Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo V

Libro Cuarto

Artículos 1882 a 2276

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo V

Libro Cuarto
Artículos 1882 a 2276

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA
Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

Caramelo, Gustavo
Código civil y comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
v. 5, 448 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-34-5

1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. I. Sebastián Picasso II. Herrera, Marisa III. Título
CDD 346

Fecha de catalogación: 17/07/2015

ISBN Obra completa: 978-987-3720-29-1
ISBN Tomo 5: 978-987-3720-34-5
Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

1ra. edición -noviembre 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras
Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin
Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral, Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA), Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble; la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa; la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo; y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

DIRECTORES

MARISA HERRERA

GUSTAVO CARAMELO

SEBASTIÁN PICASSO

DIRECCIÓN EDITORIAL

JULIÁN ÁLVAREZ

COORDINADORAS GENERALES

MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

COORDINADORES

NATALIA DE LA TORRE
Tomo I, II y VI

FIORELLA VIGO
Tomo I, II y VI

CECILIA KANDUS
Tomo III, IV y VI

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA
Tomo III y IV

LUIS R. J. SÁENZ
Tomo III y IV

FEDERICO CARESTIA
Tomo III y IV

FEDERICO CAUSSE
Tomo V

CHRISTIAN PETTIS
Tomo V

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado
por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral,
Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes
a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA),
Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble;
la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa;
la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo;
y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad
en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

COMENTARIOS
A LOS ARTÍCULOS DEL TOMO

FEDERICO CAUSSE
y CHRISTIAN R. PETTIS
Arts. 1882 a 1904
Arts. 1906 a 1924
Arts. 1926 a 1972
Arts. 1974 a 1998
Arts. 2184 a 2218

OMAR L. DÍAZ SOLIMINE
Art. 1905

GONZALO LÓPEZ DEL CARRIL
Art. 1925

GABRIELA A. ITURBIDE
Art. 1973

JAVIER ROSENBROCK LAMBOIS
Arts. 1999 a 2036

ROBERTO MALIZIA
Arts. 2037 a 2048
Arts. 2050 a 2072

MARÍA LAURA RAGONI
Art. 2049

MARÍA JOSÉ PÉREZ CLOUET
Arts. 2073 a 2099
Arts. 2101 a 2102

MANUEL J. PEREYRA
Art. 2100

FABIAN M. LOIZA
Arts. 2103 a 2113

JORGE R. CAUSSE
Arts. 2114 a 2128

MARIA DE LAS VICTORIAS
GONZALEZ SILVANO
Arts. 2129 a 2144

GUSTAVO L. GAIBROIS
Arts. 2145 a 2153

IGNACIO DE GARAY
Arts. 2154 a 2161

MARTÍN M. CULACIATI
Arts. 2162 a 2183

MARIO G. SZMUCH
Arts. 2219 al 2237

MARIO ZELAYA
Arts. 2238 al 2276

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

INTRODUCCIÓN AL LIBRO QUINTO

MARISA HERRERA, SEBASTIÁN PICASSO
y GUSTAVO CARAMELO

El lector tiene ante sus ojos el penúltimo tomo de una herramienta de consulta permanente para toda persona que por cualquier razón se acerca o se encuentra envuelto por el derecho civil y comercial.

En esta oportunidad se analizan las normas dedicadas a los derechos reales. Es sabido que una de las grandes finalidades del nuevo Código Civil y Comercial es, entre otras cosas, actualizar y así modernizar las normas que regulan la cotidianeidad de las personas en vidas, sin lugar a duda, más complejas. En este sentido, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido o los cementerios privados son algunos de los derechos reales que se incorporan a la legislación civil y comercial por fuerza de la realidad.

El Libro Cuarto sigue la estructura metodológica general del Código Civil y Comercial al comenzar con una primera parte dedicada a las Disposiciones generales en los cuales se explicitan cuáles son los "principios comunes" que rigen para todos los derechos reales, más allá de las especificidades y autonomía de cada uno de ellos, siguiéndose la modalidad adoptada por el Proyecto de Reforma de 1998. En esta primera parte se ahonda de manera particular en temas centrales de los derechos reales —como lo son la posesión y la tenencia, en cuanto reflejan "Las relaciones de poder del sujeto con una cosa"—, además de mantenerse el sistema adoptado por el Código de Vélez, centrado en la publicidad registral en materia de inmuebles con carácter declarativo.

Si de estructura y metodología se trata, en este Tomo V se mantiene la línea adoptada en toda la obra: la de destacar los principales cambios, brindándose las razones de tales modificaciones y explicándose sus consecuencias o efectos en el ordenamiento jurídico civil y comercial. Asimismo, se explicitan aquellas cuestiones que admiten diferentes posturas, poniéndose de manifiesto cuáles son y los argumentos que plantea cada una, para que el lector pueda tener cabal conocimiento de los debates que aún siguen abiertos.

En suma, el Libro Cuarto del Código Civil y Comercial, dedicado con exclusividad a los derechos reales, también observa una gran cantidad de modificaciones producto de readaptaciones, actualizaciones y también de "cierta limpieza" —y por lo tanto, mejora— en la regulación de esta área del derecho signada por la noción de orden público.

ÍNDICE GENERAL

Página

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado..... 1

LIBRO CUARTO. DERECHOS REALES

TÍTULO I - Disposiciones generales

CAPÍTULO 1 - Principios comunes

Comentarios de Federico J. Causse y Christian R. Pettis

Artículo 1882.- Concepto. 1
Artículo 1883.- Objeto. 2
Artículo 1884.- Estructura. 3
Artículo 1885.- Convalidación. 4
Artículo 1886.- Persecución y preferencia. 5
Artículo 1887.- Enumeración. 6
Artículo 1888.- Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. 8
Artículo 1889.- Derechos reales principales y accesorios. 9
Artículo 1890.- Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. 10
Artículo 1891.- Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. 11

CAPÍTULO 2- Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

Artículo 1892.- Título y modos suficientes. 12
Artículo 1893.- Inoponibilidad. 15
Artículo 1894.- Adquisición legal. 17
Artículo 1895.- Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. 18
Artículo 1896.- Prohibición de constitución judicial. 18
Artículo 1897.- Prescripción adquisitiva. 19
Artículo 1898.- Prescripción adquisitiva breve. 20
Artículo 1899.- Prescripción adquisitiva larga. 22
Artículo 1900.- Posesión exigible. 23
Artículo 1901.- Unión de posesiones. 24
Artículo 1902.- Justo título y buena fe. 25
Artículo 1903.- Comienzo de la posesión. 26
Artículo 1904.- Normas aplicables. 27

Página

Comentarios de Omar Luis Diez Solimine

Artículo 1905.- Sentencia de prescripción adquisitiva. 27

Comentarios de Federico J. Causse y Christian R. Pettis

Artículo 1906.- Transmisibilidad. 37
Artículo 1907.- Extinción. 38

TÍTULO II - Posesión y tenencia

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Artículo 1908.- Enumeración. 39
Artículo 1909.- Posesión. 40
Artículo 1910.- Tenencia. 41
Artículo 1911.- Presunción de poseedor o servidor de la posesión. 42
Artículo 1912.- Objeto y sujeto plural. 43
Artículo 1913.- Concurrencia. 44
Artículo 1914.- Presunción de fecha y extensión. 44
Artículo 1915.- Interversión. 45
Artículo 1916.- Presunción de legitimidad. 46
Artículo 1917.- Innecesariedad de título. 47
Artículo 1918.- Buena fe. 48
Artículo 1919.- Presunción de buena fe. 49
Artículo 1920.- Determinación de buena o mala fe. 50
Artículo 1921.- Posesión viciosa. 51

CAPÍTULO 2 - Adquisición, ejercicio, conservación y extinción

Artículo 1922.- Adquisición de poder. 52
Artículo 1923.- Modos de adquisición. 53
Artículo 1924.- Tradición. 53

Comentarios de Gonzalo López del Carril

Artículo 1925.- Otras formas de tradición. 55

Comentarios de Federico J. Causse y Christian R. Pettis

Artículo 1926.- Relación de poder vacua. 58
Artículo 1927.- Relación de poder sobre universalidad de hecho. 58
Artículo 1928.- Actos posesorios. 59
Artículo 1929.- Conservación. 59
Artículo 1930.- Presunción de continuidad. 59
Artículo 1931.- Extinción. 60

CAPÍTULO 3 - Efectos de las relaciones de poder

Artículo 1932.- Derechos inherentes a la posesión. 62
Artículo 1933.- Deberes inherentes a la posesión. 62
Artículo 1934.- Frutos y mejoras. 63
Artículo 1935.- Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe 64
Artículo 1936.- Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe 65
Artículo 1937.- Transmisión de obligaciones al sucesor 66

Página

Artículo 1938.- Indemnización y pago de mejoras....67
Artículo 1939.- Efectos propios de la posesión....68
Artículo 1940.- Efectos propios de la tenencia....69

TÍTULO III - Dominio

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Artículo 1941.- Dominio perfecto....70
Artículo 1942.- Perpetuidad....72
Artículo 1943.- Exclusividad....73
Artículo 1944.- Facultad de exclusión....74
Artículo 1945.- Extensión....74
Artículo 1946.- Dominio imperfecto....75

CAPÍTULO 2 - Modos especiales de adquisición del dominio

SECCIÓN 1ª - APROPIACIÓN

Artículo 1947.- Apropiación....76
Artículo 1948.- Caza....76
Artículo 1949.- Pesca....77
Artículo 1950.- Enjambres....77

SECCIÓN 2ª - ADQUISICIÓN DE UN TESORO

Artículo 1951.- Tesoro....78
Artículo 1952.- Descubrimiento de un tesoro....78
Artículo 1953.- Derechos del descubridor....78
Artículo 1954.- Búsqueda por el propietario de un tesoro....79

SECCIÓN 3ª - RÉGIMEN DE COSAS PERDIDAS

Artículo 1955.- Hallazgo....80
Artículo 1956.- Recompensa y subasta.... 81

SECCIÓN 4ª - TRANSFORMACIÓN Y ACCESIÓN DE COSAS MUEBLES

Artículo 1957.- Transformación....82
Artículo 1958.- Accesión de cosas muebles....82

SECCIÓN 5ª - ACCESIÓN DE COSAS INMUEBLES

Artículo 1959.- Aluvión....83
Artículo 1960.- Cauce del río.... 84
Artículo 1961.- Avulsión....84
Artículo 1962.- Construcción, siembra y plantación....84
Artículo 1963.- Invasión de inmueble colindante....86

CAPÍTULO 3 - Dominio imperfecto

Artículo 1964.- Supuestos de dominio imperfecto....87
Artículo 1965.- Dominio revocable....88
Artículo 1966.- Facultades....89
Artículo 1967.- Efecto de la revocación....90
Artículo 1968.- Readquisición del dominio perfecto....91
Artículo 1969.- Efectos de la retroactividad....92

Página

CAPÍTULO 4 - Límites al dominio
Artículo 1970.- Normas administrativas....92
Artículo 1971.- Daño no indemnizable. 94
Artículo 1972.- Cláusulas de inenajenabilidad....94

Comentarios de Gabriela Iturbide

Artículo 1973.- Inmisiones. 96

Comentarios de Federico J. Causse y Christian R. Pettis

Artículo 1974.- Camino de sirga....104
Artículo 1975.- Obstáculo al curso de las aguas....105
Artículo 1976.- Recepción de agua, arena y piedras....106
Artículo 1977.- Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra. 106
Artículo 1978.- Vistas....107
Artículo 1979.- Luces....108
Artículo 1980.- Excepción a distancias mínimas....108
Artículo 1981.- Privación de luces o vistas. 109
Artículo 1982.- Árboles, arbustos u otras plantas....109

TÍTULO IV - Condominio

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales
Artículo 1983.- Condominio. 110
Artículo 1984.- Aplicaciones subsidiarias. 111
Artículo 1985.- Destino de la cosa. 112
Artículo 1986.- Uso y goce de la cosa. 112
Artículo 1987.- Convenio de uso y goce. 113
Artículo 1988.- Uso y goce excluyente. 114
Artículo 1989.- Facultades con relación a la parte indivisa....116
Artículo 1990.- Disposición y mejoras con relación a la cosa....116
Artículo 1991.- Gastos....118
Artículo 1992.- Deudas en beneficio de la comunidad....118

CAPÍTULO 2 - Administración
Artículo 1993.- Imposibilidad de uso y goce en común 119
Artículo 1994.- Asamblea 120
Artículo 1995.- Frutos....121

CAPÍTULO 3 - Condominio sin indivisión forzosa
SECCIÓN ÚNICA - PARTICIÓN
Artículo 1996.- Reglas aplicables 122
Artículo 1997.- Derecho a pedir la partición. 123
Artículo 1998.- Adquisición por un condómino....123

CAPÍTULO 4 - Condominio con indivisión forzosa temporaria
Comentarios de Javier H. Rosenbrock Lambois
Artículo 1999.- Renuncia a la acción de partición 124
Artículo 2000.- Convenio de suspensión de la partición 124
Artículo 2001.- Partición nociva....125

Página

Artículo 2002.- Partición anticipada. 125
Artículo 2003.- Publicidad de la indivisión o su cese. 126

CAPÍTULO 5 - Condominio con indivisión forzosa perdurable

SECCIÓN 1ª - CONDOMINIO SOBRE ACCESORIOS INDISPENSABLES

Artículo 2004.- Indivisión forzosa sobre accesorios indispensables. 126
Artículo 2005.- Uso de la cosa común. 126

SECCIÓN 2ª - CONDOMINIO SOBRE MUROS, CERCOS Y FOSOS

Artículo 2006.- Muro, cerco o foso. 127
Artículo 2007.- Cerramiento forzoso urbano. 128
Artículo 2008.- Muro de cerramiento forzoso. 128
Artículo 2009.- Adquisición de la medianería. 129
Artículo 2010.- Presunciones. 130
Artículo 2011.- Época de las presunciones. 130
Artículo 2012.- Exclusión de las presunciones. 130
Artículo 2013.- Prueba. 130
Artículo 2014.- Cobro de la medianería. 132
Artículo 2015.- Mayor valor por características edilicias. 132
Artículo 2016.- Adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrado. 133
Artículo 2017.- Derecho del que construye el muro. 133
Artículo 2018.- Medida de la obligación. 134
Artículo 2019.- Valor de la medianería. 134
Artículo 2020.- Inicio del curso de la prescripción extintiva. 135
Artículo 2021.- Facultades materiales. Prolongación. 135
Artículo 2022.- Prolongación del muro 135
Artículo 2023.- Restitución del muro al estado anterior. 136
Artículo 2024.- Reconstrucción. 136
Artículo 2025.- Utilización de superficie mayor. 137
Artículo 2026.- Diligencia en la reconstrucción 137
Artículo 2027.- Mejoras en la medianería urbana 137
Artículo 2028.- Abdicación de la medianería 138
Artículo 2029.- Alcance de la abdicación. 138
Artículo 2030.- Readquisición de la medianería. 138
Artículo 2031.- Cerramiento forzoso rural 139
Artículo 2032.- Atribución, cobro y derechos en la medianería rural 139
Artículo 2033.- Aplicación subsidiaria. 139
Artículo 2034.- Condominio de árboles y arbustos. 140
Artículo 2035.- Perjuicio debido a un árbol o arbusto. 140
Artículo 2036.- Reemplazo del árbol o arbusto. 140

TÍTULO V - Propiedad horizontal

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Comentarios de Roberto Malizia

Artículo 2037.- Concepto 141
Artículo 2038.- Constitución. 142

Página

Artículo 2039.- Unidad funcional.....143
Artículo 2040.- Cosas y partes comunes. 145
Artículo 2041.- Cosas y partes necesariamente comunes. 146
Artículo 2042.- Cosas y partes comunes no indispensables.....147
Artículo 2043.- Cosas y partes propias. 148
Artículo 2044.- Consorcio. 149

CAPÍTULO 2 - Facultades y obligaciones de los propietarios

Artículo 2045.- Facultades. 152
Artículo 2046.- Obligaciones. 153
Artículo 2047.- Prohibiciones. 155
Artículo 2048.- Gastos y contribuciones.....157

Comentarios de Laura Ragoni

Artículo 2049.- Defensas. 160

Comentarios de Roberto Malizia

Artículo 2050.- Obligados al pago de expensas. 164

CAPÍTULO 3 - Modificaciones en cosas y partes comunes

Artículo 2051.- Mejora u obra nueva que requiere mayoría. 165
Artículo 2052.- Mejora u obra nueva que requiere unanimidad. 167
Artículo 2053.- Mejora u obra nueva en interés particular. 167
Artículo 2054.- Reparaciones urgentes. 168
Artículo 2055.- Grave deterioro o destrucción del edificio. 169

CAPÍTULO 4 - Reglamento de propiedad horizontal

Artículo 2056.- Contenido. 171
Artículo 2057.- Modificación del reglamento. 172

CAPÍTULO 5 - Asambleas

Artículo 2058.- Facultades de la asamblea. 174
Artículo 2059.- Convocatoria y quórum. 174
Artículo 2060.- Mayoría absoluta. 174
Artículo 2061.- Conformidad expresa del titular.....174
Artículo 2062.- Actas. 178
Artículo 2063.- Asamblea judicial. 179

CAPÍTULO 6 - Consejo de propietarios

Artículo 2064.- Atribuciones. 180

CAPÍTULO 7 - Administrador

Artículo 2065.- Representación legal. 182
Artículo 2066.- Designación y remoción. 182
Artículo 2067.- Derechos y obligaciones.....182

Página

CAPÍTULO 8 - Subconsorcios

Artículo 2068.- Sectores con independencia. 185

CAPÍTULO 9 - Infracciones

Artículo 2069.- Régimen. 187

CAPÍTULO 10 - Prehorizontalidad

Artículo 2070.- Contratos anteriores a la constitución de la propiedad horizontal. 189
Artículo 2071.- Seguro obligatorio. 189
Artículo 2072.- Exclusiones 189

TÍTULO VI - Conjuntos inmobiliarios

CAPÍTULO 1 - Conjuntos inmobiliarios

Comentarios de María José Pérez Clouet

Artículo 2073.- Concepto. 190
Artículo 2074.- Características. 191
Artículo 2075.- Marco legal. 192
Artículo 2076.- Cosas y partes necesariamente comunes. 193
Artículo 2077.- Cosas y partes privativas. 194
Artículo 2078.- Facultades y obligaciones del propietario. 194
Artículo 2079.- Localización y límites perimetrales. 195
Artículo 2080.- Limitaciones y restricciones reglamentarias. 195
Artículo 2081.- Gastos y contribuciones. 196
Artículo 2082.- Cesión de la unidad. 197
Artículo 2083.- Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. 197
Artículo 2084.- Servidumbres y otros derechos reales. 198
Artículo 2085.- Transmisión de unidades. 199
Artículo 2086.- Sanciones. 199

CAPÍTULO 2 - Tiempo compartido

Artículo 2087.- Concepto. 199
Artículo 2088.- Bienes que lo integran. 201
Artículo 2089.- Afectación. 202
Artículo 2090.- Legitimación. 202
Artículo 2091.- Requisitos. 203
Artículo 2092.- Inscripción. 204
Artículo 2093.- Efectos del instrumento de afectación. 204
Artículo 2094.- Deberes del emprendedor. 205
Artículo 2095.- Deberes de los usuarios del tiempo compartido. 206
Artículo 2096.- De la administración. 207
Artículo 2097.- Deberes del administrador. 208
Artículo 2098.- Cobro ejecutivo. 209
Artículo 2099.- Extinción. 210

Página

Comentarios de Manuel Javier Pereyra

Artículo 2100.- Relación de consumo. 211

Comentarios de María José Pérez Clouet

Artículo 2101.- Derecho real del adquirente de tiempo compartido. 214
Artículo 2102.- Normas de policía. 215

CAPÍTULO 3 - Cementerios privados

Comentarios de Fabián M. Loiza

Artículo 2103.- Concepto. 215
Artículo 2104.- Afectación. 216
Artículo 2105.- Reglamento de administración y uso. 217
Artículo 2106.- Registros de inhumaciones y sepulturas. 219
Artículo 2107.- Facultades del titular del derecho de sepultura. 220
Artículo 2108.- Deberes del titular del derecho de sepultura. 221
Artículo 2109.- Dirección y administración. 222
Artículo 2110.- Inembargabilidad. 223
Artículo 2111.- Relación de consumo. 224
Artículo 2112.- Derecho real de sepultura. 225
Artículo 2113.- Normas de policía. 226

TÍTULO VII - Superficie

Comentarios de Jorge R. Causse

Artículo 2114.- Concepto. 227
Artículo 2115.- Modalidades. 228
Artículo 2116.- Emplazamiento. 230
Artículo 2117.- Plazos. 231
Artículo 2118.- Legitimación. 231
Artículo 2119.- Adquisición. 232
Artículo 2120.- Facultades del superficiario. 233
Artículo 2121.- Facultades del propietario. 233
Artículo 2122.- Destrucción de la propiedad superficiaria. 234
Artículo 2123.- Subsistencia y transmisión de las obligaciones. 234
Artículo 2124.- Extinción. 235
Artículo 2125.- Efectos de la extinción. 235
Artículo 2126.- Indemnización al superficiario. 236
Artículo 2127.- Normas aplicables al derecho de superficie. 236
Artículo 2128.- Normas aplicables a la propiedad superficiaria. 237

TÍTULO VIII - Usufructo

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Comentarios de María de las Victorias González Silvano

Artículo 2129.- Concepto. 237
Artículo 2130.- Objeto. 238

Página

Artículo 2131.- Legitimación. 240
Artículo 2132.- Usufructo a favor de varias personas. 241
Artículo 2133.- Prohibición de usufructo judicial. 242
Artículo 2134.- Modos de constitución. 242
Artículo 2135.- Presunción de onerosidad. 242
Artículo 2136.- Modalidades. 243
Artículo 2137.- Inventario. 243
Artículo 2138.- Presunción. 244
Artículo 2139.- Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión. 245
Artículo 2140.- Intransmisibilidad hereditaria. 245

CAPÍTULO 2 - Derechos del usufructuario

Artículo 2141.- Frutos. Productos. Acrecentamientos naturales. 245
Artículo 2142.- Derechos reales y personales. 246
Artículo 2143.- Mejoras facultativas. 247
Artículo 2144.- Ejecución por acreedores. 247

CAPÍTULO 3 - Obligaciones del usufructuario

Comentarios de Gustavo Luis Gaibrois

Artículo 2145.- Destino. 248
Artículo 2146.- Mejoras necesarias. 249
Artículo 2147.- Mejoras anteriores a la constitución. 249
Artículo 2148.- Impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes. 250
Artículo 2149.- Comunicación al nudo propietario. 251
Artículo 2150.- Restitución. 251

CAPÍTULO 4 - Derechos y deberes del nudo propietario

Artículo 2151.- Disposición jurídica y material. 252

CAPÍTULO 5 - Extinción

Artículo 2152.- Medios especiales de extinción. 253
Artículo 2153.- Efectos de la extinción. 255

TÍTULO IX - Uso

Comentarios de Ignacio De Garay

Artículo 2154.- Concepto. 256
Artículo 2155.- Normas supletorias. 258
Artículo 2156.- Limitaciones. 261
Artículo 2157.- Ejecución por acreedores. 262

TÍTULO X - Habitación

Artículo 2158.- Concepto. 263
Artículo 2159.- Normas supletorias. 266
Artículo 2160.- Limitaciones. 267
Artículo 2161.- Impuestos, contribuciones y reparaciones. 268

Página

TÍTULO XI - Servidumbre

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Comentarios de Martín Miguel Culaciatti

Artículo 2162.- Definición. 269
Artículo 2163.- Objeto. 271
Artículo 2164.- Servidumbre positiva y negativa. 272
Artículo 2165.- Servidumbre real y personal. 274
Artículo 2166.- Servidumbre forzosa. 276
Artículo 2167.- Servidumbre personal a favor de varios titulares. 278
Artículo 2168.- Legitimación. 279
Artículo 2169.- Prohibición de servidumbre judicial. 280
Artículo 2170.- Presunción de onerosidad. 281
Artículo 2171.- Modalidades. 281
Artículo 2172.- Transmisibilidad. 282

CAPÍTULO 2 - Derechos y obligaciones del titular dominante

Artículo 2173.- Derechos reales y personales. 283
Artículo 2174.- Extensión de la servidumbre. 284
Artículo 2175.- Ejercicio. 285
Artículo 2176.- Mejoras necesarias. 287
Artículo 2177.- Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre. 288
Artículo 2178.- Ejecución por acreedores. 289
Artículo 2179.- Comunicación al sirviente. 290

CAPÍTULO 3 - Derechos del titular sirviente

Artículo 2180.- Disposición jurídica y material. 290
Artículo 2181.- Alcances de la constitución y del ejercicio. 292

CAPÍTULO 4 - Extinción de la servidumbre

Artículo 2182.- Medios especiales de extinción. 293
Artículo 2183.- Efectos de la extinción. 295

TÍTULO XII - Derechos reales de garantía

CAPÍTULO 1 - Disposiciones comunes

Comentarios de Federico J. Causse y Christian R. Pettis

Artículo 2184.- Disposiciones comunes y especiales. 296
Artículo 2185.- Convencionalidad. 297
Artículo 2186.- Accesoriedad. 299
Artículo 2187.- Créditos garantizables. 301
Artículo 2188.- Especialidad en cuanto al objeto. 302
Artículo 2189.- Especialidad en cuanto al crédito. 303
Artículo 2190.- Defectos en la especialidad. 305
Artículo 2191.- Indivisibilidad. 306

Página

Artículo 2192.- Extensión en cuanto al objeto. 307
Artículo 2193.- Extensión en cuanto al crédito. 309
Artículo 2194.- Subrogación real. 310
Artículo 2195.- Facultades del constituyente. 311
Artículo 2196.- Inoponibilidad. 313
Artículo 2197.- Realización por un tercero. 314
Artículo 2198.- Cláusula nula. 316
Artículo 2199.- Responsabilidad del propietario no deudor. 316
Artículo 2200.- Ejecución contra el propietario no deudor. 317
Artículo 2201.- Derecho al remanente. 319
Artículo 2202.- Subrogación del propietario no deudor. 320
Artículo 2203.- Efectos de la subasta. 321
Artículo 2204.- Cancelación del gravamen. 322

CAPÍTULO 2 - Hipoteca

Artículo 2205.- Concepto. 323
Artículo 2206.- Legitimación. 324
Artículo 2207.- Hipoteca de parte indivisa. 325
Artículo 2208.- Forma del contrato constitutivo. 326
Artículo 2209.- Determinación del objeto. 327
Artículo 2210.- Duración de la inscripción. 328
Artículo 2211.- Convenciones para la ejecución. 329

CAPÍTULO 3 - Anticresis

Artículo 2212.- Concepto. 330
Artículo 2213.- Legitimación. 331
Artículo 2214.- Plazo máximo. 332
Artículo 2215.- Derechos del acreedor. 332
Artículo 2216.- Deberes del acreedor. 334
Artículo 2217.- Gastos. 335
Artículo 2218.- Duración de la inscripción. 335

CAPÍTULO 4 - Prenda

Comentarios de Mario Gabriel Szmuch

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2219.- Concepto. 336
Artículo 2220.- Prenda con registro. 336
Artículo 2221.- Posesión. 339
Artículo 2222.- Oponibilidad. 340
Artículo 2223.- Prendas sucesivas. 342

SECCIÓN 2ª - PRENDA DE COSAS

Artículo 2224.- Prenda de cosa ajena. 343

Página

Artículo 2225.- Frutos. 345
Artículo 2226.- Uso y abuso. 346
Artículo 2227.- Gastos. 347
Artículo 2228.- Venta del bien empeñado. 348
Artículo 2229.- Ejecución. 349
Artículo 2230.- Rendición de cuentas. 350
Artículo 2231.- Documentos con derecho incorporado. 351

SECCIÓN 3ª - PRENDA DE CRÉDITOS

Artículo 2232.- Créditos instrumentados. 352
Artículo 2233.- Constitución. 354
Artículo 2234.- Conservación y cobranza. 355
Artículo 2235.- Opción o declaración del constituyente. 355
Artículo 2236.- Participación en contrato con prestaciones recíprocas. 355
Artículo 2237.- Extinción. 359

TÍTULO XIII - Acciones posesorias y acciones reales

Comentarios de Mario Zelaya

CAPÍTULO 1 - Defensas de la posesión y la tenencia

Artículo 2238.- Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan. 360
Artículo 2239.- Acción para adquirir la posesión o la tenencia. 363
Artículo 2240.- Defensa extrajudicial. 364
Artículo 2241.- Acción de despojo. 365
Artículo 2242.- Acción de mantener la tenencia o la posesión. 366
Artículo 2243.- Prueba. 367
Artículo 2244.- Conversión. 368
Artículo 2245.- Legitimación. 369
Artículo 2246.- Proceso. 370

CAPÍTULO 2 - Defensas del derecho real

SECCIÓN 1ª - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 2247.- Acciones reales. 372
Artículo 2248.- Finalidad de las acciones reales y lesión que las habilita. 373
Artículo 2249.- Demanda y sentencia. 376
Artículo 2250.- Daño. 377
Artículo 2251.- Cotitulares. Cosa juzgada. 378

SECCIÓN 2ª - ACCIÓN REIVINDICATORIA

Artículo 2252.- Reivindicación de cosas y de universalidades de hecho. 379
Artículo 2253.- Objetos no reivindicables. 380
Artículo 2254.- Objetos no reivindicables en materia de automotores. 380
Artículo 2255.- Legitimación pasiva. 381

Página

Artículo 2256.- Prueba en la reivindicación de inmuebles....382
Artículo 2257.- Prueba en la reivindicación de muebles registrables....385
Artículo 2258.- Prueba en la reivindicación de muebles no registrables. 387
Artículo 2259.- Derecho a reembolso....389
Artículo 2260.- Alcance. 390
Artículo 2261.- Sentencia....394

SECCIÓN 3ª - ACCIÓN NEGATORIA

Artículo 2262.- Legitimación pasiva....395
Artículo 2263.- Prueba. 396

SECCIÓN 4ª - ACCIÓN CONFESORIA

Artículo 2264.- Legitimación pasiva....397
Artículo 2265.- Prueba. 398

SECCIÓN 5ª - ACCIÓN DE DESLINDE

Artículo 2266.- Finalidad de la acción de deslinde. 400
Artículo 2267.- Legitimación activa y pasiva. 402
Artículo 2268.- Prueba y sentencia. 404

CAPÍTULO 3 - Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales

Artículo 2269.- Prohibición de acumular....405
Artículo 2270.- Independencia de las acciones. 406
Artículo 2271.- Suspensión de la acción real 407
Artículo 2272.- Cumplimiento previo de condenas 407
Artículo 2273.- Acciones por un mismo hecho. 408
Artículo 2274.- Acciones por distintos hechos 409
Artículo 2275.- Turbaciones o desapoderamientos recíprocos....409
Artículo 2276.- Hechos posteriores. 409

Índice temático 411

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

LIBRO CUARTO(*)
DERECHOS REALES

TÍTULO I
Disposiciones generales

CAPÍTULO 1
Principios comunes

ARTÍCULO 1882.- ***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.*

1. Introducción

Con este precepto se inicia la regulación de los "derechos reales".

Aquello que otrora albergara cuestiones tales como el concepto de "cosa" y "bienes", discurriera en extenso sobre las muebles e inmuebles, profundizara en categorías y clasificaciones, encuentra en la materia una de las modificaciones más trascendentes que propuso la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC).

Así, al observar que el patrimonio —que incluye los bienes— era tratado solo como un atributo de la persona, la Comisión Reformadora juzgó que la regulación era insuficiente para solucionar innumerables conflictos actuales. A la par de observar que la concepción patrimonialista había cambiado, advirtió que aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tenían valor económico aunque sí utilidad. Se hicieron visibles entonces, observaciones tales como que existen bienes que la ley mencionaba como del dominio público, pese a que la Constitución y la ley ambiental los consideraba "colectivos".

En razón de ello, hoy se vuelcan en el Capítulo 4 del Título Preliminar el concepto de bienes y cosas. Los arts. 15 y 16 CCyC encuentran la regulación de aquellos y no, como antes acontecía, en la materia que aquí tratamos.

(*) Comentarios a los arts. 1882 a 1904 elaborados por Federico J. Causse y Christian R. Pettis.

En el mismo lugar, el CCyC también refiere a los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, considerándolos bienes no susceptibles de valor comercial, los que pueden ser dispuestos con fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanos o sociales por sus titulares conforme lo disponen las leyes especiales (art. 17 CCyC).

Se incluyen como bienes, a los derechos de las comunidades indígenas, reconociéndoles derecho a la posesión y propiedad de las tierras, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 18 CCyC y 75, inc. 17, de la Constitución Nacional. La adición de estos últimos, permite formular una distinción entre los derechos reales como derechos individuales de contenido patrimonial y los derechos de propiedad comunitaria. En ese marco también, se agregan los derechos de incidencia colectiva (art. 14, inc. b, CCyC).

Así vista la regulación, y como lógico corolario, encontramos en este Título el inicio de la regulación de los derechos reales concentrándose en el concepto, cuyos alcances analizaremos.

2. Interpretación

Es fundamental destacar que el primer Título, introductorio a la materia, refiere a las "Disposiciones generales". A partir de aquí y hasta el Título III —Dominio—, el CCyC agrupa un conjunto de artículos que proyectan sus efectos en las regulaciones posteriores de cada estatuto o derecho real, de manera tal que estas últimas se subordinan a las primeras y se completan.

Al abordar la definición de los derechos reales, podemos encontrar los caracteres esenciales de esta clase de derechos, a saber: el "tipo legal", la estructura "dual" y las facultades de persecución y preferencia. Mientras el tipo legal responde a la decisión legislativa de que cada derecho de propiedad —que más abajo se enumeran—, quede sujeto por efecto del orden público imperante en la materia al contenido y extensión que se le prescriba, la estructura dual vincula a la potestad de usar gozar y disponer, dirigida directamente a la cosa o derecho —objeto— en una relación inmediata que no admite la intervención de otros sujetos.

Una distinción clave entre derechos reales y personales, pone en evidencia que, para los primeros, la relación entre sujeto y cosa o derecho constituye un vínculo directo e inmediato. Para los segundos, la estructura encuentra al objeto o prestación, y dos sujetos; uno acreedor y otro deudor.

Las facultades de persecución y preferencia se presentan como características propias y únicas de los derechos reales. Se verá a lo largo del libro la ratificación de esta premisa. Son, por así decirlo, una consecuencia de la estructura dual, pues, subsistiendo el derecho real, este se ejerce sobre su objeto aunque hubiere salido del alcance de su titular, y puede reclamarlo cualquier integrante de la comunidad que la detente —derecho de persecución—.

De igual modo, cuando pretenda serle opuesto otro derecho real o personal, gozará de la prioridad que le concede la circunstancia de que su derecho fue constituido con anterioridad en el tiempo y con el privilegio que le conceda el ordenamiento cuando, además, hubiere lugar.

ARTÍCULO 1883.- ***Objeto.*** *El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.*

El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley.

1. Introducción

Mediante esta norma se desarrolla lo concerniente al objeto de los derechos reales. A diferencia de la regulación anterior, su descripción refiere al objeto, apartándose de su nómina bajo la forma exclusiva de "cosas".

2. Interpretación

Como resulta del art. 1882 CCyC, la relación o vínculo que el derecho real comporta encuentra en un extremo al objeto. Lo dice el precepto y vale recalcarlo: el objeto puede ser una materialidad o un "*bien taxativamente señalado por la ley*".

Una materialidad es una cosa. Según lo autoriza el precepto, la potestad que traduce el derecho real —usar, gozar y/o disponer— puede ejercerse sobre la totalidad o una parte de la cosa.

En todos los casos el objeto, corpóreo o no, debe ser especial y específicamente individualizado. Las designaciones del espacio transformado en unidad privativa en la propiedad horizontal o el cumplimiento del principio de especialidad objetiva en materia de gravámenes reales son prueba de ello.

Puede ocurrir que tengamos sobre la cosa un derecho que se extiende a la totalidad de ella, como acontece en el dominio. También se extiende sobre la totalidad de la cosa, pero por una parte indivisa, en el caso del condominio. También, por partes alícuotas o indivisas, la ley admite el usufructo, o extender a una parte material o indivisa el uso o la habitación.

La posibilidad que introduce el CCyC es que el objeto del derecho real sea un bien. He aquí una innovación fundamental que admite la nueva regulación. Sobre estos últimos, el art. 16 CCyC prescribe que los derechos individuales sobre el patrimonio de una persona pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Se trata del caso, antes vedado, en que el derecho de propiedad recaiga sobre derechos. Sucede ello en los casos de constitución de hipoteca sobre el derecho de superficie cuando existe propiedad superficiaria, por ejemplo.

Ya no se reclama, como lo hacía la anterior regulación, que las cosas que son objeto de derechos reales estén en el comercio, pues pueden encontrarse derechos de propiedad sobre cosas relativamente inenajenables.

No debe dejar de considerarse que las disposiciones referentes a las cosas, a su vez, son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre, tal como lo ordena el art. 16 CCyC.

ARTÍCULO 1884.- ***Estructura.*** ***La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.***

1. Introducción

Dado que la regulación de los derechos de propiedad responde a intereses superiores de la comunidad, desde que con causa en las potestades que ellos confieren las cosas conservan el valor pecuniario, es que la ley se reserva la reglamentación de los

elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción. Es claro que el legislador antepuso el orden público a la autonomía de la voluntad, asegurándose su efectividad al investirlo de norma imperativa de manera de impedir que aquella comprometa la vigencia y eficacia del propio sistema. Merced a este cuño, el Estado impide la desnaturalización de los derechos que reconoce disponibles en los particulares, aunque tácitamente conserva el propio: el dominio eminente.

2. Interpretación

Existe un margen para que la autonomía de la voluntad de los particulares, incida dentro de la estructura de los derechos de propiedad. Sin embargo, debe repararse en que la ley guarda para sí segmentos fundamentales de la regulación de cada derecho real, lo que denota una clara incidencia del orden público. Se dirá que, por tal motivo, son derechos sustancialmente de orden público, esto es, derechos cuyo contenido está impuesto por la ley de manera exclusiva. Solo así se comprende por qué sus elementos —sujeto y cosas que conforman su estructura—, el contenido —potestades propias de cada estatuto—, la constitución, modificación, transmisión, duración y extinción de ellos, deben estar conformados de acuerdo a lo que disponen en general estas disposiciones y en particular los títulos que regulan los derechos de propiedad de manera específica.

Se trata, en definitiva, de la noción de *numerus clausus* o número cerrado de derechos reales, que por tanto, no podrán ser otros ni con otro contenido que el expresamente prescripto por la ley.

De lo que se trata es de garantizar que el intercambio de bienes y cosas entre las personas se desarrolle en un marco de seguridad jurídica para satisfacción de la comunidad y sus integrantes.

Para que esto se cumpla se necesitan de reglas claras, que no puedan ser modificadas por los particulares. De ahí que para darle esa jerarquía, en materia de los derechos reales impera —como dijimos— el orden público que, precisamente, impide la modificación de sus elementos, contenido, modos de adquisición, constitución, transmisión, duración y extinción por parte de los particulares.

El precepto manda a que la incursión de los particulares en la modificación del contenido de los derechos de propiedad no tenga efecto alguno, pues solo puede concretarse por medio de una ley que lo ordene. En razón del orden público imperante, la nulidad a la que se refiere el *in fine* del artículo es absoluta y puede ser declarada por el juez aún de oficio.

No podemos dejar de señalar que, en los fundamentos de la comisión reformadora, se ponderó la noción de "derecho real próximo". De tal manera que, en caso de constituirse un derecho real no previsto por el ordenamiento, la misión del juez es la de interpretar el negocio con el objeto de que resulten subsistentes las estipulaciones bajo el abrigo del estatuto real que más se adecue al contrato.

ARTÍCULO 1885.- ***Convalidación.*** ***Si quien constituye o transmite un derecho real que no tiene, lo adquiere posteriormente, la constitución o transmisión queda convalidada.***

1. Introducción

Como se observa, el principio de la convalidación ha sido mantenido como una solución propuesta por la ley para zanjar los efectos de la ineficacia genética de todo acto que tiene por disponente o constituyente de un derecho real a quién, en definitiva, solo con posterioridad adquiere ese estamento.

2. Interpretación

Para evitar la declaración de ineficacia —nulidad— y, con ello, la restitución de lo que mutuamente se dieron los contratantes que intervinieron en la cadena de ese derecho real (art. 390 CCyC), el Código fija este principio. Acaecida la adquisición posterior, la convalidación se presenta como una fórmula que "economiza" la solución. De esta manera, es la propia ley quien pone el remedio, sin impedir que ello se extienda a la totalidad de los derechos reales.

ARTÍCULO 1886.- ***Persecución y preferencia.*** *El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.*

1. Introducción

Hemos dicho arriba que la persecución y la preferencia caracterizan a los derechos reales. Explicamos entonces que ello se vinculaba con la estructura de esta clase de derechos patrimoniales. Es que, mientras la estructura de los derechos personales involucra entre sus elementos a un acreedor y un deudor que debe satisfacer la prestación, los derechos de propiedad contienen solamente como esquema interno al sujeto titular y a la cosa o bien que es el objeto. De manera que, en ejercicio de un derecho de propiedad, los integrantes de la comunidad tienen el deber de respetarlo, y no pueden interferirlo.

2. Interpretación

En estricto sentido, el derecho de persecución, tal como lo expresa el precepto, otorga a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quién se encuentre. Ello se verifica en los casos en que el sujeto es despojado de la cosa o bien, permitiéndose en consecuencia hacer valer la titularidad del derecho en manos de quien se encuentre, con el objeto de obtener su restitución.

A su vez, en los casos en que se trata de un derecho real de garantía que no otorga la posesión de la cosa a su titular —el caso de la hipoteca—, basta alegar la condición de titular del crédito —lo que supone la de su accesorio derecho real—, para que deba admitirse la ejecución seguida con independencia de la nueva titularidad del bien.

El desarrollo de esta potestad característica de los derechos reales se halla entendido, además, como respuesta a la oponibilidad típica de los derechos de propiedad.

Se dice que, en estos casos, su titular goza de la facultad de proyectar su derecho contra toda la comunidad, de manera que la mentada oponibilidad resulta absoluta, a diferencia de la que concede la ley a los derechos personales, que es relativa, pues el acreedor puede demandar la prestación debida al deudor o a sus herederos.

Si se observa con atención, el derecho de propiedad trata de un derecho propio o interno de la cosa (*ius in re*). Las facultades que el derecho aporta a su titular son las de usar, gozar y/o disponer. Así, en el ejercicio que el derecho de propiedad concede al sujeto —y que no puede encontrar a otro que no sea el propio titular ostentando alguna o todas las prerrogativas referidas—, se comprende la facultad de persecución, esto es, la de impedir que otro ejerza un derecho en contravención con el que tiene el derecho real a su favor.

Por su parte, la preferencia —que no debe ser confundida con el privilegio, una cualidad del crédito—, tiene un alcance parecido a la anterior, desde que lo que traduce es hacer valer, en caso de conflicto, el derecho real por sobre otros de la misma especie o personales constituidos posteriormente. Responde a un principio temporal que dice: primero en el tiempo, mejor en el derecho (*prior in tempore potior in iure*).

ARTÍCULO 1887.- ***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.*

1. Introducción

En consonancia con lo prescripto por el art. 1884 CCyC, este precepto contiene la enumeración de los derechos reales que menta el Código Civil y Comercial de la Nación. Si como acontece en cuanto a su contenido, la regulación es establecida solo por la ley, resulta obvio que es ella la que debe enumerar cuáles son los derechos de propiedad, so pena de describir el contenido de derechos reales que no nomina.

2. Interpretación

El precepto en comentario enumera los derechos reales. Sigue a tal fin un patrón que es el de consignarlos según el mayor número de potestades que concede. En otras palabras, desde el dominio (art. 1941 CCyC) o derecho real que mayores potestades concede a su titular, hasta la prenda, que traduce según se verá al comentarla (art. 2219 CCyC) un derecho de garantía que puede o no otorgar la posesión de la cosa o bien.

A su vez, cada uno de los derechos tiene su propio contenido, el que se estructura bajo el esquema de "tipo" —de donde resulta el término "tipicidad"— para permitir hacer cumplir la premisa en cuya virtud cada derecho no puede tener otro contenido ni otorgar otras facultades más que las que el "tipo" concede.

Pero como dijimos, se trata de una enumeración que tiene por reconocidos para este Código a los derechos que enuncia, aunque hay otros derechos reales comprendidos en distintos ordenamientos, como la hipoteca naval y la aeronáutica (leyes 20.094 y 17.285).

En comparación con la enumeración tradicional comprendida en la legislación anterior (art. 2503 del Código Civil —en adelante, CC—), la presente se destaca por incorporar otros derechos reales como la propiedad horizontal (art. 2037 CCyC), otrora dispuesta por ley especial; los conjuntos inmobiliarios (art. 2075 CCyC); el tiempo compartido (art. 2087 CCyC); el cementerio privado (art. 2103 CCyC) y la superficie (art. 2114 CCyC). De esta manera se da respuesta concreta a una antigua disputa sobre la necesidad o no de su regulación en el ámbito de los derechos reales, lo cual quedó contestada por el legislador al incorporar estas nuevas formas de propiedad de manera autónoma, sin fundirlas en moldes de antiguos derechos de propiedad conocidos.

A su vez, cada derecho real tiene su propia regulación. Más abajo, el CCyC da cuenta de ello al tratar cada uno de los derechos que se expresan en la nómina del artículo que se glosa.

En líneas generales el dominio constituye el derecho real que más facultades concede a su titular en la cosa. Decimos "en la cosa" por cuanto las facultades —usar, gozar y disponer— resultan viables en tanto el objeto —la cosa— permita ejercitarlas. Lo contrario sería afirmar derechos contra las cosas, lo cual en rigor implica la posibilidad —en derecho— de reclamar a otro por ellas.

Las facultades que conceden los demás derechos reales son ejercidas por sus titulares de modo distinto. Así, tenemos al condominio, o derecho de varios, cada uno por una parte alícuota respecto de la cosa común. La propiedad horizontal, o el derecho de cada copropietario de un inmueble afectado al régimen de ese derecho real, que recae tanto sobre cosas, partes y sectores comunes como de las partes propias, haciendo del objeto un todo inescindible.

Los conjuntos inmobiliarios, o propiedad horizontal especial, que tienen por objeto distintos modelos de urbanizaciones en las que los propietarios de los terrenos donde estas se asientan participan de sectores, partes o cosas comunes que sirven para el servicio, la seguridad y la recreación de aquellos, sus familiares e invitados, pudiendo incluso atribuir la titularidad de una porción propia, la titularidad de una acción en el emprendimiento, que le permitirá a cada uno intervenir en cuestiones relativas a la reglamentación del derecho en comunidad. Es característico de este derecho la regulación especial que se le acuerda al muro de encerramiento o perimetral, y la posibilidad de que cada propietario lo sea también del suelo en el que se asienta la construcción concluida o no.

El tiempo compartido se presenta con su característico uso alternado y sucesivo de una misma cosa.

El denominado "cementerio privado" conforma otra propiedad horizontal especial, con su correlativo derecho sobre las parcelas con destino de sepultura, en las que aparecen involucrados sectores que hacen a la funcionalidad del cementerio, con restricciones a las facultades de los propietarios.

La superficie concede, con múltiples destinos, la posibilidad de afectar el derecho a construir, plantar o sembrar, entre otros.

Luego continúan los derechos reales de disfrute y de garantía ya reconocidos por la legislación anterior. En ese orden se encuentra el usufructo, que se trata de un derecho real que concede a su titular —el usufructuario— la potestad de usar y gozar la cosa, haciendo

propios los frutos que de ella se obtengan, con la limitación de no alterar la sustancia del objeto en su ejercicio. El derecho real de servidumbre, que concede al titular de un inmueble denominado "dominante" el derecho a ejercer ciertos derechos de disposición o uso respecto de otro predio, el "sirviente", o bien a impedir que el titular de este último realice actos que bien podría realizar en el ejercicio de su derecho de propiedad si ella no existiera.

Por último vemos a los derechos reales de garantía. Ello son la hipoteca, que afecta cosas inmuebles o la superficie superficiaria, las que permanecen en poder del constituyente de la garantía; y la prenda y la anticresis, que, en cambio, ponen al acreedor en posesión de la cosa dada en garantía. En todos los casos, estos derechos de garantía se constituyen en resguardo de un crédito del cual el titular de cualquiera de estos derechos será necesariamente el acreedor.

ARTÍCULO 1888.- ***Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real.*** *Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.*

Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado.

1. Introducción

Las disposiciones generales correspondientes a este título desarrollan distintas clasificaciones de derechos reales. Podía colegirse de la regulación anterior las características que agrupaban a los distintos derechos reales nominados. Sin embargo, establecida una parte general o disposiciones comunes a todos los derechos reales, es importante la clasificación a fin de evitar reiteraciones y definir anticipadamente conceptos estatutarios aplicables a todos ellos. Lo contrario autorizaría incluso la posibilidad de encontrar excepciones, cuando no las hubo en la mente del legislador, por el solo hecho del silencio. No debe descartarse el interés didáctico que aportan las clasificaciones.

2. Interpretación

Encontramos que de la primera clasificación dada resultan, como lo expresa el precepto, a los derechos reales sobre cosa propia que nomina y a los derechos reales sobre cosa ajena. Pero el artículo ahonda la noción señalando que con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales, asimilando ambos conceptos que otrora dieran lugar a distinciones promovidas por la doctrina.

De esta manera, a más de los derechos sobre cosas propia, se llega a que carga o gravamen real serán los derechos reales vistos desde el punto de vista del propietario, que alcanzan a su propiedad, lo que es igual a afirmar que otro tiene un derecho real sobre la cosa o derecho de que es titular el primero.

Se puede afirmar —como lo hace el artículo— que rige una presunción de que la cosa o derecho se halla libre de cargas o gravámenes.

Se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la que no es sino la prueba del título que contiene el derecho de propiedad sobre la cosa ajena. De ahí que toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interprete a favor del titular del bien gravado. Debe interpretarse que aquello que la ley intenta es que la cosa no aparezca alcanzada por derechos de propiedad a favor de terceros, puesto que con tales afectaciones el valor del bien y el interés en su adquisición o gravamen quedarían disminuidos.

La razón de esta clasificación puede hallársela en la propiedad del objeto sobre el que reposa. Como titulares de derechos reales sobre cosa propia, pueden constituir sobre ella derechos de disfrute y de garantía sin otro recaudo que su única voluntad.

Mas, si se observa, encontramos sobre cosa propia al derecho real de condominio. No debe verse en su conjunto este derecho, sino de manera individual, centrada en la alícuota o parte indivisa de la que el condómino es titular.

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

1. Introducción

La clasificación propuesta por este artículo, interesa para la distinción que auspicia entre los derechos reales principales o sin dependencia de otro derecho y de los accesorios, siempre sujetos a un derecho personal que garantizan.

2. Interpretación

El precepto exige concentrarse en el vínculo que existe entre los derechos reales de garantía y el derecho personal o creditorio al que sirven en esa función y del que dependen como lo principal a lo accesorio.

Los artículos 856 y 857 CCyC definen a las obligaciones principales y regulan los derechos y obligaciones accesorias y los efectos entre ambas. El art. 2186 CCyC viene a complementar esa regulación, precisando que los derechos reales de garantía son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con él. De manera que no puede pensarse al derecho de garantía con una idea independiente del crédito que tutela.

Puede verse también que la hipoteca, la anticresis y la prenda —únicos derechos reales de garantía reconocidos por el texto legal—, no subsisten independientemente del derecho personal al que quedan sujetos. Ello lleva a decir que, por ejemplo, cancelada la deuda garantizada con hipoteca, al extinguirse la obligación principal, no tiene razón que subsista la garantía. Por otra parte, las facultades de ejecución de los derechos reales de garantía, en estricto sentido, constituyen ejecuciones del crédito que garantizan, pues como derecho de propiedad la hipoteca, la prenda y la anticresis, no representan el crédito. De manera que las garantías solo se tornan operativas cuando se incumple el deber nacido con causa en la obligación, más allá de autorizar al acreedor, ínterin, a peticionar suplementos de la propia garantía en caso de afectar el valor de las cosas gravadas.

No puede dejar de meritarse que el Código, concede también —en solución que no daba la anterior regulación— la preferencia o privilegio para percibir con anterioridad a otros

privilegios y créditos quirografarios el máximo de la garantía acordada, sumando en esa posibilidad a la anticresis.

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

1. Introducción

Este precepto propone la clasificación de los derechos reales que, según la cosa sobre la que reposan, son o no registrables. Si se repara, registrables son todos los derechos reales, mas dependen de si existe regulación específica que la imponga.

2. Interpretación

Los regímenes registrales más corrientes aparecen concretados por las siguientes normas: ley 17.801 —Registro de la Propiedad Inmueble—, decreto-ley 6582/1958 (t.o. por decreto 1114/1997) —automotores—, ley 20.378 —equinos de pura sangre de carrera—, 22.939 —marcas y señales de ganado—, entre otras.

La utilidad de esta clasificación, permite responder qué elementos son necesarios para tener por verificada la efectiva y legítima transmisión, constitución y extinción de derechos reales. De manera pues que será necesario reparar en el régimen acordado para contestar si los actos de los particulares tiene entidad ocurriendo o no a las constancias registrales.

Deducimos de la lectura del artículo que los registros requieren la inscripción del título, debiendo quedar estrictamente aclarado que no se inscriben derechos sino documentos portantes de ellos.

Así, por ejemplo, encontramos que la condición de cosa inmueble sobre la que reposa un derecho de propiedad determinado exigirá para su plena oponibilidad la inscripción o anotación del título en el registro de la propiedad al que corresponda su ubicación.

Pero la cuestión va más allá cuando se detecta que algunos regímenes exigen la inscripción para la validación, esto es, para el reconocimiento de una titularidad misma, como ocurre con los actos que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre automotores. Esto último dimana del régimen impuesto por el decreto 6582/1958. Otro tanto ocurre con los caballos de pura sangre de carrera (ley 20.378).

Con estos dos ejemplos podemos, además, distinguir que la inscripción de derechos reales registrables tiene —según el régimen legal impuesto— efectos de declarar un derecho preexistente o de constituirlo.

Pues bien, a los primeros la inscripción se conoce como de efectos "declarativos", mientras que a los segundos como con efectos "constitutivos". Ello contesta la parte del artículo que comentamos, cuando dice *"a los efectos que correspondan"*.

Un análisis más profundo, dado que la enunciación del artículo es general pero da pie a ello, permite considerar los efectos propios de los efectos de la inscripción, constitutiva o declarativa, respecto de algunas situaciones e institutos.

Por ejemplo, según se aprecia desde el art. 1892 CCyC, "*la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos*", tal el caso de los automotores.

A su vez, cuando se trata de cosas no registrables la inscripción es modo suficiente "*cuando el tipo del derecho así lo requiera*", habrá de estarse a dos figuras nuevas que parecen responder a este molde. Nos referimos al derecho real de cementerio privado y al de tiempo compartido.

Con relación al primero, observamos que el sistema se estructura sobre la afectación de un inmueble a dicha finalidad, cumpliendo a tal fin con el acto escriturario que refiere el artículo 2104 CCyC. Ella se inscribe en el registro de la propiedad inmueble juntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio, no pudiendo desde su habilitación alterar el destino ni ser gravado con derechos reales de garantía. Sin embargo, al derecho de sepultura sobre la parcela, se le aplican las normas sobre derechos reales (art. 2112 CCyC).

Otro tanto ocurre con el tiempo compartido. En efecto, se trata de un derecho que nace como posible luego de la afectación de un inmueble al régimen, tal como lo predica el art. 2089 CCyC, lo que debe formalizarse en escritura pública otorgada por el titular de dominio (art. 2091 CCyC), posibilitándose desde entonces la constitución o transmisión de derechos, con independencia de la órbita a la que correspondan (art. 2088 CCyC).

ARTÍCULO 1891.- ***Ejercicio por la posesión o por actos posesorios.*** *Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca.*

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

1. Introducción

En el marco de las disposiciones generales a las que no estamos refiriendo, el precepto propone otra clasificación de los derechos reales según su ejercicio. Así lo expresa, y corresponde decir que el "ejercicio" supone la pura posesión, pero no necesariamente la condición de poseedor.

2. Interpretación

Decir que el dominio o el usufructo —por dar ejemplos— importan que sus titulares ostenten la condición de poseedores, es consecuencia del contenido del derecho que otorga todas las facultades de usar gozar y disponer materialmente el primero, y jurídicamente ambos, una cosa. No se entendería que las facultades que autoriza no se correspondan al mismo tiempo con el ejercicio de la posesión a tal fin.

Sin embargo, cierto es que el artículo menciona que no se ejercen por la posesión sino por actos posesorios las servidumbres positivas (arts. 2162 y 2164 CCyC), lo que lleva a afirmar que ellas no conceden la condición de poseedor a su titular —el del fundo dominante—, sino más bien que el acto posesorio resultará necesario para tener a este derecho de disfrute como constituido, tal como lo indica el art. 1892 CCyC.

Por lo demás, la mayor parte de los derechos reales nominados en el CCyC conceden a sus titulares la posesión. Todos los derechos de propiedad excepto, como lo predica el

artículo, las servidumbres y la hipoteca, se caracterizan por este modo de actuar su ejercicio, lo cual convierte a sus titulares también, en poseedores legítimos.

Puede colegirse de ello que al perder la posesión que su derecho entraña, o ser turbados en su ejercicio como tales, se encuentran autorizados a promover acciones reales. Concretamente, la cuestión versa sobre la acción reivindicatoria y la negatoria (arts. 2252 y 2262 CCyC).

En cuanto traduzca el ejercicio de actos posesorios, y en estricto sentido se verifica para los titulares de servidumbres activas, pueden estos iniciar en caso de ser desconocido su derecho real, la acción confesoria (art. 2264 CCyC y ss.).

Cuando el precepto anuncia la excepción de la hipoteca, en rigor, pone en evidencia que para su titular, el acreedor hipotecario, no hay posesión y su derecho es oponible a terceros interesados de buena fe mediante su registración. Así se hace público.

Fuera de todo lo expuesto, resulta útil la disposición que comentamos para extraer de ella también que, en tanto el derecho real sea uno de aquellos que se ejerce por la posesión, salvo disposición específica en contrario, el derecho real se adquiere por prescripción adquisitiva.

CAPÍTULO 2
Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

ARTÍCULO 1892.- ***Título y modos suficientes.*** *La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes.*

Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

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

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

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

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

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

1. Interpretación

Como lo pusimos en evidencia más arriba, la vida del derecho de propiedad —su adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad—, se desarrolla a través de soluciones previamente reguladas por el CCyC. Ello responde a las razones que sostienen la vigencia del

orden público en la materia. A tal fin, el cuerpo legal fija las pautas que corresponden en puridad a la transmisión de los derechos reales, puesto que "transmisión" supone adquisición y extinción entre las partes. Así, en el marco de la *"adquisición derivada por actos entre vivos"* —a ello se refiere el art. 1892 CCyC—, la transmisión del derecho es el nudo de la regulación, siendo la adquisición y extinción sus consecuencias. La oponibilidad, por su parte, que deviene de la naturaleza misma del derecho real, permite las facultades de persecución y preferencia y contabiliza como elemento estructural, sin el cual, el traspaso del derecho de propiedad no es pleno.

2. Interpretación

Expresado el marco, encontramos que los hechos y los actos jurídicos son la razón o fuente de toda adquisición y pérdida de derechos reales.

Para la transmisión derivada por actos entre vivos, como lo expresa el artículo, se requiere la concurrencia de título y modo suficientes. La regulación, parte de la premisa que sienta el art. 399 CCyC en cuya virtud "*nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas*".

De este antecedente resultan las adquisiciones legales a las que se referirán como excepciones normativamente previstas los arts. 1894 y 1895 CCyC.

Volviendo al título y el modo como presupuestos para la transmisión, el propio Código se encarga de definir al primero como "*el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real*". Y en este punto encontramos que el acto jurídico debe contar con la intervención del titular, que es el transmitente del derecho, legitimado por ser quien ostenta el derecho de propiedad y con capacidad suficiente para la realización del acto.

Acto jurídico hábil es aquel al cual el ordenamiento le haya concedido la aptitud para la transmisión del derecho de propiedad que se trate, quedando impedido cualquier otro de generar un efecto distinto. También el acto debe satisfacer el cumplimiento de las formas exigidas por la ley, que para los inmuebles es la facción de escritura pública (art. 1017, inc. a, CCyC) con la excepción contemplada para los casos de transmisión o extinción de derechos reales mediante subasta judicial o administrativa.

En punto a la capacidad, cabe estar a lo que resulta de la regulación dada al tópico en el art. 22 CCyC y ss., por lo que para disponer en el sentido aquí referido es menester, salvo los supuestos de emancipación, contar con 18 años.

Como ocurría en la regulación anterior, si alguno de estos dos presupuestos —legitimación y capacidad— se hallare incumplido, queda verificada la adquisición con justo título, solo hábil para la adquisición por prescripción breve.

Observando los requisitos de título y el modo suficientes, cabe decir que el primero se desarrolla en el ámbito de los derechos personales pues produce únicamente la obligación de entregar la cosa. Ello permite concluir que, satisfecho únicamente el título suficiente, aquel a quien se pretende investir de la titularidad del derecho real, solo tiene un derecho a que la cosa o bien le sea entregada. Entonces, para que la consolidación se cumpla, debe cumplirse con la entrega misma la cual, teniendo como antecedente el título suficiente, constituirá el modo suficiente. Como *tradens* y *accipiens*, disponente y adquirente cumplen el segmento real mediante acto traditivo, continuando de la misma manera que lo hacía la regulación anterior con el traspaso de la propiedad.

Es de hacer notar que, cuando el precepto refiere al modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales, lo hace puntualizando que es modo suficiente respecto de los derechos reales "*que se ejercen por la posesión*". Recordamos en este punto que la teoría del título y el modo está íntimamente ligada a la tradición.

Sin embargo, la propia norma puntualiza otros dos modos que llama suficientes, a saber: la inscripción registral y el primer uso. No referiremos más abajo a ellas.

Es claro que la entrega de la cosa —acto voluntario entre los que participan en la transmisión y adquisición derivada— se cumple dando la posesión sobre ella. La tradición, de eso se trata, es modo suficiente cuando le precede el título suficiente. Ello puede ocurrir únicamente con relación a los derechos reales que se ejercen por la posesión, quedando la inscripción registral y el primer uso, como modos suficientes específicos para la constitución de derechos reales sobre cosas registrables en los casos previstos y sobre cosas no registrables.

Pero también prevé el dispositivo relativo a la transmisión de derechos reales casos en que la tradición no es necesaria. "… *No es necesaria* [la tradición], *cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente…"* (art. 1892 CCyC).

Más adelante, al regular sobre los modos de adquisición de las relaciones de poder, el art. 1923 CCyC reitera el concepto expresando: *"… 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, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa"*.

Pues bien, se reproducen aquí los supuestos de *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* sostenidos en el régimen anterior y que traducen modos en que la tradición queda satisfecha sin la entrega material de la cosa, pasando a ser modos suficientes. Es de hacer notar, en este punto, que la declaración de las partes —en el caso en el que sean ellas mismas las que formalizan un negocio traslativo— resulta suficiente para dar por satisfecho este presupuesto.

Por lo demás y tal como se venía desarrollando en la legislación anterior, cuando en el asunto intervenga un tercero que, por ejemplo, dejaba de poseer a nombre del propietario y continuaba haciéndolo para un adquirente, debía ser notificado del acto de transmisión (art. 1923 CCyC).

Dentro de los modos suficientes prescriptos por el artículo, encontramos a la inscripción registral. El precepto indica una solución que debe aplicarse al caso de la constitución de derecho real de hipoteca, pues, como se desprende del art. 2205 CCyC, la cosa o bien hipotecado continúa en poder del constituyente. Esto es, no hay entrega de ellos al acreedor y titular de la hipoteca, sustituyendo en este caso la tradición con la inscripción registral. Análoga solución se verifica en la prenda con registro que enumera el art. 2220 CCyC, según remisión a la ley especial que rige en la materia (arts. 1° y 2°, decreto-ley 15.348/1946, ratificado por ley 12.962).

Fuera de estos supuestos, cabe analizar el caso de los automotores. Como es sabido, la normativa que los rige impone una inscripción constitutiva (arts. 1° y 6° del decreto-ley 6582/1958). De ahí que, con razón, la regulación de la norma citada precedentemente sea el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre ellos. Para esta clase de cosas, como otras que fueron enumeradas al tratar sobre los derechos reales registrables, la inscripción es impuesta a título obligatorio, por lo tanto, ella es constitutiva del derecho real de que se trate.

En el marco cuyo tratamiento exige el "modo suficiente", había que dar no solo respuesta a los derechos que se ejercen por la posesión sino también, en consonancia con lo normado por el art. 1891 CCyC *"… Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión"* a los que se ejercen por actos posesorios. El texto del mentado artículo se aprecia categórico en orden a que pueden existir acto posesorio, sin posesión. Y precisamente se trata del caso de las servidumbres.

Este artículo las llama "*positivas*" y en el art. 2164 CCyC define que serán tales *"… si la carga real consiste en soportar su ejercicio…*", y en cambio, serán negativas *"… si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título*". Desde esta perspectiva, es dable inferir que solo las servidumbres positivas traducen la realización por parte del titular o poseedor del predio dominante de actos posesorios concretos cuando, por ejemplo, transita por el predio sirviente hasta alcanzar una vía pública.

El precepto que comentamos cierra con el supuesto de transmisión por causa de muerte. Dice el último párrafo de la norma: *"… A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto*".

Más que a la transmisión, se refiere a ella como "adquisición". No lo dice el precepto, pero habrá que remitirse en primer término a cuanto se regule en cada estatuto en punto a la transmisión del derecho real por causa de muerte de su titular, ello por cuanto —por ejemplo, los derechos reales de goce o disfrute, con excepción de las servidumbres—, se extinguen con la muerte de su titular habida cuenta la ser derechos *intuitu personae*.

ARTÍCULO 1893.- ***Inoponibilidad.*** *La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.*

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

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

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

1. Introducción

Este precepto completa el anterior al precisar los efectos que produce el modo suficiente. Es necesario reiterar que son de la naturaleza de todo derecho real las facultades de persecución y preferencia (art. 1882 CCyC) las que no se conciben sino entendiéndolo como el poder jurídico de oponibilidad absoluta.

2. Interpretación

Siendo este el principio y satisfaciendo los requisitos de título y modo suficientes para la adquisición del derecho real, se tiene que el primer efecto del cumplimiento de estos presupuestos es alcanzar la oponibilidad del derecho frente a la comunidad en general o sujeto pasivo universal.

Esta publicidad se completa mediante la tradición que pone en posesión de la cosa a quien adquiere con título suficiente el derecho de propiedad sobre ella. El mismo efecto se produce respecto de las cosas que como los automotores requieren de la registración de los títulos, sustituyendo la inscripción a la posesión que exige para los otros bienes.

Cabe recordar que la inoponibilidad constituye un grado de ineficacia del acto jurídico en cuya virtud se impide, por disposición expresa de la ley, la realización de sus efectos respecto de determinados terceros (arts. 382 y 396 CCyC). En estricto sentido, la declaración siempre judicial de esta ineficacia, no juzga sobre la legalidad del acto jurídico que se presenta contra un tercero, sino que lo limita respecto de este. El art. 382 CCyC permite avanzar en la cuestión cuando, al referirse en concreto a la ineficacia de los actos jurídicos, señala que ello puede resultar de su nulidad o inoponibilidad. A su vez, los arts. 396 y 397 CCyC refieren a los efectos en la dirección que expresamos, aunque admite excepciones que hay que ponderar, las que solo pueden tener lugar por autorización legal.

Dicho lo anterior, el artículo hace una distinción dentro de aquellos que genéricamente se agrupan como integrantes de la comunidad. Ellos, que son los "terceros", pueden tener un interés jurídicamente tutelable, como lo serían quienes van a contratar con el propietario y necesitan la certeza de la estabilidad de su derecho, o quienes, como acreedores del propietario, pretenden inmovilizar algún bien a través de un embargo o medida cautelar.

Unos y otros, no quieren verse sorprendidos por un cambio en la situación jurídica que una persona registra respecto a determinado bien. Visto así es que se comprende que la ley imponga en primer término que la transmisión y adquisición del derecho de propiedad deba hacerse conforme sus disposiciones. A su vez, si ello no acontece de tal manera, el derecho no es oponible a los terceros interesados (sujetos de interés tutelable jurídicamente) y de buena fe (que no pueden prevalerse de una situación registral determinada, si conocen extrarregistralmente que ella mutó).

Pero lo cierto es que la publicidad registral, no resulta ineludible —salvo los casos de registraciones con efectos constitutivos— cuando como lo expresa el precepto, los terceros interesados conocen o debieron conocer la existencia del título del derecho real.

Ello por cuanto a los terceros interesados a los que la normativa apunta y respecto de los cuales impone la registración, son los terceros interesados de buena fe. Es que son terceros en tales condiciones quienes ignoran que una transmisión ha operado respecto de otro que no sea el propietario. Mas como la inscripción se propone a tal fin, si operada aquella no se inscribe, como propone el artículo, es inoponible.

Resulta conteste esta interpretación con lo decidido por el Máximo Tribunal que estimó *"No se pierde la oponibilidad* 'erga omnes' *de los derechos reales por la ausencia de asiento en el registro pertinente, atento su carácter declarativo, solo se debilita en relación a ciertos terceros"*.[1]

(1) CSJN, "Panamericana Agropecuaria, Comercial, Constructora y Profesional Soc. de Hecho - y otros- quiebra pedida c/ Hernández o Hernández Diez, E. A. y otros s/ ordinario", 15/07/1997, Fallos: 320:1485.

ARTÍCULO 1894.- ***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; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.*

1. Introducción

A través de este artículo y los que siguen, el CCyC agrupa a los modos de adquisición legales. Inicialmente enumera algunos supuestos en el art. 1894 CCyC, indicando que se adquieren por "*mero efecto de la ley*". En la misma línea propone en el art. 1895 CCyC modos de adquisición que desde el propio título también llama "legales", pero que traducen hipótesis de derechos reales respecto de cosas muebles registrables o no en manos de un subadquirente. Remitimos sobre este último a lo que allí se comenta.

