

Voces: PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ DERECHOS REALES ~ INTERPRETACION ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ ACTO POSESORIO ~ TRADICION ~ CONSTITUCION DE DERECHO REAL ~ PRESCRIPCION ADQUISITIVA ~ POSESION VICIOSA ~ POSESION ~ RESTRICCIONES Y LIMITES DEL DOMINIO ~ DOMINIO ~ CONDOMINIO ~ COMUNIDAD INDIGENA ~ PROPIEDAD HORIZONTAL ~ UNIDAD FUNCIONAL ~ PARTES COMUNES ~ CONSORCIO DE PROPIETARIOS ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ DERECHO DE SUPERFICIE ~ USUFRUCTO ~ LEGITIMACION ~ LEGITIMACION ACTIVA ~ HIPOTECA ~ ANTICRESIS ~ ACCION REAL ~ REIVINDICACION ~ PRUEBA ~ TRANSFERENCIA DE DERECHO REAL ~ DERECHO REAL DE USO Y HABITACION ~ CARGA DE LA COSA COMUN ~ INSCRIPCION REGISTRAL

Título: Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código

Autor: Alterini, Jorge Horacio

Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, 1 - LA LEY2012-E, 898

Cita Online: AR/DOC/4622/2012

Sumario: I. Método y técnica jurídica. II. Versión de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. III. Definición del derecho real. IV. Objeto del derecho real. V. Enumeración de los derechos reales. VI. Ejercicio a través de actos posesorios. VII. La tradición como modo suficiente. VIII. Prescripción adquisitiva. IX. Las llamadas "relaciones de poder". X. Posesión viciosa. XI. Sucesiones de la tradición. XII. "Relación de poder sobre universalidad de hecho". XIII. Límites al dominio. XIV. La autonomía del condominio. XV. Propiedad comunitaria indígena. XVI. Propiedad horizontal. Unidad funcional y partes propias. XVII. Crítica al carácter enunciativo de las partes necesariamente comunes. XVIII. ¿Cómo responden los consorcistas por las deudas del consorcio? XIX. Nuevas formas de propiedad. XX. Derecho de Superficie. ¿Disposición material del derecho? Quid de la usucapión. XXI. Objeto del usufructo. XXII. Legitimación en materia de usufructo. XXIII. Definición de la hipoteca. XXIV. Legitimación en la hipoteca. XXV. Objeto de la anticresis. XXVI. Acciones reales. XXVII. Prueba en la reivindicación de inmuebles. XXVIII. Registración inmobiliaria.

Abstract: Es comprensible que una unificación legislativa civil y comercial enfrente grandes obstáculos para abarcar en un cuerpo único las múltiples normas que atañen a dichos ámbitos del conocimiento. Y la omisión de incorporar al Código, al menos la registración inmobiliaria, parece una deficiencia metodológica, pues ella gravita sobre todo el sistema de los derechos reales, a mayor abundamiento porque la propiedad Comisión dijo: "Es cierto que por ley especial ya están regulados la propiedad horizontal, el tiempo compartido y la superficie forestal, pero su incorporación al Código con mayor completitud era una necesidad".

(*)

I. Método y técnica jurídica

En cuanto a la metodología, es valioso que el Proyecto de 2012 —según lo advierte— haya tomado "como propio el criterio del Proyecto de 1998" de incluir disposiciones generales atinentes a los distintos derechos reales, como también lineamientos genéricos para algunos derechos reales.

El antecedente de 1998 explicó la tesitura, distinta a la de Vélez, ahora reproducida, en estos términos: "La ausencia de directivas generales en el lugar adecuado, o sea antes del tratamiento particular de las distintas instituciones propias de los derechos reales, tuvo como contrapartida la indiscutible desviación metodológica de que en reiteradas ocasiones las normas atinentes al dominio hicieran las veces de las disposiciones generales omitidas, o que en otras, se reiteraran en cada uno de los institutos regulaciones que no eran singulares, sino que importaban nuevas resonancias hasta redundantes de pautas que debieron extenderse a un universo de situaciones, para evitar repeticiones e incluso contradicciones. No es comprensible que el otro eje de los derechos patrimoniales, el mundo de los contratos, esté precedido de previsiones generales y que no se inicie con ellas el régimen de los derechos reales. Sólo un legislador prisionero del quietismo o adocenado podría explicar el mantenimiento de semejante disparidad, que obviamente no se justificaría por la dificultad para proyectar normas aplicables a los distintos derechos reales".

Es elogiable que los artículos del Proyecto no tengan a su pie notas explicativas, pues se lee en los Fundamentos que: "Se decidió no incluir notas, al igual que el Proyecto de 1998, y por las mismas razones".

Aparte de las razones que invocamos en el Proyecto de 1998, expresé: "No dejo de valorar el atractivo dialéctico de las glosas explicativas de los artículos, pero esa tarea le incumbe al doctrinario y no al legislador. Si el legislador debe esforzarse por limitar la intrínseca vaguedad y ambigüedad que atenta contra la certeza simbólica del lenguaje y por eludir la homonimia, la sinonimia y la polisemia; resulta paradójico que a través del estilo discursivo de las notas, con una fraseología más abierta e indefinida, se desvanezca la pretendida precisión y se estimulen disquisiciones sofisticadas sobre el recto sentido de las normas". (1)

En otro orden de cosas, se dice en los Fundamentos que "se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil".

Es indudable que las definiciones meramente didácticas son impropias de un texto legal, pero el legislador se debe esforzar por incluir definiciones que tengan efectivamente alcance normativo, a través de aprehender los rasgos caracterizantes de la institución regulada.

Acaso por ese prejuicio aparente contra las definiciones, pese a expresarse en los Fundamentos que se definen distintos institutos (así, derecho real, posesión y tenencia, dominio, muro, cerco y foso, usufructo, servidumbre), se plasma una postura vacilante y que parece ocultar que realmente se define, así se acude al vocablo "concepto" (arts. 1882, 2028, 2037, 2073, 2087, 2103, 2114, 2129, 2154, 2158, 2205, 2212, 2219) o a afirmar que algo es de tal modo, o se entiende que lo es, o que se la llama, o se la denomina, o que consiste, sin reconocer abiertamente que lo que se intenta es una definición (arts. 1892, 1897, 1902, 1909, 1910, 1911, 1918, 1924, 1934, 1941, 1946, 1951, 1957, 1965, 1983, 2004, 2006, 2039, 2164, 2165, 2191, 2232, 2247).

La comparación de las acepciones de los vocablos "concepto" y "definición" persuade de su nítida diferencia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "concepto" significa: "pensamiento expresado con palabras" u "opinión, juicio", mientras que "definición" implica: "proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial".

Sin duda, los meros conceptos, cuando se incluyen en los cuerpos normativos, no tienen otro alcance que el didáctico, o sea que cristalizan el matiz docente que se dice rechazar.

