costos que –reiteramos– generará la exigencia del último párrafo del artículo 2075 del nuevo Código.

Pero hay algo más y de enorme importancia: la exigencia de adecuación, impuesta por el artículo 2075, último párrafo, relativamente a los *conjuntos inmobiliarios preexistentes* a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (artículo 17, Constitución Nacional) e inclusive contraria a lo dispuesto por el artículo 7 del propio Código.

En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados –ni se puede obligar a sustituirlos por otros–, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. artículo 1884 del nuevo Código).

Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito

en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (artículo 17, Constitución Nacional; artículo 7 Código Civil y Comercial de la Nación). Y precisamente, los altos costos que generaría una adecuación, cuya razonabilidad resulta dudosa y cuya imposición no se percibe ni se explica como indispensable, estaría configurando el perjuicio que requiere la declaración de inconstitucionalidad.

Nos enfrentaríamos a la “horrible inseguridad jurídica” de la que habla Llambías, contradiciéndose el principio de la seguridad jurídica que justamente el artículo 7 del nuevo Código se halla enderezado a proteger.¹⁸

II. Tiempo Compartido

1. Reseña de la legislación proyectada anterior al Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.356

En las últimas décadas en la Argentina se ha planteado el interrogante de si es posible encasillarlo en alguno de los derechos reales previstos por el Código Civil o si debería considerárselo como derecho real autónomo y, en tal caso, si nos enfrentaríamos a un derecho real sobre cosa propia o ajena.

El Proyecto de Código Civil de 1998 dedica el Título 7, del Libro Quinto, a lo que denomina “propiedades especiales”. Entre ellas regula el tiempo compartido y brinda la posibilidad de organizarlo jurídicamente en el ámbito tanto de los derechos personales como de los derechos reales. En ese sentido, el artículo 2030 establece: “Tiempo compartido”: La asignación de usos y goces sucesivos o alternados por períodos determinados, sobre un conjunto de cosas, puede sujetarse al régimen de los derechos personales o del condominio con indivisión forzosa sin límite de tiempo. En este caso el condominio con indivisión forzosa se constituye por el otorgamiento en escritura pública del reglamento de condominio y administración y su inscripción en el registro inmobiliario. El reglamento

puede instituir una administración con carácter de mandatario irrevocable. El reglamento de condominio y administración se integra al título de asignación de uso y goce.

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 preveía “la multipropiedad o tiempo compartido” como modalidad del derecho real de condominio en estado de indivisión forzosa, y su artículo 2715 *in fine* dice que:

La indivisión forzosa perdurará mientras subsista el sistema en el supuesto de constitución de condominios sobre un conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados.

También consagran la autonomía de la multipropiedad como derecho real: 1) el proyecto presentado por el diputado Alberto Natale (Trámite Parlamentario, año 90, expediente 0829-D-90, pág. 1503); 2) el proyecto presentado por el diputado Luis F. Bianciotto (Trámite Parlamentario, año 87, expediente 1268-D-89, pág. 1509) y 3) el proyecto presentado por el diputado Rodolfo M. Parente, que es una reformulación del presentado por los diputados Terrile-Allegrone de Fonte (Trámite Parlamentario, año 90, expediente 456-D-90, pág. 797); lo considera como una propiedad comunitaria o colectiva, donde coexisten varios titulares de derechos similares que necesariamente deberán compartir el uso de ciertos lugares, cosas y servicios para obtener el aprovechamiento de su derecho.

Corresponde resaltar que se dictó en el año 2008 la ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC) –sancionada el 28 de febrero 2008, promulgada el 18 de marzo de ese año y publicada en el Boletín Oficial del 25 de marzo 2008. Muchas de sus normas han sido derogadas y otras subsisten [ver artículo 3, inciso g), ley 26.994]; aunque diversos de sus preceptos aparecen trasvasadas al Código.

2. El Código Civil y Comercial de la Nación. Consideraciones generales

El Código contempla el “Tiempo Compartido” en el Libro Cuarto (dedicado a los Derechos Reales), Título 6 (dedicado a los “Con-

¹⁸ Conf. Mariani de Vidal, M.-Abella, A., “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes, estudio en colaboración con la Dra. Adriana Abella”, *La Ley*, supl. diario del 8.4.2015.

juntos inmobiliarios”), Capítulo 2 (“Tiempo Compartido” –artículos 2087 al 2102–). Se lo engloba dentro de la regulación de los “Conjuntos Inmobiliarios”, género que –además del Tiempo Compartido– también integran los “conjuntos inmobiliarios” (propia-mente dichos) y los “cementeros privados”.

En una primera aproximación, parece regular al TC como un derecho real autónomo.

En efecto: en la enumeración de los derechos reales se lo incluye en el inciso e), del artículo 1887; el artículo 1888 considera al tiempo compartido como derecho real sobre cosa total o parcialmente propia y en el artículo 2101 se consagra que “al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales”. No obstante, en el artículo 2088 se admite que se sujete por las partes a otro régimen –“con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten”–.

Volveremos sobre estas disposiciones.

2.1. Concepto y clasificación. Bienes que lo integran

El artículo 2087 nos da el concepto del derecho:

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.

En primer término señalamos que, a nuestro entender, esta norma permite que el emprendedor opte por organizarlo y comercializarlo bajo el régimen del derecho real previsto –al que se refiere el artículo 1887, inciso e)– o como derecho personal, ya que no contiene limitación alguna al respecto y, además, es lo que resulta del artículo 2088.

En efecto, el artículo 2088 indica los bienes que lo integran y textualmente expresa:

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 resaltado es nuestro].

Desde otro ángulo, en las Disposiciones Generales del Libro Cuarto, Título Primero, Capítulo 1: Principios comunes, el artículo 1888 dispone:

Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real.
Son ~~derechos~~ *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~~ *superficia*. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.

Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena ~~constituyen~~ *constituyen* cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin ~~gravamen~~, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un ~~gravamen~~ *gravamen* real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del ~~titular~~ del bien gravado.

La caracterización del TC como derecho real sobre cosa propia, que se **consagra** en el artículo 1888, no resulta adecuada a nuestro entender.

En efecto, en el caso del dominio parece inconcebible sostener que el **dueño** tiene la posibilidad de constituir un derecho de TC sobre su **propia** cosa y a favor de él mismo, ya que al propietario le asiste el **derecho** de uso y goce de su cosa en todo momento.

Y en el caso del condominio, a los fines de la distribución del uso en **forma** periódica y alternada o del aprovechamiento **periódico** y **por turnos** entre ellos, los condóminos tienen en sus manos la figura de la denominada “partición provisional”, regulada para las **sucesiones** en el artículo 2370 –aplicable al condominio en función **de lo** establecido en el artículo 1996–, pudiendo preverse en ese **mismo** estatuto lo relativo a los servicios.

El **titular** de dominio o todos los titulares en el supuesto del **condominio**, pueden afectar el inmueble a TC (artículo 2090). Tal sometimiento permitirá la “constitución a favor de terceros” del **derecho real** de TC sobre la unidad habitacional –para usos **sucesivos** o **alternados** por períodos determinados– u otros objetos con distintos **fines**, resultando entonces los usuarios, titulares del **derecho de TC**.

El **propietario**, o todos los condóminos –por unanimidad–, podrían también resolver afectar el bien a TC y otorgar derechos **personales de TC** a favor de terceros, que serán los “usuarios” del TC.

Con lo que al enrolar al TC entre los derechos sobre cosa total o parcialmente propia, parecería que el Código se está refiriendo más bien a la *afectación* al régimen de TC, que pueden llevar a cabo el dueño o los condóminos (artículos 1990 y 2090), y no a la titularidad del derecho de TC propiamente dicho.

¿Y quién ha de ser titular del derecho de TC en el caso de que el propietario o los condóminos del bien lo afecten al régimen de TC y concedan ese derecho a terceros, bajo la modalidad de derecho real?

Indudablemente lo será el “usuario”, pues el propietario afecta para conceder derechos de TC a los usuarios; pero entonces dicho propietario no será titular del derecho de TC y los usuarios no serán propietarios del bien afectado, sino que serán titulares de su derecho real de TC sobre el bien.

Ello así y en armonía con la ley de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, ya que el artículo 3 de la ley 26.356 de STTC define al “usuario” como “quien adquiere el derecho de uso periódico en un sistema de tiempo compartido”, al “propietario” como “el titular dominial del inmueble, quien lo afecta total o parcialmente al STTC” y al “emprendedor” como

la persona [...] que constituye el STTC para comercializar períodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran, por sí o por intermedio de terceros.

Sintetizando, resultaría más acertado caracterizar al TC como un derecho real autónomo de aprovechamiento o uso periódico y por turnos que recae sobre cosa ajena. Esto, si es que se organiza como derecho real. Cabe idéntico predicado si se lo organiza como derecho personal (también recaerá sobre cosa ajena).

El artículo 1889 también enrola al TC en la clase de derechos reales principales, pues sólo excluye de esta categoría la hipoteca, la anticresis y la prenda.

Contribuyen a la caracterización de la figura los artículos 1890 y 1891.

Artículo 1890:

Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que corresponde.

Recordamos que el TC puede recaer sobre cosas registrables o no y aun sobre bienes registrables o no.

De recaer sobre bienes registrables remitimos a lo que diremos luego, respecto de que no sólo es necesaria la inscripción de la afectación sino que también sería necesaria la registración de los títulos que contienen el acto jurídico de transmisión del derecho de TC en los respectivos registros de propiedad inmueble, de buques, aeronaves, automotores.

Estos registros deberán reglamentar la técnica de registración de este nuevo derecho real.

Artículo 1891:

Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca.

Si el TC se organiza como derecho real, se tratará de un derecho que se ejerce por la posesión.

En otro orden de cosas, se prevé la participación de un propietario que afecta los bienes a los fines del aprovechamiento periódico, un emprendedor, un administrador, y también un comercializador (mencionado en los artículos 2091 y 2102) y los deberes que corresponde cumplir a cada uno.

Pero reiteramos que en el Código Civil y Comercial de la Nación, con independencia del régimen legal al que se encuentren sometidos los bienes afectados y la finalidad que persiga el tiempo compartido, a nuestro entender, la naturaleza del derecho queda librada a la elección de los propietarios o emprendedores que llevan a cabo la afectación, contando los usuarios con la protección dispensada a los consumidores.

Ahora bien, el artículo 2101 dice que:

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

Esta disposición merece, a nuestro juicio, algún comentario crítico.

Si se constituye y transmite un derecho real, o sea si el TC es organizado por el emprendedor como derecho real, resulta sobrea-bundante la previsión de que se le aplican tales normas.

Y si se transmite un derecho personal ¿cómo podrían aplicársele las normas de los derechos reales? –sin perjuicio de que el usuario tiene la protección del derecho del consumidor–.

Además, frente a tan ilimitada remisión ¿cuáles serían las normas de los derechos reales aplicables a un derecho de TC organizado como derecho personal? ¿Serán las relativas a su inscripción según la naturaleza de los bienes (aunque el artículo 2092 exige sólo la inscripción del instrumento de afectación; bien que se obliga al emprendedor a habilitar un Registro de Titulares que debe supervisar la autoridad de aplicación –artículo 2094, inciso b–?¹⁹ ¿o las relativas a su oponibilidad *erga omnes* –que ya aparece contemplada en el artículo 2093–?

En otros términos, el artículo 2101 crea una especie de híbrido, resulta sobreabundante, y generará confusiones.

En el mismo sentido, J. H. Alterini²⁰ sostiene que:

El tiempo compartido y los cementerios privados se regulan exclusivamente como derechos reales, no obstante que en nuestro país siempre estuvo muy difundida su presentación como derechos personales y esta modalidad puede ser exitosa. La remisión del artículo 2101 para el tiempo compartido a “las normas sobre derechos reales” es de tal amplitud que vacía su contenido.²¹

Por ello concluimos en que la reglamentación a dictarse determinará la operatividad del sistema –como diremos luego–.

¹⁹ Artículo 2094. “Deberes del emprendedor [...] 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”.

²⁰ “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, *La Ley*, supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 4.9.2012, formula reflexiones semejantes.

²¹ Comparten la crítica De Hoz, Marcelo, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 1041-1042; y Tranchini, M., “Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?”, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, “Estudios de Derechos Reales”, 2012-IV, p. 71.

Y a esta altura debemos puntualizar que las disposiciones de los artículos 2091 a 2097 impresionan como principalmente vinculadas con el derecho de tiempo compartido que involucre inmuebles afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje, y será con dificultad que se podrán proyectar para el caso de que se trate de otros bienes y otros destinos (hipótesis que el Código admite). Pues por ejemplo, un aparato de alta complejidad para tratamientos médicos (que tal vez tenga un enorme valor) podría muy bien someterse al régimen del TC en el esquema del Código y esa situación no parece ser la adecuada para hacer jugar todas las disposiciones citadas.

Y es que las normas mencionadas han sido inspiradas en las previstas en la ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (referida a inmuebles y a destinos turísticos) y prácticamente las reproducen, aun cuando la ley 26.994 deroga precisamente los capítulos que las contenían –capítulos 3, 4, 5 y 9 (artículo 3, inc. g)–.

3. La afectación

El artículo 2089 establece que:

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.

O sea que la afectación resultará siempre necesaria, aun cuando el TC no involucre inmuebles, y sea que se organice como derecho real o como derecho personal.

Respecto de la forma a la que debe sujetarse la afectación, las disposiciones sumen en alguna perplejidad.

El artículo 2089 exige la escritura pública “en caso de tratarse de inmuebles”.

Nada se dispone en caso de tratarse de otras cosas o bienes.

No obstante, cabe advertir que en relación con algunos bienes registrables –por ejemplo, los buques y aeronaves– sus propias leyes regulatorias imponen la escritura pública o el documento pri-

vado autenticado o con firmas certificadas respecto de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales.²²

En el caso de los automotores, la inscripción en los Registros de la Propiedad del Automotor se practicará cuando fuere solicitada en formularios provistos por el Registro y suscriptos ante el Encargado de Registro o presentados con las firmas certificadas “en forma” (artículo 13 de la ley 6582/58).

Y si el objeto consiste en otros bienes distintos de los inmuebles, además de lo dicho en la párrafo anterior, creemos que la afectación deberá constar en todos los casos por escrito, sea en escritura pública o en instrumento privado.

Señalamos aquí que la escritura pública –exigida por el Código si se trata de inmuebles (pero que, con arreglo a sus propios regímenes, también será necesaria en el caso de ciertas cosas muebles registrables, según se ha visto)– resultará aconsejable cuando se encuentren involucrados otros bienes distintos, pero de cierto valor; y también resultará aconsejable que, en el caso de instrumentos privados, éstos cuenten con las firmas debidamente certificadas.

Ello es así porque la seguridad se logra por la combinación de documentos auténticos y registro público; y la publicidad sobre pilares confiables se proyecta en la seguridad jurídica.²³

Porque no sólo deben ser consideradas las dificultades probatorias que se generarían en caso contrario y las razones de seguridad jurídica que militan en el sentido apuntado, sino porque el artículo 2090 menciona expresamente a quienes están legitimados para otorgar el “instrumento de afectación”, y el artículo 2092 dispone que éste debe ser inscripto en el “Registro de la Propiedad y en el

²² El artículo 156 de la ley 20.094 –Ley de la Navegación– determina que “todos los actos constitutivos, traslativos o extintivos de la propiedad o de otros derechos reales de un *buque de diez toneladas o más de arque total* o sobre una o más de sus partes en copropiedad naval, deben hacerse por escritura pública o por documento privado autenticado, bajo pena de nulidad”. Respecto de los *buques menores de diez toneladas de arque total*, el artículo 159 dispone que debe hacerse por instrumento privado con las firmas de los otorgantes certificadas. En cuanto a las aeronaves, dice el artículo 49 del Código Aeronáutico que “Las *aeronaves* son cosas muebles registrables. Sólo podrán inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves los actos jurídicos realizados por medio de instrumento público o privado debidamente autenticado”.

²³ Abella, Adriana (dir.), *Control de legalidad en la atribución de los derechos reales. Estudios de Derecho inmobiliario*, Buenos Aires, Zavalla, 2012, p. 443.

Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido”.

¿Y cómo se va a inscribir la afectación en un Registro si no se presenta un documento auténtico?

Sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad del instrumento de afectación, al que aluden los artículos 2092 y 2093 nos detendremos en capítulo aparte, ya que el Código le otorga los importantísimos efectos previstos en el artículo 2093.

En cuanto a su inscripción en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido, advertimos que tendrá que ser creado por la ley especial, salvo que se trate del ámbito turístico, en el que regiría la ley 26.356 y el Registro que ella establece en su artículo 6.

Ahora bien, nos preguntamos ¿la aludida inscripción se exige sólo respecto del TC vinculado a inmuebles, ya que se hace referencia a “establecimientos”? ¿o también resultará necesaria cuando se trate de otros bienes?

La “ley especial” debería contemplar este último supuesto –para incluirlo o, en su caso, excluirlo– para descartar las consecuencias de dicha imprecisión, generadora de inseguridad jurídica.

En las condiciones apuntadas, reiteramos que salvo que se trate de inmuebles afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje, el régimen no será operativo hasta que no se dicte la ley especial, con lo que no se contará con previsión alguna al respecto hasta que la “ley o normativa especial” no se sancione.

3.1. Instrumento de afectación. Legitimación. Contenido

Con arreglo al artículo 2090, se encuentra legitimado para otorgar el instrumento de afectación a TC el titular del dominio (o todos los titulares del condominio, según opinamos antes).

En el supuesto de que el titular no coincida con la persona del emprendedor, aunque la redacción resulta algo confusa (puede plantearse la duda de si el término “éste” se refiere al emprendedor o al propietario del bien), lo que sí resulta claro es que los dos deben concurrir y prestar su *consentimiento* para la afectación, si es que ambas calidades no coinciden en la misma persona.

Los bienes afectados deben estar libres de gravámenes y restricciones; el emprendedor, el propietario, el administrador y el comer-

cializador no deben estar inhibidos para disponer de sus bienes (artículo 2091).

No se determinan los extremos que debe contemplar el instrumento de afectación, es decir, su contenido.

Es verdad que existe una remisión a la normativa especial, mas cabe el interrogante de si esa remisión involucra sólo a la escritura pública, exigible cuando la afectación al régimen comprende inmuebles, o también a los demás objetos.

Se debe señalar que consideramos que la normativa especial a la que reenvía el Código, para el caso de tratarse de finalidades distintas a las del turismo, no es la ley 26.356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC). Cabe señalar que dicha ley ha sido modificada por la ley 26.994, Anexo 2, artículo 3 g), por el que se dispone la sustitución de los artículos de los capítulos 3, 4, 5 y 9 de la ley, por los textos que para cada caso se expresa.

Si se entendiera que la referencia a la "normativa especial" sólo enlaza con el derecho de tiempo compartido que recaiga sobre inmuebles afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje, cabría concluir que, si se tratara de cosas muebles u otros bienes –registrables o no– las cláusulas del instrumento de afectación quedarán libradas a la voluntad de quien lo otorgue, debiendo contener previsiones respecto del objeto (individualización, descripción, etc.) y de las figuras centrales del derecho de tiempo compartido, como son el emprendedor, el administrador y los usuarios y sus derechos y obligaciones.

3.2. Inscripción de la afectación

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, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial, según lo determina el artículo 2092.

La norma se refiere a la inscripción del instrumento de afectación, ya que ésta implica una modificación del régimen legal del objeto y hasta podría modificarse éste.

En cuanto a la oponibilidad, se logra en general mediante la inscripción de los títulos, con efectos diferentes según sea el objeto y su régimen registral legalmente impuesto.

La publicidad registral –especie de la publicidad jurídica– genera la posibilidad del conocimiento efectivo de determinada situación jurídica o derecho registrado.

La inscripción del instrumento de afectación se requiere, en primer lugar, con fines de publicidad; mas también existe una imputación específica del ordenamiento legal, que señala determinados efectos, que se proyectan en el ejercicio del derecho del propietario sobre el objeto.