Por último, cuadra remarcar que además de los mencionados, deben contabilizarse los supuestos de adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva, el caso de los tesoros (art. 1951 CCyC y ss.); la transformación (art. 1957 CCyC); el aluvión (art. 1959 CCyC); la avulsión (art. 1961 CCyC), entre otros.

2. Interpretación

Habrá adquisición legal cuando la atribución de un derecho de propiedad acaezca por imperativo legal. Ello acontece frente a distintas hipótesis "sobrevinientes" que esta norma contempla, las que han sido admitidas en beneficio del titular o titulares.

Veamos los casos: los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles, cuanto el condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, traducen supuestos en los que al verificarse las condiciones fácticas a las que aluden los arts. 2004 y 2006 CCyC, el beneficio que encuentra la ley para su establecimiento justifica per se la imposición legal.

Otro tanto ocurre con el supuesto de accesión que contempla el art. 1962 CCyC, en el que el texto legal —o la intención del legislador, si se quiere—, es evitar la destrucción de valores.

Por último, hallamos al derecho de habitación del cónyuge o conviviente supérstite, que ante la concurrencia de otros a recibir la herencia, se instituye automáticamente a su favor (art. 2383 CCyC).

Concluye el precepto con el supuesto de protección legal a adquirentes y subadquirentes de buena fe, que se verifica en el caso de transmisiones en que, con intervención del legitimado, el acto jurídico de transmisión adolece de algún vicio que lo torne nulo.

Cuando, en cambio, se trata de una adquisición *non domino* (se transmite o se grava un derecho que no se tiene), la cuestión no se encuentra amparada por este precepto, dado que el art. 392 CCyC proscribe la solución, quedando únicamente a resguardo del derecho del adquirente a las normas que prescriben la prescripción adquisitiva breve.

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

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

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

1. Introducción

La fórmula en este caso refiere a la adquisición de cosas muebles. Descomprime los supuestos según se trate de cosas muebles no registrables o registrables. Cabe recordar, en este último caso, que a las cosas muebles registrables la ley le ha previsto un régimen registral constitutivo (caso de los automotores).

2. Interpretación

Como lo describe el título de la norma, el presente versa sobre otro modo de adquisición legal, esta vez, cuando se adquiere una cosa mueble no registrable, ni robada ni perdida. En rigor, se trata de una protección que dispensa la ley en favor de aquel que la adquiere creyendo en la titularidad del derecho de parte de aquel que lo transmite.

Para ello deben cumplirse distintos presupuestos que traducen el principio de seguridad dinámica. En efecto, si bien existe un principio en cuya virtud nadie puede transmitir sobre una cosa un derecho ni mejor ni más extenso que el que se tiene (art. 399 CCyC), casos como el que trata este artículo son una clara muestra de la protección de aquel que obra de buena fe y paga (título oneroso).

La plataforma fáctica que autoriza este modo de adquisición legal refiere a cosas no registrables, puesto que, con un registro que anuncie la titularidad del bien, mal podría alegarse buena fe comprándola de quien no figura como su propietario.

Por último, cabe subrayar que el precepto autoriza la prueba, de parte del verdadero propietario, de que la adquisición de parte del subadquirente ha sido gratuita. En otras palabras, solo tiene por beneficiario de la adquisición legal a aquellos que adquieran la cosa mueble a título oneroso.

Fuera del caso conocido como "posesión vale título" y que hallaría su formulación en el primer párrafo, el precepto refiere en los siguientes a cuestiones vinculadas con la buena fe de quien adquiere cosas muebles registrables.

Ambos conceptos, pueden concentrarse en uno que diga: es insoslayable la consulta al registro y a los elementos identificatorios del mueble registrable para alegar buena fe.

ARTÍCULO 1896.- ***Prohibición de constitución judicial.*** *El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario.*

1. Introducción

Originariamente el Código Civil preveía que los derechos reales solo podían ser creados por la ley y que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que se reconocían, valdrían como constitución de derechos

personales, si como tales podían valer. No existía en el CC un concepto de derechos reales, y simplemente se limitaba a desarrollar aspectos vinculados con la fuente de creación y efectos de los que no satisficieran dichos presupuestos.

En rigor, que "*los derechos reales solo pueden ser creados por la ley*" no quería significar que esta es la única fuente de tales derechos, sino que los particulares no podían constituir otros que los expresamente contemplados por ella.

Una cosa, entonces, era creación del derecho —que solo podía resultar de la ley— y otra muy distinta era la posterior constitución o adquisición, que podía verificarse de un derecho real ya admitido por el legislador.

2. Interpretación

Los derechos reales pueden adquirirse de manera originaria o derivada. Habida cuenta el marco de estricta regulación que precede a la materia, considerando las razones de interés superior en cuya virtud es necesario el sometimiento de cada derecho de propiedad a su estatuto legal, el legislador ha optado por prescindir de la imposición judicial como causa de derechos reales. La cuestión se reitera en los arts. 2133 y 2169 CCyC.

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

Remisiones: ver arts. 1898 y 1899 CCyC.

1. Introducción

Dentro de los modos de adquisición que enumera este Capítulo, hállase el de la prescripción adquisitiva. A él se refiere el precepto, estableciendo que para adquirir por esta vía es necesario ejercer la posesión de una cosa durante el tiempo fijado por la ley.

2. Interpretación

Por intermedio de la prescripción adquisitiva la ley atribuye la propiedad de una cosa al poseedor de ella. Probados sus presupuestos, el poseedor se convierte en titular del derecho real que se ejerce por la posesión, contra la voluntad de propietario. Trátase de una adquisición originaria, que así cabe distinguirla de la derivada, que resulta anunciada por el art. 1892 CCyC.

La regulación anterior consideraba que la prescripción para adquirir era un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble adquiría la propiedad de ella por la continuación de la posesión durante el tiempo fijado por la ley. Los términos concedidos en el artículo en comentario no parecen responder a ese paradigma, desde que en lugar de considerarlo un derecho del poseedor, refiere de manera más precisa que se trata de un "modo" para adquirir el derecho de propiedad por la posesión.

Es claro para nosotros el interés social comprometido en la cuestión, desde que al exigirse la posesión de la cosa como fundamento fáctico para acceder a ella por esta vía, supone la actuación útil de quien no tiene la propiedad y que, sin embargo, la conserva frente a la inactividad de su dueño.

El interés social comprometido en la cuestión es evidente desde que, al exigirse la posesión de la cosa como fundamento fáctico para acceder a la atribución del derecho real por esta vía, supone la actuación útil de quien no tiene la propiedad y que sin embargo la conserva frente a la inactividad de su dueño. Debe recordarse en este punto que los derechos de propiedad no son derechos absolutos, en razón de lo cual la ley no ampara a quien demuestra desinterés sobre ellos.

Como lo señala el precepto, la prescripción para adquirir es el modo por el cual un poseedor adquiere un derecho real. A tal fin, se aprecia evidente que solo pueden ser adquiridos por esta vía los derechos reales que se ejercen por la posesión. Descartamos, sin embargo, que puedan ser objeto de ello los derechos reales de garantía que se ejercen por la posesión, como lo son la prenda y la anticresis, habida cuenta la inexistencia de crédito principal del cual ellas son su garantía.

Son objeto de adquisición por esta vía las cosas muebles e inmuebles, con independencia de la condición de resultar registrables, sean estos constitutivos o declarativos del derecho de propiedad.

Una lectura de los arts. 1898 y 1899 CCyC, a cuya revisión remitimos, permite observar que los plazos establecidos por la ley para tener por cumplido el término mínimo que ponga al poseedor en la posibilidad de lograr el reconocimiento del derecho real, han sido impuestos según la clase de cosa que corresponda.

Se desprenden del artículo los elementos para que funcione este instituto. Ellos son la posesión y el tiempo.

El primero requiere la efectividad de la posesión en los términos que el propio Código juzga reconocida, de conformidad con la previsión del art. 1909 CCyC. A su vez, el art. 1900 CCyC exige para lograrla que la relación de poder de que se trata sea ostensible (pública, exteriorizada, no clandestina) y continua (no alcanzada por planteos posesorios).

Ambas cualidades de la posesión para prescribir pueden verificarse en distintos sujetos, tal como lo autoriza el art. 1901 CCyC que permite al sucesor particular unir su posesión a la de los antecesores, siempre que una derive inmediatamente de las otras.

Existen dos modalidades en esta materia. Encontramos la prescripción adquisitiva "breve" (art. 1898 CCyC) y la prescripción adquisitiva "larga" (art. 1899 CCyC), especificando en cada caso los presupuestos puntuales de cada una. En ambas hipótesis varían los presupuestos y sobre la base de ellos, también los plazos.

> **ARTÍCULO 1898.-** ***Prescripción adquisitiva breve.*** *La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. Si la cosa es mueble hurtada o perdida el plazo es de dos años.*
>
> *Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título.*

Remisiones: ver art. 1902 CCyC.

1. Introducción

Una primera cuestión que cabe destacar es que, si lo que se pretende es adquirir la propiedad por la posesión continua de 10 años, la exigencia de que el poseedor tenga a su favor "justo título", como lo manda el artículo, pone en evidencia que en el caso ya existe

un derecho del poseedor en la cosa. Este derecho preexistente hace ver a la prescripción breve no como un modo de adquirir un derecho que no se tiene, sino como una manera de consolidar frente al verdadero propietario el derecho ya adquirido. Valen en este sentido las reiteradas consideraciones de la doctrina en punto a que esta clase de prescripción no sería un caso expreso de adquirir, pues la cosa ya es tenida como dueño, solo que con justo título.

2. Interpretación

No lo expresa este artículo, pero por justo título se entiende aquel que reúne las condiciones del título suficiente que referimos al explicar el artículo 1892 CCyC, pero sin consideración de la persona de la que emana. Esto es, un acto jurídico con aptitud para la transmisión de un derecho de propiedad que cumple con las formas asignadas por la ley para ese acto, con omisión en su facción de la intervención del titular o, habiendo participado, obstando el título suficiente la ausencia de capacidad para la realización del acto (art. 1902 CCyC).

Ello así, se aprecia claro que para sanear ese déficit es preciso de un remedio que, en el caso, la ley acuerda a través de la prescripción breve.

Para hacerse acreedor de dicha posibilidad, el poseedor con justo título, debe reunir, en los casos que su derecho real repose en un inmueble, el término de 10 años en el ejercicio de la posesión y buena fe para impedir el progreso de cualquier acción del verdadero titular que intente reivindicar la cosa adquirida.

También dice el precepto que si la cosa fuera mueble, hurtada o perdida, el plazo es de dos años. Cabe aquí memorar que si la cosa no es hurtada ni perdida se aplica el artículo 1895 CCyC, que importa un modo de adquisición legal de la propiedad.

El plazo es el mismo si la cosa fuera mueble registrable, computándose el término desde la registración del título.

Respecto del requisito de la buena fe, cabe consignar la previsión contenida por el artículo 1902 CCyC, al establecer que cuando se trata de una relación posesoria, ella consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella; y cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen preciso de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en los respectivo régimen especial.

A ello cabe agregar la que dimana del artículo 1918 CCyC, que señala que el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce o no puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por mero error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

Por último el artículo 1919 CCyC fija los casos en que la mala fe se presume, que son:

a. cuando el título es de nulidad manifiesta;
b. cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;
c. cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.

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

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

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

Remisiones: ver art. 1913 CCyC.

1. Introducción

La prescripción adquisitiva "larga", o extraordinaria, como la anterior, es un modo de adquirir derechos reales por medio de la posesión continuada en el tiempo de cosas que, en este caso, no le pertenecen al poseedor.

Piénsese en el supuesto de aquel que se comporta como propietario de una cosa durante el término expresado mientras su propietario real y verdadero se abstuvo de promover acciones de recupero de la posesión perdida (art. 1913 CCyC).

2. Interpretación

Expresa el precepto que esta prescripción para adquirir no requiere ni justo título ni buena fe. De manera que basta el carácter de poseedor para peticionar el reconocimiento de la adquisición operada.

Recordamos que habrá posesión siempre que una persona, por sí o por medio de otra, ejerza un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real sin serlo (art. 1909 CCyC). Ello supone que a la ley no le interesa qué clase de poseedor se es, ya que se contenta con que simplemente lo sea. Es más, hállese verificado este extremo, sea que el poseedor sea vicioso respecto del propietario, sea que hubiere usurpado el bien —despojando al propietario de su posesión—, sea que la hubiere recibido de un tercero que dijo ser propietario. Para todos los casos se interpreta que la extensión del plazo acordado es suficiente para inferir el abandono de la propiedad de parte de su titular, como el interés de conservar la cosa por parte del pretenso propietario.

No dejamos de observar, también, que sin constituirse en una herramienta saneatoria del derecho de propiedad, el plazo de prescripción supone la extinción de pretensiones posesorias de terceros, desde que si el verdadero propietario pierde la reivindicatoria, con mayor razón la acción posesoria que el Código sujeta a un plazo de vigencia menor. Tampoco parece dudoso que, conformando la del caso un modo de adquisición originario, resultaría improcedente extenderle al usucapiente, los efectos reipersecutorios de acciones originarias contra el propietario o propietarios anteriores.

También vale afirmar que la pretensión de adquirir por prescripción adquisitiva constituye un derecho nacido del cumplimiento de los presupuestos legales (posesión y tiempo), que pueden esgrimirse contra cualquiera que resulte el propietario, o terceros que pretendan ejecutar el bien por deudas del dueño, extremo este último que habrá de materializarse mediante la pertinente acción procesal denominada tercería.

Volviendo a los requisitos que debe cumplir quien pretenda acceder a la adquisición de un derecho real por esta vía, observamos que la posesión del sujeto debe ser ejercida ostensible y continuamente (art. 1900 CCyC) durante el término de veinte años —para el caso de cosas inmuebles— y diez años para el caso de cosas muebles registrables no hurtados ni robados.

Resulta inconducente que el propietario contra quien la prescripción adquisitiva corre, alegue y pruebe la mala fe del poseedor, pues, siguiendo el segundo párrafo de la norma, no puede invocársele la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. El mayor tiempo exigido en la posesión, insistimos, compensa que la ley se desentienda de las razones por las que la cosa se posee o del modo en que se la adquirió.

ARTÍCULO 1900.- ***Posesión exigible.*** *La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 2539 y 2544 CCyC.

1. Introducción

Dijimos arriba que la posesión que ejerce el pretenso adquirente debe ser pública y mantenida en el tiempo. El precepto la llama "*ostensible*" y "*continua*", exigiendo que se desarrollen e integren dichos presupuestos, en el marco de la regulación actual en la materia.

2. Interpretación

En punto a la posesión, como poder fáctico que el señorío exige, se define en el art. 1909 CCyC y traduce, por parte del poseedor, el desarrollo de una conducta propia del titular de un derecho real.

Este señorío para conceder la posibilidad de adquirir por prescripción exige que sea pública, para poder juzgarla "*ostensible*", y permanente en el tiempo para poder ser juzgada "*continua*".

Lo público tiene que ver en tanto se juzga ínsito en la abstención del propietario un claro desinterés de la cosa poseída por otro. De manera que debió poder ver o saber que la cosa estaba en poder de un poseedor extraño, que sucesivamente excluiría al propietario de la posesión ejercida, y luego del mismísimo derecho.

Queda resuelto para la regulación actual la condición de que no sea clandestina u oculta ya que, *contrario sensu*, una posesión asumida a espaldas del propietario constituiría una sanción inadmisible contra este.

No dudamos que la publicidad de la posesión que debe ser meritada, y se vincula con la posibilidad que ella sea conocida por la comunidad en general. No es necesario que el poseedor deba realizar actos frente al propietario a quien excluirá merced a la adquisición por prescripción. Solo basta que esa alternativa no le sea restringida por un obrar malicioso que le prive de su conocimiento.

A su vez, debe ser continua, y ella lo es en tanto no esté alcanzada por causales de suspensión o interrupción.

En este punto, cabe recordar que el CCyC desarrolla, en el Título I del Libro Sexto —Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva–, normas que alcanzan a la cuestión. En especial, las secciones 2ª y 3ª regulan el instituto de la suspensión y de la interrupción. Ambos deben ser considerados para analizar si la condición de "continua" se verifica. Así, mientras la suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó (art. 2539 CCyC), la interrupción de la prescripción tiene por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo (art. 2544 CCyC). Nos remitimos a los comentarios efectuados en esta obra a estos últimos preceptos.

ARTÍCULO 1901.- ***Unión de posesiones.*** *El heredero continúa la posesión de su causante.*

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

1. Introducción

En el plano del tiempo que debe satisfacerse para usucapir (adquirir por prescripción), es posible que el interesado no reúna el total exigido en cada hipótesis por la ley. Ello puede obedecer a causas naturales (muerte del poseedor) o por el interés de desentenderse de la posesión ejercida y transmitirla. Ante tales hipótesis, el precepto regula la *"unión de posesión"* que no es sino sumar la posesión útil cumplida para prescribir a la del anterior poseedor que la hubo con la misma finalidad, ello para alcanzar el plazo necesario para prescribir adquisitivamente la cosa poseída.

2. Interpretación

Debe quedar aclarado que, en tanto el artículo autoriza la sumatoria del plazo en la posesión de distintos sujetos, el mecanismo autoriza su empleo tanto para la prescripción larga o extraordinaria como para la breve. Pues bien, en tanto se verifique un encadenamiento en virtud del cual el poseedor y pretenso adquirente por usucapión haya tenido la posesión del anterior y así sucesivamente, es posible unir a la —entonces— posesión común, el tiempo de cada una de las antecedentes, todo ello para reunir el plazo que exige la ley.

En tanto la transmisión de la posesión, puede operarse por causa de muerte. La norma admite el supuesto afirmando que *"el heredero continúa la posesión de su causante"*. En rigor, ello no es sino consecuencia del traspaso sin interrupción del acervo de una persona muerta a sus herederos. Estos ocupan el lugar del fallecido, de ahí que deba interpretarse ajustada la previsión en concordancia con lo prescripto por el art. 2277 CCyC: *"… la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por testamento o por ley (…) La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento*".

De tal manera, parece claro que la unión de posesiones se verifica en el caso de sucesión universal autorizando la accesión de ellas como términos que se suman de una misma causa. Agregamos que, a nuestro entender, se encuentra implícita la derivación de una a otra de la posesión por el enlace que supone la transmisión por sucesión.

Para que la accesión pueda juzgarse cumplida en los casos de sucesión particular, la ley impone que una derive inmediatamente de las otras. Este plural que indica, supone que pueden ser varios los antecesores, constituyendo el vínculo legal entre ellos un presupuesto ineludible para tener por verificado el instituto.

En último término, y conociendo específicamente en el supuesto de la prescripción breve, en tanto ella requiere buena fe, cabe hacer el siguiente distingo: si la unión es por causa de muerte existe una sola mala o buena fe y ella está determinada por la que fuera atribuible al causante. En la regulación anterior, con idéntica solución, se afirmaba que la posesión en tales casos se continuaba con todas sus ventajas y vicios por el heredero.

En cambio, cuando de sucesión particular se trata, expresamente revela el supuesto que "*las posesiones unidas debe ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico*", lo que es igual que exigir la buena fe de ambos poseedores.

ARTÍCULO 1902.- ***Justo título y buena fe.*** *El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto.*

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

1. Introducción

Hemos referido al tratar el artículo 1898 CCyC el concepto y alcance del justo título. Reiteramos aquí que, a nuestro modo de ver, se trata de un título realmente existente, en razón de lo cual el propietario es tal menos frente al verdadero propietario, quien puede reivindicarlo. Esta pretensión solo puede ser detenida por la defensa de prescripción adquisitiva breve que autoriza el precepto en tanto se cumplan sus presupuestos.

2. Interpretación

El artículo define al justo título y establece el alcance de la buena fe requerida para usucapir, sea que se trate de cosas no registrables o registrables. Como se expresó, el justo título debe tratarse de uno que contenga un acto jurídico con aptitud traslativa de derechos de propiedad. Por tal motivo, ni el boleto de compraventa, ni los actos jurídicos por medio de los cuales se reconocen derechos de propiedad pueden ser justo título.

Como acontece a lo largo del Código, la buena fe no se agota en la creencia del adquirente en la legitimidad del derecho que recibe, sino en la diligencia mínima que debe haber realizado, toda vez que le es requerida esa indagación. La ignorancia solo puede basarse en el error de hecho excusable. Sobre la base de ella, el adquirente no debió tener dudas de la legitimación de aquel que le transmitía el derecho real o desconocer las causas de su incapacidad.

Cuando se trata de bienes registrables, también se le exige actos de verificación entre las constancias registrales y las características de la cosa y persona del disponente. Respecto de los primeros, tratase del estudio de títulos ineludible para quien participa de actos de la

entidad a la que venimos refiriéndonos. Con mayor precisión, podemos apuntar que el estudio de títulos no se agota con la consulta del estado registral informado por el registro de la propiedad, sino con el conocimiento puntual de los títulos que fueron registrados y causaron dichos asientos, en mérito a que en definitiva la inscripción es consecuencia de aquellos.

Esta última cuestión interesa en materia inmobiliaria, si se observa que la inscripción de títulos no convalida los defectos que estos pudieran contener.

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

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

1. Introducción

Reviste crucial importancia para el cómputo del plazo que la ley estima el inicio del término que se acuerda para adquirir por prescripción adquisitiva breve. Este hito deberá ser verificado en los autos en los que se deduzca la excepción respectiva.

2. Interpretación

En tanto la prescripción adquisitiva tiene como causa la posesión, más allá de los restantes presupuestos, el término de diez años —véase que la norma habla de justo título, o sea que se refiere a la prescripción breve—, siempre debe computarse desde que la relación de poder comenzó.

Por tal motivo, ha de entenderse que la presunción de que trata el artículo se aplica a falta de la prueba de la posesión. En rigor, es por virtud de un título aplicado a la cosa que la ley impone la presunción de posesión desde la fecha en la que ha sido emitido el título (art. 1914 CCyC), rigiendo para lo demás el hecho fundante de toda prescripción adquisitiva que es la posesión.

Pero el artículo va más allá e insiste en que el inicio el plazo puede ser incluso, la fecha en la que el título se registró, si se tratare de una inscripción constitutiva.

Pues bien, esto último se entiende en la inteligencia de que, tratándose de una inscripción registral constitutiva del derecho que se transmite, el justo título solo existe entonces, pues —fue explicado—, los efectos del contrato nacen incluso para las partes, ingresado el documento a la órbita del registro de la propiedad (por ejemplo, Registro de la Propiedad Automotor).

El efecto retroactivo al inicio de la posesión tiene que ver, en la prescripción breve, con que el derecho a adquirir respecto del verdadero dueño, nace del justo título, pues precisamente es el derecho emanado del instrumento el que se perfecciona.

La sentencia es declarativa y tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión, aunque ello lo es sin perjuicio de los derechos de terceros interesados —titulares de derechos contra el usucapido o registrados en el bien— y de buena fe, dado que, como ya se explicó, el régimen de inoponibilidad no puede prescindir de un obrar ajustado a derecho y sin soslayo de lo que debió saber en su procura quién pretende hacer valer dicha clase de ineficacia.

Precisadas las pautas generales, queda claro que la oponibilidad de la sentencia desde la fecha en que el texto legal señala alcanza a terceros interesados de fecha posterior. Aun así, la cuestión exige una precisión mayor. En efecto, entre las distintas variantes que la normativa podía admitir se encontraban las siguientes: que los efectos de la retroactividad se extiendan al día en que comenzó la posesión; que lo sean a la fecha del dictado de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; a la de la inscripción del testimonio de ella en el Registro de la Propiedad; o a la fecha en que se cumplió el plazo de la prescripción.

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

Interpretación

La remisión a la que alude el artículo se vincula con las disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Allí se leen, desde el art. 2532 CCyC, las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva, tratando de los sujetos que pueden invocarla, la posibilidad de la renuncia de la prescripción cumplida, las causales de suspensión, de interrupción, entre otras cosas.

ARTÍCULO 1905(*) ***.- Sentencia de prescripción adquisitiva.*** *La sentencia que se dicta en los juicios de prescripción adquisitiva, en proceso que debe ser contencioso, debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo.*

La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

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

1. Introducción

El artículo constituye una novedad en materia de prescripción adquisitiva. El precepto contiene distintas cuestiones atinentes al proceso que habrá de contener la pretensión de prescripción, como también de los efectos de la sentencia respecto de terceros. Se aprecia razonable que el dispositivo de fondo contenga soluciones de orden procesal, pues dada la naturaleza de las normas en juego y en especial la repercusión que la sentencia puede traer a propios y ajenos, era necesario establecer directivas en torno a los requisitos que debe contener el pronunciamiento definitivo, como así también respecto de la publicidad frente a terceros que esta clase de juicios merecía.

2. Interpretación

2.1. Adquisición del dominio por usucapión

2.1.1. Conceptos y generalidades

El proceso que se analiza tiene como objeto la pretensión consistente en obtener, mediante el pronunciamiento de una sentencia declarativa, un título supletorio de dominio

(*) Comentario al art. 1905 elaborado por Omar Luis Diez Solimine.

a favor de quien ha poseído un bien inmueble durante el plazo y en las condiciones previstas por el art. 1899 CC.

Con anterioridad a la vigencia de la ley 14.159, promulgada el 3 de octubre de 1952, cabía la posibilidad de obtener la declaración de posesión treintañal (actualmente veinteañal) a través de sencillo trámite, pues no requería la previa individualización registral del propietario del inmueble y se sustanciaba, mediante la citación del representante del fisco o de la municipalidad si se trataba de inmuebles que pudieren pertenecerles, o bien, citándose a dichos representantes y, por medio de edictos, a las personas consideradas con derecho al inmueble. Solo de mediar oposición de los citados, la controversia debía ventilarse en juicio declarativo; y, en defecto de oposición, tras la producción de la prueba correspondiente, el juez se hallaba habilitado para aprobar la información mediante sentencia que no tenía eficacia de cosa juzgada, por cuanto el propietario podía interponer la pretensión reivindicatoria, aunque debía asumir la carga de acreditar los defectos atribuibles a la posesión anteriormente invocada.

Los abusos cometidos al amparo de ese tipo de procedimientos, virtualmente unilaterales y exentos de verdaderas garantías, determinaron la promulgación de la referida ley 14.159, la cual instituyó un proceso contencioso y un régimen probatorio excesivamente estricto, de modo tal que, de las rudimentarias informaciones posesorias, se pasó de pronto a un sistema legal que, en razón de aquella estrictez, vedó prácticamente la tutela judicial a los legítimos poseedores de inmuebles.

Por ello se procedió al dictado del decreto-ley 5756/1958 que —si bien mantuvo el carácter contencioso del proceso de adquisición del dominio por usucapión— modificó el art. 24 (ver exigencias en materia de prueba y perfección del trámite del juicio en la ley 14.159), no pudiendo dejar de mencionar la ley 20.440.

La jurisprudencia se pronunció por la validez constitucional de la ley 14.159 y de su posterior reforma en el aspecto procesal, fundada en la vieja doctrina de que si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere el caso de prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar.[2]

No obstante, algunos códigos procesales provinciales —como los de Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja, Mendoza y Río Negro—, han reglamentado expresamente el proceso de adquisición del dominio por usucapión, aunque a título meramente complementario de las normas procesales contenidas en la ley nacional y sin desvirtuar, por ende, sus directivas esenciales.

Por último, mientras los mencionados códigos procesales provinciales encuadraron el proceso que nos ocupa dentro del ámbito de los denominados "procesos sumarios" (plenarios normalmente abreviados), la ley nacional guarda silencio sobre el punto y corresponde interpretar, en consecuencia, que —por aplicación de la regla general contenida en el art. 319 CPCCN (y disposiciones provinciales concordantes)— los procesos exclusivamente sometidos al régimen instituido por dicha ley deben tramitarse, sin per-

(2) CSJN, Fallos 227:145.

juicio de sus peculiaridades, de conformidad con las normas establecidas por el juicio ordinario.

2.1.2. Competencia

Es competente para conocer en el proceso objeto de análisis el juez del lugar en que se encuentra la cosa cuyo dominio se intenta obtener (art. 5°, inc. 1, segundo párrafo, CPCCN).

Por tratarse de una pretensión real no se halla alcanzada por el fuero de atracción del proceso sucesorio. Los arts. 2336 y 2643 CCyC se inscriben en el mismo sentido al no contemplar la atracción al sucesorio de los procesos que tengan por objeto bienes del sucesorio.

2.1.3. Legitimación activa y pasiva

La legitimación activa para interponer la prestación que constituye objeto del proceso que se analiza está en cabeza del poseedor, sin perjuicio de que aquella sea eventualmente rechazada por carecer la posesión de los requisitos legales. Asimismo, se halla activamente legitimado el condómino que ha realizado actos posesorios exclusivos en la totalidad o en parte del inmueble, porque en tal hipótesis aquel, por interversión del título, deja de ser copropietario para convertirse en dueño único del sector que posee.

La legitimación pasiva corresponde, en primer lugar, a quien resulte titular del dominio de conformidad con las correspondientes constancias registrales (art. 24, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958 y disposiciones provinciales concordantes), y a quien eventualmente acredite de modo fehaciente su calidad de propietario del inmueble (norma citada).

Con posterioridad a la reforma introducida al art. 24 (ley 14.159 modificada por el decreto-ley 5756/1958), la legitimación pasiva del Estado (nacional, provincial o municipal) se halla circunscripta al caso de que exista *"interés fiscal comprometido"*.

2.1.4. Requisitos de la demanda

Además de cumplir con los requisitos comunes a toda demanda, en el proceso de adquisición del dominio por usucapión el actor tiene la carga de acompañar, con aquélla, una certificación de la que resulte la persona titular del dominio acorde *"con las constancias del Catastro, Registro de Propiedad o cualquier otro registro oficial del lugar del inmueble"* (art. 24, inc. a, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958).

Asimismo, debe el demandante adjuntar *"plano de mensura, suscrito por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción"* (art. 24, inc. b, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958).

Corresponde destacar, finalmente que —de acuerdo con los códigos que imprimen al proceso el trámite sumario y también en el ordinario en el orden nacional— constituye carga del actor, además, ofrecer toda la prueba de que intenta valerse en el mismo escrito de demanda, aunque tal carga no surge del decreto-ley 5756/1958, sino que es de índole procesal local.

2.1.5. Anotación de litis y prescripción adquisitiva

Dice el último párrafo del art. 1905 CC: *"La resolución que confiere traslado de la demanda o de la excepción de prescripción adquisitiva debe ordenar, de oficio, la anotación de la litis con relación al objeto, a fin de dar a conocer la pretensión"*.

La anotación de litis es la medida cautelar que tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o muebles registrables, con la finalidad de posibilitar la oponibilidad a terceros de la sentencia que en ellos se dicte en relación al bien litigioso, evitando la alegación de buena fe frente a la modificación de una inscripción registral.

La medida dispuesta por la norma es acertada, ya que como consecuencia de la decisión que se adopte respecto de la pretensión expuesta en la demanda, la titularidad del dominio puede cambiar, razón harto suficiente para que la comunidad toda conozca su existencia y el trámite; en especial, los terceros que pretendan contratar con el titular dominial del bien. En cuanto a la prescripción adquisitiva opuesta como excepción, cabe aclarar que la medida cautelar será viable en tanto se deduzca reconvención, dado que solo en ese caso constituirá una pretensión que deberá ser materia de decisión por el juez en la sentencia.

Indudablemente, la anotación de litis configura un modo de dar a conocer la existencia de un juicio sobre el bien, descartando la posibilidad de que quien lo adquiera u obtenga la constitución de un derecho real sobre el bien litigioso se ampare válidamente en la presunción de buena fe que, como principio general, instituye el art. 9° CCyC.

La medida en análisis no impide ni restringe la disponibilidad del bien; solo tiene por objeto la publicidad de la existencia del proceso.

El art. 229 CPCCN dispone que *"procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente y el derecho fuere verosímil..."*. Lo expuesto es sin perjuicio de lo que la normativa procesal en otras jurisdicciones fije al respecto.

Asimismo, dado que la norma no distingue, cabe considerar que habilita la anotación preventiva no solo respecto de los bienes inmuebles, sino con relación a cualquier bien registrable (automotores, buques, artefactos navales, aeronaves, caballos de carrera, etc.), alcanzando los efectos de la medida solo al bien objeto de la anotación, dada la necesaria vinculación que debe existir entre la cautelar y lo que constituye el objeto de la pretensión.

Por último, se ha dicho que —en virtud de la distinta finalidad que la anotación de litis presenta con respecto al embargo y a la inhibición—, no procede el levantamiento de aquella al solo efecto de escriturar, como lo dispone el art. 588 CPCCN respecto de estas últimas medidas, dado que se trata de cautelas que no tienen la misma operatividad. Lo dicho es sin perjuicio de lo que sobre el particular regulen las disposiciones procesales en otras jurisdicciones.

2.1.6. Efectos

La anotación de litis surte efectos a partir de su inscripción en el registro respectivo y consiste en imprimir publicidad al litigio, a fin de que los terceros adquirentes del bien objeto de la controversia no puedan ampararse en la presunción de buena fe.

Así, en función de la publicidad que brinda al litigio, el Registro de la Propiedad puede modificar la inscripción para que cese la presunción de buena fe de quien contratase sobre el bien. De ahí que en la jurisdicción nacional —y sin perjuicio de cuanto pueda contener la regulación procesal provincial— el art. 229 CPCCN exige que se trate de una pretensión que pudiere producir la modificación de una inscripción en el registro.

2.1.7. Procedimiento

Una vez acreditada la verosimilitud del derecho y prestada la contracautela, la anotación de litis se efectiviza mediante el libramiento del correspondiente instrumento (oficio/testimonio) al respectivo registro de acuerdo a la naturaleza del bien afectado por la medida.

2.1.8. Levantamiento y extinción

La anotación de litis —al igual que las demás medidas cautelares— puede ser levantada en cualquier etapa del proceso, a partir de que se acredite la cesación de las circunstancias de hecho que la determinaron (arg. art. 202 CPCCN).

Sin perjuicio de ello, sobre el particular dispone el art. 229, segunda parte, CPCCN que *"cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida"*. De este modo, si la demandada resulta vencedora en el juicio, puede solicitar el levantamiento de la anotación de litis. Igual solución resulta cuando el proceso se extingue por caducidad de la instancia, desistimiento, transacción o conciliación.

El art. 229 CPCCN establece en su tercera parte que *"si la demanda hubiese sido admitida se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida"*. Es decir que la anotación de litis solo puede levantarse cuando adquiere carácter firme el fallo que ordena la respectiva modificación registral y esta se ha hecho efectiva. Esta cuestión, sin perjuicio de una distinta regulación procesal local, en rigor, no constituye el único criterio. También se razona, en este punto, que la anotación de litis caduca como las restantes medidas cautelares, a los cinco años de su dictado.

Por último, debe señalarse que conforme lo prescripto por el art. 37, inc. b, de la ley 17.801, las medidas cautelares que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares (art. 2° inc. b, caducan a los cinco años de su toma de razón, salvo lo que dispongan las leyes en contrario. Conforme Palacio, que considera incluida a la anotación de litis en dicha preceptiva, si el proceso no concluyó en dicho plazo, el actor deberá requerir la renovación (reinscripción) de la medida y el juez acceder a ese pedido sin más trámite.

2.1.9. Notificaciones y eventual intervención del Estado

En la hipótesis de que el nombre del titular del dominio resulte fehacientemente individualizado en la certificación expedida por la oficina competente, corresponde conferirle traslado de la demanda y notificárselo personalmente en su domicilio, aunque algunos códigos provinciales requieren la citación por edictos de *"quienes se consideren con derecho sobre el inmueble"* (Buenos Aires, art. 681; Entre Ríos, art. 669, inc. 2; Formosa, art. 681; La Rioja, art. 409, inc. 2).

Cuando *"no se pudiera establecer con precisión quién figura como titular al tiempo de promoverse la demanda* [prescribe al art. 24, inc. a, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958] *se debe proceder en la forma que los código de procedimientos señalan para la citación de personas desconocidas"*. En tal hipótesis corresponde, por lo tanto, la citación por medio de edictos en la forma prescripta, (por ejemplo, por el art. 343 CPCCN) de modo que vencido el plazo de publicación de los edictos sin que comparezca la persona citada debe designarse al defensor oficial para que la represente en el proceso, constituyendo la falta de intervención de dicho funcionario causal de nulidad, no subsanable por la circunstancia de haber participado en la sustanciación del juicio el representante de la Nación, Provincia o Municipalidad pues implica la defensa de intereses jurídicos diversos.

Prescribe el art. 24, inc. d, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958 que *"en caso de haber interés fiscal comprometido, el juicio se entender con el representante legal de la nación, de la Provincia o de la Municipalidad a quien afecte la demanda"*.

La intervención del representante estatal en el proceso de usucapión —necesaria durante la vigencia del art. 24 de la ley 14.159 en su primitiva versión— se halla circunscripta al supuesto de mediar *"interés fiscal comprometido"*, situación que resulta descartada, en principio, cuando aparece debidamente individualizado el dueño del inmueble contra quien se invoca la prescripción.

2.1.10. Prueba

La particularidad del proceso de adquisición del dominio por usucapión en materia probatoria es que el art. 24, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958 dispone, en su inc. c, párr. 1, que "*se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial"*.

La norma transcripta no importa una descalificación de la prueba testimonial. Solo requiere que aquella resulte corroborada por otros medios de prueba idóneos para engendrar la convicción judicial acerca de los caracteres de la posesión invocada por el actor.

El precepto agrega, en su párr. 2, que debe *"ser especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión"*.

A diferencia del art. 24 de la ley 14.159 en su primitiva versión —que erigía el requisito de la pretensión la prueba del pago de los impuestos a nombre del actor durante todo el lapso de la posesión— la norma transcripta no solo prescinde de estas exigencias, sino que considera a dicho pago como un simple medio demostrativo del *animus domini*, susceptible, por una parte, de complementar la prueba testimonial y no revistiendo, por otra parte, el carácter de prueba insustituible.

La limitación impuesta a la eficacia de la prueba testimonial, junto con la especial consideración dispensada al pago de impuestos y tasas, constituyen, por lo tanto, sin perjuicio de la vigencia de las reglas de la sana crítica, los dos aspectos provistos de mayor relevancia en orden a la valoración de la prueba producida en el tipo de proceso que nos ocupa.

Respecto al primero de los aspectos mencionados cabe destacar que no es necesario que la prueba corroborante de la testimonial verse sobre la totalidad del plazo establecido por el art. 1899 CCyC, o que comprenda una fracción determinada de ese plazo, siendo suficiente que la prueba producida, en su conjunto, depare el pleno convencimiento de que el actor ha poseído el inmueble de que se trate en forma efectiva, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida y con ánimo de dueño.

De tal modo, no existen limitaciones referidas al tipo de medios de prueba concurrentes que cabe producir, razón por la cual son admisibles todos aquellos que las leyes prevén expresa o virtualmente, sin perjuicio de la mayor estrictez con que debe valorarse su resultado en el supuesto de desconocerse el nombre del titular del dominio.

En ese orden de ideas son atendibles, como prueba documental, el boleto de compraventa que sirvió de base para el comienzo de la prescripción adquisitiva, aunque el actor lo haya considerado erróneamente como "justo título"; la presentación de declaraciones juradas o de planillas de revalúo con la declaración de realizar el acto a título de poseedor; los recibos de pago de impuestos, o de pavimentos; etc.

El reconocimiento judicial, en cambio, si bien constituye un medio probatorio admisible en la clase de proceso que se analiza, no siempre puede computarse como único elemento corroborante de la prueba testimonial, ya que por sí mismo solo acredita el estado del inmueble y el hecho de su ocupación actual, careciendo de la posibilidad de proyectarse con respecto a la posesión ejercida durante el plazo requerido por el citado art. 1899 CCyC.

La confesión obtenida a través de la absolución de posiciones es asimismo, prueba idónea en el proceso que nos ocupa, no siendo a nuestro juicio necesario, como alguna vez se ha resuelto, que el demandado haya comparecido a estar a derecho. Y, si bien resulta excesivo acordar valor probatorio a la confesión ficta en el supuesto de desconocerse el nombre del demandado, no existe razón válida para desconocer la eficacia de ese tipo de confesión cuando, dictado aquel personalmente, se abstiene de comparecer al proceso.

La prueba pericial puede también computarse en la sentencia como elemento corroborante de las declaraciones testimoniales acerca de la antigüedad de mejoras o plantaciones realizadas por quien pretende prescribir, siempre, desde luego, que las conclusiones de los expertos tengan fuerza asertiva y fundamentos objetivos y no sean meramente estimativas.[3]

En cuanto a la prueba de informes, es atendible si se funda en constancias documentales archivadas o registradas en oficinas públicas, escribanías o entidades privadas y no tiende a sustituir otro medio de prueba apropiado a la naturaleza de los hechos que se intenta acreditar. De allí que carezca de eficacia, por ejemplo, el informe policial que solo refleja el resultado de averiguaciones practicadas acerca de la existencia de actos posesorios.

Las presunciones, finalmente, son susceptibles de invocarse con argumentos probatorios de la posesión ejercida. Tal el caso, por ejemplo, del nacimiento de hijos del actor en el inmueble que se trata de usucapir o en propiedades vecinas, la posesión de titularidad del dominio por partes de aquel respecto de un fundo lindero; etc. Son presunciones que, como es obvio, deben surgir de indicios no acreditados exclusivamente a través de las declaraciones testimoniales.

Estas últimas, a su turno, deben valorarse con una estrictez excepcional que reviste la prescripción como modo de adquisición del dominio, de modo que solo corresponde considerar atendibles las declaraciones que trasunten con toda exactitud y precisión la realización de actos posesorios, desechando aquellas que incurren en generalizaciones o que carecen de aptitud para llevar al ánimo del juez el convencimiento de la existencia de la posesión prolongada con ánimo de dueño.[4]

En cuanto al pago de impuestos y tasas que gravan el inmueble ya se ha anticipado que si bien configura prueba corroborante de la posesión, no es elemento de juicio insustituible en el tipo de proceso analizado. Debe agregarse que no constituyen exigencias que se

(3) CSJN "Orsini, José c/Provincia de Córdoba", 10/03/1975, La Ley, 1975-B, p. 646 y El Derecho, t. 61, p. 184.

(4) CSJN, "Orsini, José c/ Provincia de Córdoba", fallo cit. Ni es razonable computar entre la pruebas tendientes a demostrar la posesión para adquirir el dominio, la declaración de un testigo en el cual manifiesta que quien pretende usucapir tenga a su cargo "el cuidado del potrero", que era un parte del inmueble en litigio, pues dicha expresión más se compadece con la ejecución de trabajos por cuenta ajena que con los que supone una ocupación con ánimo de dueño (SCBA, El Derecho, t. 14, p. 362, nota 1273).

opongan al progreso de la pretensión la necesidad de que dichos pagos se hayan realizado durante todo el tiempo de la posesión o dentro de los plazos fijados por la autoridad competente, aunque carece de valor probatorio el pago simultáneo de impuestos atrasados poco tiempo antes de interponerse la demanda y con mayor razón una vez iniciado el proceso, pues tal conducta autoriza a suponer que medió la intención de llenar una formalidad para colocarse bajo el amparo del régimen legal.

Por último, no es necesario —según la ley— que los recibos por pago de impuestos o tasas figuren a nombre del actor, ya que la circunstancia de tenerlos en su poder permite presumir, salvo prueba en contrario, que fue él quien los pagó.

2.1.11. Sentencia

No hay ninguna disposición que determine la necesidad de un juicio para adquirir el dominio por usucapión. El derecho nace en cabeza del usucapiente porque ha poseído la cosa durante el tiempo establecido por la ley.

Sin embargo, como el tráfico jurídico requiere que quien ha usucapido tenga un título en sentido instrumental que le permita disponer jurídicamente del inmueble, es por ello que debe acudir al proceso de usucapión en busca de una sentencia que declare adquirido el dominio y en adelante, cumpla las veces de ese título.

Es decir, que el dominio se adquiere por la prescripción, no por la sentencia. Correlativamente, el anterior propietario pierde su derecho, porque otra persona ha poseído el inmueble durante el término y bajo las condiciones legales, y no simplemente porque ha dejado de ejercerlo, ya que el dominio es perpetuo y consiguientemente, inextinguible por el no uso (art. 1942 CCyC).

En resumen, en el supuesto de estimar reunidos los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión, el juez debe dictar sentencia declarando adquirido el dominio por el actor respecto del inmueble de que se trate y rodeando la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, así como la cancelación del anterior si existiere.

Dicha sentencia, en razón de configurar el acto conclusivo de un proceso contradictorio y plenario, posee eficacia de cosa juzgada en sentido material, importando un obstáculo a la admisibilidad de la eventual pretensión relativa al dominio del inmueble que pudiere interponer el anterior propietario. Asimismo, a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad, la sentencia tiene efectos *erga omnes*.

Puede ocurrir, además, que el plazo legal de prescripción venza durante la sustanciación del proceso, en cuyo caso, debidamente probada esa circunstancia, el fallo puede hacer mérito de ella para acoger la pretensión (art. 163, inc. 6, apartado segundo, CPCCN). Inclusive, si el vencimiento del plazo opera con posterioridad al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia, debe computarse como hecho sobreviniente en el fallo correspondiente a la instancia ulterior. De todos modos, aún mediando sentencia firme que rechazó la pretensión por no concurrir el requisito referente al transcurso del tiempo requerido para usucapir, no media obstáculo para que, operado ese hecho con posterioridad, el poseedor inicie un nuevo proceso, ya que en tal supuesto existe un cambio de circunstancias que altera el alcance de la cosa juzgada atribuible a la sentencia anterior.

En consecuencia, se trata de una sentencia declarativa, ya que no modifica la situación jurídica preexistente o, si se quiere, es una sentencia de mera declaración, no constitutiva,

porque al cumplirse el plazo veinteañal de la posesión, el poseedor, de pleno derecho, sin necesidad de investidura alguna, se transforma en dueño.

2.1.12. Efecto del decisorio

En el Código Civil, la opinión mayoritaria de la doctrina consideraba que la sentencia declaraba adquirido el dominio con efecto retroactivo al día en que comenzó la posesión.(5)

Y, si bien no había ninguna disposición expresa que consagrara dicha retroactividad, se estimaba ínsita en la propia naturaleza de este modo de adquisición del dominio.

El art. 1905, párr. 2, CCyC dispone que *"La sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión"*, siguiendo, en ese sentido, parte de la doctrina que —en la anterior regulación del Código Civil—(6) sostenía que, de existir tal ficción legal, debería tener consagración expresa.

En la inteligencia de que el decisorio no puede obviar las pruebas obrantes en la causa y de que los actos posesorios a que alude el art.1928 CCyC importan una exteriorización de la voluntad del poseedor de desconocer en otro el poder de hecho sobre la cosa que posee, ello importa que, al fijar la fecha en que aquel ejerce la posesión sobre la cosa objeto del proceso, la retroactividad pueda operar, y por tanto inferirse, desde que se materializa tal ejercicio.

En tal sentido cabe recordar que, de conformidad con el art.464, inc. a, CC *"los bienes de los cuales los cónyuges tienen la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad"* son bienes propios y no pertenecen a la sociedad conyugal.

Dicha solución implica el reconocimiento del efecto retroactivo de la prescripción cumplida, pues de no ser así, el inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, debería ser ganancial y no propio del cónyuge que lo poseía desde antes de la celebración del matrimonio.

2.1.13. Inscripción registral

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble a nombre del usucapiente y correlativamente, disponer la extinción de la inscripción anterior.

El título acordado por la sentencia se proyecta estrictamente sobre el inmueble usucapido, en base a las constancias que emergen del plano de mensura. En consecuencia, si la posesión hubiera abarcado una extensión mayor a la comprendida en la sentencia, respecto del excedente, no habrá título, y al interesado no le quedará otra alternativa que promover una nueva acción. Por ello la ley exige acompañar el plano de mensura y el

(5) Areán, Beatriz A., *Juicio de usucapión*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1992, n° 377/378, pp. 322/323; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil.Derechos reales,* vol. I, Bs. As., AbeledoPerrot, n° 407, p. 338; Lapalma Bouvier, Néstor D., *El proceso de usucapión*, Santa Fe, 1979, p. 200; Laquis, Manuel A., *Derechos Reales*, Vol. III, Bs. As., Depalma, 1983, p. 344; Legón, Fernando, *Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma*, Vol. XI, Bs. As., 1948, p. 192; Marcolín De Andorno, Marta N., *Prescripción adquisitiva inmobiliaria y mobiliaria*, Rosario, Zeus Editora, 1974, p. 97; Peña Guzmán, Luis A., *Derecho Civil. Derechos reales*, Vol. II, Bs. As., 1973, p. 267; Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 3ª ed., Bs. As., TEA, 1946, n° 1014, p. 568.

(6) Highton, Elena I., *Derechos Reales*, vol. I, Bs. As., Hammurabi, 1984, n° 541, p. 198.

informe de dominio con el inicio de la demanda, para verificar tempranamente este tipo de desajustes y peticionar en consecuencia.

El título en sentido instrumental estará dado por el testimonio de la sentencia, el que deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

2.1.14. Costas

En materia de costas, en principio, se aplicarán los principios generales, estando a cargo de la parte vencida, dado que rige el principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCCN). Sin embargo, en el supuesto de prosperar la pretensión, no corresponde condenar en costas al defensor oficial que intervino en representación del propietario ausente o desconocido, salvo que hubiese formulado una oposición manifiestamente infundada e irrazonable. Ello es así, por cuanto en virtud de la función que ejerce, debe adoptar una actitud de expectativa en los términos del art. 356, inc. 1, CPCCN, ateniéndose —en definitiva— al resultado de la prueba a rendirse en la causa, por lo que en tal caso se han impuesto las costas en el orden causado.

En tal sentido, el juez está facultado a eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, con tal que lo exprese en su pronunciamiento bajo pena de nulidad (art. 68 CPCCN).

2.1.15. Honorarios

En relación al monto de los honorarios, en el orden nacional la Ley 21.839 de Aranceles y Honorarios de Abogados y Procuradores no regula específicamente este tipo de proceso, por lo cual serán fijados de acuerdo con las pautas establecidas por los arts. 6° a 9° y 14 de dicha normativa. Sin embargo, como el monto del proceso estará dado por el valor del inmueble usucapido, rige el art. 23 de la ley mencionada y, si no existe conformidad entre el profesional y el obligado al pago acerca de aquel valor, será determinado por un perito tasador de oficio, designado a tal efecto.

2.1.16. Recursos

De acuerdo a las normas procesales, la sentencia podrá ser objeto del recurso de apelación, que se concederá libremente y con efecto suspensivo (art. 243 CPCCN), aclarándo que *"el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia"* (art. 253, CPCCN).

Si en el juicio el demandado es representado por el defensor de ausentes, éste no está obligado a recurrir la sentencia ya que el art. 343 establece que debe hacerlo "en su caso", lo que se interpreta en el sentido de que la apelación queda librada a su criterio. Y, de darse los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48, podrá interponerse recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 256 CPCCN).

2.2. La usucapión como defensa

Los requisitos establecidos por el art. 24, ley 14.159 modificado por decreto-ley 5756/1958, referentes —como se ha visto— a la documentación que corresponde acompañar a la demanda, a la eventual intervención del Estado y a las modalidades de la prueba, no son exigibles, según lo dispone el inc. d, apartado segundo del mencionado precepto *"cuando la adquisición del dominio por prescripción treintañal (hoy veinteañal) no se plantea en juicio como acción, sino como defensa"*.

La diferencia se explica en razón de que, en el proceso reivindicatorio, el objeto de la pretensión consiste en la recuperación de una posesión perdida, y el objeto de la defensa estriba en la conservación de aquella y no en la formación de un título supletorio de dominio. Además, en dicho proceso interviene un propietario cierto provisto de obvio interés en controlar la seriedad de la prueba que se produzca.

Debe decirse que el progreso de la defensa de usucapión, en modo alguno implica que la sentencia que rechaza la reivindicación sirva —al mismo tiempo— de título para el demandado vencedor. Si este pretende lograr tal finalidad, debe deducir reconvención —o demandar separadamente la prescripción liberatoria y solicitar la acumulación de ambos procesos— y no limitarse a oponer la usucapión como defensa.

Referido al decreto 5756/1958 Parry y Morello entienden que, desde el punto de vista práctico, la solución legal no es convincente. Se argumenta que si se rechaza la demanda de reivindicación porque el demandado demuestra haber adquirido por posesión el dominio del bien, no se arriba a ningún resultado definitivo o certero, pues —mediando cosa juzgada material— el reivindicante pierde definitivamente el dominio y el demandado, pese a la circunstancia de haber poseído como dueño y haberlo así probado se encuentra privado de obtener, en ese proceso, la instrumentación que lo acredite como nuevo titular del dominio. Asimismo, sostienen que deviene irreconciliable si el poseedor interpone una pretensión contra el reivindicante vencido, a fin de obtener el título de su dominio, advirtiendo acerca del escándalo jurídico resultante de que el vencido en la reivindicación pueda probar que no perdió la posesión, no obstante que ese hecho fue definitivamente juzgado en el proceso anterior.

No compartimos esa argumentación por cuanto, por un lado, como los nombrados admiten, el poseedor puede obtener sentencia declarativa de la adquisición del dominio por vía reconvencional en el proceso reivindicatorio; y, por otro lado, el atributo de cosa juzgada que adquiere el fallo dictado en dicho proceso implica un obstáculo insalvable a la posibilidad de que el reivindicante vencido renueve eficazmente el tema de la posesión como defensa en el nuevo proceso que, eventualmente, promueva el poseedor para obtener dominio por prescripción adquisitiva.

ARTÍCULO 1906[(*)]**.-** ***Transmisibilidad.*** *Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario.*

1. Introducción

El precepto alude a un principio general, que no es sino una reiteración de lo normado en el marco del Título V de la Parte General (Transmisión de los derechos) por el art. 398 CCyC. Aun así, vale la invitación que hace el artículo, para observar qué autorizaciones concede la regulación específica a cada derecho real.

2. Interpretación

Cierto es que al afirmar que todos los derechos reales son transmisibles, el artículo pone el acento, sin decirlo, en el hecho que algunos derechos de propiedad conceden a su

(*) Comentarios a los arts. 1906 a 1924 elaborados por Federico J. Causse y Christian R. Pettis.

titular la posibilidad de disponer de ellos, lo cual no es sino presentar un principio general que en la materia se conoce como *ius abutendi* o facultad de disponer.

Esta potestad, tal como resulta del art. 1883 CCyC, responde al contenido que la ley le haya acordado a cada estatuto, lo cual significa que el derecho de disponer —de él se trata—, constituye una facultad propia que solo puede ser ejercida en los casos autorizados por el régimen.

Es cierto que participa de ella la titularidad de derechos personales, en la medida que estos son, en principio, de libre disposición. Mas lo que caracteriza este régimen es que la autorización legal a ejercer la facultad de disponer. En el régimen anterior, la potestad de disponer de la cosa a su arbitrio era restringida a los derechos reales sobre cosa propia. Ello, sin embargo, no importaba desconocer que, por ejemplo, el dominio estaba sujeto a restricciones impuestas en miras al interés público, y que las facultades que se acordaban al propietario debían ser ejercidas de modo tal de no atentar contra la propiedad ajena (es decir, dentro de límites impuestos en el interés recíproco de los vecinos). Por ello, más modernamente se dijo que el dominio es absoluto por abarcar el *summum* de las facultades reconocidas al individuo sobre una cosa.

La cuestión también exige considerar que la transmisión no solo puede concretarse respecto del derecho tal como se posee, sino también autorizar a materializar un desmembramiento del derecho que se tiene, de manera de solo transmitir, o parte material de él, o parte de las facultades de las que se es titular. Hallamos como ejemplos, el caso de la transmisión de un porcentaje del derecho de dominio a un tercero, materializando así el nacimiento de un condominio, o bien el desmembramiento que hace el propietario al constituir un derecho de disfrute a favor de un tercero, lo cual no significa sino desprenderse de parte de las facultades que se tienen a favor de aquel.

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

1. Introducción

El artículo enumera los medios de extinción generales de los derechos reales. Al precisar sobre los modos generales, en el marco de estas disposiciones, invita a concentrarnos en tres hipótesis comunes, que son:

a. la desaparición definitiva del objeto de los derechos reales;
b. la voluntad expresa de renunciar al derecho ejercido;
c. la reunión de más de un derecho sobre la cosa.

En último término —aunque enunciado al inicio— relega a cada estatuto los modos de extinción que llamaremos particulares. Ha omitido este precepto la solución dada en el Proyecto de 1998 que, además de los supuestos descriptos, señalaba como casos de extinción de los derechos reales a la inalienabilidad absoluta de la cosa —extremo que no encuentra en el texto aprobado un supuesto que lo comprenda— y para los muebles, *"cuando las cosas dejan de tener algún dueño"* (art. 1842 CCyC).

2. Interpretación

Sobre los modos generales, diremos que la previsión legal recuerda a la extinción del derecho real por destrucción, abandono y consolidación; hipótesis que en el primero de los casos, en rigor, se traduce en la desaparición del derecho por carecer de objeto; en el segundo, en un estado interino de extinción, pues abandonada la cosa y si ella no fuera apropiada por un tercero puede volver a recobrarse sin que se reconozca por ese hecho una nueva; y por último la consolidación, la que parece referir más a la reunión de derechos existentes, para quedar alcanzados por uno mayor, a favor del mismo titular.

La destrucción de la cosa trasunta la carencia de objeto. Si como fue explicado la estructura del derecho de propiedad importa la relación directa e inmediata entre un sujeto y un objeto, la ausencia de este último, impide por lógica consecuencia, la existencia misma del derecho real.

Siempre hemos creído que el derecho de propiedad no es sino la asignación de potestades que se ejercen en la cosa, por lo que su ausencia priva de titularidades a los sujetos. No dejamos de anotar que el Código refiere al supuesto de extinción por destrucción como destrucción total de la cosa. Apúntese en este tópico las soluciones que brinda de manera expresa el CCyC en materia de propiedad horizontal, más concretamente en el artículo que refiere a la posibilidad de la reconstrucción. Visto ello se colegirá las razones por las que el precepto exige que la destrucción sea total.

En tanto el abandono traduce una renuncia, puede interpretarse su contenido desde el marco conceptual que concede el art. 944 CCyC, que la admite con la única limitación que no esté prohibida y afecte exclusivamente intereses privados.

Ha sido contestado por la doctrina, vigente la legislación anterior, que abdicación y abandono son un solo y mismo acto. Fuera de ello, como acontecía y acontece con la pérdida de la posesión (art. 1931, inc. e, CCyC) el abandono importa un desprendimiento de las cosas *corpore* y "ánimo".

TÍTULO II
Posesión y tenencia

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1908.- ***Enumeración.*** *Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia.*

1. Introducción

Las personas, tanto humanas como jurídicas, se relacionan constantemente con las cosas. Precisan de ellas para todos los fines de su existencia. La gran mayoría de las actividades, hasta las más elementales, solo pueden llevarse a cabo mediante el auxilio de las cosas. Esas relaciones que se establecen con las cosas son denominadas en el CCyC "relaciones de poder".

Es destacar que estas relaciones comprenden no solo las que tenemos con las cosas están a nuestro alcance, sino también con otras más alejadas que mantenemos a través de otras personas que hacen las veces de representantes nuestros.

El Título II del Libro IV que se inicia con el artículo que aquí se glosa se ocupa de estas relaciones, estableciendo categorías entre ellas, regulando el modo como se adquieren, se conservan y se pierden, y precisando sus efectos.

2. Interpretación

El CCyC trata, en este Título II, de las denominadas "relaciones de poder", que la doctrina tradicional conoció con el nombre de "relaciones posesorias" o "relaciones reales", e incluso de "relaciones materiales". Se trata de relaciones de hecho que vinculan a una o varias personas con una cosa. La norma menciona las dos relaciones más significativas para el derecho, que son la posesión y la tenencia. Sin embargo, más allá de su literalidad, no ha de pensarse que las relaciones de poder se agotan en esas dos.

Por de pronto, debe destacarse que el art. 1911 CCyC contempla a los "servidores de la posesión", quienes al no revestir la condición de poseedores ni de tenedores, vienen a titularizar una categoría de relación de poder distinta a la posesión y la tenencia. A ello habría que agregar la yuxtaposición local —también llamada "simple relación de lugar"—, no mencionada en ninguna disposición del CCyC —por resultar indiferente desde el punto de vista jurídico ("*… no merece la pena* [se dice en los fundamentos que acompañaron el proyecto del CCCN], *pues como simple relación de lugar constituye un contacto físico que carece de toda voluntariedad y, en consecuencia, tampoco produce efectos jurídicos…*")—, pero pacíficamente aceptada por la doctrina.

La relación de poder traduce, como se dijo, una relación entre un sujeto y una cosa. Como tal, puede estar sustentada en un derecho personal (*v.gr.*, derivado de un contrato de locación, comodato, mutuo, etc.) o uno real (*v.gr*, dominio, usufructo, entre otros), o por el contrario, pudo haberse constituido con prescindencia de todo derecho (*v.gr.*, la que corresponde a un usurpador o un ladrón). En el primer caso se estará ante una "relación de derecho" a la que se agrega una "relación de hecho"; en el segundo, ante una "relación de hecho" únicamente.

Por el momento, interesa destacar esta circunstancia y señalar que la relación de poder puede estar justificada en la existencia de un derecho e importar su ejercicio, o no. Más adelante se verán las implicancias que ello conlleva.

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.***

Remisiones: ver comentario al art. 1908 CCyC.

1. Introducción

La posesión es la más importante de las relaciones de poder. Ello es así porque constituye el modo como se exteriorizan o ejercen las facultades materiales que conceden la mayoría de los derechos reales (art. 1891 CCyC); porque respecto de tales derechos es medio de publicidad suficiente (art. 1893 CCyC); porque tratándose de cosas muebles puede constituir —si se verifican ciertos presupuestos— un modo legal de adquisición de la propiedad (arts. 1894, 1895 y 1939 CCyC); porque respecto de inmuebles y de cosas muebles registrables puede importar —también si se reúnen una serie de condiciones— el modo para que los poseedores que no son titulares de un derecho real, se hagan de dicha titularidad (arts. 1897, 1899, 1900, 1901, 1903 y 1939 CCyC); y porque si el poseedor

es de buena fe (arts. 1918 y 1919 CCyC), hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos (art. 1935 CCyC).

En el régimen anterior podía agregarse otra función que jerarquizaba a la posesión: la de ser fundamento de tutela o protección a través de las acciones posesorias. El solo hecho de ser poseedor, por más que fuere ilegítimo (art. 1916 CCyC), le permitía recurrir a tales defensas. Con el CCyC ya no es este un rasgo diferenciador, pues las denominadas acciones posesorias (art. 2238 CCyC y ss.) son concedidas tanto al poseedor como al tenedor.

La norma que se glosa es importante porque define y fija los elementos de esta relación de poder, como se dijo, la más relevante desde el punto de vista jurídico.

2. Interpretación

El artículo establece que, para que haya posesión, es menester la reunión de dos elementos: el corpus y el *animus domini*. Sigue así los lineamientos del Código Civil, bien que mejorando la redacción del art. 2351 CC, que expresaba: "*Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad*".

El corpus es el elemento objetivo de la posesión. Aparece expresado en el artículo que se glosa cuando señala que el poseedor "*… ejerce un poder de hecho sobre una cosa…*". Supone, pues, el despliegue de un poder de disposición física sobre la cosa, y como tal debe ser querido. Ello implica que el titular de la relación de poder debe imprimir un mínimo de voluntad a fin de establecer el *corpus*; de otro modo, si la voluntad estuviere ausente, habrá un supuesto de yuxtaposición local (art. 1908 CCyC). El corpus no se confunde con la cosa, que es su objeto (art. 1912 CCyC). Implica actuar materialmente sobre ella, lo que puede tener lugar a partir del obrar del propio poseedor o de un tercero ("*por sí o por medio de otra*", dice la norma). Ello, lógicamente, se presenta con mayor nitidez cuando media una relación de contacto con la cosa (*v.gr.*, el libro en las manos de una persona). En ese supuesto, se insiste, es evidente la existencia del "poder de hecho" al que alude la norma.

Sin embargo, se verá más adelante que la posesión, una vez adquirida, se conserva aún a falta de ese contacto (art. 1929 CCyC), lo que permite considerar que hay *corpus* siempre que exista la "posibilidad" de actuar sobre la cosa que es su objeto (*v.gr.*, el libro en la biblioteca o en la oficina del dueño, pues bastará que éste se acerque a la biblioteca u oficina para entablar contacto con dicho elemento), no siendo indispensable el contacto permanente con ella.

El *animus domini* refleja el componente subjetivo de la posesión. La última parte del art. 1909 CCyC lo señala en estos términos: "*… comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*". Ese "comportarse" con relación a la cosa como si fuera titular de un derecho real, aunque pueda no serlo (ver glosa al art. 1908 CCyC), supone una voluntad exteriorizada. Ello implica que el *animus domini* no es pura subjetividad. De otro modo, si solo fuera un puro estado anímico del sujeto, sería muy difícil —por no decir imposible— acreditarlo. Bastará, pues, con acreditar los hechos a partir de los cuales sea posible extraer un comportamiento en el sentido que apunta la norma.

ARTÍCULO 1910.- ***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.***

Remisiones: ver comentario al art. 1909 CCyC.

1. Introducción

Definida la posesión en el art. 1909 CCyC, toca ahora hacer lo propio con la tenencia, que no se confunde con la posesión, constituyendo una relación de poder de una categoría inferior a esta, aunque ciertamente más relevante que la que ostentan los servidores de la posesión y la denominada yuxtaposición local.

2. Interpretación

Siguiendo la línea del art. 1909 CCyC, esta norma describe a la tenencia como una relación de poder en la que únicamente se encuentra presente el corpus y en la que el *animus domini* viene a constituir un elemento extraño. De modo que el tenedor, si bien tiene la posibilidad de disponer físicamente de la cosa, reconoce que la posesión se encuentra en cabeza de otra persona. Precisamente, el comportarse como "representante del poseedor" traduce la idea de que es un poseedor a nombre de otro.

Es, pues, una relación de poder de categoría inferior a la posesión, lo que explica que no produzca los importantes efectos que son propios de la posesión (ver glosa al art. 1909 CCyC).

Al igual que en la posesión, el corpus puede tenerse por el propio tenedor o por un tercero que actúa como representante suyo.

ARTÍCULO 1911.- ***Presunción de poseedor o servidor de la posesión.*** *Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Quien utiliza una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad, se llama, en este Código, servidor de la posesión.*

Remisiones: ver comentario al art. 1909 CCyC.

1. Introducción

La conceptualización de la posesión como una relación de poder en la que, además del elemento o componente objetivo —el corpus—, requiere la presencia de uno subjetivo —el *animus domini*—), han llevado al legislador a sentar algunas directivas con el objeto de facilitar la prueba de su existencia e incluso, como ocurre en el caso, a presumir que la relación es la de posesión.

2. Interpretación

La presunción de posesión contenida en la primera parte del artículo facilita la prueba del *animus domini*, que como se vio, junto al corpus determina la existencia de la posesión (ver glosa al art. 1909 CCyC). Ello implica que la presunción favorece a quien cuenta con ese elemento objeto y, por tanto, ejerce un poder de hecho sobre la cosa (corpus).

Debe destacarse, sin embargo, que la presunción no es absoluta sino *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario. De modo que quien pretende valerse de ella le basta con demostrar la concurrencia del elemento objetivo de la posesión, y que, en cambio, quien afirme que en realidad es un tenedor, tiene a su cargo la prueba de que en el caso el *animus domini* está ausente. A tales efectos, le bastará con probar que la ocupación del inmueble tiene su causa en un contrato de locación o comodato.

En su segunda parte, la norma alude a los servidores de la posesión. Es el caso del trabajador y su relación con las herramientas que le suministra el empleador; del empleado del Estado con las cosas que este le provee a fin de que pueda prestar un determinado servicio para el que fue contratado; del pasajero de un hotel o del huésped que es alojado en una casa con las cosas existentes en esos lugares; etc. En todos estos casos existe un poder de hecho que se ejerce sobre las referidas cosas, mas ello no convierte al sujeto que lo despliega en poseedor, pues su vínculo con tales objetos no puede escindirse de la relación principal de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad. Tampoco cabe conceptuarlo como tenedor, pues este cuenta con cierto margen de independencia que no se condice con la situación del servidor de la posesión, que está constreñido a seguir las instrucciones de aquel cuya posesión sirve.

Más adelante, en el art. 2240 CCyC, el Código volverá a referirse a los servidores de la posesión para legitimarlos a recurrir a la defensa extrajudicial de la relación de poder.

ARTÍCULO 1912.- ***Objeto y sujeto plural.*** *El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada. Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa.*

1. Introducción

La relación de poder alude al vínculo de una persona con una cosa. Persona y cosa son elementos indispensables sin los cuales aquella no existe. La norma que se glosa establece algunas pautas genéricas referidas a estos elementos.

2. Interpretación

La relación de poder, como surge de la disposición transcripta, solo puede recaer sobre cosas que el art. 16 CCyC conceptúa como "bienes materiales". Ese objeto —la cosa— debe ser determinado y de existencia actual.

Ninguna mención hace la norma acerca de que la cosa deba estar en el comercio, como lo preveía el transcripto art. 2400 CC, lo que lleva a pensar que la posesión puede recaer sobre cosas que están fuera del comercio (art. 234 CCyC), tal como para ciertos supuestos particulares lo admitía la doctrina interpretando el CC. De todos modos, conviene aclararlo, los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles, y el uso y goce que las personas tienen de ellos está sujeto a las disposiciones generales y locales (art. 237 CCyC), por lo que es claro que su posesión, desde la perspectiva de una eventual usucapión, deviene inútil.

La titularidad de la relación de poder corresponde a las personas, humanas o jurídicas. Si es una persona singular, habrá tenencia o posesión; si lo es en forma simultanea por varias, cotenencia o coposesión.

Debe destacarse que la cotenencia o coposesión no implica que la cosa deba dividirse materialmente en tantas partes como cotenedores o coposeedores haya; ni que cada uno de ellos limite su cotenencia o coposesión a uno de esos determinados sectores. Antes bien, la cotenencia o coposesión, como la tenencia o posesión misma, recae sobre toda la cosa e implica que cada coposeedor debe respetar la relación de poder de los restantes cotenedores o coposeedores. La eventual circunstancia de que, por acuerdo entre los interesados, se haya establecido la división del uso y goce, no quita que la cotenencia o la coposesión es ejercida sobre la cosa íntegra.

