

Panorama de los Derechos Reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

DR. ROBERTO HÉCTOR DELLAMÓNICA

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 8ª Nominación. Santa Fe.

1. Título preliminar del Proyecto

El análisis de las previsiones normativas que el Proyecto del Código Civil y Comercial argentino trae en materia de Derechos Reales, no debe reducirse a su libro Cuarto, ya que podemos encontrar normas de aplicación a la temática en estudio, tanto en su título preliminar como también en los libros Primero y Tercero del mencionado Proyecto.

Tampoco debe soslayarse que en los aspectos valorativos aludidos en los Fundamentos del Proyecto, ya se hace referencia a que, en materia de bienes, «la mayoría de los códigos decimonónicos ha quedado desactualizada», ya que «en efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera»; y que «la relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios».

Así, en el título preliminar, el que incluye reglas para el ejercicio de los derechos cuyos destinatarios son los ciudadanos, como también nociones generales sobre bienes individuales y colectivos, luego de reconocerse en el artículo 14 tanto los de-

rechos individuales como los de incidencia colectiva, se establece en su artículo 15 que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio, conforme con lo que se establece en el Código.

Luego, en relación a los bienes y las cosas -debiendo recordarse que estas últimas son el objeto de los derechos reales-, se prevé que los derechos referidos en el artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, y que los bienes materiales se llaman cosas, agregándose -tal como lo hace el actual 2.311 Cód. Civil que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Y en una previsión novedosa -sin dejar de recordar que siempre la doctrina ha abordado la temática referida a si el cuerpo humano o sus partes (unidas o separadas) pueden ser objeto de un derecho real-, el artículo 17 establece que «los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales».

Finalmente, el artículo 18 del Título Preliminar consagra -también en forma novedosa-, la propiedad comunitaria indígena como nuevo derecho real, respondiendo a lo dispuesto en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución de 1994.

2. El objeto de los Derechos Reales

En el Código Civil vigente, las cosas -como objeto de los derechos reales- principian el tratamiento del libro Tercero «De los derechos reales». No debemos olvidar que la metodología del codificador en dicho libro, fue el tratamiento de las cosas, la posesión y las defensas posesorias, luego una teoría general de los derechos reales comprensiva de cuatro artículos, para luego efectuar el tratamiento de los derechos reales sobre cosa propia, las acciones reales, y finalmente los derechos reales sobre cosa ajena, de disfrute o aprovechamiento y de garantía. El Proyecto trata, bajo el título «bienes» al objeto de los derechos reales en su Parte General, esto es, en su libro Primero. Sobre el punto, los fundamentos dan cuenta de que el tratamiento de los bienes en la parte general, donde se legisla sobre los elementos de los derechos, sujeto, objeto y causa, resulta innovativo en cuanto el código vigente lo trata como elemento de los derechos reales y no de todo derecho,

como lo es en la realidad, y que a la vez en el proyecto se le da un contenido más amplio que excede el criterio patrimonialista.

Así, la Sección 1ª del Capítulo 1 (bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva), del Título III de la Parte General del Proyecto comienza con un tratamiento clásico de las cosas, eliminándose a los inmuebles por accesión moral y modificándose las nociones de cosas fungibles y consumibles, involucrando en la fungibilidad, sólo al poder de sustitución. La Sección 2a trata a los bienes con relación a las personas en forma similar al Código vigente (bienes del dominio público, del dominio privado del Estado, bienes de los particulares y aguas de los particulares); y la Sección 3a trata a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva, estableciéndose en su artículo 240 que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores, debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

Asimismo, el capítulo 2 del referido Título III prevé expresamente la función de garantía del patrimonio, extremo que no se encuentra previsto en forma expresa en el Código Civil.

Bajo la denominación de «Vivienda», el capítulo 3o reemplaza al régimen de bien de familia normado en la ley 14.394, el cual contiene modificaciones que en los Fundamentos se resumen. Así, se autoriza la constitución de bien de familia a favor del titular del dominio sin familia atendiendo la situación de la persona que vive sola; se permite la constitución del bien de familia por todos los condóminos aunque no sean parientes ni cónyuges; se faculta al Juez a decidir la afectación a petición de parte en el juicio de divorcio o en el que se concluya la convivencia en el supuesto de existir beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; se amplía la lista de beneficiarios del conviviente; se prevé la subrogación real para adquirir una nueva vivienda manteniendo la afectación, y extendiéndose la protección a la indemnización que provenga del seguro o la expropiación; y se resuelven otros problemas como por ejemplo, en materia de quiebra, en que el activo liquidado pertenece a los acreedores anteriores a la afectación, entregándose al propietario el remanente; la retroprioridad registral; y la inoponibilidad a los créditos por expensas en materia de propiedad horizontal y a los créditos alimentarios.