Corresponde señalar que, en el ámbito registral y en nuestro régimen institucional, todo lo concerniente a la organización y el funcionamiento de los registros, es decir lo que hace a las normas de Derecho Administrativo que lo integran, queda reservada a las provincias, las que deberán dictar las normas pertinentes en este caso. En cambio, todo lo que concierne propiamente a la materia que debe ser receptada por el Registro, los principios fundamentales que han de observarse en orden a la solución de conflictos que puedan suscitarse en materia registral, y los efectos y consecuencias jurídicas de lo receptado, en tanto se vinculen a las relaciones de los habitantes entre sí, deben ser reglados por la ley nacional que se dicte en ejercicio de lo establecido en la Constitución Nacional.

En relación al TC que involucre inmuebles, el artículo 2092 señala que la afectación debe formalizarse por escritura pública, la que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial, así como que la inscripción del instrumento será para su oponibilidad respecto de sucesores particulares o universales y de terceros acreedores del propietario o del emprendedor –aun en caso de concurso o quiebra–.

Empero, entendemos que la referencia del artículo 2092 a la inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad no se limita a los registros de la Propiedad Inmueble, sino a todos los registros públicos de la propiedad de cosas muebles y bienes registrables que pueden constituir el objeto del TC (ya nos hemos referido a buques, aeronaves, automotores, marcas, patentes).

En consecuencia deben ser considerados estos aspectos no sólo con respecto a los inmuebles, sino a los otros bienes registrables, todos ellos pasibles de ser objeto del derecho de tiempo compartido (artículos 2087, 2088 y 2089).

Sobre la referencia al *Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido*, además de lo ya dicho

en el apartado anterior, para su creación y funcionamiento será necesaria una ley especial, y como esta inscripción se dispone que sea llevada a cabo previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial, va con ello dicho que no resultará operativo el régimen hasta su creación, salvo en inmuebles afectados a su uso periódico y por turnos para el alojamiento u hospedaje, si se considera de aplicación lo establecido en la ley 26.356 y su decreto reglamentario.

El Código no contiene previsión alguna vinculada con la inscripción de los contratos de constitución del TC a favor de cada "usuario" –sólo se refiere a la inscripción de la afectación–.

No obstante, como dijimos, es obvio que si el TC se organiza como derecho real y su objeto son inmuebles o muebles u otros bienes registrables, será necesaria la inscripción de los títulos de constitución de tales derechos reales de TC en los respectivos registros de la propiedad.

Por último, vinculado con la publicidad, diremos que el artículo 2094, inciso b), impone al emprendedor el deber de:

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.

Y aunque es cierto que la exigencia parece vincularse a los casos de inmuebles y al destino turístico –como que la disposición está evidentemente inspirada en el artículo 19, inciso b), de la ley 26.356–, toda vez que no se formula distinción alguna, será ésta una nueva exigencia a cumplir respecto del TC y que involucra su publicidad.

Advertimos que nada se predica en relación con la fuente de la que deberá valerse el emprendedor para asentar en el Registro de Titulares los datos exigidos por el artículo 2094, inciso b), y que seguramente habrán de ser los contratos celebrados con los usuarios.

3.3. Consecuencias de la afectación

El artículo 2093 del Código Civil y Comercial de la Nación parece contemplar los "efectos del instrumento de afectación" (más propiamente se trataría de los "efectos de la afectación", que deberá ser inscripta) y así lo proclama la frase que le da inicio.

Sin embargo, el cuerpo del artículo sólo regula los efectos de la "inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad".

Estos efectos son importantísimos en orden a la protección del derecho del usuario del TC, como surge de su simple lectura:

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 sucesos particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

El Código regula los mencionados efectos como derivación de la inscripción del instrumento de afectación en el Registro de la Propiedad.

Pero esto no resulta del todo ajustado, ya que se genera la duda acerca de si la limitación a los derechos del emprendedor, en cuanto a la modificación del destino y la oponibilidad del derecho del usuario únicamente jugará cuando el TC involucre cosas registrables.

Formular el interrogante es comprender que la respuesta afirmativa constituiría un despropósito, porque conspiraría contra el espíritu de la normativa, que en nuestra opinión es –primordialmente– la protección del usuario titular del derecho de TC.

Las disvaliosas consecuencias que derivarían de aquella respuesta afirmativa podrían encontrar cierto paliativo, en orden a la protección del usuario, a través del artículo 2100, según el cual:

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 rigen la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales.

Cabe concluir que el plexo normativo que ampara al consumidor vedaría al propietario y al emprendedor la posibilidad de modificar el destino previsto en el instrumento de afectación.

También contribuiría a ese fin tuitivo el artículo 2101, en tanto dispone que: "al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas de los derechos reales."

Esta previsión —más allá de la crítica que merece, sobre la que ya nos hemos detenido— autorizaría a revestir al derecho del usuario del carácter absoluto propio de los derechos reales y, por consiguiente, de la oponibilidad que el artículo 2093, inciso b), hace fluir sólo de la “inscripción del instrumento de afectación en el Registro de la Propiedad”.

El gran interrogante que nos formulamos es cómo se publicitará y alcanzará oponibilidad la afectación, con sus “efectos”, tratándose de bienes no registrables.

4. Derechos del usuario de TC

El Código no contiene una norma específica sobre los derechos del usuario (el artículo 2095 sólo se refiere a sus deberes), ellos pueden extraerse de todo el articulado (así, artículos 2093, 2094 —deberes del emprendedor, incisos a) y c), *a contrario*—, 2096, 2097 —deberes del administrador, incisos a), b), h), j); artículo 2100, *a contrario*, así como de la disposición del artículo 2100.

Con lo dicho el titular del TC tiene derecho de cederlo, lo que resulta de lo dispuesto en el artículo 2095, inciso c).

Es de lamentar que al titular del derecho real de TC no se le haya otorgado la posibilidad de constituir derechos reales de garantía —a diferencia de lo dispuesto respecto de la superficie (artículo 2120) y del usufructo (artículo 2213)—, habida cuenta de que, al ser titular de un derecho transmisible y ejecutable que integra su patrimonio (artículo 2095, inciso d), es decir, de un bien (artículo 16), no parecería existir obstáculo para ello (arg. artículos 1883 y 2188).

5. Cobro ejecutivo de los “gastos del sistema”

Corresponde señalar como un acierto la previsión del artículo 2098, relativa al “cobro ejecutivo”. Y así opinamos toda vez que el pago puntual de las expensas o gastos por parte de los usuarios hace a la subsistencia del sistema, que podría colapsar frente al incumplimiento generalizado de obligación tan esencial.

Establece la norma que:

El certificado emanado del administrador en el que conste la deuda por gastos del sistema, 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.

En caso de transmisiones del derecho de TC, podría argumentarse que el transmitente no queda liberado de su deuda por aplicación de lo dispuesto en el artículo 936, según el cual “(Novación por cambio de deudor): La novación por cambio de deudor requiere el consentimiento del acreedor”.

Ello así toda vez que la transmisión implica un cambio de deudor de los “gastos del sistema”.

En tales condiciones, de no concurrir el consentimiento del acreedor acerca de la liberación del anterior titular, dicho acreedor tendría dos deudores: uno (el transmitente) que respondería con todo el patrimonio y otro, el sucesor particular adquirente, que lo haría sólo con la cosa sobre la cual recae su derecho.

Esta comprensión armónica de las distintas previsiones legales arroja una conclusión valiosa, razonable y equitativa que propiciamos.

Porque, como lo ha dicho en forma reiterada y constante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto, debiendo computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen entre sí y con el ordenamiento jurídico restante, procurando su integración de modo de superar su aparente antinomia, a cuyo efecto debe tomarse en cuenta el contexto general de la ley y los fines que la informan, dejando de lado la desnuda literalidad de los vocablos y sus rígidas pautas gramaticales para computar su verdadero significado profundo (conf. Fallos: 265:242; 278:62; 281:146; 296:22; 297:142; 306:721; 307:993, entre muchos otros). Y también ha resuelto el Alto Tribunal que no siempre es método recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, pues el espíritu que las nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional que elimine el riesgo de formalismos paralizantes siendo necesario buscar en

todo tiempo una interpretación valiosa, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial; no pudiendo prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma. En síntesis, que el natural respeto debido al legislador no impone la admisión de soluciones notoriamente injustas, que no parecen compatibles con la finalidad común de determinar principios acertados para la adjudicación del derecho de cada uno (conf. Fallos 269:55, entre varios otros).

Con el criterio expuesto creemos se satisface cabalmente, además, la pauta que sienta el artículo 2 del nuevo Código relativa a la interpretación del Derecho:

Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

6. Operatividad del régimen

Para finalizar, diremos que el régimen no resultará directamente operativo en su parte sustancial, salvo en inmuebles; y aun en este supuesto se requerirá la implementación de las disposiciones técnico-registrales pertinentes, pues habrá menester de una normativa especial para que pueda ser puesto en movimiento respecto de los demás bienes.

Es lo que surge del artículo 2089 –requisitos que deberá contener el instrumento de afectación–, y del artículo 2092 –relativo al Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido, en el que tendrá que ser inscripto el instrumento de afectación previamente a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial–.²⁴

²⁴ Adviértase que podría interpretarse que el Registro de Prestadores y Establecimientos al que se alude es el que se dispone crear en el artículo 6 de la ley

Esta normativa especial seguramente demandará un tiempo en ser sancionada, lo que demorará la aplicación de las disposiciones.

Cabe señalar que, entrado en vigor el nuevo Código, se contará con el Registro regulado por el artículo 6 de la ley 26.356, puesto en marcha por el decreto 760/2014.

No obstante, aun de opinarse que éste es el Registro al que reenvía el nuevo Código, cabe advertir que él está limitado a inmuebles y a los establecimientos destinados al turismo.

Con lo que sólo en ese aspecto la normativa resultaría inmediatamente operativa.

III. Cementerios. Sepulcros. Cementerios privados en el Código Civil y Comercial de la Nación

1. Generalidades. Sepulcros

Cementerio es el lugar destinado al descanso de los restos mortales.

Como la muerte es un fenómeno vinculado con la religión y las cuestiones sagradas, en su origen la administración de los cementerios se hallaba encargada a las autoridades eclesiásticas y se encontraban anexados a iglesias o conventos.

Los cambios operados en las costumbres trajeron como consecuencia la secularización de los cementerios y su puesta en manos del Estado, aun cuando aparezcan también pequeñas necrópolis de carácter familiar formando parte de heredades privadas (así, en nuestras estancias).

Surgen así los *cementerios públicos*, que se consideran pertenecientes al dominio público del Estado –específicamente al dominio público municipal– encuadrados en los artículos 2340, inciso 7° del Código Civil de Vélez Sarsfield (“obras públicas construidas para utilidad común”) y en el artículo 2344; y, como tales, some-

26.356 y que reglamenta el dec. 760/2014. No obstante, este Registro está limitado a los “Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido”, es decir, que se vincula sólo con el tiempo compartido relativo a inmuebles y con fines turísticos.

tidos a las normas del Derecho Administrativo (especialmente las Ordenanzas Municipales).

Sin perjuicio de haberse autorizado a algunas comunidades extranjeras –en virtud de Tratados celebrados con los países de origen– la instalación de cementerios privados,²⁵ que se organizan fundamentalmente como asociaciones.

El CCCN tolera conservar aquella conclusión, pudiendo encuadrarse los cementerios públicos en el artículo 235, inciso f), (equivalente al artículo 2340, inciso 7º del Código Civil de Vélez Sarsfield), que se refiere a los “bienes pertenecientes al dominio público”.

Será útil reseñar algunos criterios jurisprudenciales sentados en torno a los cementerios públicos, que resultarán aplicables también respecto de los cementerios privados.

– Prescripción adquisitiva de sepulcros:

Se admitió su procedencia en casos en que el título originario había sido una venta por parte de la autoridad pública.²⁶ Así en el famoso fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, del 21 agosto 1948, causa “Viana, M. A.”,²⁷ cuya doctrina siguieron fallos posteriores. En ese orden, se ha resuelto que “para la adquisición de sepulcros resultan *actos posesorios* la detención del título de propiedad de la bóveda,²⁸ la inhumación de cadáveres, la disposición sobre el destino ulterior de los restos depositados, la realización de construcciones o reparación de las existentes, la contratación de un cuidador para su limpieza y vigilancia, la atención personal prestada a la bóveda”.²⁹

²⁵ Así, Tratado con Gran Bretaña, año 1825; Tratado con los Estados Unidos de Norteamérica, año 1854; Tratado con Alemania, año 1857. Remitimos al Capítulo VII que se refiere a Conjuntos inmobiliarios.

²⁶ Para la fecha del fallo que se cita, las normas administrativas admitían la venta a particulares.

²⁷ La Ley-27-657 o El Derecho-1-1040.

²⁸ En tanto habilita la inhumación de cadáveres y “constituye un elemento relevante para acreditar la ejecución de actos posesorios”.

²⁹ CNCiv., sala I, 6.4.2004, LL-2004-E-34; 8.6.2006, LL, supl. diario del 14.9.2006.

– División del condominio

La jurisprudencia ha sentado un criterio restrictivo en punto a la posibilidad de que cualquier comunero pueda solicitar la partición en cualquier momento, considerándolo como un *condominio de indivisión forzosa*. Ello con sustento en el respeto debido a los muertos, ya que la partición podría llegar a implicar la venta del sepulcro y el traslado al osario común de los restos que contuviera. Así se resolvió en el renombrado caso “Mohorade, A. c/ Mohorade, B.”, sentenciado por la Cám. Civil 2ª Cap., marzo 1962 (Gaceta del Foro, 20-312). Otros fallos siguieron sus aguas.

Se ha admitido excepcionalmente la partición en los siguientes casos: a) si el sepulcro está desocupado; b) si hay conformidad de todos los cotitulares; c) si es posible su división en especie sin que se desvalorice o menoscabe su estructura arquitectónica, conservándose los restos en el mismo recinto.

– Embargo y ejecución

El CCCN contiene dos normas que deben interpretarse en conjunto –artículos 744, inciso c) y 2110–.

El artículo 744 considera, entre los bienes excluidos de la garantía común de los acreedores a “los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación” (inciso c). El artículo 2110, al regular los cementerios privados, amplía los supuestos de esta manera: “*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”.

Y toda vez que el embargo es un trámite esencial de la ejecución, va con lo dicho antes que la inejecutabilidad es el principio, salvo que concurra alguna de las hipótesis admitidas.

2. Cementerios Privados en el CCCN

El Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro Cuarto (dedicado a los Derechos Reales), el Título I, Disposiciones generales, Capítulo 1 Principios comunes, artículo 1887, enumera los derechos reales en este Código, en el inciso f) “los cementerios privados”; y contempla los “Conjuntos Inmobiliarios”, el Título 6 (de-

dicado a los "Conjuntos inmobiliarios"), en el Capítulo 3 a los "Cementerios privados" (artículos 2103 al 2113 inclusive).

Se lo engloba dentro de la regulación de los "Conjuntos Inmobiliarios", género que –además de los "Conjuntos inmobiliarios" propiamente dichos como dijimos– también integran el "Tiempo compartido" y los "Cementerios privados".

El artículo 2103 aporta el concepto de los cementerios privados como: "los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos".

Entre los *elementos característicos* mencionamos:

- 1) la necesaria habilitación municipal,
- 2) el cerramiento,
- 3) las partes comunes y privativas,
- 4) el estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes,
- 5) el reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, dirección y administración del cementerio, las limitaciones y restricciones a los derechos del titular del derecho de sepultura, y régimen disciplinario, la obligación de contribuir con los gastos y contribuciones para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio.

2.1. Localización de un cementerio privado

En concreto, la localización del cementerio privado y los requisitos a cumplir para su habilitación como tal, dependerá de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables, pues se trata de un tema vinculado con el poder de policía mortuoria, que es de resorte local.

Y los límites perimétrales *podrán* materializarse mediante cerramientos perimétrales, con sujeción a cuanto establezcan las reglamentaciones municipales, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad; lo que permitirá el control de acceso por la administración.

2.1.1. Relación de consumo

El artículo 2111 establece que:

El artículo recoge el artículo 1° de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, que incorporó a los adquirentes de parcelas en cementerios privados, en el régimen del consumidor. Ello es necesario que así sea ya que el Anexo 2, como parte de las "Normas

Complementarias" de la ley 26.994, sustituye el artículo 1° de la ley 24.240.

2.2. Afectación del inmueble. Reglamento de administración y uso

El titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación del inmueble a efectos de destinarlo a la finalidad de cementerio privado, la 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 (artículo 2104).

Contenido del reglamento de administración y uso

Según el artículo 2105:

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 del 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.

La escritura de afectación conjuntamente al reglamento deberá registrarse en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Previo a la escritura debe confeccionarse un plano de división y ambos documentos se presentarán para su registro.

Una vez afectado el inmueble con ese destino el titular de dominio no podrá alterarlo, ni gravarlo con derechos reales de garantía.

2.3. La caracterización del cementerio privado como derecho real sobre cosa propia

El artículo 1888 del CCCN consagra al derecho real de cementerio privado como derecho real sobre cosa propia.

Ello nos lleva de la mano a analizar el Capítulo 3 del Título 6 del Libro 4, de donde surge que el titular de dominio –o todos los titulares en el supuesto del condominio–, pueden afectar el inmueble a CP (artículo 2104).

Tal sometimiento permitirá la “transmisión a favor de terceros” del derecho de sepultura sobre la parcela, resultando entonces titulares del derecho real de sepultura (artículos 2107 y 2108).

Con lo que, el enrolar al cementerio privado entre los derechos sobre cosa total o parcialmente propia, crea la duda de si el Código se está refiriendo al titular de dominio, quien *afecta* al régimen, o a los titulares del derecho de sepultura que se concreta en la parcela.

Entendemos que debe distinguirse al titular del derecho de sepultura en su parcela –que es “exclusiva” según el artículo 2110, o sea que es de su titularidad exclusiva–, del propietario del cementerio que afecta el inmueble para conceder tales derechos.

Para algunos, el *derecho real de sepultura* (llamado equívocamente derecho real de “cementorios privados”) implica un derecho real que se proyecta sobre la parcela respectiva y que confiere las facultades unidas al derecho de sepultar.³⁰

Desde otro ángulo, atento que el Código no clarifica qué tipo de derecho tienen cada uno de los titulares sobre las distintas parcelas, otros opinan que se trata de una *propiedad horizontal especial*, con las modificaciones que surgen del Capítulo 3 del Título 6, Libro Cuarto, toda vez que los cementerios privados no son sino una exteriorización de los Conjuntos Inmobiliarios regulados precisamente en el Título 6 del Libro Cuarto.³¹

Y en una tercera opinión, el propietario del inmueble desarrollista podrá afectar a propiedad horizontal especial y transmitir el derecho real de sepultura sobre las unidades funcionales; o dividir el inmueble en parcelas con iguales fines manteniendo el dominio de las parcelas destinadas a vías de circulación y espacios destinados a esparcimiento y administración, etcétera.

³⁰ Conf. Alterini, J. H., “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, Academia Nacional de Derecho, septiembre 2012, *La Ley*-2012-E-898.

³¹ Conf. Cossari, N., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. X, Alterini, J. H. (Dir. de la obra)-Cossari, N. (Dir. del tomo), La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 110/111.

2.4. Adquisición del derecho real de sepultura

En concordancia con las disposiciones generales –artículos 1892 a 1907–, el derecho se adquiere en forma derivada con título y modo suficiente, y la inscripción del título en el registro inmobiliario es necesaria para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

Podrá también adquirirse por prescripción adquisitiva. Al ejercerse el derecho de sepultura por la posesión (artículo 1891) y no mediando previsión en contrario en el Código, el derecho real de sepultura podrá adquirirse por prescripción breve (artículos 1897, 1898, 1900, 1901 1902 y 1903) y por prescripción larga (artículos 1897, 1900, 1901, 1905).

Resultará aplicable cuanto dijimos en el acápite 1 respecto de los actos posesorios que conducirán a la adquisición.

2.5. Facultades y deberes del titular del derecho de sepultura

El titular del derecho real de sepultura tiene las facultades que se enuncian en el artículo 2107 y las obligaciones que menciona el artículo 2108.