En cualquier caso, la posesión podrá recaer sobre la totalidad o una parte material de la cosa. No despierta dudas la primera hipótesis. El restante supuesto evoca la situación que se verifica, por ejemplo, en materia de propiedad horizontal, donde el poseedor limita la posesión a una unidad funcional, en tanto que los demás lo hacen de las otras unidades funcionales existentes en el edificio; o con el usufructo constituido sobre una parte material de la cosa (art. 2129 CCyC), en cuyo caso es claro que la posesión del usufructuario o cousufructuarios se limita a esa parte material de la cosa sobre la cual recae su derecho.

ARTÍCULO 1913.- ***Concurrencia.*** *No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí.*

Remisiones: ver comentario al art. 1912 CCyC.

1. Introducción

En el plano fáctico la concurrencia a la que alude el artículo tiene interés para distinguir los supuestos de coposesión y cotenencia (ver glosa al art. 1912 CCyC) de otros que no lo son.

2. Interpretación

La exclusividad de la posesión implica que no pueden coexistir dos posesiones iguales y de la misma naturaleza sobre la misma cosa. Este principio es aplicable no solo mediando posesión sino también cuando se trata de una relación de poder de categoría inferior, como ocurre cuando se ven involucradas dos o más tenencias con relación a una misma cosa.

Es importante destacar que la regla juega en tanto se trate de relaciones que "se excluyan entre sí". De ahí que no pueda haber dos poseedores a título de dueño respecto de la misma cosa. Pero no hay impedimento en que la posesión de un usufructuario coexista con la del nudo propietario sobre la misma cosa dado que en tal caso no hay incompatibilidad.

Lo mismo ocurre si se verifica un supuesto de coposesión (art. 1912 CCyC), como ocurre en el caso del condominio o del cousufructo, pues en tales figuras, se insiste, la posesión de cada sujeto no excluye la de los demás.

ARTÍCULO 1914.- ***Presunción de fecha y extensión.*** *Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.*

1. Introducción

Si bien la relación de poder puede acreditarse por diversos medios, el CCyC prevé reglas que facilitan la prueba de la posesión o la tenencia, e incluso la presumen o permiten determinar algunos de sus aspectos. Tal el caso de los arts. 1928 —referido a los actos posesorios—, 1916 —presunción de legitimidad—, 1919 —presunción de buena fe—, etc., todos del CCyC. El artículo que se glosa forma parte de ese grupo de normas.

2. Interpretación

Ocurre que a veces es necesario determinar el momento en que comenzó la relación de poder (*v.gr.*, en materia de acciones posesorias, de prescripción adquisitiva larga, si el po-

seedor es de mala fe o presenta un título que no conforma un justo título —tal el caso si solo acompaña un boleto de compraventa [art. 1902 CCyC]—), y ello, sobre todo si la posesión se inició mucho tiempo atrás, puede ser problemático desde el punto de vista de la prueba. El art. 1914 CCyC, precisamente, atiende a esta situación y viene a facilitar dicha acreditación.

En efecto, la circunstancia de que la relación de poder —no solo la posesión sino también la tenencia— se funde en un título, conlleva dos implicancias en punto a la prueba de algunos de sus aspectos: la presunción de que ella comenzó desde la fecha del título y de que, por tanto, ambas fechas —la del título y la de la posesión— coinciden; y la de que tiene la extensión en él indicada.

Se trata, por cierto, de presunciones *iuris tantum*, que por tanto ceden ante la positiva demostración de otra realidad. Así, por ejemplo, podrá demostrarse que no obstante que el título fue otorgado en cierto día, la posesión le fue entregada al adquirente en una fecha anterior o posterior a la indicada en dicho título; o que la posesión por éste ejercida se hizo en una extensión distinta de la que surge del título.

ARTÍCULO 1915.- ***Interversión.*** *Nadie puede cambiar la especie de su relación de poder, por su mera voluntad, o por el solo transcurso del tiempo. Se pierde la posesión cuando el que tiene la cosa a nombre del poseedor manifiesta por actos exteriores la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y sus actos producen ese efecto.*

1. Introducción

Si se admitiera que el tenedor, por su propia voluntad, puede elevar la categoría de su relación de poder a la de posesión, o que a la inversa, el poseedor pueda degradarla a la de tenencia, se conformaría una situación de inestabilidad e inseguridad como la referida por Ihering en su crítica a la teoría de la posesión expuesta por Savigny. De ahí la necesidad de asentar las relaciones de poder sobre bases firmes, no susceptibles de cambiar por el mero capricho de sus titulares.

A ello apunta esta norma al consagrar el principio de inmutabilidad de la causa de la relación real. La regla que se crea no es, sin embargo, absoluta, existiendo casos —uno de los cuales es previsto en el artículo— en los que cabe apartarse de ella.

2. Interpretación

La norma sienta el principio de la inmutabilidad de la causa de la relación de poder. Nadie puede cambiar por sí —"*por su mera voluntad*", como dice la norma— la especie de relación —posesión o tenencia— respecto de determinada cosa. La sola voluntad interna del sujeto se muestra impotente para modificar la causa de la relación real, y así, quien comenzó como tenedor, continúa en ese carácter, y si lo fue como poseedor, lo mismo.

El transcurso del tiempo tampoco influye en la cuestión. Por más que transcurran 40 o 50 años, el tenedor o el poseedor persisten como tales hasta tanto se acredite que se ha verificado un cambio en la relación de poder.

El principio enunciado, sin embargo, no es absoluto y cede en ciertos casos. Dándose determinadas circunstancias es posible que quien es poseedor degrade la categoría de la relación de poder a la tenencia, y viceversa, que el tenedor se convierta en poseedor. Ello tiene lugar mediante la interversión.

Para que se configure la interversión no basta el cambio interno de la voluntad, ni siquiera su exteriorización por simples actos unilaterales. Antes bien, es menester que el cambio se produzca mediando actos exteriores suficientes de contradicción del derecho del propietario. Se trata, pues, de una conducta unilateral porque la mutación de la categoría de la relación de poder se produce a partir de la actuación de quien de ese modo cambia su condición, pero también se logra ese resultado si media acuerdo entre este último y el anterior poseedor. Ejemplos de ello son los supuestos de la *traditio brevi manu* y *constituto posesorio* mencionados en el art. 1923 CCyC.

El CCyC no ha previsto el caso de interversión producida por sentencia, como sí lo hacía el art. 2462, inc. 5, CC, mas nada impide admitir dicho supuesto, que tiene lugar cuando el poseedor continúa en la ocupación de la cosa después de la sentencia que anulase su título, o que le negase el derecho de poseerla.

Existe otro supuesto que también debe considerarse pese a la falta de regulación específica. Es el caso —admitido por la doctrina anterior— del locatario que compra un inmueble a quien considera su dueño y se comporta como tal. En este supuesto, quien revestía la condición de tenedor se transforma, producto de la adquisición, en poseedor, pese a la falta de intervención del verdadero dueño de la cosa, y sin verificarse a su respecto la realización de actos exteriores referidos en la segunda parte de la norma que se glosa.

ARTÍCULO 1916.- ***Presunción de legitimidad.*** ***Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley.***

1. Introducción

La afirmación de que "todas" las relaciones de poder son legítimas constituye una ficción, una referencia que poco tiene que ver con la realidad y que es más propia de un mundo ideal. Ello no impide consagrar una presunción "iuris tantum" de legitimidad. A ello apunta la previsión contenida en la norma que se glosa.

2. Interpretación

Tanto la tenencia como la posesión pueden ser legítimas o ilegítimas. La relación de poder es legítima cuando importa el ejercicio de un derecho real —en el caso de la posesión— o personal —en el de la tenencia— regularmente constituido. Lo que la norma presume es que la posesión o la tenencia se ajustan a derecho.

La posesión es legítima cuando su titular —el poseedor legítimo o poseedor con derecho de poseer— puede exhibir un derecho real constituido mediante título y modo suficientes (art. 1892 CCyC); lo mismo ocurre con la tenencia, que será legítima cuando tiene su causa en un contrato de locación, comodato o constitutivo de otros derechos personales, establecido de conformidad con las disposiciones de la ley.

La ilegitimidad de la relación de poder se configura cuando no importa el ejercicio de un derecho real o personal "constituido de conformidad con las previsiones de la ley". Media aquí ausencia de título suficiente, es decir del acto jurídico que tiene la virtualidad de hacer nacer el derecho real de que se trate y que se encuentra revestido de las formas legales (art. 1892 CCyC), o bien del título constitutivo del derecho personal; o

un defecto que afecta la forma de tales actos o la capacidad o legitimidad de las partes para otorgarlos.

Es de destacar que, al no haberse reproducido el agregado introducido al art. 2355 CC por la ley 17.711, el poseedor con boleto de compraventa debe reputarse poseedor ilegítimo dado que no cuenta con un derecho real constituido de conformidad con las previsiones de la ley. Ello, sin perjuicio, claro está, de las prerrogativas que le conceden a dicho sujeto los arts. 1170 y 1171 CCyC.

La norma consagra de manera expresa una presunción de legitimidad. La regla es lógica pues es lo que habitualmente ocurre. Es natural considerar que quien posee una cosa lo hace con causa en un derecho real regularmente constituido, lo que no quita, por cierto, que existan poseedores ilegítimos (*v.gr.*, la posesión del ladrón o del usurpador respecto de la cosa ajena), pero en este caso es lógico pensar que el despojado no permanecerá impasible y que iniciará la correspondiente reclamación a fin de recuperar la posesión perdida, con lo cual es de esperar que se ponga fin a esa situación.

La presunción que se consagra —que, se insiste, comprende tanto la posesión como la tenencia— implica considerar que, en principio, existe un correlato entre la relación de hecho y la de derecho a que se hizo referencia en la glosa al art. 1908 CCyC.

ARTÍCULO 1917.- ***Innecesariedad de título.*** ***El sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder.***

1. Introducción

La norma procura superar los problemas que se suscitarían en caso de que el tenedor o el poseedor deban constantemente justificar la causa de la relación de poder de que son titulares. Para ello, como regla, los exime de la obligación de rendir tal prueba, y asimismo establece en qué casos deberán exhibir el título correspondiente a su relación de poder.

2. Interpretación

Quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa cuenta para sí con la presunción de posesión contemplada en el art. 1911 CCyC y, asimismo, con la de legitimidad referida en el art. 1916 CCyC. Consecuencia de ello es decir que es poseedor y, más aun, que es un poseedor legítimo: es lógico que se lo exima de la obligación de producir su título cada vez que se lo requiera. En otras palabras, la posesión, como hecho que es, no requiere de título que la pruebe; y así, si el juicio versa sobre la posesión, sin discusión sobre si la relación de poder reposa o no en un derecho, el poseedor actual de la cosa no tiene que producir título alguno en respaldo de su posesión. Esta es la regla que sienta la norma, que debe hacerse extensiva a la tenencia.

Por cierto que el acompañamiento del título conllevará las ventajas derivadas de las presunciones que consagra el art. 1914 CCyC en punto a la fecha en que comenzó la relación de poder y su extensión. De todos modos, se insiste, la exención que contempla el precepto implica que tanto el poseedor como el tenedor pueden defenderse exitosamente esgrimiendo el mero hecho de su posesión o tenencia. Por ello, si alguien alega la carencia de título de la posesión o la tenencia, o su ilegitimidad, deberá acreditar tales extremos, y si fracasa en esa prueba, la cuestión se resuelve en favor del poseedor o tenedor.

Excepcionalmente, cuando una disposición les imponga como *"obligación inherente a su relación de poder"*, tendrán que exhibir el título respectivo. Tal el caso, por ejemplo, del poseedor legítimo que intenta una acción reivindicatoria. En este sentido, la CSJN ha resuelto reiteradamente que debe rechazarse la demanda de reivindicación si el actor no prueba su dominio.[7]

ARTÍCULO 1918.- ***Buena fe.*** ***El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.***

1. Introducción

La relación de poder —cualquiera que sea— puede ser legítima o ilegítima (art. 1916 CCyC); la que revista esta última calidad puede ser de buena o mala fe (arts. 1918 a 1920 CCyC). La de mala fe, a su vez, se clasifica en viciosa o no viciosa, y esta última puede estar afectada por los vicios de hurto, estafa, o abuso de confianza, en el caso de muebles, y violencia, clandestinidad, o abuso de confianza, en el de inmuebles (art. 1921 CCyC).

2. Interpretación

Hay buena fe cuando el poseedor o tenedor *"no conoce, ni puede conocer que carece de derecho"*. La aclaración que seguidamente se hace acerca de que debe tratarse de un *"error de hecho esencial y excusable"* es indicativa de una obligada concordancia de la previsión con los arts. 265, 266 y 267 CCyC.

De lo establecido en la norma se infiere que es de mala fe aquel cuya creencia acerca de la legitimidad de su posesión o tenencia se debió a un error de derecho —lo que armoniza con la previsión del art. 8° CCyC—. Tal el caso, por ejemplo, de aquel que se cree poseedor pese a haber recibido la cosa en virtud de un título que tan solo concede la tenencia (*v.gr.,* como en el caso de la locación).

También es de mala fe si error padecido no es excusable y además recayó sobre un aspecto esencial del acto en cuya virtud se estableció la relación de poder (art. 267 CCyC). Ejemplo de ello es el caso en que una parte creyó alquilar y la otra entendió que estaba vendiendo.

Es importante correlacionar esta disposición con el art. 1902 CCyC, que expresa: *"… La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella…"*, para seguidamente agregar: *"… Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial"*.

Es claro que la posesión de buena fe se apoya en un título que da derecho a poseer la cosa (*v.gr.,* una compraventa), y sobre tal base es que se la posee. De todos modos, como lo ha observado la CSJN en el régimen anterior, no es necesario que el transmitente sea el propietario legítimo, basta que las apariencias de su dominio sean tales que

(7) CSJN, "Dario David c/ Antonio Vidal s/ reivindicación de un terreno", 1893, Fallos: 53:101; y "Provincia de Buenos Aires c/ Mas, Francisco", 1903, Fallos: 97:327.

el adquirente haya tenido motivos para creer que contrataba con el verdadero dueño y, por lo tanto, que entraba a poseer a título de propietario.[8]

ARTÍCULO 1919.- ***Presunción de buena fe.*** *La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario.*

La mala fe se presume en los siguientes casos:

a. *cuando el título es de nulidad manifiesta;*
b. *cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas;*
c. *cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona.*

1. Introducción

Siguiendo la línea de los arts. 1911, 1914, 1916, 1917, 1928, 1929, 1930 CCyC y demás concs., con el objeto de superar las dificultades probatorias que se presentan en la materia, la norma sienta otra presunción: la buena fe de la relación de poder. La solución es lógica pues lo que debe considerarse es que las personas obran de modo honesto.

2. Interpretación

La presunción de buena fe que se establece, si bien constituye una regla general, no es absoluta. En primer lugar, porque la norma deja abierta la posibilidad de que se alegue y pruebe que el poseedor o tenedor conocían —o no podían dejar de conocer— la ilegitimidad de su relación de poder. En segundo, porque en las tres hipótesis que menciona el mentado principio se invierte, y ya no es la buena fe sino la mala fe la que se presume. Estos supuestos son los siguientes:

a. Título de nulidad manifiesta. La falla es aquí ostensible y resulta del cotejo del instrumento. Se trata de un supuesto en el que, empleando la debida diligencia, el defecto debió advertirse. Ejemplos de ello son la donación realizada por una persona emancipada de bienes que hubiere recibido a título gratuito (art. 28, inc. b, CCyC), o la enajenación de un inmueble efectuada por una persona menor de edad (arts. 24, inc. b; 26, párr. 1; 100 y 101 CCyC).
b. Persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas. La adquisición de la cosa ha sido hecha a persona que no se dedica a comercializar ese tipo de cosas ni tiene capacidad económica para adquirirlas. Es el caso, por ejemplo, de la venta de un moderno y costoso teléfono celular de última generación hecha por una persona que apenas tiene lo suficiente para atender a su propia subsistencia y que no se dedica a la comercialización de ese tipo de objetos.
c. Ganado mayor marcado o ganado menor señalado mediante diseño registrado por otra persona: el supuesto aquí contemplado exige considerar que la ley 22.939, según redacción dada por la ley 26.478 —que implementa un régimen de marcas y señales, certificados y guías para la identificación de animales—, ha creado un sistema a partir del cual se establece una presunción, salvo prueba en contrario,

(8) CSJN, "Milberg, Juan Carlos c/ López Agrelo, Antonio y otros", 1924, Fallos: 142:273.

de que el ganado mayor marcado y el ganado menor señalado, pertenece a quien tiene registrado a su nombre el diseño de la marca o señal, o medio de identificación alternativo aplicado al animal (art. 9º). Entonces, es razonable que se presuma la mala fe de quien ha adquirido el animal de una persona no ha registrado a su nombre la marca o señal.

Por tratarse de hipótesis de excepción la enumeración que hace el artículo es taxativa. Además, la presunción de mala fe que se consagra es *iuris tantum*, por lo que cabe admitir que aquel que está encuadrado en alguno de los supuestos contemplados pueda producir prueba a fin de demostrar su buena fe. Así, por ejemplo, quien compró un inmueble a una persona menor de edad puede demostrar que este lo adquirió con el producto de su profesión y que, por tanto, puede disponer de él (art. 30 CCyC); que la persona que —en el ejemplo apuntado— enajenó el teléfono celular, lo adquirió en una época en que su situación patrimonial era mejor y contaba con recursos para ello, o que dicho elemento le fue entregado por otra persona que sí dispone esa capacidad económica; etc.

ARTÍCULO 1920.- ***Determinación de buena o mala fe.*** *La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición.*

No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.

1. Introducción

Así como el art. 1915 CCyC sienta el principio de inmutabilidad de la causa, la presente disposición consagra otra regla similar: la inmutabilidad de la cualidad.

2. Interpretación

La inmutabilidad de la cualidad implica que quien principia por ejercer una relación de poder de buena o mala fe mantiene esa calidad no obstante el tiempo transcurrido, salvo que se adquiera la cosa por una nueva causa. De modo que si, la posesión fue de mala fe en su origen, e incluso si fue viciosa, continúa así hasta tanto no se produzca una nueva adquisición (*v.gr.,* si el usurpador, poseedor de mala fe por el vicio de violencia, adquiere el inmueble usurpado al dueño).

Para determinar la buena o mala fe debe estarse al momento en que se inició la relación de poder, es decir, a cuando se la adquirió. De modo que si se produce una transmisión de la posesión o la tenencia, la calificación de la buena o mala fe debe realizarse en el momento de esa nueva adquisición. Cabe recordar, sin embargo, que, en materia de frutos, el art. 1935 CCyC establece que la buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción.

Si no fuere posible determinar tal momento, la norma indica que, a fin de establecer el tiempo en que comienza la mala fe debe estarse al día de la "citación al juicio", o lo que es lo mismo, al que resulta de la diligencia de notificación del traslado de la demanda con causa en una reclamación respecto de la cosa (*v.gr.*, juicio de reivindicación). Ello, se insiste, tiene interés cuando, estando probada la mala fe, no fuere posible determinar en qué momento ella comenzó, lo cual tiene trascendencia a los efectos de las consecuencias previstas en los arts. 1935 y 1936 CCyC en punto a la restitución de los frutos percibidos

y los que por su culpa haya dejado de percibir, como así también con relación a la responsabilidad por la destrucción total o parcial de la cosa. De todos modos, como ya se explicó, si la posesión se funda en título se presume que ella ha comenzado en la fecha de otorgamiento de tal instrumento (art. 1914 CCyC).

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

1. Introducción

La norma mantiene la clasificación de la posesión ilegítima de mala fe en viciosa y no viciosa, previendo para el caso de la primera los vicios de hurto, estafa —que reemplaza al "estelionato" del CC— y abuso de confianza, si se trata de muebles, y de violencia, clandestinidad y abuso de confianza, si se trata de inmuebles.

2. Interpretación

La posesión viciosa contempla supuestos de mala fe calificada por diversas causales. Ellas son:

a. Hurto.

Es el apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble, total o parcialmente ajena, sea que se haga mediante el uso de la fuerza en la cosa o con violencia física en la persona, o bien sin el empleo de fuerza ni de violencia. De ahí que el supuesto comprende de la figura del hurto (art. 162 CP), y, la más grave, del robo (art. 164 CP), previstas en la legislación penal.

b. Estafa.

Es una especie de defraudación pues quien adquiere la cosa recurre al engaño para obtenerla y convertirse así en poseedor (*v.gr.*, el adquirente exhibe el documento de otra persona e invoca dicha identidad a fin de que la cosa le sea entregada y haciendo creer a quien la entrega que lo estaba haciendo a la persona sustituida).

c. Violencia.

Comprende la realización de actos materiales de fuerza (violencia física) y la proliferación de amenazas (violencia moral o verbal). El vicio afecta la adquisición y la conservación de la posesión de inmuebles, supuesto este último que tiene lugar cuando, por ejemplo, una persona ingresa en forma clandestina —sin violencia— en un predio ante la ausencia de sus moradores, pero una vez que estos regresan, los repele por la fuerza o amenazas.

d. Clandestinidad.

La posesión del inmueble se adquiere de una manera disimulada u oculta, aprovechando la ausencia del poseedor o tomando los recaudos para que la desposesión no llegue a su conocimiento; abuso de confianza. Se refiere a quien ha recibido una cosa, mueble o inmueble, a título de tenedor con obligación de restituirla a aquel

cuya posesión representa (arts. 1910 y 1940, inc. c, CCyC) y, sin embargo, omite hacerlo. En el caso, por un acto unilateral —es decir, sin intervención de poseedor—, el tenedor eleva la categoría de la relación de poder y se convierte en el nuevo poseedor de la cosa. En estos términos hay abuso de confianza porque quien entregó la cosa "confió" en que el tenedor se la restituiría, y este último, al no cumplir con la obligación a su cargo, vino a "defraudar" la confianza en él depositada.

Con relación a la situación del poseedor vicioso, cabe destacar que el art. 1936 CCyC agrava su situación con relación al poseedor no vicioso al prever que debe responder por la destrucción total o parcial de la cosa, aunque ello "*se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución*".

Por otra parte, la desaparición de las acciones posesorias, en sentido estricto, permite sostener que todo poseedor, aun el vicioso, tiene a su alcance las defensas posesorias reguladas en los art. 2238 CCyC y ss., en especial los arts. 2240, 2241, 2242 y 2245 CCyC.

Los vicios que afectan la posesión de mala fe son relativos. Ello implica que solo pueden ser invocados por aquella persona que los ha padecido y que ha sido víctima del vicio. De modo que el usurpador por violencia solo es poseedor vicioso por el vicio de violencia respecto del despojado, pero no ante los demás.

La aclaración de que *"… En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes"* es indicativa de que la regla de la relatividad se aplica tanto en el caso de que el vicio provenga del actuar del propio adquirente de la posesión viciosa como si proviniese de sus agentes o representantes, y tanto que afecten al poseedor despojado como a las personas que en su nombre conservaban la posesión.

CAPÍTULO 2
Adquisición, ejercicio, conservación y extinción

ARTÍCULO 1922.- ***Adquisición de poder.*** *Para adquirir una relación de poder sobre una cosa, ésta debe establecerse voluntariamente:*

a. *por sujeto capaz, excepto las personas menores de edad, para quienes es suficiente que tengan diez años;*
b. *por medio de un contacto con la cosa, de la posibilidad física de establecerlo, o cuando ella ingresa en el ámbito de custodia del adquirente.*

1. Introducción

Si la posesión es la conjunción de corpus y *animus domini*, y la tenencia solo de corpus, basta la acreditación de estos elementos para tener por adquirida la relación de poder de que se trate. La norma que se glosa viene a precisar ciertos aspectos que hacen a esta adquisición, como el relativo a la capacidad de la persona o la forma como puede obtenerse el corpus.

2. Interpretación

Dice el artículo que tanto la posesión como la tenencia se adquieren "voluntariamente". Ello exige considerar que para poder entablar una relación de poder es menester establecer un contacto físico con la cosa. Ese contacto debe ser "querido" por el poseedor o el tenedor, recaudo este que —como lo referimos en la glosa al art. 1909— se exige

para diferenciar esas relaciones de poder de la yuxtaposición local. Por ello es que, por ejemplo, no puede considerarse tenencia o posesión la relación entre el reo y las esposas que lleva en sus manos.

El art. 1922, inc. a, CCyC establece que el adquirente debe ser capaz, lo que obliga a correlacionar la materia con los arts. 22 CCyC y ss. A tal fin, se exige una edad mínima fijada en 10 años.

De ahí que, por ejemplo, no cabe reputar poseedor o tenedor al menor de edad que no ha arribado a esa mínima edad, o a la persona cuya incapacidad ha sido declarada en los términos del art. 32, último párrafo, CCyC, por estar absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad, y respecto de la que cualquier sistema de apoyos resulta ineficaz. Falta en ambos casos la necesaria capacidad para entablar una relación de poder, la que, en tal caso, podrá ser constituida en nombre de tales personas por sus representantes.

El art. 1922, inc. b, CCyC se refiere al corpus, y en particular a cómo se lo obtiene. Señala el precepto que debe existir un contacto con la cosa, o al menos la posibilidad física de establecerlo, dado que la relación de poder traduce el hecho fáctico o la evidente posibilidad de acceder a ella por el solo concurso de la única voluntad del agente o de un tercero que lo represente.

> **ARTÍCULO 1923.-** ***Modos de adquisición.*** *Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. 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, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.*
>
> **ARTÍCULO 1924.-** ***Tradición.*** *Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla.*

Remisiones: ver art. 1928 CCyC.

1. Introducción

El CCCN contempla diversos modos en que se puede llevar a cabo la adquisición de la posesión o la tenencia de las cosas. Una primera clasificación obliga a distinguir según que ella sea consecuencia del fallecimiento del poseedor o tenedor —transmisión por causa de muerte, regulada en el Libro V del CCyC—, o se deba a alguna otra causa —transmisión por actos entre vivos—, en cuyo supuesto corresponde diferenciar entre modos unilaterales —también llamados originarios— y bilaterales —derivados— de adquisición.

En los primeros interviene una sola voluntad. Ella es la del adquirente o *accipiens* que obra con independencia de toda otra voluntad, entre ellas la del actual poseedor. El CC distinguía

la adquisición producida por desposesión de la referida a cosas que no eran poseídas por otra persona, en cuyo caso la posesión se adquiría por aprehensión. Todos estos supuestos quedan ahora comprendidos en el "apoderamiento" que menciona el art. 1923 CCyC.

En los modos bilaterales, la transmisión de la posesión se produce como consecuencia de la intervención conjunta del actual poseedor, que consiente la transmisión de la posesión —de ahí que se lo denomine *tradens*—, y del *accipiens*, que la acepta. En ese caso, la adquisición de la posesión se puede verificar por tradición y también por los supuestos abreviados de ella referidos en el art. 1923 CCyC: la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*.

2. Interpretación

La adquisición bilateral de la posesión tiene lugar por la tradición (art. 1923 CCyC), que es un modo que también sirve para transmitir la tenencia (tal la que se hace al locatario, al comodatario, etc.). Se trata de la voluntaria entrega por parte del *tradens* y la voluntaria recepción de la cosa por el *accipiens* (art. 1924 CCyC).

La voluntaria entrega y recepción de la cosa (tradición) no puede hacerse de cualquier manera. Debe formalizarse de acuerdo con alguna de las formas autorizadas por el art. 1924 CCyC. Ello consiste, básicamente, en la realización de "actos materiales" por parte de ambos o al menos de uno de los interesados con el asentimiento del otro (*"… debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa…"*, dice la norma), lo que en cualquier caso traduce un acuerdo entre el *tradens* y el *accipiens*.

Como enunciación meramente ejemplificativa de actos materiales puede consultarse el art. 1928 CCyC. De todos modos, para que la tradición tenga lugar, es menester otro recaudo más: que la posesión sea vacua (art. 1926 CCyC).

La realización de los aludidos actos materiales no puede suplirse con la declaración unilateral del tradente de haber entregado la cosa, o del adquirente de haberla recibido, o por la declaración común de ambos en ese sentido. Se precisa, por tanto, de otra prueba corroborante de la realización del traspaso. Debe notarse, sin embargo, que el art. 1924 CCyC aclara que tales manifestaciones son insuficientes "*con relación a terceros*", lo que permite considerar que en la relación entre *tradens* y *accipiens* aquella declaración tienen una virtualidad distinta y adquiere el valor de plena prueba.

El sistema perfilado rige para la tradición de inmuebles y muebles. Respecto de estos últimos debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 1925 CCyC, a cuya glosa —por una razón de brevedad— remitimos.

La *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio* son dos modos abreviados de cumplir la tradición. Por medio de la primera, el tenedor pasa a ser poseedor de la cosa. Ello comprende dos supuestos: cuando la cosa es tenida a nombre del propietario y este, por un acto jurídico, pasa el dominio a su nombre, y cuando alguien posee la cosa a nombre del propietario y pasa a poseerla por otro.

El *constituto posesorio*, en cambio, tiene lugar cuando alguien transmite la propiedad de la cosa que, no obstante ello, permanece en su poder. En este caso, se produce una degradación de la categoría de la relación de poder: de posesión a tenencia.

Si bien la tradición que aquí referimos es la que produce el desplazamiento de la relación de poder, no debe olvidarse que también puede servir para la constitución de un derecho real. En este último sentido, el art. 750 CCyC, al regular sobre las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales, expresa: "*El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario*".

ARTÍCULO 1925.- *Otras formas de tradición.* ***También se considera hecha la tradición de cosas muebles, por la entrega de conocimientos, cartas de porte, facturas u otros documentos de conformidad con las reglas respectivas, sin oposición alguna, y si son remitidas por cuenta y orden de otro, cuando el remitente las entrega a quien debe transportarlas, si el adquirente aprueba el envío.***

1. Introducción

La norma establece un criterio general para la tradición aplicable tanto a cosas inmuebles como muebles. Los "*actos materiales*" aludidos en dicha norma no se suplen por la mera declaración del que entrega de dar la cosa a alguien, o del *accipiens* de recibirla. Esta es la forma primaria de tradición que sigue la tradición romanista abrazada también por Vélez Sarsfield.

Por su parte, el art. 1925 CCyC que comentamos establece otras formas de verificar el requisito traditivo, cubriendo así distintos supuestos que ya estaban regulados de una forma más casuística y algo diversa en la legislación anterior —arts. 2385, 2386, 2388, 2389, 2390 y 2391 CC (ley 340) y art. 463 del Código de Comercio (en adelante, CCom.)—.

2. Interpretación

Trataremos los supuestos en forma separada, sin seguir las referencias del artículo por ser meramente enunciativo y estar contenido en lo que a continuación se tratará.

2.1. Entrega de llaves

El art. 2385 CC preveía la tradición por entrega de llaves para el caso en el que la cosa estuviere en caja, almacén o edificio cerrado, siendo suficiente tradición la entrega de la llave del lugar donde la cosa se hallara guardada. A ello solo exigía que no mediara oposición de un tercero —posesión vacua (art. 1926 CCyC)—. Por su parte, el art. 463, inc. 1, CCom. exponía un criterio similar ("*La entrega de las llaves del almacén, tienda o caja en que se hallare la mercancía u objeto vendido*"), aunque calificando el encabezamiento del artículo a tal tradición como "simbólica" en todos sus acápites. Ello fue criticado unánimemente entre los civilistas y por gran parte de la doctrina comercialista porque consideraban que no hay simbolismo ni ficción en tal tradición. La nota al art. 2385 CC señalaba, y en efecto, a este método traditivo como una tradición real, no ficta, dado que la entrega de las llaves del lugar donde se encuentran el objeto genera la posibilidad física de disponer de la cosa.

Si bien nada dice el CCyC respecto de "llaves", se verifican los "actos materiales" que otorgan poder de hecho sobre la cosa desde que el requisito no es la yuxtaposición física. La posibilidad de llegar a esta última se da de todas formas.

(*) Comentario al art. 1925 elaborado por Gonzalo López del Carril.

2.2. Tradición de muebles entre ausentes

Ante la ausencia de las partes, la tradición igual se verifica si se entrega la cosa a un tercero designado por el adquirente, o si la posesión se realiza por un apoderado o representante del poseedor, ya que los actos del mandatario se entienden hechos como por el mandante. Este es el criterio que surge del art. 2386 CC —en el caso del CCyC, es lo que disponen los arts. 1923 CCyC (modos de adquisición de la posesión) y 1937 CCyC (obligaciones del sucesor en la posesión)—, además de los criterios generales de representación.

Cabe aclarar, y asimismo, que el aludido art. 2386 CC también refería a la "teoría de la custodia" de Savigny que considera que la persona que tiene el control de un lugar que está a su "exclusiva disposición" adquiere la posesión de las cosas que allí le son enviadas, aunque no esté presente. También aquí el CCyC cubre el evento mediante los principios generales ya apuntados.

2.3. Tradición de objetos muebles no presentes

El CC, en su art. 2388, establecía: "*la tradición de cosas muebles que no estén presentes, se entiende hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etcétera, en los términos en que lo dispone el Código de Comercio; o cuando fuesen remitidas por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remite las entrega al agente que debe transportarlas; con tal que el comitente hubiese determinado o aprobado el modo de la remisión*". Por su parte, el art. 463 CCom., en su parte pertinente, disponía: "*se considera tradición simbólica, salvo la prueba en contrario en los casos de error, fraude o dolo: (…) 3) la entrega o recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador; 4) la cláusula: por cuenta, puesta en el conocimiento o carta de porte, no siendo reclamada por el comprador dentro de veinticuatro horas, o por el segundo correo*".

Todos estos supuestos, ahora sintetizados en el art. 1925 CCyC, apuntan a situaciones generalmente comerciales o de contratación en masa donde la ubicación física del objeto no coincide con adquirente y/o transmitente. Piénsese, por ejemplo, en supuestos de "compras por internet" o transacciones electrónicas en las que los sujetos incluso están en un tercer lugar. No habría comercio posible si fuese necesario que quien envía los objetos, incluso desde otros países, tuviera que realizar una entrega efectiva de los mismos o si todos los riesgos inherentes al traslado de las cosas estuvieran sobre sus espaldas. Por ello, desde muy antiguo se acudió a procedimientos que entrarían en el régimen de la denominada "tradición ficta",[9] ya que estos no envuelven siquiera la posibilidad de que el destinatario llegue a detentar materialmente la cosa.

A partir de lo expuesto, debemos, entonces, analizar cómo se verifica el requisito de la tradición en esos casos.

Las situaciones a las que aludía la anterior legislación —sintetizadas, como se dijo, en el art. 1925 CCyC— no abrazaban una entrega de la propia mercadería, aun cuando se pudiera disponer de su valor. Esta "espiritualización" del traspaso directo, merced a recursos técnicos y prácticos, ha permitido al comercio salvar dificultades teóricas que, de otro modo, hubieran imposibilitado los negocios.

(9) SCJ Buenos Aires, "Menin Juan José c/ Lovera Edith y otros s/ Cobro ejecutivo de alquileres", 24/02/2004.

Por ello, y merced a la calificación del Código de Comercio, se alude a un carácter simbólico traditivo, sin perjuicio de dotarse de poderes reales y directos con la entrega del título representativo y dispositivo de la propiedad de la cosa que no está en presencia del *accipiens*. Por esta razón, cuando se refiere a "tradición simbólica" por la entrega de documentos (instrumentos en la calificación legal actual), se alude a cosas muebles que no están presentes, pero que de todas formas fueron transmitidas con otra forma de tradición.

La tradición simbólica consiste, pues, en actos que, sin representar una entrega real y efectiva, significan, por su carácter inequívoco, la entrega voluntaria de la cosa por el que la transmite y la recepción y aceptación voluntaria por el que la adquiere. La tradición simbólica toma, así, diversas formas que son una representación de la tradición material.

Recuérdese que no basta la mera declaración, con relación a terceros, del que entrega de darla a quien la recibe, o de este último de recibirla (art. 1924 CCyC), así como no es necesario que *tradens* y *accipiens* estén presentes.

2.4. Conocimientos, cartas de porte, facturas y otros documentos

El art. 1925 CCyC se refiere aquí a todos los instrumentos (en la terminología adoptada por el Código) representativos de mercaderías que se encuentran vinculados al contrato traslativo de propiedad. Por ejemplo, el clásico conocimiento de embarque o B/L (*bill of lading*, por sus iniciales en inglés) es el que se usa en el marco de un contrato de transporte de las mercancías en el medio marítimo, fluvial o lacustre; este instrumento prueba el embarque de la mercadería y sin él no se puede retirar la misma en el lugar de destino.

Por su parte la "guía aérea" funciona en forma similar en el ámbito aeronáutico, mientras que en el ámbito terrestre las "cartas de porte" constituyen los instrumentos acreditativos del transporte de esa mercadería que llegará al *accipiens* (o a quien se haya designado) sin la presencia del *tradens*.

Todos estos son verdaderos títulos que formalizan el derecho del tenedor legítimo de tales instrumentos para disponer de las cosas. Su entrega, si son al portador, y debidamente transmitidos si son nominativos, o endosados si son a la orden, importa tradición de los efectos, ya que el transportador solo los entrega al portador legitimado de tales instrumentos.

Si las mercaderías se remiten al adquirente, y viajan por cuenta de este, la tradición simbólica que tiene lugar por entrega de factura es un caso de *constituto posesorio*, siempre que la factura no fuere observada. En relación a terceros, esta forma de tradición podría generar algunas dificultades que corresponderá salvar mediante prueba.

Ahora bien, para que opere el precepto legal, el art. 1925 CCyC dispone que no debe haber oposición alguna. Aquí se amplía lo que la legislación anterior postulaba en cuanto a la oposición del adquirente. Correctamente, además de la oposición de terceros, también se contempla la de sujetos vinculados pero no necesariamente dependientes del adquirente, quienes también podrían esgrimir observaciones —por ejemplo, porteadores, transportes, entre otros—.

Cabe preguntarse, finalmente, si el momento para formular la oposición a la que refiere el art. 1925 CCyC es el mismo momento de la recepción del instrumento o puede haber algún intervalo de tiempo adicional, habida cuenta de que la normativa actual ha obviado expresamente la inmediatez como requisito de la oposición. A nuestro entender, creemos

que debe ser inmediata dado que estamos refiriendo a la tradición simbólica y no a los derechos contractuales que puedan existir; es decir, el *accipiens* podrá, de todas formas, invocar los vicios redhibitorios, impugnar los términos de la factura o devolver la cosa, entre otras facultades.

ARTÍCULO 1926(*).- ***Relación de poder vacua.*** *Para adquirir por tradición la posesión o la tenencia, la cosa debe estar libre de toda relación excluyente, y no debe mediar oposición alguna.*

1. Introducción

Para que se tenga por cumplida la tradición no basta con la realización de los actos materiales a que refiere el art. 1924 CCyC. A ello, es menester que tal traspaso se haga sin oposición. La norma que se glosa se ocupa de este recaudo, lo que no es sino consecuencia de lo dispuesto en el art. 1913 CCyC.

2. Interpretación

Para tener por satisfecho el acto traditivo, el CCyC exige una relación de poder vacua. Esto es libre de personas y/o cosas que evidencien una ocupación preexistente y continua, realizada sin oposición alguna. Es que, si ello aconteciere, no obstante la conformidad del tradente en punto a la tradición, el *accipiens* no habrá tomado la posesión o la tenencia porque, precisamente, existe otra persona que se opone a que ello tenga lugar. Coexistirían, en tal caso, distintas relaciones de poder sobre una misma cosa, extremo que no admite la ley (art. 1913).

De ahí que no deja de ser vacua la posesión si el inmueble se encuentra en manos de un representante de la posesión del *tradens* (tenedor), pues —en tal caso— no existiría oposición, sino que se habría configurado el supuesto de la *traditio brevi manu* previsto en el art. 1923 CCyC.

No lo dice la norma, mas es claro que la oposición a la tradición debe provenir, tratándose de inmuebles, de un ocupante, y si se trata de cosas muebles, de quien actualmente las detenta. Con ello cabe anticipar que la "cosa" a que refiere la norma puede ser, a falta de una aclaración específica, mueble o inmueble.

ARTÍCULO 1927.- ***Relación de poder sobre universalidad de hecho.*** *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.*

1. Introducción

La universalidad refiere a un conjunto de cosas que es tratado por el derecho como si fuera una unidad (por ejemplo, una biblioteca, una pinacoteca, entre otras). En tal caso, es preciso que la ley determine cómo habrá de ejercerse la posesión o la tenencia sobre ese conjunto de cosas que, individualmente considerado, es pasible de posesión o tenencia.

(*) Comentarios a los arts. 1926 a 1972 elaborados por Federico J. Causse y Christian R. Pettis.

2. Interpretación

Verificándose una universalidad de hecho, la posesión o la tenencia existen no en relación al conjunto, sino a cada una de las cosas que la componen. No se tiene entonces posesión respecto de la "totalidad", es decir, de la universalidad.

La posesión o la tenencia recae sobre cada individualidad que componga el conjunto, por más que la norma se refiera a él como *"una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados"*, pues, tanto las relaciones de poder como —en general— los derechos reales, se tienen sobre cosas determinadas y no sobre universalidades.

ARTÍCULO 1928.- ***Actos posesorios.*** ***Constituyen actos posesorios sobre la cosa los siguientes: su 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.***

1. Introducción

Los actos posesorios son aquellos que exteriorizan el ejercicio de la posesión. Exigen, por tanto, ser realizados por el poseedor o, cuanto menos, por una persona que lo represente —como el tenedor (art. 1910 CCyC) —; y como la posesión es la conjunción de corpus y *animus domini* —extremo este último que, por su carácter subjetivo, suele ser de difícil comprobación—, surge como inevitable la cuestión relativa a la prueba.

2. Interpretación

Con el objeto de superar las críticas, fundadas en las dificultades que conlleva la acreditación del *animus domini*, el CCyC sienta una serie de presunciones, a fin de facilitar la prueba de la posesión. En el caso la presunción funciona de este modo: la realización de los actos a los que se hace referencia es indicativa de que se está en presencia de actos posesorios.

En punto a la regulación, es preciso hacer las siguientes observaciones:

i. la norma no distingue entre cosas muebles e inmuebles;

ii. la enunciación de actos a los que se califica de "posesorios" es meramente enunciativa, tal como resulta de la referencia *"… y, en general, su apoderamiento por cualquier modo que se obtenga"*, lo que es indicativo de que, fuera de los casos expresamente mencionados, puede haber otros similares (por ejemplo, el cercar un inmueble, realizar obras de forestación, etc.); y

iii. la presunción, que se consagra es *iuris tantum* y, por ello, puede ser rebatida por prueba que demuestre que la relación de poder implicada en el caso es la tenencia, y no la posesión.

ARTÍCULO 1929.- ***Conservación.*** ***La relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna causa transitoria.***

ARTÍCULO 1930.- ***Presunción de continuidad.*** ***Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que prueba haberla ejercitado anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio.***

1. Introducción

Así como el CCyC regula sobre la adquisición de la relación de poder (art. 1922 CCyC y ss.), los arts. 1929 y 1930 CCyC sientan ciertas reglas aplicables para una vez verificada aquella adquisición.

2. Interpretación

2.1. Conservación

La adquisición de la posesión requiere la reunión del corpus y el *animus domini*. Si falta alguno de estos elementos, no hay posesión. Pero, una vez adquirida, no es imprescindible estar siempre en contacto material con la cosa, ni ejercer permanentemente actos posesorios sobre ella, sino que es suficiente con la intención o ánimo de conservarla.

Ello se explica porque la relación de poder, cualquiera sea —posesión o tenencia—, se conserva hasta su extinción, según así lo establece el art. 1929 CCyC. Incluso la relación se mantiene, no obstante su ejercicio se encuentre impedido, por ejemplo, por haberse extraviado la cosa que es su objeto, siempre y cuando ese impedimento obedezca a una causa transitoria. Obviamente, si la causa que impide el ejercicio de la relación de poder no es transitoria sino definitiva (por ejemplo, el objeto que se ha caído al fondo del mar), aquella se pierde.

2.2. Presunción de continuidad

La presunción de continuidad que consagra el art. 1930 CCyC —norma que no registra antecedentes en el Código Civil— tiene por objeto superar las dificultades que en los hechos implicaba para el poseedor la prueba de la posesión durante el tiempo necesario para la usucapión. A tales efectos, basta con la prueba de una posesión inicial y una posesión actual para, acreditados esos extremos, se presuma que también se la ha mantenido durante el tiempo intermedio.

Lo mismo sucede respecto de la conservación de la tenencia, puede interesar en supuestos en los que deban liquidarse créditos por la retención de la cosa o deba contestarse a quién pertenecen los frutos de un bien que se restituye.

Es de destacar que la presunción que se consagra es *iuris tantum*, por lo que cabe admitir la prueba —que estimamos debe ser categórica, sin margen de duda— de la falta de continuidad de la relación de poder.

ARTÍCULO 1931.- ***Extinción.*** *La posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa.*

En particular, hay extinción cuando:

a. *se extingue la cosa;*
b. *otro priva al sujeto de la cosa;*
c. *el sujeto se encuentra en la imposibilidad física perdurable de ejercer la posesión o la tenencia;*
d. *desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida;*
e. *el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa.*

1. Introducción

La relación de poder, que se conserva solo ánimo (art. 1929 CCyC), trasciende la vida humana, dado que —en caso de muerte— los herederos *"continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor"* (art. 2280 CCyC). Ello no quita, sin embargo, que en determinadas situaciones pueda extinguirse. El CCyC, en la norma que aquí se glosa, regula los supuestos en que ello tiene lugar.

2. Interpretación

El artículo enumera supuestos de extinción de la posesión y la tenencia. No sorprende que, en primer lugar, mencione la extinción de la cosa (inc. a). Ello repercute, no solo respecto de la relación de poder que se ejerce, sino también en relación a los derechos reales que se hubieran constituido sobre ella. La extinción se justifica ante la desaparición del sustrato sobre el cual se ejerce la relación de poder. En tales términos, el ánimo del titular de la relación de poder es insuficiente para conservarla. Quedan comprendidos los supuestos de destrucción de la cosa —que debe ser total, pues de ser parcial, la posesión o la tenencia se mantienen en la parte no afectada— y el de la muerte de la cosa animada (por ejemplo, una vaca) sobre la cual se ejercía la posesión o tenencia.

La privación a que hace referencia el inc. b involucra los casos en que se priva a alguien de una cosa contra su voluntad. Por lo general, quien obra de ese modo y provoca tal consecuencia será un poseedor vicioso en los términos del art. 1921 CCyC. Sin embargo, no debe descartarse que una persona prive al tenedor de la cosa, no para poseerla, sino simplemente para tenerla, ocupando el lugar de tenedor de aquel a quien desplazó. En cualquier caso, el autor de la desposesión será pasible de acciones posesorias o reales.

La imposibilidad física perdurable, mencionada en el inc. c, y el extravío definitivo —ya no el transitorio, previsto en el art. 1929 CCyC— señalado en el inc. d evocan supuestos en que, por circunstancias relacionadas con el objeto, la relación de poder no puede ejercerse. En el primer caso, porque la cosa se encuentra ubicada en un lugar inaccesible (por ejemplo, cosa que cae en el fondo del mar o en un pozo de una profundidad tal que no sea posible extraerla). En el segundo caso, porque se ha perdido y no hay esperanzas de ubicarla (si hubiera esperanzas, la posesión o tenencia se conservan, según así lo establece el art. 1929 CCyC). La solución se justifica porque, de verificarse algunas de las situaciones mencionadas, ya no es posible ejercer un poder de hecho sobre la cosa, sea a título de poseedor o tenedor.

El abandono provoca la extinción de la relación de poder (inc. e). No se trata del extravío de la cosa, que —como se indicó— solo provoca esta consecuencia si fuese definitivo, ni se confunde con la tradición, donde el *tradens* entrega la cosa al *accipiens* que la recibe. El abandono supone el desprendimiento expreso y voluntario de la cosa; la renuncia a continuar poseyéndola o teniéndola, pero no en favor de una persona determinada —tal como lo que ocurre en la tradición—, sino habilitando a que cualquier persona la tome.

El art. 1931 CCyC no los menciona, pero también provocan la extinción de la relación de poder los supuestos de la *traditio brevi manu* y *constituto posesorio*, señalados en el art. 1923 CCyC.

CAPÍTULO 3
Efectos de las relaciones de poder

ARTÍCULO 1932.- ***Derechos inherentes a la posesión.*** *El poseedor y el tenedor tienen derecho a ejercer las servidumbres reales que corresponden a la cosa que constituye su objeto. También tienen derecho a exigir el respeto de los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III de este Libro.*

ARTÍCULO 1933.- ***Deberes inherentes a la posesión.*** *El poseedor y el tenedor tienen el deber de restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla, aunque no se haya contraído obligación al efecto.*

Deben respetar las cargas reales, las medidas judiciales inherentes a la cosa, y los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III de este Libro.

1. Introducción

Las normas que se glosan, como dos caras de una misma moneda, regulan sobre los derechos y deberes inherentes a la posesión y la tenencia. Es de destacar que, tales derechos y deberes, no competen a una o a más personas determinadas, individualmente consideradas; sino indeterminadamente al poseedor o tenedor de una cosa, es decir, como derivadas de la relación de poder mantenida con la cosa.

2. Interpretación

2.1. Derechos inherentes a la posesión

Tanto el poseedor como el tenedor tienen derecho a beneficiarse de las servidumbres que sirven al predio que ocupan. Este aprovechamiento es independiente del que pueda corresponder al titular o titulares del inmueble, pues de lo que se trata es de extender al ocupante del predio las ventajas acordadas a aquel.

También tienen derecho a reclamar de sus vecinos el respeto a los límites impuestos al dominio por razones de vecindad en el art. 1970 CCyC y ss. (Capítulo 4, Título III). Es que, así como en el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos pesa sobre los titulares de la relación de poder la obligación de no producir inmisiones (por ejemplo: humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o similares) que excedan la normal tolerancia (art. 1973 CCyC), el poseedor y el tenedor tienen el correlativo derecho a no ser molestados por el propietario lindero.

2.2. Deberes inherentes a la posesión

En tanto el hecho fáctico sobre el que reposa toda relación de poder se agota en conservar el *corpus* —tener la cosa para sí o para otro (o ejercer un poder de hecho sobre ella, como refieren los arts. 1909 y 1910 CCyC)—. Bajo la voz *"deberes inherentes a la posesión"*, se nominan las facultades correlativas que tienen aquellos que pueden reclamarlas.

Se menciona así el deber de restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla. Que se trata de un deber y no de una obligación, lo evidencian dos extremos:

i. que la posesión y la tenencia, como hechos que son, no acuerdan obligaciones sino deberes, atento la inexistencia de un vínculo generador de las primeras; y

ii. que este deber —precisa el artículo— existe aunque no se haya contraído obligación al efecto.

El supuesto al que se hace referencia es el del hallador de una cosa mueble perdida, que tiene el deber de restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla y, si no puede individualizarlo, de entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien —a su vez— debe dar intervención al juez (art. 1955 CCyC).

Otro deber que recae sobre el poseedor o el tenedor de un inmueble es el de respetar las cargas reales —las medidas judiciales inherentes a la cosa—, como podría ser una prohibición de innovar, y asimismo, los límites impuestos al dominio en el aludido Capítulo 4, Título III.

ARTÍCULO 1934.- ***Frutos y mejoras.*** *En este Código se entiende por:*

a. *fruto percibido: el que separado de la cosa es objeto de una nueva relación posesoria. Si es fruto civil, se considera percibido el devengado y cobrado;*
b. *fruto pendiente: el todavía no percibido. Fruto civil pendiente es el devengado y no cobrado;*
c. *mejora de mero mantenimiento: la reparación de deterioros menores originados por el uso ordinario de la cosa;*
d. *mejora necesaria: la reparación cuya realización es indispensable para la conservación de la cosa;*
e. *mejora útil: la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria;*
f. *mejora suntuaria: la de mero lujo o recreo o provecho exclusivo para quien la hizo.*

1. Introducción

El art. 233 CCyC clasifica a los frutos en naturales, industriales y civiles. Establece en cada caso qué debe entenderse por tales. La norma que aquí se glosa vuelve sobre los frutos. Esta vez, para establecer desde cuándo se consideran percibidos y en qué supuestos están pendientes. Asimismo efectúa una clasificación de las mejoras, definidas en el art. 751 CCyC, distinguiendo —entre ellas— las de mero mantenimiento, las necesarias, las útiles y las suntuarias.

2. Interpretación

Los frutos naturales e industriales se consideran percibidos por el poseedor desde el momento en que son separados de la cosa y son objeto de una nueva relación de posesoria. Así lo dispone el inc. a de esta norma, en solución que armoniza con lo dispuesto en el último párrafo del art. 233 CCyC que establece que los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa "*si no son separados*". Va de suyo, entonces que, una vez separados, dejan de conformar un todo con la cosa, siendo posible establecer a su respecto una nueva relación de poder.

Por oposición a los frutos percibidos, se define como "pendientes" a los no percibidos (inc. b), esto es, se insiste, a los no separados de la cosa y que no son objeto de una nueva relación posesoria.

Respecto de los frutos civiles, la solución plasmada importa un cambio respecto de lo que establecía el Código Civil (art. 2425 CC). Ahora, se tiene por percibidos a los frutos civiles *"devengados y cobrados"*, *lo que* descarta la posibilidad de incluir en la categoría a los cobrados, aunque no se hayan devengado ni resulten exigibles (por ejemplo, el precio

del alquiler percibido por anticipado respecto de un período no transcurrido). Igual observación cabe efectuar con relación a los frutos pendientes, es decir, de los devengados y no cobrados (inc. b).

Otra novedad tiene que ver con la regulación de los frutos que corresponden al usufructuario, pues el art. 2141 CCyC establece que le pertenecen los frutos percibidos y los pendientes al tiempo de constituirse el usufructo, aclarando que *"los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario"*. De este modo, se deja de lado la regla anterior que indicaba que los frutos civiles son adquiridos por el titular del usufructo *"día por día"* (art. 2865 CC).

Lo dispuesto en torno a las mejoras en los incs. c a f debe complementarse con lo dispuesto en los arts. 751, 752 y 753 CCyC, a cuya glosa remitimos.

Las mejoras necesarias son las que se precisan para la conservación de la cosa, de modo que esta se destruiría o deterioraría si aquellas no se realizaran. Tal es el caso, por ejemplo, de la reparación del techo de una casa, de una pared que amenaza con caerse, etc.

Las de mero mantenimiento apuntan a aquellos arreglos menores originados en el uso ordinario de la cosa, como puede ser, entre muchos otros supuestos, cortar el pasto del jardín o reparar una cerca.

Las mejoras útiles son aquellas que aprovechan a cualquier titular de una relación de poder. Por lo general, la realización de este tipo de mejoras redunda en un mayor valor de la cosa (art. 1938 CCyC). Tal es el caso, por ejemplo, de la construcción de una pileta, la instalación de un sistema automatizado de riego, etcétera.

Por último, las mejoras suntuarias son la que aprovechan exclusivamente a quien las hizo. No coadyuvan a la conservación de la cosa (mejoras necesarias), ni aprovechan necesariamente a los demás que usan y gozan de la cosa (mejoras útiles). Tampoco pueden encuadrarse en el concepto de mejoras de mero mantenimiento. Es el caso, por ejemplo, de la colocación de una estatua en el jardín.

ARTÍCULO 1935.- ***Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe.*** *La buena fe del poseedor debe existir en cada hecho de percepción de frutos; y la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor, sea la sucesión universal o particular.*

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos. El de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir. Sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa.

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

1. Introducción

Que la buena o mala fe de la posesión deba juzgarse al momento en que se la adquirió, no quita que, respecto de los frutos, pueda tomarse en cuenta otra pauta temporal, como lo es la del hecho de cada percepción. El artículo que se glosa regula sobre esta cuestión, como así también, sobre la suerte de los frutos y productos en caso de que la cosa se reivindique y tal reclamo prospere.

2. Interpretación

Si bien el art. 1920 CCyC sienta la regla de que la buena o mala fe del poseedor debe juzgarse al momento en que se adquiere la relación con la cosa, tratándose de la percepción de frutos, la calificación debe hacerse *"en cada hecho de percepción"*. Sea la sucesión universal o particular, la buena o mala fe del adquirente de la posesión respecto del fruto percibido se juzga con relación a su persona, prescindiendo de la buena o mala fe del antecesor.

Puede verse en ello, un claro distingo con la buena o mala fe en la adquisición de la posesión o la tenencia de la cosa fructuaria. Ello se mantiene, incluso, cuando la adquisición de una u otra opera con causa en el fallecimiento de una persona. En ese caso, el heredero continúa la posesión de su causante (art. 1901 CCyC), por lo que la buena o mala fe de la posesión se juzga por la condición de este último, no las de aquel.

En cuanto a la adquisición de los frutos, la norma establece que el poseedor de buena fe tiene derecho a los frutos percibidos, pero también aclara que hace suyos los *"naturales devengados no percibidos"*. Ello permite efectuar la siguiente distinción:

i. los frutos, cualquiera sea su clase —naturales, industriales o civiles—, le pertenecen en tanto los haya percibido; y

ii. los frutos naturales pendientes siguen igual suerte en tanto se hayan devengado y no obstante aún no los haya separado de la cosa y establecido, a su respecto, una nueva relación posesoria (art. 1934, inc. a, CCyC).

Por lógica consecuencia, la interpretación a *contrario sensu* de estas reglas lleva a afirmar que los frutos civiles e industriales pendientes, como así también los naturales pendientes no devengados, corresponden a quien tenga derecho a la restitución de la cosa. El poseedor de mala fe no puede conservar los frutos percibidos, que por ello tiene que restituir, y con mayor razón tampoco tiene derecho a los pendientes. Dicho sujeto responde por los que por su culpa haya dejado de percibir y, al igual que el poseedor de buena fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa.

Debe recordarse que los productos, de acuerdo a la definición del art. 233 CCyC, son los objetos no renovables que —separados o sacados de la cosa— alteran o disminuyen su sustancia. Se trata de cosas que se extraen de una existente, que no los vuelve a producir y queda disminuida o alterada en su sustancia debido a la separación de aquellos.

ARTÍCULO 1936.- ***Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe.*** *El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.*

Si la posesión es viciosa, responde de la destrucción total o parcial de la cosa, aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

1. Introducción

Al igual que en el supuesto contemplado en la última parte del art. 1935 CCyC, el Código debe resolver sobre la responsabilidad del poseedor por la destrucción total o parcial de la cosa, en caso de que este deba entregarla a quien tenga derecho a ella.

2. Interpretación

El artículo fija el marco de responsabilidad por la destrucción total (la ruina) o parcial de una cosa. Ello, aunque la norma no lo precisa, describe el régimen de la deuda que deberá afrontar el poseedor frente al propietario que la reivindica, la cual se agrava en la medida en que se aleje de la buena fe. Por tal motivo, fue necesario determinar en el art. 1935 CCyC cuándo había buena o mala fe, en qué momento debía apreciarse ella, etcétera.

2.1. Poseedor de buena fe

El poseedor no responde por la destrucción, sea total o parcial, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. La norma reproduce la solución contenida en el art. 2431 CC, que incluso disponía que el poseedor de buena fe no respondía ni aun cuando la destrucción o los *deterioros "fuesen causados por hecho suyo"*, aclaración que no se repite en la norma que se glosa. La solución se justifica porque, siendo de buena fe, él está convencido de ser el legítimo propietario de la cosa y, como tal, dentro de los límites previstos por la ley, se encuentra facultado para disponer materialmente de ella (art. 1941 CCyC).

Esta regla de la irresponsabilidad tiene, sin embargo, un límite: el del provecho subsistente. Es clásico el ejemplo del poseedor que, luego de la destrucción de la casa, vende los restos de la construcción, supuesto en que su responsabilidad se limita al valor "*subsistente*" obtenido de tal enajenación. La solución se justifica pues, de lo contrario, se configuraría un enriquecimiento sin causa.

2.2. Poseedor de mala fe

En el caso del poseedor de mala fe, él responde por la destrucción de la cosa, salvo que esta se hubiera destruido igualmente de estar en poder de quien tiene derecho a su restitución. Tal el caso, por ejemplo, de si la destrucción fue ocasionada por un terremoto o algún otro hecho de la naturaleza. La solución es la misma que imponía el art. 2435 CC.

2.3. Poseedor vicioso

La responsabilidad del poseedor vicioso se ve agravada, porque no cede ni aun en el caso de que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

ARTÍCULO 1937.- ***Transmisión de obligaciones al sucesor.*** ***El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; 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.***

1. Introducción

La norma regula las denominadas obligaciones reales, lo que por sí, importa una novedad respecto del Código Civil que pone punto final a la discusión sobre su existencia en el derecho argentino. Al hacerlo, fija los alcances de la responsabilidad del que sucede a título singular en la relación de poder establecida respecto de la cosa.

2. Interpretación

El artículo en análisis consagra la responsabilidad del sucesor en las obligaciones inherentes a la posesión. Dispone que, cuando esa relación de poder se transmite, el adquirente asume las obligaciones que correspondían a su antecesor (la norma dice: *"… sucede a su antecesor en la obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa…"*).

El artículo no define cuáles son las *"obligaciones inherentes a la posesión", no pudiendo* entenderse que son las cargas reales aludidas en el art. 1933 CCyC, porque esta norma regula los *"deberes inherentes a la posesión"*, no las obligaciones; y porque las indicadas cargas no son sino derechos reales de disfrute sobre la cosa (art. 1888 CCyC). Ello no impide, sin embargo, ver en las expensas un claro ejemplo de las obligaciones que aquí se tratan, habida cuenta que —de manera expresa— el art. 2050 CCyC hace extensiva la obligación de pagarlas a *"los que sean poseedores por cualquier título"*.

De todos modos, volviendo a la norma que aquí se glosa, es de destacar que, si bien prevé que el sucesor particular en la posesión pasa a ocupar la posición del enajenante, su responsabilidad se limita a la cosa sobre la cual recae el derecho real, quedando el antecesor liberado, a menos que exista una estipulación o disposición legal en contrario.

Ejemplos de esto último los encontramos en materia de propiedad horizontal, donde el art. 2049 CCyC dispone que el propietario no puede liberarse del pago de las expensas o contribuciones a su cargo, aun respecto a las devengadas antes de su adquisición, por enajenación voluntaria o forzosa que haga de la cosa. Lo mismo ocurre en el condominio, pues el art. 1991 CCyC dispone que el condómino no puede liberarse de pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias, ni de reembolsar a los otros condóminos lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas, por la renuncia a su derecho.

ARTÍCULO 1938.- ***Indemnización y pago de mejoras.*** ***Ningún sujeto de relación de poder puede reclamar indemnización por las mejoras de mero mantenimiento ni por las suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa. Todo sujeto de una relación de poder puede reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa si es de mala fe. Puede asimismo reclamar el pago de las mejoras útiles pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables.***

1. Introducción

La realización de algunas de las mejoras mencionadas en el art. 1934 CCyC puede dar lugar, en ciertos casos, al derecho de quien las hizo a reclamar su costo y, en otros, no. La norma que aquí se glosa trata esta cuestión, distinguiendo según el tipo de mejora de que se trate, y asimismo, regula el supuesto en que se verifique un acrecentamiento originado por la naturaleza.

2. Interpretación

La responsabilidad por los gastos, que demanda la realización de mejoras, queda sujeta al siguiente régimen:

i. Mejoras de mero mantenimiento. El poseedor o tenedor que las hizo, aun el de buena fe, no tiene derecho a la repetición de lo que hubiere desembolsado para su

realización. El criterio es correcto porque si tal sujeto ha podido gozar de la cosa, e incluso —si es poseedor— hacer suyos los frutos en los términos que autoriza el art. 1935 CCyC, es razonable que cargue con los gastos que demandó la reparación de deterioros menores originados por ese uso ordinario (art. 1934, inc. c, CCyC).

ii. Mejoras suntuarias. La solución es la misma que en el supuesto anterior, por lo que el titular de la relación de poder, por más que sea de buena fe, no puede pretender el reembolso. La solución se justifica porque se trata de mejoras que solo a él han beneficiado. Puede proceder a su retiro a condición de que de ello no se derive un perjuicio a la cosa. La falta de aclaración en el sentido de que únicamente puede hacerlo el poseedor permite considerar que también puede hacerlo el tenedor.

iii. Mejoras necesarias. El reembolso es procedente salvo que quien hizo las mejoras fuera de mala fe y aquellas se hubieran originado por su culpa. Nótese que no basta con la mala fe. Es menester, además, que haya sido el propio poseedor o tenedor de mala fe quien —con su negligente obrar— las causó.

iv. Mejoras útiles. El inc. e del art. 1934 CCyC señala que la mejora útil es *"la beneficiosa para cualquier sujeto de la relación posesoria"*. De la norma que aquí se glosa resulta que ello es así porque la mejora aumentó el valor de la cosa. Puede ocurrir que, realizado el gasto, el valor de este insumió sea superior al mayor valor alcanzado por la cosa, o a la inversa, que el costo de la mejora sea inferior al mayor valor de la cosa. En ambos casos, la solución es la misma: quien realizó la mejora tiene derecho a reclamar su reembolso pero *"solo hasta el mayor valor adquirido por la cosa"*.

v. Acrecentamientos causados por hechos de la naturaleza (por ejemplo, aluvión —art. 1959 CCyC—, avulsión —art. 1961 CCyC—). No dan derecho a indemnización. Se trata de aumentos o mejoras provocadas por la naturaleza y, por lo tanto, ajenos al específico obrar del poseedor o tenedor.

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 disposición 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.

1. Introducción

El Código aborda aquí los efectos jurídicos propios y específicos de la posesión. La norma que sigue, el art. 1940 CCyC, hará lo propio con la tenencia.

2. Interpretación

La norma establece expresamente dos importantes efectos de la posesión. El primero se refiere a la adquisición legal de derechos reales sobre cosas muebles (art. 1895 CCyC). El segundo tiene que ver con la prescripción adquisitiva (art. 1897 CCyC). Para evitar reiteraciones innecesarias, remitimos a la glosa de ambas normas.

También prevé la responsabilidad del poseedor por el pago de los impuestos, tasas y contribuciones con relación a la cosa, y asimismo, el deber de cumplir con la obligación de cerramiento que imponen los arts. 2007, 2018 y 2031 CCyC. En este último caso, en los supuestos en que exista obligación de hacerlo.

Por cierto, estos no son los únicos efectos de la posesión. En este Capítulo se regulan otras consecuencias, como el derecho al reembolso para el caso de que el poseedor haya realizado ciertas mejoras (art. 1938 CCyC) o la adquisición de frutos (art. 1935 CCyC), y en el Título XIII de este Libro se le concede al poseedor, y también al tenedor, la posibilidad de recurrir a la defensa extrajudicial (art. 2240 CCyC) y a las acciones posesorias (arts. 2241 y 2242 CCyC), en defensa de su relación de poder.

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 por evicción, si ésta corresponde;*
c. *restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de los otros que la pretenden.*

1. Introducción

Si bien no son tan importantes como en la posesión, la tenencia también concede ciertos derechos al tenedor, y lo mismo ocurre con los deberes. En una sola norma el CCyC aborda los efectos que conlleva esta relación de poder.

2. Interpretación

La norma que se glosa enumera en forma simplificada los derechos y deberes del tenedor. Entre ellos, el de conservar la cosa es uno de los más importantes. Recuérdese que él *"se comporta como representante del poseedor"* (art. 1910 CCyC), lo que es indicativo de que posee en su nombre.

Este deber de conservación se encuentra reiterado en otras normas del Código, como —por ejemplo— el art. 1206 CCyC que le impone al locatario el deber de *"mantener la cosa y conservarla en el estado en que la recibió"*; el art. 1536 CCyC que establece el deber del comodatario de *"conservar la cosa con prudencia y diligencia"* (inc. c); etc. Consecuentemente con este deber, es el derecho a reclamar el reintegro de los gastos que efectuare con miras a esa conservación.

El tenedor también está obligado a individualizar y nombrar al poseedor cuando es perturbado en razón de la cosa. Para el caso de no cumplir con este deber, se le imponen dos consecuencias:

i. debe responder por los daños que tal omisión le ocasione al poseedor; y
ii. pierde el derecho a reclamar por evicción contra quien le entregó la cosa.

Finalmente, se le impone la obligación de restituir la cosa a quien tenga derecho a reclamarla, previa citación fehaciente de aquellos que la pretendan. Tal es el caso, por ejemplo, del dominio revocado, sea por el cumplimiento del plazo al que ha sido sujeto, sea por el acaecimiento de la condición a la que se lo sujetó, eliminar supuesto —este en que por imposición legal— nace el deber del hasta entonces titular de dominio revocable de restituir la cosa al propietario.

TÍTULO III
Dominio

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1941.- ***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.*

1. Introducción

El derecho de dominio es el primer derecho real y el que más facultades contiene para su titular. La propiedad es una de las instituciones jurídicas más antiguas de la humanidad (como también lo es el matrimonio, la familia, etc.), pero es —al mismo tiempo— una de las instituciones que ha dado lugar a mayores discusiones y controversias. La propiedad se justifica por los grandes beneficios que ha reportado y reporta a la sociedad, y porque sirve de estímulo a la producción en todas sus formas y, en consecuencia, al adelanto de las ciencias, las artes y la industria.

Para elaborar una definición de dominio puede recurrirse a subrayar las facultades fundamentales (por ejemplo, la plena y libre disposición de la cosa) o la voluntad del propietario (por ejemplo, el derecho de darle un destino), el señorío completo y exclusivo que este detentaba sobre la cosa, etc.

La regulación anterior lo reconocía como el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona. Se destaca de ella los rasgos de la absolutez y exclusividad, presentes también a lo largo del Código Civil.

En la actualidad, los conceptos de propiedad y dominio dejaron de ser sinónimos y queda claro que entre ellos existe una relación de género y especie: la propiedad es el género; y el dominio, una de sus especies. De este modo, la palabra propiedad es tomada para referirse a todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en tanto el dominio es el derecho de propiedad sobre las cosas. Así, es posible hablar de propiedad sobre las cosas (el dominio), propiedad literaria, artística, científica, industrial, etc.