Para sustentar mi convicción sobre la importancia de las definiciones, claro está, con virtualidad normativa, en otra oportunidad [\(2\)](#) he acudido a razonamientos como los siguientes.

En la concepción de Aristóteles vertida en los "Tópicos" de su "Lógica", la definición "es un enunciado que significa el qué es ser", [\(3\)](#) o sea la llamada "quididad" o "lo esencial de la esencia". [\(4\)](#)

La importancia de las definiciones es innegable, dado que es poco concebible que se afronte la legislación de una institución de la que no se tenga juicio certero sobre su esencia, pues si se aprehendió tal esencia la definición fluirá con cierta facilidad.

Acaso, la renuncia a definir una institución sea reveladora del desconocimiento preciso de su esencia y en esas condiciones afrontar su regulación legislativa anticiparía resultados infecundos.

Para Geny: "El medio normal, de fijar la significación de las palabras, y, por ese medio, encuadrar los conceptos, que ellas designan, por comparación y oposición con lo 'ya conocido', se encuentra en la definición, que, en materia de derecho, será la definición jurídica, instrumento esencial, tanto para adelantar el conocimiento de los preceptos, como para asegurar la acción..." y alude al "...valor, no solamente didáctico, sino plenamente dogmático y además eficazmente práctico, de definiciones bien ponderadas, y, por así decirlo, completas y consistentes...". [\(5\)](#)

En la misma dirección, en un libro dedicado a Geny, Dabin señala que: "La definición jurídica comienza como toda definición cualquiera. Del conjunto multiforme e informe de hechos, el jurista trata de despejar el concepto (género próximo y diferencia específica), que permita, todo a la vez, representarlos y reconocerlos". [\(6\)](#)

La invocación de prevenciones como la de Javoleno, acerca de que: "En el derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada", [\(7\)](#) parece olvidar que el propio Digesto en definitiva se decidió contundentemente en favor de las precisiones conceptuales, tanto que incluyó un título denominado: "De la significación de las palabras" (Libro L, Título XVI), conformado por 246 apartados. [\(8\)](#)

Para Atienza: "En el plano legislativo, las definiciones sirven para dar una mayor claridad y precisión a los textos (...) la función de las definiciones legislativas (...) nos permiten sustituir ciertas expresiones (cuyo significado no es claro, o no lo es a efectos de determinado texto) por otras (cuyo significado nos resulta, más claro). Las definiciones vendrían a ser así elementos auxiliares para comprender los mensajes directivos del Derecho...". [\(9\)](#)

La incorporación en los códigos de definiciones meramente didácticas, sería por lo menos superflua, pero si la definición es verdaderamente legislativa, es poco discutible la conveniencia de acudir a ella.

Con palabras de Colmo, dichas en una obra también dedicada a Geny: "Una definición contiene el principio de fondo, y más característico de una institución, ya que no tiene por qué diferir de las definiciones ordinarias, en cuya virtud la enunciación del género próximo y de la diferencia específica tipifica, y hasta 'individualiza', el consiguiente concepto, cuyo contenido o comprensión queda plenamente delimitado. Como principio de fondo, pues, entraña la idea central, la noción madre de toda la institución. De ahí que sea como el punto de partida y la meta terminal de todas las demás disposiciones que la reglamentan, que deben como nacer de ella y que deben concurrir a darle sustentáculo y confirmación". [\(10\)](#)

II. Versión de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación

Los redactores manifiestan haber computado el Proyecto de 1998 tal cual fue concebido por sus proyectistas y parecería que no han hecho mérito de las matizaciones que le imprimió a ese Proyecto el Dictamen unánime de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación del 1º de noviembre

de 2001.

Sin embargo, a veces se incluyen modificaciones del texto originario del Proyecto, que ya habían sido consagradas con el aporte de los legisladores de la Cámara baja (Ver núm. 13).

III. Definición del derecho real

Se reconoce en los Fundamentos del Proyecto que "se ha tomado del Proyecto (de 1998) la definición de derecho real, aunque a fin de complementar el concepto", "se agregó que el poder jurídico se ejerce en forma autónoma".

La referencia a la autonomía del poder es notoriamente redundante a poco que se analice que es el "poder" a través de la definición del Diccionario de la Real Academia Española. Allí se lee: "tener expedita la facultad o potencia de hacer algo"; y "expedita" significa: "Desembarazado, libre de todo estorbo".

Evidentemente la propia caracterización del poder excluye la falta de autonomía.

IV. Objeto del derecho real

Es observable la redacción del art. 1883 del Proyecto de 2012: "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".

Es repetitivo, e induce confusión, el empleo de los términos "totalidad" y "por el todo", ya que son ideas simétricas, que parecen utilizarse como alternativas, cuando no lo son.

Es equívoca la referencia como objeto al "bien" y no al "derecho", pues el art. 16 del Proyecto mantiene el criterio de Vélez de concebir a los bienes como género y a las cosas como una de sus especies.

No es convincente insistir en la ambigua noción de "parte indivisa", pues si está en juego una idealidad, connotarla con la mención de "parte" hace pensar en una materialidad absolutamente impropia para expresar la proporción del derecho de cada condómino sobre el objeto.

Precisamente porque se quiere expresar una noción ideal carente de materialidad, es más adecuado hablar de cuotas o de proporciones, como lo hace el Anteproyecto de 1954, o de participación en el todo, como lo propone Coghlan, (11) o mejor de alícuotas, como lo propugna el Proyecto de 1998. Con el vocablo "alícuota" no se presenta la idea de pago fraccionado que puede evocar la palabra "cuota".

No es recomendable que la expresión "alícuota" sea antecedida por el término "parte", para no incurrir por esa vía en la ineludible evocación de materialidad que se cuestionara.

Es preferible emplear el vocablo "alícuota", concebido como adjetivo sustantivado, pues como se lee en el "Diccionario panhispánico de dudas", ese término "también se usa como sustantivo femenino" y naturalmente se trata de un uso correcto, porque cuando el uso es incorrecto el propio Diccionario lo previene.

Con la idea de "alícuota" puede prescindirse con ventaja de la distorsión que arrastra la connotación como "parte".

V. Enumeración de los derechos reales

El Proyecto, que reiteradamente aduce seguir las tradiciones jurídicas argentinas, entiendo que no las recoge adecuadamente al integrar la nómina de los derechos reales reconocidos por el art. 1887.