Es un derecho real sobre cosa propia (artículo 1888) principal (artículo 1889), que se ejerce por la posesión (artículo 1891); sobre cosa inmueble registrable (artículo 1890).

Facultades del titular del derecho de sepultura

Conforme el artículo 2107:

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 las 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, parques e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas.

Deberes del titular del derecho de sepultura

Y según el artículo 2108 el titular de la 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 fijan sobre su parcela; d) respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud pública y policía mortuoria.

2.6. Dirección y administración. Registro de inhumaciones

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 (artículo 2109).

Es obligación del administrador del cementerio privado llevar el registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada y el registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse los cambios de titularidad producidos (artículo 2106).

El Registro de Inhumaciones y el Registro de Titulares, que deberán ser llevados por el Administrador, y son independientes del registro del derecho real de sepultura que se formaliza en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Registro del derecho de sepultura en el Registro de la propiedad

El registro de los documentos que contienen los actos de transmisión del derecho real de sepultura, en la matrícula que contiene la descripción de las parcelas o subparcelas resultantes del inmueble afectado a cementerios privados, se hará mediante asientos, consignando en forma clara y precisa los datos personales del titular y domicilio, y plazo por el que se lo constituye.³²

³² Por ejemplo, en la Orden de Servicio 45/20115 del Registro de la provincia de Buenos Aires, se lee, en lo pertinente: "La afectación a cementerio se registrará en las matrículas involucradas, donde se dejará constancia de la apertura de la matrícula 'CPB' integrando hasta la confección e impresión de los nuevos folios la planilla B existente, con la rectificación CPB, publicitando en cada matrícula cada una de las parcelas resultantes. En la cuadrícula de la CPB correspondiente a cada parcela se registrarán todos los actos jurídicos que afecten a la misma no asignando la apertura de nuevos folios específicos. Oportunamente se diseñará un nuevo formato para la registración de este tipo de derecho real."

2.7. Inembargabilidad de las parcelas

Las parcelas exclusivas destinadas a sepulturas son inembargables excepto por:

- a) los créditos provenientes de saldo de precio de compra y construcción del sepulcro;
- b) las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquellas (artículo 2110).

A la excepción del inciso a) corresponde agregar la contenida en el artículo 744, inciso c) referida a la reparación de los sepulcros ya construidos.

Respecto de los créditos no excluidos podrán ser registradas las medidas cautelares eventualmente ordenadas por los jueces.

3. Cementerios privados preexistentes

Los cementerios privados en nuestro país datan de mediados del siglo XIX, reconociendo como causa la celebración de tratados internacionales, que han reconocido a los británicos, estadounidenses y alemanes residentes en nuestro país, el derecho de dar sepultura a sus muertos en sus propios cementerios.³³

En la Provincia de Buenos Aires, el Decreto 9094/78 autoriza el establecimiento de cementerios privados, con sujeción a lo determinado en la reglamentación general. La Ordenanza General N° 221/78, regulaba las cuestiones administrativas vinculadas con la instalación de las necrópolis. En su artículo 3 dice que debe ajustarse al modelo de necrópolis parquizada o cementerio parque, lo que no excluye la posibilidad de que existan sectores específicos con nichos o bóvedas, interpretación que motiva la verificación de esta realidad en algunos cementerios bonaerenses.

³³ Entre los cuales podemos mencionar: a) el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Gran Bretaña y el Gobierno de Buenos Aires, del 2 de Febrero de 1825 (artículo 12, párrafo 1°, *in fine*); b) el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Argentina y los Estados Unidos de América, del 27 de Julio de 1853 (artículo 13 *in fine*); y c) el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Prusia y los otros Estados del Zollverein Alemán (artículo 13).

La comercialización de parcelas en cementerios privados hasta la fecha de entrada en vigor del CCCN, ha sido sobre la base de contratos del dueño o los condóminos con los eventuales adquirentes, predominando en todo el país la constitución de un derecho personal de uso, y en menor proporción, de un derecho real de uso o derecho de propiedad horizontal.³⁴

En el Código Civil y Comercial no existe norma que exija la adecuación de los cementerios privados preexistentes al régimen del CCCN.

Con lo dicho, el nuevo derecho real con las características enunciadas, rige para los cementerios privados que se habiliten con posterioridad a la entrada en vigencia del Código.

Respecto de los preexistentes reiteramos que nada se dice (como sí se dispone respecto de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos en el artículo 2075).

Derecho de superficie

1. Antecedentes

1.1. Origen en Roma y desenvolvimiento posterior

En una sencilla definición puede decirse que el derecho real de superficie es aquél por el cual le es concedido a su titular la facultad de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo plantado o construido, con independencia de la propiedad del suelo; o —en otra modalidad— la de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo.

Le asiste al superficiario la facultad de uso y goce y de disposición física y material de las construcciones o plantaciones, que le pertenecen en calidad de *propiedad superficiaria* separada de la propiedad del suelo. El dominio del suelo continúa reposando en cabeza del propietario (*nudo propietario*), soportando este dominio la carga (en el sentido del artículo 1888) que configura el derecho de superficie (por eso se tratará de un dominio imperfecto o desmembrado o de una *nuda propiedad*).¹

¹ En la nota al artículo 2503 de su Código Civil, dice Vélez Sarsfield que “el derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno.”

³⁴ Véase sobre las distintas figuras, ventajas e inconvenientes, Mariani de Vidal M., *Derechos reales*, vol. 2, Buenos Aires, Zavallía, 2010, pp. 75-86.

El derecho de superficie nació en Roma, como tantas instituciones jurídicas y, como otras tantas también, por obra del pretor.²

El derecho de propiedad en Roma respondía al principio *superficie solo cedit* según el cual, cuanto se construía o plantaba en la superficie de un inmueble pertenecía a su propietario por *accessión*, que era un modo de adquirir el dominio del derecho romano.

El Estado y las ciudades, buscando el modo de obtener recursos y utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus dominios, comenzaron a arrendarlos a perpetuidad o por largo término a personas a quienes se otorgaba el derecho a hacer *construcciones* y disfrutarlas, mediante el pago de un precio (*solarium* o *pensio*). Los particulares pronto adoptaron también esta variante.

Pero, desde que con arreglo al Derecho Civil el locatario no adquiría el dominio de lo edificado –que pertenecía al propietario por *accessión*–, si éste lo perturbaba en su goce, aquél podía demandarlo únicamente por daños e intereses y, si esa perturbación provenía de terceros, debía obtener del propietario la cesión de sus acciones.

El pretor consideró entonces equitativo concederle una protección más eficaz: en primer lugar le ofreció en el *Edictum* el interdicto *de superficiebus* –para ser mantenido en el goce– y, si el arriendo era a perpetuidad o por largo plazo, el pretor prometió darle una acción *in rem* útil –para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario– y una excepción contra la *rei vindicatio* de este último.

Quedó así investido el superficiario, con el correr de los períodos clásico y postclásico, de un derecho real que podía enajenar entre vivos y transmitir a sus herederos; mas, en virtud del principio su-

perficie solo cedit, se trataba de un derecho real sobre cosa ajena –si bien de gran amplitud y por plazos muy extensos–, porque lo edificado pertenecía al propietario.

En el “derecho vulgar”³ se admite que el superficiario sea considerado como tal si cuenta con el consentimiento del dueño, sin necesidad de la existencia de una locación.

La Edad Media extendió el derecho de superficie no solamente a lo edificado, sino también a plantaciones que se hicieran en suelo ajeno.⁴

Con el correr del tiempo el derecho de superficie atravesó un período de descrédito, motivado por los inconvenientes que había acarreado el abuso de las innumerables desmembraciones a las que se sometía al derecho de propiedad, diversificando en exceso el dominio directo y el útil, lo que dificultaba el aprovechamiento de los inmuebles (véase nota al artículo 2502 del Código de Vélez).

Mas en el derecho comparado moderno se observa una clara tendencia al resurgimiento del derecho real de superficie, tanto referido al suelo como al subsuelo.

Así, aparece admitido por las legislaciones de España,⁵ Italia,⁶ Francia,⁷ Portugal,⁸ Alemania,⁹ Suiza,¹⁰ Austria,¹¹ Bélgica,¹² Holanda,¹³ Japón,¹⁴ Canadá,¹⁵ Bolivia,¹⁶ Perú,¹⁷ Cuba,¹⁸ etc. En algu-

³ Ciencia jurídica decadente, que tendía a la simplificación evitando cuestiones oscuras o ambiguas, en el que las obras se denominaban epítomes (resúmenes abreviados).

⁴ Allende, Guillermo L., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, pp. 115/117.

⁵ Artículos 287/290 del texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.

⁶ Artículos 952/956 del Cód. Civil de 1942.

⁷ Reconocida por el artículo 553 del Cód. Civil en forma implícita.

⁸ Código Civil de 1967, artículos 1524/1542.

⁹ Código Civil de 1900, parágrafos 1012 y 1017. La ordenanza de 1919 que lo sustituyó conserva la esencia de las disposiciones anteriores.

¹⁰ Se completó a través de una ley de 1965 las previsiones contenidas en la legislación anterior –artículo 779, Cód. Civil–.

¹¹ Código Civil de 1811 y legislación posterior de 1912.

¹² Legislación de 1924.

¹³ Código Civil de 1992, artículos 101/105 del libro “De los derechos reales”.

¹⁴ Código Civil de 1896, artículos 265/269.

¹⁵ Artículos 1110 a 1118 del Código de Québec de 1991.

¹⁶ Código Civil, artículos 203/208.

¹⁷ Código Civil de 1984, artículos 1030/1034.

¹⁸ Código Civil de 1988, artículos 219/225.

nos países aplicado sólo a construcciones y no a plantaciones (así, Alemania, Suiza, Italia, Francia, España, Portugal, Japón, Québec, Holanda), sobre la base de argumentar que "dada la separación de las dos propiedades (suelo y plantaciones), se seguiría de ello un obstáculo al progreso agrícola."¹⁹

La actual resurrección del derecho de superficie (referido tanto a construcciones cuanto a plantaciones), que importa un reconocimiento del trabajo humano —ya que se atribuye la propiedad de la cosa (edificación o plantación) a quien la ha creado con su actividad—²⁰ se justifica económicamente por la necesidad de evitar el mantenimiento de capitales inactivos. Inclusive respecto de inmuebles cuya titularidad corresponde al Estado, ya que la inactividad contraría el fin comunitario que se aspira a hacer cumplir a la propiedad, y también el interés individual del mismo propietario, si no puede o no quiere explotar por sí mismo el suelo o el subsuelo y no por eso dejar de obtener una utilidad del bien.

Todo ello ha motivado una incentivación de las figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor: varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa y eso es lo que importa. Y al mismo tiempo que se facilita la construcción o forestación, se neutraliza la especulación de edificios, plantaciones y terrenos, reservando el aumento de valor para el propietario, puesto que el dominio permanece en cabeza de éste, constituyente de la superficie.²¹

En esa realidad, el derecho de superficie —concebido como derecho real— evita que se frustren operaciones de construcción o forestación ante la imposibilidad de instrumentar jurídicamente una explotación que pueda mantenerse aislada del suelo, en tanto las figuras que alumbran sólo derechos personales no brindan su-

¹⁹ Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III, Buenos Aires, Ejea, 1954, p. 431. La posibilidad de constituir el derecho de superficie respecto de plantaciones la reconocía el Código Civil Italiano de 1865, pero no lo hace el Código Civil y Comercial del año 1942.

²⁰ Conf. Kemelmajer de Carlucci, A.-Puerta de Chacon, A., *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 7.

²¹ Conf. De los Mozos, J. L., *Estudio sobre derecho de los bienes*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 486; Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo X (dir. del tomo Nelson Cos-sari), quien rescata la reconstrucción de la Alemania devastada por la guerra y los monumentos levantados en Francia a través del derecho de superficie.

ficiente garantía para quien debe invertir ingentes sumas de dinero en activos fijos y maquinarias.²²

1.2. Antecedentes en Argentina

Vélez no admitió el derecho de superficie y a ese fin resulta elocuente lo que expresa la nota al artículo 2503 ("No enumeramos el derecho de superficie (ni la enfiteusis) porque por este Código no pueden tener lugar [...]"). Es indudable que, como lo advierte Allende al estudiar el artículo 2614 del Código de Vélez, siendo la superficie un derecho perpetuo o de larga duración, sería un verdadero dislate el pensar que a aquél —quien conocía muy bien el derecho romano y el derecho español— se le haya ocurrido instituir este derecho a través de aquella norma, ni aún por un plazo no mayor de 5 años.²³ Ni el proyecto Bibiloni, ni el de 1936, ni el Anteproyecto del año 1954, contemplaron la figura del derecho de superficie.

Empero, hace décadas se advirtió en nuestro país la necesidad de admitir este derecho real. Así, el II Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1937 y las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Corrientes en 1985. La doctrina se ha expresado en igual sentido. Asimismo, diversos proyectos, como el de 1987, y el de 1993, prohicieron la creación del derecho de superficie.

El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio del año 1998 incorporó el derecho de superficie como un derecho real autónomo, definiéndolo como

El derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente, separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta años contados desde su celebración (artículo 2018).

A través de la *ley 25.509* —que se sancionó el 14 de noviembre de 2001 como complementaria del Código Civil, que quedó promulgada tácitamente el 11 diciembre 2001 y fue publicada en el

²² Mariani de Vidal, M., *Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509*, La Ley-2002-F, 1415.

²³ Allende, Guillermo, *ob. cit.*, p. 39.

Boletín Oficial del 17 diciembre 2001— se creó el *derecho de superficie forestal*, “de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados y a lo establecido en ella.”²⁴

Cabe advertir que la ley 26.994 —de sanción del Código Civil y Comercial de la Nación—, derogó expresamente la ley 25.509 (conf. su artículo 3).

2. La superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación

2.1. Concepto

El nuevo Código enumera entre los derechos reales admitidos a “la superficie” (artículo 1887, inciso g).

Y en el artículo 2114, Título 8 del Libro Cuarto, da su 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.

Se trata de un derecho real inmobiliario que se ejerce separadamente del derecho del dueño del terreno. La obra sobre suelo del inmueble o debajo de él no es atraída por la propiedad del aquél.

La superficie constituye una *carga real* con relación al dueño de la cosa (artículo 1888), quien tendrá un dominio imperfecto o desmembrado (artículo 1964), pudiéndoselo calificar de “nuda propiedad”.

Aclaramos que los vocablos “vuelo” y “rasante” (este último empleado en el artículo 2115) son extraños a nuestra terminología.

²⁴ La ley 25.509 modifica el artículo 2614 del Código Civil de Vélez Sarsfield y agrega al artículo 2503 del Código Civil de Vélez Sarsfield, a través de un nuevo inciso, el inciso 8°, la *superficie forestal*, como integrante del elenco de derechos reales autónomos permitidos, con la intención de “fomentar las inversiones, grandes o pequeñas, en este campo de la agricultura y de las industrias a él vinculadas (maderera, papelera, etc.), inversiones de las que deriva un requerimiento de mano de obra, cuyos beneficios sobre la economía es ocioso poner de relieve.”

Con mayor sencillez pudo utilizarse los más familiares términos “espacio aéreo” y “subsuelo”,²⁵ con igual significado, como resulta del artículo 2116.

2.2. Naturaleza jurídica del Derecho de Superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación: ¿sobre cosa propia o sobre cosa ajena?

El Código recepta la superficie en forma amplia, ya sea edificada o agraria —o sea vinculada con construcciones o plantaciones—. ²⁶

Se caracteriza como un derecho real autónomo (artículo 1887), temporario (artículos 2114 y 2116), “que se constituye sobre inmueble ajeno, y que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo” (artículo 2114).

No obstante, cabe formular algunas precisiones.

La superficie es un derecho real sobre inmueble ajeno si se otorga a su titular el derecho de plantar, forestar o construir sobre terreno (vuelo o subsuelo) de otro y hacer suyo lo plantado, forestado o construido, naciendo entonces la propiedad superficiaria (que recaerá sobre cosa propia: lo plantado o construido).

Y recaerá sobre cosa propia si existe propiedad superficiaria desde el inicio, es decir si el derecho de superficie se concede sobre plantaciones o construcciones ya existentes (artículo 1888). Las plantaciones o construcciones respecto de las cuales se constituye el derecho de superficie serán entonces cosa propia, separadamente del dominio del suelo; éste último continuará en cabeza del nudo propietario y seguirá siendo para el superficiario “inmueble ajeno”.

Es un derecho principal (artículo 1889); transmisible (artículo 2119); registrable (artículos 1890, 1892); que recae sobre inmuebles (artículo 2114) y que se ejerce por la posesión (artículo 1891).

²⁵ Conf. Alterini, Jorge H. (dir.); Alterini, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo X (dir. del tomo: Nelson Cossari), artículo 2116, p. 159.

²⁶ En los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen al nuevo Código se señala que se ha previsto la incorporación del derecho real de superficie como “respuesta al reclamo de la doctrina, expresada tanto en simposios nacionales como internacionales y de conformidad con los lineamientos extraídos del derecho comparado, con las naturales adecuaciones impuestas por la realidad argentina”.

Este derecho suspende el principio de accesión (artículos 225, 226, 1945 y 1962).

Reiteramos que, constituido sobre el inmueble un derecho de superficie, el propietario de aquél tendrá un dominio imperfecto o desmembrado (nuda propiedad), lo que hará que al momento de extinción de la superficie, recupere las facultades cedidas al superficiario —principio de elasticidad del dominio—.

2.3. Modalidades

El derecho puede presentarse en dos modalidades. Cualesquiera de ellas que se adopte, siempre existirá un derecho real desde su constitución, sujeto a este régimen específico.

Según el artículo 2115:

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.

a) *Primera modalidad* aparece cuando el derecho real constituido permite construir, plantar o forestar en suelo ajeno (en el contrato se puede otorgar el derecho de construir y además plantar o solamente una de estas posibilidades) y adquirir la propiedad de lo edificado o plantado, con independencia de la propiedad del suelo.

En este caso, el derecho de superficie presenta a su vez dos planos:

1) Uno, *antes y durante* la construcción o plantación, etapa en la cual el derecho se configura como derecho real sobre una cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación);

2) El otro plano se manifiesta *una vez realizada* la construcción o plantación, cuando *nace la propiedad superficiaria*; el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer temporariamente, *independientemente de la propiedad del suelo*, que continúa en cabeza del propietario

constituyente de la superficie (quien será nudo propietario, titular de un dominio desmembrado o imperfecto). *En tanto 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 (*propiedad superficiaria in fieri*).

Una vez realizada la plantación o construcción, *sin solución de continuidad y sin necesidad de formalidad alguna*, aparece la propiedad superficiaria sobre lo plantado o construido que corresponde al superficiario.

Reiteramos que en esta modalidad existe derecho real desde la constitución y le asiste al superficiario, a partir de ese momento, un poder autónomo actual y oponible *erga omnes*, inclusive frente al nudo propietario y sus sucesores universales o particulares.

Adviértese que el superficiario, en esta modalidad, realiza la construcción o plantación con el fin de adquirir lo construido, plantado, o forestado y no con otra finalidad.

b) *La segunda modalidad* se presenta cuando el derecho de superficie es concedido sobre una construcción o plantación ya existente en un inmueble.

Al constituirse la superficie se desdobra por un lado la propiedad del suelo —que permanece en cabeza del constituyente, quien quedará con un dominio imperfecto o desmembrado o nuda propiedad— y por el otro la propiedad de lo construido o plantado —que pasa a ser propiedad del superficiario en carácter de “propiedad superficiaria”—.

En este supuesto la superficie nace como derecho real sobre cosa propia, pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, *en forma separada de la propiedad del suelo*, originándose así directamente la *propiedad superficiaria*, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, bien que temporariamente.²⁷

En cualquiera de las dos modalidades que se adopte, reiteramos que *siempre* existirá derecho real desde su constitución. O sea

²⁷ Ello resultará relevante en orden a la constitución de derechos reales de garantía, según veremos después.

que, no sólo habrá derecho real cuando ya en el inicio exista una propiedad superficiaria —así sucederá cuando el derecho se conceda respecto de lo construido o plantado o forestado, ya existente en el terreno, el vuelo o el subsuelo—; sino que también existirá derecho real *ab initio* cuando se conceda el derecho de plantar, forestar o construir, con la facultad, una vez realizada la plantación, de hacer propio lo plantado.