La Constitución Nacional utiliza la expresión "propiedad" en los arts. 14 y 17. Al respecto la CSJN ha interpretado tal concepto en un sentido muy amplio. En "Horta c/ Harguindeguy" (1922), el Tribunal comprendió dentro del concepto de propiedad a todo aquello que forma parte del patrimonio de una persona, trátese de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales. Todo ello, se dijo, es propiedad a los efectos de la garantía constitucional. En "Mango c/ Traba" (1925) se dijo que el derecho reconocido por una sentencia es un derecho patrimonial y, por lo tanto, una propiedad en el sentido constitucional. Finalmente en "Bourdieu c/ M.C.B.A." (1955) se sostuvo que el término propiedad comprende *"todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) a condición de que su titular tenga una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce (...) integra el concepto constitucional de propiedad"*.

2. Interpretación

Presentado el primer derecho real tratado en la materia, la propuesta reformadora dio cuenta de su interés sobre el punto al señalar: *"La regulación del dominio comienza por las disposiciones generales que constituyen una parte general pues, como regla, las piezas del Código deben estar precedidas por ciertas normas comunes, aplicables a la generalidad de los derechos reglamentados en el Título, a fin de impedir duplicaciones innecesarias"*.

La definición de dominio dada por el CCyC hace centro en tres ejes. El primero en cuanto descripción de potestades genéricas que otorga a su titular (usar, gozar y disponer material y jurídicamente). El segundo que, pese a tratarse de un derecho real de amplísimas facultades a su titular (usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa), ellas son acordadas dentro del marco en que la propia ley lo autoriza. En este punto, corresponde precisar los límites que resultan del Capítulo 4 de este mismo Título (art. 1970 CCyC). En último término se vincula con la clasificación del dominio en perfecto e imperfecto. A esta última hipótesis se refiere el art. 1964 CCyC y ss., y trata los supuestos de dominio revocable, fiduciario y desmembrado. Constituyen los nombrados, casos en los que alguno de los caracteres del dominio —perpetuo, absoluto o exclusivo— se encuentra afectado o restringido.

Es claro que, considerando las facultades que el dominio perfecto importa, ellas suponen la posesión de la cosa por parte de su titular. Este ejerce su derecho con derecho a poseer. Su ejercicio importa también la potestad de servirse de la cosa, usándola —*ius utendi*— y la de percibir los frutos que genera —*ius fruendi*—. Lo dicho no menoscaba la idea en cuya virtud, el goce de una cosa implícitamente presume o abarca el uso. Tiene la posibilidad de usarla, de gozarla, de beneficiarse con los frutos y también, de disponer de ella de la manera que al dueño le parezca conveniente, siempre dentro del marco de la ley y con tal de que no se afecten los derechos de los terceros, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Ya lo advertía la Comisión al postular entre sus consideraciones sobre este derecho real que *"... se aclara, sin embargo, en el mismo artículo, 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. Se tiene presente que 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 en interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"*.

La norma también menta la presunción de que el dominio es perfecto, salvo prueba en contrario, cupiéndole a quien lo afirma la carga de demostrar la restricción a la que está sujeto. En rigor, los derechos reales sobre cosa propia, conservan sustancialmente las condiciones del dominio y en ellos es común la presunción de ser libres de cargas o gravámenes. Viene a cuento remitir a cuanto se expresó sobre este punto al desarrollar el comentario al art. 1888 CCyC.

Volviendo a la noción de dominio perfecto cuadra puntualizar que el dominio pleno es el derecho real de mayor contenido. Es el único derecho real de contenido total; es el mayor sometimiento de que puede ser objeto una cosa a una persona; es el mayor, el más extenso y el más completo poder que se puede tener sobre ella, al punto que todos los demás derechos no son sino un fragmento de esa totalidad que es el dominio. En el dominio imperfecto o menos pleno, en cambio, ese contenido se halla limitado: el objeto se encuentra gravado con otros derechos reales o bien porque desaparece la perpetuidad (supuesto del dominio revocable o del fiduciario).

ARTÍCULO 1942.- ***Perpetuidad.*** *El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.*

1. Introducción

En una primera aproximación encontramos que el titular del dominio no deja de serlo aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero lo ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa a otro, durante el tiempo requerido para que este pueda adquirir la propiedad por la prescripción.

Así se refería a la cuestión la regulación anterior, correspondiendo entonces destacar una doble connotación del concepto de perpetuidad, común a todo dominio. A saber:

a. No existe limitación temporal pues la perpetuidad significa que el dominio es ilimitado en el tiempo. No está sujeto a limitación alguna. Subsiste tanto como dura la cosa que constituye su objeto y más allá de las mutaciones que pueda experimentar su titularidad (pues cuando una persona transmite el dominio, no nace un nuevo derecho; el derecho es el mismo, solo cambia su titular). Esto se aplica incluso en materia de muebles abandonados: en tal supuesto el dominio se mantiene en estado latente hasta tanto alguien se apropie de la cosa y se convierta en su nuevo titular.
b. El dominio no se extingue por el no uso o ejercicio. Es que el carácter de perpetuidad significa, además, que el derecho subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él.

2. Interpretación

Con la actual regulación, que reitera su antecedente, queda claro que el dominio conserva el carácter de perpetuo en tanto no está sujeto a extinguirse por algún hecho o acto ulterior. La cosa queda sujeta a su titular continua y permanentemente sin que el transcurso del tiempo incida en la titularidad que se le atribuye. De ahí que la ausencia prolongada del dueño no extinga el derecho a su favor.

Mas el precepto señala una particularidad que se vincula con la incidencia de un tercero ("otro" lo llama la norma). Dice que el dominio es perpetuo y no se extingue aunque no ejerza las facultades (se infiere que son las propias del derecho que se trata) o las ejerza otro.

Y ello es claro por cuanto los casos al que se refiere el artículo o encuentran al propietario no actuando sus facultades o ejerciéndolas, ilegítimamente se supone, un tercero. Pero, en ambos casos, el propio régimen no reconoce la pérdida del derecho. De manera que su subsistencia se aprecia como una cuestión evidente.

Ahora bien, cabe hacer cuestión a la parte final del artículo cuando el principio admite una excepción que es la de interpretar que el dominio se extingue cuando el tercero lo adquiera por prescripción adquisitiva. Se trata del caso en el que se presenta un contradictor al derecho real. Según hemos visto, un tercero posee la cosa —se supone contra la voluntad expresa o presunta del propietario— y la adquiere por usucapión.

Si se observa, en realidad no se trata de una excepción: el dominio —en estos casos— no se pierde, sino que lo adquiere otro.

A su vez, distinto es lo que acontece cuando se produce la expropiación. Acá, sin embargo, no se afecta la perpetuidad del dominio sino que directamente se aniquila el derecho, que se extingue al ser colocada la cosa fuera del comercio.

Mucho se ha discutido en torno a si la perpetuidad hace a la esencia o no del dominio, por cuanto —tal como se verá— es posible limitar temporalmente al dominio, como ocurre con el dominio revocable y el fiduciario (especies del dominio imperfecto).

ARTÍCULO 1943.- ***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.*

1. Introducción

En el marco del régimen impuesto, el reconocimiento de un derecho como el de dominio, supone la admisión de un único dueño sobre la cosa. Ello coadyuva a diferenciarlo de otros estatutos como el condominio, la propiedad horizontal, etc.

2. Interpretación

Podría pensarse que, siguiendo la relación dada, al decir que el dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular, es posible caer en el error de interpretar que, dentro del dominio, no puede haber otro más que el titular. También podría pensarse que todos los derechos reales, por ser absolutamente oponibles, constituyen derechos exclusivos.

Sin embargo, el precepto apunta a que no puede existir más de un titular de dominio respecto de la misma cosa. En lo demás, subsiste para otros derechos reales la misma característica en la medida en que no se admita la concurrencia de otros derechos reales, como ocurre con el usufructo, y los derechos reales *intuito personae*.

Descartada la posibilidad de que exista más de un titular de dominio sobre la misma cosa, el sistema se aprecia razonable si se le concede, por su condición de excluyente (art. 1944 CCyC), la facultad de exclusión de terceros.

Esta norma señala que no resulta posible que concurran varias personas con el mismo derecho de dominio sobre una misma cosa, aunque no impide que, en cambio, sean condóminos; poseyendo —en tal caso— su derecho de propiedad por una cuota alícuota (art. 1983 CCyC). Aún desmembrado por otro derecho real, como el usufructo, el dominio sigue siendo exclusivo por ser el único en su especie. Incorporado el derecho real al patrimonio del sujeto, resulta inadmisible volverlo a adquirir por otra causa.

El artículo, al indicar a la adquisición "por título", entiende por causa fuente. De manera tal que, resultaría un contrasentido que, teniéndolo por una causa y siendo —en un momento dado— titular de dominio, no podría volver a serlo sino por otra causa y luego de haber transferido o perdido su derecho de propiedad.

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.*

1. Introducción

La facultad de exclusión importa la potestad que tiene el titular del dominio de impedir que otros afecten su potestad en la cosa.

2. Interpretación

Si se observa, en la relación directa e inmediata que el sujeto tiene con la cosa objeto de su derecho, los terceros se ven impedidos de interferirla por carecer de derecho a ello. Toda intromisión, al ser el dominio exclusivo, importa privar al titular de su derecho al uso, goce o disposición.

El artículo también refiere a qué extensión cabe concederle al derecho de dominio, y en ese sentido, se ejemplifican los actos que el dominio autorizaría. Valgan las remisiones que hacemos a los arts. 1944, 2006 CCyC y ss. Se ha sostenido que *"La incidencia del impuesto hereditario en la sucesión del socio fallecido respecto de las cosas que integran el patrimonio de la sociedad, exigiría admitir la coexistencia del dominio de los socios sobre las cosas que son de la sociedad en contradicción con el art. 1702 del citado C*ódigo, y tanto el principio según el cual el patrimonio de las sociedades es independiente del patrimonio individual de los socios y el que sostiene que la participación de los socios en las sociedades colectivas o de responsabilidad limitada, no puede considerarse un derecho actual de cada uno de aquellos sobre los bienes de la sociedad". [(10)]

ARTÍCULO 1945.- ***Extensión.*** *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.

1. Introducción

La extensión del dominio, en rigor, refiere a la nómina de elementos y proyecciones que este derecho real comprende. La enumeración podría limitarse a la cosa misma integrada por el objeto y sus accesorios, sin embargo, al considerar las cosas inmuebles describe en dos planos su alcance. Por un lado, la horizontal subterránea y la vertical aérea y; por otro, los elementos incorporados a ella. De esta manera, se delimita el alcance del derecho, precisando así, una extensión de la cosa que la supera en el plano fáctico.

(10) CSJN, "Liberti, Atilio César Suc. s/ inscripción", 1956, Fallos: 235:571.

No debe dejar de ser destacado que la previsión no se aplica, como la anterior, exclusivamente en materia de inmuebles. Ahora, al consignar en primer término a las cosas sin hacer otro distingo, se llega a que se aplica a las muebles y las inmuebles.

2. Interpretación

El precepto menta el principio de la accesoriedad. Las cosas que se encuentran materialmente adheridas a un bien, forman un todo y, en esa extensión, se comprende el dominio. A tal fin, debe hallarse materialmente adherido a la cosa, sea mueble o inmueble, sin que incida en esta solución la posibilidad o no de ser separado de ella. Recuérdese, en este aspecto, que el art. 230 CCyC señala que *"son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario."*

En el marco de las cosas adheridas al suelo, se hallan las cosas adheridas a él como las siembras o plantaciones, con excepción de lo dispuesto respecto del derecho de propiedad horizontal que por su propio régimen permite derechos sobre cosa propia sobre lo construido, tal como la unidad funcional, y el derecho de superficie que autoriza la propiedad superficiaria, según se verá en el respectivo título.

La regla indica que —respecto del inmueble— el dominio se extiende a toda su profundidad y se proyecta al espacio aéreo en líneas perpendiculares. Como no tiene sentido extender el dominio más allá del espacio en el que el propietario pueda obtener, actual o potencialmente, una utilidad económica, es que la extensión al espacio aéreo ha sido regulado en la medida en que su aprovechamiento sea posible.

El dueño del fundo está entonces autorizado a retirar y demoler las construcciones del vecino que avancen sobre su espacio aéreo, pero el ejercicio de ese derecho no debe ser abusivo. También cabe considerar la vigencia del Código Aeronáutico (ley 17.285) y en particular lo dispuesto en su art. 6° que establece: *"Nadie puede, en razón de un derecho de propiedad, oponerse al paso de una aeronave. Si le produjese perjuicio tendrá derecho a indemnización"*.

El dominio también se extiende al subsuelo y, en este sentido, el artículo comprende a todos los objetos que se encuentren bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo lo dispuesto por las leyes especiales. Esta remisión implica considerar lo previsto respecto de tesoros según se regula más adelante y respecto de las minas, a lo previsto en el Código de Minería (t.o. decreto 456/1997, con la modificación de la ley 25.225).

Los últimos dos párrafos de la norma tratan aspectos puntuales del principio de accesoriedad, en el caso de inmuebles. A través de presunciones se resuelve tanto la propiedad como la facción de *"todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes"*.

ARTÍCULO 1946.- ***Dominio imperfecto.*** ***El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales.***

1. Introducción

Si se observa, al inicio de las disposiciones generales, el art. 1941 CCyC enuncia al dominio y lo define como perfecto. Hemos relacionado, en ocasión de tratar ese precepto, su contenido no sin precisar que la condición de "perfecto" se relaciona con la reunión plena de sus requisitos. Pues bien, este precepto anuncia en qué casos existe dominio imperfecto.

2. Interpretación

Corolario de lo expuesto en oportunidad de tratar el art. 1942 CCyC, el dominio es perpetuo, y se denomina imperfecto si está sometido a condición o plazos resolutorios, pues precisamente tales efectos inciden sobre la continuidad del ejercicio del derecho.

Otro tanto sucede cuando la cosa se encuentra gravada con cargas reales, desde el momento en que el halo de facultades del titular queda restringido por la presencia de otro derecho de propiedad. En estricto sentido, el dominio imperfecto o menos pleno —como se lo reconoce— se halla fuertemente limitado, sea porque está gravado con otros derechos reales —lo que implica que el propietario se encuentra impedido de usar, gozar o disponer de la cosa en la forma en que podría hacerlo si no hubiese constituido sobre ella algún otro derecho real—; sea porque es temporario —el derecho no está sujeto a durar indefinidamente—.

Comprende los casos del dominio desmembrado, revocable, el cual fue tratado desde el art. 1964 CCyC y ss. El supuesto de dominio fiduciario también se trata en el art. 1701 a 1707 CCyC. Existe dominio desmembrado cuando la propiedad se encuentra gravada con cargas reales, lo que incluye al usufructo, a la hipoteca y a todos los derechos de propiedad que —como anuncia el art. 1888, párr. 2, CCyC con relación al dueño de la cosa— constituyen cargas o gravámenes reales.

Así presentada la cuestión, nada impide concluir que el precepto solo presenta la noción de imperfección, la que desarrollará más adelante, siendo esa su única utilidad.

CAPÍTULO 2
Modos especiales de adquisición del dominio

SECCIÓN 1ª
Apropiación

ARTÍCULO 1947.- *Apropiación.* *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.*

ARTÍCULO 1948.- *Caza.* *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.

ARTÍCULO 1949.- *Pesca.* *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.*

ARTÍCULO 1950.- *Enjambres.* *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.*

1. Introducción

En una primera aproximación al tema cabe señalar que, mientras en las disposiciones generales se despliegan en el Capítulo 2 (desde el art. 1892 CCyC) los modos generales de adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de los derechos reales; en esta Sección 1ª del Capítulo 2 de dominio, se agrupan los "Modos especiales de adquisición del dominio".

Se ha preferido dejar los elementos del acto jurídico real para la parte general, donde se desarrollan a través de la teoría del título y el modo, los modos también generales.

2. Interpretación

Bajo la voz apropiación, el Código enumera qué objetos muebles no registrables se adquieren por la aprehensión efectuada por persona capaz con la intención de adquirir el dominio de ellas en el momento de tomarlas. Se especifica en qué casos se admite este modo, debiendo anotarse que a la vista, por el nomenclador con el que son numeradas, halló el legislador un número mayor de cosas muebles no registrables que no pueden ser objeto de este modo de apropiarse.

Caracterizan al objeto susceptible de apropiación, las cosas que carecen de dueño —como las cosas abandonadas—, los animales que son objeto de caza y de pesca o el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra con ellos.

Es de toda lógica concebir a las cosas abandonadas como aquellas de cuya posesión se desprende materialmente con la mira de continuar el dominio de ellas. Hay abandono cuando el dueño se desprende de la cosa con la deliberada intención de abdicar del dominio. Tal desprendimiento debe ser voluntario, lo que obviamente excluye los supuestos en que no existe tal voluntariedad. Por esta razón es que no constituyen cosas abandonadas las perdidas, tampoco cuando simplemente media despreocupación o desinterés de parte del dueño, y mucho menos si la desposesión se hace contra su voluntad.

Por el contrario, al conservar a su dueño las cosas perdidas, los tesoros y los animales domesticados en las condiciones que alude el artículo, son insusceptibles de adquisición por la apropiación. Puede razonarse el art. 1947 CCyC, considerando que, pese a la pérdida de una cosa mueble, su dueño la conserva solo *animus*.

Entonces, dos son los factores cuya concurrencia exige la hipótesis: que el titular del dominio se desprenda materialmente de la cosa ("*corpus*"), con "*la mira*" de no continuar en el ejercicio de su derecho ("*animus domini*").

El caso de los animales que son objeto de caza o pesca, encuentran como particularidad que se tratan de verdaderos supuestos de cosas sin dueño.

El art. 1948 CCyC vuelve sobre este tópico, ya desde el punto de vista del cazador. Allí tratan distintas situaciones que pueden englobarse en dos: pertenecen por apropiación

los animales cuando el cazador los toma o caen en su trampa y, mientras el cazador no desista de perseguir al animal herido. El hecho de considerar que el animal cae en una trampa del cazador, como modo de apropiación, denota una extensión de la acción del sujeto, aunque estuviere ausente.

Nuestro Máximo Tribunal tiene resuelto, vigente el Código Civil, que deben considerarse como *res nullius*, y por ello susceptibles de apropiación en los términos de los arts. 2525 y 2527 CC, estando su caza sujeta a los reglamentos de policía (arts. 2542 y 2549 CC), a los animales bravíos o salvajes y a los domesticados que recuperan su antigua libertad.(11)

Para que la pesca produzca la adquisición de los peces, ella debe cumplirse en los lugares que prescribe. Se vierte aquí una única geografía, dependiendo de autorización en las aguas privadas (llamadas "otras aguas"). No solo los peces son objeto de la apropiación. Nótese que el art. 1949 CCyC refiere a "especie acuática" e incluye a moluscos, crustáceos, etc.

Los enjambres apropiables son los que nunca tuvieron dueño. El precepto, que comprende —no hay que olvidarlo— otro supuesto de adquisición del dominio por apropiación, se detiene en las facultades del dueño del enjambre que, obviamente, ya no se localiza en su predio. Es que, mudado por voluntad extraña a la del dueño, puede perseguirlo. Pues bien, si no lo persigue, dice la norma, el enjambre pertenece a quien lo tome. Si mudado, se incorpora a otro enjambre, lo gana el dueño del que —así— lo recibe.

Además de la lógica exclusión de los inmuebles —que siempre tienen un dueño, pues aun cuando este falleciera y no dejara herederos, lo recibe el Estado—, se establece que no son susceptibles de apropiación las cosas perdidas, los animales domésticos (aunque escapen o ingresen en inmueble ajeno) y los salvajes domesticados en las condiciones que se precisan en el parágrafo III, y los tesoros.

SECCIÓN 2ª
Adquisición de un tesoro

ARTÍCULO 1951.- ***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 1952.- ***Descubrimiento de un tesoro.*** *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 1953.- ***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 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.

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

(11) CSJN, "César y Antonio Karam SCICA", 24/02/1987.

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 1954.- ***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.*

1. Introducción

En esta Sección 2ª, como otro modo especial de adquisición del dominio, se desarrolla lo concerniente a las características de los tesoros, del descubrimiento y los derechos que concede. Preferimos abordar este segundo modo en conjunto, para mayor comprensión de sus variantes en vista al objeto común que regla.

2. Interpretación

Son notas características de los tesoros las cosas muebles, esto es, objetos materiales susceptibles de valor. Dado que el régimen acuerda derechos al descubridor de un tesoro, incluso en terreno parcialmente propio o ajeno, ha de subrayarse que —para la ley— el tesoro no forma parte del predio en el que se encuentra.

De tal manera no es un accesorio del inmueble, sino que constituye un objeto que conserva su individualidad. De ahí, puede agregarse que los minerales, las minas, etc. ; en tanto constituyen elementos del suelo, no son tesoros.

Además, es preciso que no tenga dueño conocido. La circunstancia de que el propietario sea desconocido o de que no haya indicios de quién lo sea, es lo que permite excluir a los tesoros como objetos susceptibles de apropiación (art. 1947, inc. b.iv, CCyC). Evidentemente, los tesoros tienen un dueño, que es quien los ha ocultado. Lo que ocurre es que no se conoce quién es.

Al exigir que la cosa mueble, sin dueño conocido, se halle oculta o escondida, lleva a observar que si no fuere así, es decir, si el objeto fuese hallado en un lugar al descubierto (por ejemplo, en la superficie del suelo), no se trataría propiamente de un tesoro sino de una cosa perdida y, como tal, el régimen es distinto (art. 1947, inc. b.i, CCyC).

No debe tratarse de un objeto de dominio público ni lo que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsista esa afectación, pues se presume que los objetos dejados en esos lugares pertenecieron a los muertos. De este modo, se busca evitar la profanación de los sepulcros.

El primero que hace visible un tesoro es reconocido como el descubridor, aunque más no sea en una parte y sin perjuicio de que no tome la posesión de él ni lo reconozca como tal. Si varias personas realizan trabajos en un inmueble y uno de ellos descubrió el tesoro, es a él a quien se considera descubridor. Y si en el lugar existen varios tesoros, el descubrimiento se considera por separado respecto de cada uno de ellos. No se juzga que descubre quien da los pasos para encontrar el tesoro, ni el que sospecha dónde puede

hallarse, aunque sus datos resulten confirmados. Solo merece esta denominación quien, como se dijo, lo hace visible.

El hallazgo de un tesoro no debe ser obra deliberada del hallador —no debe contar con autorización del dueño para hacerlo pues si así acontece nada le corresponde—, salvo en el supuesto que el que se trate de las personas que tienen derecho a buscarlo.

Con excepción de este último caso, que involucraría a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, será considerado descubridor quien primero lo haga visible. Puede hallarse un ejemplo en el obrero que realiza excavaciones y da con un tesoro oculto. En tal caso, participa con la adquisición del 50% del tesoro, hipótesis que se mantiene aún en el caso en el que como mera posibilidad, se le haya advertido la ocurrencia de ese evento.

Cierto es que la prohibición de buscar tesoros en el inmueble ajeno es una consecuencia lógica de la facultad de exclusión del dueño. Lógicamente la veda rige cuando la búsqueda se intente sin licencia del dueño, de lo que se infiere que si se cuenta con esa autorización la exploración estará permitida.

Quien tiene que dar la venia es el dueño del inmueble. El coposeedor está autorizado para buscar el tesoro sin necesidad de requerir la conformidad de los demás coposeedores, siempre que restituya el predio al estado anterior. Es por ello que el poseedor en vías de usucapir no está precisado de requerir la autorización del dueño. De igual manera, está legitimado para realizar la búsqueda el poseedor imperfecto, entendiéndose por tal el titular de un derecho real sobre cosa ajena. Cabe entonces incluir al usufructuario, al usuario, al habitador y al acreedor anticresista.

Si la cosa fuera hallada en terrenos propios, le corresponde al propietario por entero. Si lo fuera en cosa parcialmente propia, le corresponde la mitad por su consideración de hallador o descubridor, y sobre la otra mitad, la porción que tiene en la titularidad del bien. Cuando el hallador es un tercero, también participa con la mitad del descubrimiento, adjudicándole, por principio la ley, la otra mitad, al propietario.

La búsqueda de un tesoro por parte de su propietario constituye un supuesto en el que tal objeto se encuentra oculto en un predio. Tal situación, lo autoriza a buscarlo, aún sin la conformidad del propietario del predio, debiendo recurrir al auxilio judicial, y al hacerlo, precisar el lugar de su ubicación y garantizar a este último —el dueño— de los daños que la búsqueda le pueda producir.

El supuesto presenta una situación hipotética, en tanto el "tesoro" no ha sido descubierto, una vez visible puede ser discutida su propiedad. Pues bien, esta hipótesis se resuelve, atribuyéndole al tercero la carga de probar que la cosa le pertenece en propiedad. Si no lo hiciere, la situación se resuelve siguiendo el principio en virtud del cual lo hallado le corresponde al propietario del bien.

SECCIÓN 3ª

Régimen de cosas perdidas

ARTÍCULO 1955.- ***Hallazgo.*** ***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.***

ARTÍCULO 1956.- ***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.*

Transcurridos seis meses sin que se presente quien tiene derecho a reclamarla, la cosa debe venderse en subasta pública. La venta puede anticiparse si la cosa es perecedera o de conservación costosa. Deducidos los gastos y el importe de la recompensa, el remanente pertenece a la ciudad o municipio del lugar en que se halló.

1. Introducción

La Sección Régimen de cosas perdidas, en el marco de estos modos especiales de adquisición del dominio, ha sido prevista como un modo distinto al de apropiación. Hemos visto al analizar el art. 1947 CCyC que no son susceptibles de apropiación *"las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario"*.

2. Interpretación

Con esta norma se inicia el régimen de las cosas perdidas. Dado que ellas pertenecen a su dueño, los terceros no tienen la obligación de tomarla, pero si lo hicieran la ley le asigna la condición de depositario a título oneroso.

La razón del artículo es doble. En efecto, como no había obligación de tomar la cosa perdida, al hacerlo, el hallador realiza una gestión útil que beneficia al propietario. Por tal motivo, se le asigna la condición de depositario.

Quien alega que la cosa fue abandonada debe probarlo, pues la cosa perdida sale de la posesión del dueño sin su voluntad. Mas la condición de hallador, lo obliga a restituir a quien tenga derecho a reclamarla. Si no lo conoce, debe entregarla a la autoridad policial, que dará intervención al juez.

Si existe duda sobre si la cosa ha sido perdida o si fue abandonada por su dueño, deberá estarse a lo primero. Se trata de una aplicación de la presunción contenida en el art. 948 CCyC, en cuya virtud, la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla, es restrictiva.

Del precepto se extraen dos ejes, cuales son la cuestión atinente a los gastos de conservación, de actuación judicial y la recompensa. Obedecen a dos causas distintas, aunque el propietario que perdió la cosa mueble puede exonerarse de reembolsar gastos o de pagar la recompensa —que fija el juez discrecionalmente, en caso de que el dueño no haya ofrecido una u ofrecida, no fue aceptada— si hace abandono de ella a favor del hallador.

También el art. 1956 CCyC fija en 6 meses, a contar desde la última publicación de edictos, dando cuenta del hallazgo, para que se presente el dueño, bajo apercibimiento de rematarla.

El último párrafo del precepto referido indica el destino del eventual saldo remanente de la subasta.

SECCIÓN 4ª

Transformación y accesión de cosas muebles

ARTÍCULO 1957.- ***Transformación.*** *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 1958.- ***Accesión de cosas muebles.*** *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.*

1. Introducción

En la presente Sección, el CCyC organiza otro modo especial de adquisición de cosas, en este caso, muebles, a través de dos supuestos: la transformación y la accesión. El régimen intenta compatibilizar el interés de los propietarios en conflicto.

2. Interpretación

2.1. Transformación

El artículo caracteriza a este modo de adquisición del dominio sobre cosa ajena, la alteración de una cosa mueble por su sola actividad (trabajo) o la incorporación de otra, todo ello con la intención de adquirirla. Pero la cuestión requiere el siguiente desglose:

a. Materia ajena. Es fundamental que la cosa sobre la que se trabaje sea ajena. Si fuera propia no habría conflicto, pues el dueño está facultado para transformar la cosa y darle el destino que mejor atienda a sus intereses.

b. La transformación se produce por la actividad del transformador o por la incorporación a la cosa de otra. Si la transformación de la cosa es consecuencia de un hecho de la naturaleza, no habría conflicto alguno, dado que la cosa nueva sería propiedad del dueño de la materia.

c. Objeto nuevo. El objeto de la transformación es, precisamente, la creación de un objeto nuevo, distinto del anterior. Es este un requisito insoslayable. Si la actividad

se limitó a darle un cambio de apariencia (por ejemplo, la limpieza de la cosa, darle una mano de pintura, aun cuando sea distinta de la originaria, etc.) no habría propiamente un objeto nuevo.

d. Intención de apropiarse del objeto nuevo. Existen numerosos ejemplos de personas que aplican su actividad sobre la materia prima ajena y que, sin embargo, no por ello adquieren el dominio por transformación del objeto nuevo o transformado, pues falta en esos supuestos la intención de apropiárselo. Tal es el caso del escultor que, por encargo, trabaja sobre la piedra que le fue proporcionada para lograr la forma deseada. Pero sí se verificará la figura, si el que le encomendó la obra tomó el material que luego entregó al escultor que, de este modo, habrá obrado en su nombre.

2.2. Buena o mala fe del transformador

Entonces, si la cosa no puede volver a su estado anterior, aparecen opciones. Ellas se agrupan según la buena o mala fe del transformador.

Por tal motivo, si hay buena fe, debe devolver el valor de la cosa transformada (único caso en el que la opción es a favor del transformador). Si hay mala fe, el dueño de la cosa transformada, puede optar por ser indemnizado o tener la cosa con su nueva forma, pagando el trabajo. Pero también puede ocurrir que la transformación sea reversible. En ese caso, si el transformador es de buena fe, el dueño de la materia es propietario de la nueva especie, pudiendo pagar el trabajo o exigir los gastos de la reversión. Si es de mala fe, el dueño puede reclamar la cosa nueva sin indemnizar o abdicarla a favor del transformador debiendo ser indemnizado por la materia y el daño.

2.3. Accesión de cosas muebles

La accesión de cosas muebles, a diferencia de la transformación, se trata del caso en el que los muebles pertenecen a distintos dueños y, además, ello se produce sin la acción del hombre.

Pues bien, la solución del art. 1958 CCyC es concederle al dueño de la cosa el mayor valor económico que tenga, la propiedad de ella. En caso de que no pudiera determinárselo, la adquisición da lugar a un condominio. Puede llegarse a la accesión de cosas muebles por dos vías: la mezcla o la confusión.

SECCIÓN 5ª

Accesión de cosas inmuebles

ARTÍCULO 1959.- ***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.

ARTÍCULO 1960.- ***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 1961.- ***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.

ARTÍCULO 1962.- ***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.

Remisiones: ver art. 235 CCyC.

1. Introducción

Corresponden los casos agrupados a supuestos de adquisición específicos de cosas inmuebles. Se vinculan, en general, con casos que tienen por causa un hecho de la naturaleza o la obra del hombre. Ejemplo de la adhesión natural es la avulsión, y asimismo, los distintos tipos de aluvión. De la adhesión artificial el ejemplo típico es el de la construcción, siembra y plantación.

Se trata de modos autónomos de adquirir el dominio que se verifica cuando una cosa inmueble se adhiere a otra. Cabe distinguir la accesión entre esta forma de adquirir el dominio y los supuestos en que el propietario extiende su derecho real a cosas accesorias de la principal. En el primer caso, el dominio se adquiere por un título autónomo (por ejemplo, el aluvión, la avulsión, etc.). En el segundo caso, el dominio de los accesorios es atribuido por la ley en virtud del derecho que el dueño tiene sobre la cosa principal. Desarrollaremos, en adelante, los supuestos que tratan este grupo de normas.

2. Interpretación

2.1. Aluvión

El aluvión es la accesión paulatina, los acrecentamientos de tierra que reciben los fundos ribereños por efecto del lento arrastre de las corrientes y que solo con el tiempo son perceptibles. Esos acrecentamientos pueden verificarse de dos formas: o con la sedimentación de las partículas de tierra que la corriente transporta (aluvión, en sentido propio) o con la retirada de las aguas de una orilla a otra (terreno abandonado).

Como lo expresó Velez en la nota al art. 2572 CC: *"... el lecho del agua corriente no tiene un límite invariable. Este límite, por el contrario, es movible; avanza o se retira. Los terrenos, pues, que lindan con los ríos, pueden una veces perder, y es justo que otras puedan por las mismas causas, ganar para conservar su límite señalado..."*. De ahí, se atribuye al propietario ribereño el aumento que se deriva del aluvión, lo cual no deja de ser una solución razonable y equitativa por aquello de que, así como algunas veces se verá perjudicado por el efecto de las corrientes, en otras, es justo que se beneficie.

Para que se configure el aluvión es preciso que la tierra aluvional no esté separada por una corriente de agua permanente que sea parte del río. Es decir, para que exista aluvión, la tierra debe estar adherida al terreno ribereño y haber dejado de formar parte del río. Por el contrario, si se hubiere acumulado tierra en un lugar muy cercano al fundo ribereño, pero sin adherirse a él y estando todavía separada de él por una corriente de agua permanente —o no intermitente, como dice la norma—, no hay aluvión.

Cuando el acrecentamiento de tierra se vio facilitado por obras realizadas por un propietario ribereño, debe entenderse que el aluvión no es consecuencia directa y exclusiva de la naturaleza. El art. 1959 CCyC contempla el caso de que el acrecentamiento tenga fines meramente defensivos.

El carácter de intermitente de la corriente de agua que separa el terreno de la tierra aluvional constituye una cuestión de hecho que, en su caso, deberá ser resuelta por los jueces.

Otra cuestión que trata el art. 1959 CCyC se plantea cuando el terreno de aluvión se ha formado a lo largo de varias propiedades ribereñas y es menester proceder a su reparto. Pues bien la división debe hacerse entre los propietarios que pueden tener derecho a ella, en proporción del ancho que cada una de las heredades.

La accesión, en este caso, es por vía natural. Como lo indica la parte final del art. 1959 CCyC, el concepto se extiende a los casos de retiro natural de aguas, como al supuesto de abandono del curso de agua, de su cauce.

Por remisión al art. 235 CCyC, no se adquiere por aluvión el dominio de los incrementos producidos en las costas del mar o de los ríos navegables, pues pertenecen al Estado.

2.2. Cauce del río

Siguiendo con el temperamento asumido por la anterior regulación, no se adquieren por "aluvión" las arenas o fango que forman parte del mismo río o, más precisamente, del lecho del río que se extiende hasta *"las más altas aguas en su estado normal"*.

2.3. Avulsión

El caso de la avulsión se distingue del aluvión por el hecho de que el incremento (brusco del agua o por otra obra de la naturaleza) es súbito.

La conclusión, al igual que el caso anterior enmarcado en los supuestos de accesión en los inmuebles ribereños, es la de extender el dominio a los desprendimientos recibidos, aunque subsiste la posibilidad de reivindicar lo perdido por el propietario que lo perdió, si la adherencia no es naturalmente definitiva. Se establece, en este caso, un supuesto de prescripción adquisitiva con plazo diferencial, que es de 6 meses.

2.4. Construcción, siembra y plantación

Este modo de acrecentamiento no es obra de la naturaleza, sino de la acción del hombre. No debe perderse de vista que, por virtud del principio en el que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, las adherencias que reciba el inmueble, pertenecen al dueño del fundo.

El contenido del art. 1962 CCyC, exige los siguientes desgloses. La construcción, siembra o plantación puede hacerse con materiales ajenos por parte de:

a. el dueño del inmueble donde se lo hace —debería el valor y/o los daños—; o
b. por un tercero.

A su vez, uno y otro puede haber obrado con buena o mala fe. También puede suceder que los materiales sean propios del tercero que realiza la obra.

ARTÍCULO 1963.- ***Invasión de inmueble colindante.*** *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.

1. Introducción

Esta norma prevé el régimen aplicable para las construcciones que se hacen avanzando en el predio vecino. Concibe el caso de invasión parcial, pues la total autorizaría sin más una acción real. Pero, cabe destacar, la regulación considera a las construcciones que se inician en el predio del constructor. Una lisa y llana construcción en el predio vecino se encuentra fuera de su alcance. La solución legislativa solo es concebible en el marco de los modos en que se adquiere el dominio, lo que fue regulado en la Sección Accesión de cosas inmuebles junto al aluvión; la avulsión; y la construcción, siembra y plantación.

2. Interpretación

2.1. Invasor de buena fe

Un análisis del precepto permite discurrir dos alternativas, según la buena o mala fe del constructor. Considerando que la obra se realiza con invasión en el predio del colindante, aquello que primero se impone es mensurar la actitud del invadido.

A tal fin cabe recordar el vecino que cuenta con remedios procesales concretos, como los interdictos, para impedir la continuidad de la obra. El interdicto de obra nueva, contemplado por el Código Procesal Civil y Comercial, viabiliza las medidas contra las construcciones.

En concreto, el remedio prescripto por el art. 619 CPCCN, refiere al supuesto en el que la *"se hubiere comenzado una obra que afectare a un inmueble"*. Dicho precepto no precisa si la obra se realiza en el predio del afectado o en el del vecino, por lo que entendemos que su promoción torna visible la oposición.

Aun así no dejamos de advertir que, al proponer el art. 1963 CCyC la oposición inmediata, ella estaría cumplida con la mera intimación fehaciente, a cesar en la construcción. Sin embargo, las bondades del remedio procesal se aprecian evidentes, si se observa que la suspensión sea ordenada judicialmente (arg. art. 619 CPCCN).

Ante el silencio del vecino cuando supo o haya podido saber de la obra, nace el derecho a que el dueño del predio invadido, respete lo construido, constituyendo ello la adquisición consecuente por parte del invasor. Mas para ello, es necesario que el obrar de este último sea de buena fe, la que se presume, obviamente, en el marco de un error excusable.

2.2. Indemnización por la franja del predio perdida

Presentada tal situación, el dueño del terreno invadido se encuentra legitimado a exigir una indemnización por la franja del predio perdida. El artículo da dos opciones que son:

a. reclamar la adquisición total —que trataremos abajo—; y
b. la disminución del valor de la parte no invadida.

2.3. Invasor de mala fe

El precepto cierra con una solución, en caso de mala fe del invasor. En este supuesto, en tanto concurra la mala fe junto con la oposición inmediata de la invasión, acuerdan la posibilidad de solicitar la demolición.

2.4. Opción de su adquisición total

Entre las posibilidades que brinda el precepto, se concede al dueño invadido la posibilidad de 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.

2.5. Demolición de lo construido

Tanto en el *in fine* del segundo párrafo, como en el tercero (supuestos de buena y mala fe del invasor), la norma utiliza el potencial "puede". Precisamente refiere a que *"puede ser obligado a demoler"* o *"puede rechazar la petición"*. Es claro que la solución de la destrucción de lo construido responde, caso por caso, a las circunstancias que, evaluadas, permitirán al magistrado a autorizar o no la demolición que se pide.

CAPÍTULO 3
Dominio imperfecto

ARTÍCULO 1964.- ***Supuestos de dominio imperfecto.*** *Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado. El dominio revocable se rige por los artículos de este Capítulo, el fiduciario por lo previsto*

en las normas del Capítulo 31, Título IV del Libro Tercero, y el desmembrado queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava.

La clasificación del dominio en perfecto e imperfecto fue tratada al considerar sucesivamente el dominio perfecto (art. 1941 CCyC) y al describir los supuestos de dominio imperfecto (art. 1946 CCyC). Nos remitimos a la lectura de los respectivos comentarios, no sin antes advertir que, por imposición del art. 1702 CCyC, se estableció que son aplicables al dominio fiduciario las normas que rigen los derechos reales en general y, en particular, el dominio, previstas en los Títulos I y III del Libro Cuarto del Código.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos útil consignar que el tratamiento del dominio fiduciario, hubiera sido conveniente hacerlo en este libro de derechos reales. No faltan razones para así sostenerlo, desde que la figura participa, con su regulación específica, de los efectos propios del dominio imperfecto tratado en este Capítulo.

ARTÍCULO 1965.- ***Dominio revocable.*** *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.

1. Introducción

El dominio revocable, también conocido como resoluble, es una especie de dominio imperfecto dado que, al igual que el dominio fiduciario, su duración —y por ende su carácter de perpetuo— se encuentra afectada.

2. Interpretación

El derecho del titular de dominio está sujeto al acaecimiento de un hecho incierto (condición resolutoria) o al vencimiento de un plazo, para el efecto de cesarlo. Al llegar a su término, esto es, al no tener el hasta entonces titular de dominio revocable más derecho de propiedad sobre la cosa, se materializa por imposición de la figura, el deber de entregarla a su dueño, que no es otro que aquel que la transmitió, sujeto a esta conclusión.

De la descripción realizada del dominio revocable se desprende que, para la constitución del supuesto, se requiere la intervención de un propietario o titular de dominio pleno que, por la naturaleza del acto o por el pacto resolutorio acordado, transmite el derecho de dominio con la particularidad de su vencimiento.

Los casos de dominio revocable contemplados por la norma son dos:

a. el que es revocable a voluntad del que lo ha transmitido; y
b. el que lo es por una causa proveniente de su título.

La distinción, como se advierte, toma en cuenta la causa de la revocación.

La diferencia del dominio revocable con el fiduciario, ambas especies del dominio imperfecto, radica en que en el primero, vencido el plazo o verificada la condición, la cosa es devuelta al anterior dueño. En el segundo, puede ser entregada al fideicomisario, al beneficiario o al fiduciario, según lo que se haya pactado en el contrato respectivo.

A ello cabe agregar que en el CCyC, al reglar las disposiciones comunes en materia de fideicomiso, el régimen impuso un plazo máximo que es el de treinta años desde celebrado el contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción de su capacidad, o su muerte.

Otra diferenciación útil para conocer los perfiles de este supuesto de dominio imperfecto, lleva a distinguir del caso en el que se tiene una cosa en virtud de un título nulo. Es que frente a un acto nulo (art. 386 CCyC y ss.), una vez dictada sentencia que así lo reconozca, los derechos sobre la cosa que debe ser restituida, no lo fueron a título de dominio revocable. En esta hipótesis no hubo, en principio, transmisión alguna de derecho. A su vez, de verificarse el supuesto en el existió una transmisión a *non domino*, descartada la hipótesis de considerarlo un acto nulo (arg. art. 392 CCyC) tampoco habría dominio revocable, pues, admitida la reivindicación, ella procedería sobre la base de considerar al título, como uno inexistente.

El derecho del titular de dominio está sujeto al acaecimiento de un hecho incierto (condición resolutoria) o al vencimiento de un plazo, para el efecto de cesar. Al cesar, esto es, al no tener el hasta entonces titular de dominio revocable más derecho de propiedad sobre la cosa, se materializa por imposición de la figura, el deber de entregarla a su dueño, esto es, a aquel que la transmitió, sujeto a esta conclusión.

El artículo aclara que la condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. En un caso, la condición es expresa y en la otra, implícita.

De la descripción del dominio revocable se desprende que, para la constitución del supuesto, se requiere la intervención de un propietario o titular de dominio pleno que, por la naturaleza del acto o por el pacto resolutorio acordado, transmite el derecho de dominio con la particularidad de su vencimiento.

Por lo demás, el artículo prescribe un plazo máximo dentro del cual debe cumplirse la condición —si ella fuera impuesta por acuerdo de las partes— que es de diez años. Vencido, transformarán al dominio en uno perfecto automáticamente.

El plazo se cuenta desde que se hizo tradición del bien, lo cual supone remitirlo a la fecha del título. En rigor, la cuestión de la fecha desde la que —ahora sí— habrá de encontrarse el hito resolutorio de los 10 años, puede diferir con el de la tradición.

Podría ocurrir que la posesión sea anterior. Sin embargo, el CCyC se apoya en el título, considerando que la posesión anterior no daría titularidad de derecho por incompletitud del primer segmento del traspaso: la causa jurídica de transmisión de la cosa. Razón por la que parece acertado exigir el título.

ARTÍCULO 1966.- ***Facultades.*** ***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.***

1. Introducción

El precepto enuncia el principio general en cuya virtud, al resultar el titular de dominio revocable en definitiva de un titular de dominio, goza de las mismas facultades y prerrogativas que tienen los de la misma especie. Sin embargo, y aquí la cuestión empieza a revestir interés, particulariza los efectos de los actos jurídicos que realizara en ejercicio de este derecho.

2. Interpretación

Aun cuando se trate de una modalidad del dominio (el ser revocable), las facultades concedidas por la ley a su titular son las de todo propietario. Por tal motivo, no está impedido el titular de realizar actos jurídicos de disposición y administración de la cosa. Una solución distinta importaría el contrasentido: considerarlo un dominio y reconocerle facultades distintas a la de su especie. En razón de ello, puede enajenarlo, gravarlo con derechos reales de garantía, puede darlo en locación, comodato, etc.

En rigor, la cuestión interesa en punto a los efectos que habrán de acaecer al cumplirse la condición resolutoria o la causal que imponga la restitución de la cosa. Tratándose de derechos reales registrables, es claro que el derecho del titular, y en especial su alcance, no puede ser desconocido por terceros. En los artículos que siguen, se desarrollan las vicisitudes de la limitación temporal de este derecho real.

El precepto que sigue admite la excepción del pacto en contrario, sin perjuicio que, por mandato del art. 348 CCyC, los actos de administración subsistirán (tal el caso de la locación) y los frutos quedarán a favor de la parte que los ha percibido, mientras que los pendientes de recoger, pasarán a integrar el derecho del primitivo y ahora, nuevo titular (tal es el caso de los alquileres).

ARTÍCULO 1967.- ***Efecto de la revocación.*** *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.

1. Introducción

La regulación de los efectos de la revocación se estructura sobre la base de si la cosa es registrable o no. Ello tiene su causa en el conocimiento que puede tener de la misma el adquirente o constituyente de derechos reales o personales.

2. Interpretación

Los efectos de la revocación, anunciados ya desde el art. 1966 CCyC, se retrotraen a la fecha en que se adquirió el dominio en tales condiciones. Dijimos arriba, y vale reiterarlo, existiendo un dominio sujeto a permanecer por un tiempo, es de toda lógica que quien contrate con el titular del dominio revocable no puede ampararse en su condición de tercero para seguir ejerciendo un derecho aún después de la extinción de aquel de quien lo tuvo.

En torno al precepto que explicamos, se abordan los efectos considerando "*si la cosa es registrable o no*" y, al mismo tiempo, se admite la excepción a la que aludimos arriba: las partes en el título o la ley pueden admitir que los actos jurídicos realizados por

el dueño del dominio revocable continúen, sigan vigentes, llegado a su fin el dominio imperfecto.

De manera que, integrando ambas opciones se tiene que:

a. si la cosa es registrable y existe pacto en el sentido que aludimos, la revocación no tendrá efectos retroactivos;
b. si la cosa no es registrable (solo posible respecto de muebles) la revocación no le será, con excepción del caso en el que quien tenga obligación personal de restituirla, sea de mala fe.

La prueba de esta última circunstancia recae en el tercero que pretende conservar los derechos reales o personales en la cosa, aún extinguido el dominio de quien la tuvo.

ARTÍCULO 1968.- ***Readquisición del dominio perfecto.*** ***Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable 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.***

1. Introducción

En tanto el efecto retroactivo, que se verifica al cumplirse la condición o plazo resolutorio, importa la restitución de la cosa al revocante, es de lógica factura la regulación que propone esta norma en torno a que —producida la revocación—, se produce la readquisición del dominio perfecto.

2. Interpretación

Una vez cumplido el plazo o la condición, atento a la extinción del dominio para quien lo tenía imperfecto, su anterior propietario lo readquiere, sin materializar acto alguno para recuperar la posesión entregada. De manera que, cabe adelantar, la readquisición del dominio por parte del revocante, no requiere la tradición de la cosa.

En este punto la ley fija un supuesto de modificación automática de la relación real ejercida por el propietario imperfecto, quien pasa por imposición legal de poseedor a tenedor, representante del titular de dominio que lo readquiere.

Es lo que se conoce como "*constituto posesorio*", en razón del cual, el cambio de la relación de poder es posible sin traspaso de la cosa.

Aun así no puede inferirse de la aplicación de este precepto que, convertido nuevamente en poseedor de la cosa, poseedor legítimo si se quiere, readquiera el dominio perfecto. Ello pues puede ocurrir que el titular del dominio imperfecto, haya constituido derechos reales sobre ella, privándolo —ahora si— por otra causa, de la perfección de aquel.

Mas esta cuestión se explica en el campo fáctico (el de las relaciones de poder), y en tanto la cosa sobre la que recae el dominio revocable no sea de aquellas cuya inscripción registral fuere constitutiva, pues de lo contrario, manda la normativa especial (por ejemplo, los automotores).

Expuesto ello, recuérdese respecto de estos últimos, recién podrá entenderse que existe dominio a favor del anterior propietario, cuando consolide la inscripción registral

respectiva. Aun así, y para las cosas que tienen su registración declarativa (por ejemplo, los inmuebles), para que la readquisición que juzga la norma en estudio sea oponible a terceros interesados de buena fe, será necesaria, además, la inscripción registral.

ARTÍCULO 1969.- ***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.*

1. Introducción

El presente precepto se relaciona con lo normado por el art. 1967 CCyC. Aun cuando constituye su reiteración, desarrollaremos brevemente las hipótesis que comprende.

2. Interpretación

Los efectos de la revocación, anunciados ya desde el art. 1966 CCyC, se retrotraen a la fecha en que se adquirió el dominio en tales condiciones. Esta "vuelta atrás", en principio, borra los actos que hubiere efectuado su titular revocable.

Recuérdese en este punto lo prescripto por el art. 348 CCyC, en cuanto al cumplimiento de una condición (obliga a las partes a entregarse o restituirse recíprocamente las prestaciones convenidas) y del efecto retroactivo (en su caso, entrega recíproca de los que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto).

Cuando se produce el efecto retroactivo, el dueño anterior readquiere el dominio "perfecto", esto es, libre de los gravámenes que hubiera impuesto al dueño revocable. En caso de no ser retroactivo el efecto, los actos jurídicos deben ser respetados.

Es claro que el contenido del art. 1969 CCyC parece no avanzar sobre lo dicho en el art. 1967 CCyC, desde que el efecto de la revocación depende del efecto acordado o no a la retroactividad. Ello lleva a pensar que, para el caso en el que los actos de disposición no sean retroactivos, una vez dispuesta la cosa a favor de un tercero, ella no debería ser restituida al titular revocante.

CAPÍTULO 4
Límites al dominio

ARTÍCULO 1970.- ***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.

1. Introducción

Que el art. 17 CN garantice la propiedad no significa que ese derecho —como los demás reconocidos— no tenga sino que ser gozado "*conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*" (art. 14 CN). En este sentido, desde antiguo, la Corte Federal ha señalado que

ni el derecho de usar y disponer de la propiedad ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución tiene carácter absoluto.(12)

Por cierto, esas leyes reglamentarias no pueden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en el art. 28 de la Carta Magna. Al respecto se ha señalado que, cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos, ni les niega su propiedad, y solo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad, no lesiona el derecho de propiedad.(13)

Este tipo de decisiones, especialmente las dictadas con motivo de graves crisis económicas, no han venido sino a remarcar la idea de que el dominio no está exento de límites. Por ello y sin dejar de ser un derecho real absoluto, cabe remarcar que se encuentra condicionado por una gran cantidad de normas, no solo del Código sino también de otros ordenamientos, incluso locales, que ponen un coto a las facultades de su titular.

2. Interpretación

De lo que se trata, en definitiva, es de adaptar la propiedad privada para que pueda cumplir sus fines individuales y sociales, armonizando —de ese modo— con los requerimientos del interés general. En pos de esa finalidad se la somete a una serie de limitaciones en miras a la conveniencia y al interés superior de la sociedad.

Las limitaciones al dominio pueden imponerse teniendo en cuenta un fin o interés público o privado. Las primeras se fundan exclusivamente en razones de interés público. En las segundas predomina el interés privado, pero también se halla presente el interés público. De ahí que el artículo disponga que las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo y no por el derecho civil, lo que justifica que las restricciones que han sido impuestas, teniendo en cuenta el interés público y el privado, sean regidas por el Código (art. 1973 CCyC y ss.).

Las restricciones administrativas son generales porque rigen para todos los propietarios en igualdad de condiciones, para la comunidad o, al menos, para un sector de ella. Son además permanentes, imprescriptibles, no susceptibles de caducidad y obligatorias, pues es el Estado el que impone al administrado el cumplimiento de una determinada conducta negativa o positiva. Son ilimitadas y variadas en su número y clase, y no dan causa a indemnización alguna en caso de resultar aplicables.

Debe comprenderse que, en lo pertinente, estas limitaciones son aplicables a todos los derechos de propiedad que se ejercen por la posesión. Así visto el asunto, pueden encontrarse normas impuestas en el interés de la comunidad, de las que se encarga el derecho administrativo, siendo un ejemplo de ello los códigos de edificación. Estas normas administrativas pueden tener carácter general o local. En lo que sigue de este capítulo, se cuentan otras limitaciones al dominio, ya no dispuestas por el derecho administrativo en interés de la comunidad en general, sino en interés de los vecinos.

(12) CSJN, "Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta", 28/04/1922, Fallos: 136:170.

(13) CSJN, "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía —Banco Central—", 27/12/1990, Fallos: 313:1513.

ARTÍCULO 1971.- ***Daño no indemnizable.*** *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.*

1. Introducción

Siendo el derecho de propiedad concebido dentro de los "límites" a los que se refieren las normas administrativas y las que se siguen de este capítulo, la restricción que padece el titular no es indemnizable, puesto que así, en ese marco, es que tiene su derecho.

2. Interpretación

Dos son las cuestiones que pueden puntualizarse para desbrozar el contenido de este precepto. Ambas, en rigor, constituyen interrogantes que pueden formulársele a la norma.

El primero se vincula con el sujeto a quien va dirigido el precepto. Pues bien, en este punto parece claro que el sujeto al que la norma implícitamente refiere, es al propietario.

Este ve su derecho contenido en el marco legal que ha sido autorizado y, pudiendo hacer con la cosa cuanto fuere su interés, tiene diversos deberes que cumplir, los que no trasuntan una obligación de no hacer. En efecto, si se observa la estructura del derecho real definida en el art. 1882 CCyC, se colegirá que el poder jurídico se agota en la cosa, sin que se admitan sujetos deudores en la relación que, también se explicó, es directa e inmediata con el objeto.

El segundo interrogante se relaciona con la facción por parte de un propietario, de trabajos y obras permitidos. Es que, si bien el dueño de un inmueble puede hacer en él todos los trabajos y obras que estime necesarios a fin de maximizar su uso y goce, tal posibilidad encuentra un límite cuando, a través de ellos, se derivare un "perjuicio positivo" o un "ataque" al derecho de propiedad del vecino, en cuyo caso no están permitidos.

Por el contrario, las obras y trabajos que privaren a los vecinos de las "ventajas" que hasta entonces gozaban (por ejemplo, la elevación de un edificio que los privase del sol o disminuyese la luz, ver nota del codificador al artículo), no les da derecho a indemnización alguna.

Cuando el precepto alude a la actividad del hombre "agravando" el perjuicio, debe verse un hecho ilícito —el exceso del obrar de un tercero— que justificaría, en tal caso, el reclamo de daños. Se ha sostenido en sentido análogo y con la anterior regulación que *"Resulta procedente el reclamo por daños causados al actor por el levantamiento en el predio vecino, de un edificio cuya altura excede el máximo reglamentariamente previsto, afectando gravemente la privacidad, asoleamiento e intimidad de la vivienda, en base, por un lado a la repercusión de la modificación del art. 2514 del CC (Ley 17.711) sobre el régimen del art. 2620 y concordantes del Cód. Civil, y por otro, a los alcances de aquellos preceptos legales ante las de construcciones violatorias de los reglamentos de edificación".*(14)

ARTÍCULO 1972.- ***Cláusulas de inenajenabilidad.*** *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.*

(14) Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué. CSJN, "Hernández, Jorge Omar c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 10/02/1987.

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.

1. Introducción

Las cláusulas de inenajenabilidad constituyen una limitación excepcional a las facultades del titular de dominio. Ello así, y de tal grado, que no ha sido admitida la imposibilidad absoluta de enajenar, pues ello constituiría una privación de lo que es la naturaleza del derecho de propiedad.

No puede dejar de meritarse que una prohibición de este tenor pondría en riesgo a la propia estructura del derecho convirtiendo al objeto en uno sin valor económico y fuera del comercio. Es en este entendimiento que los casos a los que se refiere el precepto establecen plazos máximos.

2. Interpretación

El dueño puede disponer jurídicamente de la cosa de la que es titular. Puede hacerlo a título oneroso o gratuito, por actos entre vivos o "*mortis causa*"; puede gravarla o abandonarla; puede incluso no hacer nada de ello, y en todos los casos esas diferentes posibilidades no son sino consecuencia de la prerrogativa que le concede el CCyC.

Como consecuencia de ello, resulta claro que una prohibición de enajenar o, como dice la norma, de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella determinados derechos reales, es de ningún valor.

Según dijimos el CCyC declara anticipadamente que semejante cláusula es nula, la que por manifiesta —atento lo categórico y expreso de la ineficacia—, podría incluso ser declarada de oficio. Es que siendo la facultad de enajenar de orden público, toda limitación en este orden debe interpretarse restrictivamente, pues traba la circulación de los bienes con el consiguiente perjuicio al interés general. Y si, no obstante haberse obligado de ese modo —o impuesto tal obligación al adquirente—, la cosa fuere enajenada, tal transmisión sería válida.

Sin embargo, dentro de esta primera hipótesis, el precepto reconoce validez a las cláusulas que se refieran a la imposibilidad de enajenar cuando se contempla que ello lo sea respecto de persona o personas determinadas. De manera pues, la cláusula de inenajenabilidad en el caso, resulta legal y su cumplimiento exigible.

Dicho lo anterior, puede sintetizarse el precepto diciendo que las del caso son admitidas en la medida en que:

a. provengan de actos de adquisición a título oneroso;
b. refieren a una o más personas individualizadas;
c. provengan de actos a título gratuito; y
d. no superen los 10 años.

En todos los casos, las cláusulas —que son admisibles como una condición del acto de transmisión y no cuando la cosa ya está adquirida— no pueden superar el término de 10 años, so pena de quedar reducidas a ese término. Aun así son renovables de manera expresa por otro lapso con idéntico plazo máximo.

En último término, puede apuntarse que la "*sustitución fideicomisaria*" a la que se refiere el artículo, constituye un supuesto en el que por vía testamentaria se designa anticipadamente quién heredará al heredero, lo cual, por sustituir a la ley más allá de lo permitido, tampoco podría cumplirse a través de una cláusula como la aquí autorizada.

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.

1. Introducción

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente que fue celebrada en Estocolmo en 1972, se incrementó la conciencia mundial acerca de las responsabilidades gubernamentales y de los deberes personales y sociales sobre la preservación y progreso de la calidad ambiental para las generaciones presentes y las futuras. La Conferencia declaró formalmente el derecho humano a un ambiente adecuado para vivir dignamente y con bienestar y el consecuente deber de protegerlo y mejorarlo.

Nuestra evolución constitucional y convencional no ha permanecido ajena a esta palpable realidad. Así, la Convención Constituyente de 1994 estableció que *"todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley."* (art. 41, párr. 1, CN). A su vez, el art. 43 CN —que prevé la acción de amparo— dispone que *"podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*. Finalmente, el derecho a la preservación del medio ambiente también se encuentra reconocido en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en otros tratados y documentos internacionales con jerarquía superior a las leyes.

(*) Comentario al art. 1973 elaborado por Gabriela A. Iturbide.

Ahora bien, sin perjuicio de la obligación de recomponer, cabe tener en cuenta que el moderno derecho de daños pone el acento en la prevención más que en la reparación. La función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos, complementando de manera idónea las tradicionales vías resarcitorias. El Proyecto de Código Civil de 1998 dedicaba el art. 1585 a establecer el deber de prevenir el daño evitando causarlo, adoptando de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar su producción o disminuir su magnitud, y no agravarlo cuando ya se ha producido. El CCyC sigue esa línea al referirse a la prevención del daño como una función de la responsabilidad en el art. 1708, y al consagrar en los arts. 1710, 1711, 1712 y 1713 el deber de prevención del daño y la acción preventiva, aclarando quiénes se encuentran legitimados para reclamar y los alcances de la sentencia.

Hacemos referencia a ello porque precisamente, en cuanto a las vías preventivas tendientes a evitar el llamado daño ambiental, y sin perjuicio de la responsabilidad que en este ámbito le incumbe al Estado, con anterioridad al dictado de la Ley General del Ambiente 25.675 se acudió frecuentemente al art. 2618 CC, cuya redacción es muy similar a la del artículo que comentamos.

2. Interpretación

2.1. El artículo 2618 en el Código Civil de Vélez Sarsfield

Desde su entrada en vigencia en el año 1871, nuestro Código Civil se ocupaba en su art. 2618 de las relaciones de vecindad y la llamada "normal tolerancia entre vecinos": *"El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad o continuidad viene a ser intolerable para ellos, y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad"*. La disposición debía complementarse con la del derogado artículo 2619, que decía*: "Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos, mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran"*.

Ambas normas se hallaban incluidas en el Título VI, De las restricciones y límites del dominio del Libro III De los Derechos Reales y contaban con una fuerte influencia de los autores franceses Charles Demolombe, Charles Aubry y Fréderic Charles Rau.

2.1.1. El artículo 2618 del Código de Vélez Sársfield reformado por la ley 17.711

La ley 17.711, sancionada en 1968, reformó el antiguo artículo 2618 que quedó redactado de la siguiente manera: *"Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso.*

El juicio tramitará sumariamente".

El artículo reformado por la ley 17.711 contemplaba las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares, por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos que exceden la normal tolerancia.

El legislador de 1968 se hizo eco así de la tendencia que adoptada un criterio amplio y tomó como referente el art. 844 del Código Civil italiano de 1942.

2.2. El artículo 1973 CCyC

El artículo que comentamos reproduce sustancialmente el texto del antiguo art. 2618 transcripto en el párrafo anterior, aunque no se refiere a la directiva de índole procesal que contenía su antecesor.

Las molestias previstas en la norma se conocen comúnmente como inmisiones inmateriales y la manera más sencilla de explicarlas es compararlas con las intromisiones materiales.

En nuestra opinión, podrían considerarse intromisiones materiales las ramas del árbol del inmueble contiguo que sobrepasan el límite de colindancia, los aleros que invaden el espacio aéreo ajeno, el goteraje del techo del vecino, las aguas servidas que se escurren desde su terreno, y aun la construcción del muro medianero fuera de la propiedad colindante. En todos estos casos se introducen al inmueble colindante o contiguo elementos que son inmuebles por su naturaleza. Entendemos que estas invasiones no deben ser soportadas en ninguna medida, salvo un título que las autorice.

En cambio, la inmisión es inmaterial cuando no ocupa de manera estable el fundo vecino mediante la introducción de elementos inmobiliarios propios. El humo, calor, olor o exhalaciones en general, ruidos, vibraciones, etc., entran en la categoría de inmisiones inmateriales porque son generalmente intangibles. La limitación establecida al derecho de dominio impone el deber de soportarlas mientras no excedan la normal tolerancia, y se diferencian de las denominadas injerencias negativas, porque estas últimas consisten en la privación de ventajas que antes tenía un determinado inmueble, por ejemplo, la sombra que provoca la altura de una nueva construcción sobre el inmueble colindante o la humedad que tiene origen en este. Este tipo de hechos pueden ocasionar un deterioro en el valor económico de un inmueble, pero la reparación no se encuentra contemplada por la norma que comentamos. Si bien la distinción no surgía del antiguo artículo 2618, se entendía que, cuando la norma se refería a "daños similares", se circunscribía a algún daño análogo al que produciría el humo, ruido, olor, calor, etc., del inmueble vecino, por lo que cabía concluir en que las causas determinantes de las molestias mencionadas en la norma no eran taxativas. Los jueces, entonces, podían aplicar las sanciones previstas a otro tipo de perturbaciones, siempre que ocasionaran "daños similares".

Ahora bien, la modificación del art. 2618 CC y que se mantiene con el texto del art. 1973, resolvió tres problemas esenciales que traía la disposición originaria de Vélez: la aplicación del precepto únicamente a ruidos y no a otras molestias; el requisito de que provinieran de actividad industrial; y la potestad del magistrado de condenar por daños y perjuicios, mas no la de hacer cesar la molestia. La doctrina ya había intentado atender estas limitaciones, incluyendo más inmisiones molestas como humo, hollín, gases, trepidaciones, grietas y rajaduras producidas en edificios vecinos o bien ampliando la legitimación pasiva frente a molestias derivadas del tránsito de trenes, teatros, escuelas, casas de tolerancia, hospitales de enfermos contagiosos, entre otros.

El texto del nuevo art. 1973 prevé no solo los ruidos molestos sino también lo que se conoce como inmisiones inmateriales (intangibles). La enumeración no representa un catálogo cerrado de aquéllas, sino que resulta de carácter meramente enunciativo o ilustrativo, como pacíficamente lo entendió la doctrina y la jurisprudencia al interpretar los alcances del antiguo art. 2618.

La actividad a la que se refiere el art. 1973 CCyC no se circunscribe solo a la industrial, sino que también puede ser comercial, civil, o proveniente de una persona de carácter público. En esos casos, la eventual autorización administrativa que pudiere haber obtenido el establecimiento industrial respecto del cual se demuestre que provoca actividad contaminante no obstaría a que se disponga la cesación de las molestias y/o la indemnización de los daños que se hubieren demostrado, desde que los requisitos administrativos pueden no tener objetivos similares a los de la jurisdicción civil o penal.

En los repertorios de jurisprudencia se encuentran fallos que han aplicado las directivas del antiguo art. 2618 CC, antecedente del actual 1973 CCyC, tanto para solucionar los problemas vecinales ordinarios, como para la reparación del más grave daño ambiental con trascendencia sobre la salud y otros bienes del género humano. No obstante, se ha considerado que la problemática medioambiental excede el marco de las restricciones y límites al dominio, ya que el medio ambiente es un bien más vasto que la vecindad. Es por ello que encontramos en la doctrina un criterio estricto que sostiene que la reparación del daño ambiental urbano se inscribe en el marco de los derechos de tercera generación; el medio ambiente es un bien jurídico colectivo, por lo que son insuficientes las normas de derecho privado. Solo excepcionalmente, ante el vacío legislativo, se podría acudir a estos preceptos. Otra tesis, en cambio, interpreta con amplitud la directiva legal y considera que comprende no solo la plenitud del dominio, sino también la vida de relación, la tranquilidad familiar, el descanso, el sosiego, el confort, la salud y el medio ambiente.

2.2.1. Legitimación activa individual y legitimación colectiva

Como correlato de lo que hasta aquí hemos dicho, al momento de determinar la legitimación activa de la acción fundada en el art. 1973, no solo debe tenerse en cuenta el caso del vecino afectado individualmente, sino también el conflicto que genera el daño ambiental y que compromete el desarrollo de las futuras generaciones. En este último caso, el bien jurídico tutelado resultaría el ambiente sano, y no es individual la amenaza o el perjuicio a titulares de derechos humanos como la vida, la salud y el medio ambiente, todos ellos con rango constitucional.

En este punto resulta esencial tener en consideración no solo al art. 43 CN sino también a la Ley 25.675 General de Ambiente, que es de orden público y consagra los principios de congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad, cooperación y de información, y define al daño ambiental como "*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*" (art. 27); otorgando legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado a "*el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción*" (art. 30).

Reiteramos que el medio ambiente no es un bien particular sino que pertenece a todos, constituyendo un típico caso de interés difuso; de allí, la múltiple legitimación señalada para la acción tendiente a su recomposición.

Con anterioridad a la sanción de la ley 25.675, frente a una situación de daño al ambiente, el damnificado contaba, desde el punto de vista civil, con la acción específica del antiguo art. 2618 y la acción genérica del antiguo art. 1113, párr. 2, CC; y desde el punto de vista

constitucional, con la acción de amparo colectivo del art. 43 CN. Aún con la primera de las normas, típicamente encuadrada en el marco de las limitaciones y restricciones al dominio, se reconoció que en presencia de una instalación industrial que procese elementos cuyos desechos, efluentes o efluvios puedan ser contaminantes del medio ambiente, ante el solo peligro de que ello se produzca, cualquier vecino, o no, que se halle expuesto a sufrir el perjuicio, podía ejercer la acción denunciando los hechos al juez. Así, a modo de ejemplo se decidió que, al poner la actividad contaminante en situación de riesgo la salud de los actores y vecinos aledaños, se borraba el condicionamiento o límite que el art. 2618 CC procuraba establecer con el criterio de la normal tolerancia, desde que no es tolerable la puesta en peligro de la salud o la vida de los habitantes de nuestro país.

Con todo, debe tenerse en consideración la diferente naturaleza de las acciones que se originaban: real la que surgía del art. 2618 CC, personal la basada en el art. 1113 CC, y colectiva la prevista en el art. 43 CN. Las dos primeras eran asociadas por la mayoría de la doctrina al daño individual, que se liquida a favor de la persona dañada y la indemnización ingresa a su patrimonio, que tiene por finalidad el resarcimiento particular y en las que la legitimación activa es también individual. En cambio, la legitimación para demandar ante un daño de incidencia colectiva —que repercute de manera difusa en el derecho a la salud, a la vida y al ambiente sano— es amplia, y el destino de la eventual condena es el Fondo de Compensación Ambiental. En efecto, a partir de la Ley 25.675 General de Ambiente (2002), se concede a los legitimados por ella una acción de recomposición del ambiente o su indemnización sustitutiva destinada al Fondo de Compensación Ambiental.

Finalmente, en lo que se refiere al legitimado pasivo, cabe señalar que es aquel que provoca las molestias o genera el daño en cuestión. Como la acción deriva de la vecindad propiamente dicha y no de la propiedad, aquella se tiene contra el que ejerce la actividad molesta, sea o no el propietario.

En los casos en que el daño proviniese del riesgo o vicio del inmueble, responderían el titular actual del dominio y su guardián en forma concurrente (arts. 850, 851, 852, 1757, y 1758 CCyC).