Como lo señalé en otra ocasión: "La década de 1980 fue la década de la euforia en los proyectos legislativos de nuevos derechos reales, así para el tiempo compartido, los centros de compra, los parques industriales, los cementerios privados. Este desborde es inédito en el derecho comparado. El argentino es lúcidamente creativo en variados aspectos, pero las incansables pretendidas innovaciones en los derechos reales generan prevenciones, pues desentonan con la necesaria e ilustrativa visión comparatista. Una declaración de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en 1987, señaló que: En palabras del codificador, armónicas con su formación romanista, la naturaleza de los derechos reales está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas. En consecuencia, debe descartarse la creación arbitraria de nuevos derechos reales. La honda gravitación de los derechos reales en el orden político, económico y social de los estados determina que el orden público deba presidir el régimen que los regula. Y son esas consideraciones las que determinan que deba manejarse con suma prudencia lo relativo a la creación de nuevos tipos. La creación indefinida de derechos reales atenta contra el principio de *numerus clausus*. Este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone, al mismo tiempo, que ello ocurra tan solo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación a las categorías existentes. Esa misma idea fue reiterada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009 en Córdoba, de esta manera: Debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y solo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes". (12)

Es indiscutible la incorporación al elenco de los derechos reales contenidos en el Código Civil de la Propiedad Horizontal. También es razonable que se lo haga con el Derecho de Superficie, máxime que esa fue

la orientación adoptada por todos los Proyectos de reforma del Código Civil que alcanzaron estado parlamentario a partir del de 1987, y que una de sus modalidades, la llamada "Superficie Forestal", o mejor "Superficie Agraria", ya fue regulada por la ley 25.509 (Adla, LXII-A, 18).

No creo aconsejable la enumeración dentro de los derechos reales del Código de la Propiedad Comunitaria Indígena, por las razones que indicaré más adelante (Ver núm. 15).

Tampoco aplaudo el ingreso en la nómina de "los conjuntos inmobiliarios", "el tiempo compartido" y "el cementerio privado"; se trata de posibles objetos de derechos reales sobre los que éstos pueden recaer, pero en verdad apuntando al objeto se olvida que la enumeración, y posterior regulación, es de los derechos y no del asiento de ellos.

Hubiera sido preferible que la enumeración englobara a todas las nuevas formas como "propiedades especiales", sin perjuicio de las matizaciones de régimen propias de unas u otras, pero siempre propiedades, idea que apunta a la titularidad y no al objeto de ellas.

VI. Ejercicio a través de actos posesorios

Al conectar adecuadamente las servidumbres positivas con la posesión, el art. 1891 del Proyecto realiza una confusa disquisición entre posesión y actos posesorios, al decir: "Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión"; tal alternativa entre posesión y actos posesorios, da título al epígrafe de la norma: "Ejercicio por la posesión o por actos posesorios".

Si hay actos posesorios, hay ejercicio de la posesión, lo que no quiere decir que para llevarlos a cabo el legitimado al efecto deba apropiarse físicamente de la cosa; pues, podrá no ocupar el objeto en su integralidad, pero con relación al acotado asiento material en que las ejerza, el beneficiario de las servidumbres positivas será poseedor.

Cuesta aceptar que pueda ejercitar actos posesorios quien no posea, pues el ejercicio posesorio no implica necesariamente la ocupación posesoria de toda la cosa.

VII. La tradición como modo suficiente

En la redacción final del ahora Proyecto, se resolvió mantener el clásico dualismo "título y modo suficientes", desechando la decidida intención originaria de suprimir en materia de inmuebles la función constitutiva del derecho real, clásicamente reservada a la tradición en concepto de modo y a sus sucedáneos (constituto posesorio y traditio brevi manu).

La Comisión redactora mostró en un principio una fuerte atracción por adjudicar a la inscripción registral inmobiliaria efectos constitutivos.

En los Fundamentos definitivos, sin abdicar de sus convicciones que fueron defendidas largamente, se apuntó que habían declinado la intención de innovar "a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación".

En realidad, el cambio de opinión hubiera sido totalmente injustificado si simplemente se hubiera querido satisfacer a sectores de intereses articulados corporativamente. Seguramente, retomaron el buen criterio tradicional, porque no desoyeron el claro mandato académico diseñado en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, las que concluyeron por 40 votos afirmativos y 4 negativos, en que no debía suprimirse la eficacia publicitaria de la posesión —resultante o no de la tradición—, para confiar en las hipotéticas excelencias de sistemas importados desde regímenes jurídicos extraños a nuestra idiosincrasia, que preconizan la inscripción constitutiva.

El Proyecto de 1998 se hizo cargo de un supuesto especial que dio contenido al art. 1825: "La adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que no se ejercen por la posesión, sólo requiere título suficiente".

No descarto que la eliminación de esa norma pueda hacer pensar a alguna opinión que es muy minoritaria, incluso con el régimen vigente, que se consagró la inscripción constitutiva, al menos para la hipoteca, generándose una nueva polémica sobre el eventual acierto del legislador.

VIII. Prescripción adquisitiva

Habrà de generar indeseadas dudas la circunstancia de que en el Proyecto de 2012 se suprima el art. 1830 del Proyecto de 1998: "Adquisiciones originarias. Las adquisiciones originarias sólo requieren modo suficiente. Son modos suficientes, la prescripción adquisitiva, la apropiación, la transformación y la accesión. Se adquieren por prescripción adquisitiva todos los derechos reales principales que se ejercen por la posesión. Por apropiación y transformación el dominio y el condominio, y por accesión, además de estos últimos la propiedad horizontal y la superficie".

Propongo, para sortear la cuestionable ausencia normativa, que se interprete que si al definirse la prescripción adquisitiva se establece que es un modo para adquirir "mediante la posesión", es porque son usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, con el sentido amplio que predicamos en el

núm. 6.

En la actualidad, la doctrina dominante coincide en que los efectos, tanto de la prescripción adquisitiva larga como de la corta, se retrotraen a la fecha del inicio de la posesión útil.

Traté esta cuestión en mi trabajo "La seguridad jurídica. Incertidumbres en la usucapión de inmuebles", (13) donde abordé los alcances de los arts. 1268 y 2095, y concluí de este modo: "Ante la colisión entre el art. 1268 que acoge los efectos retroactivos de la usucapión hasta el comienzo de la posesión y el amplio abanico de soluciones que podrían cobijarse con la sujeción a 'todas las circunstancias' que menta el art. 2095, propicio como coordinación normativa el catalogar a la primera de las normas como plasmando el principio general y a la segunda, como una posibilidad de rectificación ante las circunstancias fácticas. Esta fórmula interpretativa armoniza con la necesaria consideración de las 'circunstancias del caso' que preconiza el art. 16 'in fine' del Cód. Civ. para la resolución de las cuestiones civiles".

Si se hubiera optado por la postura mayoritaria de aplicar la retroactividad como directriz general, no cabrían dudas acerca de que frente a la prescripción adquisitiva por el poseedor, el dueño usucapido no podría reclamarle los frutos generados durante el lapso de la usucapión, ni siquiera contra el poseedor de mala fe, pues éste sería considerado como el nuevo dueño desde el inicio de la posesión.

La orientación minoritaria, hecha suya por la Comisión, puede restar toda utilidad al éxito de una acción por usucapión larga, pues con el Proyecto el titular anterior podría reclamarle al poseedor usucapiente, con relación a los frutos, que cumplimente la obligación de restituir "los percibidos y los que por su culpa deja de percibir" (art. 1935).