Ambas modalidades resultan beneficiosas, ya que la primera fomentará la construcción, siembra y forestación, y la segunda promoverá la explotación del inmueble que tenga construcciones o plantaciones ya existentes pero que el propietario del suelo no quiera o no pueda llevar a cabo por sí mismo, lo cual también acarreará resultados positivos para la comunidad, a la que no conviene que los bienes permanezcan inactivos.

Cabe señalar:

a) que la *naturaleza de lo construido* será la de *inmueble por accesión* (artículo 226) y la de *lo plantado*, la de *inmueble por naturaleza* (artículo 225);

b) y que la división del inmueble en planos, si hay derecho de superficie constituido, genera que no se cumpla con el principio de la adquisición del dominio por accesión de las construcciones o plantaciones a favor del propietario del suelo o nudo propietario, que sí adquiriría —según el artículo 1945— si no existiera derecho de superficie; ello toda vez que el superficiario adquirirá la *propiedad superficiaria* de lo construido o plantado (artículo 2115) y sólo luego de extinguida la superficie lo construido o plantado pasará a la cabeza del propietario del suelo (artículo 2125).

2.4. Emplazamiento

Según el artículo 2116:

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.

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

Se amplía el concepto en este artículo, ya que se establece que el ejercicio del derecho puede situarse como proyección en el espacio aéreo²⁸ o en el subsuelo,²⁹ o sobre construcciones o plantaciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. En consecuencia, puede la obra erigirse tanto en el suelo como en el subsuelo (por ejemplo, caso de cocheras subterráneas), o en ambos conjuntamente.

Puede recaer sobre una extensión mayor que la necesaria para la plantación o construcción, si resulta útil para el aprovechamiento de ésta. Con lo que se quiere evitar la multiplicación innecesaria de otros derechos reales (así, por ejemplo, servidumbres de paso cuya constitución se pudiera exigir por requerirlas el uso y goce de las construcciones o plantaciones).³⁰

El artículo 2116 tolera la constitución de la superficie aun respecto de inmuebles afectados a propiedad horizontal. Nos ocuparemos del tema al referirnos a la legitimación.

Superficie sobre parte material

El artículo 2116 autoriza la constitución del derecho de superficie sobre todo el inmueble o sobre una parte material de él.³¹ Al admitirse en general la constitución de derechos reales sobre parte materialmente determinada de un inmueble (artículo 1883) y lo mismo específicamente respecto de la superficie (artículo 2116), es posible que coexista un derecho de superficie sobre una parte material del inmueble con otros derechos reales de disfrute (por ej.: usufructos, usos, servidumbres) y también con otros derechos reales de superficie, si ellos recaen sobre otras partes materiales distintas, según lo resuelva el dueño del inmueble.

²⁸ Son fácilmente imaginables las variadas obras sobre el suelo: edificios para cualquier destino (residencial, comercial, industrial, recreativo), teatros, playas de estacionamiento, frigoríficos, plantaciones de cualquier tipo, etcétera.

²⁹ Por ejemplo, podría construirse por el superficiario en el subsuelo bodegas, playas de estacionamiento subterráneas, etcétera.

³⁰ Conf. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III, Buenos Aires, Ejea, 1954, p. 432.

³¹ Esta parte material deberá determinarse a través del respectivo plano que acompañará al instrumento de constitución y resultará necesario para el registro del título respectivo.

2.5. Plazos

Conforme al artículo 2117

El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

Como ya pusimos de manifiesto, el derecho de superficie es un derecho temporario, carácter que lo aleja definitivamente del dominio y el condominio –derechos reales perpetuos–. Se establece un plazo acotado de duración, a fin de impedir el desmembramiento permanente del derecho de dominio. Ello es acorde con la tradición jurídica argentina, que se inclina por el criterio que el dominio no sea gravado con cargas perpetuas.³²

Al ser un derecho temporario, está destinado a durar el plazo que las partes convencionalmente determinen en el acto constitutivo, siempre que se mantenga en los límites que fija la ley.

El artículo 2117 establece que

el plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de *setenta años* cuando se trata de construcciones y de *cincuenta* para las plantaciones o forestaciones.

El plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho real de superficie, o sea desde que concurrió el título y modo suficientes, requiriéndose la inscripción registral a los fines de su oponibilidad a terceros de buena fe (artículo 1893).

El plazo resulta susceptible de ser prorrogado –según lo dispone el artículo 2117– y aun sería admisible pactar su renovación automática; pero a nuestro juicio nunca el derecho real podrá tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario; en otras palabras, que *el plazo originario más la renovación* no podrán exceder en total el término –de setenta o cincuenta años,

³² Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético*, op. cit., tomo X, Cossari, N. (dir. del tomo), comentario al artículo 2117, p. 161.

según los casos– fijado por la norma.³³ Ello porque debe respetarse el espíritu de la ley, que a nuestro entender es el de evitar una derogación del principio de accesión por lapsos muy dilatados y acotar la multiplicidad de derechos reales sobre el inmueble; teniendo en cuenta, además, que la prórroga sucesiva ilimitada redundaría en perjuicio de terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse el derecho de superficie y que, de tolerarse sucesivas renovaciones que superaran el plazo legal, la propiedad podría quedar permanentemente desmembrada.

Se ha sostenido, con distinto criterio, que “[...] el nuevo plazo convenido se computará desde la fecha del acto de renovación [...]”. No hay objeciones legales a que la suma del nuevo plazo estipulado y el que ya hubiese transcurrido supere los cincuenta años.³⁴

2.6. Legitimados para su constitución

Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal (artículo 2118).

Dueño

Es facultad del propietario constituir derecho de superficie a favor de uno o también a favor de dos o más personas por partes alcuotas, quienes serán en tal caso cosuperficiarios, aplicándose analógicamente en ese supuesto las normas del condominio.

Condominio

Respecto del condominio, es necesario el consentimiento unánime expreso de todos los condóminos para la constitución del derecho de superficie sobre toda la cosa o una parte material de ella (artículo 1990).

Es imposible la constitución de este derecho sobre la parte indivisa, por la propia naturaleza de ésta.

³³ Mariani de Vidal, Marina, “Derecho de Superficie Forestal, Ley 25.509”, *La Ley*, 2002- F, 1415.

³⁴ Conf. Alterini, Jorge H.; Alterini, Ignacio E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, op. cit., comentario artículo 2117, p. 163.

Propiedad horizontal

Al respecto pueden presentarse distintos supuestos:

a) que los copropietarios constituyan un derecho de superficie, en cualesquiera de sus dos modalidades, sobre el inmueble sometido a propiedad horizontal;

b) que un copropietario constituya la superficie sobre su unidad funcional.

c) que el superficiario (cualquiera de los modalidades que configure su derecho) afecte a propiedad horizontal lo construido.

El tema de la facultad del superficiario de afectar lo construido al régimen de la propiedad horizontal lo analizaremos más adelante, al estudiar los derechos del superficiario.

Supuesto a)

Según el artículo 2116, el derecho de superficie puede emplazarse sobre construcciones ya existentes sometidas al régimen de propiedad horizontal.

Podrían también los copropietarios conceder al superficiario el derecho a realizar nuevas construcciones bajo la modalidad de este derecho real.

En ambos casos se requerirá decisión *unánime* de los copropietarios (artículo 2052 y argumento artículo 1990).

En la hipótesis de que la superficie otorgue al superficiario el derecho a la sobreedificación (o subedificación) en sectores comunes del edificio, permitirá al superficiario ejercer su derecho sobre lo que construya por el plazo temporal acordado y, extinguida la superficie, lo construido será de propiedad de los copropietarios – como parte común del edificio–.

Debe distinguirse entonces este derecho real de superficie –en la modalidad derecho a construir y adquirir la propiedad superficial sobre lo construido–, del derecho personal de sobreedificación y subedificación.

En el caso de la concesión del *derecho personal a sobreelevar o subedificar* –en el Reglamento de Propiedad o en su modificación o por acto aparte–, lo edificado –sea que se haya ampliado la unidad existente o creado nuevas– será de titularidad de los copropietarios. Ello porque a los copropietarios les pertenece en común el terreno y, como consecuencia, por el principio de accesión, les pertenecerá todo lo edificado en su espacio aéreo o subsuelo. Una

vez concluida la obra y efectuada la modificación del plano del edificio y del Reglamento, se le adjudicará o transmitirá a quien edificó³⁵ el derecho de dominio sobre lo edificado.

Se ha dicho que,³⁶

la alternativa de que el derecho de superficie se pueda constituir sobre construcciones ya existentes aun dentro de la propiedad horizontal (artículo 2116), habría buscado dar cobertura al llamado derecho de sobreelevación *como derecho real*, el que, cumplidos los requisitos legales, podrá ejercerse en los sectores del espacio aéreo.

Supuesto b)

El propietario de una unidad funcional podría asimismo constituir derecho de superficie sobre ésta;³⁷ aunque tal hipótesis será de muy difícil aplicación y concreción práctica.

Recordemos que, según el artículo 2039, la unidad funcional está integrada por la parte privativa, por la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más complementarias destinadas a servirla. Es sobre ella que recaerá el derecho de superficie.

Conjuntos inmobiliarios

Según el CCC el conjunto inmobiliario es una “propiedad horizontal especial” (artículo 2075).

En consecuencia, podría el *propietario de la unidad funcional* en un conjunto inmobiliario conceder el derecho de superficie en ambas modalidades, ya que en estos emprendimientos la unidad podrá enajenarse construida o en proceso de construcción (artículo 2077). Extinguida la superficie, lo construido o plantado será de

³⁵ Si se trata de un copropietario, se le adjudicará lo edificado; si se trata de un tercero, se le transmitirá lo edificado.

³⁶ Conf. Alterini, J. H.-Alterini, I. E., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, op. cit., t. X, p. 167.

³⁷ Contra: Gabas, A., “El derecho de superficie en la propiedad horizontal en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012”, *Jurisprudencia Argentina*, Núm. Especial 2012-IV, p. 33 y ss., quien lo considera de imposible concreción sobre la base de entender obstáculo para ello la circunstancia de que el derecho del copropietario no se extiende al terreno donde se asienta el edificio, sea el edificio de una sola planta o varias, ni al piso de su unidad que separa su unidad de la del piso inferior.

propiedad del dueño de la unidad funcional (artículo 2125). Ello porque en los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos el terreno no es común (artículos 2076 y 2077).

También podrán todos los propietarios en forma unánime (artículo 2052), constituir derecho de superficie sobre las partes comunes del conjunto. Extinguida la superficie, lo construido será de propiedad de los propietarios del conjunto (artículo 2125), pues, al ser cotitulares de la parte común del terreno, su derecho se proyecta sobre el espacio aéreo y respecto del subsuelo común.

2.7. Adquisición del derecho

El artículo 2119 dice:

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 a los efectos del saneamiento del justo título.

Adquisición derivada por actos entre vivos

La adquisición derivada por actos entre vivos del derecho de superficie –para que éste quede válidamente constituido– requiere del título y modo suficiente.

El derecho real puede tener como fuente un contrato oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma determinada o de un canon periódico, o también podría acordarse la entrega de locales o espacios para locación o arrendamiento a favor del propietario del suelo, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituirse el derecho de superficie.

Resultará conveniente que se prevea en el contrato garantías personales o reales a favor del propietario (por ejemplo, se podría constituir hipoteca sobre la propiedad superficiaria para garantizar el pago del canon), o la contratación de un seguro, con el fin de caucionar el cumplimiento de sus obligaciones por parte del superficiario.

Recordamos que el derecho de superficie se rige por las disposiciones del Código pero, además, por lo convenido en el título constitutivo del derecho, revistiendo éste gran importancia en la configuración del derecho, ya que la ley es bastante amplia en

cuanto a las previsiones que dicho título puede contemplar apartándose de las prescripciones legales, que de esta manera y *en lo autorizado*, resultarían supletorias de la voluntad de las partes (ej.: artículos 2114, 2120, 2122, 2126, 2127, 2132).

El acto causal debe otorgarse por quien esté legitimado y sea capaz; y –como su objeto es un inmueble– debe formalizarse por escritura pública –forma del título suficiente– (artículo 1017, inciso a).

La inscripción del título en el Registro de la Propiedad es para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe (artículo 1892).

En cuanto a la técnica registral, se abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción del titular según las disposiciones administrativas locales.³⁸

³⁸ Parece interesante referirse a la Disposición Técnico Registral 3/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal que dice: *Artículo 1°*. Las escrituras públicas por las que se constituya el derecho real de superficie, que se presenten para su inscripción, deberán ser acompañadas de una solicitud en la que se consignen los datos fijados en el artículo 8° del Decreto 2080/80 (t. o. por Decreto 466/99), en la medida que éstos resulten de aplicación a la especie, y los que en el artículo 2° de esta Disposición se establecen. *Artículo 2°*. Serán calificadas verificando que de ellas resulten, además de la determinación física y jurídica de los inmuebles y de la identificación de los otorgantes, en los términos de la Ley N° 17.801 y del artículo 305 del Código Civil y Comercial, los siguientes datos: a) Extensión y modalidades del derecho superficiario; b) Plazo de duración, de conformidad con el artículo 2117 del Código Civil y Comercial; e) Si el derecho real de superficie abarcara sólo una parte determinada del inmueble, su extensión y medidas surgidas del plano de mensura confeccionado a ese efecto y registrado en el organismo catastral del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; no siendo necesaria la presentación del plano si la superficie se constituye sobre la totalidad del inmueble. *Artículo 3°*. La inscripción del derecho real de superficie se practicará en la matrícula donde conste inscripto el dominio o el condominio, en el rubro referido a sus gravámenes y restricciones y haciendo constar la constitución del derecho real, el plazo convenido en su título o su condición resolutoria, los datos personales del superficiario, el número y fecha de la escritura, el nombre del escribano autorizante y su registro notarial, los certificados utilizados, si el negocio ha sido gratuito u oneroso indicando, en su caso, el precio establecido, y la fecha y número de presentación del documento. Inscripto este último en forma definitiva, se abrirá una submatrícula, con el número de la de origen y la sigla ST, si la superficie se constituye sobre todo el inmueble, o SP, si la superficie se constituye sobre parte determinada de aquél; en este último supuesto, la sigla SP se completará con un número de orden que permita individualizar cada uno de los derechos de superficie constituidos en un inmueble determinado. *Artículo 4°*. En las submatrículas de superficie, que tendrán características similares a los folios reales, se hará constar: a) en el rubro descripción del inmueble, el objeto y la extensión del derecho de superficie y su determinación según el plano respectivo, si fuere parcial, b) en el rubro titularidad

En la escritura se debe determinar el emplazamiento, las modalidades, las condiciones, facultades y deberes, y el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder del máximo legal (artículo 2117).

El Código no regula el derecho de superficie sobre bienes de dominio público. Estos bienes se rigen por las normas del Derecho Administrativo.

Adquisición por causa de muerte

Ya dijimos que el derecho de superficie es transmisible *mortis causa*, es decir, que pasa a los herederos del superficiario (artículo 2129). La transmisión se rige por las normas aplicables a las sucesiones. Sobre el tema volveremos al tratar facultades del superficiario.

Distinto es el problema relativo a la posibilidad de constituir el derecho de superficie por disposición testamentaria, posibilidad que no menciona el artículo 2119.

Al respecto la doctrina, ocupándose de la Ley 25.509 de superficie forestal, no era uniforme. La tesis negativa se sustentaba en el carácter de orden público de las normas regulatorias de la adquisición de los derechos reales, que no mencionaban al testamento como fuente de este derecho; para otros, carecía de sentido privar al testador de la facultad de establecerlo, en tanto no lesionara la legítima. Las disidencias posiblemente subsistirán bajo el nuevo Código.

del superficiario, sus datos personales, la individualización de la escritura de constitución, el plazo convenido y demás condiciones relativas al negocio causal, replicando los contenidos del asiento de constitución. *Artículo 5°.* La extinción del derecho real de superficie deberá ser rogada expresamente y se inscribirá tanto en la matrícula de origen como en las correspondientes submatrículas. *Artículo 6°.* Las certificaciones (artículo 23, Ley 17.801) solicitadas para la constitución de un derecho de superficie se anotarán en la matrícula de origen. El pedido de certificación referido a una Superficie determinada se anotará en la correspondiente submatrícula. Las solicitudes de informes (artículo 27 de la ley 17.801) por inmuebles sobre los cuales consten inscripciones relativas a derechos reales de superficie, se expedirán conforme su rogatoria. *Artículo 7°.* Si de la escritura de constitución del derecho de superficie resulta la prohibición para el superficiario de afectar su derecho a propiedad horizontal sin el consentimiento del titular de dominio, se hará constar esa circunstancia en el asiento respectivo; el autorizante del documento deberá transcribir la parte pertinente del testimonio en la correspondiente solicitud de inscripción. *Artículo 8°.* La Dirección de Inscripciones Reales y Publicidad aprobará los modelos y los textos de los asientos necesarios para practicar las registraciones sobre la base de lo dispuesto en la presente Disposición *Artículo 9°.* La presente Disposición Técnico Registral entrará en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

Usucapión

El Código admite la adquisición por prescripción breve (artículos 1888 y 1902), a fin de sanear los vicios del justo título (ejemplo: si fue constituida *a non domino* o por una persona incapaz).

No se admite la prescripción larga.

2.8. Facultades del superficiario

El artículo 2120 dispone:

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.

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.

A. Uso, goce y disposición

Si la superficie consiste en la modalidad que otorga el derecho de construir, plantar o forestar en un inmueble ajeno y hacer propio lo plantado, asisten al superficiario "el uso, goce y disposición material y jurídica de la superficie del inmueble ajeno".

El uso y goce es similar al que corresponde al usufructuario, sólo que limitado al requerido para llevar a cabo las obras; la disposición, obviamente, sería vinculada con el derecho que le incumbe.

Una vez realizadas las construcciones o plantaciones, nacida la propiedad superficiaria, el superficiario, *sin solución de continuidad y sin necesidad de formalidad alguna*, tendrá el uso, goce y disposición jurídica y material de ellas, lo mismo que en el supuesto que examinaremos de seguido.

Si se tratara de superficie sobre construcciones o plantaciones *existentes*, configurándose desde el inicio la propiedad superficiaria, su titular tiene el uso y goce y la disposición jurídica y también material de dichas construcciones o plantaciones.

Según el artículo 2127 (Normas aplicables al derecho de superficie):

son de aplicación supletoria las normas relativas al uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

El superficiario debe ejercer sus facultades sujetándose a la ley y a las disposiciones contractuales —que son las que precisan los contornos de su derecho— y como principio debe hacerlo en forma racional y no abusiva, de modo de no degradar el inmueble ni alterar el destino (arg. artículo 10 y artículo 2127, que remite a las normas sobre usufructo —artículo 2129— en lo relativo a las limitaciones al uso y goce que compete al superficiario), conducta que le resultará particularmente exigible en las últimas etapas, cuando se avecine la extinción de la superficie, ya que el propietario puede aspirar a continuar la explotación.

Esto es así, además, atento la finalidad última de beneficio social que la superficie se encontraría enderezada a satisfacer.

Cabe preguntarse si el nudo propietario se hallaría autorizado a reclamar judicialmente la extinción de la superficie frente a una explotación abusiva.

La respuesta afirmativa nos parece que se impone, por aplicación de las normas del usufructo, a las que remite el artículo 2127. Puesto que el artículo 2152 enumera entre los “medios especiales de extinción” del usufructo al “d) uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobadas judicialmente”.

En todo caso, pensamos que en el contrato constitutivo podrá pactarse —y *resultará conveniente hacerlo*— como condición resolutoria el supuesto de explotación irracional o abusiva del superficiario (arg. artículo 2128 y su remisión a las normas del dominio revocable, entre otras, artículo 2124).