La obligación de responder por los daños causados por las inmisiones inmateriales no se traslada al propietario posterior si él no continúa con las actividades que dan origen a estas molestias. En estos casos no cabe calificar a aquellas obligaciones como *propter rem*. Esta situación es similar a lo que acontece con las obligaciones de reparar los daños ocasionados por la construcción de un inmueble; la deuda por daños causados por una cosa inanimada recae sobre el dueño o guardián al momento de producirse el daño y, en principio, no se desplaza a los dueños o guardianes posteriores, por no ser *propter rem*.

También podría estar legitimada pasivamente la autoridad de control cuando su acción u omisión de algún modo hubiese contribuido causalmente en el resultado lesivo (art. 1726 CCyC).

2.2.2. Responsabilidad. Factor de atribución

Si bien han existido posiciones divergentes en la doctrina, compartimos la opinión de quienes entienden que la responsabilidad prevista por el antiguo art. 2618 CC y que se mantiene en el actual art. 1973 CCyC se funda en un factor objetivo, ajeno a la idea de culpa.

El factor objetivo de atribución de responsabilidad impone al actor la carga de probar la relación de causalidad y la existencia y magnitud de los daños, en el caso de que existieran.

Esta carga debe ser rigurosa, como una especie de compensación procesal equitativa, dado que el demandado no se libera probando su ausencia de culpa.

En cambio, si las molestias se originaran por una conducta dolosa o culposa del vecino —por ejemplo, se genera humo o ruido por la falta de mantenimiento o mal funcionamiento de una máquina— son aplicables las normas generales de la responsabilidad civil por actos ilícitos y, en tal caso, el criterio de la normal tolerancia no debe ser aplicado estrictamente (arg. arts. 1708, 1716, 1721, 1722, 1723 y 1724 CCyC).

2.2.3. Pautas o directivas dadas por el legislador al juez. La normal tolerancia

El art. 2618 CC los criterios valorativos que el juez debía utilizar a los efectos de decidir la magnitud de la respuesta frente a los conflictos que estas inmisiones suscitan.

La primera directiva radicaba en que las molestias no debían exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar; luego la norma indicaba que el juez debía contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo debería tener en cuenta la prioridad en el uso.

Se trataba de una norma "abierta" que el magistrado debía integrar en el caso concreto. Esta disposición era coherente con el espíritu de la ley 17.711, que reconocía gran protagonismo judicial en la solución de las controversias, atendiendo a las particularidades de cada caso.

Se partía de la premisa de que cualquiera que fuera la pauta que se adoptare, o la combinación de ellas, debían contemplarse de manera prudente y equilibrada los intereses de las partes en conflicto porque se hallan involucrados derechos consagrados constitucionalmente —trabajar y ejercer toda industria lícita, usar y disponer de su propiedad, entre otros—. De allí que la solución de este conflicto de derechos tuviera como gran protagonista al juez, cuya misión consistía en delimitar con justicia el ejercicio de todos los derechos que se encontraban en colisión.

Es así que el parámetro mayor impuesto por el legislador era —y lo sigue siendo con la redacción del art. 1973 CCyC —la "normal tolerancia". El problema consiste en determinar qué se entiende por normal tolerancia y cómo se mide lo que es normal.

Obviamente, la determinación de los límites mínimos de lo tolerable no es una cuestión matemática; se trata de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial. En consecuencia, definir rígidamente este estándar jurídico es una empresa imposible. No son igualmente tolerables o intolerables los ruidos que causa el vecino en el centro de la ciudad, en un barrio residencial y apacible, o en una zona industrial. Todas las particularidades fácticas deberían ser ponderadas objetivamente de acuerdo con las circunstancias del lugar, el uso regular de la propiedad, las exigencias de la producción (expresión que no debe entenderse referida exclusivamente a las actividades productivas de bienes o servicios sino que alcanza a las actividades sociales y recreativas), y la prioridad en el uso, sin dejar de lado el interés general, pauta que en el art. 1973 CCyC está mencionada en primer lugar, y que el art. 2618 CC no aparecía consignada expresamente, lo cual no implicaba, claro está, que el juez no debiera tener en cuenta el interés de la comunidad al momento de resolver el conflicto planteado. No obstante, debemos advertir en relación a la prioridad en el uso, que dista de ser una pauta absoluta, pues no siempre el primero en el tiempo tiene derecho a generar molestias, aunque el hecho de que la actividad se haya establecido antes tiende a morigerar los efectos de la sanción a aplicar.

En definitiva, consideramos que a efectos de precisar cuáles son las molestias que exceden la normal tolerancia entre vecinos y que no deben aceptarse como precio de la civilización moderna, es necesario formular un juicio de valor, y como tal, su determinación puede ser motivo de disquisiciones y críticas, en tanto constituye, reiteramos, una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial.

2.2.4. Daño indemnizable

El texto derogado del art. 2619 CC limitaba la reparación al "*perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran*". El art. 2618, en la redacción dada por la ley 17.711, no disponía ningún parámetro determinante de los rubros y valores indemnizables, respetando la apreciación que el juez realizara en cada caso particular, de modo tal que en la regulación quedaba comprendida la reparación de los perjuicios consistentes en haber soportado por varios años molestias que el afectado no tenía el deber de tolerar, así como en no haber podido disfrutar íntegramente de su derecho de dominio, pues el derecho de gozar importaba la facultad de obtener todos los provechos y ventajas que la cosa es capaz de brindar.

Entendemos, y así lo ha interpretado la jurisprudencia mayoritaria, que la reparación de los daños comprendía también al daño moral —en la actualidad se alude a las "consecuencias no patrimoniales" según las expresiones utilizadas por el art. 1741 CCyC— porque el artículo se refería genéricamente a los "daños", los que comprenden no solo los ocasionados al inmueble vecino sino también los sufridos en la propia persona del ocupante afectado.

El actual art. 1973 CCyC sigue la línea del antiguo art. 2618 CC al referirse solo a la "indemnización de los daños", de modo que en nuestra opinión resulta plenamente válida la interpretación que desarrollamos anteriormente en relación a los alcances de la indemnización de los daños contemplada en el mentado art. 2618.

2.2.5. Facultades del juez

El antiguo art. 2618 CC establecía que el juez podía disponer la indemnización de los daños o la cesación de las molestias. Cabe señalar que, como resulta de numerosos fallos, la cesación de las molestias no siempre implica la cesación de la actividad que genera las molestias, pues la condena puede consistir en tomar medidas para suprimir las molestias y, de este modo, poder continuar con la actividad.

La redacción del texto legal respecto a la aplicación de una u otra sanción dio lugar a distintas interpretaciones y es por ello que un sector mayoritario de la doctrina consideraba que era posible aplicarlas juntamente, en tanto que otro sector entendía que eran alternativas y que correspondía por ende imponer solo una de ellas. Nosotros nos inclinamos oportunamente por la postura amplia, porque estimamos que el juez tenía amplias facultades en virtud de las cuales podía decretar el cese de las molestias y, juntamente, la indemnización de los daños que provocara la actividad molesta. La reparación de los daños era posible no solo por la letra del artículo, sino también por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil. Esta era, por lo demás, la interpretación propuesta jurisprudencialmente en forma mayoritaria.

Ahora bien, en nuestra opinión, el nuevo art. 1973 CCyC es claro al prever que el juez puede disponer no solo la cesación de la molestia o la remoción de sus causas, sino también la indemnización de los daños, por lo que entendemos que ya no habrá margen para discusiones doctrinarias en torno a la posibilidad de disponer tanto la cesación de la molestia (o la remoción de las causas) como la indemnización del daño causado.

2.2.6. Importancia de la autorización administrativa

El antiguo art. 2618 CC disponía que la autorización dada por la Administración para el desarrollo de la actividad en el inmueble no constituía un obstáculo para la procedencia de las sanciones, y ello se mantiene en el actual art. 1973 CCyC.

Esta directiva, inspirada oportunamente en el derogado art. 2619 CC, se explica porque al momento de conceder la autorización previa para funcionar, el administrador carece de los elementos de juicios necesarios para determinar la existencia y, en su caso, la magnitud de los perjuicios que la actividad que se autoriza puede generar a los vecinos. Más aún, el otorgamiento de la autorización administrativa supone la inocuidad de la actividad que se va a desarrollar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antiguo, ha reconocido que la autorización administrativa no obliga al gobierno que la concedió, máxime si la suposición de la inocuidad de la actividad a desarrollar ha sido desvirtuada por los hechos. En fallos recientes, la jurisprudencia de los tribunales inferiores se expide en el mismo sentido y entiende que estas autorizaciones son condicionales en la medida en que la actividad desempeñada no sea dañosa.

2.2.7. Otras normas del CCyC vinculadas con el artículo comentado

El Título III del Libro Primero titulado De los bienes, consagra algunas normas que consideramos relevantes para la cuestión que aquí estamos analizando.

Es así que, en la Sección 3ª, Capítulo 1, denominada De los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva, el artículo 240, cuyo título es: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobres los bienes, prevé que: *"El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de las floras, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial."*

A su vez, el art. 14 CCyC dispone que se reconozcan derechos individuales y de incidencia colectiva, y que la ley no ampare el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. El mencionado artículo está ubicado en el Capítulo 3 del Título Preliminar. Su utilidad ha sido reafirmada no solo en los "Fundamentos del Anteproyecto" que ha sido elaborado por la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci, sino también en el artículo escrito por Lorenzetti, titulado "Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación".(15)

En cuanto a la función preventiva de la responsabilidad civil, reiteramos que el art. 1710 CCyC prevé que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado, y adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, y por último, no agravar el daño, si éste ya se produjo. El art. 1711 CCyC establece que la acción preventiva

(15) Lorenzetti, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Jurídica La Ley*, 23 de abril de 2012.

procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Están legitimados para promover la acción quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (arg. art. 1712 CCyC). La sentencia que admita la acción preventiva deberá disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, y debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de los medios más idóneos para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (conf arg. art. 1713 CCyC).

2.3. Conclusión

Como corolario de todo lo que hasta aquí hemos dicho, puede sostenerse que la acción que mejor se adapta a la situación en la que resulta afectado un vecino es aquella derivada del art. 1973 CCyC que analizamos, la cual, además, del cese de la inmisión, permite percibir una indemnización por los daños sufridos a raíz de tal inmisión. No se trata de una simple norma más de derecho de daños o de responsabilidad civil, sino que se erige en una verdadera regla protectora de la salud y del medio ambiente. Y resulta coherente con la directiva de desarrollo sustentable o sostenible —entendido como el que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad para que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades—, fundamental cuando se confiere al precepto en cuestión la amplitud interpretativa necesaria para contener el daño ambiental.

> **ARTÍCULO 1974**(*)**.-** ***Camino de sirga.*** *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.*

1. Introducción

El camino de sirga responde a una antigua institución que "limita" las facultades del propietario ribereño a cursos de agua que en los que tenga lugar el transporte de personas o cosas con la finalidad de satisfacer las necesidades del tránsito o de las actividades desplegadas por los navíos. Ello se materializa imponiéndole al propietario "no construir" en la franja que determina el precepto y nace en cabeza del perjudicado una acción para remover aquello realizado en infracción.

2. Interpretación

Ha sostenido la CSJN que "*El derecho de propiedad, la regulación del dominio, 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*".(16)

En tal contexto, debe decirse que el camino de sirga consiste en una calle que los propietarios de los fundos ribereños deben ceder con el objeto de favorecer un tipo especial de

(*) Comentarios a los arts. 1974 a 1998 elaborados por Federico J. Causse y Christian R. Pettis.

(16) CSJN, "Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza", 04/08/2009.

navegación. Implica el uso de una cuerda gruesa —o sirga— que es atada al tope de un palo colocado por lo común en el medio de la embarcación y tirada por hombres o animales que avanzaban por el camino de sirga. "*El Estado solo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación, de la flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones, es decir, la 'navegación en sentido lato'. Todo otro uso, realizado por quien no sea el propietario de la tierra, es ajeno a la institución y debe ser vedado*".(17) El juego del timón, a su turno, es lo que impide que la fuerza ejercida desde tierra lleve a la embarcación sobre la costa y choque con ella.

La limitación al dominio para los dueños de un inmueble colindante a cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, en tanto aptas para el trasporte por agua, consiste en que en dicho camino o espacio de tierra no puedan realizarse construcciones. También supone la imposibilidad de reparar las existentes con anterioridad. La línea respecto de la cual se impone la limitación se redujo de 35 a 15 mts.

Es claro que el destino previsto por la ley es el de facilitar la circulación sobre ese espacio, prohibiendo toda obra que perjudique el derecho que tiene un ciudadano de usar las riberas a dichos fines.

Quedan comprendidos los ríos navegables, cualquiera sea su importancia, y también los canales construidos artificialmente por el hombre siempre que sirvan a la comunicación por agua.

ARTÍCULO 1975.- ***Obstáculo al curso de las aguas.*** *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 solo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

1. Introducción

Existe una prohibición elemental en la materia: la de no alterar de cualquier manera el curso de agua navegable. Ello obedece a que se trata de cosas pertenecientes al dominio público del Estado, e intervenir el particular (modificando su dirección, realizando obstáculos, etc.) constituye una acción extraña a sus facultades e invasivas de las de otro sujeto.

2. Interpretación

Los particulares pueden usar las aguas siempre y cuando no alteren su curso ni afecten de modo alguno la navegación (*v.gr.*, colocando redes para pescar).

El precepto tiende a preservar el derecho a la libre navegación, en tanto que la prohibición establecida procura resguardar las aguas de una utilización reñida con el interés general.

(17) CSJN, "Las Mañanitas...", fallo cit.

De ahí que la prohibición subsiste, pues se presume que ella se otorga en términos tales que la explotación no comprometa la suerte de ese recurso natural.

Por cierto que si tales alteraciones fueron causadas por un caso fortuito o fuerza mayor, los gastos necesarios para la restitución de las cosas al estado anterior corresponderán al Estado nacional o provincial, pues es a dichos entes a los que pertenece el río.

Pero si fueron motivadas por culpa de alguno de los ribereños que hiciese obra perjudicial, o destruyese las obras defensivas, deberá afrontar tales erogaciones con más la indemnización del daño ocasionado, la que se determinará según los principios generales.

Las obras que se realicen en infracción al principio sentado, autorizan la facción de tareas defensivas por parte de otros propietarios y dan lugar a que le sean reembolsados los gastos en que hubiere incurrido y las indemnizaciones consecuentes por los daños.

ARTÍCULO 1976.- ***Recepción de agua, arena y piedras.*** *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 las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.*

1. Introducción

Los terrenos inferiores deben soportar las aguas que provienen de los terrenos superiores, sea que se trate de aguas de lluvias o de fuentes o manantiales. Igual solución cabe cuando ellas arrastren arena y piedra.

2. Interpretación

Como lo precisa el artículo, el propietario de los bajos (terrenos inferiores), no debe impedir la recepción "natural" de agua como manantiales, arena o piedras. Si los propietarios de los fundos inferiores están obligados a recibir las aguas de los fundos superiores, por la misma razón deberán recibir las arenas y piedras que se arrastren con tales aguas.

Si puede hacerlo respecto de aquellos desechos producidos por el hombre (industriales) arrastrados hacia predios inferiores, como también de aguas, piedras y arena, si prueba que no causan perjuicio.

En cambio, el propietario del fundo inferior no está obligado a recibir las aguas subterráneas que salen a la superficie por la intervención del hombre (*v.gr.*, agua extraída de un pozo), o las aguas pluviales caídas en techos y las aguas servidas, a menos, claro está, que se hubiese constituido una servidumbre.

Cabe compartir la opinión en cuya virtud, así como el propietario del fundo inferior no tiene acción contra el titular del fundo superior cuando tal arrastre le causare perjuicios, tampoco podrá efectuársele reclamo alguno si ello le beneficiase.

ARTÍCULO 1977.- ***Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra.*** *Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisorias 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.*

1. Introducción

A veces la realización de una obra no puede hacerse sin ocasionar molestias al propietario lindero, como la colocación de andamios u otros "servicios provisorios".

2. Interpretación

El artículo se ocupa del supuesto de instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra. Cabe considerar los supuestos de la facción de mejoras o edificaciones. Ello, por cierto, excluye la condición de definitiva y hasta quedaría autorizada la intervención jurisdiccional si, en un caso de evidente abuso, aquellas ocasionan trastornos innecesarios a los vecinos.

Las construcciones en predios vecinos (mejoras o edificaciones), usualmente exigen realizar construcciones provisorias en predios contiguos, como andamios, con el objeto de que desde allí se labore o se impida que materiales afecten al vecino. A su vez, del precepto se deduce que el vecino no tiene en tal caso derecho a oponerse, bien que deja a salvo su derecho a ser indemnizado.

Ello, por cierto, no excluye la necesidad del constructor de requerir el correspondiente permiso para la colocación de los andamios o servicios, pero en caso de negativa o silencio ante ese requerimiento, podrá aquel recurrir a la justicia para que lo obligue a soportar las molestias.

Como se destaca, tales molestias son las indispensables para poder realizar la obra. El hecho de tratarse de una limitación al dominio, impide —salvo exceso que cause daño por el obrar antijurídico del constructor— la reclamación de indemnización alguna.

Las construcciones en predios vecinos (mejoras o edificaciones), usualmente exige realizar construcciones provisorias en predios contiguos, como andamios, con el objeto de que desde allí se labore o se impida que materiales afecten al vecino.

ARTÍCULO 1978.- ***Vistas.*** ***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.***

1. Introducción

Bajo el término "vistas" el artículo engloba los supuestos en que el propietario vecino realiza aberturas (ventanas, balcones, etc.) en su inmueble desde las que, de manera directa u oblicua, puede acceder con su visión el predio contiguo.

2. Interpretación

Pues bien, el precepto prohíbe que las vistas se construyan en la pared medianera, dado que, por tratarse de un condominio, su facción importaría traspasar el halo de facultades que tiene sobre esa pared que pertenece a ambos vecinos.

Fuera de ese caso, en las construcciones que realice dentro de su predio, cada propietario puede abrir vistas solo a una distancia superior de las medidas mínimas prescriptas.

Es claro que una abertura en la pared lindera, afecta la privacidad del vecino cuando están ubicadas a una distancia inferior a la indicada en las normas señaladas.

Hay distintas clases de vistas: las frontales y las laterales u oblicuas. En las primeras, la vista es directa y, por ello, no pueden estar a una distancia menor a tres metros de la línea divisoria. En las laterales u oblicuas, en cambio, la vista es más forzada, pues únicamente se logra torciendo la cabeza, es decir mirando de costado, y por esa razón la ley es menos rigurosa y las admite hasta una distancia de sesenta centímetros desde la línea de separación de las dos propiedades.

En punto a las distancias mínimas, cabe observar que el precepto admite que la reglamentación local imponga una distancia distinta para cada caso.

Por último, el precepto explica el modo en el que ha de contarse la distancia. En caso de que se violen las medidas mínimas, nace una acción a favor del poseedor o propietario del predio afectado, para lograr judicialmente el restablecimiento de la situación al momento anterior en el que ella se generó.

ARTÍCULO 1979.- ***Luces.*** *Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero 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.*

1. Introducción

Las luces son también aberturas que deben efectuarse fuera del muro medianero. Su objeto es proveer de luz y aire —únicamente— a habitaciones u otros espacios de un fundo. La disposición que comentamos reitera en lo conceptual aspectos desarrollados al referir a las vistas.

2. Interpretación

Tratándose de un muro lindero, la abertura de luces está permitida bajo determinadas pautas de altura (la ventana debe estar colocada a una altura no menor a la de un metro ochenta centímetros) desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura. Ello persigue el propósito de evitar que se mire u observe a través de ella. Por la altura mínima que la norma expresa, queda claro que ellas —las luces— no permiten de ordinario la visión del hombre hacia el exterior, con lo que la invasión al predio vecino resulta menor y no afecta su intimidad.

Las medidas que fija el artículo se aplican en tanto que las legislaciones locales no establezcan otra. Prevalecen, en su caso, las establecidas por las municipalidades. En caso de que se violen las medidas mínimas, nace una acción a favor del poseedor o propietario del predio afectado para lograr judicialmente el restablecimiento de la situación al momento anterior en el que ella se generó.

ARTÍCULO 1980.- ***Excepción a distancias mínimas.*** *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.*

1. Introducción

Fue puesto de manifiesto que las distancias que el Código proclama quedan sujetas a la reglamentación local. Ellas pueden variar según el caso, todo lo cual no es sino autorizar que las nuevas modalidades constructivas no queden alcanzadas por la restricción que se instaura.

2. Interpretación

Elementos fijos con material no transparente, pueden serlo aquellos de cualquier sustancia (vidrios, hierros, plásticos, etc) en la medida que impidan la vista hacia el predio vecino y estén enclavados en la abertura. La excepción se aprecia ajustada en la medida que en la instalación efectúe de manera definitiva.

ARTÍCULO 1981.- ***Privación de luces o vistas.*** *Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista.*

1. Introducción

Las luces o vistas permitidas son aquellas a las que se refieren los preceptos anteriores. El hecho de realizarlas conforme lo autoriza este Código no faculta al propietario lindero a realizar construcciones que priven de la luz o el aire que la instalación de aquellas presume.

2. Interpretación

Como consecuencia del carácter absoluto del dominio, es implícito que la acción de su titular se ejerza sin otros condicionamientos que los resultantes del título, como también del orden público y el *numerus clausus*. De manera que, si bien se protege el ejercicio del dominio aunque prive a terceros de ventajas o comodidades, ello es así en tanto tal ejercicio no fuere abusivo. Pues bien, el hecho de que las luces y vistas sean concretadas en un predio, en modo alguno impide que en el del vecino se realicen obras que lo priven de las ventajas que den la luz, el aire o la vista.

En efecto, lo único que imponen las "limitaciones" en la materia, es que se realicen tales aberturas a una distinta de aquella autorizada, pero no una servidumbre que impida al colindante desarrollar plenamente su derecho de propiedad. Tal sería el caso de elevar una pared, hacer una construcción, en fin, ejercer regularmente el derecho desde su fundo, "*aunque lo prive [al otro] de luz o de la vista*".

ARTÍCULO 1982.- ***Árboles, arbustos u otras plantas.*** *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.*

1. Introducción

En el marco de las "limitaciones" que se imponen recíprocamente a los propietarios vecinos, encontramos que la cercanía de árboles, arbustos u otras plantas puede alterar la normal tolerancia entre ellos.

2. Interpretación

Es claro que se trata de una cuestión fáctica que habrá de meritarse en cada caso. A tal fin, no podría dejar de meritarse que la nueva regulación desplazó la anterior en cuanto a la existencia de distancias mínimas.

A su vez, como otra diferencia con la anterior regulación, ha de señalarse que esta no refiere únicamente a árboles o arbustos, sino que incluye el genérico de "otras plantas", compatibilizando la regulación en cualquier clase de vegetal con la finalidad de admitirlo con el límite referido.

Por tal motivo, y solo en la medida en que ello acontezca, es que se regula el asunto en este artículo autorizando a demandar el retiro de los árboles, arbustos u otras plantas. En el caso de las ramas, ellas pueden avanzar sobre la propiedad vecina, en cuyo caso el dueño de esta podrá pedir al dueño del árbol que las corte. Tratándose de raíces, está eximido de tal requerimiento y puede cortarlas directamente, esto es por sí mismo.

TÍTULO IV
Condominio

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 1983.- ***Condominio.*** *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.*

1. Introducción

La regulación del condominio se inicia con esta norma, que además de definirlo, consagra el principio de igualdad entre las partes indivisas de los condóminos.

2. Interpretación

Es inevitable relacionar esta norma con el art. 1943 CCyC, que establece que no puede haber más de un dueño de una misma cosa. Es que el condominio supone la existencia de varias personas que son titulares de una cosa por una parte indivisa. La parte indivisa es la medida del derecho de cada condómino o comunero. Se expresa a través de un porcentaje que representa la participación que cada uno tiene sobre la cosa común pero con la singularidad de que, sin perjuicio del pacto que permite el art. 1987 CCyC, la cuota no se identifica con ninguna parte materialmente determinada de ese objeto.

En cuanto a la definición en sí, más allá de que en ella se denotan los tres elementos propios de la figura —pluralidad de titulares, unidad de objeto y existencia de una parte indivisa—, cabe resaltar lo expresado en los "Fundamentos del Anteproyecto..." "*La definición del condominio fue acuñada con la mira puesta en exaltar las facultades privativas de cada uno de los titulares sobre la alícuota que les corresponde, en la línea de la autonomía de este derecho real, que supone su tratamiento separadamente del dominio, singularidad que se desvanece con la noción de propiedad o dominio plural que adopta el Código vigente*".

En la segunda parte del artículo se establece una presunción que opera en los casos en que exista alguna duda sobre el valor de la parte alícuota de cada comunero. Obviamente,

la presunción que se consagra es *iuris tantum*, lo que implica que deba dejarse de lado cuando la ley o el título que sirve de causa al condominio prevean otra cosa. De modo que el principio de igualdad recién cobra virtualidad en los casos en que la ley o los comuneros guarden silencio al respecto.

Es evidente que el propósito del legislador al incluir esta previsión ha sido el de reducir las disputas y cuestiones litigiosas. Por otra parte, la presunción consagrada parte de la base de que es natural que si la participación en el condominio fuera de una medida distinta a la igualitaria, esa circunstancia debió haber sido plasmada en el acto de constitución del condominio —o la ley, si fuere el caso—, incluso en convenciones o actos posteriores, a instancias del condómino que cuenta con una participación mayor. De modo que, si no se procedió de ese modo, es porque todos los comuneros tienen una parte alícuota de igual medida.

ARTÍCULO 1984.- ***Aplicaciones subsidiarias.*** *Las normas de éste 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.

1. Introducción

La disposición tiene la utilidad de brindar un marco regulatorio subsidiario ante la ausencia de disposiciones específicas en materia de comunidad de bienes. También coadyuva a la resolución de los conflictos para el caso de que las normas contenidas en este Título resulten insuficientes, remitiendo a las normas que regulan el derecho real de dominio.

2. Interpretación

Comienza la norma señalando que las disposiciones que rigen el condominio se aplican de modo subsidiario respecto de todo supuesto de comunidad de bienes. Ello se justifica porque, como se explicó en los "Fundamentos del Proyecto" de 1998 —en argumentos que son aplicables al artículo que aquí se glosa—, la remisión que se consagra se hace "*para que las normas sobre el condominio cumplan la función residual de principios comunes a las distintas comuniones o comunidades de derechos reales o de otros bienes*".

Podría discutirse que, a los efectos de la remisión, se hayan tomado las normas que regulan el condominio, pero lo que autoriza la metodología empleada es que se trata de uno de los supuestos de comunidad más frecuentemente empleados en la práctica.

Por cierto que si se trata de un derecho real, como el cousufructo, deberá acudirse en primer término a su regulación específica —en el caso del ejemplo, la del usufructo— y recién luego a las normas del condominio.

La norma deja a salvo las disposiciones legales o convencionales que pudieron haberse establecido. Es de destacar, sin embargo, que, como consecuencia de la vigencia del orden público en la materia en virtud de lo dispuesto por el art. 1884 CCyC, es muy estrecho el margen que se deja a la operatividad de estas últimas convenciones.

En el segundo párrafo se establece que las disposiciones contenidas en los arts. 1941 a 1982 CCyC resultan aplicables al condominio. Conviene puntualizar que la aplicación de estas normas no es automática sino supletoria o, como dice el CCyC, subsidiaria. El carácter residual de las previsiones que regulan el dominio dependerá de que no existan disposiciones legales o convencionales aplicables al bien de que se trate.

De todos modos, y como se explicó en el apartado anterior, no parece posible que el régimen del dominio pueda ser subsidiario de lo que las partes dispongan en sus convenciones habida cuenta el carácter de orden público del estatuto regulatorio de los derechos reales que muy poco deja librado a la iniciativa de los particulares.

ARTÍCULO 1985.- ***Destino de la cosa.*** *El destino de la cosa común se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho.*

1. Introducción

Una de las notas caracterizantes del condominio es la existencia de una pluralidad de titulares. Consecuencia de ello son las lógicas limitaciones al derecho de cada uno de usar y gozar de la cosa común. Ello implica que cada condómino no puede proceder como si fuera el único y exclusivo titular de la cosa, y que el aprovechamiento de la cosa a que tiene derecho debe hacerse sin alterar su destino (art. 1986 CCyC).

La norma que aquí se glosa tiene la utilidad de brindar diversas pautas para precisar el destino de la cosa común.

2. Interpretación

Lo habitual es que los comuneros se pongan de acuerdo en cuál habrá de ser el destino de la cosa y en tal supuesto el convenio al que arriben será obligatorio entre ellos (arts. 957, 959 CCyC y concs.). Ese acuerdo —que puede ser modificado en cualquier tiempo— es, pues, la regla a la que deberá sujetarse el uso y goce de la cosa (art. 1986 CCyC).

Pero, en caso de que no se haya celebrado convenio alguno en ese sentido, habrá de estarse a la naturaleza de la cosa o al uso al que en los hechos ella estaba afectada. Estas pautas juegan de modo subsidiario, esto es, a falta de aquel pacto y la determinación de tales aspectos importa una cuestión de hecho que podrá variar de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Entonces, de no mediar acuerdo entre los condóminos, será el juez quien deberá establecer cuál es el destino de la cosa en función de las pautas indicadas.

Es importante recordar que la determinación del destino de la cosa común condiciona el uso y goce de los comuneros. En este aspecto es donde la norma, que provee las pautas para determinar cuál es ese destino, encuentra su real sentido y significación.

ARTÍCULO 1986.- ***Uso y goce de la cosa.*** *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.*

Remisiones: ver art. 1985 CCyC.

1. Introducción

El condominio es un derecho que se ejerce por la posesión (art. 1891 CCyC) y que concede a sus titulares —los condóminos o comuneros— el derecho de usar y gozar de la cosa común. Ese derecho, sin embargo, no es absoluto y presenta una serie de limitaciones

derivadas de la existencia de una pluralidad de titulares con igual derecho a ese aprovechamiento, quienes incluso pueden ejercer el *ius prohibendi* a que refiere el art. 1993 CCyC.

En este marco, el artículo que se glosa viene a regular cómo debe ejercerse la facultad de usar y gozar de la cosa común, y a precisar los límites de tal aprovechamiento.

2. Interpretación

Si bien, en principio, la posesión del condómino alcanza o se proyecta a toda la cosa, las particularidades de este derecho real —principalmente, como se dijo, la existencia de una pluralidad de titulares— determinan que ese uso y goce no pueda asimilarse completamente al del dueño. Por ello es que las facultades del comunero se encuentran sujetas a las limitaciones enunciadas en este artículo, que establece que si bien puede usar y gozar de la cosa, debe hacerlo de conformidad a su destino y sin deteriorarla en su interés particular ni embarazando el ejercicio de iguales facultades que corresponden a los demás comuneros.

En primer lugar, debe destacarse que esta disposición debe correlacionarse con el art. 1993 CCyC, que faculta a los condóminos a ejercer el *ius prohibendi*. De modo que, si bien el uso y goce de la cosa no está sujeto al acuerdo previo de los demás copropietarios, tal aprovechamiento reposa sobre la base del tácito consentimiento de los demás, derivado precisamente de su falta de oposición. En estos términos, la ocupación consentida de la cosa se extenderá hasta tanto se verifique una manifestación contraria de voluntad de esos otros copropietarios (art. 1993 CCyC), circunstancia que será suficiente para ponerle fin y remitir el asunto a lo que resuelven las normas que regulan la administración de la cosa común (arts. 1993 a 1995 CCyC).

Los condóminos pueden ponerse de acuerdo y convenir cuál es el destino al que sujetarán la cosa. De mediar tal convenio habrá que estar a sus términos, lo que no es sino una manera de respetar la palabra empeñada, pero a falta de esa estipulación corresponderá determinar cuál es el destino de la cosa, y para ello deberá atenderse a las pautas señaladas en el art. 1985 CCyC, a cuya lectura cabe remitir.

Las facultades del condómino con relación a la cosa común encuentran un límite en el derecho de los demás copropietarios. De ahí que no puede deteriorarla o degradarla, pues su derecho no es tan completo y extenso como el del dueño (art. 1941 CCyC). Tampoco puede ejercerlo de una manera que perjudique el igual derecho de los demás (*v.gr.*, si el condominio recae sobre un inmueble edificado, todos los comuneros tendrán derecho a vivir en él o a explotarlo en la medida de sus posibilidades).

En resumidas cuentas, el condómino no puede usar y gozar de la cosa de cualquier manera. Ese aprovechamiento tiene una triple limitación: no puede alterar el destino de la cosa; deteriorarla en su propio interés; ni obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos.

De todos modos, aun respetando estas pautas, el ejercicio de tales facultades puede resultar interdicto a partir del ejercicio de *ius prohibendi* por parte de los demás comuneros (art. 1993 CCyC).

ARTÍCULO 1987.- ***Convenio de uso y goce.*** ***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.***

1. Introducción

Es natural que los condóminos acuerden el modo como habrán de usar y gozar de la cosa común. Ese pacto recibe el nombre de convenio de uso y goce, y es expresamente admitido en el artículo que se glosa.

2. Interpretación

El CCyC admite los convenios de uso y goce de la cosa común con un criterio amplio, pues no solo autoriza que el aprovechamiento se haga en forma alternada, esto es sucesiva y con rotación entre los distintos copropietarios según la proporción de su parte indivisa, sino que también habilita el uso y goce simultáneo, exclusivo y excluyente de la cosa, aunque circunscripto a partes materialmente distintas.

Puede pensarse que el propósito de la disposición, al permitir acuerdos de diverso tipo, es el de favorecer la armonía y el entendimiento entre los condóminos, propiciando que el mantenimiento de la figura y desalentando que cualquiera de ellos solicite la partición.

Por cierto que no siempre serán posibles tales pactos. A veces, el uso simultáneo podrá no ser conveniente a los intereses de los condóminos. En otros casos serán las características particulares de la cosa las lo que impedirán. Tal el caso, por ejemplo, de un reloj de mano, un anillo o una prenda de vestir. En ninguno de estos supuestos parece posible que el uso y goce pueda concretarse respecto de una parte determinada de esos objetos.

Entonces, dándose cualquiera de estas situaciones, la cuestión debe encuadrarse en el art. 1993 CCyC y resolverse lo atinente a la administración de la cosa común en una asamblea convocada al efecto; y si aun así no hay acuerdo, la única alternativa que queda al condómino es la que le acuerda el art. 1997 CCyC de pedir la partición.

ARTÍCULO 1988.- ***Uso y goce excluyente.*** *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 restantes condóminos, sino a partir de la oposición fehaciente y solo en beneficio del oponente.*

Remisiones: ver comentario al art. 1986 CCyC.

1. Introducción

Si bien todos los condóminos tienen derecho a usar y gozar de la cosa común (art. 1986 CCyC), pudiendo incluso convenir el modo en que ello tendrá lugar (art. 1988 CCyC), puede acontecer que en los hechos la cosa esté en manos de uno o de varios, mas no de todos. En tal caso, corresponde regular el derecho que asiste a los condóminos no usuarios que han sido excluidos del aprovechamiento al que también tienen derecho.

2. Interpretación

El aprovechamiento de la cosa común por parte de uno o algunos de los comuneros en violación a las pautas contempladas en el art. 1986, *in fine*, CCyC obliga a considerar la situación de aquellos otros copropietarios que se han visto privados o afectados en el referido uso y goce.

Ninguna duda cabe de que los condóminos excluidos pueden ejercer la facultad que les concede el art. 1997 CCyC, y de ese modo poner fin al condominio por medio de la partición. Pero podrían no tener esa intención y, en razón de su interés en la cosa, pretender simplemente hacer valer el derecho que les acuerda el art. 1986 CCyC y reclamar una compensación por el uso unilateral y exclusivo del o los otros copartícipes, que es lo que contempla el artículo que se glosa.

En general, tanto la jurisprudencia como la doctrina anterior coincidían en sostener la solución que ahora consagra el art. 1988 CCyC. Se tiene que el condómino que no ejerció el *ius prohibendi* (art. 1993 CCyC), toleró que el otro u otros usaran la cosa común y que, por ello, no tiene derecho a exigir indemnización alguna, sea a título de canon locativo o por algún otro concepto similar, dado que con su silencio consintió aquella ocupación (ver glosa al art. 1986 CCyC).

Una vez exteriorizada esa voluntad, nace para el excluido el derecho a reclamar el valor locativo en la medida de su interés y desde esa manifestación.

Por lo tanto, antes de la intimación no existe obligación alguna exigible, pues cada condómino tiene derecho a usar y gozar de la cosa común, el que puede ejercer, se reitera, sin el consentimiento del o de los demás copropietarios. Pero una vez exteriorizada aquella oposición, y puesta en conocimiento del comunero que tiene la cosa, surgirá la obligación.

Recién a partir de la "*oposición fehaciente*" nace el derecho del condómino no usuario a obtener una indemnización de parte del condómino que lo excluyó en el uso y goce de la cosa. En punto a este derecho, cabe señalar las siguientes notas:

a. Solo opera a partir de la notificación. Es preciso hacerle saber a quien tiene la cosa la oposición al uso exclusivo o en una medida mayor a la convenida o permitida. Recién entonces podrá ese sujeto saber que el aprovechamiento que ha venido realizando dejó de ser consentido y que en lo sucesivo deberá afrontar las consecuencias previstas en la norma.

b. La oposición debe ser "fehaciente". La expresión denota que la manifestación de la voluntad debe ser clara e inequívoca en cuanto a la oposición al uso y goce exclusivo o excesivo de la cosa común. No debe haber dudas al respecto, y si las hay, la indemnización no procede.

c. La indemnización se refiere al canon locativo. Únicamente se computa el precio por el uso y goce exclusivo de la cosa común. Ello no quita que de haber otros daños también puedan ser reclamados con sustento en las normas del CCyC que regulan el deber de responder.

d. La indemnización se limita a la medida del interés del condómino oponente. La pretensión del condómino excluido no puede ir más allá de su parte indivisa, que es la medida de su derecho. Admitir otra cosa, como que el condómino oponente pueda percibir la totalidad del canon locativo, importaría un enriquecimiento sin causa que no debe ser admitido.

e. La indemnización corresponde únicamente a quien se opuso. Así lo aclara la norma pero, en realidad, la solución no es sino una consecuencia o concreta aplicación de lo apuntado en la nota anterior.

Lo expuesto supone que de haber más de un condómino excluido, la oposición de uno no aprovecha a los demás. De modo que si estos también pretenden una indemnización

por el uso exclusivo, deberán manifestar su voluntad en los términos indicados, dirigiéndola al condómino usuario.

ARTÍCULO 1989.- ***Facultades con relación a la parte indivisa.*** *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.*

1. Introducción

Las facultades de los condóminos pueden ser apreciadas con relación a la parte indivisa o bien respecto de la cosa común. El artículo que se glosa se ocupa de lo primero; y el que sigue se ocupa del restante supuesto.

2. Interpretación

Concordantemente, con la definición dada por el art. 1983 CCyC, que conceptúa al condominio como *"... el derecho real de propiedad..."*, se sienta el principio general de que cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa. Puede hacerlo a título oneroso o gratuito, por actos por entre vivos o por causa de muerte, y en cualquier caso podrá ejercer estas facultades *"sin el asentimiento de los restantes condóminos"*, lo cual es lógico pues si así no fuere no podría hablarse de facultades autónomas.

De igual modo, los acreedores del condómino pueden embargar la parte indivisa y eventualmente hacerla subastar para satisfacer su crédito, sin tener que esperar al resultado de la partición, lo que coincide, se insiste, con la solución del art. 2677 CC.

En el marco de las facultades que se conceden al condómino —facultades jurídicas, no materiales, dada la naturaleza de la parte indivisa—, debe aceptarse que pueda este constituir hipoteca. Así lo admite en forma expresa el art. 2207 CCyC, que preceptúa que "*un condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa"*, lo que no es sino una concreta aplicación del principio amplio de disposición sentado en la norma que aquí se glosa.

Debe tenerse presente que la hipoteca a que se hace referencia en modo alguno afecta una parte material del inmueble. Por ello, en caso de ejecución, el embargo —y por ende la subasta misma que pueda disponerse en el proceso respectivo—, no puede sino recaer sobre la cuota, conservando los restantes condóminos inalterados sus respectivos derechos.

El condómino puede renunciar a su parte indivisa. Esta posibilidad se encuentra contemplada en el art. 1907 CCyC que dispone que, entre otros modos, los derechos reales se extinguen por su abandono. El art. 1989 CCyC regula de un modo más preciso la cuestión al establecer que "*la renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos*". De este modo, se pone punto final a una cuestión que, por falta de precisiones en el CC (art. 2685 CC), había motivado opiniones diversas. Resta señalar que la solución que se consagra es la que contaba con mayor adhesión en la doctrina anterior.

ARTÍCULO 1990.- ***Disposición y mejoras con relación a la cosa.*** *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. 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 que sirvan a su mejor aprovechamiento.

Remisiones: ver comentario al art. 1999 CCyC.

1. Introducción

El CCyC trata aquí sobre las facultades que el condómino cuenta con relación a la cosa común. La regulación importa un contrapunto con lo establecido en el artículo. Si las facultades del condómino con relación a la parte indivisa son, como regla, amplias (art. 1989 CCyC), las que atañen a la cosa común son, por el contrario, muy limitadas.

2. Interpretación

La regla que se consagra es que el condómino no puede aisladamente realizar actos de disposición material o jurídica sobre la cosa común o sobre una parte determinada de ella. Tales actos quedan condicionados a la conformidad de todos los comuneros, no a una mayoría determinada.

Ello se explica porque dicho sujeto es titular de una parte alícuota, la que —como se indicó (ver glosa al art. 1999 CCyC)— importa una noción abstracta que no se identifica con ninguna parte materialmente determinada de la cosa. De ahí que si se autorizara a que uno de los comuneros pueda realizar inconsultamente actos o innovaciones materiales con relación a la cosa común (*v.gr.*, una obra o construcción) o alterar su condición jurídica (*v.gr.*, enajenarla, constituir sobre ella servidumbres, hipotecas, etc.), se estaría permitiendo una afectación de los legítimos derechos de los restantes cotitulares.

Lo expresado encuentra una excepción en el condominio fiduciario, donde puede pactarse lo contrario y establecer que los condóminos actúen en forma indistinta (art. 1688 CCyC).

El CCyC admite que el condómino pueda realizar determinados actos respecto de la cosa común sin necesidad de recabar la conformidad de los restantes cotitulares. Se trata de las mejoras necesarias y también, dentro de los límites de uso y goce de ese objeto, de las útiles que sirvan a su mejor aprovechamiento, aunque en este caso se aclara que son a su costa (para evitar innecesarias reiteraciones en cuanto al concepto de mejoras y sus distintos tipos, remitimos a la glosa de los artículos 751, 752, 753 y 1934).

Lo establecido respecto de las mejoras necesarias resulta entendible por la circunstancia de que su realización hace a la conservación en buen estado de la cosa común. Igualmente justificadas se encuentran las mejoras útiles, que si bien permiten maximizar el uso y goce del condómino que las hace, no dejan de beneficiar a los demás condóminos desde que, según se infiere del artículo 1938, aumentan el valor de la cosa.

Alguna duda genera la mención a que la realización de las mejoras útiles son a costa de quien las hizo, pues el artículo 1938, al regular sobre la indemnización y pago de las mejoras útiles introducidas por el tenedor y el poseedor –y recuérdese que el condómino es tal–, expresamente lo habilita a reclamar el pago de las mejoras útiles "pero solo hasta el mayor valor adquirido por la cosa", solución ésta que la norma que aquí se glosa parece no admitir.

ARTÍCULO 1991.- ***Gastos.*** *Cada 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.*

El condómino que abona tales gastos puede reclamar intereses desde la fecha del pago.

ARTÍCULO 1992.- ***Deudas en beneficio de la comunidad.*** *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.

1. Introducción

En estas normas el CCyC se ocupa de regular sobre las obligaciones que pesan sobre los condóminos. El art. 1991 CCyC lo hace respecto de los gastos de conservación o reparación de la cosa común; el art. 1992 CCyC, de las deudas en pro de la comunidad.

2. Interpretación

Son erogaciones realizadas en interés de todos los comuneros y no únicamente en provecho de quien lo hizo, porque por su intermedio se contribuyó al mantenimiento de la cosa. A partir de ello es lógico que quien realizó el gasto pueda reclamar a los demás condóminos el reembolso de lo que pagó en exceso a su cuota. Esos otros copartícipes, obviamente, afrontarán ese pago en la medida de su propia alícuota, a menos que se haya convenido otra cosa, como que el gasto se distribuya en una proporción distinta o que directamente quede a cargo de quien lo hizo.

El condómino puede abandonar su parte indivisa. Así lo autoriza el art. 1989 CCyC, que también determina que la parte del renunciante acrece a los demás condóminos. El art. 1991 CCyC complementa esa regulación al disponer —contrariamente a lo que acontecía en el régimen anterior, art. 2685 CC— que la renuncia no tiene efectos liberatorios de la deuda. De ahí que, si bien puede renunciar, ese abandono no lo exime de su responsabilidad por los gastos realizados en concepto de conservación y reparación de la cosa.

Si el condómino no ejerció la facultad de abandonar y tampoco contribuyó al pago del gasto en la proporción que le corresponde, la ley le impone la obligación de abonar los intereses corridos desde la fecha en que se hizo el pago. La mora es automática (art. 886 CCyC).

Son contraídas en interés de los condóminos. Se encuentran reguladas en el art. 1992 CCyC y, a diferencia de las contempladas en el art. 1991 CCyC, el acreedor en este caso es un tercero, no un condómino. De ahí que la norma se refiera al supuesto en que la deuda ha sido contraída por uno de los condóminos.

Si el deudor es el condómino que contrajo la deuda, debe entenderse que tal sujeto no es el administrador de la cosa común porque, si así lo fuere, dada su calidad de mandatario de

los comuneros, los habría obligado. Por cierto que una vez pagada la deuda, el condómino tiene acción de reembolso con relación a los demás comuneros, tal como lo expresa el artículo.

Si la deuda ha sido contraída por todos los condóminos, pueden darse dos posibilidades, según que al contratar con el tercero nada se haya expresado sobre la manera en que los condóminos habrán de responder, o si, por el contrario, se expresó la medida en que se obligaron o se pactó expresamente la solidaridad de la obligación.

En el primer supuesto, la obligación resultante es simplemente mancomunada (arts. 825 y 826 CCyC) y por tanto, deberá dividirse en tantas partes iguales como deudores haya. Si, en cambio, se pactó la solidaridad, la totalidad de la deuda podrá ser reclamada por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores (art. 827 CCyC y ss.), dejándose a salvo el derecho de quien pagó a reclamar el reembolso de los demás (arts. 840 a 843 CCyC).

Puede también ocurrir que se haya dejado constancia de las partes o cuotas que corresponden a cada uno de ellos. En ese caso, frente al acreedor, los condóminos responderán conforme a tal expresión, tanto si estas cuotas coinciden realmente con las partes indivisas que cada uno tiene en el condominio o no.

CAPÍTULO 2
Administración

ARTÍCULO 1993.- ***Imposibilidad de uso y goce en común.*** ***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.***

1. Introducción

Diversos factores pueden determinar que el uso y goce de la cosa común no sea posible. Para tal caso, el CCyC determina que el asunto deberá ser resuelto por los condóminos reunidos en asamblea.

2. Interpretación

El uso y goce conjunto e indistinto a que tienen derecho los condóminos puede, en determinados casos, ser imposible en los hechos. A veces ello resultará por "*razones atinentes a la propia cosa*", y en otros por el ejercicio del *ius prohibendi* de parte de algunos de los condóminos. En el primer caso, son factores atinentes a la cosa las que impiden el aprovechamiento común, tal el caso, por ejemplo, de un departamento de muy reducidas dimensiones. En el segundo, es la voluntad expresada por alguno de los condóminos.

Para estos supuestos, y siempre que ninguno de ellos haga uso de la facultad que tienen de pedir la división de la cosa común (art. 1997 CCyC), se establece que la cuestión debe ser resuelta en la asamblea a que refiere el art. 1994 CCyC. La solución coincide con la brindada en el art. 2699 CC, que preveía que, en esa reunión, los condóminos debían determinar "*si la cosa debe ser puesta en administración, o alquilada o arrendada*".

De cualquier manera, y más allá de que el art. 1993 CCyC no contenga esta aclaración —tan solo señala que en la asamblea debe decidirse sobre su administración—, es indudable que tales opciones están al alcance de los copropietarios, que pueden resolver que la cosa sea explotada a través de una administración o dada en locación.

ARTÍCULO 1994.- ***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.

1. Introducción

La asamblea es el ámbito donde se discuten y resuelven las cuestiones de interés común de los condóminos, como lo relativo a la administración de la cosa para el caso de que se verifique alguna de las situaciones mencionadas en el art. 1993 CCyC.

La importancia que revisten tales reuniones justifica que el CCyC determine cuáles son los presupuestos de validez para su formal constitución como así también la mayoría necesaria para la adopción de decisiones válidas, y la forma como ha de ser computada esa mayoría.

2. Interpretación

Uno de los principales problemas que se verificaban en el Código Civil se vinculaba con la exigencia que resultaba de los arts. 2699 y 2703 CC, que exigían un quórum equivalente a la unanimidad para que la asamblea pueda válidamente sesionar. Ello importaba darle al condómino de mala fe un medio de obstrucción al funcionamiento del condominio, dado que bastaba con que no concurriese al acto para que de ese modo la asamblea quede frustrada.

El CCyC, por el contrario, ya no exige que estén todos presentes en el acto de la reunión sino que hace especial hincapié en la necesidad de que todos los condóminos sean debidamente citados a la asamblea e informados de su finalidad. La atención queda ahora centrada en un requisito previo, que es la debida citación de los comuneros. En este sentido se exige que todos los condóminos sean debidamente citados a la asamblea.

La citación no puede efectuarse de cualquier manera. Debe ser fehaciente, lo que supone que debe estar documentada y ser auténtica, esto es realizada a través de un medio que aleje toda duda sobre su veracidad y el día en que se llevó a cabo. A esos efectos, podrá recurrirse a la notificación del condómino por intermedio de un escribano público, por carta documento o por algún otro procedimiento que aleje toda duda sobre su efectividad y fecha.

Se exige además que se practique con una anticipación razonable. Se trata de un recaudo lógico que no solo tiende a aventar sorpresas sino también a asegurar la concurrencia de todos los condóminos a la reunión. En cuanto a qué debe entenderse por razonable, es

indudable que ello dependerá de las circunstancias del caso, tales como la distancia del domicilio de los condóminos con relación al lugar de la reunión, la urgencia del asunto, entre otras.

También se requiere que los comuneros sean informados de la finalidad de la convocatoria. El recaudo encuentra su justificación en que, no siendo ahora la asistencia de la totalidad de los condóminos un requisito de validez para la constitución de la asamblea, pudiendo ésta funcionar aunque no estén todos ellos presentes —pues, se insiste, resulta suficiente a esos efectos con que hayan sido debidamente citados—, es necesario prevenirles acerca de qué es lo que va a tratarse en la reunión dado que solo de ese modo podrán ellos evaluar las consecuencias de su inasistencia y, en definitiva, los alcances de lo que allí pueda resolverse.

Este recaudo queda cumplido con la enunciación de todos los temas que serán tratados en la asamblea, pero además deben indicarse otros sin los cuales no podrá tenérselo por satisfecho, como el lugar donde se celebrará la reunión, la fecha y hora en que se llevará a cabo.

A fin de aprobar la decisión sobre el tema de la convocatoria, no se exige la unanimidad de los comuneros sino que basta con la mayoría absoluta, o sea, más de la mitad. Puede ocurrir que, sumados los votos, se arribe a un empate. Mediando dos o más mociones igualmente apoyadas, se establece que la cuestión queda librada a la suerte.

Cabe aclarar, no obstante, que, sea que se arribe a una resolución —adoptada por la mayoría absoluta de los condóminos o bien, en caso de empate, recurriendo al azar— o que ello no sea posible —por no contarse con una mayoría suficiente—, siempre les quedará a los interesados la alternativa de pedir la liquidación del condominio, tal como lo prevé el art. 1997 CCyC.

ARTÍCULO 1995.- ***Frutos.*** *No habiendo estipulación en contrario, los frutos de la cosa común se deben dividir proporcionalmente al interés de los condóminos.*

1. Introducción

Habiendo una pluralidad de titulares, es preciso determinar las reglas para la distribución de los frutos de la cosa común. La presente disposición se ocupa de tal cuestión.

2. Interpretación

Los frutos de la cosa común deben repartirse entre los condóminos de acuerdo a la parte indivisa que a cada uno corresponda. La solución es lógica, pues esa es la medida de su derecho. De todos modos, esta regla es supletoria de lo que convencionalmente puedan pactar los interesados. De ahí que pueda pactarse una división igualitaria, no obstante que las partes indivisas no lo sean, e incluso que los frutos se entreguen a uno de los condóminos, con exclusión de los demás. Solo a falta de una previsión convencional cobra virtualidad la regla de la distribución proporcional. Lógicamente que si uno de los condóminos percibió todos los frutos o lo hizo en una medida mayor a la que le correspondía, los perjudicados podrán iniciar las acciones a fin de reclamar lo que ha retirado en exceso.

CAPÍTULO 3
Condominio sin indivisión forzosa

SECCIÓN ÚNICA
Partición

ARTÍCULO 1996.- ***Reglas aplicables.*** *Rigen para el condominio las reglas de la división de la herencia, en tanto sean compatibles.*

Remisiones: ver arts. 2369 CCyC ss., y concs.

1. Introducción

El condominio es un derecho que está expuesto a extinguirse en cualquier tiempo a partir del ejercicio por algunos de los comuneros del derecho a pedir la partición que acuerda el art. 1997 CCyC. Es preciso, entonces, determinar cómo habrá de llevarse a cabo la división de la cosa común y, en este sentido, se establece la aplicación de las reglas de la división de la herencia.

2. Interpretación

La división de la cosa común queda sometida a las reglas que regulan la división de la herencia, lo que implica una remisión a lo dispuesto en los arts 2369 CCyC ss., y concs. Es de destacar que la remisión no es automática, sino que operará en tanto las normas que integran el Título VIII del Libro V "*sean compatibles*", según lo aclara la norma.

Los efectos de la partición son declarativos y no traslativos de derechos (art. 2403 CCyC). Ello implica que ha de considerarse que los derechos atribuidos al adjudicatario le han pertenecido desde el origen mismo del condominio y que los demás condóminos jamás han tenido parte alguna en la propiedad de la cosa común. Por el contrario, si fuera traslativo de la propiedad, solo a partir de su realización quedaría constituido el derecho real en cabeza del adjudicatario.

Puede hacerse en forma privada, si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces (art. 2369 CCyC), o judicial (art. 2371 CCyC), pero a veces esta última vía se impondrá como ineludible. Ello ocurrirá cuando se verifique la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el art. 2371 CCyC, esto es, si entre los condóminos hubiere incapaces, personas con capacidad restringida o ausentes; si hubiere terceros interesados que se opusieren a que la partición se haga en forma privada; o si los copartícipes, plenamente capaces, no acordasen hacer la partición privadamente.

La partición debe hacerse en especie. Esa es la regla que impone el art. 2374 CCyC, al punto que, de ser factible ese modo de dividir la cosa común, ninguno de los copartícipes podría exigir su venta. Pero si la división material no fuere posible —porque se trata de una cosa que por sus especiales características no admite división (*v.gr.*, un anillo), o su división hace antieconómico el aprovechamiento de las partes (art. 2375 CCyC)–, se impone su liquidación o venta judicial (art. 2374 CCyC).

Interesa destacar que el CCyC ha reincorporado el instituto de la licitación —suprimido del CC por la reforma de la ley 17.711— en el art. 2372 CCyC, que dice: "*Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta…*". Queda así conformado otro modo de proceder a la división de la cosa común.

ARTÍCULO 1997.- ***Derecho a pedir la partición.*** *Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible.*

ARTÍCULO 1998.- ***Adquisición por un condómino.*** *Sin perjuicio de lo dispuesto en las reglas para la división de la herencia, también se considera partición el supuesto en que uno de los condóminos deviene propietario de toda la cosa.*

1. Introducción

Una de las notas emblemáticas del condominio —demostrativa del disfavor que caracteriza a su regulación— es el derecho que se reconoce a todos los comuneros de pedir la partición. Más allá de la remisión a las reglas de la división de la herencia contenida en el art. 1996 CCyC, en los dos artículos que se glosan el CCyC sienta algunas pautas respecto de la acción de partición —puede ser ejercida en cualquier tiempo, es imprescriptible—, y asimismo reputa partición a la adquisición por uno de los condóminos de las partes indivisas de los restantes.

2. Interpretación

El derecho a pedir la partición es la prerrogativa más importante que se reconoce a los condóminos. Tiene su fundamento en el derecho del comunero de poner fin en cualquier momento al condominio si no existe una causal de indivisión forzosa. Sobre esto último, el art. 1997 CCyC parece limitar las causales de la indivisión a la convencional ("*excepto que se haya convenido la indivisión…*"), pero, en rigor, las fuentes que pueden derivar en ese estado, además del contrato (art. 2000 y 2331 CCyC), son la ley. Es el caso del condominio que recae sobre muros, cercos y fosos (art. 2006, inc. d, CCyC), de los accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles (arts. 1894 y 2004 CCyC) y el que recae sobre las partes, lugares y bienes comunes en los conjuntos inmobiliarios (art. 2074 CCyC), la voluntad del testador (art. 2330 CCyC); la decisión judicial (art. 2001 CCyC) y la voluntad del cónyuge supérstite (art. 2332 CCyC).

El condominio con indivisión forzosa puede ser temporario o perdurable. En el primer caso, la indivisión es transitoria y no está destinada a prolongarse indefinidamente en el tiempo. Comprende los supuestos de indivisión de fuente contractual y asimismo la denominada partición nociva contemplada (art. 2001 CCyC). En el restante supuesto, la indivisión que afecta a la cosa común tiende a mantenerse en el tiempo aunque ello no implique perpetuidad.

La acción de partición es de orden público, lo que implica que se encuentra prohibida su renuncia (arts. 12, 279, 1999 CCyC y concs.), y es imprescriptible (art. 1997 CCyC), en solución que concuerda con lo dispuesto por el art. 2368 CCyC, que dice: "*La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión…*".

La exclusividad del dominio (art. 1943 CCyC) es incompatible con la figura del condominio, que exige de una pluralidad de titulares. De ahí que este derecho real también cesa cuando alguno de los condóminos se hace dueño de la cosa común (*v.gr.*, por la venta o la cesión de las partes indivisas realizada en su favor por la totalidad de los restantes comuneros). De verificarse esta situación, el art. 1998 CCyC señala que ello será considerado partición. De ese modo y por aplicación de las reglas que rigen dicho acto, el condómino que adquirió las otras partes del condominio será considerado como propietario exclusivo de la cosa desde el origen de la indivisión (arts. 1906 y 2403 CCyC).

CAPÍTULO 4(*)

Condominio con indivisión forzosa temporaria

ARTÍCULO 1999.- ***Renuncia a la acción de partición.*** *El condómino no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado.*

1. Introducción

Una eventual renuncia a la acción de partición por parte de los condóminos conduciría al mantenimiento *sine die* de la figura, lo que ciertamente no es —ni ha sido— la intención del legislador. El artículo que se glosa viene a regular el ejercicio de la facultad de renunciar a dicha acción, admitiéndola únicamente cuando es por un tiempo determinado.

2. Interpretación

La norma sienta la regla de que el condómino no puede renunciar al derecho de pedir la partición de la cosa común por tiempo indeterminado, de lo que se infiere —y ello lo corrobora el art. 2000 CCyC— que la renuncia por tiempo determinado está permitida.

Lo dispuesto es similar a lo establecido en el CC en cuanto a que los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la división (art. 2693 CC).

De esta manera se plasma la intención del legislador de impedir que los condóminos, por medio de un acuerdo, puedan suprimir de manera absoluta la facultad de solicitar la división del condominio (art. 1997 CCyC), que como se ha señalado, es de orden público.

ARTÍCULO 2000.- ***Convenio de suspensión de la partición.*** *Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de 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.*

Remisiones: ver comentario al art. 1999 CCyC.

1. Introducción

Tal como se anticipó en la glosa al art. 1999 CCyC, la prohibición legal dispuesta en dicho artículo no impide que los condóminos acuerden la indivisión por un período determinado. Así lo autoriza la norma en análisis al admitir y regular los pactos que suspenden el ejercicio del derecho a pedir la partición.

2. Interpretación

La indivisión es admitida por un plazo que no debe exceder de diez años. Ello importa una modificación del tope de cinco años que contemplaba el art. 2693 CC. También se admite la posibilidad de ampliar el término si se hubiera estipulado uno menor, pero solamente "*hasta completar ese límite máximo*".

Si bien no se aclara el momento en que se inicia el cómputo del referido plazo, cabe entender que dicho cómputo debe hacerse a partir de la fecha en que se celebró el convenio, tal como lo establecía el art. 1941 del Proyecto de 1998 y lo propicia la doctrina mayoritaria.

(*) Comentarios a los arts. 1999 a 2036 elaborados por Javier H. Rosenbrock Lambois.

ARTÍCULO 2001.- ***Partición nociva.*** *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.*

1. Introducción

La norma que se glosa establece los casos en los que, por resultar nociva la partición, el juez puede postergarla. La causal no es novedosa pues era recogida en el CC.

2. Interpretación

En ciertos casos el juez puede postergar la división de la cosa común. Lo puede hacer por un período no mayor a cinco años, que viene así a constituir el tope máximo, aunque puede ser renovado por única vez.

Para que ese diferimiento sea posible es menester la configuración de "*circunstancias graves*" que tornen nociva la partición para cualquiera de los condóminos, o bien que la división de la cosa resulte perjudicial a los intereses de todos ellos o al aprovechamiento de la cosa.

Se trata de cuestiones de hecho que tendrán que ser demostradas por quien de ese modo se opone a la partición.

De concurrir los presupuestos que justifican la indivisión por nocividad, el juez deberá resolverlo explicando las razones que lo llevan a concluir de ese modo (art. 3° CCyC) y estableciendo el término por el que se suspende el ejercicio del derecho a pedir la partición, la que —como se dijo— no podrá ser por mayor a cinco años.

ARTÍCULO 2002.- ***Partición anticipada.*** *A petición de parte, siempre que concurran circunstancias graves, el juez puede autorizar la partición antes del tiempo previsto, haya sido la indivisión convenida u ordenada judicialmente.*

1. Introducción

El CCyC incorpora un instituto que no se hallaba contemplado en el CC: la posibilidad de que el juez pueda anticipar la realización de la partición no obstante haberse convenido la indivisión por los condóminos o impuesto esta última por sentencia judicial.

2.Interpretación

Cualquiera de los condóminos puede, no obstante haberse convenido la indivisión (art. 2000 CCyC) o haber sido esta impuesta por el juez en el supuesto de nocividad (art. 2001 CCyC), requerir su cese antes del plazo fijado.

Quien solicita que se anticipe la partición debe fundar su pedido en la existencia de "*circunstancias graves*" que justifiquen tal grave solución, y estos antecedentes deberán ser apreciados rigurosamente por el juez pues el criterio con que debe evaluarse la cuestión es restrictivo.

Es indudable que la disposición viene a realzar las facultades del juez con el objeto de evitar la consumación de perjuicios, a la vez que relativiza el efecto de la cosa juzgada de la sentencia dictada en los términos del art. 2001 CCyC.

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.*

1. Introducción

Como un modo de proteger los intereses de terceros interesados, se propicia la inscripción de las cláusulas de indivisión o el cese anticipado de la indivisión en el registro de la propiedad que corresponda.

2. Interpretación

El artículo impone la publicidad de las cláusulas de indivisión o del cese anticipado de la indivisión a los efectos de su oponibilidad respecto de los terceros interesados —tal es el caso, por ejemplo, de los acreedores de los condóminos—.

La previsión comprende a todos los bienes cuya registración hubiese sido impuesta por las leyes (art. 1890 CCyC).

Reconoce su antecedente en el Proyecto de 1998 que preveía en el art. 1942: "*La indivisión convenida de cosas registrables requiere su inscripción a los efectos previstos en los ordenamientos respectivos*", aunque ciertamente la amplía al comprender la sentencia que dispone el cese anticipado de la indivisión.

CAPÍTULO 5
Condominio con indivisión forzosa perdurable

SECCIÓN 1ª
Condominio sobre accesorios indispensables

ARTÍCULO 2004.- ***Indivisión forzosa sobre accesorios indispensables.*** *Existe indivisión forzosa cuando el condominio recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenecen a diversos propietarios. Mientras subsiste la afectación, ninguno de los condóminos puede pedir la división.*

ARTÍCULO 2005.- ***Uso de la cosa común.*** *Cada condómino sólo puede usar la cosa común para la necesidad de los inmuebles a los que está afectada y sin perjudicar el derecho igual de los restantes condóminos.*

1. Introducción

El CCyC regula en estas normas el supuesto de indivisión que recae sobre cosas muebles que sirven de accesorio a inmuebles de propiedad de personas distintas.

2. Interpretación

La indivisión forzosa recae respecto de aquellas cosas que se encuentran afectadas a satisfacer las necesidades de dos o más inmuebles pertenecientes a propietarios distintos. La determinación de cuáles son cosas que están destinadas al servicio de esos inmuebles y, que por tanto, constituyen sus *"accesorios indispensables"*, conforma una cuestión de hecho que así debe ser resuelta por el juez.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

Suelen exponerse como ejemplos de las cosas sujetas a esta indivisión los bebederos o pozos que sirven para el riego de dos o más campos, un camino entre dos o más fundos, y más modernamente, las partes o bienes comunes en la propiedad horizontal, o los bienes y servicios que son accesorios de los lotes de propiedad individual en los clubes de campo que no pueden subdividirse ni tampoco enajenarse separadamente de los lotes de propiedad individual.

Respecto de tales cosas, las facultades de los condóminos se encuentran limitadas en los términos indicados en el art. 2005 CCyC. A resultas de ello, si bien la cosa común puede ser usada por los condóminos, tal aprovechamiento solo es admitido para responder a las necesidades de las heredades en cuyo interés ha sido impuesta la indivisión, y no en beneficio de ningún otro inmueble aunque perteneciere a uno de los copropietarios.

En cuanto a las facultades jurídicas, cualquier acto de esa naturaleza que se realice sobre la cosa común conlleva idéntica disposición sobre la cosa privativa. Por ello, no puede enajenarse la parte indivisa afectada sin hacer lo propio con la heredad en cuyo beneficio ha sido establecida la comunidad.

Si bien no se especifican cuáles son las obligaciones de los condóminos, nada impide recurrir a las previsiones contenidas en los arts. 1991 y 2027 CCyC y, de ese modo, considerar que estos tienen que pagar los gastos de conservación, reparación y mejoras necesarias de la cosa común.

SECCIÓN 2ª
Condominio sobre muros, cercos y fosos

ARTÍCULO 2006.- ***Muro, cerco o foso.*** *El muro, cerco o foso se denomina:*

a. *lindero, separativo o divisorio: al que demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante;*
b. *encaballado: al lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes;*
c. *contiguo: al lindero que se asienta totalmente en uno de los inmuebles colindantes, de modo que el filo coincide con el límite separativo;*
d. *medianero: al lindero que es común y pertenece en condominio a ambos colindantes;*
e. *privativo o exclusivo: al lindero que pertenece a uno solo de los colindantes;*
f. *de cerramiento: al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo;*
g. *de elevación: al lindero que excede la altura del muro de cerramiento;*
h. *enterrado: al ubicado debajo del nivel del suelo sin servir de cimiento a una construcción en la superficie.*

1. Introducción

A lo largo de ocho incisos el artículo establece categorías de muros, muchas de ellas conocidas en el régimen anterior e incorpora otras nuevas. Asimismo, mantiene la terminología utilizada en el CC al referirse al condominio sobre muros, cercos y fosos.

2. Interpretación

La falta de claridad de las disposiciones del CC determinaba una mayor litigiosidad en la materia, de ahí que el CCyC. De ahí que el CCyC, con miras a superar ese efecto negativo y siguiendo el criterio del Proyecto de 1998, define los distintos tipos de muros que se verifican en la materia.

El muro lindero, separativo o divisorio es el que "*demarca un inmueble y lo delimita del inmueble colindante*". Son tales, por tanto, los ubicados en los límites de los fundos.

La distinción entre los muros encaballado y contiguo toma en cuenta —como ocurría en el CC— un elemento objetivo: el lugar de su emplazamiento físico. Así, el encaballado (o "a caballo") es aquel cuyo eje medio coincide con la línea que divide a los fundos vecinos, mientras que el contiguo es el que ha sido edificado íntegramente en uno de los inmuebles, pegado a la línea separativa con el fundo vecino, pero sin avanzar sobre este.

La referencia a los muros medianero y privativo o exclusivo responde a un criterio jurídico: el de la titularidad de la pared. Es privativo el que pertenece exclusivamente al propietario de una heredad, sin que sobre ella exista un condominio con el propietario del inmueble vecino. El medianero, en cambio, es aquel muro sobre el cual existe un condominio de indivisión forzosa que afecta no solo la pared, sino también a la franja del terreno sobre el cual esta ha sido asentada.

Los muros de cerramiento son aquellos que se encuentran comprendidos en las hipótesis señaladas en los arts. 2007 y 2031 CCyC.

Por último, la alusión a los muros de elevación y el enterrado es novedosa en relación a las categorías admitidas en el CC. Así, mientras el primero es la porción de la pared que excede la altura de la pared de cerramiento, el segundo es la porción que, sin servir de cimiento a una construcción existente —es decir, siendo una pared divisoria— está por debajo de la superficie.

ARTÍCULO 2007.- ***Cerramiento forzoso urbano.*** *Cada uno de los propietarios de inmuebles ubicados en un núcleo de población o en sus arrabales 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.*

ARTÍCULO 2008.- ***Muro de cerramiento forzoso.*** *El muro de cerramiento forzoso debe ser estable, aislante y de altura no menor a tres metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales.*

1. Introducción

Como fue visto en el artículo anterior, bajo la letra "f", el Código denomina "muro de cerramiento", al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo. Las normas que abajo se analizan, precisan su naturaleza y características constructivas. Sin perjuicio de ello, se aprecia esencial destacar que esta clase de muro tiende a consolidar factores de seguridad y paz social, al auspiciar la demarcación física de heredades cuando no, garantizar la privacidad entre vecinos.