Por hipótesis, el deber de restitución por el poseedor usucapiente de mala fe, de tal cuantía de frutos, y durante los veinte años de la usucapión, podría agotar y hasta superar el valor del inmueble adquirido. La posibilidad de llegarse a ese resultado no querido hace que la solución adoptada carezca de asidero suficiente.

IX. Las llamadas "relaciones de poder"

En los Fundamentos del Proyecto se procura explicar que se prefirió la designación "relaciones de poder", "...antes que el término 'relaciones reales' que utiliza el Proyecto de 1998, por ser éste demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas. Aparte, es equívoca porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos 'relación real' para significar 'derecho real', por oposición a 'relación personal' en vez de 'derecho personal'. 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 solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión, que no puede aceptarse como violencia que implica a la persona, y por tal razón se admite que quienquiera que esté en o con la cosa se defienda. Se pondera que la mera yuxtaposición local para modificar o ampliar la noción a relaciones reales no merece la pena, pues como simple relación de lugar 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".

Es cierto que no son pocas las "relaciones reales", pero tampoco están acotadas las que el Proyecto llama "relaciones de poder".

La terminología "relaciones reales" es acogida con generalizado beneplácito, tanto por la mayor parte de la doctrina como por la jurisprudencia. Tal experiencia cristalizada en nuestro país luce con mucha mayor importancia que la incorrecta y circunstancial asimilación europea de los términos "relación real" y "derecho real".

La idea de relación "real" es explícita para denotar que el objeto es una cosa, campo de referencia absolutamente indefinido con la designación "relaciones de poder". En pureza, en consonancia con lo que se dijo en materia de la definición del derecho real para cuestionar la incorporación del requisito de que se ejerza "en forma autónoma", si hay poder hay autonomía, de donde la tenencia no sería una verdadera relación de poder por la subordinación a la posesión y evidentemente la falta de autonomía sería extrema en los servidores de la posesión.

Ni siquiera se precisa que en todo caso la "relación de poder" debe ser de "hecho", pues se definió al derecho real como "poder jurídico" (art. 1882) y de allí, de no hacerse la salvedad, entre las relaciones de poder también se deberían enunciar a todos los derechos reales.

En esta temática las designaciones son especialmente erráticas. Se denomina al Título II "Posesión y tenencia", no obstante que el género es "relaciones de poder", nominación que inexorablemente debió ser la del Título.

En ocasiones aparecen los vocablos "relaciones posesorias" (así, arts. 1902, 1934, incs. a y e), pese a que en ellas esa calificación hace las veces del género, pese a que se quiso que tal generalidad fuera expresada con los términos "relaciones de poder".

Además, a nadie escapa que para el hombre común "relación posesoria" es equivalente a "posesión", salvo que se indique lo contrario.

Advierto otra disonancia. Al enumerar el art. 1908 las "relaciones de poder" con una cosa expresa que lo son solamente "la posesión y la tenencia", y, sin embargo, en el art. 1911 se menta otra relación de poder: la propia del "servidor de la posesión".

La omisión no querida o deliberada de enumerar entre las "relaciones de poder" a la del "servidor de la posesión", plantea la duda de si se le aplican también a él, y en caso afirmativo en qué grado, las disposiciones contenidas en los Capítulos 1 "Disposiciones general", 2 "Adquisición, ejercicio, conservación y extinción", y 3 "Efectos de las relaciones de poder".

Por cierto que expresiones circunstanciales extraídas de los Fundamentos no tienen valor normativo.

Las arritmias de las que adolece este Título plantean el interrogante de si la defensa extrajudicial puede ser ejercitada sólo por los únicos a los que alude el art. 2240: el poseedor, el tenedor y los servidores de la posesión, o también por víctimas titulares de otras relaciones reales, a las que siempre se quiso proteger, en sus personas y en sus derechos, incluso extrajudicialmente, frente a conductas ilegítimas de terceros.

X. Posesión viciosa

Para justificar el mantenimiento de la categoría de la posesión viciosa, se expresa en el Proyecto: "Con pequeñas modificaciones se han tomado las definiciones de posesión y tenencia del Proyecto de 1998, como también la calificación de las figuras, salvo que se restablece la subdivisión de la posesión en viciosa y no viciosa por sus importantes efectos jurídicos y para honrar adecuadamente el valor justicia. Es que el poseedor calificado como de mala fe por no haber realizado diligencias que le hubieran permitido conocer alguna carencia de su derecho, no puede ser equiparado a quien quebrantó intencionalmente la ley con violencia o cometiendo hurto".

En otro aporte me he detenido en desarrollar porqué en mi opinión la categoría adolece de "inconsistencia y esterilidad". ⁽¹⁴⁾ Acerca de la relatividad de esos vicios, dije entre distintas consideraciones: "Quien adquiere la posesión a través de la comisión de alguno de los vicios (violencia, clandestinidad, abuso de confianza, hurto o estelionato), se convierte en poseedor vicioso, pero ese estigma puede ser invocado únicamente por el anterior poseedor víctima de alguno de esos vicios. El adquirente con vicios es poseedor vicioso exclusivamente con relación al poseedor que los sufrió. El poseedor anatematizado por vicioso al haber incurrido en un vicio contra el anterior poseedor, por extraña transfiguración capaz de asombrar a un profano, de ningún modo desmejora su posición frente a todos los demás, pues la generalidad de sus otros congéneres humanos, no pueden reprocharle la comisión de esos vicios, ya que frente a ellos es nada más, o nada menos, que un simple poseedor de mala fe. Singular dicotomía propia del maniqueísmo, de quien ante los más es reconocido como meramente 'malo' por su mala fe, mientras que algún otro, que sí le puede reprochar su vicio, puede descalificarlo con el máximo desdoro de la deshonrosa calificación de 'muy malo', por ser vicioso".

Acerca de la purga de dichos vicios expresé, por ejemplo, que la orientación que comparto "...encuentra el procedimiento para la purga de los vicios en el art. 3959 del Cód. Civil. Ese precepto establece: 'La prescripción de cosas poseídas por fuerza, o por violencia, no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado el vicio de la posesión'. El recto sentido del art. 3959 se ilumina con el apoyo de su indiscutible fuente, el casi idéntico art. 1949 del Proyecto de Código Civil español de 1851. A tenor de ese texto: 'La prescripción de las cosas poseídas por fuerza o por violencia no comienza sino desde el día en que se hubiere purgado aquel vicio'. Al glosar la disposición proyectada, Florencio García Goyena puntualiza: 'Los artículos extranjeros y el nuestro admiten que el mismo forzador pueda prescribir desde que se purgó el vicio, es decir, desde que cesó la fuerza o violencia...'. La convincente interpretación que predica que la posesión queda expurgada de su condición de viciosa con el cese del vicio respectivo, demuestra el porqué de la afirmación de la fugacidad de la posesión viciosa".

Por compartir las directivas enunciadas el Proyecto de 1998 suprimió a la posesión viciosa.