3. Las normas de libro Tercero

En el libro Tercero, el cual trata a los De-

rechos Personales, y luego el tratamiento del contrato de fideicomiso dentro del título 4, referido a los contratos en particular, se regula el dominio fiduciario.

En la sección 8ª del capítulo 1 del mismo título 4, referido a la compraventa, se regula el boleto de compraventa. Debe recordarse que el boleto de compraventa es introducido por la Ley 17.711 en las normas sobre posesión, cuando en el artículo 2.355 Cód. Civil se distingue la posesión legítima de la ilegítima. Así, en una norma que provocó una discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de la posesión del adquirente de inmuebles por boleto de compraventa, en su parte final, la citada norma expresa que «se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa».

El proyecto recepta las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales protectoras de los derechos de adquirentes de inmuebles por boleto de compraventa de buena fe. Así, el artículo 1.170 del Proyecto prevé que el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido, si el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica

de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; si el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; si el boleto tiene fecha cierta; y si la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria. Asimismo, el artículo 1.171 prevé la oponibilidad del boleto al concurso o quiebra, habiendo los redactores considerado conveniente mantener la norma en el Código Civil por su valor histórico.

4. El libro Cuarto y los nuevos derechos reales

El aspecto metodológico del Proyecto modifica sustancialmente la metodología utilizada por el codificador, en tanto Vélez, luego de tratar a las cosas, la posesión y las defensas posesorias, incluyó una teoría general que va de los artículos 2.502 al 2.505, donde aparecen el orden público, la conversión, el *numerus clausus*, la convalidación y el principio de publicidad. El Proyecto trae una parte general de los derechos reales, y partes generales de algunos de los derechos reales que se consagran.

En el capítulo referido a los Principios comunes, y manteniendo el *numerus*

clausus, la enumeración del artículo 1.887 consagra los siguientes nuevos derechos reales: la propiedad comunitaria indígena, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, y el cementerio privado. En relación a la superficie, la consagra en su versión amplia, ya que el actual artículo 2.503 Cód. Civil prevé el derecho real de superficie forestal normado en la ley 25.509. Además, se incluye a la propiedad horizontal, la que actualmente no se encuentra en la enumeración del artículo 2.503 del Código, sino en la Ley 13.512.

La prescripción adquisitiva es tratada en el capítulo 2 de los principios comunes, existiendo en el libro Sexto, en el que se tratan las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva, una remisión a las disposiciones de este capítulo.

En el capítulo II, y no obstante una primera intención de la comisión redactora de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrales, en un intento de abandonar la teoría del título y modo como pilar del sistema transmisivo entre vivos de aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión, finalmente mantuvo el sistema actual. Así, en el artículo 1.892

se consagra la teoría del título y modo, al exigirse para la adquisición derivada por actos entre vivos de los derechos, la concurrencia del título y modo, suficientes. En definitiva, el proyecto mantiene la inscripción registral declarativa para los bienes inmuebles, y la constitutiva sólo por excepción para algunos bienes registrables (por ejemplo, automotores), siendo por ende la tradición posesoria modo suficiente para la adquisición y transmisión. Finalmente se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesoria según el caso, para la oponibilidad del derecho real.

En cuanto a la posesión y la tenencia, el Proyecto las denomina «relaciones de poder», no prevé la yuxtaposición local, la que vale recordar, por ser involuntaria no tiene consecuencias jurídicas; y en la clasificación de la posesión, se mantiene la clasificación de la posesión en viciosa o no viciosa. Vale recordar que la subclasificación de la posesión ilegítima de mala fe viciosa y no viciosa -de muebles e inmuebles- era criticada por la escasa diferencia entre ambas, en lo referido a sus efectos jurídicos.

5. Los derechos reales previstos en el Proyecto

El artículo 1.887 del Proyecto establece la

siguiente enumeración de derechos reales en el Código: dominio; condominio; propiedad comunitaria indígena; propiedad horizontal; conjuntos inmobiliarios; tiempo compartido; cementerio privado; superficie; usufructo; uso; habitación; servidumbre; hipoteca; anticresis y prenda.

Sin perjuicio de señalar un rasgo común a todo el proyecto, cual es la redacción clara de las normas, como también la simplificación existente en la regulación de los distintos derechos, en lo que respecta al Derecho Real de Dominio, en la parte general se inserta la clasificación del Dominio en perfecto e imperfecto, dándose los caracteres del primero, en cuanto es perpetuo, exclusivo y absoluto. Pero no obstante, en el artículo 1.941 -al establecerse que el dominio perfecto es el derecho real que otorga las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa- también se prevé que dichas facultades lo son dentro de los límites previstos en la Ley.