2. Interpretación

En una primera aproximación, ha de observarse que esta clase de cerramientos forzosos participa de la noción de condominio. Ello supone desde el origen una propiedad común a ambos linderos. La adquisición de este derecho por parte de los así propietarios, ha sido prevista como por imposición legal en el art. 1894, cuando el Código expresa que *"se adquieren por mero efecto de la ley… los condominios de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso"*.

Los desarrollos constructivos a los que alude el artículo están autorizados en inmuebles ubicados en un núcleo de población o en sus "arrabales". Es claro que la facultad es concedida no solo cuando el muro no exista, sino también cuando por distintas circunstancias deba ser reconstruído.

Desde el punto de vista de su naturaleza, el Código reconoce recíprocamente que cada propietario tiene el derecho y la obligación a su respecto. Derecho, pues la facción del muro es una potestad que nace de la condición de propietario de un inmueble y que traduce el ejercicio de la propia construcción de la pared sea como muro contiguo (art. 2006, inc. c) o encaballado (art. 2006 inc. b).

Cualquiera de los vecinos puede emprender la construcción, no siendo posible que el restante se lo impida, ni aún en el caso que ella se practique encaballadamente (apoyando la mitad de su espesor en predio ajeno). Es esta la consecuencia de la autorización legal al emplazamiento, la que pesa sobre ambos propietarios por tal razón como derecho y obligación. Participando de estas características, la pared pertenece a ambos propietarios en condominio.

Es útil reparar que así reglada por el precepto la obligación de construcción, ella supone una obligación real que pesa por igual respecto de ambos propietarios linderos. De tal manera se extiende este deber a los sucesores particulares de cada predio en la extensión que reconoce el art. 1937 CCyC.

En punto a las características del muro en cuestión, el art. 2008 alude a condiciones generales de su materialidad y a una altura —que especifica— no puede ser menor a los tres metros.

Estable y aislante son dos características o cualidades impuestas a esta pared. A través de ellas, se cumplen las razones de seguridad y privacidad (a la que se puede sumar la de salubridad). Los tres metros de alto como mínimo deben ser computados de la manera que precisa el artículo *("desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles")* lo que lleva a concluir que para satisfacer este presupuesto no debe ser considerado los cimientos.

También puede observarse que el precepto no alude al espesor con el que debe ser efectuada la pared, quedando suficientemente garantida la utilidad de ella, con el cumplimiento de las cualidades antes referidas. La normativa anterior aludía innecesariamente a cómo debía estar construida la pared; extremo que debe juzgarse insustancial si, además de lo dicho, el artículo constituye una regulación subsidiaria de la que pueda ser impuesta por las reglamentaciones locales.

ARTÍCULO 2009.- ***Adquisición de la medianería.*** *El muro construido conforme a lo dispuesto en el artículo 2008 es medianero hasta la altura de tres metros. También es medianero el muro de elevación, si el titular colindante de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, adquiere la copropiedad por contrato con quien lo construye, o por prescripción adquisitiva.*

1. Introducción

Es lógico considerar que quien levanta un muro abonando los materiales que se emplean en la construcción, la mano de obra, etc., es dueño exclusivo de él, sobre todo cuando es contiguo. Algunas discusiones en torno a esta cuestión se suscitaron en la doctrina anterior en los casos en que la pared, en lugar de contigua, fuera encaballada.

El CCyC innova en la regulación propiciada en el CC. Ahora, cualquiera sea el propietario que levantó el muro, e independientemente del lugar de emplazamiento de la pared o de si los gastos que demandó su construcción fueron solventados por ambos vecinos, la pared que se erija hasta la altura de los tres metros tendrá la condición de medianera. Esta es la regla que consagra el art. 2009 CCyC, que también regula sobre el muro de elevación.

2. Interpretación

De acuerdo a lo señalado, todas las paredes divisorias de cerramiento forzoso, sean contiguas o encaballadas, son medianeras hasta la altura de tres metros. Por encima de esa altura, el muro de elevación podrá ser privativo de quien lo construyó o medianero si desde su origen hubo acuerdo y contribución de ambos. De todos modos, es de destacar que aun cuando sea privativo, el vecino tiene derecho a adquirir la copropiedad por contrato o usucapión.

No obstante ello, el art. 2028 CCyC acuerda a los condóminos el derecho de abdicar la medianería, lo que determina que la pared, aun de cerramiento forzoso, pueda convertirse en privativa.

Por encima de la altura de tres metros el muro es privativo, sin perjuicio de que podrá convertirse en medianero si el vecino adquiere la pared por contrato o por vía de la usucapión.

Así, la norma recoge la teoría del condómino expuesta por Gastón Tobal y desarrollada en el Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal en autos "Raffo, Bartolomé M. c/ Moles, Aniceto y otros" —del 17/04/1933—, y sustentada por la mayoría en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictado en autos "Gaggero de Simonetti, María y otros c/ Bogopolsky, Josué" —del 06/07/1955—.

Se trata de un condominio hasta los tres metros de altura que puede extenderse a la pared sobreelevada si el vecino titular o cotitular de un derecho real sobre cosa propia adquiere la medianería por contrato o por usucapión.

ARTÍCULO 2010.- ***Presunciones.*** *A menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los tres metros, se presume medianero desde esa altura hasta la línea común de elevación. A partir de esa altura se presume privativo del dueño del edificio más alto.*

ARTÍCULO 2011.- ***Época de las presunciones.*** *Las presunciones del artículo 2010 se establecen a la fecha de construcción del muro y subsisten aunque se destruya total o parcialmente.*

ARTÍCULO 2012.- ***Exclusión de las presunciones.*** *Las presunciones de los artículos anteriores no se aplican cuando el muro separa patios, huertos y jardines de un edificio o a éstos entre sí.*

ARTÍCULO 2013.- ***Prueba.*** *La prueba del carácter medianero o privativo de un muro o la que desvirtúa las presunciones legales al respecto, debe*

provenir de instrumento público o privado que contenga actos comunes a los dos titulares colindantes, o a sus antecesores, o surgir de signos materiales inequívocos.

La prueba resultante de los títulos prevalece sobre la de los signos.

Remisiones: ver comentario al art. 2009 CCyC.

1. Introducción

Si bien la medianería de los muros de cerramiento forzoso construidos en los términos del art. 2008 CCyC hasta la altura de los tres metros es indiscutible por así disponerlo el art. 2009 CCyC —en tanto, claro está, no medie el supuesto de renuncia de alguno de los propietarios linderos al que hicimos referencia en nuestra glosa a dicha norma—, las demás partes de ese muro podrán revestir ese carácter o la condición de privativas. En ese caso, como la prueba del carácter privativo o medianero de la pared puede ser dificultosa, el CCyC sienta una serie de presunciones destinadas a facilitar tal comprobación y regula de manera precisa su operatividad.

2. Interpretación

El muro lindero entre dos edificios se presume medianero hasta la altura del edificio más bajo; dicha presunción se refiere a la pared que comparten ambos edificios y sobre la cual se apoyan las construcciones de ambos linderos. Ello se justifica si se considera la posibilidad de que el muro bien pudo haber sido construido por ambos vecinos para su aprovechamiento común. En cambio, la parte del muro que se eleva por encima de la altura del edificio menos elevado se presume privativo.

Para que operen las presunciones de medianería y privacidad que contempla el art. 2010 CCyC es menester que la pared divida dos edificios, cualquiera sea su naturaleza o destino. Tal estado de las cosas debe ser evaluado "*a la fecha de construcción del muro*", según lo establece el art. 2011 CCyC. De ahí que si en ese tiempo había edificios o construcciones de ambos lados, las presunciones legales se aplicarán, pero si se acredita que los edificios o construcciones fueron levantados en tiempos distintos, la presunción caerá. Al respecto se destaca que la carga de probar este último extremo recae sobre quien pretende sostener la privacidad del muro.

El art. 2011 CCyC, por su parte, establece que las presunciones subsisten aun en el supuesto de destrucción total o parcial del muro; cabe entender que si se efectúa la reconstrucción, las presunciones seguirán jugando con relación al muro nuevo que actúa como sustituto.

No resultan aplicables las presunciones cuando el muro no divide edificios sino patios, huertos y jardines (art. 2012 CCyC). Lo mismo ocurre cuando divide dos patios, dos jardines o dos huertos.

Las presunciones son *iuris tantum* y ceden, por tanto, ante prueba en contrario. Esa prueba contraria a la presunción —destinada a privarla de eficacia— "*debe provenir de instrumentos públicos o privados que contengan actos comunes a los dos titulares colindantes, o a sus antecesores, o surgir de signos materiales inequívocos*" (art. 2013). De este modo queda consagrada la bilateralidad de los instrumentos, así como también la posibilidad de remontarlos a los anteriores titulares.

En lo que respecta a los signos materiales, se establece que deben ser inequívocos. Cabe considerar involucradas señales materiales consistentes en huecos, vigas, vestigios de revoques, canaletas de cañerías, entre otros.

Si existe contradicción entre los signos y los instrumentos, deben prevalecer estos últimos. La solución es lógica, por cuanto los indicios que implican las señales deben ceder ante una prueba directa, como la emanada de instrumentos públicos o privados.

Por último, es útil tener en cuenta que estos medios de prueba son necesarios ya sea para desvirtuar las presunciones legales o probar la medianería o la exclusividad de una pared respecto de la cual no rija ninguna presunción.

ARTÍCULO 2014.- ***Cobro de la medianería.*** *El que construye el muro de cerramiento contiguo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del terreno, del muro y de sus cimientos. Si lo construye encaballado, sólo puede exigir la mitad del valor del muro y de sus cimientos.*

ARTÍCULO 2015.- ***Mayor valor por características edilicias.*** *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.*

1. Introducción

Si el muro de cerramiento es medianero hasta la altura de los tres metros (art. 2009 CCyC) y, por tanto, común y perteneciente en condominio a ambos colindantes (art. 2006, inc. d, CCyC), es preciso, por un lado, reconocer al vecino que lo hizo levantar una acción de rembolso por aquello que debió sufragar con motivo de dicha construcción, y por el otro, el deber del vecino de afrontar dicho pago.

En las disposiciones que aquí se glosan, el CCyC se ocupa de estas cuestiones determinando qué conceptos pueden ser objeto de reclamo.

2. Interpretación

Quien levanta un muro de cerramiento forzoso urbano puede optar por asentarlo en su terreno exclusivamente, sin avanzar en la propiedad vecina, o puede hacerlo sobre la línea separativa de ambas heredades, apoyando una parte de la pared en un inmueble y la otra, en el otro. En el primer caso el muro es contiguo y en el restante encaballado, pero en cualquier caso, en tanto no se verifique la renuncia a que refiere el art. 2028 CCyC, será medianero.

En punto a la acción de rembolso, los términos del reclamo varían según se trate de un muro contiguo o encaballado. En el primer supuesto el constructor tendrá acción para reclamar el pago de la mitad de su valor, del de sus cimientos y, asimismo, la del terreno sobre el que está asentado.

Tratándose de un muro encaballado se entiende que el vecino no constructor ya hizo un aporte consistente en la mitad de la franja del terreno de su propiedad en el que se la ha asentado. Por lo tanto, deberá pagar la mitad del valor del muro y de sus cimientos, con exclusión del valor del terreno.

En cambio, 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 excedan los "*estándares del lugar*" (art. 2015 CCyC).

Si se atiende al significado según el diccionario de la lengua española, "estándar" significa "*tipo, modelo, patrón, nivel*", por lo que cabe considerar que el alcance de la norma se refiere a que el adquirente no debe pagar el mayor con relación a la estabilidad y aislación de agentes exteriores que exceda el nivel del lugar.

ARTÍCULO 2016.- ***Adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrado.*** *El titular colindante de un muro de elevación o enterrado, sólo tiene derecho a adquirir la medianería como está construido, aunque exceda los estándares del lugar.*

1. Introducción

Fuera del específico supuesto contemplado en el art. 2009 CCyC —muro de cerramiento urbano forzoso hasta la altura de tres metros—, el vecino no constructor puede tener interés en adquirir el muro de elevación o enterrado. La norma que se glosa regula los términos de tal adquisición.

2. Interpretación

El vecino tiene derecho a adquirir el muro de elevación o el enterrado. Obviamente que en tal caso la adquisición de la medianera debe ajustarse a las previsiones de los arts. 2014 y 2015 CCyC. La norma que aquí se glosa agrega otra exigencia: el muro debe adquirirse "*como está construido*" y "*aunque exceda los estándares del lugar*".

Así, el adquirente voluntario de la medianería deberá pagar el mayor precio resultante de las previsiones excesivas del constructor, no pudiendo introducir cuestiones tales como que la pared bien pudo levantarse empleando un material menos oneroso.

ARTÍCULO 2017.- ***Derecho del que construye el muro.*** *El que construye el muro de elevación sólo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del muro, desde que éste lo utilice efectivamente para sus fines específicos.*
El mismo derecho tiene quien construye un muro enterrado, o quien prolonga el muro preexistente en profundidad mayor que la requerida para su cimentación.

1. Introducción

Es posible que el muro de elevación haya sido construido a partir del aporte efectuado por ambos vecinos. En tal caso la pared tendrá el carácter de medianera desde su origen. De no verificarse el supuesto de la pared construida a comunidad de gastos, esta será privativa de quien la construyó, pero el vecino no constructor tiene derecho a adquirir la medianera (art. 2016 CCyC).

También es posible que este último se sirva en los hechos de la pared, sea esta de elevación o enterrada, no obstante no haber aportado para su construcción. El artículo que aquí se glosa se ocupa de esta situación.

2. Interpretación

Cuando el vecino no constructor utiliza de un modo específico el muro de elevación, quien lo construyó tiene derecho a exigirle su adquisición y, por ende, el pago de la mitad de su valor. Para ello debe mediar un uso efectivo de la pared —"*lo utilice efectivamente para sus fines específicos*", dice la norma—. Esa utilización debe referirse a la parte del muro que se encuentra por encima de los tres metros, sin que interese la altura que tenga el muro de elevación pues el vecino podrá hacerse de toda su altura o limitar la adquisición a la parte que efectivamente utilice, aunque sea menor.

El muro enterrado, por otra parte, se utiliza para independizar una construcción enterrada del terreno circundante. También aquí puede suceder que el vecino utilice de alguna manera dicha pared; para tal supuesto, al igual que lo que sucede con el muro de elevación, nace el derecho del constructor a requerir el pago de la mitad de su valor. Es de destacar, finalmente, que los trabajos de construcción de este muro suelen ser complejos y de alto costo.

ARTÍCULO 2018.- ***Medida de la obligación.*** *El titular colindante tiene la obligación de pagar el muro de cerramiento en toda su longitud y el de elevación sólo en la parte que utilice efectivamente.*

1. Introducción

La norma determina los alcances de la obligación de pagar el muro de cerramiento. En este sentido, la norma viene a complementar la regulación que resulta de los arts. 2014 a 2017 y 2019 CCyC sobre la adquisición de la medianera.

2. Interpretación

El vecino no constructor puede adquirir toda la pared o pretender limitar su adquisición a una parte (la que efectivamente utilice). En el primer supuesto la cuestión no ofrece mayores dificultades: la obligación comprende todo el valor de la pared, sus cimientos y, en su caso, del terreno (art. 2014 CCyC). El artículo que se glosa encuentra su justificación en el restante supuesto.

Dice la norma que el colindante debe pagar el muro "*en toda su longitud*", expresión esta que descarta que la adquisición pueda comprender una medida menor, como se admitía en el CC (art. 2736 CC).

Respecto de la altura, en cambio, la obligación de pagar el muro de elevación se circunscribe "*solo en la parte que utilice efectivamente*". *Se evita así* la posible alternativa de imponerle la adquisición de la pared en toda su altura, aunque no la utilice, lo que resultaba a todas luces abusivo.

ARTÍCULO 2019.- ***Valor de la medianería.*** *El valor computable de la medianería es el del muro, cimientos o terreno, según corresponda, a la fecha de la mora.*

1. Introducción

Habiendo regulado en los artículos que anteceden sobre el derecho del constructor a reclamar de su vecino el cobro de la medianería, el CCyC sienta las pautas para determinar el valor que debe pagarse en ese concepto.

2. Interpretación

El valor de la medianería a considerar comprende el muro, los cimientos y el terreno. Se trata, pues, de los rubros mencionados en el art. 2014 CCyC al regular sobre el derecho del condómino constructor al cobro de la medianera.

La expresión "*según corresponda*" contenida por la norma se justifica ante la posibilidad de que el muro sea encaballado, pues en tal caso el obligado habrá aportado parte de su propio terreno. Entonces, la única posibilidad de reclamar el valor del terreno es en el caso de que la medianera corresponda a un muro contiguo.

El valor a considerar es el de tales rubros a la fecha de la mora. De este modo, el CCyC ha dejado de lado otras pautas temporales como la fecha de la demanda —mencionada en el art. 2736 CC—, el de la utilización del muro, entre otras, lo que se aprecia razonable.

ARTÍCULO 2020.- ***Inicio del curso de la prescripción extintiva.*** *El curso de la prescripción de la acción de cobro de la medianería respecto al muro de cerramiento se inicia desde el comienzo de su construcción; y respecto al de elevación o al enterrado, desde su utilización efectiva por el titular colindante.*

1. Introducción

La regla general en materia de prescripción liberatoria indica que su curso comienza "*el día en que la prestación es exigible*" (art. 2554 CCyC). La norma que se glosa viene a precisar cuándo se verifica ese inicio en el caso puntual de la acción de cobro de la medianería.

2. Interpretación

El inicio del curso de la prescripción extintiva —o liberatoria—, tratándose de un muro de cerramiento —es decir, de los mencionados en el art. 2008 CCyC—, se verifica el día del comienzo de la construcción.

Si se trata de un muro de elevación o enterrado, el curso de la prescripción liberatoria comienza desde su utilización efectiva, pues recién entonces el propietario constructor tiene acción de rembolso respecto del vecino lindante.

A falta de una previsión específica, rige el plazo genérico de prescripción del art. 2560 CCyC, que es de cinco años.

ARTÍCULO 2021.- ***Facultades materiales. Prolongación.*** *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 2022.- ***Prolongación del muro.*** *El condómino puede prolongar el muro lindero en altura o profundidad, a su costa, sin indemnizar al otro condómino por el mayor peso que cargue sobre el muro. La nueva extensión es privativa del que la hizo.*

ARTÍCULO 2023.- ***Restitución del muro al estado anterior.*** *Si el ejercicio de estas facultades genera perjuicio para el condómino, éste puede pedir que el muro se restituya a su estado anterior, total o parcialmente.*

1. Introducción

Con estas normas se inicia la regulación de las facultades materiales que cuentan los condóminos respecto del muro medianero. Tales prerrogativas se agrupan en unos pocos artículos, lo que demuestra, una vez más, el apartamiento del legislador al excesivo casuismo que se verificaba en el CC.

2. Interpretación

Se reconoce al condómino la facultad de adosar construcciones al muro, anclarlas en él, empotrar todo tipo de tirantes y abrir cavidades, aun en la totalidad de su espesor, es decir no simplemente hasta la mitad.

Se trata, a nuestro ver, de una enumeración enunciativa pues nada impide que el condómino pueda realizar otros actos fuera de los expresamente enunciados, siempre, claro está, que ello traduzca un ejercicio regular del derecho, y sin perjuicio del derecho que concede el art. 2023 CCyC. De ahí que, por ejemplo, le estarán vedados aquellos actos que pongan en peligro la solidez del muro.

Es de destacar la existencia de numerosas normas locales que rigen la materia como, por ejemplo, el Código de Edificación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus análogos locales en otros centros urbanos que complementan la regulación que aquí se trata.

El condómino, asimismo, puede prolongar el muro en su altura o profundidad. La mención de la prolongación en profundidad tiene su razón de ser en la importancia que ha adquirido en los tiempos que corren la construcción de sótanos, estacionamientos, etc.

Tales tareas, según lo establece el art. 2022 CCyC, son a su costa, pero como contrapartida se establece que:

1. el constructor no tiene que indemnizar al otro condómino por el mayor peso que cargue sobre el muro; y
2. la nueva extensión de la pared es privativa de quien la hizo.

De todos modos, nacerá el derecho al rembolso no bien el vecino se valga de la construcción elevada o excavada para algún uso efectivo (art. 2017 CCyC), y aun cuando no medie esa utilización, este último cuenta con el derecho que le reconoce el art. 2017 CCyC de adquirir la medianería de ese tramo.

Como contrapartida de las facultades que se acuerdan en punto a la prolongación del muro de elevación o enterrado, se reconoce al condómino no constructor el derecho a reclamar que la cosa se restituya total o parcialmente a su estado anterior si de aquella actividad le resulta algún tipo de perjuicio.

ARTÍCULO 2024.- ***Reconstrucción.*** *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.*

Si en la reconstrucción se prolonga el muro en altura o profundidad, se aplica lo dispuesto en el artículo 2022.

ARTÍCULO 2025.- ***Utilización de superficie mayor.*** *Si para la reconstrucción se utiliza una superficie mayor que la anterior, debe ser tomada del terreno del que la realiza y el nuevo muro, aunque construido por uno de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo y en todo su espesor.*

ARTÍCULO 2026.- ***Diligencia en la reconstrucción.*** *La reconstrucción debe realizarla a su costa, 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.*

1. Introducción

Diversas razones —como la necesidad de asentar una pared más sólida o construida con materiales distintos, etc.— pueden llevar al condómino a demoler el muro construido. El CCyC admite esa posibilidad y le acuerda el derecho a hacerlo. En las disposiciones que aquí se glosan se regula la cuestión ponderando no solo los intereses del condómino que precisa de una nueva pared, sino también los que corresponden al titular o titulares del fundo lindero.

2. Interpretación

Cualquiera de los condóminos puede demoler y reconstruir el muro cuando necesite hacerlo más firme o de carga, pero debe respetar la altura y estabilidad que tenía la pared anterior. Esta imposición es de toda lógica, pues de otro modo se perjudicaría al colindante pues se lo pondría en la necesidad de tener que demoler la nueva pared levantada y construir otra en su lugar con las características de la originaria.

La demolición y posterior reconstrucción debe hacerse a costa de quien precisa de la nueva pared. Dicho condómino no está obligado a indemnizar a su vecino por las molestias que le ocasione la ejecución de los trabajos tendientes a la reconstrucción, siempre y cuando esta sea efectuada con la diligencia adecuada y según las reglas del arte (art. 2026 CCyC). Es natural la exigencia que se le impone al condómino que precisa demoler la pared existente como un modo de aminorar los inconvenientes que la obra ocasiona al condómino colindante.

Tal como ocurría en el CC (art. 2733 CC), se establece que si para la reconstrucción se utiliza una superficie mayor que la anterior, esta debe ser tomada del terreno del que la realiza y la nueva pared será medianera hasta la altura del anterior en todo su espesor.

ARTÍCULO 2027.- ***Mejoras en la medianería urbana.*** *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.*

1. Introducción

La norma establece la obligación de los condóminos de contribuir a los gastos de reparación o reconstrucción del muro.

2. Interpretación

Establecer la obligación de los condóminos a pagar los gastos realizados en concepto de mejoras necesarias importa habilitar la acción de rembolso a aquel que efectuó dicha erogación. Por el contrario, las mejoras útiles y las suntuarias que no beneficiaron al propietario colindante no habilitan la acción de rembolso.

Tampoco cuando la mejora, aun la necesaria, se debió a la culpa de uno de los condóminos.

Esta previsión debe ser correlacionada con los arts. 751, 1938 CCyC y concs., y armoniza con lo dispuesto en el art. 1990 CCyC.

ARTÍCULO 2028.- ***Abdicación de la medianería.*** *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.

ARTÍCULO 2029.- ***Alcance de la abdicación.*** *La abdicación del derecho de medianería por el condómino implica enajenar todo derecho sobre el muro y el terreno en el que se asienta.*

1.- Introducción

En el marco de un sistema donde se consagra la obligación de los condóminos de contribuir a los gastos de construcción, conservación y, llegado el caso, reconstrucción del muro (por ejemplo, por vetustez), el CCyC admite el derecho de los obligados a liberarse de tales gastos abdicando de su derecho sobre la pared.

Las normas que se glosan vienen a establecer en qué casos resulta procedente el abandono o abdicación de la medianería, cuáles son sus límites y las consecuencias o efectos que produce.

2. Interpretación

El CCyC admite que el condómino requerido para el pago de créditos originados por la construcción, conservación o reconstrucción de un muro se libere mediante la abdicación de su derecho de medianería, aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso.

Esta facultad es admitida siempre y cuando el muro "*no forme parte de una construcción que le pertenece*", pues en tal caso es claro que se estaría sirviendo de la pared. Tampoco se admite la abdicación si la reparación o reconstrucción ha llegado a ser necesaria a raíz de un hecho propio.

Otra limitación que se impone al ejercicio de la abdicación consiste en que, tratándose de un muro elevado o enterrado, la renuncia no es procedente si no comprende el muro de cerramiento.

La facultad de abandonar deje ejercerse en la oportunidad de ser requerido a la contribución de un gasto de conservación. Si se hiciese con posterioridad, el intento debe reputarse extemporáneo.

De tratarse de una pared encaballada, la abdicación importa no solo la renuncia a los derechos que se tienen sobre ella, sino también la cesión de la franja del terreno sobre la que se encuentra asentada (art. 2029 CCyC).

ARTÍCULO 2030.- ***Readquisición de la medianería.*** *El que abdicó la medianería puede readquirirla en cualquier tiempo pagándola, como si nunca la hubiera tenido antes.*

1. Introducción

El ejercicio del derecho contemplado en el art. 2028 CCyC no impide que, en cualquier momento posterior, el renunciante pueda readquirir la medianera.

2. Interpretación

Quien pretende readquirir la medianería, luego de haber abdicado de ella, debe pagar no solo el valor del muro, sino además la mitad del terreno sobre el que está asentado. Poco importa que haya sido propietario de esa franja del terreno con anterioridad, pues a raíz de la renuncia se produjo la cesión de los derechos que se tenían sobre él, y de lo que aquí se trata es de recobrarlos.

ARTÍCULO 2031.- ***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.*

ARTÍCULO 2032.- ***Atribución, cobro y derechos en la medianería rural.*** *El cerramiento es siempre medianero, aunque sea excavado.*

El que realiza el cerramiento tiene derecho a reclamar al condómino la mitad del valor que corresponde a un cerramiento efectuado conforme a los estándares del lugar.

ARTÍCULO 2033.- ***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.*

1. Introducción

La realidad que ofrecen las zonas rurales, alejadas de los núcleos de población, determinan la necesidad de regular de un modo específico el derecho de encerrarse, el modo de hacerlo y los derechos y obligaciones que se tienen en esos lugares. En estas tres disposiciones se consagra el régimen de la medianería rural, también denominada "de campaña" por la doctrina.

2. Interpretación

El titular de un inmueble —el dueño o condómino ("*el titular de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, de un inmueble*", dice la norma)— ubicado fuera del ámbito señalado en el art. 2007 CCyC, esto es un núcleo de población o sus aledaños, tiene derecho de levantar o excavar un cerramiento.

La excavación en la campaña puede ser una novedad entre nosotros. Rige aunque no sea un muro de cerramiento forzoso en los términos del art. 2008 CCyC, lo cual se explica porque muy raramente se utilizará un muro en la campaña.

El CCyC contempla la obligación de contribuir al cerramiento si el predio quedara completamente encerrado. En muchos de los Códigos rurales no se fija un mínimo de cerramiento, sino que suele imponerse al propietario de un inmueble rural la obligación de cercarlo o alambrarlo en todo su perímetro, al tiempo que se obliga al propietario lindero a pagar los gastos de construcción de un cerco que contribuya a cerrar su propiedad en proporción a la extensión lineal de la que se aproveche.

El cerramiento, aunque sea excavado, es siempre medianero, dice el art. 2032 CCyC. Ello determina que quien lo hace tiene derecho a reclamar al condómino la mitad del valor.

El CCyC establece la remisión a las normas sobre muros medianeros para determinar los derechos y obligaciones de los condóminos en la medianería rural (art. 2033 CCyC). Por cierto que esta remisión no es automática. Dice la norma que rige: "*en lo que es aplicable*", lo que puede entenderse como "en cuanto fuere compatible".

ARTÍCULO 2034.- ***Condominio de árboles y arbustos.*** *Es medianero el árbol y arbusto contiguo o encaballado con relación a muros, cercos o fosos linderos, tanto en predios rurales como urbanos.*

ARTÍCULO 2035.- ***Perjuicio debido a un árbol o arbusto.*** *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.*

ARTÍCULO 2036.- ***Reemplazo del árbol o arbusto.*** *Si el árbol o arbusto se cae o seca, sólo puede reemplazarse con el consentimiento de ambos condóminos.*

1. Introducción

Las normas que se glosan regulan la situación de aquellos vegetales ubicados en los límites de las propiedades, tanto rurales como urbanas. De este modo se establece en qué casos el condómino puede proceder a arrancarlos o a cortar sus ramas o raíces.

2. Interpretación

El CCyC dedica tres artículos al condominio de árboles y arbustos. Comienza por establecer que es medianero el árbol o arbusto contiguo o encaballado con relación a muros, cercos o fosos linderos, tanto en predios rurales como urbanos.

Ya no se trata de árboles existentes en cercos o zanjas medianeras, sino que quedan involucrados enormes alerces o pequeños *berberis microphylla* patagónicos resultando difícil imaginar junto a un muro separativo de propiedades urbanas. Es que el árbol o arbusto pueden estar como acto se esnobismo de alguno de los condóminos, pero —en todo caso— para cumplir funciones distintas del cerramiento.

Cualquiera de los condóminos puede exigir, en cualquier tiempo, si le causa perjuicio, que el árbol o arbusto sea arrancado a costa de ambos, salvo que se lo pueda evitar mediante el corte de ramas o raíces.

Se mantiene la posibilidad de "arrancar" a las especies vegetales, lo que solo será posible si las corrientes ecologistas actuales lo permiten. Quizás pensando en evitar una orden judicial de no innovar, se admite no llegar a la situación extrema del retiro del árbol, si cesa el perjuicio con el solo corte de las ramas o de las raíces.

De todos modos, en cualquiera de los casos, se exige la acreditación del perjuicio por parte del peticionario.

Si el árbol o arbusto se cae o seca por algún accidente, solo puede reemplazarse con el consentimiento de ambos condóminos. Es decir que no puede ser replantado sin conformidad

del lindero, debiendo repartirse entre los condóminos la madera y los frutos, por partes iguales, aunque el tronco del árbol o se encuentre exactamente en el centro del cerco o que sus ramas se inclinen más hacia uno de los lados.

TÍTULO V(*)
Propiedad horizontal

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 2037.- *Concepto.* *La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.*

1. Introducción

El CCyC, a diferencia del art. 2617 CC, que prohibía en forma expresa la propiedad horizontal, la regula como un derecho real autónomo, tal como surge del art. 1887, inc. c, CCyC. Por otra parte, la norma en examen, a diferencia de las disposiciones emergentes de la ley 13.512, conceptualiza al derecho real de propiedad horizontal.

2. Interpretación

2.1. Concepto, naturaleza y elementos del derecho real de propiedad horizontal

En nuestro derecho positivo la propiedad horizontal fue introducida como un derecho real mediante la ley 13.512, que regulo dicha figura. Ahora bien, dicha ley tenía ciertas imperfecciones, lo que dio lugar a interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales divergentes respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, puesto que parte de la doctrina señalaba que se trataba de un derecho real autónomo, mientras que otra parte consideraba que se trataba de la conjunción de dos derechos reales: dominio sobre las partes propias y condominio sobre las partes comunes.

Cabe recordar que la ley 13.512 en ningún artículo definió al derecho real de propiedad horizontal, como si lo hace el Código en el art. 2037 CCyC, que conceptualiza al derecho real de propiedad horizontal y señala cuales son los elementos que lo caracterizan. En efecto, la norma en examen, al regular el derecho real de propiedad horizontal en forma clara y precisa, dispone:

a. que es un derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio;
b. que el objeto de la propiedad horizontal como derecho real autónomo es una unidad (edifico, lote o conjunto edilicio);
c. que su titular tiene facultades de uso, goce y disposición material y jurídica sobre las partes privativas y comunes del edificio;

(*) Comentarios a los arts. 2037 a 2048 elaborados por Roberto Malizia.

d. que, dada la naturaleza del derecho real de propiedad horizontal, las facultades antes mencionadas se encuentran limitadas por las disposiciones del Título de éste Código y por las cláusulas pactadas en el reglamento de propiedad horizontal;

e. que en la propiedad horizontal existen partes privativas y partes comunes; y

f. que las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

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

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

1. Introducción

El artículo en examen dispone quienes pueden constituir el derecho real de propiedad horizontal y los requisitos que deben cumplirse desde el punto de vista formal a los efectos de su validez y oponibilidad.

2. Interpretación

2.1. Formas de constitución

La propiedad horizontal puede nacer de diferentes modos:

a. supuesto de edificio construido por propietario único que declara la obra nueva y constituye el régimen de propiedad horizontal. Posibilidad ésta permitida por el CCyC, comenzando propiamente el régimen a funcionar a medida que se vayan enajenando los distintos pisos, oficinas, locales, cocheras;

b. en el caso de que exista un condominio sobre el edificio, los condóminos podrán afectarlo al régimen de la propiedad horizontal, siempre y cuando el edificio cumpla con los requisitos previstos en la ley, es decir, que se trate de unidades funcionales independientes —según su finalidad o destino— y que tengan una comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común (art. 2039 CCyC).

c. supuesto de la propiedad horizontal constituida por el superficiario. El titular del derecho real de superficie (superficiario) se encuentra facultado para que la construcción edificada sobre el terreno del propietario se afecte al régimen de propiedad horizontal. En dicho caso, el derecho de propiedad horizontal se extingue con la extinción del derecho de superficie, por ejemplo, por el cumplimiento del plazo convenido. Ello se desprende de la interpretación del art. 2125 CCyC que, al regular los efectos de la extinción, señala: "*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".

En cualquiera de los supuestos mencionados *ut supra* es requisito indispensable que el reglamento de propiedad horizontal se redacte por escritura pública y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble. Dicho reglamento se integra al título suficiente sobre la unidad funcional. En efecto, en la escritura que consta la enajenación de la unidad funcional —ya sea por donación, permuta, venta, dación en pago, entre otras— se deberá dejar constancia que el adquirente conoce y acepta el reglamento de propiedad horizontal.

2.2. Reglamento de propiedad

El reglamento es de vital importancia no solo porque es un requisito jurídico para afectar un edificio al régimen de la propiedad horizontal, sino también porque es el contrato que regula la organización consorcial. En dicho reglamento se mencionan las unidades funcionales, sus metrajes, sus porcentuales, las unidades complementarias, los bienes propios y comunes, los órganos de gobierno del consorcio de propietarios y clases y forma de convocar a asambleas. El reglamento de propiedad horizontal de un consorcio constituido en los términos previstos en el presente Código forma parte del título de dominio de cada uno de los copropietarios y constituye la ley a la que deben ajustar sus derechos y obligaciones. La persona que adquiere una unidad funcional dentro de ese régimen está en la obligación de someterse a sus disposiciones, como medio de propender al normal desarrollo de las relaciones entre los copropietarios y al buen funcionamiento del régimen establecido por la ley.

2.3. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, destacamos que se trata de un contrato de adhesión, puesto que tiene la particularidad de que son redactados, en principio, por la persona que afecta su propiedad al régimen jurídico de la propiedad horizontal —salvo en los casos que un derecho real de condominio por voluntad de los condóminos se transforme en propiedad horizontal, en cuyo caso el reglamento es redactado y aprobado por todos los consorcistas—, luego de lo cual cualquier tercero que adquiere una unidad funcional se adhiere a las cláusulas del reglamento, que por otra parte, como ya lo expresáramos, integra el título de adquisición de la unidad funcional.

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

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

Remisiones: ver art. 2056, incs. b y q, CCyC.

1. Introducción

El artículo en examen determina en forma precisa y concreta cuál es el alcance de la unidad funcional y como está integrada la misma.

2. Interpretación

2.1. Requisitos de afectación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal

La propiedad horizontal, como derecho real autónomo, permite fraccionar los edificios en plantas horizontales y estas, a su vez, por sectores (unidades funcionales) que pueden consistir en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino (cocheras, oficinas). Sin perjuicio de ello, la afectación al régimen de la propiedad horizontal consta de dos condiciones:

a. que las unidades funcionales sean independientes entre sí;

b. que tengan una salida directa al exterior autónoma o a través de un pasillo común.

2.2. Objeto

El objeto del derecho real de propiedad horizontal es un inmueble edificado, cuyas unidades funcionales reúnan ciertas características: independencia funcional y salida a la vía pública. Tradicionalmente se ha identificado un objeto inmediato que es la unidad funcional (departamento, cochera, local, etc.), y un objeto mediato constituido por las partes comunes (escalera, ascensores, etc.).[18]

No se trata de dos objetos sino de uno (el inmueble propio), integrado por sectores cuya interdependencia funcional hace imposible separarlos. Es por esta razón que la última parte del art. 2037 CCyC enuncia que "*las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible*", norma que hace referencia al punto de vista espacial y de la disposición jurídica, no así en cuanto a las prerrogativas físicas de cada propietario, que necesariamente deben ser distinguidas.[19]

En definitiva, el objeto del derecho real de propiedad horizontal es la "unidad funcional" compuesta del sector privativo independiente y del porcentaje sobre el terreno y demás partes y cosas comunes.

El espacio propio está conformado por un cubo de aire delimitado por divisiones horizontales y verticales y por cosas propias del titular de la unidad funcional (tabiques divisores de ambientes, las puertas, las ventanas, artefactos de iluminación, artefactos de calefacción y/o refrigeración, sanitarios, revestimientos de los distintos ambientes como por ejemplo alfombras, cerámicas, azulejos, papeles, pisos flotantes o el revestimiento de los balcones, entre otros).

El segundo párrafo de la norma en examen dispone que la propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, como asimismo las cosas y partes de uso común del inmueble, y las unidades complementarias destinadas a servirla.

2.3. Unidades complementarias

Una unidad complementaria es el conjunto de superficies cubiertas y/o semicubiertas y/o descubiertas directamente comunicadas y unidas entre sí, que por su naturaleza tienen

(18) Causse, Jorge Raúl, "Reformulación del régimen de la propiedad horizontal", en *La Ley*, 11/03/2011.

(19) Kiper Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho (UBA), 2013.

por finalidad servir a las unidades funcionales como por ejemplo bauleras, cocheras individuales, etc.

La unidad complementaria, desde el punto de vista legal, es aquella que figura como tal en los planos previamente aprobados por la oficina técnica respectiva y que luego se traduce en la subdivisión horizontal.

En el plano de mensura de propiedad horizontal deben figurar la planilla de unidades funcionales y la planilla de unidades complementarias.

El uso y alcance de las unidades complementarias deben estar especificados en el reglamento de propiedad, ello a fin de evitar eventuales conflictos. Deberá determinarse si dichas unidades pueden ser objeto de disposición a terceros no propietarios o bien si se puede otorgar la tenencia de las mismas a un tercero ya sea por un contrato de locación o de comodato.

Cabe señalar que el art. 2056 CCyC, al mencionar el contenido del reglamento de propiedad horizontal, indica que debe especificar las unidades funcionales y complementarias y, respecto a estas últimas, deberá determinarse las eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios (ver art. 2056, incs. b y q, CCyC).

Si el reglamento de propiedad no establece prohibición alguna, considero que no existe ningún impedimento para que el propietario ceda el ejercicio de la unidad complementaria a un tercero no propietario o bien a otro propietario del consorcio. Si bien la norma no resulta clara en cuanto a qué se refiere cuando utiliza el término "disposición" considero que no se refriere a los denominados actos de disposición que implica la enajenación, es decir, sacar la cosa —en este caso la unidad complementaria— del patrimonio del propietario, puesto que la unidad complementaria conforma un todo con la unidad funcional a la cual sirve, motivo por el cual no resulta posible su enajenación en forma autónoma.

Por su parte el art. 2045 expresa: *"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".

Por último, se destaca que en concordancia con lo hasta aquí expuesto, el art. 117 del decreto 2080/1980, t. o. 1999, reglamentario de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal, establece: *"Las unidades complementarias no son susceptibles de ser registradas en forma independiente sino vinculadas como accesorias de una unidad funcional, con excepción del supuesto en el que se transmitan a quien fuere titular de una unidad funcional en el mismo edificio, o la adquiera simultáneamente. En tal caso, la unidad complementaria quedará asignada a la funcional de propiedad del adquirente"*.

Si lo que se trasmite es la unidad funcional, no cabe duda que también que comprendida en dicha enajenación la unidad complementaria.

ARTÍCULO 2040.- ***Cosas y partes comunes.*** ***Son comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales las cosas y partes de uso común de ellas o indispensables para mantener su seguridad y las que se determinan en el reglamento de propiedad horizontal. Las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes.***

Sobre estas cosas y partes ningún propietario puede alegar derecho exclusivo, sin perjuicio de su afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales.

Cada propietario puede usar las cosas y partes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios.

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

a. *el terreno;*
b. *los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a éstas con el exterior;*
c. *los techos, azoteas, terrazas y patios solares;*
d. *los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad;*
e. *los locales e instalaciones de los servicios centrales;*
f. *las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional;*
g. *la vivienda para alojamiento del encargado;*
h. *los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas;*
i. *los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes;*
j. *las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros;*
k. *todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común;*
l. *los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio.*

Esta enumeración tiene carácter enunciativo.

1. Introducción

El art. 2040 CCyC hace referencia a cosas y partes comunes señalando que son aquellas necesarias para poder ejercer el derecho real de propiedad horizontal, ya que hacen a su propia esencia y, en algunos casos, son las que están vinculadas con la seguridad y solides del edificio sometido a dicho régimen jurídico.

2. Interpretación

2.1. Cosas y partes comunes

Conforme al art. 2040 CCyC, los propietarios de cada unidad tienen derecho a usar las cosas y partes de propiedad común, pero que pueden diferir en el uso (puede ser de uso exclusivo de alguna unidad o bien en el uso común de todos los consorcistas).

Las partes y cosas comunes son aquellas que surgen de la ley (art. 2041 CCyC) y del reglamento de propiedad horizontal, puesto que la ley solo se limita a realizar una enumeración enunciativa. Cada reglamento, según las características edilicias y la finalidad

de las unidades funcionales, detallará en forma precisa y concreta cuales son las partes y cosas comunes.

Los artículos en examen hacen referencia a partes comunes solo para "algunas unidades", como por ejemplo las terrazas existentes en dos cuerpos de edificación de un mismo consorcio. (20) Por otra parte dichas normas señalan que ciertas partes comunes pueden estar afectada en forma exclusiva a una o varias unidades funcionales, lo que sin duda hace referencia a los denominados sectores comunes de uso exclusivo.

2.2. Bienes comunes de uso exclusivo

Son aquellas partes del edificio que por su ubicación no pueden ser usados por todos los propietarios sino por uno o algunos de ellos, con el fin de asegurar el uso de algunos bienes comunes a unidades a las que éstas acceden de modo exclusivo (balcones, patios anexos a una unidad, terrazas).

Las cosas y partes cuyo uso no está determinado en la ley o en el reglamento de propiedad, 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. Pero como el uso es exclusivo generalmente se determina en los reglamentos, la modalidad de ese uso, las obligaciones de cada usuario en su mantenimiento, los problemas derivados del deterioro proveniente del uso y el deber de conservación, debe estar a cargo, como regla, de la persona que lo aprovecha en forma exclusiva.(21)

El último párrafo del art. 2040 CCyC dispone que las partes o cosas comunes deben ser usadas conforme a su destino y sin generar perjuicios a los restantes consorcistas.

Analizando el art. 2041 CCyC, podemos decir que la enumeración que efectúa de las partes y de las cosas necesariamente comunes —con carácter enunciativo, como lo refiere la parte final de la norma tiene—, un trascendencia vital, puesto que al tratarse de una norma de orden público las partes y cosas comunes que enumera el artículo son esenciales, y por ende el reglamento de propiedad no podría modificar lo que la ley imperativamente establece "como partes o cosas comunes". Lo que si puede el reglamento es establecer cosas o partes comunes no mencionadas por el referido artículo.

ARTÍCULO 2042.- ***Cosas y partes comunes no indispensables.*** *Son cosas y partes comunes no indispensables:*

a. *la piscina;*
b. *el solárium;*
c. *el gimnasio;*
d. *el lavadero;*
e. *el salón de usos múltiples.*

Esta enumeración tiene carácter enunciativo.

(20) Resqui Pizarro, Jorge C., "Aproximaciones al anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial en lo referido a la propiedad horizontal", [en línea] eldial.com, DC18D6.

(21) Highton, Elena I., *Derechos Reales. Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, t. 4, Bs. As., Jurídicas Ariel, 1979, p.129.

1. Introducción

La norma en examen incorpora como cosas y partes comunes los denominados *amenities,* muy comunes en las construcciones de edificaciones sometidas a la propiedad horizontal a partir de la década del noventa, y que consisten en comodidades o el valor agregado que viene con una propiedad sometida al régimen de propiedad horizontal (piscina, jacuzzi, sauna, gimnasio, etc.), los cuales tenían su regulación propia en los reglamentos de copropiedad y administración.

2. Interpretación

2.1. Cosas y partes comunes no indispensables

El Código contempla las nuevas realidades y realiza una enumeración enunciativa de las cosas y partes comunes no indispensables. Como bien lo sostiene Gurfinkel de Wendy, de la simple lectura del artículo se desprende el carácter de prescindibles de tales cosas comunes, a diferencia de las enumeradas en el art. 2041 CCyC, sin las cuales el edificio no podría existir (cimientos, muros maestros) o cumplir la función para la que fue destinado (ascensores, cañerías).

ARTÍCULO 2043.- ***Cosas y partes propias.*** ***Son necesariamente propias con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.***

También son propias las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada.

1. Introducción

La norma en examen menciona que son necesariamente propias con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias.

2. Interpretación

2.1. Cosas y partes propias

Respecto de la propiedad exclusiva, el titular del derecho real se comporta con relación a la cosa como el titular del derecho de dominio de un inmueble no sometido al régimen de la propiedad horizontal, en lo que al aspecto jurídico del mismo se refiere. Es decir que, respecto del dominio del inmueble, en lo que a la parte privativa respecta, el propietario tiene el *ius utendi, el ius fruendi y el ius abutendi* clásicos del derecho romano en lo que al dominio perfecto se refiere. En cuanto al ejercicio fáctico de sus derechos, solamente estará constreñido en lo que se refiere a las limitaciones que la ley y el reglamento de propiedad imponen.

El artículo señala que son propias las cosas y partes comprendidas en el volumen (cubo de aire) que conforma la unidad funcional, mencionando entre otros a los tabiques internos no portantes, las ventanas, las puertas, el revestimiento de los pisos (cerámica, tarugados, flotantes, alfombrados), artefactos (bañadera, bidet, inodoro, aire acondicionado).

No se puede dejar de señalar que los balcones de un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal son una parte común de uso exclusivo. Sin embargo, el revestimiento del mismo es considerado por la norma como propia del titular de la unidad funcional.

El reglamento de propiedad horizontal puede establecer otras cosas o partes que considere propias, lo que no puede es especificar como propias partes o cosas que la ley considera que son comunes, ello en razón de que las normas que regulan el derecho real de propiedad horizontal son sustancialmente de orden público.

El artículo en examen admite la posibilidad —como ya lo expresáramos precedentemente— de que el reglamento de propiedad horizontal especifique otras partes propias en la medida que éstas admitan un derecho exclusivo, por ejemplo los balcones o los jardines, en concordancia con lo dispuesto en el art. 2056, inc. c, CCyC.

ARTÍCULO 2044.- ***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.

1. Introducción

La ley 13.512, que reguló el régimen de la propiedad horizontal, no estableció que el consorcio de propietario revestía la calidad de persona jurídica, lo cual motivó distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto, si bien la postura mayoritaria se expidió en el sentido de que el "consorcio de propietarios" era una persona jurídica distinta de los consorcistas que lo integraban.

2. Interpretación

2.1. Personería jurídica del consorcio de propietarios

El artículo en examen, en forma clara y precisa, señala que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio y menciona alguno de sus atributos: domicilio y los órganos que lo componen. Otro de los atributos que surge del examen de las normas que regulan la propiedad horizontal es el patrimonio.

El consorcio tiene su domicilio en el inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal; y, como sujeto de derecho, tiene un patrimonio propio que está conformado por el fondo de reserva (si lo hubiere), el monto recaudado por expensas (comunes o extraordinarias) y los intereses generados por cuentas bancarias.

"*Las cosas y partes comunes no forman parte del patrimonio del consorcio ya que conforman un todo inescindible, de modo tal que el derecho real que corresponde a cada propietario sobre las partes comunes no puede ser enajenado o gravado en forma independiente; los consortes no transfieren parte de su patrimonio al consorcio sino solo la administración de las cosas comunes que implica la obligación, para este* último, *de mantenerlas en buen estado de conservación.*

Cabe recordar en este punto que las cosas comunes no son embargables por cuanto no son propiedad del consorcio, son inseparables de lo principal, como lo señalamos renglones antes, y además son indispensables para el funcionamiento del sistema".[22]

Los órganos a los que hace referencia la norma (asamblea, el consejo de propietarios y el administrador), son aquellos para que el ente consorcial funcione como tal. Al tratarse de una persona jurídica, necesita sin duda de un representante legal (administrador) que será la persona física y/o jurídica designada a fin de representar al consorcio ante las entidades administrativas, bancarias y judiciales.

Por su parte, la asamblea es el órgano deliberativo conformado por los consorcistas que, por las mayorías legales y/o las establecidas en el reglamento de propiedad, toma las decisiones que deberán ser ejecutadas por el administrador.

El CCyC introduce la figura del consejo de propietarios que no tiene, en principio, la facultad de representar al consorcio, salvo en el supuesto de acefalía por muerte, ausencia o renuncia del administrador, en cuyo caso ejercerá la administración del consorcio en forma temporaria, tal como lo dispone el art. 2064, inc. d, CCyC.

2.2. ¿Desde cuándo nace el consorcio como persona jurídica?

La norma señala que la persona jurídica **consorcio** está conformada por el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales. En definitiva para dar nacimiento a la propiedad horizontal es necesario que existan por los menos dos consorcistas, razón por la cual la afectación de un inmueble al régimen de la propiedad horizontal y el nacimiento del consorcio como persona jurídica depende de quién efectúe la afectación jurídica.

Si la afectación al régimen jurídico de la propiedad horizontal la realiza quien es titular del inmueble redactando el reglamento de propiedad horizontal e inscribiéndolo en el registro de la propiedad inmueble, la persona jurídica consorcio nace con la primera enajenación que se haga de una de las unidades funcionales, puesto que no se puede concebir un consorcio sin consorcisas, ya que es la propia norma la que establece que el ente consorcial está compuesto por un conjunto de propietarios.

En el supuesto que la afectación al régimen de la propiedad horizontal de un inmueble fuera efectuada por los condóminos del inmueble, la persona jurídica consorcio nace desde el mismo momento en que se inscribe en el registro de la propiedad inmueble el reglamento de propiedad horizontal produciéndose una mutación jurídica ya que el condominio se transforma por voluntad de los condóminos en propiedad horizontal y los mismos pasan a revestir la calidad de propietarios de las unidades funcionales.

2.3. Desafectación

El art. 2044, párr. 2, CCyC prevé la extinción de la personalidad del consorcio por la desafectación del inmueble al régimen de la propiedad horizontal. La norma prevé dos supuestos de desafectación: por voluntad de la totalidad de los propietarios o por resolución judicial.

En el primer supuesto, la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales deberán manifestar, en una asamblea extraordinaria celebrada a tal fin, su voluntad de des-

(22) Gurfinkel de Wendy, Lilian, en J. C. Medina y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo V, Bs. As., La Ley, 2014, p. 534.

afectar el inmueble al régimen de la propiedad horizontal, en cuyo caso, claro está, se requiere como quórum la unanimidad de los consorcistas y la desafectación requiere como mayoría la unanimidad. Una vez manifestada la voluntad en el acto asambleario, deberá concretarse jurídicamente la desafectación mediante la instrumentación por escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Al producirse la desafectación, los titulares del derecho real de propiedad horizontal se transforman en condóminos del inmueble desafectado, ello en la proporción pactada de común acuerdo.

El segundo supuesto previsto en la norma —resolución judicial—, será el juez quien, bajo resolución fundada, decida poner fin a la personalidad del consorcio.

2.4. Quiebra del consorcio

Existe un antiguo precedente jurisprudencial —durante la vigencia de la ley 13512— que hizo lugar al concurso civil de un consorcio insolvente con fundamento en que el consorcio de propietarios es un verdadero sujeto de derecho que goza de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, tiene domicilio, posee un patrimonio propio, actúa por intermedio de su órgano de representación y decide en asamblea.(23)

El CCyC señala que el consorcio de propietarios es una persona jurídica privada tal como surge del art. 148, inc. h, CCyC, y al establecer las causales de liquidación o disolución de dichas personas jurídicas, hace referencia a la quiebra (art. 163, inc. e, CCyC), motivo por el cual podría considerarse que no existe ningún impedimento legal para que se pueda, por vía judicial, decretarse la quiebra del consorcio, puesto que no existe ninguna norma del CCyC que lo prohíba.

La jurisprudencia mayoritaria, durante la vigencia de la ley 13512, consideraba que no resultaba posible decretar la quiebra de un consorcio de propietarios.(24)

En tal sentido, señalaba que "*Más allá de la personalidad jurídica del consorcio y de la inexistencia de previsión legal que lo excluya del régimen de la quiebra, existe una imposibilidad jurídica, láctica y funcional de aplicar dicho régimen al consorcio de propietarios; ello es así, porque decretada la quiebra de una persona de esta especie, tal quiebra no tendría ni podría tener los efectos que le son propios y típicos (…) Dada esa imposibilidad de aplicarle el régimen falencial, es irrelevante que el consorcio se halle en cesación de pagos, toda vez que la cuestión no pasa por la insolvencia sino por las características de esta peculiar persona jurídica, a la que puede considerarse una persona jurídica necesaria, dado que (...) el consorcio de la propiedad horizontal es un resorte indispensable de ese régimen y está llamado a perdurar en tanto subsista la misma propiedad horizontal...*".(25)

En efecto, se reitera el consorcio de propietarios, en tanto resulta persona necesaria, inevitablemente, debe 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

(23) CApel. Civ. y Com., Sala 1, Mar del Plata, 22/04/1969, *JA* 5-1970-649.

(24) CNac. Apel. Com., Sala D, "Consorcio de Propietarios de la calle Perú 1724", 26/12/2005, en *ED* 171-600.

(25) Llambías, J., *Código Civil Anotado*, t. I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1978, p. 81; CNac. Apel. Com., Sala C, "Consorcio de Propietarios Edif. J.B. Abrosetti 190 le pide la quiebra Palacios José Zacarías", 10/10/2003, CNac. Apel. Com., Sala D, "Consorcio…", fallo cit.

permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio, ente cuya creación no es optativa sino automática.[26]

Martorell considera que, a los fines de solicitar el concurso o quiebra del consorcio, habrá que interpelar previamente a los propietarios y constituirlos en mora para dejar expedita la vía de ejecución colectiva también en contra de estos últimos.[27]

Aplicando las normas comerciales al tema en cuestión se afirma que desde el punto de vista estrictamente normativo, la situación del consorcio de propietarios no está contemplada entre las excepciones de la ley 24.522, por lo cual, siendo una persona jurídica con caracteres especiales en cuanto a su objeto, queda encuadrada en los arts. 2° y 5° de la ley de la materia y, aunque no persigue fines de lucro, al realizar contrataciones mediante las cuales cubre las necesidades y obtiene beneficios, contrae obligaciones que al quedar incumplidas lo vuelven pasible del concurso o quiebra.[28]

2.5. Desafectación por destrucción o demolición del edificio

Por último, se destaca que la personalidad del consorcio concluye por la destrucción total o la demolición del edificio, transformándose en un condominio sobre el terreno y los escombros.

CAPÍTULO 2
Facultades y obligaciones de los propietarios

ARTÍCULO 2045.- ***Facultades.*** ***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.***

1. Introducción

La norma en estudio establece cuales son las facultades y obligaciones que tiene cada propietario sobre su unidad funcional y cuáles son sus alcances y efectos.

2. Interpretación

2.1. Facultades y obligaciones de los propietarios

Respecto a su unidad funcional, cada propietario tiene las facultades y derechos propias de un dueño, se puede distinguir entre facultades materiales y jurídicas.

a. Facultades materiales:
   - derecho de poseer, ya que la propiedad horizontal es un derecho real sobre cosa propia que se ejerce por la posesión;

(26) CNAC. APEL. COM., Sala A, "Consorcio de Propietarios Edificio Güemes 4215 s. pedido de quiebra por Fischetti Nunzio A.", 30/12/2010.

(27) MARTORELL ERNESTO, *Tratado de concursos y quiebras*, t. I, Bs. As., Depalma, 1998.

(28) GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", en *La Ley*, 03/06/2013.

- derecho de usar: deberá sujetarse al destino establecido en el reglamento;
- derecho de gozar: puede percibir los frutos que genere la cosa;
- derecho de disponer materialmente: es limitado.

b. Facultades jurídicas. Cada propietario puede enajenar la unidad funcional que le pertenece o constituir derechos personales o reales sobre el mismo, por lo tanto tiene los siguientes derechos:

- derecho de enajenar (venta, donación, permuta, dación en pago, etc.);
- derecho de gravar (hipotecar, constituir usufructo uso, habitación);
- derecho de constituir derechos personales (locación, comodato);
- derecho de abandonar.

La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas, partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de estas. *"El sucesor singular, al adquirir el derecho real, adhiere al reglamento de copropiedad y administración incorporándose al sistema consorcial y quedando obligado, por tanto, al cumplimiento de todas las normas legales y reglamentarias que lo rigen"*.[29]

ARTÍCULO 2046.- ***Obligaciones.*** *El propietario está obligado a:*

a. *cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, y del reglamento interno, 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.*

1. Introducción

La norma en examen enumera en forma clara y precisa un conjunto de obligaciones que el propietario debe cumplir en el marco del régimen consorcial.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones del propietario

Cabe recordar que el derecho real de propiedad horizontal, por su propia naturaleza, implica que un conjunto de propietarios de diferentes unidades funcionales dan nacimiento a una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, y que a partir de la afectación, los propietarios deben respetar un conjunto de normas que emanan del

(29) Gurfinkel de Wendy Lilian N, en J. C. Medina y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo V, Bs. As., *La Ley*, 2014, p. 538.

CCyC, del reglamento de propiedad horizontal y del reglamento interno, a fin de hacer posible la funcionalidad de la vida consorcial en la que se deben conciliar los derechos sobre las partes propias y las partes comunes, ya sean estas de uso común o exclusivo.

a. *cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal, y del reglamento interno, si lo hay;*

El reglamento de propiedad horizontal y el reglamento interno son un verdadero contrato y, por lo tanto, las cláusulas que lo integran son como la ley misma para los propietarios de las distintas unidades funcionales que lo integran. Las disposiciones del reglamento de propiedad establecen cuales son los derechos, obligaciones y limitaciones de los propietarios, dado que la necesidad de compartir bienes, cosas y servicios entre todos los copropietarios origina la necesidad de determinar las normas que irían a regir la convivencia dentro de cada edificio. La norma en estudio establece las obligaciones mínimas que deben cumplir los consorcistas, pero ello no implica que cada reglamento, de acuerdo a la finalidad de las unidades funcionales y las particularidades del consorcio, establezca un conjunto de obligaciones no contempladas en la ley y que sin embargo resultan necesarias a los fines del buen funcionamiento de la comunidad consorcial.

b. *conservar en buen estado su unidad funcional;*

Como principio general vamos a decir que la conservación de las partes y cosas propias de la unidad funcional es una facultad propia de su titular, quien no se encuentra obligado a realizar el mantenimiento o conservación puesto que ello es privativo de cada titular. En muchas ocasiones, por razones económicas, culturales o personales los propietarios no realizan actos materiales de conservación. Ahora bien, si como consecuencia del deterioro y falta de mantenimiento o conservación en las partes privativas de la unidad funcional se ocasionara un perjuicio a otras unidades funcionales o partes comunes del consorcio, el propietario podrá ser intimado a realizar el mantenimiento adecuado y a reparar a su costa los perjuicios ocasionados por su actuar negligente. Los daños producido a una unidad funcional de propiedad horizontal por filtraciones de agua emanadas del piso superior imputable a su dueño o guardián deben ser solventados por el propietario de la cosa que produce el daño si emanan de cosas o partes privativas (las filtraciones de humedad generadas por una maceta de grandes dimensiones apoyada en el piso del living, o las generadas por la falta de impermeabilización de una bañera colocada en forma deficiente). La responsabilidad de los consorcistas individualmente considerados está regida por los principios generales, por ello se ha estimado que, en materia de daños derivados de las cosas inanimadas, que cuando se trata de un edificio dividido en propiedad horizontal, debe distinguirse entre las cosas comunes —de las cuales es guardián el consorcio—, y las cosas privativas —de las cuales es guardián el dueño de la respectiva unidad—, para concluir que en materia de humedades y filtraciones originadas en superficies y lugares comunes del edificio, la responsabilidad incumbe al consorcio, mientras que si los daños derivan de cañerías de distribución que sirven exclusivamente a determinados departamentos, el responsable es el dueño del departamento que hubiera originado el perjuicio.

c. *pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias en la proporción de su parte indivisa;*

El derecho real de propiedad horizontal, por su propia naturaleza y finalidad, trae aparejada la necesidad de la realización de gastos comunes de mantenimiento, conservación

y reparación de las partes comunes, como asimismo el pago del sueldo y cargas sociales del encargado, personal de mantenimiento, de seguridad, honorarios del administrador, gastos en diferentes insumos. A fin de afrontar dichos gastos, los propietarios se encuentran obligados a abonar las expensas ordinarias y las extraordinarias que hubieran sido fijadas para cubrir gastos de dicha naturaleza. Los gastos deberán ser afrontados por los obligados al pago en la proporción de su parte indivisa.

d. *contribuir a la integración del fondo de reserva, si lo hay;*

A diferencia de la ley 13.512, el CCyC prevé la posibilidad de que los consorcistas contribuyan a fin de integrar un "fondo reserva", pero tal como se encuentra redactado el artículo el legislador no impuso en forma obligatoria la constitución del fondo de reserva, por lo que el mismo resulta optativo y, en su caso, será obligatorio si así lo establece una de las cláusulas del reglamento de propiedad horizontal. El fondo de reserva constituye un ahorro en dinero que permite hacer frente a situaciones urgentes o imprevistas para el edificio, como el cambio de cañerías rotas, inundaciones en el edificio, rotura de la caldera o termo tanque correspondiente a los servicios centrales o bien para efectuar obras. En cuanto al monto a pagar para su integración, se señala que lo debe establecer el reglamento de propiedad horizontal y puede computarse según un monto mensual o porcentaje de las expensas. Por lo general el fondo de reserva se coloca en una cuenta corriente o en un plazo fijo de una entidad bancaria, y suele ser controlado por el consejo de administración.

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.*

Los dos incisos mencionados precedentemente son obligaciones para los propietarios y a su vez tienen por finalidad que el administrador en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias procesa a cumplir con su función de contralor de las unidades funcionales. En tal sentido, se señala que los propietarios no pueden negarle el acceso al administrador a la unidad funcional cuando este alegue que en uso de sus facultades de inspección debe ingresar a fin de constatar 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. El art. 2046, inc. f, CCyC se vincula con la obligación del propietario de la unidad funcional de notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial si opta por constituir uno diferente del de la unidad funcional, ello a los fines de que el administrador tome efectivo conocimiento del domicilio de propietario a los efectos de su notificación en los casos que deba ser anoticiado de actos consorciales (asambleas ordinarias o extraordinarias, intimaciones para el cumplimiento del reglamento de propiedad horizontal, reparaciones urgentes, entre otras).

ARTÍCULO 2047.- ***Prohibiciones.*** *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.*

1. Introducción

Al igual que lo previsto en el art. 6° de la ley 13.512, la norma en examen enumera las prohibiciones dirigidas a los propietarios y/o ocupantes de las unidades funcionales, ello a fin de evitar conflictos en la vida comunitaria del régimen consorcial como asimismo de no poner en riesgo la seguridad del edificio.

2. Interpretación

2.1. Prohibiciones

El CCyC mantiene las prohibiciones establecidas por la ley 13.512, pero en cuanto a la legitimación pasiva tiene un alcance mayor, puesto que se refiere no solo al propietario, sino también a la figura del ocupante, que desde el punto de vista jurídico alcanza entre otros a los poseedores ilegítimos, a los locatarios, a los comodatarios y a cualquier otro poseedor legítimo (usufructuario, usuario).

Por lo pronto, conviene destacar que las restricciones y límites al dominio establecidas —legales o convencionales—, desempeñan un papel fundamental y deben ser estrictamente observadas toda vez que su cumplimiento está destinado a resguardar la armónica convivencia evitando que individualmente introduzcan innovaciones que puedan afectar los derechos del resto de los copropietarios.

2.2. Destino

Es clara la norma cuando prohíbe a los propietarios u ocupantes de cada piso destinarlos a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración.

La determinación de las unidades funcionales en cuanto a su destino (vivienda, uso comercial, oficinas, cocheras) en el reglamento de propiedad horizontal es una cláusula estatutaria, la que requiere para ser reformadas el voto unánime de todos los copropietarios.

El art. 2047 CCyC, al referirse a las prohibiciones que se le imponen a cada copropietario de la unidad funcional, está aludiendo, en verdad, a las restricciones y los límites del derecho exclusivo que cada copropietario tiene, no pudiendo tales restricciones y límites llegar a desnaturalizar el derecho de cada consorcista. Ello significa que "*las reglas de convivencia estrechas que impone a los copropietarios el régimen de propiedad horizontal inciden en que la tolerancia que se deben los consorcistas es más exhaustiva que la que se da en el derecho real de dominio del código Civil. El verdadero fundamento que se debe preservar es el de una convivencia normal y regular, motivo por el cual se profundizan las exigencias en cuanto a las prohibiciones y restricciones que se imponen a los copropietarios*".[30]

(30) Humphreys, Ethel y Goldenberg, Alicia E., *Régimen de la propiedad horizontal. Ley 13.512 y su reglamentacion. Comentada y anotada. Normativa complementaria*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2004.

2.3. Prohibición de realizar actividades contrarias a la moral y buenas costumbres

La norma determina la prohibición de realizar todas aquellas actividades que atenten contra la moral y las buenas costumbres, o que contraríen lo establecido por el reglamento de copropiedad y administración. Esta regla es una aplicación de los principios generales del derecho. A tal fin, se debe entender que la "moral" va a estar determinada por las mismas convicciones que los copropietarios tengan y que la habrán de plasmar en el estatuto que regirá su vida en comunidad. Las "buenas costumbres" serán las actividades que no afecten el decoro y buen orden que debe reinar en las relaciones de vecindario y el respeto recíproco por la sensibilidad y delicadeza comunes.

2.4. Actos que exceden la normal tolerancia

El art. 2047, inc. b, CCyC proscribe la realización de toda actividad que pueda afectar la tranquilidad de los vecinos o la seguridad del inmueble, y refiere a modo de ejemplo la perturbación con ruidos. De esta manera, está estableciendo una regla de convivencia a través de la imposición de una restricción o límite al dominio.

"*Si bien este concepto 'tranquilidad' que refiere la ley subjetiva, dependerá para su configuración de las convicciones de los consorcistas, quienes establecerán cuál es el límite de la misma. Por ejemplo, mientras que algunos determinarán que no se puede hacer ruidos los días de semana entre las 12:00 y 15:00 horas, otros impondrán como prohibición el no hacerlos desde las 11:30 hasta las 17:00*".(31)

El no afectar la tranquilidad —como la prohibición de hacer ruidos molestos— es una limitación que guarda su correlato con el art. 2618 CC en cuanto dispone que "*las molestias se ocasionen en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuentas las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas*".

Finalmente, a la prohibición del art. 6°, inc. b, ley 13.512 habría que agregar que, en realidad, su objetivo lo constituye el intentar mantener una convivencia consorcial armónica y pacífica, a pesar de las restricciones impuestas al uso de los sectores comunes y de las unidades funcionales conforme al destino estipulado en el reglamento de copropiedad y administración.

ARTÍCULO 2048.- ***Gastos y contribuciones.*** *Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional.*

Asimismo, 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.

(31) Humphreys, Ethel y Goldenberg, Alicia E., *Régimen…*, *op. cit.*

Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

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.

Remisiones: ver comentario a los arts. 2046 y 2049 CCyC.

1. Introducción

Como norma general, el reparto de los gastos comunes se realizará conforme a la cuota de participación que cada unidad funcional tiene asignada en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

2. Interpretación

2.1. Gastos y contribuciones

El sistema de distribución de gastos y contribución al mantenimiento y conservación de los elementos comunes es independiente del régimen de ocupación en que se encuentre el inmueble. El gasto de conservación y mantenimiento es de obligado cumplimiento para todos los propietarios. El primer párrafo de la norma en examen se refiere a la obligación del propietario de asumir los gastos referidos a la conservación y mantenimiento de su propia unidad funcional, por lo que cabe remitirse al comentario realizado al art. 2046 CCyC.

2.2. ¿Qué son las expensas comunes u ordinarias?

En el derecho real de propiedad horizontal, los propietarios y los poseedores por cualquier título están obligados al pago de las expensas, en proporción al valor de sus unidades funcionales (pisos, departamentos, oficinas, locales, cocheras, etc.), a fin contribuir a solventar los gastos que demanden la administración, conservación y reparación de las partes comunes. Dicha contribución económica la ley la denomina "expensas comunes ordinarias".

Dichas expensas son recaudadas por el administrador del consorcio a los efectos de hacer frente a los gastos 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. Cuando la norma se refiere a los gastos de administración, consideramos que se encuentran comprendidos los sueldos y cargas sociales del personal (encargado, auxiliares, suplentes, personal de seguridad, personal de mantenimiento de piletas, *play rooms*, quinchos, etc.), las tarifas de servicios públicos (luz, gas, agua, etc.), los honorarios del administrador, los gastos de liquidación de expensas, servicios bancarios y papelería, etc. Integran esta categoría de expensas los gastos necesarios para hacer frente a las reparaciones de partes y bienes comunes, indispensables para mantener el inmueble en buen estado, o para su seguridad, comodidad o decoro.