El Proyecto de 2012 se pronuncia en su favor, esgrimiendo como argumento central "sus importantes efectos jurídicos".

No creo que en el régimen proyectado existan importantes efectos jurídicos propios de la posesión viciosa; por el contrario, la diferencia de tratamiento con la posesión de simple mala fe se reduce a un supuesto especial, muy sofisticado, y cuyo tratamiento por el Código Civil vigente, que en ese aspecto se reproduce, mereció sostenidos reproches.

Téngase en cuenta que la regulación de las posesiones de simple mala fe y la viciosa coinciden en el Proyecto de 2012 en casi todos los planos; frutos (percibidos, pendientes), productos, mejoras.

La solitaria diferencia se reduce al supuesto de la incidencia del caso fortuito (art. 1936), dado que el poseedor de mala fe responde por el "casus", salvo que la destrucción total o parcial de la cosa se hubiera producido igualmente de estar ella en poder de quien tiene derecho a su restitución, mientras que el vicioso responde siempre.

El mantenimiento de la dicotomía posesión de mala y posesión viciosa es injustificado, no sólo porque conspira contra la simplicidad del sistema, sino muy especialmente por la forma en que el Proyecto la planteó.

Es disvalioso que se quiera sostener la categoría de posesión viciosa ante un único matiz diferencial, máxime que éste ha sido severamente cuestionado, ya que excede las reglas de la causalidad, que el poseedor responda siempre por el caso fortuito.

La admisión de la cuestionable categoría hacía imperativo que se previera hasta cuando subsistiría la condición de viciosa de la posesión y que se contemplara, en su caso, un adecuado mecanismo para expurgar a la posesión del estigma de viciosa.

Como lo adelanté en el núm. 8, la persistencia de la clase de la posesión viciosa complica la eficacia de la usucapición, pues la impregna de vacilaciones acerca de cuánto debe prolongarse el plazo de veinte años para poder expurgar a la posesión de su calidad de viciosa.

No se olvide que según el proyectado art. 1899, no puede invocarse contra el usucapiente "la mala fe de su posesión", por lo que sí puede anatematizársela por viciosa.

Aun en la hipótesis, que niego firmemente, de que fuera pertinente la categoría de la posesión viciosa, hubiera sido necesario caracterizar certeramente a los distintos vicios de la posesión, como procura hacerlo el Código Civil vigente, pero el Proyecto se limita a enumerarlos, e incluso prefiere sustituir el tradicional vicio de "estelionato" en las cosas muebles por el pretendido sucedáneo de la "estafa", a la que tampoco se define, pese a resultar una designación carente de clasicismo en el ámbito que nos ocupa.

XI. Sucedáneos de la tradición

En el art. 1923 se describen los modos sustitutivos de la tradición, consistentes en el constituto posesorio y la traditio brevi manu. Acaso se haya declinado de esas nominaciones por su abolengo latino, pero la búsqueda de la identidad quedó desmentida, por ejemplo, con la utilización de un vocablo de origen foráneo y tardíamente castellanizado, me refiero al "leasing".

La innovación es objetable pues nadie duda en nuestro derecho de los alcances de esos institutos latinos, íntimamente vinculados con la experiencia jurídica argentina.

A mayor abundamiento, la figura del constituto posesorio tiene idéntica versión idiomática en el castellano, y si algún prejuicio valedero se tenía sobre la nominación traditio brevi manu, se la pudo haber reemplazado por la de "tradición breve mano".

XII. "Relación de poder sobre universalidad de hecho"

Señalo una incongruencia entre el tratamiento de la "relación de poder sobre universalidad de hecho" que realiza el art. 1927 y lo dispuesto por los arts. 2245 y 2252.

Según el primero de esos textos: "La relación de poder sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara, abarca sólo las partes individuales que comprende la cosa".

La alusión ejemplificativa al "rebaño" o a la "piara" es equívoca y redundante, porque se coloca en el mismo plano al género y a la especie. Rebaño es un "hato grande de ganado, especialmente del lanar"; piara es una "manada de cerdos, y, por ext., la de yeguas, mulas, etc.", "rebaño de ovejas".

La norma transcrita implica lisa y llanamente que para tomar posesión de una universalidad de hecho es necesario hacerlo individualmente con respecto a cada una de las cosas comprendidas en ella. De tal modo, si se trata de un rebaño se debería tomar posesión de cada uno de los animales que lo componen y en el supuesto de una biblioteca, adquiriendo la posesión individual de cada uno de los libros que la integran.

El criterio seguido es de aplicación complicada, lo que lo convierte en una abstracción, pero de transitar ese intrincado camino, no debió contradecírsele al resolver situaciones concretas, pues al tratarse éstas últimas se contradice la supuesta congruencia de la manera de configurar la adquisición posesoria de una universalidad de hecho.

Con la postura adoptada para la adquisición posesoria de una universalidad fáctica: hacerlo con relación a cada uno de los elementos que la componen, no es comprensible que las "acciones posesorias" (arts. 2241, 2242 y 2245) y la "acción reivindicatoria" (art. 2252) se concedan globalmente sobre los distintos elementos componentes de la universalidad de hecho.

Es inconsistente que si para adquirir la posesión de la universalidad de hecho es ineludible que se concrete sobre cada uno de sus elementos individuales, en cambio, de mediar desposesión de la universalidad, se la pueda recuperar en su globalidad.

XIII. Límites al dominio

Los Fundamentos del Proyecto refieren que en este tema: "Hay cierto apartamiento del Proyecto de 1998, al disponer que 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".

En realidad no existió un genuino apartamiento con respecto al Proyecto de 1998, pues la solución se

corresponde con la que la Comisión Redactora del Proyecto de 1998 consensuó en oportunidad de la redacción definitiva, con la unanimidad de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Efectivamente, el definitivo art. 1874 —antes 1910— expresó: "Los límites impuestos al dominio en este Capítulo que estén fundados en razones de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción".

XIV. La autonomía del condominio

La implícita definición del art. 1983 del derecho real de condominio puede reavivar la polémica acerca de si es un derecho real autónomo o un dominio plural, pues es esencialmente semejante a la del art. 2673 del Código Civil vigente, cuando se dice que es el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece a varias personas.

Esa nebulosa definición era en Vélez concordante con la peculiaridad de incluir al dominio y al condominio en el mismo inciso del art. 2503.

XV. Propiedad comunitaria indígena

En esta materia, reitero mi convicción acerca de que no debió elaborarse ningún proyecto sobre el tópico sin cumplirse con la consulta previa e informada a los Pueblos Indígenas de la Argentina. Así lo exigía la Convención N° 169 de la OIT, aprobada por la ley 24.071 (Adla, LII-B, 1551) y vinculante para la República Argentina desde el 3-7-2001 y la más reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

No obstante, existen varias razones que no hacen aconsejable la inclusión de la materia en el Código Civil de alcance nacional.