Luego del tratamiento de los modos de adquisición del dominio, se prevén los supuestos de dominio imperfecto; esto es, el dominio revocable, el fiduciario y el desmembrado. En relación al dominio fiduciario, efectúa una remisión al capítulo 31 del Título 4 del libro Tercero; esto

es, a las provisiones normativas referidas al contrato de fideicomiso (capítulo 30), en donde luego se efectúa el tratamiento del dominio fiduciario, en el que se aclaran las normas de dicha categoría del dominio imperfecto y sus efectos.

Finalmente, el proyecto abandona el término «restricciones» al dominio para hablar de «límites» al dominio, y en su regulación, los límites al dominio previstos para la relaciones de vecindad juegan en subsidio de las normas administrativas que se aplican en cada jurisdicción. A manera de ejemplo, en lugar de la restricción vigente para arbustos y árboles (un metro y tres metros del muro divisorio), se consagra el criterio de que las mismas no deben causar molestias que excedan la normal tolerancia, idéntica pauta a la utilizada en el actual 2.618 Cód. Civil, norma que, dentro de las restricciones al dominio, prevé las inmisiones inmateriales, que en el Proyecto recepta su artículo 1.973, figura que se mantiene con similares características.

En lo referido al condominio, el artículo 1.984 prevé la aplicación subsidiaria de sus normas a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes. En lo que hace a la administración, se facilitan las reuniones, ya que a

diferencia del Código Civil vigente, para tomar decisiones sólo es necesaria la citación a todos los copropietarios, ya que no resulta necesaria la presencia de quien prefiere ausentarse. En el sistema del Código Civil, con la sola ausencia de cualquiera de los condóminos se impide tomar cualquier decisión. Asimismo se simplifica el condominio de muros y cercos divisorios, aunque preservando sus características.

La incorporación al Proyecto de la Propiedad Comunitaria Indígena como nuevo derecho real, resulta novedosa, pero sin dejar de soslayarse que su introducción obedece a la manda constitucional de 1994, en cuanto en su artículo 75, inciso 17, reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las comunidades indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo en el Proyecto el titular del derecho real, la comunidad organizada y registrada como persona jurídica con control estatal. Es inalienable, intrasmisible, e insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o de ser adquirida por prescripción adquisitiva por parte de terceros.

En cuanto a la propiedad horizontal, presenta una ampliación del concepto de unidad funcional a todos los locales o es-

pacios susceptibles de aprovechamiento, por su naturaleza o destino, siempre que tengan independencia funcional. El consorcio es persona jurídica; se incluyen como sus Organos a la asamblea, al administrador y al consejo de propietarios. El reglamento de copropiedad y administración puede eximir del pago de expensas a aquellas unidades que no tengan acceso a determinados servicios; se simplifica la convocatoria a asambleas, y el quórum y mayorías pueden lograrse más fácilmente, por adhesión; y se contemplan los sub consorcios.

En materia de prehorizontalidad, se deroga la ley 19.724, la que vale recordar que, por su sistema engorroso y costoso, no cumplió con su finalidad de protección al adquirente de futuras unidades por boleto de compraventa. El proyecto instrumenta un seguro en favor del adquirente que otorgue cobertura por las cuotas abonadas y sus intereses.

Debe recordarse que la doctrina viene desde hace mucho tiempo dando tratamiento a lo que ha dado en llamar nuevas formas de dominio o nuevas formas de derechos reales, entre las que se encuentran figuras que no hallan previsión en el Código Civil vigente como derechos reales, con las consecuentes dificultades

que ello conlleva para los adquirentes de tales derechos, al no poder ser titulares de un derecho real. Tal el caso de quienes adquieren derechos sobre los denominados barrios privados, barrios cerrados y clubes de campo, hipercentros de consumo, cementerios privados, y tiempos compartidos. El proyecto del Código Civil y Comercial da solución a tal problemática, consagrando como derechos reales a los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados.

Los conjuntos inmobiliarios comprenden los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico, independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga. Su marco legal, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal, aunque pueden existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales, o en los que coexistan derechos reales y derechos personales.

En cuanto al tiempo compartido, el mismo existe si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, co-

mercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino. En su regulación, se prevé la participación de un propietario, un emprendedor, un administrador y un comercializador. No obstante que se encuentra en la enumeración de los derechos reales, el artículo 2.101 establece que al tiempo compartido se le aplican las normas de los derechos reales.

Los cementerios privados son inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Aquí, el titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación que se inscribe en el Registro General conjuntamente con el Reglamento de administración y uso del cementerio, y a partir de su habilitación por parte de la municipalidad, el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía. Hay una fuerte influencia del orden público. Al igual que en materia de tiempo compartido, el artículo 2.112 establece que a los cementerios privados se les aplican las normas de los derechos reales.

Al derecho real de superficie se lo regula en su variante amplia, entendiéndose el mismo como derecho a construir o forstar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria

como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Se puede constituir sobre un inmueble o sobre partes materialmente determinadas de un inmueble, y la superficie es temporaria por plazos de setenta o cincuenta años, según sea para edificios o plantaciones.