Asimismo, comprende los gastos necesarios de los seguros que debe contratar el administrador tal como surge del art. 2067, inc. h, CCyC (seguros contra incendios, responsabilidad civil y otros riesgos).

2.3. ¿Qué son las expensas comunes extraordinarias?

El art. 2048, párr. 4, CCyC hace referencia a las "expensas comunes extraordinarias", es decir a aquellos otros gastos que debe efectuar el consorcio —que también constituyen expensas comunes— pero tienen el carácter de extraordinarias porque no son ordinarias o habituales ya además por quien las dispone.

Las expensas extraordinarias se fijan por disposición de la asamblea a fin de solventar gastos que no son ordinarios o de administración, como por ejemplo cuando se decide por asamblea realizar innovaciones que hacen al mejoramiento, uso o goce más cómodo de partes comunes.

También ingresan en esta categoría la recaudación de dinero para afrontar la indemnización por despido del personal del consorcio y/o indemnizaciones a terceros por daños ocasionados por cosas o partes comunes del consorcio.

2.4. Importancia del pago de las expensas

El pago de las expensas, en el ámbito del derecho real de propiedad horizontal es de fundamental importancia dado que hace al normal funcionamiento del consorcio. La importancia de cumplir con esta obligación queda puesta de manifiesto de los términos del art. 2049 CCyC, a cuyo comentario cabe remitirse.

El derecho real de propiedad horizontal crea, entre los consorcistas, un régimen especial de comunidad, con mira al beneficio común en cuya esencia está la imposición, a los miembros que lo integran, tanto de ciertas restricciones y límites al dominio como de determinadas cargas, especialmente la de contribuir a las expensas cuyo acatamiento es condición necesaria para asegurar el buen funcionamiento del sistema , al punto que la ley ha previsto un régimen o una vía excepcional para su percepción.[32]

2.5. Certificado de deuda

La parte final del artículo en examen dispone 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*", que es similar a lo dispuesto en el art. 524 CPCCN, que le otorga a la constancia de deuda expedida por el administrador el carácter de título ejecutivo, razón por la cual el consorcio se encuentra legitimado activamente para iniciar el proceso ejecutivo por cobro de expensas.

Si bien los mencionados artículos son compatibles entre sí, no se puede dejar de mencionar que el art. 2048 CCyC establece un requisito que la norma procesal no contempla, es decir "*el certificado de deuda es expedido por el administrador y aprobado por el Consejo de Propietarios, si* éste *existe*".

Este último requisito es importante porque hace a la habilidad del título, motivo por el cual, al momento de iniciar la acción ejecutiva, deberá acompañarse el certificado de deuda firmado por el administrador del consorcio y aprobado por el consejo de propietarios que por imperio de la ley paso a ser un nuevo órgano del consorcio (optativo; art. 2044 CCyC) y además una de sus atribuciones es la de controlar los aspectos económicos y financieros

(32) Molina Quiroga, Eduardo, "Pago de expensas y reparación de partes comunes", en *La Ley* 03/11/2005, 1, La Ley 2005-F, 218, DJ 19/04/2006, 1041.

del consorcio entre los cuales está la percepción por vía judicial de la expensas impagas (art. 2064, inc. b, CCyC).

La aprobación que exige la ley por parte del consejo de administración deberá instrumentarse por escrito mediante un "acta de aprobación" expedida y suscripta por los miembros que integran el mencionado consejo, instrumento que deberá ser acompañado con el certificado de deuda expedido por el administrador a los fines de su habilidad como título ejecutivo.

ARTÍCULO 2049(*).- ***Defensas.*** *Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional.*

Tampoco pueden rehusar el pago de expensas o contribuciones ni oponer defensas por cualquier causa, fundadas en derechos que ellos invoquen contra el consorcio, excepto compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente.

El reglamento de propiedad horizontal puede eximir 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.

1. Introducción

Más allá de la lectura que pueda hacerse de esta norma desde la perspectiva del derecho de fondo, interesa repasar cómo queda trazado el mapa de las defensas oponibles por el propietario en el marco de un proceso en el que se reclaman expensas. Para ello cabe destacar las novedades que el CCyC incorpora al contenido de algunas de las oposiciones más habituales, y asimismo recordar que cada provincia tiene sus propias reglas procesales, las que en materia de juicio ejecutivo coinciden en sus grandes trazos con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Es por ello que en lo que sigue se tomará como parámetro lo establecido en este último.

2. Interpretación

El art. 2049 CCyC se ocupa de precisar algunas de las actitudes que el titular de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal no puede adoptar para liberarse del pago de las expensas y contribuciones a su cargo. En esa tarea, delinea el contorno de las obligaciones de los propietarios, y por eso es una norma decisiva en el juicio de cobro de expensas, ámbito en el que —en caso de conflicto— podrían plantearse algunas de las cuestiones de las que se ocupa la disposición legal.

El artículo aludido atribuye obligaciones a los titulares de dominio pero no es excluyente de otros obligados al pago —tal como consagra seguidamente el art. 2050 CCyC—. Debido al propósito de este comentario nos referiremos al primero sin que ello importe excluir otros sujetos pasivos del reclamo.

(*) Comentario al art. 2049 elaborado por María Laura Ragoni.

El crédito por expensas puede ser requerido mediante un proceso ejecutivo, lo que importa una ventaja para el consorcio porque se trata de un trámite breve y simple en el que las defensas que pueden articularse se encuentran acotadas. Ello encuentra justificación en la importancia del pago de las expensas para la subsistencia de la entidad colectiva, pero no debe conducir a la admisión de abusos.

El art. 2048 CCyC establece que será título ejecutivo el certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si este existe. La aptitud ejecutiva del crédito por expensas comunes no es una novedad en la mayoría de las jurisdicciones, ya que estaba contemplado en los ordenamientos procesales, salvo en la Provincia de Santa Fe, La Rioja, Tucumán y Jujuy. Al consagrarse el carácter ejecutivo del certificado de deuda en una norma de derecho de fondo, se proyecta la procedencia de la vía ejecutiva a todo el territorio nacional.

Una vez que el juez verificó que el título y la documentación reúnen los requisitos legales, ordenará la intimación de pago y embargo del deudor. Ese acto importará la citación para oponer excepciones y el requerimiento para que constituya domicilio, todo ello en el plazo de cinco días —art. 531 CPCCN—.

Las defensas proponibles se encuentran enumeradas en el art. 544 CPCCN, y son las de incompetencia, litispendencia, falta de personería, falsedad e inhabilidad de título, prescripción, pago, compensación, quita, espera, remisión, transacción, conciliación y compromiso documentado y cosa juzgada. Las más incididas en su contenido por la nueva ley son las de inhabilidad de título, la de compensación y la de prescripción.

La excepción de inhabilidad de título admite la discusión sobre la idoneidad jurídica del título, sea porque no reúne los requisitos para tener fuerza ejecutiva —por ejemplo, que las expensas no son exigibles porque no venció el plazo para el pago—, o porque el ejecutante o el ejecutado no son las personas que aparecen en el título como acreedor o deudor, encontrándose, en principio, limitado el análisis del documento a sus formas externas, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa del crédito —por ejemplo, no podría plantearse por esta vía la pertinencia de los gastos a los que se aplican las expensas—.

A pesar de los reducidos límites cognoscitivos del ámbito de esta defensa, cuando por su grado de evidencia la materia controvertida no requiera de una investigación que lo desborde podrían introducirse cuestiones que apunten directamente hacia la existencia de la relación jurídica que da origen a la obligación o a la legitimidad sustancial del sujeto pasivo, o sea, a la calidad de obligado de aquel a quien se demanda, para mitigar las inequidades a las que podría conducir un apego excesivo a las formalidades procesales, en los supuestos que surgiera en forma palmaria la inexistencia de deuda exigible.

La CSJN, a partir del caso "Burman",[33] ha reconocido la presencia de matices en el carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos, al considerar que esa particularidad no podía llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio de derecho de defensa; y señaló que los tribunales se encontraban obligados a tratar y resolver adecuadamente las defensas fundadas en la inexistencia de deuda, siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones cuya acreditación excede el limitado ámbito de tales procedimientos.[34]

(33) CSJN, "Burman, Leonardo c/ Joaquín Alvarez", 1983, Fallos:305:226

(34) CSJN, "Di Girolamo, Dory Luisa c/ Bonafide S.A.I.C.", 14/02/1989, consid. 5, Fallos:312:178

Es en el contexto descripto en el que debe analizarse la viabilidad de introducir en un juicio ejecutivo las cuestiones que demarca el art. 2049 CCyC. En rigor, se trata de disposiciones que apuntan a la causa u origen de la obligación, por lo que en principio no son cuestiones discutibles en el marco del juicio ejecutivo. Sin embargo, podrían excepcionalmente considerarse en el marco ejecutivo, en los casos en que se presenten circunstancias —como las que se señalaron—, que hagan que, excluir la posibilidad de plantearlas importe darle preeminencia a una cuestión meramente formal tolerando un abuso de derecho o una notoria injusticia.

Sobre el carácter de obligado y su alcance, el Código reitera algunos de los impedimentos que ya estaban contenidos en el art. 8° de la ley 13.512 tales como la imposibilidad de liberarse por abandono de la unidad funcional o por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes. Empero, el último párrafo de la nueva norma admite la posibilidad de que el reglamento exima parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores que generan el gasto. Por ejemplo, podría relevarse al titular de la unidad destinada a local comercial que no tiene acceso a la terraza, de parte de los gastos que irroga su mantenimiento.

Esa solución era admitida por la doctrina y la jurisprudencia, y anclaba en el primer párrafo del art. 8° de la ley 13.512, que establecía que los gastos de conservación y mantenimiento de las partes comunes se distribuían entre todos los propietarios en proporción al valor de sus departamentos, salvo convención en contrario. De esta última parte del enunciado se infería que el reglamento podía establecer una contribución en el pago de las expensas que no guarde estricta relación con el valor de la unidad funcional. Esa alternativa ahora tiene consagración legal expresa, de modo que, aun cuando en principio la obligación de pago de las expensas sigue siendo en proporción a la parte indivisa de cada quien —art. 2046, inc. c, CCyC—, el reglamento puede disponerlo de otro modo. No obstante ello, la posibilidad de eximición de pago es parcial porque, por tratarse de bienes de propiedad del consorcio del que forma parte, aun cuando el titular de la unidad funcional no los aproveche, tiene que contribuir en alguna medida a su conservación.

También podría pretenderse introducir por medio de la defensa de inhabilidad de título, el no ser el demandado deudor de expensas por haberse desprendido del inmueble. Empero, esa defensa se encuentra vedada por la norma que comentamos. Dicho impedimento ya surgía de la legislación anterior, la novedad es que se establece expresamente que ese temperamento se aplica tanto si esa enajenación fue voluntaria (venta, donación, etc.), como si fue forzada (caso de la subasta judicial).

Otro punto relevante de la disposición legal establece que la imposibilidad de liberarse del pago por las vías que expresamente margina —a los que nos hemos referido en los párrafos precedentes—, alcanza aún a las expensas devengadas antes de la adquisición del dominio. Esta manda estaba contenida en el art. 17 de la ley 13.512, y al igual que la nueva norma, no distinguía entre la adquisición producto de una venta voluntaria o fruto de remate judicial. Esa cuestión motivó que la doctrina y jurisprudencia se pregunten si, en el caso de que los fondos obtenidos en la subasta no fueran suficientes para saldar la totalidad de la deuda por expensas, el adquirente recibía el inmueble libre de deudas o si seguía obligado por el saldo devengado antes de su compra en remate. Entre las dos respuestas posibles a dicho interrogante, se inclinaron mayoritariamente por mantener la obligación del adquirente aun

por las expensas anteriores a su compra. Incluso esa decisión se plasmó en un fallo plenario, lo que significó su aplicación obligatoria en el fuero civil de la Capital Federal.[35]

Por la subsistente falta de distinción respecto del modo de adquisición —a pesar de que el tema fue motivo de largos debates—, y la referencia que el mismo enunciado hace a la enajenación forzada sin excluir al comprador, entendemos que el CCyC adopta la tendencia mayoritaria de aplicar la misma solución para este último, sea en la venta voluntaria o la forzada.

En esa inteligencia, el escenario de los obligados al pago en caso de enajenación queda con un titular del derecho de cobro —consorcio—, que cuenta con dos sujetos a quien dirigir el reclamo. Por un lado, al transmitente puede requerirle las expensas devengas mientras fue titular de la unidad funcional, y este responderá con todo su patrimonio porque el traspaso no lo liberó de su deuda. A su vez, el adquirente respalda con todo su patrimonio la deuda que se genere desde que es titular del bien, y lo hará también por las devengadas con anterioridad a su adquisición. En este caso, solo responde con la cosa, por imperio del art. 1937 CCyC que regula la transmisión de las obligaciones al sucesor particular.

En otra de las defensas procesales en que podría incidir la nueva disposición legal es en el contenido de la excepción de compensación. La norma establece que el propietario no puede rehusar el pago de las expensas ni oponer defensas fundadas en derechos que invoque contra el consorcio, excepto compensación. Esto significa que el consorcista no puede dejar de pagar con fundamento en que es acreedor de —por ejemplo— la reparación de los daños sufridos en su unidad en los que atribuye responsabilidad al consorcio. A la inversa, entendemos que la comunidad consorcial no podría dejar de arreglar partes comunes que afectan al deudor del pago de expensas con motivo de dicha deuda. Ahora bien, la posibilidad del deudor de plantear la existencia de un crédito contra el consorcio por vía de compensación, supone —en lo que podría incidir en el tema que nos ocupa—, que dicho crédito sea de dar una suma de dinero, exigible y de libre disponibilidad (arts. 922 a 928 CCyC). A su vez, deberá resultar de un documento que traiga aparejada ejecución —art. 544, inc. 7, CPCCN—. Así, por caso, podría oponerse por esta vía una acreencia del deudor contra la comunidad consorcial que surja de una sentencia firme, que condene al pago de una suma líquida o fácilmente liquidable, que se encuentre firme y con su plazo para el cumplimiento vencido.

Respecto de la excepción de prescripción, debe tenerse presente que el plazo se ha modificado ya que el art. 2562, inc. c, CCyC redujo a dos el anterior de cinco años que establecía el Código Civil.

Cabe destacar que el art. 249, inc. a, CCyC prevé expresamente la inoponibilidad al consorcio acreedor de expensas, de la afectación de la unidad al régimen de bien de familia. Esta disposición establece legislativamente una solución que era jurisprudencia mayoritaria.

Para concluir, puede resaltarse que el nuevo cuerpo legal no ha realizado modificaciones sustanciales que tengan incidencia en el juicio por cobro de expensas, pero al consagrar expresamente reglas sobre las que había consenso doctrinario y jurisprudencial, ha aportado claridad a la carga de afrontar los gastos comunes en el régimen de propiedad horizontal.

(35) CNAc. Apel. Civ., Plenario, "Servicios Eficientes S.A. c/ Yabra, Roberto Isaac s/ Ejecución Hipotecaria - Ejecutivo", 18/02/1999.

ARTÍCULO 2050(*)**.-** ***Obligados al pago de expensas.*** *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.*

1. Introducción

La norma regula quienes son los obligados al pago de las expensas y, por añadidura, quienes son los legitimados pasivos en caso de que deba iniciarse un proceso de ejecución de expensas

La titularidad del crédito por expensas corresponde al consorcio de propietarios toda vez que se trata de una persona de existencia ideal de carácter privado.

2. Interpretación

2.1. Obligados al pago de las expensas comunes. Distintos supuestos

2.1.1. El propietario

Ello surge del propio texto de la norma que establece que el propietario es el obligado principal al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal y que no se libera de su obligación aún en el supuesto que existiera otro obligado, como por ejemplo un usufructuario.

Si la deuda por expensas ha nacido en cabeza del titular del dominio o, en otros términos, si las expensas corresponden a la época en que él era el propietario, las debe como una deuda común y todos sus bienes están afectados. Respecto de las correspondientes al anterior o anteriores propietarios, solo responde con la unidad.

Es de destacar que la obligación que recae sobre el titular registral tiene carácter general y rige con independencia de las convenciones que pudiere haberse celebrado con terceros, las que para el consorcio son *res inter alios*.

2.1.2. Poseedor con boleto de compraventa

En virtud de lo normado por el art. 2050 CCyC, que en su parte final dispone "*están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título*", no cabe duda que el poseedor con boleto de compraventa se encuentra legitimado pasivamente para ser demandado por cobro de expensas. La cesión de los derechos derivados del boleto de compraventa de la unidad no libera al cedente —que sigue revistiendo la calidad de propietario— de las obligaciones por expensas contraídas hasta la cesión, sino que se produce una delegación imperfecta de la deuda en virtud de la cual el cesionario tomó a su cargo la deuda por expensas. Por tanto, frente al consorcio acreedor, existen dos deudores en igual situación y grado, ambos obligados por la misma prestación. De ahí que se encuentre facultado para dirigir su reclamo contra ambos.

2.1.3. El usufructuario

El usufructuario es titular de un derecho real que se ejerce por medio de la posesión razón por la cual se está en presencia de un poseedor legítimo de una cosa ajena. Motivo por el

(*) Comentarios a los arts. 2050 a 2072 elaborados por Roberto Malizia.

cual si el bien objeto del usufructo está sometido al régimen de la propiedad horizontal, el usufructuario se encuentra obligado al pago de las expensas generadas durante la vigencia del usufructo.

El usufructuario se comporta aparentemente respecto de la cosa como lo haría el propietario: usa y goza de ella en forma casi plena. Pero la distinción es neta; el derecho de dominio, que es el más amplio derecho que se puede tener sobre una cosa, incluye la facultad de disponer de ella, facultad que no tiene el usufructuario; la propiedad es perpetua, mientras que el usufructo es esencialmente temporario. Inclusive la facultad del usufructuario de usar y gozar de la cosa no tiene la misma extensión que la del dueño, ya que aquel debe respetar el destino económico de la cosa, obligación que, en cambio, no tiene el propietario.

La norma en examen no incluye al poseedor sin derecho, aunque es probable que este tenga interés en pagar las expensas, si pretende adquirir por usucapión. Tampoco incluyen al locatario ni al comodatario, si bien titulares de derechos personales, pues no son poseedores.

La obligatoriedad de pagar expensas por parte de los poseedores mencionados en el art. 2050 CCyC no implica conferirles derechos para participar en la conformación del consorcio (art. 2044 CCyC), de la asamblea (art. 2058 CCyC), o del consejo de propietarios, en este caso, tal como el nombre del órgano lo indica (art. 2064 CCyC).

CAPÍTULO 3
Modificaciones en cosas y partes comunes

ARTÍCULO 2051.- ***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 interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa.

Fuente: art. 1994 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

La norma en examen establece cuál es la mayoría necesaria y el procedimiento que deben llevar a cabo los propietarios para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes.

2. Interpretación

2.1. Mejora u obra nueva

Son aquellas construcciones o modificaciones que se realizan sobre cosas y partes comunes que no alteran sustancialmente al edificio y que para su realización se requiere la mayoría absoluta, puesto que se trata de simples innovaciones.

Gabás entiende que "innovación" es aquella que tiende específicamente a obtener un mejoramiento, mayor renta, o mejor uso y goce del bien, servicio o parte común, mientras que el concepto de "obra nueva" sería un concepto de carácter residual que comprende todas las demás modificaciones que no tengan algunas de las mencionadas finalidades.

La innovación es el género, la obra nueva es la especie, "*toda obra nueva es una innovación pero no toda innovación constituye una obra nueva*", dice el autor, aunque sostiene que deben analizarse los casos particulares. Y agrega: "*Desde un punto de vista lógico y aún de equidad, el criterio restrictivo de la ley es correcto; no puede disponerse de una cosa de todos, sin el consenso unánime de los comuneros*". (36)

La instalación de medidas de seguridad contra incendios en los sectores destinados a cocheras en un edificio sometido a la propiedad horizontal constituye una innovación, pues tiende al mejoramiento y la seguridad de dichos sectores y, por ende, de la integralidad de todo el edificio.

En tal sentido, dado que la instalación de un grupo electrógeno conllevaría un mejoramiento a todo el consorcio, tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden que bastaría una mayoría simple para su decisión, opinión que comparto.

El art. 2051 CCyC se refiere a las mejoras u obra nueva que requiere mayoría, norma que innova con respecto al art. 7° de la ley 13.512, estableciendo la mayoría absoluta de los propietarios como obligatoria. También fija una mayor intervención del juez para autorizar las obras o suspenderlas si son excesivas, haciendo intervenir a un profesional mediante un informe técnico. Al respecto, dice la norma, "*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 interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa*". Con respecto a las mejoras u obra nueva que gravite o modifique la estructura del inmueble de una manera sustancial, deberá realizarse con el acuerdo unánime de los copropietarios. También requerirá unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que solo beneficia a un propietario. La fuente es el art. 1994 del Proyecto de 1998. La mejora u obra nueva en interés particular autorizada por el consorcio, por la que deberá el propietario soportar el pago del costo y los gastos de modificación del reglamento e inscripción, sigue el proyecto la doctrina de su fuente. (37)

El artículo en examen hace referencia a las mejoras u obra nuevas sobre cosas o partes comunes que se ejecuten en beneficio de un propietario o de todos los propietarios. Dicha

(36) Gabás, Ernesto A., *Derecho práctico de Propiedad Horizontal*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 1994, p. 264 y ss.

(37) Corna, Pablo M., "Propiedad horizontal en el proyecto de Código Civil de 2012", en *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, [en línea] http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf

norma se asemeja a lo dispuesto por el art. 8° de la ley 13.512, pero agrega un requisito previo: un informe técnico de un profesional autorizado que deberá expedirse respecto a las características de la obra a realizar, su viabilidad, y los requisitos que debe cumplir respecto a las disposiciones legales vigentes del código de edificación de la jurisdicción que corresponda, ente otros aspectos.

Cabe señalar, que dicho informe debe ser expedido con anterioridad a la asamblea a celebrarse a los fines de someter a decisión asamblearia la realización de las mejoras y/o obra nueva.

La decisión debe ser tomada por el consentimiento de la mayoría de los copropietarios, por lo que, si bien la ley no aclara debe entenderse que, dada la trascendencia de la decisión, se requiere la mayoría absoluta (mitad más uno de los propietarios), según la mitología prevista en el art. 2060 CCyC.

ARTÍCULO 2052.- ***Mejora u obra nueva que requiere unanimidad.*** *Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.*

También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario.

1. Introducción

La norma en examen establece cuál es la mayoría necesaria y el procedimiento que deberá llevarse a cabo para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes por uno de los propietarios o por el consorcio.

2. Interpretación

La norma en examen amplía y aclara quienes son los sujetos que pueden realizar la obra nueva, pues además del copropietario incluye al consorcio.

Implica una excepción al art. 2051 CCyC, puesto que establece la unanimidad de los propietarios del consorcio, cuando esa obra —llevada a cabo por el propietario o por el consorcio— gravita o modifica sustancialmente la estructura del inmueble o cuando sin dicho requisito, la obra es llevada a cabo por un propietario en su interés particular.

ARTÍCULO 2053.- ***Mejora u obra nueva en interés particular.*** *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.*

1. Introducción

La norma en examen establece cuál es la mayoría necesaria y el procedimiento que deben llevar a cabo los propietarios para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes en interés particular.

La norma predica expresamente sobre un principio postulado en doctrina y jurisprudencia de la especialidad, que se refiere a la asunción de gastos producidos como consecuencia de esa obra en beneficio particular, que obliga al propietario a hacerse cargo de los gastos de modificación del reglamento de propiedad y su inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

2. Interpretación

2.1. Mejoras en interés general

Al comentar el art. 2051 CCyC señalamos que contemplaba las obras materiales que los propietarios o el consorcio efectuare sobre las partes comunes y que se trataba de obras o mejoras que no alteraban de manera sustancial al edificio, sino que se trataba de obras que tenían por finalidad modernizarlo, como —por ejemplo— aquellas obras que modificaban arquitectónicamente el *hall* de entrada, o bien las que trasformaban la azotea en *playroom*.

En estos supuestos, la norma solo requiere la autorización de la mayoría (la mitad más uno de los consorcistas) para aprobar las obras.

Ahora bien, cuando las obras o mejoras a realizarse tienen tal envergadura que modifican la estructura del inmueble de una manera sustancial, deben realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.

La norma en examen contempla la posibilidad de que la mejora o la obra nueva fuere realizada por el consorcio, en cuyo caso se requiere la unanimidad.

2.2. Mejora en interés particular

El art. 2052, párr. 2, CCyC se refiere a las obras nuevas o mejoras realizadas sobre partes comunes pero que benefician solo a un propietario. En dicho supuesto se requiere la unanimidad para que la obra sea aprobada y, además, 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 (art. 2053 CCyC).

2.3. Constitución de un derecho de superficie

Un supuesto que no está contemplado especialmente en el artículo que comentamos es el de la constitución de un derecho real de superficie. Entendemos que el caso queda subsumido en esta norma.

El art. 2114 CCyC crea el derecho real de superficie que puede ser emplazado sobre construcciones ya existentes "*aún dentro del régimen de propiedad horizontal*" (art. 2116 CCyC). Quedan legitimados para constituirlo los titulares de la propiedad horizontal (art. 2118 CCyC). Si ese fuera el caso, a los efectos de la toma de decisiones al respecto deberá evaluarse en qué grado la obra proyectada puede afectar la solidez, seguridad, salubridad u otras características del edificio, y la resolución que se tome debe ser unánime.

ARTÍCULO 2054.- ***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 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.*

1. Introducción

Ante una situación de emergencia —rotura de un caño común, electrificación de una pared, o un desperfecto en la cerradura de la puerta de ingreso al edificio—, cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios, puede realizar reparaciones pertinentes —urgentes— en las cosas y partes comunes y luego puede solicitar el reintegro de las sumas abonadas si el gasto se encuentra debidamente justificado.

2. Interpretación

2.1. Reparaciones urgentes

En la práctica, puede suceder que, ante la ausencia del administrador y de los miembros del consejo de administración —es decir, dos de los órganos del consorcio que prevé la nueva normativa—, cualquier propietario proceda a realizar reparaciones urgentes en cosa o partes comunes siempre y cuando medie una situación de urgencia y que el gasto se justifique.

En definitiva, el propietario que realiza el gasto queda encuadrado en la figura legal del gestor de negocios.

En razón de ello, el inicio de la gestión ha de ser de carácter espontáneo o voluntario y sin ánimo de lucro. La gestión debe, además, haber sido emprendida por utilidad, en una situación de urgencia, para evitar un perjuicio al consorcio.

En estos casos el propietario que hizo el gasto, cuando la gestión ha sido conducida útilmente, el consorcio debe cumplir las obligaciones asumidas por el gestor en su nombre y reembolsarle los gastos necesarios o útiles que haya efectuado, más los intereses, desde el día en que se hicieron.

En caso de negativa por parte del consorcio al reintegro de los gastos, el propietario que realizó la gestión útil tiene legitimación para demandar al consorcio a fin de que se le reintegre el gasto en que incurrió en beneficio de todos.

ARTÍCULO 2055.- ***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.

1. Introducción

La norma en examen establece las diferentes posturas que puede adoptar la asamblea como consecuencia del grave deterioro o destrucción del edificio

2. Interpretación

2.1. Grave deterioro o destrucción del edificio

En caso de grave deterioro o destrucción del edificio la mayoría del valor puede decidir su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción. En este último caso, si la minoría no quiere contribuir, puede resolver la venta de su parte

a terceros que quieran continuar la obra; y si no hay interesados, la mayoría puede comprarles. En el artículo en examen se unifican, en un solo concepto, los casos de destrucción parcial y vetustez, como también que puede enajenar su parte a terceros la minoría disconforme. Pero no se aclara si no consiguen la venta a terceros, debe fijarse el precio que va pagar la mayoría a través de una valuación judicial, cuestión que seguramente va aceptar tanto la doctrina como la jurisprudencia.

En el caso de destrucción total, el inmueble ha desaparecido como objeto del derecho de propiedad horizontal, en tanto que si la destrucción es parcial no solo subsiste el sistema de propiedad horizontal, sino que también es posible que el edificio pueda llegar a ser funcionalmente apto, una vez efectuadas las obras que la situación requiere.(38)

La vigencia de la propiedad horizontal y la obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal marcan la necesidad de la deliberación previa a la toma de decisiones, pero en este supuesto, a diferencia de las modificaciones en cosas y partes comunes que acontece en la vida consorcial, la resolución que tome la mayoría no siempre obliga a la minoría, tal como surge del art. 2055, párr. 2, CCyC, que dispone*: "Si se resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechosa terceros dispuestos a emprender la obra…".*

En este sentido, la norma que comentamos ha seguido los lineamientos de la ley 13.512, apartándose del Proyecto de 1998 que establecía que la minoría está obligada a contribuir.

2.2. Mayoría necesaria

En la asamblea llamada a decidir las acciones a llevar a cabo, dada la destrucción o deterioro del edificio común, se podrá decidir su demolición y posterior venta del terreno y materiales de demolición o su reconstrucción.

Cabe tener en cuenta que, en el supuesto de destrucción total del edificio, en los hechos desaparece la propiedad horizontal y subyace un derecho real de condominio que autoriza a cualquiera de los propietarios a pedir la división por venta del terreno y los materiales. Por el contrario, en el caso de vetustez, el edificio está en pie, por lo cual el régimen de propiedad horizontal subsiste y su extinción se producirá en la medida que lo decida la mayoría.

Ambas decisiones deben ser tomadas en asamblea por una mayoría que represente más de la mitad del valor, es decir que no será suficiente la mayoría de votos sino que, aún en el caso que el reglamento dijera lo contrario, estos deben computarse por porcentual.

2.3. Gastos de reconstrucción

Según Highton, decidida la reconstrucción, y no mediando oposición de la minoría, todos los propietarios quedarán obligados al ingreso de las sumas resultantes según sus respectivos porcentuales, y los gastos que se realicen quedarán incluidos en el concepto de expensas comunes y como tales su pago es obligatorio para todos los propietarios pudiendo procederse a la ejecución en caso de retardo en el cumplimiento.

Los gastos de reconstrucción de las partes privativas están a cargo de sus respectivos dueños (art. 2048 CCyC), salvo casos especiales en los cuales los trabajos y las erogaciones consiguientes son realizados por el consorcio para luego liquidarlo con las expensas comunes.

(38) Corna, Pablo M., "Propiedad horizontal en el proyecto de Código Civil de 2012", en *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012,* [en línea] http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf

2.4. Derecho de la minoría

Gurfinkel de Wendy sostiene que cuando la mayoría resuelve la reconstrucción del edificio, la minoría no puede ser obligada a contribuir en los costos de reparación, quedando obligada a ceder sus derechos de propiedad horizontal a terceros o a los otros propietarios. En cuanto al precio por el cual se efectúa la cesión del derecho de propiedad horizontal de la minoría, no es necesario efectuar siempre una valuación judicial, sino que se acudirá a esta solución en caso de desacuerdo entre los interesados en cuanto a los valores a pagar.

CAPÍTULO 4
Reglamento de propiedad horizontal

ARTÍCULO 2056.- ***Contenido.*** *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.*

1. Introducción

La norma en examen establece cuales son los contenidos mínimos necesarios que deben figurar en todo reglamento de propiedad horizontal.

2. Interpretación

2.1. Contenido del reglamento de propiedad horizontal

2.1.1. Cláusulas obligatorias

El reglamento de propiedad horizontal tiene naturaleza contractual y como tal queda regido por el principio de libertad de las convenciones, sin embargo, es imposible derogar determinadas disposiciones de la ley o apartarse de aquellas que constituyen la trama básica del sistema de propiedad horizontal.

El artículo que comentamos enumera las cuestiones que deben ser contempladas obligatoriamente en el reglamento, puesto que el ordenamiento legal las considera indispensables para el funcionamiento del sistema.

Si comparamos la enumeración contenida en este artículo con su antecedente (art. 9º, ley 13.512) y con el art. 1998 del Proyecto utilizado como fuente, queda en evidencia el incremento en la cantidad de cláusulas obligatorias, producto de la experiencia acumulada en los años de vigencia del régimen de propiedad horizontal.

En ese sentido, se han incorporado los incisos k) destino de las partes comunes; m) determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios y su periodicidad; ñ) determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones; s) plazo de ejercicio de la función de administrador; t) fijación del ejercicio financiero del consorcio; u) facultades especiales del consejo de propietarios.

Claro está que la obligatoriedad de incorporar en el reglamento de propiedad horizontal las cláusulas enumeradas en el art. 2056 CCyC, será recién a partir del 1° de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Entretanto, es deseable que los nuevos reglamentos se redacten de conformidad con las directivas de esa norma.

2.1.2. Cláusulas facultativas

Cumplida la ley en este aspecto, dada la naturaleza contractual del reglamento, las partes pueden insertar otras cuestiones que tienden a regular aspectos que hacen al mejor aprovechamiento de las partes comunes o a fijar pautas de convivencia. La terminología utilizada no significa que las disposiciones facultativas carezcan de la misma fuerza obligatoria que las anteriores, dado que unas y otras, una ver incluidas en el reglamento, configuran la ley para las partes que se adhirieron.

Entre las cláusulas facultativas pueden citarse: las que fijan el procedimiento extrajudicial para perseguir el cobro de expensas atrasadas; los intereses moratorios que se aplicarán en el supuesto de retardo en el cumplimiento; multas en caso de distintas violaciones al reglamento; facultad o prohibición de hacer publicidad y límites en el caso de locales comerciales, entre otras.

ARTÍCULO 2057.- ***Modificación del reglamento.*** ***El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.***

1. Introducción

La modificación del reglamento implica la trastocar algunas de las cláusulas originarias, motivo por el cual se requiere, para dicho acto, la decisión de la asamblea con una mayoría que represente los 2/3 de la totalidad de los propietarios.

2. Interpretación

2.1. Modificación del reglamento

El reglamento de copropiedad y administración contiene cláusulas estatutarias y reglamentarias. Para la modificación de las primeras, es necesaria la voluntad unánime de los integrantes del consorcio. Para la modificación de las cláusulas reglamentarias basta con las mayorías reglamentarias o legales.

El reglamento de propiedad no es ni más ni menos que un contrato, por lo tanto, su modificación o reforma solamente es viable con el consentimiento de los propietarios reunidos en asamblea y con el concurso de las mayorías que imponga el propio reglamento o el presente Código.

El artículo en examen señala el reglamento solo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

Cabe aclarar que la ley establece una mayoría de dos tercios, pero ello no implica que el reglamento pueda establecer una mayoría agravada, mayor a los dos tercios de la totalidad de los propietarios. Ello es así en razón de que el reglamento es ley para los consorcistas que integran el consorcio.

Lo que no podría el reglamento de propiedad es establecer una mayoría inferior a la establecida en la norma en examen, dado que las normas que regulan los derechos reales, y en particular la propiedad horizontal, son sustancialmente de orden público.

Por otra parte, cuando lo que se quiere modificar son cláusulas estatutarias y en particular aquellas que hacen al contenido patrimonial, se requiere como mayoría la unanimidad de la totalidad de los propietarios.

Por último, no podemos dejar de señalar que la jurisprudencia tiene resuelto que la naturaleza contractual del reglamento no obsta a que la justicia pueda invalidar una o varias cláusulas por razones de legitimidad, sin que ello implique sustituir la voluntad de los propietarios.

No puede entonces soslayarse que la decisión de utilizar el local común como salón de usos múltiples, y de instalar allí una parrilla, requiere su aprobación por asamblea con unanimidad de votos, en el entendimiento de que afecta el inmueble común con los alcances contemplados en el art. 7° de la ley 13.512.

Nótese que se han realizado actos materiales que han alterado sustancialmente la concepción originaria del edificio, y en este sentido se ha interpretado que, con fundamento en los principios que rigen el condominio en el Código Civil, rige la regla de unanimidad del mencionado art. 7° de la ley 13.512 para la realización de cualquier acto de disposición material sobre las partes comunes, sea cual fuese su denominación.[39] Esta postura se comparte sin desconocer que existen interpretaciones diferentes en el punto. En la misma línea se ha decidido que *"… cuando se afectan partes comunes —ya sea por medio de construcciones, transformaciones, edificaciones, modificaciones, o alteraciones materiales, etc.— , se está frente a una obra nueva, para lo cual será necesaria la unanimidad …"*.[40]

(39) CNAC. APEL. CIV., SALA C, "Consorcio de copropietarios Malabia 2515/17/21 c/ Kramer, Boris", 19/06/1976, voto del Dr. Alterini.

(40) CNAC. APEL. CIV., Sala E, *JA* 1997, IV, síntesis, 12/03/1996.

Se ha afirmado así que, por principio, toda obra nueva construida en espacios comunes sin el debido consentimiento de los consorcistas es ilícita y no puede ser mantenida frente al justo reclamo de los copropietarios perjudicados.[41]

CAPÍTULO 5
Asambleas

ARTÍCULO 2058.- ***Facultades de la asamblea.*** *La asamblea es la reunión de propietarios 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.*

ARTÍCULO 2059.- ***Convocatoria y quórum.*** *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 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.

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea.

ARTÍCULO 2060.- ***Mayoría absoluta.*** *Las decisiones de la asamblea se adoptan por mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.*

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 por igual medio, con mayoría suficiente.

El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea.

ARTÍCULO 2061.- ***Conformidad expresa del titular.*** *Para la supresión o limitación de derechos acordados a las unidades que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares.*

(41) Abella, Adriana, "Propiedad horizontal. Modificación del reglamento de copropiedad y administración. Obra nueva. Cambio de destino", en *Revista del Notariado* 907, 2012, p. 137 y ss.

1. Introducción

Los artículos que preceden se refieren al quórum y a las mayorías necesarias para que las decisiones que se adopten por la asamblea tengan eficacia legal y por ende en el ámbito consorcial.

2. Interpretación

2.1. Quórum y mayorías

El CCyC establece que para que una asamblea llevada a cabo en el régimen de propiedad horizontal tenga eficacia jurídica (validez), deben configurarse una serie de requisitos, entre los que podemos mencionar el quórum, la mayoría necesaria para adoptar la decisión y el orden del día, 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 tratarlo.

En cuanto a la forma de contar los votos, destacamos que se computan sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales —estén o no presentes en la asamblea— y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto.

Una vez reunido el quórum, que debe coincidir con la mayoría necesaria para decisión que se pretenda toma, debe procederse a la votación del tema propuesta en el orden del día.

Así, por ejemplo, para las obras nuevas o mejoras, se requiere por regla la mayoría absoluta, pero excepcionalmente se precisaría la unanimidad cuando la obra beneficie a uno solo de los propietarios, cuando importe elevar nuevos pisos o construcciones, o bien si "*gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial*" (art. 2052 CCyC).

Para otras decisiones también se establece que la regla general es la mayoría absoluta (art. 2060 CCyC), la que cederá cuando se exija una mayoría especial. La novedad es que dicha mayoría absoluta será "*computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto*" (art. 2060 CCyC). Esta doble exigencia no estaba impuesta como regla por la ley 13.512, que solo la preveía para el caso de vetustez del edificio (art. 16 de la ley 13.512).

Esta solución parece más justa y equilibrada, ya que no parece razonable que quien tiene una unidad pequeña tenga en la asamblea la misma fuerza al votar que quien tiene una unidad más grande y afronta mayores gastos. Pero tampoco sería justo que el segundo impusiera su voluntad; de ahí que la solución proyectada, al combinar ambos métodos, se muestra más equilibrada con los intereses en juego.[42]

2.2. Forma de la convocatoria y orden del día

El art. 2059 CCyC dispone que "*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*". En concordancia con lo dispuesto por dicha norma, el art. 2056, inc. m, CCyC enumera como una de las cláusulas

(42) Kiper Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho, 2013, p. 205 y ss.

obligatorias del reglamento de propiedad horizontal aquella que determine la forma de convocar a la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación.

No cabe duda de que debe mediar una notificación fehaciente por un medio fidedigno, ello a fin de evitar el fracaso de la asamblea.

No podemos dejar de señalar que una notificación deficiente que no cumpla con su cometido, como la citación fuera del término previsto reglamentariamente puede provocar la nulidad de la asamblea, la notificación fehaciente evita la posibilidad del planteo de ineficacia.

Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea.

La asamblea debe ser convocada por el administrador (art. 2067, inc. a, CCyC), o por el consejo de propietarios (arts. 2063 y 2064, inc. a, CCyC). Se puede tratar un tema no previsto en el orden del día si están todos y hay acuerdo unánime. Esta novedad es interesante, pues apunta a la mayor agilidad y eficiencia en el funcionamiento del edificio. Si están "todos", ¿para qué dilatar la cuestión fijando una nueva asamblea? El aspecto negativo es que no habría estudio previo del tema y alguno podría ser sorprendido en su buena fe.

El art. 2059, párr. 2, CCyC prevé la autoconvocatoria, sin citación previa. La autoconvocatoria y el temario a tratar, para ser válidos, requieren de la unanimidad, mientras que parece que bastaría la mayoría absoluta (o la que requieran la ley o el reglamento) para el fondo.

El tercer párrafo, si hay unanimidad, otorga validez a las decisiones tomadas fuera de la asamblea (*v.g.*: por escrito). Esto le quita el carácter deliberativo; es opinable, aunque también hay que reconocer que torna más ágil un sistema actualmente pesado, dada la inercia y desinterés de los partícipes.[43]

2.3. Ausencia de los consorcistas

El CCyC mediante lo dispuesto en el art. 2060, párr. 2, CCyC—"*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 por igual medio, con mayoría suficiente*"—, tiene por finalidad solucionar un problema que se presenta habitualmente en el ámbito consorcial: la inasistencia de los consorcistas a la asamblea. Este problema genera la falta del quórum suficiente, por lo que no se pueden someter a votación las cuestiones propuestas en el orden del día. Si bien, en la práctica, en muchas ocasiones igualmente se vota con los propietarios presentes, lo cierto es que lo decidido puede ser atacado de nulidad por alguno de los consorcistas ausentes o bien por alguno de los presentes que se negó a votar por no reunirse el quórum necesario para poder deliberar.

Como se señalara precedentemente, la ley prevé que, ante la falta de quórum, la mayoría de los presentes puede proponer decisiones, es decir, votar la cuestión propuesta en el orden del día y, si es aprobada, a los fines de su validez, deberá ser notificada mediante un medio fehaciente (carta documento, telegrama colacionado, acta notarial) a los propie-

(43) Kiper, Claudio M., "El proyecto…", en *op. cit.*

tarios ausentes, quienes dentro del plazo de los 15 días de notificados podrán oponerse por el mismo medio y con mayorías suficientes a la decisión adoptada. En caso de silencio o si carecieren de las mayorías suficientes, se tiene por aprobada la decisión adoptada.

2.4. Impugnación de la asamblea

El art. 2060 CCyC, en su parte final, dispone que el plazo de caducidad para impugnar judicialmente la asamblea es de treinta días.

Si bien el plazo parece reducido, lo cierto es que muchas de la decisiones que se adoptan por vía asamblearia en el régimen de propiedad horizontal son de operatividad casi inmediata. Supongamos la aprobación de la pintura del hall de entrada del edificio, la colocación de una reja de seguridad o la colocación de un sistema de seguridad: ampliar el plazo de caducidad implicaría, en la práctica, la imposibilidad de llevar adelante las decisiones adoptadas.

2.5. Facultades de la asamblea

Dice el CCyC en el art. 2058: *"La asamblea es la reunión de propietarios 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"*.

La solución del art. 2058 CCyC reproduce la posibilidad que brinda el art. 158, inc. b, CCyC, para todas las personas jurídicas privadas, en ausencia de previsión específica.

El art. 2058, inc. b, CCyC permite tratar cuestiones por *"quien representa el 5%"*. ¿Qué pasa si nadie tiene ese porcentaje pero se juntan más de uno? Cabe entender que el vocablo "quien" admite también que sean más de uno los que obtengan ese porcentaje. No pide el doble cómputo, como sí lo hace el art. 2060 CCyC.

Tal como está redactado el artículo 2058 CCyC, pareciera que si la cuestión es de competencia del administrador, o del consejo, no puede ser tratada por la asamblea si estos no someten la cuestión, o no es planteado por quienes superen el 5% del valor. Sin embargo, no hay que olvidar que la asamblea es soberana y es el órgano máximo del consorcio, ya que expresa la voluntad de los titulares del derecho real. Además, es la asamblea la que designa a los otros órganos. Por ende, cabe sugerir una interpretación elástica de la asamblea, que no limite su competencia. Claro que si un asunto no interesa a una mayoría que pueda superar el 5% es porque no tiene interés para los demás y, probablemente, no merezca ser tratado.

Pueden presentarse situaciones injustas que habrá que examinar con cuidado. Así, por ejemplo, podría ocurrir que, en un edificio de 2 unidades, uno tenga el 96% y el otro el 4%: este último no tiene chance de ser oído a pesar de representar la mitad de las unidades, pero la situación podría ser abusiva.

ARTÍCULO 2062.- *Actas.* *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 suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el administrador con las firmas originales registradas.

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 recibidas y de las eventuales conformidades expresas.

1. Introducción

El artículo en examen menciona dos de los libros obligatorios que debe llevar el administrador del consorcio y los requisitos formales que deben cumplirse en la oportunidad de confeccionarse el acta en la que se deja constancia los temas decididos por la asamblea.

2. Interpretación

2.1. Libros obligatorios

Uno de ellos es el libro de actas de asamblea en el cual debe quedar debidamente registrado por escrito lo decidido por los consorcistas respeto a la orden del día, que por otra parte debe encontrarse transcrito en el encabezado del acta. El acta, al culminar la asamblea, debe ser firmada por los propietarios o por sus apoderados que hubieran acreditado tal circunstancia en legal forma ante el administrador, ello a fin de acreditar su asistencia, y deben confeccionarse con 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 (2) propietarios. Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas.

La última parte dice que el administrador debe dejar constancia de las "*comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas*". Ocurre que hay comunicaciones antes de la asamblea, lo que no armoniza con el art. 2060, párr. 2, CCyC, pero también tiende a agilizar la toma de decisiones, máxime teniendo en cuenta que puede una mayoría de presentes proponer decisiones (art. 2060 CCyC).

Aun teniendo en cuenta que el art. 2062 CCyC dispone que debe labrarse acta "*de cada asamblea*" en el "Libro de Actas de Asamblea", dado que, como se dijo, está prevista la transcripción de la consulta individual posterior como manifestación de voluntad consorcial no asamblearia, no hay razones para dejar de exigir que las decisiones unánimes de los propietarios no reunidos en asamblea (art. 2059 CCyC) también deban constar en el "Libro de Actas de Asamblea".

2.2. Otros libros obligatorios que surgen de leyes especiales a nivel nacional

2.2.1. Libro de Remuneraciones y Registro de Empleados

Previsto en el art. 52 LCT (ley 20.744 y modificatorias). Debe estar rubricado por la autoridad de aplicación laboral de cada ámbito geográfico. Rige para todo el país.

2.2.2. Libro de Órdenes

Está previsto en art. 25 ley 12.981 ("Estatuto del Encargado") y su decreto reglamentario 11296/1949, como así también en el art. 23.13 CCT 378/2004.[44] A los fines de su eficacia legal, debe estar rubricado por la autoridad de aplicación laboral local.

2.3. Libros obligatorios en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2.3.1. Libro de Inspección de Ascensores

Previsto en la ordenanza 49308/1995 y decreto 220/1996, vigente para el ámbito geográfico de la Ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de lo que dispusieren los códigos de edificación de las diferentes municipalidades de la República.

2.3.2 Libro de Registro de Firmas

Creado en 2009 a partir de la ley 3254 modificatoria de la ley 941 solo para el ámbito de la CABA. Rubricado por el Registro Público de Administradores de la CABA.

El texto remite a los libros obligatorios, pero ahora solo los limita al de Actas —ya existente por prescripción del art. 5° del decreto 18.734/1949— y al nuevo de registro de firmas de propietarios, que tiene su antecedente en algunos actuales reglamentos y en la ley 3254 CABA (art. 9.e, anexo del decreto reglamentario 551/2010 CABA), soslayando el libro de administración del inmueble —creado por el art. 5°, último párrafo, decreto 18.734/1949 reglamentario de la ley 13.512). Como en la ley 3254 —reformadora de la ley 941 de creación del Registro de Administradores de Consorcios en Propiedad Horizontal en la CABA, e imitada a la fecha en otras jurisdicciones— el libro de firmas servirá para el cotejo por parte del Administrador —y por los propios consocios, agregamos—, de las firmas registradas en él con las de asistencia a las asambleas, en particular cuando nazcan dudas sobre la legitimación de los participantes en las reuniones o cuando surjan las mismas de las autorizaciones conferidas por el titular de dominio a otros propietarios o terceros para que los representen en dichos eventos.[45]

ARTÍCULO 2063.- ***Asamblea judicial.*** ***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***

(44) BO, 07/05/2004 y 08/10/2004.

(45) Resqui Pizarro, Jorge C., "Aproximaciones al anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial en lo referido a la propiedad horizontal", [en línea] eldial.com, DC18D6.

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.

Fuente: art. 2005 del Proyecto de 1998.

Remisiones: ver art. 2059 CCyC.

1. Introducción

El artículo en examen señala que, ante la omisión del administrador o en su caso del consejo de propietarios de no convocar a realizar la asamblea, los propietarios que representan el 10% del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial.

2. Interpretación

2.1. 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.

Este último está inspirado en el art. 2005 del Proyecto de 1998.

Esto también puede ocurrir si se autoconvocan pero no hay unanimidad para tratar el temario o para tomar la decisión fuera de la reunión (ver art. 2059 CCyC), ya que en otros casos la mayoría de presentes puede proponer decisiones (art. 2060 CCyC). Pero ahora este problema no habilitaría la asamblea judicial. Lo que la justificaría es la falta de convocatoria por parte de quienes lo deben hacer: el administrador o el consejo de propietarios.

Pueden pedirle al juez que convoque si superan el 10%. No pide doble cómputo aunque puede entenderse que es necesario por analogía, aunque pueden surgir dudas teniendo en cuenta que el art. 2058, inc. b, CCyC solo alude al 5% del valor.

Otra novedad es que, delante del juez, resuelve la mayoría simple de presentes (mayoría relativa), o en su defecto el juez.

Se aclara expresamente que el juez puede dictar medidas cautelares, aunque ello sería así aunque nada dijera la norma.

CAPÍTULO 6
Consejo de propietarios

ARTÍCULO 2064.- ***Atribuciones.*** *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.

1. Introducción

La existencia del consejo de administrador no es obligatoria ya que es optativa de cada ente consorcial tal como surge del texto de la ley que expresa "*la asamblea puede designar un consejo integrado por propietarios*" de lo que se infiere que es una atribución de la asamblea que es el órgano deliberativo por medio del cual se toman las decisiones que hacen a la vida consorcial.

2. Interpretación

2.1. Consejo de propietarios

Para la designación de los propietarios que integraran el consejo se requiere la reunión de la asamblea que a los fines de sesionar requieren el quórum de la mayoría absoluta y la misma mayoría para la designación.

Excepto los casos indicados en este artículo, el consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones.

Para integrar el consejo de propietarios es condición imprescindible ser "propietario" (titular de dominio), pero el carácter de "titular" no trae consigo la obligación de habitar en el consorcio mismo.

El consejo de propietarios no sustituye al administrador, ni puede cumplir sus obligaciones, toda vez que estando en funciones el administrador designado por la asamblea es quien debe administrar y representar legal y administrativamente al consorcio.

En el supuesto que el administrador, por diferentes motivos —vacancia o ausencia— no ejerza el mandato, el consejo de propietarios se encuentra facultado para administrar temporariamente el consorcio, convocando, en caso de vacancia, dentro de los 30 días, a una asamblea extraordinaria a los fines de designar nuevo administrador.

El consejo de propietarios se encuentra facultado a convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo.

Por último, cabe señalar que tiene atribuciones para fiscalizar los aspectos económicos y financieros del consorcio y puede autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios.

Los incs. b y c son, claramente, competencias que le dan sentido a la existencia de los consejos, cuya fundamental importancia radica en erigirse en órganos de contralor, supervisión, fiscalización y vigilancia de los movimientos económicos financieros del consorcio, cuyo órgano ejecutivo es el administrador, principal responsable de ellos. Y la función subsidiaria de administración en los supuestos de acefalía del órgano ejecutivo y de

representación también resulta aceptable y facilita la operatividad en las decisiones consorciales, sujetas a un ritmo —por lo general— acelerado en su toma.[46]

La norma en examen no establece la cantidad de miembros con los que debe contar el consejo, ni tampoco se enuncian los criterios para lograr su composición en cuanto al número de integrantes —par o impar, más o menos de diez miembros o un porcentaje de consorcistas—: solo queda claro que debe ser conformado por propietarios, según el nombre elegido para designar a este órgano.

Se caracteriza por ser:

a. un órgano colegiado, integrado por una pluralidad de consorcistas, siendo aconsejable un número impar que facilite las decisiones. Este carácter colegiado determina su funcionamiento. El mismo deberá ajustarse a las previsiones que a ese respecto contenga el reglamento de copropiedad. Sus decisiones se adoptarán, previa deliberación, por las mayorías que dicha norma convencional establezca;
b. tiene carácter permanente. Se parte de la hipótesis de un funcionamiento continuo, facilitado por el número y cercanía de sus miembros;
c. tiene origen en la ley y debe regularse en el reglamento de copropiedad y administración;
d. sus miembros deben ser consorcistas y mantienen los derechos y prerrogativas de tales. No pueden, individualmente, peticionar ni invocar actuar como consejo;
e. la función de los integrantes del consejo de administración es gratuita.[47]

CAPÍTULO 7
Administrador

ARTÍCULO 2065.- ***Representación legal.*** *El administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica.*

ARTÍCULO 2066.- ***Designación y remoción.*** *El administrador designado en el reglamento de propiedad horizontal cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella. La primera asamblea debe realizarse dentro de los noventa días de cumplidos los dos años del otorgamiento del reglamento o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero.*

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.

ARTÍCULO 2067.- ***Derechos y obligaciones.*** *El administrador tiene los derechos y obligaciones impuestos por la ley, el reglamento y la asamblea de propietarios. En especial debe:*

a. *convocar a la asamblea y redactar el orden del día;*

(46) Resqui Pizarro, Jorge C., "Aproximaciones al anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial en lo referido a la propiedad horizontal", [en línea] eldial.com, DC18D6.

(47) Kiper, Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho, 2013, p. 205 y ss.

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.*

Remisiones: ver art. 2056, inc. r, CCyC.

1. Introducción

Los arts. 2065 a 2067 CCyC regulan uno de los órganos del consorcio, el administrador, quien representa legalmente al consorcio y quien debe velar por el cumplimiento del reglamento de propiedad.

2. Interpretación

2.1. Conceptos generales

Para atender adecuadamente a la satisfacción de las necesidades e intereses comunes a todos los copropietarios, la norma en examen impone un sistema de administración del edificio de propiedad horizontal y obliga a colocar a su frente a un administrador.

2.2. El administrador es órgano necesario

La existencia del administrador en el consorcio es de carácter obligatorio, o sea que en materia de propiedad horizontal el administrador es un órgano esencial del que no puede prescindirse, puesto que al tratarse el consorcio de una persona jurídica requiere de un representante legal para poder ejercer sus atribuciones legales.

2.3. ¿A quién representa el administrador?

El art. 2265 CCyC dispone que el administrador es el representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Es decir que corresponde considerar al administrador no como representante de cada uno de los propietarios en forma individual sino del consorcio constituido por todos ellos sobre la base de un fin común perseguido.

El administrador no es representante voluntario del consorcio, sino legal o estatutario, por lo que el ejercicio de esa representación funcional resulta similar a la que corresponde a los representantes necesarios de otras personas de existencia ideal, es decir, como órgano.

De ahí que no existe obstáculo alguno para que el administrador designe a un letrado apoderado para iniciar acciones judiciales contra uno de los copropietarios. Por otra parte, el otorgamiento de "poder general judicial" o de poder especial para asuntos judiciales que el administrador realice a nombre del consorcio importa un acto previo de la administración, y no la sustitución de un mandato conferido al otorgante, aun cuando el reglamento de copropiedad prevea expresamente que el administrador tiene facultad de representación ante "autoridades judiciales".

2.4. ¿En quién puede recaer la designación?

Pueden ser elegidos administradores uno o varios de los propietarios, o un tercero en cuyo caso puede ser una persona física o una persona jurídica.

2.5. Nombramiento y remoción del administrador

El administrador designado en el reglamento de propiedad y administración 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 y administración. Pueden ser removidos sin expresión de causa.

El primer administrador está designado en el reglamento (ver art. 2056, inc. r, CCyC). Los demás son designados y también removidos por la asamblea. El primero cesa si no es ratificado por la primera asamblea.

Se aclara expresamente que la nueva designación no importa la reforma del reglamento, lo que implica que basta con la mayoría absoluta, en lugar de dos tercios, salvo que en el reglamento se exija una mayoría superior.

El reglamento puede prever la duración del mandato (art. 2056, inc. s, CCyC). La ley 941 CABA (actualizada por las leyes 3254 y 3291 y reglamentada por el decreto 551/2010), crea un "Registro de Administradores". Dice el art. 13 de la ley 941 que el administrador dura, salvo disposición en contrario del reglamento, un año, que puede ser renovado por la asamblea. También tiene normas sobre mayoría y quórum. Todo parece inconstitucional, en tanto no armonice con la ley nacional.[48]

El art. 2067 CCyC enumera un conjunto de derechos y obligaciones del administrador. Tal como surge del texto de la norma cabe poner de manifiesto que la enumeración no es taxativa ya que dice "*en especial, debe*", lo que denota que no existe ningún impedimento para que el reglamento de propiedad establezca otros derechos y/o obligaciones que no están expresamente enumeradas en la mencionada disposición legal.

CAPÍTULO 8
Subconsorcios

ARTÍCULO 2068.- ***Sectores con independencia.*** *En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede prever la existencia de sectores con independencia funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general.*

Cada 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.

Fuente: art. 2013 del Proyecto de 1998.

1. Introducción

El art. 2068 CCyC dispone: *"En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede de prever la existencia de sectores con independencia 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".

Esta es una novedad, tomada del art. 2013 del Proyecto de 1998. Puede haber sectores independientes con sus asambleas, subadministradores. Actualmente, la ley 13.512 no parece permitirlo. Debe estar previsto en el reglamento, aunque el art. 2056 CCyC, que se refiere al reglamento, no dice nada sobre esto; es solo para edificios con estructuras especiales (*v. gr.*: torres separadas).

La división no opera frente a terceros.

(48) Kiper, Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho, 2013, p. 205 y ss.

2. Interpretación

2.1. Subconsorcios

La introducción de la figura del "subconsorcio" puede traer ventajas en el funcionamiento del sistema. Era postulada antes de la reforma por alguna doctrina. Así, por ejemplo, escribió Laje lo siguiente: "*Supóngase el caso de las llamadas 'galerías' comerciales, correspondientes a un consorcio de propietarios gobernado por el régimen tradicional de uniformidad en cuanto a las asambleas, administrador y sistema de contribución al pago de los gastos comunes. De tal régimen surge necesariamente que toda decisión que deba tomarse con relación a elementos comunes, cualquiera sea la naturaleza de ellos, así como los gastos correspondientes, tiene que aprobarse en asamblea general integrada por todos los consorcistas, quienes deberán contribuir al pago de tales gastos en la proporción única que establece el reglamento. Puede ocurrir en alguno de esos casos que los propietarios de las unidades afectadas a locales de negocio quieran mejorar las condiciones materiales de ciertas partes comunes directamente vinculadas a dichos locales y que se hallan materialmente separadas de las demás unidades. Por ejemplo, aumentar la iluminación de los pasillos por donde circula el público que concurre a los locales, mejorar con nuevos tonos o tipos de pintura las paredes o techos de esos pasillos, renovar los pisos, contratar personal de limpieza o de vigilancia, colocar instalaciones para irradiar música de tipo adecuado para atraer la clientela, etc. Cabe prever que en tales supuestos las medidas que se proponen difícilmente contarían con la aprobación de los propietarios de las unidades destinadas a vivienda u oficinas, situadas en las plantas superiores; por un lado, estas últimas unidades ningún beneficio obtendrían con las mejoras; por otro lado, el costo de ellas tendría que pagarse por todos los miembrosdel consorcio en la proporción establecida por el reglamento para los gastos comunes. De manera que si se propusieran dichas medidas y gastos a una asamblea general, integrada por todos los consorcistas, raramente se contaría con los votos necesarios para su aprobación. La misma falta de apoyo se produciría si los propietarios de las unidades destinadas a vivienda u oficinas sometieran a una asamblea general trabajos de mejoramiento sobre partes comunes que no signifiquen ventaja directa alguna para los propietarios de los locales de negocio. Similares problemas pueden crearse en otros edificios con unidades afectadas a destinos heterogéneos, como acontecería si partes de ellos estuvieran aplicadas a cocheras y las restantes a locales de negocio, oficinas o departamentos para vivienda. A medida que aumenta la variedad en cuanto a los diferentes destinos posibles de unidades dentro de un mismo edificio, el problema se irá magnificando. Por consiguiente, las medidas de la naturaleza precitada difícilmente serían aprobadas en asambleas generales, por las razones ya mencionadas y conocidas, a saber, ausentismo que provoca falta de quórum, indiferencia, egoísmo, etc. A todo ello se agrega que una primera negativa que hubieran opuesto los miembros de uno de los sectores a las aspiraciones de los integrantes del otro, puede crear una situación de antagonismo y un espíritu de desquite, contrario a la armonía deseable en estos organismos.*

Las dificultades apuntadas quedarían considerablemente reducidas y quizás totalmente eliminadas, si las cuestiones que interesan exclusivamente a un determinado sector o grupo de unidades fueran decididas por el voto de sus respectivos titulares y pagadas por estos mismos, sin participación de las unidades extrañas a cada situación. La legislación vigente en los diversos países no contempla el punto, con excepción de la ley francesa número 657, de junio 10 de 1965, que derogó y reemplazó la anterior ley de 1938 sobre propiedad horizontal".[49]

(49) Kiper, Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho, 2013, p. 205 y ss, con

Responde el artículo así delineado a la más concreta realidad de la propiedad horizontal en nuestros días: la ingobernabilidad de los grandes edificios y complejos inmobiliarios.

Es impecable la redacción en lo relativo a la creación de subasambleas y la figura del subadministrador (que se registra hoy en muchos inmuebles) pero siempre supeditados a la decisión unificada de la asamblea general en el supuesto de conflicto. Y en tanto, acierta, por ende, en la asunción de la responsabilidad del "único consorcio" ante terceros.[50]

CAPÍTULO 9
Infracciones

ARTÍCULO 2069.- ***Régimen.*** *En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad horizontal, y sin perjuicio de las demás acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteración de infracciones.*

1. Introducción

La norma en examen se refiere a las consecuencias que pueden traer aparejadas la violación por parte de un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad horizontal. Estableciendo cuál es la legitimación activa y pasiva y la vía procesal por la que debe sustanciarse la acción para hacer cesar la violación reglamentaria.

2. Interpretación

Infracciones y violación del reglamento de propiedad.

La legitimación, activa o pasiva, determina quiénes deben o pueden demandar o ser demandados, es decir precisa quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto. La legitimación activa significa una autorización o habilitación para ejercer determinada acción en el proceso; de tal modo, que hablar de legitimación implica referirse a un sujeto procesal que tiene derecho a ejercitar un determinado reclamo. Por el contrario, la carencia procesal se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión.[51]

La norma establece que tanto el administrador como un propietario puede accionar por el trámite más corto que prevea el código procesal local, que en ámbito de la CABA es el

cita de Laje, E. J., "Régimen de asambleas y de administración separadas en materia de propiedad horizontal", en *Revista del Notariado*, n° 713, p. 1429.

(50) Resqui Pizarro, Jorge C., "Aproximaciones al anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial en lo referido a la propiedad horizontal", [en línea] eldial.com, DC18D6.

(51) Trigo Represas, Féliz; López Mesa, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil* , t. IV, Bs. As., La ley, pp. 467/469.

trámite sumarísimo lo mismo en la provincia de Buenos Aires. Si el que realiza la violación es un tenedor cabe el desalojo, si en cambio es un propietario puede decretarse otras medidas, como astreintes, o multa, entre otras. Como nada dice en este último caso como lo establecía el art. 15 de la ley 13.512, dicho importe irá al consorcio si la acción la promueve el administrador o en su caso al propietario que la haya intentado.(52)

Desde esta perspectiva, viene al caso señalar, como es sabido, que dada su naturaleza contractual, el reglamento de copropiedad es ley para los integrantes del consorcio razón por la cual su acatamiento es fundamental en el sistema organizado por la ley 13.512 como medio de propender al normal desarrollo de las relaciones entre los miembros del consorcio y el buen funcionamiento de este régimen comunitario.(53)

Por ser ello así, debe sancionarse todo hecho que transgreda lo preceptuado en el reglamento de copropiedad, toda vez que la convalidación judicial permisiva de la violación al mismo no solo crearía un mayor desorden sino que premiaría los hechos consumados. Establecido ello, considero que la realización de obras en infracción a lo establecido en el art. 2069 CCyC y el reglamento de propiedad da lugar a una acción de naturaleza contractual en atención a que el mencionado reglamento no es sino un contrato que vincula a los copropietarios entre sí.(54)

La expresa indicación de la ley de que no solo los propietarios de las unidades sino también todo ocupante debe respetar el reglamento de copropiedad despeja toda duda.(55) Es obvio que lo que la ley deja en claro es que el cumplimiento del reglamento de copropiedad no quede supeditado a que los propietarios vivan en las unidades, dado que por razones de alejamiento temporario, viajes, vacaciones o cualquier otra razón pueden dejarlos ocupados por terceros, o también cederlos en comodato o en locación. En cualquiera de estos supuestos, expresamente la ley prevé que deben destinar el inmueble para los fines previstos en el reglamento y, obviamente, no perturbar a los copropietarios con ruidos molestos o el ejercicio de actividades para la seguridad del inmueble.

Se ha dicho que "*la facultad de pedir la demolición de una obra, realizada unilateralmente por alguno de los propietarios, o de reclamar por el uso no autorizado de bienes comunes, corresponde al Consorcio y no a los dueños obrando individualmente, salvo cuando la actividad ilegal o antirreglamentaria les produzca a estos últimos un daño cierto y personal*".(56)

Si el infractor fuese un ocupante no propietario, podrá ser desalojado en caso de reincidencia. La acción respectiva podrá ser ejercida por el representante legal del consorcio o por el propietario afectado.

(52) Corna, Pablo M., "Propiedad horizontal en el proyecto de Código Civil de 2012", en Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012, [en línea] http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf

(53) Gurfinkel de Wendy, Lilian, *Derechos Reales*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2010, p. 639.

(54) Highton, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Bs. As., Hammurabi, p. 171 y ss., ap. 23.

(55) Racciatti, Hernán, "Comentario a ley 13.512", en E. Zannoni (dir.), A. Kemelmajer de Carlucci (coord.), *Código Civil Comentado*, t. 11, Bs. As., Astrea, 2007, p. 575.

(56) Racciatti, Hernán, "Comentario a…", en *op. cit.*, p. 588 y jurisprudencia allí citada.

CAPÍTULO 10
Prehorizontalidad

ARTÍCULO 2070.- ***Contratos anteriores a la constitución de la propiedad horizontal.*** *Los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este Capítulo.*

ARTÍCULO 2071.- ***Seguro obligatorio.*** *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 2072.- ***Exclusiones.*** *Están excluidos los contratos siguientes:*

a. *aquellos 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.*

1. Introducción

La ley 19.724 fue dictada en el año 1972 con el objeto de proteger a los adquirentes de unidades que aún no habían sido construidas o bien que su construcción aún no se encontraba culminada ni aprobado por el ente administrativo correspondiente el plano de terminación de obra de un edificio que se afectaría en el futuro a la ley de propiedad horizontal.

El legislador, mediante la citada ley, había tratado de arbitrar medidas tendientes a proteger la condición de los adquirentes por boleto, que durante toda esta etapa —de construcción de las unidades— quedaban en un total estado de desamparo.

2. Interpretación

2.1. Seguros

El CCyC deroga la ley 19.724 y dispone un seguro obligatorio a fin de proteger al adquirente por contrato de 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 pensar en derecho 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.

Cabe advertir que el incumplimiento por parte del titular de dominio de constituir un seguro obligatorio tiene por efecto privar al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente. La norma en examen incorpora doctrina plenaria dictada en los autos "Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón" en que se resolvió: "*El propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato*".(57)

La norma se refiere al titular del dominio, pero debería mencionar también a otros partícipes, tales como el desarrollador o la empresa constructora, entre otros. No hay que olvidar que las normas que amparan a los consumidores extienden la responsabilidad a todos los intervinientes.(58)

2.2. Exclusiones

Según el art. 2072 CCyC, estarían excluidos los contratos siguientes:

a. aquellos 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.

La mencionada norma resulta coincidente con las exclusiones previstas en el art. 1° de la ley 20.276, que queda derogada a partir de la entrada en vigencia del presente cuerpo normativo.

TÍTULO VI(*)
Conjuntos inmobiliarios

CAPÍTULO 1
Conjuntos inmobiliarios

ARTÍCULO 2073.- ***Concepto.*** ***Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral,***

(57) Leiva Fernández, Luis F. P. (dir.), *Contratos Civiles y Comerciales. Colección de Análisis Jurisprudencial*, Bs. As., La ley, 2002, p. 241, con nota de AA. VV.

(58) Kiper Claudio M., "El proyecto de Código Civil y Comercial y el derecho real de propiedad horizontal", en *Pensar en derecho*, año 2, n° 2, Eudeba/Facultad de derecho, 2013, p. 205 y ss.

(*) Comentarios a los arts. 2073 a 2099 elaborados por María José Pérez Clouet.

comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

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

1. Introducción

La enumeración del art. 2073 CCyC no clausura la nómina de los emprendimientos que pueden calificar como conjuntos inmobiliarios. La variedad en sus destinos, en su conformación, en el régimen jurídico que adoptaron, en los reglamentos internos que se dictaron, en los servicios o prestaciones que brinden explican por qué los supuestos enumerados resultan solo ejemplificativos, sin que induzca a confusión el nombre de fantasía que se le asigne para facilitar la comercialización de sus productos. Para la determinación del tipo que queda comprendido en el concepto legal de "conjunto inmobiliario" se debe apelar al enunciado de sus elementos característicos siguiendo las precisiones del art. 2074 CCyC, dispuestas teniendo en cuenta en forma aislada al conjunto inmobiliario, esto es, con independencia de su entorno territorial y de las regulaciones administrativas y urbanísticas aplicables a estos emprendimientos. Estos aspectos fueron considerados en otros artículos.