El art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional dispone en su último párrafo que sobre esta materia existen facultades concurrentes de la Nación y de los estados locales. Que el Congreso Nacional incluya preceptivas sobre el tema, con invocación del ejercicio de la cláusula de los códigos (art. 75 inciso 12, CN), podría ser controvertido en el plano constitucional por interferir las autonomías provinciales.

En otro orden conceptual y aunque no se discuta que la Propiedad Comunitaria Indígena responde a los atributos del derecho real como categoría jurídica conceptual, no es menos verdad que su objeto no es exclusivamente patrimonial, como ocurre con los derechos reales.

Efectivamente, la relación espiritual y cultural que tienen los Pueblos Indígenas con la tierra, en particular con la tradicionalmente ocupada, circunstancia que ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en numerosos fallos, deriva en que la lesión a su uso y goce no implique la afectación de derechos exclusivamente patrimoniales, antes bien, se genera necesariamente daño a la persona, más propiamente a su identidad. Ello ha llevado a que se afirme que el aborigen sin tierra no es aborigen.

La ubicación del tema dentro del régimen de los derechos reales, de contenido exclusivamente patrimonial, importaría por parte de la República Argentina el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, desde que llevaría a desvirtuar la multiculturalidad, como renovado paradigma de convivencia. Es que la propiedad de corte privatista que se legisla en el Código Civil, poco tiene en común con la que reconoce la ley fundamental como reivindicación histórica de los Pueblos originarios a través de la titularización a sus comunidades.

En este sentido, las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) declararon por unanimidad que: "La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inciso 17° de la Constitución Nacional, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente".

En cuanto al análisis de los diversos preceptos previstos para la propiedad comunitaria indígena, me remito a las apreciaciones de quien integra el Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Dra. Gabriela A. Vázquez, (15) y a las que volcara a través del libro. (16)

Simplemente me concreto ahora a resaltar la sensible desvirtuación del peculiar régimen de la propiedad indígena que implica la previsión del Proyecto de 2012 de que "en todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio" (art. 2036).

La incompatibilidad no es circunstancial, es visceral. Son antitéticas las visiones estrictamente patrimoniales e individualistas con la profunda relación espiritual de los pueblos indígenas con la tierra; allí consagraron sus vidas sus antepasados y los descendientes aspiran a alcanzar su realización humana en un plano esencialmente inmaterial, porque la posesión de la tierra por el indígena preserva su cultura, sus valores, su estilo de vida, siempre con la iluminación de la profunda devoción a la Pachamama.

XVI. Propiedad horizontal. Unidad funcional y partes propias

Es positivo que el art. 2039 mantenga el criterio de proyectos anteriores y concretamente el del art. 1974 del Proyecto de 1998, en la caracterización de la unidad funcional que la tiene por conformada, incluso por espacios que no constituyan pisos, departamentos o locales. Esa elasticidad abre la posibilidad de la aplicación de la

propiedad horizontal a las nuevas formas de propiedad, aunque los proyectistas concibieron lo que llaman "derecho real de propiedad horizontal especial" (art. 2075), tema sobre el que volveré.

Es destacable que el art. 2043 reproduzca la novedad legislativa introducida por el art. 1977 del Proyecto de 1998 acerca de la determinación de cuáles son las cosas y partes necesariamente propias en el sistema.

XVII. Crítica al carácter enunciativo de las partes necesariamente comunes

Se presenta como contradictorio el art. 2041 que indica cuales son las cosas y partes necesariamente comunes, y concluye con que la enumeración tiene carácter enunciativo, cuando aparece un inciso "k" donde se decide que son necesariamente comunes "todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común", pues esa mención aprehende a las menciones previas y también a las innúmeras instalaciones que sirvan al beneficio común.

Si se enumeran ciertos objetos en los que es indiscutible su caracterización como necesariamente comunes, tal descripción pierde toda utilidad si también responden a esa necesidad todas las cosas enderezadas al beneficio común, y con mucha mayor razón la desvirtuación señalada se patentiza al decir que esa enumeración, ya de por sí amplísima ante la introducción del inciso "k", es simplemente de carácter enunciativo.

La conveniencia de indicar cuáles son los objetos necesariamente comunes sólo es compatible con una enumeración acotada y cerrada.

Razónese que si el art. 2040 norma que: "Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no está determinado, se consideran comunes", y si las necesariamente comunes son muchísimas, en la práctica, las distintas cosas comunes lo serán necesariamente.

No es fácil comprender porqué el art. 2042 enumera "cosas y partes comunes no indispensables", y hasta lo hace de manera enunciativa, cuando todas las allí mentadas atienden en mayor o menor medida al beneficio común, por lo cual según el inciso "k" del art. 2041 serían necesariamente comunes.

XVIII. ¿Cómo responden los consorcistas por las deudas del consorcio?

Creo advertir una omisión, y significativa, al no regularse cómo responden los consorcistas por las deudas del consorcio, tema que ha dado lugar a múltiples disputas doctrinarias y jurisprudenciales, y que procuró superar el Proyecto de 1998 con el art. 1989: "La sentencia que se pronuncie contra el consorcio tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los propietarios. Los propietarios responden subsidiariamente por las deudas del consorcio en la extensión de sus alícuotas".

La supresión de este texto, meditada o no, implica que es aplicable lo dispuesto por el art. 143 in fine: "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".

XIX. Nuevas formas de propiedad

Reitero que creo objetable que se apuntara a nuevos derechos reales y que la denominación se enderezara a los objetos respectivos (Ver el núm. 5).

Es adecuado que los conjuntos inmobiliarios no queden atados, exclusivamente, al régimen de los derechos reales y que se reconozca en el art. 2075 in fine que: "Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales".

El legislador puede direccionar las realidades pero debe hacerlo con moderación, de allí que si muchos emprendimientos se realizan a través de derechos personales, hubiera sido inadecuado desconocer esa alternativa negocial para no apagar la potencialidad de ese fenómeno económico.

Sin embargo, no se comprende acabadamente porqué para los conjuntos inmobiliarios se confiesa en el art. 2075 que existe el propósito de "conformar un derecho real de propiedad horizontal especial".

Si en esencia los conjuntos inmobiliarios se someten a la propiedad horizontal, por más que ésta pueda presentar algunas matizaciones en la modalidad en análisis, no luce como congruente crear un nuevo derecho real en virtud de tales matices.

El dominio imperfecto no deja de ser dominio; el condominio sin indivisión forzosa y los con indivisión forzosa, son todos condominios; los derechos de construir, plantar o forestar, y el derecho sobre la propiedad superficiaria (construcción, plantación o forestación ya existente) son todos ellos abarcados como derecho de superficie; son indistintamente usufructos los que recaen sobre cosas no fungibles, derechos, conjuntos de animales o una herencia; el género servidumbre engloba múltiples manifestaciones especiales; puede haber prenda de cosas y de créditos, y el único derecho real es el de prenda.

Ante los ejemplos enunciados insisto en que no se presenta como feliz que ante las simples peculiaridades de los conjuntos inmobiliarios se los quiera tipificar como un derecho real específico, cuando se decide que es un derecho real de propiedad horizontal especial.