Garantías reales

Existe la posibilidad de gravar el derecho de superficie con derechos reales de garantía en sus dos modalidades: el gravamen podrá recaer sobre la propiedad superficiaria o sobre el derecho a construir, plantar o forestar (artículo 2120).

Ello conforme la norma del artículo 1883 CCC, que permite que el objeto de los derechos reales sean, además de las cosas, los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso. En concordancia, lo establecido en el artículo 2188, primera parte.

El superficiario está legitimado para constituir los derechos reales de hipoteca (artículo 2206) y de anticresis (2113), gravámenes que son los que involucran inmuebles.

Y es que la superficie constituye un derecho real inmobiliario, en tanto recae sobre cosas inmuebles y, sea que exista desde el principio o aparezca después la construcción o plantación, la *naturaleza de lo construido* es la de *inmueble por accesión* (artículo 226) y la de *lo plantado*, la de *inmueble por naturaleza* (artículo 225). Aunque el nudo propietario no adquirirá el dominio de ellos por el modo accesión, pues la titularidad corresponderá al superficiario —mientras perdure su derecho—, en calidad de propiedad superficiaria.

Naturalmente, se limita la constitución de estos derechos reales de garantía al plazo de duración del derecho de superficie, según lo dispuesto en el artículo 2125, con el matiz previsto en el segundo párrafo de la norma.

Derechos de disfrute

El Código también prevé —fuera del Título específico dedicado a la superficie— que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo (artículo 2131 CCC), el uso y la habitación (conf. los reenvíos de los artículos 2155 y 2159 CCC) y servidumbre (artículo 2168).

Los derechos constituidos se extinguirán junto con la superficie (artículo 2125), y la extinción de la superficie arrastrará la de estas cargas, con la peculiaridad prevista para el caso de que la superficie se extinga antes del plazo legal (artículo 2125, párrafos segundo y tercero, que después examinaremos).

La propiedad horizontal sobre la propiedad separada del terreno

El superficiario puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y *transmitir y gravar* las unidades funcionales *en forma independiente del terreno* durante el plazo de duración del derecho de superficie (artículo 2120, 2º párrafo CCC).

Deberá cumplir con los requisitos de confección del respectivo plano de propiedad horizontal y redacción por escritura pública e inscripción del Reglamento de Propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Por supuesto que será una propiedad horizontal de contornos bastante particulares, pues no comprenderá el terreno –que permanecerá en cabeza del nudo propietario– y estará sujeta a extinción según lo dispuesto en el artículo 2125. Los contornos de la propiedad horizontal que provengan de la afectación del superficiario estarán delimitados por las normas del derecho de superficie consagradas en el Código.

Podrá pactarse en el título constitutivo la prohibición de afectar a propiedad horizontal, ya que ese pacto aparece autorizado por el artículo 2120, segundo párrafo.

Si nada surge del título, tendrá el superficiario la facultad de afectar o no lo construido a este derecho real. Si lo hace, lo será en ejercicio de la facultad que le confiere la ley, que lo legitima para esa afectación y también para *transmitir y gravar* las unidades funcionales (artículo 2120).³⁹ Extinguido el derecho real de superficie, se extinguirá el derecho de propiedad horizontal constituido por el superficiario (artículo 2125) –con la peculiaridad prevista en el artículo 2125, párrafo segundo– y, en consecuencia, se deberá proceder a la desafectación al sistema y registrar la desafectación, con arreglo a las mismas normas que gobiernan la desafectación en la propiedad horizontal (artículo 2044). Entendemos que incumbe al superficiario soportar los gastos de la desafectación, ya que debe restituir la cosa libre de cargas. Sería conveniente contemplar el tema en el contrato para evitar conflictos.

Como consecuencia de la extinción de la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (artículo 2125). Si el propietario quisiera mantener la afectación, acordarán propietario y superficiario lo pertinente al respecto. Ello podrá pactarse desde el inicio, en el acto de constitución, o posteriormente.

Derechos personales

El superficiario tiene amplias facultades para constituir derechos personales –v. g. locación, comodato, etc.– por el plazo de su derecho.

³⁹ Tal vez la posibilidad que estamos considerando resulte un tanto extraña y lleve a preguntarse quién querrá adquirir una unidad funcional del superficiario en tales condiciones. Sin embargo, esa posibilidad existe y quien proceda a la adquisición deberá evaluar la conveniencia o inconveniencia del negocio.

Los derechos constituidos se extinguirán junto con la superficie (artículo 2125), con la peculiaridad prevista para el caso de que la superficie se extinga antes del plazo legal (artículo 2125, párrafos segundo y tercero).

B. Acciones posesorias y reales

El derecho de superficie es de los que se ejercen por la posesión (artículo 1891), de ahí que, ante la turbación o despojo por el propietario o terceros, el superficiario podrá intentar las acciones posesorias y reales pertinentes (Título 13 del Libro Cuarto, artículos 2238 y ss.). Y también gozará de los interdictos, si aparecieran contemplados en la correspondiente legislación procesal.

C. Transmisibilidad del derecho de superficie

El derecho de superficie es transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte.

Transmisión por actos entre vivos

Según el artículo 2114, al superficiario le asiste la facultad de disposición jurídica de su derecho, estableciendo el artículo 2119 que el derecho de superficie puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Es decir que se trata de un derecho *transmisible*.

Y al respecto cabe el interrogante acerca de si la transmisibilidad configura o no una norma estatutaria de este derecho (atrapada por el *numerus clausus*) y, por tanto, si en el acto de constitución resultaría o no posible, a través de una cláusula expresa, prohibirse al superficiario que transmita su derecho. Ello ponderando que la persona del superficiario puede no resultar indiferente para el nudo propietario.

Desde ya que, indudablemente, el interrogante merece respuesta negativa respecto de las transmisiones *mortis causa*, pues las normas del derecho sucesorio son de orden público.

En cuanto a las transmisiones entre vivos, sobre las bases sentadas, se ha opinado que no podría establecerse la intransmisibilidad de la superficie, ya que la transmisibilidad constituiría norma de orden público. Otros opinan lo contrario.

Pero lo que sí nos parece plausible es que se sujete la transmisión a la conformidad del nudo propietario: se satisfaría el eventual interés del nudo propietario y no aparecería prohibida de plano la

transmisión, sino que se la estaría sujetando a una autorización que, en caso de negativa injustificada, podrá ser removida por el juez.

Desde otro ángulo, como consecuencia de la transmisibilidad de la superficie, y tratándose de un derecho patrimonial, señalase que el derecho podrá ser embargado y ejecutado por los acreedores del superficiario (artículos 242 y 743 y 744).

Es claro que esos actos recaerán sobre el derecho de superficie –y no sobre la propiedad del suelo, porque ésta le corresponde a su propietario– y quien lo adquiera en la eventual subasta judicial adquirirá un derecho confinado a los límites que tenía el superficiario originario, pues pasará a ocupar el lugar de éste (arg. artículo 399 CCCN).

Transmisibilidad por muerte del superficiario

Si el derecho se hubiera constituido a favor de una persona humana, la muerte del superficiario no acarrea la extinción del derecho de superficie, porque éste es transmisible *mortis causa*.

Además, no está prevista esta causal entre las que generan la extinción del derecho, *a contrario* de lo que en ese sentido dispone el Código para los derechos reales de usufructo, uso y habitación [artículos 2152, inciso a) , 2155 y 2159].

En consecuencia, si el superficiario fallece, su derecho pasará a sus herederos y, si carece de ellos, resultarán aplicables las normas de las sucesiones vacantes.

Superficie a favor de Persona jurídica

Advertimos que en el supuesto de que el derecho de superficie se hubiera constituido a favor de una persona jurídica, la “cesación de la existencia legal de esa persona” traerá como consecuencia la extinción de la superficie, por motivos obvios (arg. artículo 2152, inciso b).

2.9. Deberes del superficiario

El superficiario debe utilizar el inmueble conforme su destino y sin desnaturalizarlo ni degradarlo.

El superficiario puede haber asumido en el contrato de creación distintas obligaciones –relativas, por ejemplo, a la clase de construcciones a ejecutar, especies a plantar, modo de explotación, etc.– que fijarán los contornos de su derecho.

Y como el contrato puede ser “oneroso o gratuito” según la ley, también puede haberse obligado a pagar un precio o canon (denominado *solarium* en el Derecho Romano), ya sea de una vez –al constituirse el derecho– o a través de pagos periódicos.

2.10. Facultades del propietario

Según el artículo 2121:

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

Mientras exista el derecho de superficie, el propietario dueño del suelo (nudo propietario) conserva sus facultades sobre la cosa, pero limitadas por las que asisten al superficiario; a su vez éste tendrá el *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* sobre lo construido o plantado, pero limitado al plazo de duración de su derecho.

En consecuencia, el propietario del suelo puede realizar actos de disposición material y jurídica respecto del inmueble, siempre que su ejercicio no afecte el derecho del superficiario.

Con esa limitación podría transmitir la nuda propiedad y constituir derechos personales o reales sobre el suelo o nuda propiedad que conserva.

Inclusive podría gravar el inmueble, pero en este caso el gravamen afectaría y quedaría confinado a la nuda propiedad. Así, si por ejemplo, gravó la nuda propiedad con hipoteca, la ejecución estaría limitada a la nuda propiedad: en otras palabras, el adquirente en la subasta adquirirá la nuda propiedad y deberá respetar el derecho de superficie, que como todo derecho real resulta oponible *erga omnes*.

2.11. Destrucción de la propiedad superficiaria

Con arreglo al artículo 2122:

La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

La destrucción de la propiedad superficiaria no ocasiona por sí misma la extinción del derecho de superficie, excepto pacto en contrario.

El propósito de la norma es mantener al inmueble productivo, de ahí que se otorgue al superficiario la oportunidad de realizar nuevas construcciones o plantaciones y evitar de esta manera la extinción de su derecho.

No extinguiéndose en este caso el derecho de superficie, continúan en vigor y será exigible el cumplimiento de las obligaciones que hubieren asumido el propietario y el superficiario (v. g. el pago del canon).

La ley determina la posibilidad de que en el contrato se convenga que el derecho se extinguirá si se destruyera lo plantado, por una causa imputable al superficiario o no. No se detiene la norma sobre la posibilidad de que se convenga un plazo inferior a los legales para la realización de obras.

Bastará con que el superficiario comience a realizar las nuevas obras dentro de los plazos legales para que el derecho no se extinga; correspondiendo a la apreciación judicial el dilucidar, en cada caso y en el supuesto de discrepancia entre las partes, si ese "comienzo" ha obedecido a un verdadero propósito de llevar a cabo las nuevas obras que la ley exige, o configura maniobra dilatoria enderezada a eludir la extinción del derecho.

La norma fija un plazo de seis años dentro del cual el superficiario debe construir y un plazo de tres años para plantar o forestar nuevamente. Consideramos que el plazo se cuenta desde la destrucción.

En el ínterin el superficiario seguirá gozando de los derechos de uso, goce y disposición que le corresponden en tal carácter, pues su derecho no se habrá extinguido.

2.12. Subsistencia y transmisión de las obligaciones

El artículo 2123 dice:

La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

Si bien la ley no enuncia las obligaciones del superficiario, incidentalmente se las menciona en el artículo 2123 y derivarán del contrato constitutivo.

Como dijimos, la obligación fundamental será el pago del precio de la superficie (canon) —si es onerosa—; usar y gozar del objeto, utilizando el inmueble conforme su destino y sin desnaturalizarlo ni degradarlo; y pagar los tributos que corresponda.⁴⁰

También deberá realizar las obras en el plazo, condiciones y características que se hubiese pactado en el contrato. Las obligaciones del superficiario se transmiten junto con su derecho y resultan exigibles al adquirente.

Entendemos posible pactar la resolución ante el incumplimiento de las obligaciones.⁴¹

La renuncia del derecho del superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

En el concepto de "abandono" correspondería, a nuestro juicio, incluir la *transmisión del derecho*, por implicar una abdicación de éste, susceptible de asimilarse al abandono. Es un régimen que guarda alguna similitud con el establecido para las expensas comunes en la propiedad horizontal (artículo 2049).

Y en este sentido, por ejemplo, si al momento de transmitir el superficiario su derecho quedara una deuda pendiente en concepto de canon, seguirá respondiendo por su pago frente al nudo propietario, a pesar de la transmisión.

Ello sin perjuicio de que el adquirente también sea pasible de reclamo por ese mismo concepto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2123, primer párrafo, y aun en mérito a lo establecido por el artículo 1937. Podría aplicarse analógicamente en esta materia, respecto de la transmisión del derecho del superficiario, las mismas reglas que en materia de propiedad horizontal.

⁴⁰ Véase Roca Sastre, Ramón, "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, p. 47: "[...] la onerosidad de la superficie puede también estar configurada por la exoneración, total o parcial, de la obligación de indemnizar el propietario al superficiario cuando se extinga su derecho".

⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, A.-Puerta de Chacón, A., *Derecho real de superficie*, op. cit., recuerdan que en Alemania ese pacto encontró tenaz oposición —y fue en definitiva prohibido en la Ordenanza de 1919—, por considerarse una amenaza a los derechos del superficiario y porque conduciría, asimismo, a anular la garantía de los acreedores y a destruir el valor hipotecable del derecho. Empero, tratándose de un derecho disponible, la respuesta afirmativa parece que se impone. Nos confirma en esta conclusión el hecho de que la ley regule como una de las causales de extinción del derecho de superficie al "cumplimiento de la condición resolutoria pactada" ya que justamente la "condición resolutoria pactada" podrá ser la no satisfacción por parte del superficiario de las obligaciones asumidas en el contrato (v. g. falta de pago del canon, etcétera).

2.13. Extinción

El artículo 2124 dice:

El derecho de construir, plantar o forestar 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.

La ley enumera las siguientes causales de extinción: renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria pactada, consolidación y el no uso durante diez años para el derecho de construir, y de cinco años para el derecho a plantar o forestar.

El *mutuo disenso* sería otra causal extintiva del derecho de superficie.

El artículo 2124 *no contempla las causales de extinción de la propiedad superficiaria*. Aunque a pesar de ese silencio, podría concluirse en que jugarían respecto de ella las causales de renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y consolidación (arg. artículo 1907, en lo pertinente). En cuanto al no uso, nos ocuparemos más adelante.

Una vez extinguido el derecho de superficie, el superficiario deberá desprenderse de la posesión para restituirla al propietario y podrá ser demandado a ese fin; si continuara en la detentación del inmueble, su calidad será la de tenedor (salvo que intervirtiera su título y se convirtiera así en poseedor, aunque se trataría de un poseedor ilegítimo).

Consumada la extinción, el propietario recuperará automáticamente la plenitud de su derecho, por imperio del principio de accesión.

A. Renuncia expresa

La renuncia expresa del derecho por parte del superficiario deberá ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

El titular del derecho de superficie, según se vio, en el supuesto de renuncia de este derecho (lo mismo en caso de desuso o abandono) no queda liberado de las obligaciones legales o contractua-

les, en forma similar a lo que acontece con la propiedad horizontal (artículo 2123 CCC).

Ese precepto podemos correlacionarlo entonces con el artículo 2050 CCC, que dispone para la propiedad horizontal que se encuentran obligados al pago de las expensas comunes, además del propietario, los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título. *Ergo*, en el caso de afectarse por el superficiario el inmueble construido al régimen de la propiedad horizontal, los titulares de las unidades funcionales deberán hacerse cargo de las expensas comunes, al igual que el superficiario, sin perjuicio de los términos convencionales que vinculen a ambos.

Resultan de aplicación las mismas reglas que rigen el abandono del derecho de dominio, porque también aquí se trata de la abdicación de su derecho por parte del titular, por lo que no será necesaria la conformidad del propietario.

B. Vencimiento del plazo

El vencimiento del plazo convenido operará automáticamente la extinción del derecho, sin necesidad del cumplimiento de ninguna formalidad, desde que el término aparecerá pactado en el acto constitutivo y será asentado al inscribírsele.

Lo mismo cabe predicar para la hipótesis de que no mediara pacto acerca de la duración del derecho de superficie, porque entonces regirá el término de la ley (artículo 2117).

C. Cumplimiento de la condición resolutoria

Si la superficie se somete a “una condición resolutoria”, la extinción ocurre por cumplimiento del hecho.

Resultará exigible la formalidad de escritura pública o resolución judicial (la que, en caso de discrepancia, dilucidará el conflicto), y su inscripción.

D. Consolidación

El derecho también se extingue por la reunión, en una misma persona, de las calidades de propietario del suelo y superficiario, causal que la ley denomina consolidación y que resulta una lógica consecuencia del principio “*nemini res sua servit*”.

Quedan comprendidos en esta causal de extinción los diferentes supuestos que se pueden presentar: reunión de ambas calidades en cabeza del superficiario, en cabeza del propietario o en cabeza de un tercero.

E. No uso

El contemplar al “no uso” o “desuso” como causal de extinción, se compadece con la finalidad de la ley, en aras del interés comunitario, al que no favorecería la existencia de desmembraciones estériles del dominio.

El Código regula la extinción por el no uso solamente en relación con el derecho de plantar o de construir.

La norma distingue según que se trate del derecho de construir o del derecho de plantar o forestar, y fija en cada supuesto un plazo distinto para que se configure el no uso: *de diez años para el derecho de construir y de cinco años para el derecho de plantar o forestar*.

El propietario no podrá exigir al superficiario que lleve a cabo las obras o la plantación o forestación (se le estaría reclamando un “hacer” incompatible con la naturaleza de derecho real que reviste el que incumbe al superficiario); las facultades del nudo propietario quedan acotadas a la posibilidad de considerar extinguido el derecho una vez consumido el plazo legal de desuso.

A fin de tener por operado el “no uso” extintivo habrá de ponderarse las circunstancias de cada hipótesis particular, en función de las características propias de cada construcción o plantación concreta. En caso de desacuerdo, el conflicto lo zanjará el juez.

La extinción deberá documentarse mediante la respectiva escritura pública otorgada por superficiario y propietario conjuntamente –desde que no podrá surtir efecto extintivo la declaración unilateral–; ello si es que no mediara al respecto un litigio y su culminación en la correspondiente decisión judicial, como se planteará en la hipótesis de que superficiario y propietario no concordaran sobre la existencia del no uso o desuso.

La inscripción también resultará necesaria a los efectos de la oponibilidad a terceros de buena fe (arg. artículo 1893).

Es verdad que, en sentido contrario, calificada doctrina ha sostenido que los terceros conocen o deberían conocer que la superficie está sujeta a extinción por desuso y que ese desuso puede ser

verificado en los hechos (publicidad material), con lo que se soslayaría el concierto fraudulento entre el propietario del suelo y el superficiario para burlar a los acreedores del primero.

No obstante, entendemos que si los acreedores del superficiario verificaran el desuso, ante la pasividad del propietario, podrían ejercer por vía oblicua o subrogatoria la acción enderezada a que se declare extinguido el derecho por desuso (artículos 739/742). Ciertamente que se tratará de un procedimiento más pesado; empero, la seguridad jurídica ganará con él, ya que de lo contrario es indudable que se generarán interminables conflictos entre los interesados acerca de la existencia o inexistencia de desuso.

En cuanto a la propiedad superficiaria pareciera no resultar aplicable la causal de extinción por el no uso (no explotación de lo construido o plantado) –así opinan algunos–. Ello por tratarse de una propiedad –se ejerce sobre cosa propia–, la cual no se extingue por el no uso.⁴²

Tal conclusión negativa podría encontrar sustento en la circunstancia de que el artículo 2124 –el cual consagra al “no uso” como causal de extinción– *sólo se refiere específicamente* al derecho de construir, plantar o forestar y no a la propiedad superficiaria, con lo que quedaría descartado el no uso para la propiedad superficiaria.⁴³

Aun cuando cabe advertir que el artículo 2123 menciona a “la renuncia del derecho por el superficiario, su *desuso* o abandono [...]”. Bien que esta norma no se vincula con causales de extinción sino con la subsistencia de las obligaciones del superficiario en esas hipótesis.