En materia de derecho real de usufructo, de 141 artículos en el Código vigente, el proyecto lo regula en 24. Suprime el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, sosteniéndose en los fundamentos que sólo daba ventajas a los padres. A diferencia de Código Civil, en el que sólo puede transmitirse el ejercicio del Derecho pero no el derecho real, en el proyecto el usufructuario puede transmitir su derecho, aunque es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo, y como es transmisible, es ejecutable por los acreedores.

En materia de uso, habitación y servidumbre, la regulación normativa es simplificada como en el usufructo. El uso en el que debe recordarse, el goce de los frutos se encuentra limitado a las necesidades del usuario y de su familia, remite a las normas del usufructo, y se establece la inembargabilidad por los acreedores, de los fru-

tos que fueren necesarios para el usuario y su familia. En el derecho real de habitación se remite a las disposiciones del uso, y no es transmisible ni ejecutable. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se encuentra previsto en el artículo 2.383, esto es, en el título correspondiente a la partición, correspondiente al libro Quinto que trata a la transmisión de derechos por causa de muerte.

En cuanto a los derechos reales sobre cosa ajena de garantía, en la hipoteca se suprime el pagaré hipotecario, el cual se encuentra regulado en la ley 24.441.

En el derecho real de anticresis, el mismo no sólo puede recaer sobre inmuebles sino también sobre todas las cosas registrables. Es decir que se adicionan los muebles. Tiene un breve plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para muebles.

En el derecho real de prenda, se suprime la prenda tácita, sosteniéndose que su falta de conocimiento conspira contra su oponibilidad a terceros. Se regula la prenda con registro, la que se rige por Ley especial. Se modifica la prenda anticrética, en la cual, en el Código vigente, la percepción de los frutos es facultativa, mientras que en el proyecto, si la cosa

produce frutos, el acreedor debe percibirlos e imputarlos al crédito, salvo pacto en contrario. La prenda de créditos se establece como un instrumento de fomento de créditos importantes, y se regula la ejecución de la cosa prendada.

6. La protección de las relaciones de poder y de los derechos reales

En la parte final del libro Cuarto, se unifica la protección de las relaciones de poder (posesión y tenencia), y de los derechos reales. Dicha regulación se efectúa al final del tratamiento de los derechos reales, simplificándose y esclareciéndose el sistema del Código de Vélez. Recuérdese que en el Código vigente las defensas posesorias se regulan luego de la posesión y antes de la teoría general de los derechos reales, y las acciones reales se prevén luego del tratamiento del dominio y condominio, pero antes de los derechos reales sobre cosa ajena, ubicación que es criticada porque parecería que dichas acciones sólo protegerían al dominio y condominio, pero no al resto de los derechos reales.

En materia de acciones posesorias, se incluye una acción para el ataque más grave -el despojo o desposesión- y otra para el ataque más leve -la turbación-. Adviértase

que hoy se admiten las acciones posesorias propiamente dichas y las acciones policiales, con sendas acciones de mantener y de recuperar la posesión, variando entre ambas la legitimación activa y pasiva, además de la acción de obra nueva, que en el proyecto es regulada junto a la acción de despojo. Se admite la defensa extrajudicial de la persona cuando se la ejercita como legítima defensa.

En materia de acciones reales, se mantienen las tres acciones reales del Código Civil, esto es, la acción reivindicatoria, la confesoria y la negatoria; y fuera de tal ámbito, también se incluye la acción de deslinde.

En cuanto a las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales, subsisten las nociones del Código, pero con una regulación ordenada y clara, y se mantiene la base de la independencia de las acciones, lo cual implica la prohibición de acumular y el cumplimiento previo de condenas.

7. Conclusión

El Proyecto de Código Civil y Comercial simplifica y esclarece la exhaustiva regulación normativa que, en relación a los derechos reales, rige en nuestro Código Civil.

Además, consagra nuevas figuras cuya previsión viene siendo reclamada por la doctrina, a la vez que soluciona los inconvenientes que dicha falta de regulación provoca a los adquirentes de tales derechos. Tal es el caso de los conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempos compartidos.

A la vez, recepta el consenso existente en la doctrina y la jurisprudencia en lo que a la temática refiere.

Finalmente consagra a la propiedad comunitaria indígena en una asignatura pendiente de regulación, para así cumplir con la voluntad del constituyente de 1994.

Las situaciones fácticas existentes están superando los vacíos legislativos. Tal como sucedió a mediados del siglo pasado, al Legislador no le quedó otra alternativa que regular la propiedad horizontal a través de la ley 13.512, porque las unidades existían, pero no el marco legal.

El deseo es que el proyecto de Código Civil y Comercial se materialice, sin dejar de sostener que en las circunstancias actuales, ello se traduce en una imperiosa necesidad ■