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 art. 2101 para el tiempo compartido a "las normas sobre derechos reales", es de tal amplitud que vacía su contenido.

El art. 2112 al tratar el derecho real de sepultura en el marco de los cementerios privados, vuelve a predicar que se le aplican las normas sobre derechos reales. Deseo imaginar que pueda tratarse de un nuevo derecho real no enumerado, aunque el mensaje es equívoco.

En cambio, no se clarifica de ningún modo en el Capítulo de los "Cementerios privados" que tipo de derecho tienen cada uno de los titulares sobre las distintas parcelas, lo que genera la posibilidad de distintas interpretaciones igualmente válidas.

XX. Derecho de Superficie. ¿Disposición material del derecho? Quid de la usucapión

Entendemos que es equívoca la definición del derecho de superficie que acomete el art. 2114, transfigurada bajo la denominación de concepto, pues no es posible ni conceptual ni prácticamente la "disposición material (...) del derecho de plantar, forestar o construir", ya que los derechos carecen de materialidad.

No creo en que sea acertado el art. 2119 que fija la regla de que la superficie "no puede adquirirse por usucapión", pese a que se la admite para la prescripción adquisitiva corta.

Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897 (ver lo que se dijo en el núm. 8), para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres.

La aceptación de la usucapión en esos casos es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite.

XXI. Objeto del usufructo

Se me ocurre que existe una fractura conceptual notoria cuando el art. 2130 apunta al tratar el objeto del usufructo a que él "puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: (...) b) un derecho...".

Resalta la imposibilidad de que el usufructo de un derecho pueda ejercerse "sobre una parte material", ante la incompatibilidad del derecho como objeto con la noción de partes materiales de él, incompresible en una idealidad.

XXII. Legitimación en materia de usufructo

Existe un vacío legislativo al determinar los legitimados para constituir el usufructo. Al enumerar taxativamente a los titulares de derechos reales legitimados para constituir el usufructo, el art. 2131 olvida incorporar a los derechos reales que el propio Proyecto había agregado a la enumeración legal, amplificando desmesuradamente la tradicional austeridad al respecto. Nada se dice de los "conjuntos inmobiliarios", del "tiempo compartido" y del "cementerio privado".

XXIII. Definición de la hipoteca

Al definir la hipoteca, a diferencia del vigente art. 3108 del Código Civil, ya no se dice que los inmuebles "continúan en poder del deudor", sino que "continúan en poder del constituyente" (art. 2205, Proyecto de 2012).

Me permito reproducir lo que expresé desde el libro: "Aunque es preferible la referencia de que los inmuebles quedan 'en poder del constituyente' que 'en poder del deudor', es mejor todavía precisar que los inmuebles 'continúan en poder del dueño', ya que siempre quedan en poder del dueño, se trate de la constitución por el deudor o por el constituyente no deudor pues aunque las derivaciones posteriores lleven a que los inmuebles no continúen en poder de aquéllos, el que esté en poder de la cosa siempre será su actual dueño. Efectivamente, como la hipoteca no requiere la tradición el inmueble continúa en poder del otorgante, quien puede ser el deudor del crédito garantizado o 'un tercero sin obligarse personalmente' (art. 3121), con los efectos indicados por el art. 3186, no es feliz la fórmula del art. 3108 in fine del Cód. Civil acerca de que el inmueble o los inmuebles: 'continúan en poder del deudor'; más ajustada es la mención de que el inmueble 'continúa en poder del constituyente'. No obstante, insistimos en que la fórmula más adecuada consiste en puntualizar que el inmueble 'continúa en poder del dueño'. Se trate del dueño que la constituyó, deudor o no, o en su caso del dueño que la recibió en virtud de las transmisiones sucesivas, que al igual que el constituyente podrá ser perseguido por el acreedor hipotecario en ejercicio de la facultad persecutoria regulada por los arts. 3162 y ss. del Código Civil. Siempre el inmueble permanece en poder del dueño, ya el originario constituyente, o adquirente posterior. Este criterio fue receptado por el art. 2104 del Proyecto 1998...". (17)

XXIV. Legitimación en la hipoteca

Al igual que lo señalé para el usufructo (núm. 22), también en la hipoteca al enunciarse taxativamente a los

titulares de derechos reales legitimados para constituirlos, el art. 2206 omite incluir a los que el Proyecto designa en el art. 1887 como "conjuntos inmobiliarios", "tiempo compartido" y "cementerio privado".

La misma omisión reaparece en el art. 2213, cuando también en lista cerrada se enumeran los legitimados para constituir la anticresis.

XXV. Objeto de la anticresis

Comparto plenamente que se receptara en el art. 2212 el criterio innovador del art. 2128 del Proyecto de 1998, que a diferencia del Codificador histórico extendió el objeto, clásicamente ceñido a los inmuebles, a las "cosas registrables individualizadas".

Con tal designio legislativo pueden ser objeto de anticresis también las distintas cosas muebles registrables, como automotores, buques, aeronaves, etc., con lo que se apuesta a una revitalización de esa garantía, de muy limitada difusión en la actualidad, acaso por el anquilosado y contradictorio régimen vigente.

XXVI. Acciones reales

Se presenta, a mi criterio como una solución disvaliosa, la subsistencia del tríptico acciones reivindicatoria, negatoria y confesoria, en vez de consagrarse la unificación de todas ellas en un régimen ampliado de la acción reivindicatoria.

Esa multiplicidad de acciones conspira contra la sencillez del sistema y no resguarda al ciudadano común ante la posibilidad de su error en la elección de la adecuada al caso, en una temática preñada de sutilezas, y es sabido que la justicia no siempre es receptiva para la aplicación amplia de la regla *iura novit curia*, lo que en ocasiones podría desvirtuar el derecho humano de acceder a la justicia.

El Proyecto de 2012, muchas veces consecuente con el Proyecto de 1998 en materia patrimonial, aquí desandó el camino y no atendió a los Fundamentos que sustentaron la postura del Proyecto fuente: "Se proyecta que la acción reivindicatoria se extienda a los ámbitos que en la actualidad cubren las acciones confesoria y negatoria. Adviértase, que también cuando el régimen vigente le concede la acción confesoria al titular de una servidumbre, es por entender que se afectó la plenitud de algún derecho real que se ejercita por la posesión, pero, en verdad, está en juego la existencia misma de la servidumbre. La acción reivindicatoria proyectada también abarca la defensa de la libertad del derecho real, solución coherente con la idea que en el derecho actual observa una mera diferencia de grado entre las lesiones que habilitan para interponer la acción reivindicatoria y la acción negatoria, lo que permite, sin esfuerzos, que quedan alcanzadas por la misma acción. Es la solución de los códigos chileno, colombiano y ecuatoriano. Los textos proyectados no debilitan la protección de los derechos reales, porque coinciden en lo esencial con la tutela que otorga el actual régimen, pero sin ingresar en disecciones contraproducentes y contradictorias. Por el camino de la simplificación buscada, se protege más y mejor al derecho real".