No cabría argumentar con el artículo 2152, inciso c), atento que el artículo 2127 declara aplicables supletoriamente las normas del usufructo, pero sólo relativamente a las limitaciones del uso y goce y no en cuanto a la extinción de ese derecho.

⁴² Conf. Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, op. cit., t. X, p. 757; Messineo, F., op. cit., pp. 421 y 428.

⁴³ La ley 25.509 de superficie forestal, en cambio, disponía la extinción del “derecho real de superficie forestal” –sin distinciones– por “el no uso durante tres años” (art 8).

Con otro criterio, se sostiene que el no uso como causal de extinción jugaría *también* para la propiedad superficiaria. Y se agrega que

el nudo propietario no necesitaría demandar al superficiario el cumplimiento de la obligación esencial a su cargo, por lo que se limitará a verificar el incumplimiento una vez transcurrido el plazo legal.⁴⁴

De todos modos, creemos que podría pactarse *—y resultará conveniente hacerlo—* el no uso por determinado plazo como *resolutorio* de la propiedad superficiaria, toda vez que el artículo 2128 declara aplicables a la propiedad superficiaria las normas del dominio revocable. Y el artículo 1965 define al dominio revocable como

el sometido a una condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestas por *disposición voluntaria expresa* o por la ley.

En ese caso, estimamos que el plazo convenido no podría ser inferior al fijado por el artículo 2124 para el derecho de construir, plantar o forestar, a fin de no lesionar la armonía de las soluciones.

F. Expropiación

La expropiación del inmueble no se encuentra mencionada como causal de extinción del derecho de superficie, pero obviamente lo será, por imperio de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 21.

El monto de la indemnización se distribuirá entre propietario y superficiario con arreglo al valor de sus respectivos derechos al tiempo de la expropiación.

G. Publicidad de la extinción

Reiteramos que a los efectos de lo dispuesto en los artículos 1892 del CCC y 2° de la ley 17.801 y para que la extinción resulte oponible a terceros interesados de buena fe, se deberá inscribir en

⁴⁴ Conf. Kiper, C., en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (obra colectiva), t. IX, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 737.

el Registro de la Propiedad Inmueble el documento que instrumente el acto que provocó la extinción, salvo el supuesto de extinción debida al vencimiento del plazo, por motivos obvios.

H. Efectos de la extinción

El artículo 2125 dice:

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

Cabe advertir que los actos celebrados por el superficiario, en ejercicio de la facultad de disponer jurídicamente de su derecho, *se extinguirán con la superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal*, no resultando oponibles al propietario.

El propietario hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Producida la extinción del derecho real de superficie el nudo propietario extiende su dominio a las construcciones o plantaciones y hace suyos automáticamente lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Ello sin perjuicio de las eventuales formalidades a cumplir (artículo 1968, aplicable de conformidad con el artículo 2128). Por ejemplo, si el superficiario hubiera afectado lo construido a propiedad horizontal (tema sobre el cual ya nos detuvimos).

Se trata ésta de una consecuencia lógica de la extinción de la desmembración: el dominio readquiere su carácter de perfecto y abraza las obras existentes al momento de la extinción como consecuencia del principio de accesión.

Pero si la superficie se extingue por causales que no fueran el vencimiento del plazo (ej.: renuncia expresa, abandono, consolida-

ción, etc.), antes de que dicho plazo se consume, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo, continúan gravando separadamente los planos en que se divide el inmueble, como si no se hubiese cumplido extinción alguna, hasta el cumplimiento del plazo del derecho de superficie.

La norma persigue en este aspecto la protección de quienes hubieran concertado la creación de derechos reales o personales con el superficiario, pues habrán tenido en cuenta el plazo de duración del derecho de aquél.

En consecuencia, para el supuesto de que la superficie se extinga antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, y hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie, subsisten los derechos reales y personales constituidos y transmitidos sobre la superficie o sobre el suelo, gravando separadamente en planos el inmueble. Ello porque los terceros no pueden verse afectados en sus derechos, sean reales o personales, ya que al momento de su constitución, como dijimos, habrán tenido en cuenta el plazo pactado y publicitado.

2.14. Indemnizaciones

Según el artículo 2126:

Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

La norma impone al propietario el deber de "indemnizar" al superficiario, *salvo pacto en contrario*. Es posible que este pacto se transforme en cláusula de estilo en los contratos de constitución.

Es decir, que puede pactarse que el nudo propietario se quedará con las construcciones o plantaciones sin compensación ninguna al superficiario.

Si la indemnización procediera, su monto o las pautas y procedimiento para calcularlo pueden ser fijados por las partes en el acto

constitutivo del derecho de superficie o por acuerdos posteriores mediante escritura complementaria.

En subsidio, si nada apareciera acordado, a los efectos de establecer la cuantía de la indemnización, se tomarán en cuenta los *valores subsistentes* incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Ello no parece acertado, pues tendrá la indeseable consecuencia de que el superficiario, en el tramo final de su derecho, se desinterese de las obras: cuando peor sea su estado, menos deberá pagar.

Toda vez que se deja librada la determinación del monto indemnizable a la voluntad de los contratantes, un pacto en tal sentido se convertirá, casi con seguridad, en cláusula de estilo en los contratos de constitución.

Es lógico y recomendable que en los contratos de constitución de este derecho se prevea claramente la solución de estos temas, en tanto la inversión económica que conlleva su desarrollo hace que las construcciones o plantaciones, al momento de extinción de la superficie, pasen a engrosar el valor de la propiedad, y por ende, el patrimonio del titular del suelo.

En tanto la indemnización no sea saldada, al superficiario le asistirá el derecho de retención (artículo 2587 y ss.).

2.15. Normas supletorias relativas a limitaciones al uso y goce

Conforme el artículo 2127:

Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.

Según hemos dicho, el Código determina que, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado acerca de las limitaciones relativas al uso y goce en el título constitutivo, supletoriamente se aplican las relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo.

2.16. Normas aplicables a la propiedad superficiaria

El artículo 2128 dice:

Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

La primera parte de la norma no resulta del todo adecuada: si se trata de una propiedad superficiaria, obviamente jugarán las reglas de la propiedad superficiaria.

Como sobre la propiedad superficiaria separada el titular del derecho de superficie ejerce un derecho temporario, es apropiado que a la propiedad superficiaria le sean aplicables, en subsidio, las normas del dominio revocable (artículos 1966, 1968, 1969), en tanto sean compatibles y no estén modificadas en el Título que regula al derecho de superficie.

Protección legal de la vivienda

1. Protección de la vivienda

El Libro Primero, Título 3, referido a los Bienes, en el Capítulo 3 regula el régimen de protección de la vivienda (artículos 244 al 256).

La ley 26.994 deroga el régimen de *bien de familia* regulado en los artículos 34 a 50 de la ley 14.394.

1.1. Derecho a la vivienda y sobre la vivienda

El derecho a la vivienda es uno de los derechos fundamentales del hombre. En los fundamentos de la Comisión redactora del anteproyecto del Código, se expresa:

El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en tratados internacionales.

El derecho a la vivienda integra el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, reconocido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, luego de la reforma del año 1957, que declara: " la protección integral de la familia; [...] la defensa del bien de familia; [...] el acceso a una vivienda digna". En igual sentido, la reforma constitucional de 1994 incorporó los instrumentos internacionales que receptan el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales en el desarrollo del hombre. Entre ellos, con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN), incluyen este derecho las Declaraciones Internacionales de Derechos del Hombre: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

París, 1948, artículos 16 a 25, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Nueva York, 1967 (artículo 5); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea de Naciones Unidas y ratificada por la ley 23.179 de 1985 (artículo 3); la Convención de los Derechos del Niño (artículo 27, inciso 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26).

No existe duda que la vivienda tiene un valor superior para el individuo, para desenvolverse como persona dentro de una sociedad, y por ello no sólo es fundamental el derecho a la vivienda sino el derecho sobre la vivienda y su necesaria protección.¹

En órbitas específicas de aplicación, distintas leyes han creado sistemas especiales de protección de la vivienda habitada por una persona y su familia, o del predio destinado a la explotación familiar. Así, en el orden nacional, las leyes 11.157, 21.771, 23.091 y la 22.232 que regula la inembargabilidad de los inmuebles gravados a favor del Banco Hipotecario por préstamos otorgados para única vivienda propia, hasta los montos que determina la reglamentación, mientras el inmueble conserve el destino originario.

Por su parte, las Constituciones y leyes provinciales² hacen mención expresa a la defensa y protección de la familia, y la tutela especial de la vivienda. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que se promoverá el acceso a la vivienda única y la

constitución del asiento del hogar como bien de familia (artículo 36.7); la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a la vivienda digna (artículo 31). En sentido similar se expresan sobre la protección del bien de familia, las de San Juan (artículo 59); Salta (artículo 37); Santa Fe (artículo 21), Córdoba; La Rioja, Santa Cruz y Santiago del Estero.

Regímenes especiales se superponen con el nacional de bien de familia regulado por la ley 14.394, artículos 34 a 50, derogada por la ley 26.994.

Y si bien se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que la ley de bien de familia era insuficiente para abarcar las cuestiones en conflicto, la realidad muestra que sus imprecisiones y lagunas han sido cubiertas eficazmente por la abundante bibliografía autorial. Es que las normas locales que pretenden crear un privilegio de inejecutabilidad de la vivienda son inconstitucionales por ser materia propia de la Nación (artículo 75 inciso 12), y producen disvaliosos resultados finales.³

La jurisprudencia resolvió la inconstitucionalidad de las disposiciones locales *que modifican el sistema voluntario nacional de afectación del bien de familia*. La Corte Federal decidió –por mayoría– que

corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de Córdoba y la ley local 8067 pues determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor –y cuáles no– es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, por lo que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito, pues ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución. (cf. C.S., 19/03/2002, Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini, Fallos 325-428).

¹ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar", en *Protección Jurídica de la persona*. Homenaje al Dr. Julio César Rivera, *La Ley*, 2010, p. 244 y ss.; *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995. Mariani de Vidal, Marina, *Derechos Reales*, tomo 2, Zavalla, Buenos Aires, 2010, p. 113. Fazio de Bello, Marta y Martínez, Nory B., "Protección de la vivienda en el Proyecto de Código", *La Ley*, 2013-A, 658. Abella, Adriana N., col. Sabene, Sebastián; Regis, Ariel en *Código Civil y Comercial de la Nación Notarial Comentado* (dir.) Eduardo G. Clusellas, Buenos Aires, Astrea-Fen, 2015, comentario a los artículos 244 a 256.

² Véase Pcia. de Córdoba, la ley 8067; Pcia. de Santiago del Estero, la ley 6317; Pcia. de Formosa, la ley 1334; Pcia. de Chaco, las leyes 5052, ley 9543 y Pcia. de Buenos Aires, la ley 14432.

³ Véase Lloveras, Nora, "La protección constitucional de la vivienda familiar", con algunas acotaciones, *LL*, 1993-E-812, Medina, Graciela, "Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales", *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1992-7, 35; Barrera Buteler, Guillermo E. "La ley 8067 de inembargabilidad de la vivienda única es inconstitucional", *LLC* 1994, 781; Olcese, Juan María y Barrera Buteler, Guillermo Eduardo, "La protección a la vivienda única en la Constitución cordobesa de 1987 afecta al orden constitucional de la Nación", *JA*, 1992-IV-925.

Y agregó, que el tema no constituye una cuestión propia de la seguridad social sino del derecho sustancial y que

las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, en virtud de la delegación contenida en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. Ello alcanza a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor, cf. Trib. y causa cit. supra, del 19/03/2002 en Fallos 325-428.⁴

⁴ Esa doctrina fue reiterada posteriormente c. f. CS., 23-06-2009, "Romero, Carlos c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo", Fallos: 332-1488. Fallos de Tribunales Provinciales resolvieron: TSJ de Pcia. de Córdoba con referencia a la cláusula constitucional provincial en el artículo 58 que establece: "[...] la vivienda única es inembargable en las condiciones que fija la ley, [...] que la norma era pragmática y no operativa, siendo menester su reglamentación legal [...]" y que: "[...] El derecho a la inembargabilidad de la vivienda única sólo puede ejercitarse en el marco de los actuales regímenes legales, que no es otro que la ley 6.074, regulatoria de la constitución de bien de familia, instituto de raigambre nacional (ley 14.394), por lo que si el propietario *no acredita la afectación de la vivienda a dicho régimen*, o que la deuda sea posterior a la inscripción como tal, el beneficio no puede ser invocado"; TSJ Córdoba 9.8.91, Gutierrez de López, y TS, sala Civ. y Com., 8.8.89, Molina, Florida. En otro fallo la CSJ de la Provincia de Santa Fe en la causa "Caballo de Troya c. Aguilar, Héctor Fabián Oscar s/ ejecutivo, incidente de levantamiento de embargo, confirmó la inconstitucionalidad de una ley –en el caso, la 9543 de la Provincia de Entre Ríos– que lo consideró inscripto de pleno derecho como bien de familia. Sanción de invalidez que en relación a esa misma normativa ya había sido declarada por la Cám. de Apel. de Concordia, sala Civil y Comercial I, en "S. A. Club del Este c. Navas, Alberto Serafín" al decir: "[...] regula sobre las relaciones entre deudores y acreedores porque determina qué bienes –vivienda única– no pueden ser atacados por éstos para satisfacer sus acreencias, pero, además, establece pautas que se contraponen en forma clara con la Ley 14.394. En efecto, repárese que mientras ésta exige la inscripción registral, fijando los requisitos y el procedimiento a seguir, aquélla prescinde de todo trámite y modifica la fecha a partir de la cual operan los efectos del régimen (comparar los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 9.543 con los artículos 34, 35, 36, 38, 42 y ss. y ccs. de la ley 14.394), lo que descarta que la normativa provincial solamente establezca consideraciones procesales o técnico registrales, como sostiene el recurrente en sus agravios. Y todo ello, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, importa incursionar en una materia de exclusiva competencia legisferante del Congreso Nacional, razón por la cual no puede invocarse válidamente pues contraría derechos y garantías acordados por la ley civil, violentando los artículos 31 y 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Fallo del 01/03/2011 publicado en LL Litoral, 2011, junio, 563, Sentencia del 07/03/2012 publicada en LL Litoral, 2012, septiembre, 863. El STJ de la Prov. de La Pampa al revocar un levantamiento de embargo ordenado sobre una vivienda única con único sustento en el derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, señaló: "[...] a modo de síntesis de lo expuesto, si de la garantía constitucio-

En la Provincia de Buenos Aires, la ley 14.432 *tiene por objeto la protección de la vivienda única y de ocupación permanente de todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires que cumpla con ese destino*, y constituya el único inmueble del titular, y *guarde relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, conforme los parámetros que determina la reglamentación*. Las garantías propiciadas por esta ley benefician al *grupo familiar del titular de la vivienda*, aún en el caso de fallecimiento de aquél, siempre que éstos habiten la vivienda con carácter permanente. Se entenderá por grupo familiar al *originado en el matrimonio o en las uniones de hecho incluyendo a los ascendientes y descendientes directos de alguno de ellos*. El inmueble es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular, lo que hace *necesaria la renuncia formulada por escrito, con la firma refrendada por autoridad pública*. El renunciante debe ser informado cabalmente sobre los alcances de su acto y en caso que *fuere casado o conviviente, se requerirá el consentimiento de su cónyuge o conviviente mediante su firma (artículo 9, último párrafo de la ley 14.432)*.⁵ La jurisprudencia resolvió que:

[...] toda vez que la ley 14.432 invadió esferas propia de la legislación nacional y de derecho común (artículos 75 inc 22 y 126 Constitución Nacional), que esa misma materia está regulada en la mentada ley 14.394 y que constituye una razonable reglamentación de la protección de la vivienda familiar, la ley local impugnada 14.432 resulta contraria a la Constitución Nacional (artículo 31 C.N., [...]) resultando claramente

nal de acceso a una vivienda digna no se puede derivar, directa y necesariamente, una cláusula de inembargabilidad, puesto que poseer el derecho a vivir en un espacio decoroso, no implica forzosamente la conservación del dominio sobre ese inmueble, tampoco se justifica sustraer ese bien a la prenda común de los acreedores; y si ese derecho, en realidad es una directiva programática a fin de que el Estado brinde las condiciones y los medios para acceder a una vivienda apropiada, se necesita de una ley para hacerla operativa, lo cual es prerrogativa única del Congreso Nacional y, consecuentemente, cuestión excluida al Poder Judicial "Tosone Patricia c. Steffanazzi Raúl y otro", 28/7/2008, LL Patagonia 2008, 12.561.

⁵ Según el artículo 5 no será oponible la inembargabilidad respecto de deudas originadas en: a) Obligaciones alimentarias. b) El precio de compra-venta, construcción y/o mejoras de la vivienda. c) Impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda. d) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda única.

del texto de ambas normas (ley nacional 14.394 y ley provincial 14.432) la identidad de la materia legislada, cabe concluir en la inconstitucionalidad de la norma local porque aborda una materia delegada por las Provincias a la Nación, y propia de la legislación de derecho común que es nacional (artículos 75 inciso 22 y 126 Constitución Nacional) [...] corresponde confirmar la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley local 14.432 porque la garantía de la vivienda familiar es una cuestión de competencia del Congreso de la Nación y no de las legislaturas locales (artículos 36 inciso 7 Const. Pcia. Bs. As.; artículo 14 bis, 31, 75 inciso 22, 126 y conss. Const. Nac.)⁶

En otro fallo se resolvió:

[...] que la ley transgrede la delegación de ciertas facultades al Estado Nacional, por lo que en la medida en que una ley del Congreso Nacional no modifique el Código Civil o derogue o modifique la ley 14.394 —que regula el bien de familia— la inembargabilidad e inejecutabilidad debe ser juzgada entonces conforme a sus prescripciones. Ello no implica que las Provincias no puedan mejorar derechos individuales y colectivos previstos en la CN, pero *de manera alguna supone que al obligarse constitucionalmente a brindar una vivienda digna a todos sus habitantes lo hagan en desmedro de los legítimos derechos de otros ciudadanos y de las normas dictadas por el órgano federal competente*. Por lo tanto impedir, entonces a un legítimo acreedor embargar y ejecutar un bien del patrimonio de su deudor implica un menoscabo de su derecho de propiedad.⁷

⁶ Fallo "Goñi Hugo H. c/ Coria Sergio Daniel s/ Cobro Ejecutivo", Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Azul, 23.9. 2014.

⁷ CNCom. Sala A el 20/12/2013 "Cao López Aurora c/ Vicente Oscar y otro s/ Ejecutivo", <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/ficha/000065207>. En otro fallo: "[...] declaro su inconstitucionalidad, pues se trata de una cuestión de fondo o de derecho común que se encuentra delegada en los términos del artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. En la medida, que el sistema de inembargabilidad e inejecutabilidad "automática" o de inmunidad de la vivienda única que prevé la ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires difiere del "voluntario" contenido en la ley nacional de bien de familia, y que ésta a su vez, cumple con los estándares de la Carta Magna y de los

instrumentos internacionales, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma provincial. La garantía del artículo 14 bis de la Constitución Nacional importa una obligación de fuente constitucional y convencional consistente en desarrollar políticas públicas que posibiliten el acceso a la vivienda digna, pero de ella no se puede inferir la necesidad de que su inembargabilidad o inejecutabilidad sea

1.2. Protección de la "vivienda familiar" en el Código Civil y Comercial de la Nación

Como dijimos, el Código en el Libro Primero, Título 3, Capítulo 3, regula la protección de la "Vivienda", empero otras normas tutivas regulan sobre la "vivienda familiar" y los derechos sobre ella, en el Libro Segundo de las Relaciones de Familia, y en el Libro Quinto de las sucesiones.

En las normas de matrimonio, y de uniones convivenciales, se regula:

a) sobre atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble ganancial o propio de uno de los miembros de la pareja, o alquilado, y sus efectos en caso de divorcio (artículos 443 y 444);

b) los actos que requieren *asentimiento del cónyuge no disponente en caso de transmisión de derechos sobre la vivienda familiar, y los muebles* indispensables de ésta (artículo 456);

c) la atribución del hogar común en caso de la ruptura de la convivencia (artículo 514);

d) la protección de la vivienda familiar si ha sido inscripta la unión convivencial, y la imposibilidad del titular dominial de disponer *de los derechos sobre ella* sin el asentimiento del conviviente inscripto (artículo 522);

e) la atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial, a uno de los convivientes que tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad, si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (artículo 526);

f) la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes, y el derecho de habitación temporal del supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta (artículo 527).