En cambio, correctamente, y a la manera del Proyecto de 1998, el de 2012 diagrama la acción de deslinde entre las "Defensas del derecho real", pues como se dijo en 1998: "La acción de deslinde aparece en el lugar adecuado, con lo que se reconoce el acierto de la generalizada censura soportada por el Código Civil vigente, por haberla legislado dentro del poco comprensible condominio por confusión de límites".

XXVII. Prueba en la reivindicación de inmuebles

No comparto las directivas adoptadas en materia de prueba en la reivindicación.

Al poner el acento en la prueba para la reivindicación de inmuebles, nada se dice de la importante incidencia que tiene la existencia o no de registración del título del demandante y, en su caso, del correspondiente al demandado.

La carencia de la captación de las proyecciones de lo registral, reitera la misma orfandad que se experimenta en el régimen vigente, explicable en Vélez pues sólo previó la inscripción registral de la hipoteca, pero no es congruente con la generalización de la inscripción registral en la que se enrola el Proyecto de 2012 en seguimiento de leyes posteriores al Código histórico (fundamentalmente, las leyes 17.711 y 18.801) (Adla, XXVIII-B, 1810; XXX-C, 3077).

XXVIII. Registración inmobiliaria

Es comprensible que una unificación legislativa civil y comercial enfrente grandes obstáculos para abarcar en un cuerpo único las múltiples normas que atañen a dichos ámbitos del conocimiento.

De todos modos, la omisión de incorporar al Código, al menos la registración inmobiliaria, parece una deficiencia metodológica, pues ella gravita sobre todo el sistema de los derechos reales, a mayor abundamiento porque la propiedad Comisión dijo: "Es cierto que por ley especial ya están regulados la propiedad horizontal, el tiempo compartido y la superficie forestal, pero su incorporación al Código con mayor completitud era una necesidad".

La razonable "necesidad" señalada creo que era todavía mayor ante la indispensable integración armónica de la publicidad registral con el armazón de los derechos reales, coherencia legislativa que consagra al más

calificado derecho comparado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(*) Dictamen del Académico presentado a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) "Hacia la Recodificación Civil en la Argentina", en *La Codificación Raíces y Prospectiva*, t. III "¿Qué Derecho, Qué Códigos, Qué Enseñanza?", Editorial Educa, Buenos Aires, 2005, p. 191 y ss. Investigación reproducida en "Sesquicentenario del Código Civil Chileno. Pasado, presente y futuro de la codificación", Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005. Uno de los más destacados panegiristas del Dr. Vélez Sarsfield, recuerda que al redactar el Código Civil Argentino vigente lo acompañó con anotaciones a los distintos textos, pero que lo hizo para obedecer al mandato presidencial comunicado por el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Costa, en oportunidad de remitirle el decreto que le encomendó la codificación: "Considera S.E. que sería muy conveniente que en los diversos artículos que lo forman, sean anotadas las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes de la Nación, como así su conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo...". Puntualiza también, que "En sus...cuadernos de borradores, anotaba para estudiar un asunto las fuentes más dispares a fin de conocer el pro y el contra antes de decidirse: y de esos cuadernos pasaron, no siempre por personal trabajo del Codificador, sino de sus amanuenses, al "Proyecto" de Código. Así, mientras unas veces la nota indica, en realidad, la fuente directa del artículo, otras se refieren a textos diferentes y aun contradictorios, en cuyo contraste se formó la opinión del redactor, traducida en el texto legal. De ahí la concurrencia al pie del mismo artículo, de referencias bibliográficas que están en desacuerdo entre sí y, a veces, en desacuerdo con la norma adoptada". Agrega, para explicar los limitados alcances de las notas, la opinión del propio Codificador: "Se atribuye a Vélez la siguiente réplica a alguien que llamó su atención sobre ello: "¿Para qué van a buscar las notas para explicarse las disposiciones del Código? El que haga eso, no sabe lo que tiene entre manos: debe recurrir al texto, que es propiamente la ley, y no a las notas". Con expresa autorización del autor unas veces, y otras por espontánea decisión de los que intervinieron en las ediciones posteriores (sin contar las inevitables erratas de imprenta), las notas del 'Proyecto' han sido objeto de enmiendas, de agregados, de traslaciones, de adulteraciones a veces..." (CHÁNETON, Abel, "Historia de Vélez Sársfield", reimpresión de Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, p. 419, con su nota 43, y p. 420).

(2) Ver "Hacia la Recodificación Civil en la Argentina", en op. cit. en nota 1.

(3) Ver ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (Órganon) —Categorías, Tópicos, Sobre las Refutaciones Sofísticas—*, introducciones, traducciones y notas de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, 1982, en "Tópicos", p. 89 y ss., la cita es de p. 95.

(4) A la traducción del griego: "que es ser", se la presenta como apegada a la literalidad, aunque es muy difundida la mencionada de "quididad"; Brunschwig recomienda la señalada de "lo esencial de la esencia". Concretamente, según BRUNSCHWIG, "La definición es un enunciado que significa lo esencial de la esencia", ver traducción de la Introducción y Notas a los "Tópicos" de Aristóteles de J. Brunschwig, por Evans Cívít, Jorge Horacio, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 62, 65.

(5) GENY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1913, pp. 152 y 154.

(6) DABIN, Jean, *La technique de l'elaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruxelles, 1935, pp. 112 y 113.

(7) Ver *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, por Idefonso L. García del Corral, *Primera Parte Digesto*, Tomo III, Barcelona, 1897, Regla 202, en p. 961.

(8) *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto*, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos KRIEGL, Hermann y OSENBRÜGEN, por Idefonso L. García del Corral, *Primera Parte Digesto*, t. III, Barcelona, 1897, Regla 202, p. 912 y ss.

(9) ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, 2001, pp. 43 y 44.

(10) COLMO, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, 1961, p. 262.

(11) COGHLAN, Antonio R. M., *El condominio sin indivisión forzosa*, La Ley, Buenos Aires, 1980, núm. 18, p. 9.

(12) Ver nuestro trabajo: "Previsiones normativas contenidas en el proyecto de unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales", *Revista del Notariado* N° 903, p. 197 y ss.

(13) ALTERINI, Jorge Horacio, "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles", LA LEY 2008-D, 867, Acad. Nac. de Derecho 2008 (marzo), 1.

(14) ALTERINI, Jorge Horacio, "Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa", Editorial La Ley, marzo 2004, Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLVIII, Segunda Época, Número 41.

(15) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Propiedad comunitaria indígena en el Proyecto", LA LEY 12/07/2012, p. 1.

(16) ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., Propiedad Indígena, coedición de Librería Histórica y Educa, Buenos Aires, 2005.

(17) ALTERINI, Jorge Horacio, en Tratado de los derechos reales, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, por La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2010, t. IV, núm. 1662 bis, p. 529.