En materia sucesoria:

automática". Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, "Rabaza, Luis Francisco c/ Cooperativa de Trabajo Alfin de Mar Ltda. y otro s/ cobro ejecutivo de alquileres", 24/09/2013, La Ley 2014-A, 323 ; en igual sentido "Banco Francés S.A. c/ Ullua, María Celia s/ ejecución 31/10/2013, LLBA 2014 (abril), 335, Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, César, Angel Luis y Rinaldi, Silvia Mabel s/ concurso preventivo 30.9.2014.

a) la posibilidad de imponer el testador, o convenir los comuneros, la indivisión forzosa por el plazo no mayor de diez años (artículos 2330, 2331);

b) el derecho a la oposición del cónyuge o de un heredero a la partición (artículos 2332 y 2333);

c) la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que sirve de habitación que regula el artículo 2381.

2. Análisis del régimen de protección de la vivienda por el Código Civil y Comercial

El Código recepta la denominada “constitucionalización del derecho privado” y en el marco de los tratados de derechos humanos, la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, la tutela del niño y adolescente, las personas con capacidad diferente, los incapaces, la vivienda, etcétera.

Ya en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires 2005, las conclusiones de *lege lata* expresan:

[...] La *protección constitucional de la vivienda beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad*. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (artículo 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de derechos humanos con rango constitucional (artículo 75, inciso 22, CN).

2.1. Afectación. Manifestación de voluntad del titular

En respuesta a los cambios políticos, sociales, económicos y culturales de los últimos cuarenta años, y a fin de cubrir las exigencias que demanda la sociedad en el tema de protección de la vivienda, es requisito para la afectación la manifestación de voluntad expresa del titular registral del inmueble, y en caso de condominio la manifestación de voluntad de todos los condóminos en forma conjunta, sin exigir parentesco entre ellos.

La manifestación expresa de la voluntad del titular del inmueble, puede ser por acta ante el registro de la propiedad inmueble, por escritura pública, o por testamento.

Con ello va dicho, no es automática la afectación, ya que se afectan deberes y derechos recíprocos susceptibles de apreciación pecuniaria: se generan limitaciones al constituyente y a los beneficiarios, así como a los acreedores posteriores y anteriores a la afectación.

A partir de la afectación, el inmueble sólo podrá ser enajenado o gravado cumpliendo con las prescripciones legales, y se admite la subrogación real.

La protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales del Código que tutelan la vivienda familiar.

2.1.1. Legitimados para la afectación

Legitimados para la afectación son el o los titulares registrales; el testador, o el juez según los supuestos legales.

Dispuesta la afectación por testamento, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en defecto de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo, previo control de las disposiciones de la ley. En caso de oposición de alguno de los herederos, será el juez quien resolverá atendiendo a lo que resulte ser más conveniente para el interés familiar (arg. artículo 2330).

El Código innova, ya que la afectación puede ser ordenada por el juez *a petición de parte*—cualquier beneficiario, ex cónyuge, ex conviviente, no titular, o por el Ministerio Público—, *y de oficio en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio, o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, cuando haya beneficiarios incapaces o con capacidad restringida*.

Concluimos que están legitimados para afectar:

- 1) el titular de dominio;
- 2) los condóminos, en forma conjunta sin necesidad de ser parientes entre sí;
- 3) el juez, si fue dispuesta por acto de última voluntad, y es solicitada por cualquiera de los beneficiarios, o el Ministerio Público;
- 4) el juez, de oficio en la resolución que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida;
- 5) el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio.

Nos preguntamos si al expresar el artículo 245 que “[...] la afectación puede ser solicitada por el titular registral [...]”, no podrían hacerlo el superficiario y el usufructuario. Entendemos que la respuesta afirmativa se impone.

No es necesario el asentimiento conyugal para la afectación, sea el inmueble propio o ganancial, ya que no hay disposición patrimonial y por el contrario el acto redunda en beneficio del grupo familiar.

Procede la afectación a vivienda en forma simultánea con la adquisición del inmueble.

2.1.2. Inmueble. Destino. Valor

Destino

El Código establece que el inmueble debe estar destinado a vivienda en todo o en parte de su valor; y si es rural, no podrá exceder una unidad económica, conforme el artículo 256.

El Código innova ya que admite un único destino, “vivienda”.

No se incluye en consecuencia el inmueble en el que se desarrolle una actividad comercial o industrial exclusivamente.

Entendemos razonable la procedencia de la afectación de un inmueble en el que el beneficiario desarrolle una actividad comercial, industrial o profesional, si al menos uno de los beneficiarios lo habita en calidad de su vivienda.

Totalidad o una parte de su valor

El Código dice que la afectación puede ser por su totalidad o “hasta una parte de su valor”.⁸ En este último supuesto el afectante deberá establecer la porción afectada, y en consecuencia será susceptible de ejecución la parte no afectada.

Entendemos que podría resolverse que el acreedor subaste todo el inmueble y entregue el valor de la porción afectada al propietario, por la subrogación real, en una interpretación sistemática con el artículo 248.

⁸ La Disposición técnico registral 4/2015 del Registro de la Propiedad de la Capital Federal, artículo 3, dispone: “Podrá ser afectado un inmueble independientemente de su valor, pero si se lo afectare sólo por una parte de él (artículo 244 del CCyC), se expresará la porción en términos fraccionarios”.

Topes

Se suprime toda referencia a topes, en orden a las transformaciones sociales, económicas, y opiniones doctrinarias que se pronunciaron con anterioridad a la sanción de la ley 26.994.

Entendemos que aún sin mencionar la ley tope de valor, si el inmueble afectado –por sus características– excediere las necesidades particulares según los fines tenidos en mira por el legislador, dará derecho a los acreedores, fundando su reclamo, a pedir la desafectación. La cuestión será resuelta por el juez.

En materia de inmuebles rurales rige el límite de la unidad económica (artículo 256).

Un solo inmueble

El artículo 244 contempla expresamente que se puede proteger sólo un inmueble.

Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter, dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

2.1.3. Documentación necesaria para la afectación

Las disposiciones registrales locales determinan los requisitos formales.⁹

⁹ La Disposición técnico registral 4/2015 del Registro de la Propiedad de la Capital Federal dice en su artículo 2: En la calificación de los documentos de afectación al régimen de protección de la vivienda, sean estos originados por petición administrativa o por escritura pública, se deberán verificar los siguientes requisitos: a) Ser otorgados por el titular de dominio o por todos los condóminos en forma conjunta; b) Cuando el afectante establezca beneficiarios, deberá acreditar el vínculo correspondiente, indicando además la edad y el estado civil de éstos. En el caso del conviviente deberá tratarse de una unión convivencial, conforme los artículos 509 y 510 del CCyC; e) Manifestación de: - Cumplimiento del artículo 247 del CCyC (habitación efectiva de la vivienda). - Convivencia en el supuesto del artículo 246 inciso b) del CCyC [...] - No tener en trámite de inscripción otra solicitud similar ni resultar ser propietario único de dos o más inmuebles afectados a este Régimen. La Orden de servicio 45/2015 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dice: Puede ser solicitada por el titular registral (si el inmueble está en condominio deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente) o judicialmente (artículo 245 CCC). [...] El titular registral puede afectar a vivienda sin otro beneficiario. Los beneficiarios no se publicitarán en los asientos, quedando individualizados sólo en la minuta rogatoria.

Para la afectación será necesario presentar el título de propiedad del inmueble a afectar, el documento de identidad del afectante; y si el afectante designa beneficiarios, la documentación que acredite el vínculo con los beneficiarios designados (artículo 246).

2.1.4. Beneficiarios

Reiteramos que el Código innova y modifica sustancialmente la causa del régimen tuitivo, ya que protege a la persona soltera y sin familia.

El artículo 246, contempla como *beneficiarios*:

a) *al propietario constituyente; su cónyuge; su conviviente; sus ascendientes o descendientes;*

b) *en defecto de ellos, a sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.*

El titular, una vez afectado el inmueble, debe tolerar que los beneficiarios ejerciten la facultad de habitar o gozar de los frutos.

Los beneficiarios podrán servirse del inmueble, en concurrencia con el afectante y demás beneficiarios.

Conviviente

Se contempla la designación al conviviente, en concordancia con las normas del Código que le atribuyen derechos especiales.¹⁰

En una interpretación sistemática, la inscripción de la unión convivencial parecería ser un requisito para la designación de beneficiario, ya que se exige el asentimiento del conviviente inscripto para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta, y para que proceda la garantía de inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después del inicio de la convivencia (artículo 522); la conformidad del conviviente inscripto en caso de transmisión de la vivienda afectada (artículo 250), y el asentimiento del conviviente inscripto para la desafectación [artículo 255 inc a)].

¹⁰ La jurisprudencia ha contemplado y reconocido la afectación del inmueble a bien de familia a los titulares condóminos concubinós con hijos menores. Véase CNCIV, sala H, 28.5.2010, Máximo Virrería Marchetti y Adriana Lidia Vázquez, La Ley, 2010 D-561.

Ascendientes y descendientes

Se establece la designación de beneficiarios a los ascendientes o descendientes del propietario constituyente.

Adherimos a una interpretación amplia (comprensiva de los descendientes del cónyuge y el conviviente) ya que ella guarda correspondencia con las previsiones de los artículos 672 a 676 y el espíritu que informa todo el Código Civil y Comercial.¹¹

Colaterales hasta el tercer grado

Si el propietario no tiene cónyuge, conviviente, ascendientes ni descendientes, puede designar a sus parientes colaterales hasta el tercer grado (véase artículos 529 a 536).

La designación de estos beneficiarios del inciso b), exige de la convivencia.

2.2. Inscripción de la afectación

El Código establece el requisito de la inscripción de la afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble, y en el artículo 244 segundo párrafo, y dice:

[...] La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

La inscripción de la afectación se formaliza en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda al lugar de situación del inmueble afectado, con la prioridad temporal que rige la Ley Nacional de Registro de Propiedad Inmueble 17.801.

La inscripción tiene efectos declarativos. Ello responde al principio general que confiere la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, a partir de su inscripción registral, conforme el artículo 1893 del CCCN y la Ley Nacional de Registro de Inmueble. El efecto principal de la afectación del inmueble es tornarlo insusceptible de ejecución, por lo que es lógica que esa alteración al régi-

¹¹ Tobías, José W en *Código Civil y Comercial comentado*, Jorge H. Alterini (dir.), Ignacio E. Alterini (coord. tomo II), p. 90, José W. Tobías (dir. tomo II), artículos 225 a 400.

men del patrimonio como garantía común de los acreedores sea inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble con tales efectos.

Se resuelve así en armonía con la corriente jurisprudencial y doctrinaria anterior a la sanción del Código. En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 2005), se votó la siguiente recomendación:

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

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió:

[...] es oponible el bien de familia constituido según la copia de escritura, entregada al escribano interviniente, no obstante que se había omitido el asiento respectivo. [...] En el caso la afectación del inmueble al régimen debía tenerse por operada desde el momento en que así fue solicitada por el interesado, aun cuando la Dirección General de Inmuebles, por error, no hubiese practicado el asiento [...].¹²

En consecuencia, la prioridad entre dos o más inscripciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y número de la presentación asignado a los documentos. Se aplicará según los casos, el régimen de la prioridad directa o el de reserva de prioridad indirecta. Si la afectación se instrumenta en escritura pública, se aplica la retroprioridad (*artículos 5, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25 y cc. de la ley 17.801 y el artículo 1893*). Si se solicita

¹² Fallos 307:II:1647. En otro fallo la Suprema Corte de Buenos Aires ha resuelto que: "[...] tratándose de una deuda contraída en el lapso que va de la constitución del bien de familia mediante escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad (dentro de los 45 días que establece la ley registral para otorgarle a tal inscripción efectos retroactivos a la fecha de la escritura) el inmueble no está afectado por dicha deuda, razón por la que corresponde levantar el embargo [...]" (SCBA 19.10.93 "Minadeo de Federico c. Deambrosi, Carlos s/ Tercería de dominio", Revista Notarial 917.51)

por la vía administrativa, se retrotraen los efectos a la fecha de la rogación.¹³

2.3. La habitación efectiva

El Código requiere en el artículo 247, la habitación efectiva en el inmueble afectado. *Exige que al menos uno de los beneficiarios habite en el inmueble, tanto para la afectación, como para que los efectos subsistan.*

Debemos distinguir la habitación de la convivencia. *La habitación efectiva* se cumple si al menos uno de los beneficiarios habita el inmueble afectado. *La convivencia* se impone si el constituyente no tiene más familia que la formada por los colaterales dentro del tercer grado y designa beneficiarios a ellos (artículo 246 inciso b).

La muerte del instituyente no configura una causa de desafectación.

2.4. Subrogación real

La subrogación real es una ficción jurídica por la cual el objeto subrogante ocupa el lugar del subrogado. Supone una modificación objetiva y cualitativa de la relación jurídica, mediante la cual el objeto ocupa en dicha relación, el lugar que ocupaba el otro, y lo hace en las mismas condiciones de afectación.

La jurisprudencia y la doctrina se habían pronunciado en el sentido que contempla la norma con fundamentos:¹⁴ "[...] No admitir

¹³ La DTR 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal en el artículo 5 dice: "A los efectos del artículo 244, 2º párrafo, la solicitud de afectación mediante petición constitutiva ante este Registro, la escritura notarial o la decisión judicial que disponga la afectación, deberá tener ingreso en el ordenamiento diario previsto por los artículos 19 y 40 de la Ley Nº 17.801. Artículo 6: Las normas de esta Disposición se aplicarán en la calificación e inscripción de los documentos notariales y administrativos autorizados a partir del 1º de agosto de 2015, fecha en la que entrará en vigencia la presente disposición técnico registral."

¹⁴ La jurisprudencia resolvió que: "[...] el objetivo que se busca a través de la constitución de bien de familia resultaría inexistente si [...] se le niegan acciones declarativas en orden a la sustitución del bien de familia por otro inmueble con efecto retroactivo a la fecha de constitución del originario y se le liquida el bien en la quiebra entre todos sus acreedores anteriores y posteriores a la inscripción". CCCom de San Isidro, sala I, 3.2.97. "Kipperband, Jacobo c/ reg. De la Prop. Inmueble de la Pcia. de Buenos Aires, La Ley, B.A. 1997.530". "[...] Corresponde hacer lugar al pedido de sustitución de bien de familia con efecto retroactivo si no carece de motivación axiológica ni existen elementos que permitan suponer una

la figura vulnera el derecho de la persona a la vivienda, de base constitucional y supra constitucional";¹⁵ e "[...] implica la condena al deudor a vivir en el inmueble indefinidamente".¹⁶

Y en encuentro de registradores se resolvió que

[...] algunos registros de la propiedad admitan el ingreso de documentos que contengan la manifestación de la subrogación para su inscripción.¹⁷

El Código expresamente admite que se pueda afectar en subrogación la *nueva vivienda* adquirida,¹⁸ empero entendemos que podría ser en otro inmueble de titularidad del instituyente que ya se encuentra en su patrimonio –porque quiera mudar su vivienda–, sea que lo haya adquirido con anterioridad o durante la vigencia del régimen. Es que la situación no varía para los acreedores dado que lo que antes de la sustitución del inmueble estaba fuera de sus posibilidades de ejecución, continuará en las mismas condiciones en el bien subrogado.

Por efecto de la subrogación, el bien subrogado gozará del beneficio con efecto retroactivo, o sea, desde la fecha de la afectación del primer inmueble afectado a vivienda, o al régimen de bien de familia (ley 14.394).

alteración perjudicial de la situación jurídica de los terceros ni tampoco de los beneficiarios." CCCom Rosario, sala 1ª, 23/10/2002, "Gil, Alberto s/ Recurso de recalificación", Zeus, t. 91, R-575, caso N° 29.275. En igual sentido en las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Buenos Aires 2005.

¹⁵ Medina, Graciela; Pandiella, Juan Carlos, "Bien de Familia y subrogación", en *Bien de Familia*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 177.

¹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995 § 10, p. 78 y ss.

¹⁷ En la XL Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Paraná, 2003), se declaró que: "1) En el caso de subrogación real puede admitirse, sobre el nuevo inmueble, la subsistencia del bien de familia con vigencia desde la fecha de su constitución originaria. 2) Respecto de la sustitución de un inmueble por otro existente en el patrimonio del constituyente es conveniente propiciar una reforma legal para determinar su inclusión y efectos".

¹⁸ El Proyecto de Código Unificado de 1998 (Comisión creada por Decreto 685/95), fuente del artículo, lo regula en su artículo 238 que establece: "*Subrogación real*. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización."

Si se enajena el inmueble afectado, y no se adquiere simultáneamente otro, subsistirá la protección sobre el precio recibido, hasta que sea reinvertido en la adquisición de una vivienda.¹⁹

En todos los casos se debe dejar constancia expresa de la reserva de sustituir/subrogar el beneficio de la afectación, en la oportunidad de la desafectación del inmueble subrogado.²⁰ Esta declaración resulta imprescindible a los fines de la individualización del objeto subrogado.

La prueba de la identidad de las sumas obtenidas en la enajenación con las reinvertidas recae sobre el afectante, por ello sería aconsejable que depositara el importe en una cuenta bancaria especial, ya que facilitará la prueba.

De existir cautelares registradas, debe rogarse judicialmente la sustitución, previo al acto de enajenación.

Concluimos que la subrogación –continuidad del régimen tuitivo– se extiende al inmueble destinado a vivienda que lo sustituya; al precio del inmueble –sea la enajenación voluntaria o forzosa–; y a las indemnizaciones en caso de expropiación, o del seguro por destrucción del inmueble afectado.

2.5. Acreedores: efectos de la afectación

La vivienda afectada *no es susceptible de ejecución* por deudas posteriores a su inscripción, excepto las enumeradas en el artículo 249, que analizaremos en el apartado siguiente.

El Código establece una excepción al principio general de garantía común que tienen los acreedores sobre todos los bienes del deudor, afectados al cumplimiento de sus obligaciones.

Por el efecto principal de la afectación el inmueble resulta en consecuencia *inejecutable* por ciertos acreedores, que podrán embargar pero no ejecutar el inmueble. La imposibilidad de provocar

¹⁹ Regis, Ariel E. "Aspectos conflictivos de la Subrogación real en el Proyecto de Código Unificado", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, noviembre, 2012.

²⁰ La orden de Servicio del registro de la provincia de Buenos Aires dice en caso de subrogación: "[...] en la escritura de compraventa por la cual se desafectó la vivienda deberá surgir la reserva de sustituir/subrogar la vivienda en los términos del artículo 248 del CCC. En la escritura de adquisición, el notario deberá referenciar la reserva indicada, consignando todos los datos de la primitiva afectación [...]. En dicho caso el registrador deberá controlar los datos del Bien de Familia sustituido en la inscripción antecedente previo a su traslado".

la ejecución impide, a su vez, el cobro de su crédito sobre la suma de dinero que lo sustituya como precio o indemnización.

2.5.1. Acreedores con derecho a ejecutar

Los acreedores con causa anterior a la afectación, y los autorizados por la naturaleza de sus créditos, pueden ejecutar el inmueble porque el acto es inoponible a ellos.

Para determinar si la deuda es anterior a la afectación debe considerarse la fecha del contrato o el hecho ilícito que la generó y tratándose de títulos valores la fecha de su libramiento. No debe considerarse la fecha del incumplimiento del contrato, ni de la demanda por daños y perjuicios, ni la de la sentencia que condena a pagar.

Según el artículo 249 la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto por:

- a) obligaciones por expensas comunes, y por impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble;
- b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;
- c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

Los créditos por impuestos, tasas, contribuciones, gravámenes, construcciones y mejoras ya se encontraban incluidos en el artículo 38 de la ley 14.394. Se incorpora expresamente los créditos por expensas comunes y los alimentarios, en tanto el acreedor sea el hijo menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, del titular o de cualquiera de los condóminos en su caso.

Remanente de subasta

En caso de subasta del inmueble por los acreedores con derecho, abonadas las deudas, si queda un remanente, debe ser entregado al instituyente, quien deberá destinarlo a la vivienda que reemplaze.

2.6. Frutos

Se establece en el artículo 251 la embargabilidad y ejecutabilidad de los frutos que produzca el inmueble, en la medida que no

sean indispensables para satisfacer las necesidades del grupo familiar. No hay topes rígidos ya que el límite deberá ser evaluado en cada caso, según las particularidades que se presenten.

En consecuencia, *los frutos que produce el inmueble son embargables y ejecutables con la sola limitación de aquellos "indispensables" para satisfacer las necesidades de los beneficiarios quedando excluidos los que se utilizan para lujo o por conveniencia.*

Las pautas concernientes a los frutos encontrarían su razón de ser en los supuestos de locación autorizada judicialmente, o la locación parcial del inmueble afectado.

2.7. Créditos fiscales

El artículo 252 regula un tratamiento tributario favorable del inmueble afectado.

Se exime a la vivienda protegida del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte —en las provincias que lo contemplan—, siempre que la transmisión se haga a favor del cónyuge, descendientes, ascendientes, o en su defecto los parientes colaterales hasta el tercer grado que convivan con el constituyente, y no se desafecta en los cinco años posteriores a la transmisión. De producirse la desafectación antes del plazo corresponderá pagar recargos, multas o intereses.

La segunda parte del artículo determina la exención de impuestos y tasas para los trámites de constitución e inscripción, no por la desafectación.

2.8. Honorarios

La norma establece un régimen arancelario específico. El honorario por la afectación con intervención profesional no podrá exceder, en su conjunto, el 1 % de la valuación fiscal. En caso de proceso sucesorio o concurso o quiebra, la alícuota asciende al 3%.

Se innova en la inclusión de los procesos concursales, ya que el artículo 48 de la ley 14.394 sólo hacía referencia al proceso sucesorio.

Se entiende que la limitación cuantitativa debe aplicarse en caso de desafectación, modificación por inclusión de nuevos beneficiarios, o la exclusión de alguno de los designados originariamente.

2.9. Transmisión y constitución de gravamen de la vivienda afectada

Para la transmisión o constitución de gravamen del inmueble afectado se necesita de la conformidad del cónyuge o conviviente, si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta.

La falta, oposición, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o conviviente, pueden suplirse por el juez, quien determinará si el acto resulta conveniente para el interés del grupo familiar.

La supresión de la referencia a causas graves o de manifiesta utilidad puede interpretarse como una cierta morigeración de la rigidez de parámetros para el juez, y no impide la necesidad de dictamen del Ministerio Público en su caso, a fin de verificar que el acto se justifique por el interés de la familia (aplicación análoga del artículo 458 *in fine*).

Es posible la constitución de garantías reales, cuando el inmueble está afectado a vivienda, siempre que los actos se otorguen con la conformidad del cónyuge del titular, o de su conviviente con unión convivencial inscripta, o con la venia judicial supletoria, se trate de bien propio o ganancial. Éstos acreedores podrán ejecutar el inmueble, de así requerirlo para cobrar su crédito.

2.10. Legado o mejora testamentaria del inmueble afectado a vivienda

El inmueble afectado a vivienda puede ser objeto de un legado o mejora testamentaria, *cuando la disposición testamentaria favorezca a los beneficiarios.*

2.11. Inmueble rural

El régimen de protección de la vivienda no es privativo de los inmuebles urbanos, sino que también se extiende a los rurales. El artículo 256 contempla la posibilidad de la afectación de un inmueble rural siempre que no exceda de la "unidad económica" —según el ordenamiento territorial local— y se destine a vivienda habitual.

El concepto de unidad económica está vinculado a la actividad, ubicación del predio, al índice de productividad, a la aptitud de los suelos, la aplicación de métodos tecnológicos, y otros elementos que permitan obtener un mejor aprovechamiento de la parcela que se genera por resultado de la subdivisión del suelo. De tal modo que la superficie es uno de los elementos que hacen a la unidad de producción y su rentabilidad. Los fines —agrícola, ganadera, de ex-

plotación agropecuaria, etc.— son los que determinan la superficie de una unidad económica.

2.12. Deberes de la autoridad de aplicación

La autoridad de aplicación es el Registro de la Propiedad Inmueble en las distintas sedes de las Provincias y la Capital Federal.

El asesoramiento y la colaboración por el personal del registro, es gratuito para los trámites vinculados a la constitución y la cancelación de la afectación. El fundamento es no generar costos al particular en gestiones vinculadas a un régimen tuitivo de la vivienda.

2.13. Desafectación

El Código distingue la desafectación y la cancelación de la inscripción al igual que la ley 14.394, en su artículo 49.

La desafectación puede formalizarse por acta ante el mismo registro inmobiliario, por oficio judicial o por escritura pública.

El artículo 255 en sus cinco incisos regula los supuestos de desafectación y cancelación de la inscripción del régimen:

Inciso a):

A solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente.

Así como la afectación es voluntaria, también lo es la desafectación.

Es requisito el asentimiento del cónyuge o conviviente con unión inscripta, a fin de preservar a los beneficiarios de actos negligentes o intempestivos del propietario que desatiendan el interés familiar. Al igual que en el supuesto contemplado en el artículo 250, para la transmisión de la vivienda afectada, serán el juez quien ha de resolver los supuestos de disconformidad, y valore el interés familiar para autorizar la desafectación.

Inciso b):

A solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge superviviente, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios in-

capaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente por el interés de éstos.

Se incorporan las mismas referencias del inciso anterior. La valoración de la conveniencia debe apreciarse para el conjunto del grupo y no para alguno o algunos de ellos, al menos cuando se trate del cónyuge o conviviente.

Inciso c):

A requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior.

Se incorporan las limitaciones que contiene el inciso "b" al legislar para el caso de comunidad hereditaria.

Inciso d):

A instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios.

La desafectación judicial procederá en los siguientes casos: 1) cuando haya más de un inmueble afectado por el titular, siempre que sea propietario único; 2) cuando no haya habitación efectiva con los alcances del artículo 247; y 3) cuando el titular y todos los beneficiarios hayan fallecido.

Inciso e):

En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.

Se mantiene sustancialmente la redacción de la primera parte del inciso e) del artículo 49 de la ley 14.394, pero se suprimen los casos en que existan causas graves que justifiquen la desafectación a juicio de la autoridad competente.

Bibliografía

- Abella, Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, Zavallia, 2008.
- Abella, Adriana; Sabene, Sebastián, Comentario arts. 225 a 243, en *Código Civil y Comercial notarialmente comentado*, Gabriel Clusellas (coord.), Buenos Aires, Astrea Fen, 2015.
- Abreut de Begher, Liliana, "Régimen jurídico de los sepulcros en los cementerios públicos y privados", *La Ley*, t. 1989-E, p. 973.
- Acha, Hugo, *Derechos reales de garantía para el crédito naval*, Buenos Aires, Lerner, 2012.
- Adrogué, Manuel, "Régimen jurídico de los sepulcros. Convenios sobre la utilización de los mismos", *La Ley*, t. 148, pp. 534/547.
- Allende, G., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o suspendidos por el Código Civil*, Buenos Aires, 1964, pp. 115/117.
- Allende, Guillermo Lorenzo, "Sepulcros. Aspectos jurídicos fundamentales", *La Ley*, t. 124, p. 821.
- Allende, Guillermo, *La posesión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- Allende, Guillermo, *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- Alterini, J. H. (dir. de la obra), Cossari, N. (dir. del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. IX, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Alterini, J. H., "Derecho real de superficie", *Revista del Notariado*, n° 850, 1977, p. 16 y ss.

- Alterini, J. H., "Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil", *ED*, supl. diario del 11.07.72.
- Alterini, J. H., "Modos de adquisición del dominio de automotores", *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, año IV, n° 7, octubre 1991, p. 115.
- Alterini, J. H., "Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio", *El Derecho*, 56-740.
- Alterini, J. H.; Vázquez, G., "Revalorización de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", *La Ley*, supl. diario del 22.5.2007.
- Alterini, J. H., "Seguridad jurídica con costos razonables, fortaleza del Régimen jurídico inmobiliario argentino", *Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino*, Mar del Plata, Argentina, 22.4.2005.
- Alterini, J. H., *op. cit.*, *loc. cit.*; Andorno, L., "El derecho de superficie", *JA*, 1985-III-653.
- Andorno, L., "El derecho real de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo argentino", *DJ*, 2002-2-145 y ss.
- Andorno, Luis O., "Los cementerios privados", *JA*, 80° Aniversario, 1998, p. 22.
- Areán, B. en Llambías, J. J.; Areán, B., *Código Civil Anotado*, t. IV-C, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- Botassi, Alfredo, *Cementerios públicos y privados*, t. 1981-C, La Ley, p. 1056.
- Casabé, E., "Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados", Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, *Revista del Notariado*, N° 903, enero/marzo de 2011, pp. 155-158.
- Cifuentes, Santos, *Código Civil Comentado y anotado*, t. III, Buenos Aires, 2004.
- Coghlan, Antonio, *El condominio sin indivisión forzosa*, Buenos Aires, 1980.
- Cornejo, A., "Asambleas de consorcio", *La Ley*, supl. diario del 10.3.2015.
- Cornejo, A., "El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", *La Ley*, 1987-D, 1200 y ss.
- Cornejo, A., "El Reglamento de Propiedad en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, supl. diario del 26.6.2015.

- Cossari, N.; Luverá, M., "El consorcio de propietarios: su aptitud para ser titular de unidades funcionales", *La Ley*, supl. diario del 30.11.2004.
- De Hoz, "Conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempo compartido", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, 2012.
- De los Mozos, J. L., *Estudio sobre derecho de los bienes*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 486.
- De Reina Tartiére, Gabriel, *Las denominadas nuevas formas de dominio*, Buenos Aires, El Derecho, 2004.
- Díaz Solimine, O., "Panorama general de los automotores de origen incierto: una posible solución", *Doctrina Judicial*, 1990- II-849.
- Díaz Reyna, E., "Derecho real de superficie forestal (comentario con motivo de un proyecto de ley)", *La Ley*, 1993-B, 903.
- Gatti, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- Gatti, Edmundo; Alterini, Jorge H., *El Derecho Real*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.
- Gayo, *Institutas*, 2.73.
- Gurfinkel de Wendy, L., "Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie", *JA*, 14.2.2001, p. 2 y ss.
- Highton, E., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición.
- Highton, Elena; Álvarez, Julia y Lambois, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987.
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Puerta de Chacón, A., *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Kiper, Claudio M. "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados", t. 1988-E, *La Ley*, p. 929.
- Kiper, Claudio, *Código Civil comentado*, t. II, Derechos reales, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, vol. I, p. 5.
- Lafaille, Héctor; Alterini, Jorge, *Tratado de Derecho Civil, Reales*, Buenos Aires, Ediar, La Ley, 2010.
- Lafaille, Héctor, *Tratado de Derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1953.

- Lambois, Susana, "Cementerios Privados", t. 2002-2, *Revista de Derecho Privado y Comunitario de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni, p. 25.
- Laquis, M.; Siperman, A., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.
- Libeau, F., *Régimen jurídico del automotor*, Buenos Aires, Ábaco, 1979.
- Linares de Urrutigoit, M.; Pujol de Zizzias, I., "Objeto del derecho real de superficie, con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509", *Revista del Notariado*, n° 867, enero/febrero/marzo 2202, p. 41 y ss.
- Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, n° 153, 154, 167, 167 bis, 1984.
- Llambías, Joaquín; Alterini, Jorge H., *Código Civil Anotado*, vol. IV A, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- López de Zavallía, Fernando, *Curso Introductorio de Derecho Registral*, Buenos Aires, Zavallía, 1983.
- Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, comentario al art. 7, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 45 y ss.
- Machado, O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. VII, pp. 12/13, ed. 1922.
- Mariani de Vidal, M., "Automotores. La buena fe como requisito para la adquisición de su dominio", *La Ley*, supl. diario del 10.5.1991
- Mariani de Vidal, M., "Derecho de superficie forestal. Ley 25.509", *La Ley*, 2002-F-1418.
- Mariani de Vidal, M., "Las deudas del consorcio de copropietarios ¿sobre qué bienes pueden hacerse efectivas?", *El Derecho*, 45-867.
- Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Zavallía, 2010.
- Mariani de Vidal, M.; Abella, A., "Clubes de campo y barrios privados. Expensas comunes", *La Ley*, supl. diario del 8.11.2006 y *Clubes de Campo y Barrios Privados*, Buenos Aires, Heliasta, 2009.
- Mariani de Vidal, M.; Abella, A., "Propiedad Horizontal. El consorcio dueño de unidades", *El Derecho*, supl. diario del 19.10.2004.
- Mariani de Vidal, Marina; Abella, Adriana, *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Heliasta, 2009.
- Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, Ejea, 1954, pp. 422 y 440-441.
- Moisset de Espanés, L., *Dominio de automotores y publicidad registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981.
- Moisset de Espanés, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pp. 16/19 y Capítulo II, p. 21 y ss.
- Moisset de Espanés, Luis, "Inexactitudes registrales", *Revista Notarial de Córdoba*; N° 81, 2002.
- Molinario, A., *Derecho patrimonial y derecho real*, Buenos Aires, La Ley, 1965.
- Morello Augusto M. y otro, "Ineficacia o nulidad del negocio jurídico a consecuencia de su oponibilidad al condómino que no participó en la venta", *JA*, 1970.
- Musto, Néstor, *Derechos Reales*, 2 tomos, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio; Dillon, Gregorio; Causse, Jorge, *Derechos Reales*, 2 tomos, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Prosperi, F., *Régimen legal de automotores*, Buenos Aires, La Rocca, 1997.
- Raciatti, H., "Responsabilidad civil en la propiedad horizontal", *La Ley*, supl. diario del 23.08.1991.
- Raisberg, C.; Iturbide, G., "El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal", *La Ley*, supl. Actualidad, 19.7.2012.
- Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 559.
- Sabene, S., *Registro catastral*, Buenos Aires, Zavallía, 2013.
- Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Reales*, Buenos Aires, Tea, 1964.
- Scotti, Edgardo, "Régimen jurídico de los cementerios privados", *La Ley*, tomo 1987-A, p. 811.
- Taiana de Brandi, N.; Brandi Taiana, M., "Derecho de superficie forestal", *Revista del Notariado*, n° 868, p. 17 y ss.
- Viggiola, L.-Molina Quiroga, E., *Régimen jurídico del automotor*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Zannoni, Eduardo, *De las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2013.

Índice

Capítulo 1: Teoría General de los Derechos Reales

1. Los Derechos Reales 7
2. Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales 9
3. Derechos reales y derechos personales 32
4. El Código Civil y Comercial de la Nación: disposiciones generales, principios comunes a los derechos reales. Análisis de las disposiciones legales. Caracteres 41
5. El *numerus clausus*, concepto 44

425

Capítulo 2: Adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales

1. Adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales 49
2. La tradición posesoria. Concepto.
Traditio brevi manu y *Constitutio posesoria* 54
3. Oponibilidad de los derechos reales frente a terceros 56
4. La inscripción registral. Distintos tipos 59
3. Transmisión de los derechos reales por causa de muerte 60

Capítulo 3: La posesión y la tenencia

1. Introducción. Relaciones entre persona y cosa: yuxtaposición local, servidores de la posesión, tenencia, posesión, derecho real 63
2. La posesión 65

3. La tenencia	70
4. Las relaciones de poder: objeto y sujeto	72
5. Clasificación de las relaciones de poder	73
6. Presunciones legales	76
7. Adquisición	77
8. Publicidad posesoria. Actos posesorios. La prueba	80
9. Conservación y pérdida	81
10. Accesión de posesiones	81
11. Inmutabilidad de la causa. Intervención de título	83

Capítulo 4: El Derecho Real de dominio

1. El derecho real de dominio	87
2. Caracteres del dominio perfecto	94
3. Extinción	96
4. El dominio imperfecto: dominio revocable, fiduciario y desmembrado	97
5. Extensión del dominio: subsuelo y espacio aéreo, tesoros, minas, aguas subterráneas y yacimientos arqueológicos	123
6. Facultades materiales y jurídicas del dueño	124
7. Adquisición del dominio: modos originarios y derivados	125
7 bis. Régimen jurídico de cosas muebles. Cosas muebles no registrables. Cosas muebles registrables. Supuestos legislados en leyes especiales. Breves nociones: Buques. Aeronaves. Semovientes. Equinos de sangre pura de carrera. Automotores	144
8. Límites al dominio	156
9. Ley de Tierras Rurales	184

Capítulo 5: El derecho real de condominio

1. El derecho real de condominio	191
2. Tipos de condominio	200
3. Condominio sin indivisión forzosa	201
4. Administración de la cosa común	212
5. Extinción del condominio	214
6. Condominio con indivisión forzosa perdurable	235

Capítulo 6: Propiedad horizontal

1. Definición. Antecedentes	255
2. Naturaleza jurídica. Distintas teorías. La jurisprudencia nacional. La actual normativa	256
3. Constitución del sistema de propiedad horizontal. Requisitos	257
4. Objeto del derecho real de propiedad horizontal	259
5. La unidad funcional: concepto y contenido	260
6. Consorcio de propietarios	265
7. Facultades y obligaciones de los propietarios. Prohibiciones	272
8. Las expensas comunes: ordinarias y extraordinarias. Obligación de pago	273
9. El certificado de deuda como título ejecutivo. La ejecución de expensas: procedimiento	282
10. El Reglamento de Propiedad Horizontal	283
11. Mejora u obra nueva: distintos tipos y requerimientos. Reparaciones urgentes. Grave deterioro o destrucción del edificio	286
12. Las asambleas: concepto. Distintos tipos. Atribuciones. Convocatoria y quórum. El sistema de mayorías. Libro de Actas y de registro de firmas. La asamblea judicial: causales y procedimiento	290
13. Consejo de propietarios: conformación y funciones	299
14. El administrador	300
15. Subconsorcios: concepto y funcionamiento	302
16. Extinción de la propiedad horizontal. Desafectación del régimen	303
17. Prehorizontalidad. Obligatoriedad de la contratación de seguros. Casos excluidos	305

Capítulo 7: Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos Tiempo Compartido. Cementerios privados. Sepulcros

1. Introducción	307
2. Encuadre jurídico de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigor del Código nuevo	309

3. Los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial de la Nación	313
1. Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos	314
1. Generalidades	314
2. Marco legal	316
3. Ejercicio del uso y goce de partes comunes por terceros cesionarios, invitados, o usuarios no propietarios	319
4. Cosas y partes privativas	320
5. Facultades y obligaciones de los propietarios	321
6. Limitaciones y restricciones reglamentarias (artículo 2080). Sanciones (artículo 2086)	321
7. Gastos y contribuciones	326
8. Servidumbres y otros derechos reales	328
9. Transmisión de unidades: derecho de admisión	329
10. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes en el Código	330
II. Tiempo Compartido	334
1. Reseña de la legislación proyectada anterior al Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.356	334
2. El Código Civil y Comercial de la Nación. Consideraciones generales	335
3. La afectación	341
4. Derechos del usuario de TC	348
5. Cobro ejecutivo de los "gastos del sistema"	348
6. Operatividad del régimen	350
III. Cementerios. Sepulcros. Cementerios privados en el Código Civil y Comercial de la Nación	351
1. Generalidades. Sepulcros	351
3. Cementerios privados preexistentes	359

Capítulo 8: Derecho de superficie

1. Antecedentes	361
2. La superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación	366

Capítulo 9: Protección legal de la vivienda

1. Protección de la vivienda	397
2. Análisis del régimen de protección de la vivienda por el Código Civil y Comercial	404
Bibliografía	419
Índice	425

franjamorada

Franja Morada Derecho UBA