Sobre el concepto legal de "club de campo", el art. 64 del decreto-ley 8912/1977 ("Ordenamiento territorial y uso del suelo", vigente en la provincia de Buenos Aires) entiende como tal a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas:

a. esté localizada en área no urbana;
b. una parte se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza;
c. la parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio;
d. el área común de esparcimiento y el área de vivienda deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplearse unas actividades por otras; tampoco podrá subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyen el área de vivienda.

2. Interpretación

El cerramiento sirve como elemento físico para delimitar la extensión territorial del conjunto inmobiliario. Su conformación, altura y demás elementos necesarios para materializarlo lo establecen las normas administrativas de aplicación. Además, tiene utilidad para controlar el ingreso y egreso de personas y vehículos a la urbanización.

Las partes privativas constituyen los sectores de aprovechamiento independiente en los que se subdivida el conjunto inmobiliario, usualmente designados como "unidades funcionales" cuando se los afecta al régimen de la propiedad horizontal. Lo que no compone una parte privativa constituye una parte común la que, juntamente con otros bienes, debe quedar sometida a indivisión forzosa y perpetua. Entre ambas partes se establece una vinculación inseparable, dependencia recíproca que incluye a las facultades que sobre ellas se tengan.

Se deberá reglamentar:

a. la determinación de los órganos del conjunto inmobiliario, su integración y funciones;
b. los límites y restricciones que se le imponen a los derechos particulares;
c. el régimen disciplinario aplicable y las normas de procedimiento;
d. la obligación de contribuir para solventar gastos y cargos comunes; y
e. la designación de una entidad con persona jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

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

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

Remisiones: ver art. 2077 CCyC.

1. Introducción

Es razonable que se subordine el emplazamiento de los conjuntos inmobiliarios a las normas administrativas vigentes en la jurisdicción donde se instalen, las que además pueden contener disposiciones urbanísticas. Esto es así porque les corresponde a las autoridades de gobierno el contralor de que se observen los ordenamientos territoriales de sus respectivas demarcaciones. De hecho, en la provincia de Buenos Aires, jurisdicción que concentra el mayor número de estos conjuntos inmobiliarios, se han dictado regulaciones administrativas que establecen los requisitos de cumplimiento obligatorio para llegar a la etapa en la que se les confiere la convalidación técnica final (decretos 9404/1986 y 27/1998 aplicables, respectivamente, a los clubes de campo y a los barrios cerrados); dichas regulaciones, asimismo, han servido de fuente al resto de las provincias en las que hacían su aparición estos emprendimientos.

2. Interpretación

Con la indicación de que, a futuro, todos los conjuntos inmobiliarios deban someterse a la normativa establecida en el Libro Cuarto, Título V, a los fines de la división jurídica del edificio (art. 2038 CCyC), el derecho real de propiedad horizontal sobre cosa propia estará determinado en la unidad funcional con arreglo al concepto que establecen los

dos párrafos del art. 2039 CCyC (ver al respecto lo que dispone el art. 2077 CCyC que se examinará más adelante). Consideramos un logro importante haber establecido esta obligatoriedad. Está demostrado que la mayoría de los conjuntos inmobiliarios han sido sometidos al régimen de la propiedad horizontal, esta al menos es la realidad de lo acontecido en la provincia de Buenos Aires facilitada por contar con un decreto reglamentario de la ley 13.512 —el 2489/1963— que admitió la afectación al régimen horizontal, la comercialización y la inscripción registral de transferencias y/o gravámenes correspondientes a unidades funcionales no terminadas.

Se agrega en el precepto que nos ocupa, también con respecto a los futuros conjuntos inmobiliarios, que deberán adoptarse las modificaciones que establece el Título IV a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial, de manera que en la redacción del acto constitutivo al que se refiere el art. 2038 CCyC se tendrán en cuenta las disposiciones especiales previstas para este tipo de emprendimientos.

En cuanto a los conjuntos inmobiliarios preexistentes a los que se refiere el último párrafo de este art. 2075 CCyC, se estima que habrán de dictarse disposiciones complementarias que fijen el plazo que se confiere para la adecuación, juntamente con las directivas jurídicas necesarias para producirla, habida cuenta de la diversidad de regímenes legales que se adoptaron por los distintos emprendimientos.

ARTÍCULO 2076.- ***Cosas y partes necesariamente comunes.*** *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.*

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

1. Introducción

Dos son los aspectos de mayor relevancia en esta disposición:

a. el uso comunitario de los bienes calificados como tales;
b. que esa designación conste en el reglamento de propiedad horizontal que rige para el conjunto inmobiliario, sin perder de vista, a propósito de la aplicación obligatoria establecida en el art. 2074 CCyC, lo que establece la última parte del primer párrafo del art. 2040 CCyC: "*… las cosas y partes cuyo uso no está determinado, se consideran comunes.*"

2. Interpretación

La directiva legal impacta directamente sobre la calificación legal del terreno de estos emprendimientos porque, no obstante la aplicación obligatoria que mencionamos en el párrafo anterior, aquel deja de ser una cosa "*necesariamente común*" según lo establece el inc. a, art. 2041 CCyC. Esto, de manera que, tanto del documento cartográfico que permita la división jurídica del edificio (art. 2038 CCyC), como del reglamento de propiedad y administración que se otorgue, debería resultar la calidad de propio del terreno que ocupe cada una de las unidades funcionales; esto último repercute inevitablemente en la

conducta de los titulares de dominio respecto de lo que construyan sobre el espacio físico que ocupe su sector privativo.

ARTÍCULO 2077.- ***Cosas y partes privativas.*** *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.*

1. Introducción

La realidad constructiva a nivel nacional es claramente demostrativa de que, cuantitativamente, los departamentos se despliegan en una sola planta y se comercializan sin estar todos ellos terminados.

2. Interpretación

Las unidades funcionales estarán determinadas con arreglo a lo dispuesto por el art. 2039 CCyC, lo que resultará del documento cartográfico elaborado para la división jurídica del edificio (art. 2038 CCyC) en el que deberá constar la situación constructiva de los sectores privativos que componen el conjunto inmobiliario. La circunstancia de estar pendiente la terminación de las unidades funcionales no obsta el otorgamiento del reglamento de propiedad y administración en el que se dejará transparentado el estado constructivo de las unidades de que se trate. Naturalmente, las unidades funcionales tendrán que tener salida a la vía pública directamente o por un pasaje común porque esta es la directiva legal (ver última parte del primer párrafo del art. 2039 CCyC).

Cabe reiterar que en la provincia de Buenos Aires, a través del decreto 2489/1963, se permitió la afectación al régimen horizontal de unidades funcionales no terminadas, siempre que se ajustaran a los requisitos establecidos en su art. 6°, su transferencia o gravamen y sus respectivas registraciones inmobiliarias. Desde el año 2004, y a través del decreto 947 —modificatorio del decreto 2489/1963—, se estableció el procedimiento para modificar el estado parcelario de las unidades que estaban a construir o en construcción.

ARTÍCULO 2078.- ***Facultades y obligaciones del propietario.*** *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.*

Interpretación

Las facultades que cada propietario puede ejercer sobre su unidad funcional y las obligaciones que le vienen impuestas las establecen los arts. 2045 y 2046 del marco regulatorio general previsto para la propiedad horizontal, normativa a la que remite el art. 2075, párr. 2, CCyC respecto de los conjuntos inmobiliarios. Desde el artículo que examinamos y con relación a estos emprendimientos los propietarios deberán, además, ajustar sus conductas a las directivas que se hayan establecido en el respectivo reglamento en cuya redacción se tendrá en cuenta el resguardo de una cordial, respetuosa y armónica convivencia juntamente con los otros factores a los que la norma hace referencia.

ARTÍCULO 2079.- ***Localización y límites perimetrales.*** *La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.*

Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Interpretación

El primer párrafo remite a lo que dispongan los ordenamientos territoriales, propuestos por las comunas locales y aprobados por la autoridad gubernamental, consistentes, entre otros objetivos, en la delimitación de las áreas, en la zonificación según usos procurando que esta organización física de cada espacio territorial no esté desvinculada de la trama circulatoria de su entorno. En su caso, de corresponder, el municipio deberá dictar la ordenanza necesaria que confiera el pertinente cambio normativo que permita el emplazamiento del conjunto inmobiliario de que se trate.

Lo que concierne al cerramiento nos remite al art. 2074 CCyC, norma que lo identifica como un elemento característico de estas urbanizaciones, cuya materialización es dependiente de lo que se establezca en las disposiciones aplicables. En tal sentido cabe citar lo que dispone el inc. e del art. 3º del decreto 27/1998 dictado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, aplicable a los Barrios Cerrados: *"El cerramiento del perímetro deberá ser transparente y tratado de manera que no conforme para el entorno un hecho inseguro, quedando expresamente prohibida su ejecución mediante muro aún en condiciones de retiro respecto de la línea municipal".*

ARTÍCULO 2080.- ***Limitaciones y restricciones reglamentarias.*** *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.*

1. Introducción

El reglamento de propiedad horizontal (ver art. 2038 CCyC) servirá de continente al juego de disposiciones a las que se refiere este artículo vinculadas, unas, a las limitaciones urbanísticas que la comuna local puede disponer referidas, por caso, a la altura máxima de las edificaciones; a los retiros de la línea municipal; al destino de las unidades funcionales; al material de los cerramientos perimetrales; al tipo de forestación a emplear como elemento separativo de las unidades linderas; etc., y otras referidas a un doble orden de limitaciones: por una parte, las que conciernen a la constitución de derechos reales (servidumbres) u otras restricciones a los dominios individuales dispuestas para facilitar el aprovechamiento integral del complejo y, por la otra, directivas destinadas a modular la conducta de todos los habitantes del conjunto inmobiliario dispuestas para alcanzar la

mejor y más adecuada armonía en las relaciones interpersonales derivadas de convivir en un mismo entorno inmobiliario.

2. Interpretación

La oponibilidad de las restricciones y limitaciones establecidas en el reglamento de propiedad horizontal deben ser consideradas, en primer lugar, desde la inscripción en el registro inmobiliario que dispone la parte final del art. 2038 CCyC para, luego, examinar lo que establece la norma en análisis. Respecto de la publicidad registral inmobiliaria, consideramos que, además de no descartar la simultánea registración de títulos transmisivos del dominio de algunas o de todas las unidades del edificio y/o de constitución convencional de gravámenes u otros derechos reales sobre las mismas, permitirá que se conozcan todos los aspectos relativos a la división jurídica del edificio (art. 2038 CCyC), juntamente con el estado constructivo de las unidades que lo componen (art. 2077 CCyC) y de las servidumbres y restricciones que limiten el derecho de dominio de los propietarios de las unidades funcionales (art. 2080 CCyC).

En cuanto a las limitaciones edilicias, las condiciones operativas para edificar los locales que se construirán en las diferentes unidades funcionales y las reglas de convivencia u otras establecidas en beneficio de la comunidad, para su publicidad bastará que consten en el ya aludido reglamento de propiedad horizontal, el que se integra al título de adquisición de cada una de las unidades funcionales. Esta integración, vinculada con la prevista en el art. 2038, párr. 2, CCyC es consecuencia directa de estar frente a un derecho real cuyo contenido y ejercicio están contemplados en el título de adquisición y en las estipulaciones establecidas en el mencionado reglamento, de manera que su conocimiento previo por quien será adquirente debe ser asumida como una condición de resultado.

La presunción sin admitir prueba en contra, y que la propia norma prevé, torna innecesaria la transcripción en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal que menciona el artículo; ello es así porque serán oponibles no obstante que el adquirente, efectivamente, las desconozca.

Se debería tener en cuenta, a raíz de la intervención notarial que le corresponde al autorizante del acto transmisivo, que en su tarea preliminar de asesoramiento puede poner al alcance del adquirente el contenido de los instrumentos vinculados al derecho que se le va a transmitir.

> **ARTÍCULO 2081.-** ***Gastos y contribuciones.*** *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 horizontal. 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.*

Remisiones: ver art. 2083 CCyC.

1. Introducción

Es correcto que dentro de las obligaciones a cargo de los propietarios, el artículo distinga las expensas de los gastos y erogaciones que demande mantener funcionando el conjunto inmobiliario. Esto es así porque no son conceptos equivalentes.

2. Interpretación

En cuanto a la proporción con la que cada propietario deberá contribuir para afrontar los importes necesarios, la norma remite a lo que establece el reglamento de propiedad y administración, aspecto mencionado en el art. 2056, inc. g, CCyC —contenido del reglamento— que solo la contempla respecto de las expensas comunes. Por tal razón, el reglamento deberá prever cómo se adoptan las decisiones que puedan generar gastos y/o contribuciones y bajo qué términos o condiciones se amortizan.

Además de lo anterior y por vía reglamentaria se pueden fijar aranceles o tarifas por derechos de admisión y permanencia que deberán abonarse en el caso de que utilice cualquiera de los bienes de aprovechamiento común personas con vínculo de parentesco o amistad con los titulares de las unidades funcionales, o aun como sus invitados. Sobre esto último se tendrá en cuenta lo que establece el art. 2083 CCyC al que nos remitimos.

ARTÍCULO 2082.- ***Cesión de la unidad.*** *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.*

Remisiones: ver comentario al art. 2083 CCyC.

1. Interpretación

El artículo contempla una situación que ocurre habitualmente en la época estival y que consiste en la cesión que el propietario de una unidad funcional verifica a favor de un tercero, por un breve periodo de tiempo —lo que no descarta celebrarla por espacios más prolongados—, en forma total o parcial y por cualquier título, lo que implica transferirle al cesionario el ejercicio de sus derechos sobre todo lo que se haya implementado en el conjunto inmobiliario para el aprovechamiento común. Reglamentariamente se pueden establecer los mecanismos para individualizarlos y las normas de conducta a las que se deberán ajustar tanto los cesionarios como las personas que, junto con ellos, ocupen la unidad funcional. La eventual aplicación de aranceles o tarifas que deban abonarse por estos terceros se compaginará con lo que establece el art. 2083 CCyC, a cuyo comentario nos remitimos.

ARTÍCULO 2083.- ***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. *Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.*

1. Introducción

Se trata de un artículo vinculado a los dos anteriores que, además, consagra la posibilidad de que se admitan como usuarios a terceros extraños. En efecto, en el art. 2081 CCyC se alude a la utilización de todo cuanto constituyan bienes de aprovechamiento común por parte de familiares o invitados de los propietarios de unidades funcionales y, a su respecto admite que, por vía reglamentaria, se fijen las contribuciones que deberán abonar.

2. Interpretación

Por la norma que ahora nos ocupa se legitima reglamentar la medida del uso y goce de tales instalaciones, juntamente con mecanismos aplicables para la identificación de los distintos sujetos que gozarían de dichas prerrogativas. En el art. 2082 CCyC se menciona a los terceros a quienes el propietario les cede el uso y goce de los espacios e instalaciones comunes y, a su respecto, autoriza que el reglamento fije estipulaciones para su ejercicio. En el segundo párrafo del artículo bajo examen se establece el alcance de todo uso que se conceda a terceros sobre los bienes comunes del complejo, involucrando el caso de los cesionarios referidos por el mencionado art. 2082 CCyC.

Respecto de los calificados como *"usuarios no propietarios"* interpretamos que se refiere a terceros extraños que no forman parte de la nómina de miembros del grupo familiar ni tienen calidad de invitados y, por supuesto, no se asimilan a los cesionarios del art. 2082 CCyC.

Su admisión —y permanencia— es dependiente de la regulación que establezca el reglamento de propiedad horizontal especial o de la que se decida dictar por la asamblea de propietarios contando para ello con la mayoría legal o estatutariamente exigible.

Lo que encierra el último párrafo del art. 2083 CCyC es una prohibición que guarda coherencia con la idea de impedir que terceros a quienes se les otorgó el derecho de usar bienes comunes del conjunto inmobiliario transfieran a otros la posición contractual que tienen como titulares de tal derecho, el que puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente. Desde esta perspectiva, califica al uso transferido como "derecho personal", decretando que no es susceptible de cesión y/o transmisión *mortis causa* bajo ninguna magnitud.

El pago de las contribuciones a cargo de los terceros no propietarios, tal como fue considerado en el examen de normas anteriores, deberá estar determinado en las normas reglamentarias que se dicten a tal efecto.

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

Interpretación

Desde la lectura lineal del artículo, la constitución de servidumbres u otros derechos reales de disfrute sobre cosa ajena afectando sus espacios e instalaciones de aprovechamiento

común, puede establecerse entre los conjuntos inmobiliarios y con otros y, para concretarlo, son necesarias tres condiciones:

a. la existencia de una norma administrativa que lo habilite;
b. la decisión que se adopte con la mayoría legalmente exigible en las asambleas que celebre cada uno de los conjuntos inmobiliarios involucrados; y
c. la modificación de los respectivos reglamentos de propiedad y administración con sus correspondientes registraciones inmobiliarias.

ARTÍCULO 2085.- ***Transmisión de unidades.*** *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.*

Interpretación

Este artículo consagra, elípticamente, el derecho de admisión y su ejercicio está condicionado a la existencia de una estipulación en el reglamento de propiedad horizontal que establezca:

a. la obligación de todos los propietarios de sectores privativos de notificarle al consorcio su decisión de transferir el dominio de su unidad funcional, los datos relativos a su potencial adquirente y las condiciones económicas de la operación;
b. el derecho de preferencia que se le confiere al consorcio de propietarios y/o al grupo de propietarios que se enrole para su ejercicio;
c. el plazo durante el cual y bajo idénticas condiciones, el consorcio o el grupo de propietarios pueden ejercer la preferencia;
d. las sanciones aplicables al infractor.

ARTÍCULO 2086.- ***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.*

Interpretación

Las conductas indebidas y las sanciones aplicables, de igual modo que el procedimiento que se debe implementar para formular los cargos y los descargos y los recursos disponibles para el imputado, tienen que constar en el reglamento de propiedad horizontal. Estas son las condiciones necesarias para la operatividad del artículo que se examina.

CAPÍTULO 2
Tiempo compartido

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

1. Introducción

El art. 1887, inc. e, CCyC reconoce al tiempo compartido como un nuevo derecho real al que el precedente art. 2087 CCyC considera existente toda vez que el propietario de un bien lo afecta a un fin en particular (como puede ser el turístico, comercial, industrial, entre otros) para que terceros —a los que la normativa denominará "usuarios"— puedan servirse de él y de las prestaciones compatibles previstas para su destino, periódicamente o por turnos.

Hasta el dictado del CCyC, nuestro país carecía de una legislación sobre el particular con excepción de la ley 26.356 que, a partir del mes de abril de 2008 y mediante sus diez capítulos, estableció una regulación exclusiva para los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC).

2. Interpretación

La ley 26.994, a la par de aprobar el CCyC, en el inc. g de su art. 3° dispuso la derogación de los capítulos tercero, cuarto, quinto y noveno de la citada ley 26.356, manteniendo los seis capítulos restantes como normativa de aplicación supletoria a la presente regulación, que trata principalmente de las disposiciones generales, la designación de la autoridad de aplicación para estos sistemas, lo atinente a la comercialización y publicidad de estos emprendimientos como contratos de consumo, una instancia arbitral para la solución de conflictos y, finalmente, un régimen sancionatorio ante la infracción de la ley.

Dado que el derecho real de tiempo compartido del CCyC excede el límite del destino turístico o vacacional porque incorpora toda clase de fines o destinos a los que una persona podrá afectar una cosa de su propiedad para su aprovechamiento periódico por parte de terceros, los supuestos no incluidos expresamente en la ley 26.356 deberán encontrar su encuadre jurídico en las disposiciones de los siguientes artículos haciendo uso de la autonomía de la voluntad para la fijación de los elementos no tipificantes que resulten compatibles con el destino o fin elegido; más allá de las reglamentaciones que sobre el particular se dicten en el futuro de acuerdo a lo previsto en el art. 2102 de este cuerpo legal.

En todos los casos, la importancia del enunciado derecho real radica en crear una limitación al ejercicio de los derechos del propietario de la cosa que se afecta, quien no podrá modificar su destino durante el período de vigencia de la afectación o disponer de ella sin que el nuevo adquirente o acreedor de los derechos reales transmitidos o constituidos puedan oponer sus derechos a los usuario, brindando un mayor grado de seguridad jurídica al derecho de estos últimos.

Recurriendo a la legislación especial habida a la fecha —Capítulo I de la ley 26.356— podemos afirmar que, con independencia del andamiaje jurídico sobre el cual se sustente el emprendimiento de tiempo compartido, este abarcará la presencia de:

a. uno o más propietarios: son los titulares del objeto que se afecta, total o parcialmente, al emprendimiento;
b. el o los emprendedores: pueden coincidir con la persona del titular y que como personas físicas o jurídicas toman a su cargo la conformación, desarrollo y/o financiamiento del emprendimiento para comercializar períodos de disfrute de la cosa afectada y brindar a los usuarios las prestaciones que la integran y resultan compatibles con su destino;
c. el administrador: también podrá coincidir con la persona del titular y/o del emprendedor, y que como persona física o jurídica tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento como el uso de los bienes objeto del derecho;

d. el o los vendedores (o comercializadores en los términos del art. 2091 CCyC): en nombre y representación del titular y del emprendedor, pudiendo coincidir también con ellos, comercializan los períodos de uso del objeto afectado al nuevo derecho real; y
e. el usuario: adquiere el derecho de usar de la cosa —objeto del derecho real de tiempo compartido— y servirse de las prestaciones compatibles con su uso por un período o turno.

La extensión de este período de uso puede sujetarse a:

a. una "unidad de medida temporal", contada en días, semanas o meses, pudiendo ser la misma determinada o determinable, de tal modo que:
   1. si el uso corresponde durante las mismas fechas de los años calendarios sucesivos, dará lugar a un período temporal fijo;
   2. si el uso corresponde dentro de una temporada o entre determinadas fechas del año calendario, a elección del usuario y sujeto a disponibilidad, el período temporal será flotante.
b. una "unidad de medida por puntos", mediante la cual se adquieren derechos de uso canjeables y con equivalencias prestablecidas entre un conjunto de prestaciones en diferentes objetos o sistemas de tiempo compartido.

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

1. Introducción

El nuevo derecho real de tiempo compartido no solo contempla su implementación para múltiples fines, sino que también permite la afectación de inmuebles y muebles en tanto la naturaleza de estos sea compatible con los fines mencionados.

Recordamos que, hasta el dictado del CCyC, solo podían ser afectadas las cosas inmuebles al régimen del sistema turístico de tiempo compartido. Con el artículo que se comenta se amplían los horizontes de aplicación de la figura a cosas muebles —registrables o no— tales como yates, cruceros, toda clases de vehículos, maquinarias, instalaciones comerciales, entre otras; todas ellas, conjuntamente con los inmuebles, constituyen el objeto de este nuevo derecho real.

2. Interpretación

Una parte significativa de este artículo refiere a la independencia habida entre el nuevo derecho real de tiempo compartido y la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes afectados se encuentren sometidos. De esta manera, se permite al propietario del bien y al emprendedor del tiempo compartido la libre elección de la forma jurídica que utilizará para la conformación y comercialización del emprendimiento, la que podrá asirse de condiciones contractuales que graviten bajo la esfera de los derechos personales (societarias, asociativas, locativas, etc.) o de la implementación de otros derechos reales tales como el condominio con pactos de indivisión forzosa o la propiedad horizontal.

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

1. Introducción

Se adelantó que la caracterización del nuevo derecho real de tiempo compartido radica en la afectación de uno o más objetos —muebles o inmuebles— a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos por parte de los terceros que el art. 2095 CCyC denominará "usuarios".

2. Interpretación

Por lo que dispone el art. 2089 CCyC, esta afectación deberá instrumentarse por escritura pública cuando el objeto del nuevo derecho real sea un inmueble, la que deberá deberá contener los requisitos que se establezcan en la normativa especial que se dicte al efecto. Téngase presente que el Capítulo III de la ley 26.356 —que establecía el contenido de la escritura de constitución o afectación al régimen especial del sistema turístico de tiempo compartido— ha sido expresamente derogado.

Por exclusión, para la afectación de cosas muebles al régimen de tiempo compartido rige el principio de libertad de formas, razón por lo que será optativo para el titular recurrir a su formalización mediante escritura pública o instrumento privado.

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

Remisiones: ver comentario al art. 2094 CCyC.

1. Introducción

Es el titular de la cosa, objeto del derecho real de tiempo compartido, el que debe otorgar la escritura pública o instrumento privado que formalice la afectación a la que hace referencia el art. 2089 CCyC, manifestando su voluntad expresa en tal sentido.

2. Interpretación

Cuando el titular no coincida con la persona del emprendedor, el artículo compele a este a prestar su conformidad con la afectación instrumentada. Esta conformidad se evidencia no solo en la aceptación de su participación como emprendedor del sistema, sino también en la asunción expresa de las obligaciones y responsabilidades que tal carácter conlleva.

Será el instrumento de afectación el que identifique a la persona del emprendedor y enumere las obligaciones a su cargo, sin perjuicio de las previstas expresamente en el art. 2094 CCyC que se comentará.

Consideramos acertada la modificación plasmada en este artículo del criterio sostenido en la ley 26.356 que colocaba a la afectación como resultado de la voluntad del emprendedor,

exigiendo la mera conformidad del propietario de la cosa. El derecho real de tiempo compartido es un derecho real sobre cosa propia y es su titular o propietario el único legitimado para promover su afectación.

ARTÍCULO 2091.- ***Requisitos.*** *Los bienes deben estar libres de gravámenes y restricciones.*

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

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

1. Introducción

A los fines de celebrar el instrumento de afectación al que hace referencia el art. 2089 CCyC, la cosa —mueble o inmueble, objeto del derecho real de tiempo compartido— debe estar libre de gravámenes y restricciones al dominio que impidan su disposición por parte del propietario.

Para ello es de esperar que, ante el supuesto de cosas registrables, se solicite al registro de la propiedad —correspondiente a la naturaleza de la cosa en cuestión— un certificado o informe que acredite la situación jurídica de la misma, de acuerdo con la realidad registral actualizada; sin perjuicio del conocimiento adquirido por la publicidad cartular que figure en los títulos suficientes de adquisición de dominio de las cosas involucradas.

2. Interpretación

Cuando se trate de cosas muebles no registrables, la exigencia legal podrá quedar cubierta con la declaración jurada de su propietario sobre la inexistencia de los gravámenes y/o restricciones a los que se hace referencia y la consecuente libre disponibilidad que ostente públicamente sobre ellos.

Asimismo, el art. 2091 CCyC requiere que el emprendedor, el propietario, el administrador y el comercializador no se encuentren inhibidos para disponer de sus bienes. En la práctica instrumental, esta situación podrá ser acreditada con:

a. el pedido de certificados o informes a los registros correspondientes que publiciten la inexistencia de anotaciones personales sobre los mencionados sujetos; o
b. en su caso, las declaraciones juradas que cada uno de ellos efectúen expresamente en tal sentido.

La última parte de los arts. 2091 CCyC y 2093 CCyC —al cual el primero remite— importa una disminución funcional de las facultades de disposición del propietario de la cosa afectada en favor de los derechos de los usuarios. En este sentido, se permite al propietario constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación, sin que la misma pueda ser oponible a los usuarios del aprovechamiento periódico de la cosa. Se observa que en algunos casos la constitución del gravamen en las condiciones manifestadas no resultará atractiva al acreedor, quien solo podría ejecutar la garantía una vez extinguido el derecho real de tiempo compartido.

ARTÍCULO 2092.- ***Inscripción.*** *El instrumento de afectación debe ser inscripto en el respectivo Registro de la Propiedad y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial.*

1. Introducción

Conforme con lo dispuesto por los arts. 1892 y 1893 CCyC, el art. 2092 CCyC ordena la inscripción del instrumento de afectación —que da nacimiento al derecho real de tiempo compartido— en el registro de la propiedad correspondiente a la naturaleza de la cosa, objeto del derecho.

Asimismo, este instrumento de afectación debe ser inscripto en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido, cuya organización y facultades deben estar previstas por una ley especial.

2. Interpretación

Para los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, la ley 26.356 creó el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a STTC, al que el decreto reglamentario 760/2014 hizo depender del Ministerio de Turismo. En este registro, los titulares de los complejos o establecimientos vacacionales, los emprendedores, los administradores, los vendedores y revendedores, así como las redes de intercambio, tienen que inscribirse previamente al inicio de sus respectivas actividades; a cuyos efectos, entre otros, los titulares de los establecimientos vacacionales deben justificar el cumplimiento de los requerimientos edilicios y funcionales acordes al destino y categoría del emprendimiento.

La inscripción del instrumento de afectación en los registros mencionados en el art. 2092 CCyC que se comenta debe ser practicada como requisito previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial del tiempo compartido originado.

ARTÍCULO 2093.- ***Efectos del instrumento de afectación.*** *La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:*

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

b. *la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.*

1. Introducción

La inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina la prohibición al propietario y al emprendedor de modificar el destino previsto en el instrumento; ello, sin perjuicio de que en este caso también resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1893 *in fine* CCyC.

Esta prohibición no obsta al emprendedor de comercializar los periodos de disfrute que no hayan sido adquiridos por usuario alguno mediante otras modalidades contractuales diferentes a las previstas con los usuarios existentes. Entendemos que correctamente, esta disposición no hace más que flexibilizar el plexo contractual que viabilice la comercialización del emprendimiento en favor de su concreción y desarrollo.

2. Interpretación

Inscripto el instrumento de afectación de la cosa al tiempo compartido, los derechos de los usuarios no podrán ser alterados o disminuidos por los sucesores particulares o universales, ni por los terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra. En suma, la inscripción del documento de afectación, al que hace referencia el art. 2089 CCyC, genera la oponibilidad frente a terceros —dentro de los cuales se encuentra el titular, el emprendedor y sus acreedores— del derecho que le asiste al usuario de usar temporalmente la cosa afectada.

Téngase presente que el régimen previsto en este capítulo dedicado al derecho real de tiempo compartido ha sido previsto con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan a los usuarios o del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos. Por ello es de suma importancia que el documento de afectación individualice a los usuarios, quienes podrán o no existir al tiempo de su otorgamiento; haciendo constar, en este último caso, los datos que permitan su individualización futura.

De esta manera el usuario podrá justificar su calidad de tal frente al tercero mediante la tenencia del instrumento que lo acredite como usuario, de acuerdo con la forma jurídica adoptada por el titular emprendedor del tiempo compartido; sumándole a ello las constancias que obren en el Registro de Titulares que el emprendedor debe habilitar y mantener actualizado en cumplimiento de los deberes estipulados en el art. 2094 CCyC debe estar en la misma línea.

ARTÍCULO 2094.- ***Deberes del emprendedor.*** *Son deberes del emprendedor:*

a. *establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador;*
b. *habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación, en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad;*
c. *garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas;*
d. *abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.*

1. Introducción

Entendemos por "emprendedor" a quien, coincidiendo o no con la persona del titular, toma a su cargo la formación, organización, desarrollo y financiamiento del emprendimiento para comercializar períodos de disfrute de la cosa afectada y brindar a los usuarios las prestaciones que la integran y resultan compatibles con su destino.

2. Interpretación

El artículo determina algunos de los deberes que deben ser cumplidos por el emprendedor y que la ley entiende como esenciales para este, a saber:

a. Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido: le corresponde al emprendedor determinar la forma en la que el tiempo compartido, como emprendimiento, estará organizado y se desarrollará para el uso particular de los usuarios en los tiempos acordados. Es generalmente el emprendedor quien posee el conocimiento profesional, comercial o técnico para resolver la distribución de las superficies afectadas al uso común y al uso privativo de los usuarios, así como el reconocimiento de las prestaciones compatibles con el destino de la cosa afectada y el costo y forma de financiamiento que la conformación del emprendimiento supone.

b. Controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador: tanto las impuestas en el art. 2097 CCyC como las que sean especialmente contempladas en los instrumentos conexos que se otorguen al de la afectación.

c. Crear y mantener actualizado un registro de los usuarios (al que el artículo denomina "registro de titulares") que aprovechen periódicamente la cosa afectada al tiempo compartido, con la debida identificación del emprendimiento al que corresponden. En este registro, el emprendedor deberá hacer constar:

   1. los datos personales de los usuarios, entre los que es dable suponer el nombre y apellido, documento de identidad y número de identificación tributaria;
   2. el domicilio del usuario, tanto el real como uno especial constituido, donde se practicarán todas las notificaciones que resulten del caso;
   3. los períodos de uso que le corresponden, así como la extensión o alcance de su derecho;
   4. la incorporación o la modificación de un usuario para el aprovechamiento periódico de la cosa por la cesión verificada del derecho bajo su titularidad mediante un acto entre vivos o por causa de su muerte.

   Además, el artículo dispone que este registro de usuarios debe ser supervisado por la autoridad de aplicación, por lo que una reglamentación posterior deberá prever los mecanismos precisos para el cumplimiento de la supervisión exigida.

d. Garantizar a los usuarios el ejercicio de sus derechos sobre la cosa —objeto del tiempo compartido— en los plazos y condiciones comprometidos: para ello, deberá procurar mantener actualizada la nómina de distribución de los plazos asignados en el registro precedente, a la par de exigirle al administrador el cumplimiento de las obligaciones a su cargo para la conservación de la cosa.

e. Abonar la suma total de los gastos generados por la manutención y desarrollo del sistema del tiempo compartido creado, aquella que no corresponda pagar a los usuarios registrados.

ARTÍCULO 2095.- ***Deberes de los usuarios del tiempo compartido.*** *Son deberes de los usuarios del tiempo compartido:*

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

b. *responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas*

que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo;

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

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

1. Introducción

Definimos al "usuario" como el adquirente del derecho que le permite usar de la cosa mueble y/o inmueble —objeto del derecho de tiempo compartido— aprovechando las prestaciones que resulten compatibles con su destino, por un período o turno.

2. Interpretación

Constituyen deberes de los usuarios del tiempo compartido, además de los establecidos especialmente por el titular emprendedor en los instrumentos que se suscriban con aquellos:

a. no alterar ni sustituir la cosa sujeta a su uso temporal;

b. ejercer el derecho que le ha sido conferido respetando la naturaleza y el destino de la cosa de la que se sirva y en la oportunidad que le corresponda;

c. respetar el turno o período de uso correspondiente a los otros usuarios, omitiendo cualquier acción u omisión que pueda impedirlo o afectarlo de manera alguna;

d. con excepción del desgaste que se le provoque a la cosa por el normal y regular uso que se haga de ella o por el mero transcurso del tiempo, el usuario debe abonar los daños que por sí o por sus acompañantes provoquen parcial o totalmente en la cosa, objeto del derecho real del tiempo compartido;

e. comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de los derechos del que es titular, el que podrá ceder libremente, sin perjuicio del cumplimiento de las exigencias habidas en las instrumentaciones suscriptas con el propietario de la cosa, de acuerdo con la naturaleza del derecho constituido o transmitido al usuario; y

f. abonar en tiempo y forma los valores que le correspondan de acuerdo a lo convenido con el titular emprendedor a fin de soportar los gastos que irrogue el funcionamiento del sistema, así como cualquier otra contribución que le sea imputable. En tal sentido, se observa que, a diferencia de lo establecido en el derogado inciso d del art. 20 de la ley 26.356, la actual regulación no hace depender al ejercicio del derecho conferido al usuario del previo cumplimiento de la obligación de pago precedente.

ARTÍCULO 2096.- ***De la administración.*** *La administración puede ser ejercida por el propio emprendedor, o por un tercero designado por él. En tal caso, ambos tienen responsabilidad solidaria frente a los usuarios del tiempo compartido, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes.*

1. Introducción

El administrador es quien, como persona física o jurídica, tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento y del uso del inmueble o mueble, objeto del derecho de tiempo compartido, que incluye a las prestaciones compatibles con el destino fijado para este.

2. Interpretación

El administrador es designado por el emprendedor y cuando no existe coincidencia entre este y el primero, ambos quedan solidariamente obligados ante el usuario por el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador. Será conveniente que los instrumentos que acompañen a la formalización del tiempo compartido prevean un mecanismo preciso para la designación de los sucesivos administradores, y que puede depender exclusivamente del emprendedor o bien abarcar a la voluntad colectiva de los usuarios expresada por la mayoría de ellos.

ARTÍCULO 2097.- ***Deberes del administrador.*** *El administrador tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los establecidos en los regímenes legales específicos:*

a. *conservar los establecimientos, sus unidades y los espacios y cosas de uso común, en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos;*
b. *preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones;*
c. *verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas;*
d. *interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que correspondan;*
e. *llevar los libros de contabilidad conforme a derecho;*
f. *confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos;*
g. *cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde;*
h. *rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo;*
i. *entregar toda la documentación y los fondos existentes, al emprendedor o a quien éste indique, al cesar su función;*
j. *comportarse tal como lo haría un buen administrador de acuerdo con los usos y prácticas del sector.*

1. Introducción

El artículo fija un criterio rector que será de gran utilidad para el juzgamiento del incumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador, al imponer a este comportarse como "el buen administrador", según los usos y prácticas del sector. Esto significa que el administrador deberá actuar con la diligencia y aptitud profesional requerida, normalmente, para el tipo de tareas que se le encomiendan.

2. Interpretación

Los deberes del administrador se encausarán en lo dispuesto por el titular y/o el emprendedor al adoptar la forma jurídica bajo la cual se desarrollará el emprendimiento,

más allá de la enumeración enunciativa que practica el artículo que se comenta, a saber:

a. conservar la cosa afectada al uso compartido en toda su extensión para mantenerla en condiciones adecuadas para el ejercicio de los derechos de los usuarios, incluyendo la realización —por sí o por terceros— de las reparaciones y mejoras necesarias para la preservación del mismo;

b. asegurar la igualdad de los derechos de los usuarios que ostenten la misma categoría o calidad de derechos que implica evitar tratamientos privilegiados no acordados y respetar las prioridades temporales de las reservaciones. Nótese que tal igualdad no se ve alterada por las diferentes modalidades contractuales por la cual cada usuario accede al aprovechamiento temporal de la cosa, supuesto especialmente contemplado en el art. 2093 CCyC;

c. verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas. Con independencia de la naturaleza jurídica de los derechos que se constituyan o transmitan o del régimen legal al que el bien objeto del derecho real de tiempo compartido se encuentre afectado, de la práctica funcional de estas figuras o emprendimientos resulta el otorgamiento de un documento que reglamenta el uso y el aprovechamiento de las áreas o partes de la cosa, el alcance y la extensión de los derechos de los usuarios, así como todas las disposiciones concernientes a la conformación y desarrollo de la vida del régimen. Es el administrador el que debe velar por el cumplimiento de las previsiones reglamentarias fijadas y aplicar a los usuarios las sanciones para cada infracción;

d. interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que correspondan. A tal fin, y ante la inexistencia del reconocimiento de la representación legal del administrador, este deberá contar con los actos de apoderamiento que se precisen de acuerdo al caso;

e. confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos. Dentro de estas tareas, debe cobrar a los usuarios los gastos a su cargo y registrar todos los ingresos y egresos de fondos en los libros contables que correspondan;

f. rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios; y

g. entregar toda la documentación y los fondos existentes al emprendedor, o a quien este indique, al cesar su función. La norma no determina un plazo de vigencia de la designación del administrador por lo que será recomendable prever convencionalmente la extensión del mismo y/o en su caso, las causales de remoción y los sujetos legitimados para pedirla.

ARTÍCULO 2098.- ***Cobro ejecutivo.*** *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.*

Remisiones: ver art. 2095 CCyC.

1. Introducción

El certificado de deuda emitido por el administrador del tiempo compartido, por los gastos que genera la manutención y conservación de la cosa afectada a él, así como por aquellos que derivan de esta por brindar las prestaciones compatibles con su destino, constituye título ejecutivo.

2. Interpretación

Esa calificación procesal se presenta como una medida tuitiva en favor del emprendimiento al facilitar el cobro, de las sumas adeudadas por los usuarios en concepto de cuota o arancel al que hicimos referencia en el art. 2095 CCyC mediante un procedimiento judicial expeditivo que impide la dilación injustificada del pago.

El contenido del certificado se integra con el detalle de los rubros de la suma que es adeudada, así como con el plazo con el qué contó el usuario para abonarla.

A los fines de iniciar la acción ejecutiva del cobro de estas sumas, solo se le exige al administrador colocar al usuario en mora, mediante la intimación fehaciente y previa que reclame el pago, bajo apercibimiento de iniciar la acción judicial respectiva.

ARTÍCULO 2099.- ***Extinción.*** *La extinción del tiempo compartido se produce:*

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

1. Introducción

El Código establece que las causas de extinción dispuestas en el art. 2099 son meramente enunciativas, por lo cual se podrían admitir otras causas de extinción del tiempo compartido, tales como el cumplimiento de cualquier condición establecida por el propietario emprendedor o aquellas que, individualizadas por estos al momento de la afectación, impidan, con posterioridad, la manutención o sustentabilidad del emprendimiento. El precepto sigue en este punto lo normado por el art. 39 de la ley 26.356.

2. Interpretación

El derecho real de tiempo compartido se extingue *ipso iure* toda vez que se venza el plazo de su vigencia, previsto en la escritura de afectación.

Otra forma de extinción puede ser motivada, en cualquier momento, por la voluntad del titular emprendedor ante la inexistencia de usuario alguno; ya sea por la extinción de la totalidad de los derechos concedidos a estos o por el absoluto desinterés de los posibles usuarios en el emprendimiento.

En los casos de destrucción o vetustez de la cosa, objeto del derecho de tiempo compartido, la extinción del derecho se impone como correlato de la imposibilidad del incumplimiento del destino al cual la cosa fue afectada. No obstante ello, sería posible considerar la supervivencia del derecho siempre que convencionalmente se haya previsto la posibilidad de proceder con la refacción o reconstrucción de la cosa a los fines de evitar su desafectación.

En todos los casos que el objeto del derecho real sea una cosa registrable, ocurrida la causal de extinción, será el titular quien otorgue el instrumento correspondiente (en el caso de inmuebles, la escritura pública) a los fines de rogar al registro de la propiedad tomar razón de la debida desafectación.

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

1. Introducción

Varios son los aspectos relevantes del artículo en comentario. En primer lugar, la norma establece que la relación que se entabla entre quienes adquieren o utilizan un tiempo compartido y aquellos que lo ofrecen constituye una relación de consumo, lo que implica para los primeros verse beneficiados con ventajas significativas y para los segundos, es decir, para los proveedores, verse obligados a cumplir deberes específicos en comparación con cualquier relación obligacional común de derecho privado. En segundo lugar, la norma enumera de manera no taxativa los sujetos que pueden integrar esa relación de consumo y, por último, alude en forma genérica las normas que regularán esa relación de consumo.

Abordaremos sintéticamente cada uno de estos temas de manera separada.

No puede dejar de mencionarse la incidencia que sobre el tema tienen los arts. 1092/1122 CCyC, como así también la ley 26.356 —salvo los Capítulos III, IV, V y IX derogados por el art. 3, inc. g de la ley 26.994— y el decreto 750/2014.

2. Interpretación

2.1. La relación entre contratantes de un tiempo compartido es una relación de consumo

La norma de mayor jerarquía que se refiere a la relación de consumo es el art. 42 CN y luego el art. 43 CN en cuanto establece que en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y consumidor, la acción de amparo la pueden interponer "*el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley*".

La CSJN se ha referido a la relación de consumo en numerosos fallos ("Ferreyra"(59) y "Bianchi"(60)) profundizando su conceptualización en el caso "Mosca"(61) donde sostuvo que "*el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como a la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes*". A partir de ello, la Corte concluyó que "*el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales*". De la doctrina que emana de

(*) Comentario al art. 2100 elaborado por Manuel Javier Pereyra.

(59) CSJN, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A.", 21/03/2006, Fallos: 329:695.

(60) CSJN, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y/u otros", 07/11/2006, Fallos: 329:4944.

(61) CSJN, "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", 06/03/2007, Fallos: 330:563.

los casos antes indicados, así como en las causas "Ledesma"[62] y "Uriarte",[63] y otros dictados por el Máximo Tribunal, cabe concluir que la relación de consumo no se configura únicamente cuando existe un contrato entre dos sujetos, sino que también abarca la etapa precontractual y postcontractual. Incluso, la relación de consumo se extiende a los hechos unilaterales, verbigracia, en el caso de que el sujeto que no hubiere tenido intenciones de contratar hubiere sufrido un perjuicio como consecuencia del servicio o producto ofrecido.

La definición de relación de consumo se encuentra en el art. 1092 CCyC a cuya lectura se remite, que sigue —salvo la aclaración efectuada con relación a los terceros expuestos—, al art. 3° de la ley 24.240 según redacción de las leyes 26.361 y 26.993.

Llevando estos recaudos al supuesto de los tiempos compartidos, si un sujeto adquiere el servicio de una comercializadora para utilizarlo con su familia, entonces, habrá una relación de consumo. Si lo adquiere de otro particular que no realiza esa actividad de manera habitual y como forma de subsistir, entonces no habrá una relación de consumo. Por otra parte, si quien adquiere el tiempo compartido lo hace con el fin de transferirlo a un tercero a cambio de una ganancia, es decir, como un intermediario, tampoco existirá una relación de consumo.

Debe subrayarse que la relación de consumo se configura independientemente del tipo de derecho que se le conceda al usuario sobre los períodos que adquiera. Consecuentemente, será consumidor o usuario tanto si adquiere un derecho real como un derecho personal.

Finalmente, cabe señalar que el art. 2100 CCyC no innova respecto del régimen específico de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC), pues esta, en su art. 1°, ya preveía que quedaban comprendidas como relaciones de consumo "*la adquisición de derechos en tiempos compartidos*".

2.2. Los sujetos que pueden integrar la relación de consumo

Sintéticamente diremos que del lado del consumidor o usuario queda comprendido, en primer lugar, el adquirente del tiempo compartido tanto a título gratuito como oneroso. La relación que lo vincule puede tener naturaleza tanto real (*v. gr.* derecho real de condominio o combinado con el de propiedad horizontal si recae sobre inmuebles) como personal (contrato de hospedaje, utilidad derivada de la tenencia de acciones que integran el capital de una sociedad anónima propietaria de los bienes afectados).

En segundo lugar, los usuarios del servicio, es decir, aquellos que accedan a las instalaciones en compañía de los titulares como, por ejemplo, los parientes, los amigos, los invitados o cualquier otro sujeto que posea un carácter que le permite servirse de esas instalaciones. A partir de la derogación de la figura del "*bystander*" o "tercero expuesto" con la sanción de la ley 26.994, parecería que los sujetos que sufrieron daños como consecuencia de la relación de consumo habida entre los sujetos arriba enumerados y los proveedores no encuadrarían en la categoría de consumidores. Sin embargo, habrá que esperar la postura que adopten los tribunales sobre el punto pues antes de que la ley 26.361 receptara la figura del *bystander*, la CSJN la había creado pretorianamente en el citado fallo "Mosca".

(62) CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA", 22/04/2008, Fallos: 331:819.

(63) CSJN, "U. M. H. c/ Transportes Metropolitanos General Roca", 09/03/2010, Fallos: 333:203.

Del lado del proveedor, se exige —como se apuntó más arriba— el carácter de profesionalidad. Si se compara el artículo en comentario con el régimen general de la LDC, parecería que aquel innova a favor del consumidor o usuario del tiempo compartido al permitirle a este último, aun no existiendo un servicio defectuoso o peligroso como lo exige el art. 40 LDC, demandar no solo al comercializador con quien contrató, sino también al propietario, al emprendedor y al administrador. Si se trata de una asimilación con el art. 40 LDC: todo tiene que quedar en la misma línea consumidor puede demandar a todos los sujetos enumerados en el art. 2100 CCyC, y a todo otro que integre esa cadena de comercialización, pues la enunciación no es taxativa. Quedan incluidos, entonces, los sujetos que pongan la marca, las empresas de publicidad, las personas que intervengan en avisos publicitarios, entre otros.

2.3. Normativa aplicable

Todas las relaciones jurídicas que se traben entre los usuarios y los propietarios de los objetos afectados, los emprendedores, los administradores y los que comercialicen el tiempo compartido son de consumo y, por ende, quedan sujetas a las directivas que consagra el propio CCyC en el Título III del Libro III (arts. 1092 a 1122 CCyC) y su normativa complementaria (ley 24.240, según redacción de las leyes 26.361, 26.993 y 26.356) —salvo los Capítulos III, IV, V y IX derogados por el art. 3, inc. g de la ley 26.994— y el decreto 750/2014).

2.4. Consecuencias de incluir al tiempo compartido como una relación de consumo

La relación jurídica como relación de consumo trae diversas consecuencias a la luz de los arts. 1092 a 1122 CCyC como también de los preceptos de la LDC. En primer lugar, el adquirente o usuario será considerado la parte débil de la relación y, por ende, en caso de duda, se estará siempre a favor de él (arts. 3° LDC, y 1095 CCyC). El sujeto tendrá derecho a recibir información adecuada, clara y veraz (arts. 4° LDC y 1100 a 1103 CCyC), a no sufrir daños en su integridad física o en sus bienes como consecuencia de la relación de consumo (arts. 5° y 6° LDC), a recibir un trato digno y equitativo (arts. 8° bis LDC y 1097 y 1098 CCyC), a exigir la nulidad de un contrato si se hubieren insertado cláusulas abusivas (arts. 37 LDC y 1099 CCyC), entre otros tantos derechos. También tendrá prerrogativas especiales tales como la facultad de obtener asesoramiento jurídico gratuito (ley 26.993 y decreto 202/2015), de promover juicios sin pagar impuestos ni costas judiciales (art. 53 LDC), de ser representado por una asociación de consumidores, entre otros. También existen normas protectorias en este capítulo (*v. gr.* arts. 2093, 2096 y 2097), ello sin perjuicio de la aplicación de la parte general y de las leyes especiales que rijan en la materia, tal como se indicó con anterioridad.

Del lado del proveedor, la aplicación del régimen trae consecuencias severas. No solo deberá velar por el respeto de los derechos, indicados en forma enunciativa en el párrafo anterior, sino que además, en caso de incumplir los deberes que le son propios, podrá recibir sanciones en sede administrativa (art. 47 LDC) y ser condenado a pagar daños punitivos en sede judicial (art. 52 bis LDC).

2.5. Alguna jurisprudencia vinculada al tiempo compartido

"Es abusiva la cláusula por la que la predisponente intenta tarifar anticipadamente todo perjuicio irrogado al consumidor. El abuso resulta de que el convenio entraña ventajas exclusivas para el empresario, desequilibrando los derechos y obligaciones de las partes.

La posición del usuario en el sistema de tiempo compartido es la prevista en el art. 1°, incs. b y c, ley 24.240, máxime teniendo en cuenta que los contratos son celebrados por adhesión. Los diversos contratos individuales que conforman el sistema de tiempo compartido son celebrados entre: un grupo de personas que adquieren conjuntamente una cosa, dividiendo su uso alternativamente en períodos de tiempo prefijados; una persona que comercializa, administra y/o gestiona los bienes afectados al negocio, que generalmente es un comerciante profesional y, eventualmente, una empresa de intercambio vacacional que concerta con los multipropietarios del bien un trueque de semanas de uso o de la unidad adquirida. En el sistema de tiempo compartido, el administrador del complejo debe responder ante el consumidor por los daños originados en su incumplimiento contractual, porque lo transmitido es una porción indivisa del inmueble donde se prestan servicios inescindibles del bien afectado al sistema".(64)

"El contrato de tiempo compartido es un contrato comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista. El contrato de tiempo compartido es un contrato de consumo, siéndole, por ende, aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor. Se infiere la afectación a la esfera íntima del accionante como consecuencia del incumplimiento contractual, al verse imposibilitado de vacacionar con su núcleo familiar en el lugar contratado".(65)

ARTÍCULO 2101(*)**.-** ***Derecho real del adquirente de tiempo compartido.***
Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales.

1. Introducción

La norma permite hacer una distinción entre el nuevo derecho real de tiempo compartido que se constituye por el titular de la cosa mueble o inmueble, del derecho que efectivamente le sea transmitido o le asista al usuario —en este artículo denominado adquirente— sobre dicha cosa.

2. Interpretación

El nuevo derecho real de tiempo compartido sobre cosa propia implica una verdadera afectación al derecho del propietario de la cosa, quien verá limitada sus facultades en razón de la prohibición del art. 2093 CCyC, todo ello en beneficio del derecho de los usuarios. Consecuentemente, el propietario no podrá usar y gozar libremente de la cosa afectada o modificar su destino, y cualquier acto de disposición que otorgue implicará la inoponibilidad del mismo al derecho real de tiempo compartido constituido. De esta manera, en caso de transmisión o gravamen de la cosa afectada, el nuevo adquirente o acreedor deberá reconocer y aceptar la existencia del derecho real de tiempo compartido, subordinando el ejercicio de su derecho a este.

(64) CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, "Time Sharing Resorts, S.A. c/ Sic. y M. (Disp. DNCI. 550/00)", 16/07/2001, Causa N° 34.217/2000, Lexis 1/1019419.

(65) CNac. Apel. Com., Sala A, "Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo S. A. y otro", 15/02/2007, Lexis 1/1019419.

(*) Comentarios a los arts. 2101 y 2102 elaborados por María José Pérez Clouet.

Por su parte, el derecho del "usuario-adquirente" que le permita usar exclusiva y periódicamente o por turnos de la cosa afectada y aprovechar las prestaciones compatibles con su destino, podrá ser personal o real, de acuerdo a la naturaleza de los derechos que se constituyan o transmitan a favor del usuario y del régimen legal al que se encuentre sometida la cosa; todo ello bajo la órbita de los deberes de los usuarios impuesto por el comentado art. 2095 CCyC.

En todos los casos el art. 2101 CCyC consagra el alcance real del derecho del usuario, con independencia de su naturaleza jurídica (personal o real), quien gozará de la facultad de persecución y preferencia establecida en el art. 1886 CCyC.

En tal sentido, el usuario podrá perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad con posterioridad al suyo, sin necesidad de concurrencia o participación del titular de la cosa afectada. En nuestra opinión, cuando el usuario sea titular de un derecho personal, ante la registración o publicidad exigida por los arts. 1892 y 1893 CCyC, su oponibilidad se asentará en el instrumento que lo determine como tal y la inscripción de este instrumento en el registro de titulares que debe llevar el emprendedor, conforme lo prescripto por el precedente art. 2094 CCyC.

ARTÍCULO 2102.- ***Normas de policía.*** *El propietario, emprendedor, comercializador, administrador y usuario del tiempo compartido deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas al funcionamiento del sistema.*

Interpretación

Adúnase a la regulación contenida en este Capítulo 2 del Libro VI del Título IV del CCyC, todas las normas que resulten vigentes en el orden nacional, provincial y municipal. Sobre el particular, además de la citada ley 26.356, su decreto reglamentario 760/2014, y las leyes sobre defensa del consumidor, los titulares/emprendedores que deseen constituir un sistema de tiempo compartido deberán atender a las reglamentaciones y leyes especiales que se dicten en cada una de las jurisdicciones correspondientes a la cosa que constituya su objeto.

En un sistema federal como el nuestro, le corresponde a las autoridades de los gobiernos locales adecuar las leyes de fondo a las realidades particulares que se observen en sus respectivas demarcaciones; sin perjuicio de la regulación que en el orden nacional se prevea mediante el dictado de leyes especiales que contemplen los supuestos no resueltos en la normativa codificada.

CAPÍTULO 3(*)

Cementerios privados

ARTÍCULO 2103.- ***Concepto.*** *Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos.*

1. Introducción

Se regula un nuevo sistema para los cementerios privados, inédito en nuestro derecho nacional y que solo contaba con alguna regulación local.

(*) Comentarios a los arts. 2103 a 2113 elaborados por Fabián M. Loiza.

2. Interpretación

El capítulo dedicado al nuevo "derecho real de sepultura" que trae el CCyC comienza determinando cuál es el objeto de ese derecho y cuál es la finalidad a la que el inmueble debe afectarse. Así, se prevé que los cementerios privados solo podrán constituirse sobre inmuebles (art. 225 CCyC) del dominio privado de las personas (ver Conf. arts. 236 y 237 CCyC) encontrándose dentro de esa categoría incluso los del dominio privado del Estado.(66) Con esta conceptualización se sigue la línea que ya había trazado la doctrina, distinguiendo este tipo de cementerios de los públicos por exclusión, es decir, aquellos que no pertenecen al dominio público estatal.(67)

Además esos inmuebles deben estar destinados a la inhumación de restos humanos, conforme la autorización municipal pertinente y la afectación a tal fin.

Se traza pues la línea distintiva entre las necrópolis de propiedad y gestión públicas —propias del derecho administrativo— de los cementerios privados, materia de este Código, a partir del objeto.

No se brinda el concepto en esta norma del derecho real creado, lo que se posterga para el art. 2112, a cuyo comentario se remite.

2.1. Acierto de la reforma

La incorporación de una regulación específica para los cementerios privados y con ello para los derechos de las personas que deciden ingresar a este particular sistema, es un acierto de la reforma que la doctrina venía reclamando desde hace muchos años,(68) pues se advertía la necesidad de un herramienta legal que otorgara mayor seguridad a las transacciones que se venían realizando.

De las opciones que la doctrina entendía factibles tomar por parte del legislador —derecho personal; aplicación de un derecho real ya conocido o conformación de un nuevo derecho real—, se decidió por la creación de un nuevo derecho real, solución que parece atender suficientemente las muy especiales circunstancias que rodean la relación entre las partes —emprendedor por un lado y titular de la sepultura por otro— bajo el importante influjo del Estado, en virtud de la naturaleza de los bienes en juego.

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

(66) Culaciati, Martín M., "Cementerios privados. Régimen vigente y regulación proyectada", en *APBA* 2013-9-1107, ap. III b).

(67) Papaño, R.; Kiper, C.; Dillon, G.; Causse, J., *Derechos reales*, t. 1, Astrea, 2004, p. 564.

(68) Highton, E.; Álvarez, Juliá, L.; Lambois, S.; Wierzba, S. y De Hoz, M., *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993, p. 236. Los autores refieren que la primera actividad académica que se registra data de 1986 en la Universidad Notarial Argentina.

1. Introducción

La norma prevé el primer paso con vistas al funcionamiento del sistema de cementerios privados.

2. Interpretación

2.1. Afectación del inmueble al destino de cementerio privado

El dueño (o los dueños si es un condominio)[69] del inmueble que va a ser destinado al emprendimiento de cementerio privado debe otorgar una escritura pública donde declare su voluntad de afectarlo a ese particular destino.

Por afectación debe entenderse una suerte de autolimitación que el *dominus* efectúa respecto de un bien propio, impidiéndose, frente a terceros, el ejercicio de derechos derivados de su calidad de titular del dominio perfecto (usar, gozar y disponer, Conf. art. 1941), careciendo los titulares de dominios imperfectos de la posibilidad de afectar el bien a este destino.[70] Ello en virtud de la finitud propia de esos dominios (arts. 1964 y 1965 CCyC y ccdtes).

En el caso la limitación derivada de la afectación se refiere al uso que habrá de otorgársele al inmueble en lo sucesivo y significa una protección para los titulares de las sepulturas a quienes se les garantiza la inmutabilidad de la finalidad del uso del inmueble, quienquiera sea su titular.

Juntamente con la escritura donde se declara la intención de afectar el bien, debe adjuntarse el Reglamento de administración y uso, el que fija en gran medida el contenido del derecho real que podrá disfrutar en lo sucesivo el titular de la sepultura conforme se verá en el próximo artículo.

2.2. Habilitación municipal. Efectos

Solo a partir de la habilitación municipal queda fijado el destino del inmueble como cementerio público. Las normas no establecen un orden procedimental, pero la lógica indica que primero deberá afectarse el inmueble y luego solicitarse la habilitación municipal, la que, una vez otorgada, provoca la inmutabilidad de ese destino, entendemos que a perpetuidad. Aunque ello con alguna reserva conforme se dirá al tratarse los modos de extinción del derecho real.

Luego de la habilitación el inmueble queda impedido de ser objeto de garantías reales (hipoteca o anticresis) procurándose con ello reducir los riesgos para los titulares de derechos de sepultura.

ARTÍCULO 2105.- ***Reglamento de administración y uso.*** *El reglamento de administración y uso debe contener:*

a. *la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes;*

(69) Conforme los arts. 1985 y 1990 CCyC, para la afectación al destino de cementerio público los condóminos deben concurrir en su voluntad para realizar válidamente el acto.

(70) Tampoco podrían afectarlo si no resultan ser los dueños o si estos padecen alguna restricción, o si los inmuebles soportan alguna restricción o gravamen, conforme sugiere Saucedo, Ricardo J. en Julio Cesár Rivera *et al, Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* 1ª ed., v. 5, Bs. As., La Ley, 2014, pp. 673/674.

b. *disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables;*

c. *fijación y forma de pago del canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por períodos anuales o mediante un único pago a perpetuidad;*

d. *normativa sobre inhumaciones, exhumaciones, cremaciones y traslados;*

e. *pautas sobre la construcción de sepulcros;*

f. *disposiciones sobre el destino de los restos mortales en sepulturas abandonadas;*

g. *normas sobre acceso y circulación de titulares y visitantes;*

h. *constitución y funcionamiento de los órganos de administración.*

1. Introducción

La norma prevé una serie de recaudos que se entienden mínimos a cumplimentar por el empresario, para lograr la inscripción del Reglamento de administración y uso en el Registro de la Propiedad, que a su vez es el organismo contralor de ese instrumento.(71)

2. Interpretación

2.1. Conformación del Reglamento de administración y uso del cementerio privado

Al inscribirse conjuntamente con la escritura de afectación bien podrían instrumentarse en un solo documento notarial,(72) siempre que se cumplan los requisitos de ley.

Los distintos elementos que deben incluirse en el Reglamento hacen al contenido del derecho real de sepultura, anticipan el marco de las facultades de las partes (empresario y titular del derecho) así como vinculan el sistema con el más amplio y de órbita pública referido a los restos humanos.

Así el inc. a indica necesario determinar adecuadamente el objeto, señalando qué partes serán de uso común y, lógicamente cuáles de uso particular por importar parcelas o áreas propias del administrador; el b contempla las necesarias pautas de convivencia que deberán cumplimentarse para asegurar el cumplimiento de todas las normas implicadas. El inc. c prescribe lo relativo a las expensas necesarias para el sostenimiento del sistema. A su turno el d prevé lo relativo a las reglas de disposición de los restos humanos, lo que deberá adecuarse prolijamente a las normativas generales al respecto.(73) El inciso e determina las reglas de construcción de sepulcros.

El inc. f por su parte indica que debe constar en el reglamento una regulación sobre el destino de los restos que se conservan en sepulturas abandonadas. Finalmente el inc. g

(71) Ver arts. 3°, 8° y 9° de la ley 17.801.

(72) Saucedo, Ricardo J., *op. cit.*, p. 673.

(73) En tal sentido, vale recordar que algunas jurisdicciones poseen normativa específica relativa a los cementerios privados, tal el caso de la provincia de Buenos Aires (Ord. Gral 221/1978 y ley 9094) que reglan diversos aspectos a lo que debe agregarse la ordenanza municipal local, conjunto normativo al que debe ajustarse el Reglamento.

es relativo al ingreso y circulación dentro del predio y el inc. h es referido a los organismos de administración.

Entendemos que tales pautas son las "mínimas",[74] debiendo extenderse otras que resultan imprescindibles para el aprovechamiento del derecho en juego —*v. gr.* relativas a la reducción de restos, ampliando el inciso d o las consecuencias en caso de falta de pago de las expensas— así como para el futuro del emprendimiento y las reglas para la eventual modificación del reglamento.

ARTÍCULO 2106.- ***Registros de inhumaciones y sepulturas.*** *El administrador de un cementerio privado está obligado a llevar:*

a. *un registro de inhumaciones con los datos identificatorios de la persona inhumada;*

b. *un registro de titulares de los derechos de sepultura, en el que deben consignarse los cambios de titularidad producidos.*

1. Introducción

Se regula un aspecto administrativo interno de relevancia para los titulares: el registro de inhumaciones y sepulturas.

2. Interpretación

2.1. Influencia del derecho público en la administración del cementerio privado

Como resulta lógico, a partir de la materia comprometida en estos casos, existe un interés público por la correcta administración de los restos que ingresan, son trasladados en su interior o egresan del cementerio privado. Es que la identificación de quién fuera en vida la persona a inhumar así como el control respecto de sus restos son de las tareas más importantes que tienen a su cargo los administradores y es por ello que, criteriosamente, se les impone el deber de llevar un registro a tal fin.

También debiera tenerse registro de aquellos cadáveres que —como sucede en la práctica— ingresan a efectos de ser cremados,[75] sea que luego reposen en el cementerio privado o que no lo hagan.

Este registro privado encarna una función pública relativa a la llamada policía mortuoria,[76] y debe llevarse a fin de responder a los pedidos que tanto particulares como el Estado en sus diversas formas pueda eventualmente solicitarle. Asimismo, los municipios tienen

(74) Así también Culaciati, Martín M., *op. cit.*, ap. C. V, su colaboración en Kiper, Claudio, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Ed. Rubinzal Culzoni, en prensa.

(75) Muchos cementerios privados proveen servicios fúnebres aun cuando los restos no descansen en el predio por ellos administrado, tal el caso del servicio de cremación.

(76) Por "policía mortuoria" debe entenderse aquellas tareas que comprenden "el servicio de inhumación, de custodia, y conservación, como la restricción de los actos jurídicos que se pueden realizar sobre los cadáveres (traslados externos, internos, reducciones, y, excepcionalmente, exhumaciones por causa judiciales."(ver. Puerta de Chacón, Alicia y Gil de Paola, Jerónimo, "Cementerios Privados", en Eduardo Zannoni (dir.), Aída Kemelmajer De Carlucci (coord.), *Código Civil y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado,* t. V, Bs. As., 2012, p. 673.

a su cargo controlar la actividad de estos emprendimientos,[77] por lo que estos registros deben llevarse igualmente para facilitar ese contralor.

Estos deberes se suman a los que prevé el art. 2109 CCyC y los restantes de fuente administrativa a los que remite el art. 2113 CCyC.

2.2. Registro de titulares del derecho real de sepultura

También se le impone al administrador el registro de los cambios de titulares de los derechos reales de sepultura o de la parcela —como indistintamente refiere el legislador—, consignándose las modificaciones en la titularidad que se vayan sucediendo.

La disposición parece redundante, pues si nos enfrentamos a un derecho real, este tendrá su reflejo en el Registro de la Propiedad,[78] de donde las modificaciones a las que se refiere el inciso b aparecen como reiteraciones de aquel emplazamiento y además de valor técnico y jurídico menor que al de las consignadas en aquel asiento pues la función calificadora del Registro obliga a ello a la par que los documentos expedido por tal dependencia estatal resultan "instrumentos públicos" (art. 289, inc. c, CCyC). Lo expuesto se advierte para el eventual caso de tener que discernir una discordancia entre ambos registros.

ARTÍCULO 2107.- ***Facultades del titular del derecho de sepultura.*** *El titular del derecho de sepultura puede:*

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

1. Introducción

Se prescribe aquí la faz activa del derecho real de sepultura así como las facultades que le corresponde al titular.

2. Interpretación

El derecho real de sepultura establecido en el CCyC otorga a su titular una serie de facultades que vienen dadas en principio por esta norma a las que se sumarán aquellas específicas derivadas del Reglamento del cementerio privado en particular.

(77) La citada Ord. Gral 221 de Bs. As. lo explicita en su art. 7° al referirse al control sobre inhumaciones, exhumaciones, reducciones, movimiento de cadáveres, restos o cenizas. En igual sentido o indicado por Culaciati, Martín M. *op. cit.*, ap. VI.2

(78) Antes de la vigencia del presente CCyC, la doctrina ya entendía que *"la autoridad administrativa* [se refiere al Registro de la Propiedad Inmueble] *deberá arbitrar los medios para la apertura de un folio especial, independiente del asignado al cementerio, que permita tomar conocimiento de la ubicación de la sepultura y de las condiciones del derecho de su titular"*, en Papaño, R.; Kiper, c.; Dillon, G.; Causse, J., *op. cit.*, p. 572; consideración que hoy estimamos fundamental cumplimentar.

Las primeras aquí fijadas conforman un piso de marcha de este derecho y no pueden ser desconocidas por los restantes intervinientes en el sistema, sea el emprendedor o incluso el propio municipio, otorgando en caso de desconocimiento o violación las pertinentes acciones legales para tornarlas efectivas.

En cuatro incisos se determinan las prerrogativas propias de este derecho que consisten, primero, en la lógica potestad de proceder respecto del cadáver y de los restos humanos en cuestión, del modo que el titular de la sepultura disponga, conforme la normativa aplicable, claro está.

Ese que es el principal derecho derivado de la pertenencia a un cementerio privado se complementa con las facultades conexas, es decir, las relativas al acceso al complejo en general y a sus dependencias en particular, en especial a la sepultura o parcela que resulte de propiedad del titular del derecho real, así como poder utilizar los distintos espacios y servicios.

El titular también gozará de la facultad de construir un sepulcro, siempre que ello esté permitido en el complejo donde cuenta con el derecho de sepultura.

La doctrina ha señalado que va de suyo que el titular puede poseer y usar de la sepultura conforme a su destino, como también disponer de esta sea por actos inter-vivos, o bien por vía testamentaria,[79] lo que deriva de los principios generales de los derechos reales (art. 1882 CCyC).

ARTÍCULO 2108.- ***Deberes del titular del derecho de sepultura.*** *El titular del derecho de sepultura debe:*

a. *mantener el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de otros;*
b. *contribuir periódicamente con la cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio;*
c. *abonar los impuestos, tasas y contribuciones que a tales efectos se fijen sobre su parcela;*
d. *respetar las disposiciones y reglamentos nacionales, provinciales y municipales de higiene, salud pública y policía mortuoria.*

1. Introducción

En contraposición con el artículo anterior se prevén ahora las obligaciones y deberes del titular (faz pasiva del derecho real de sepultura).

2. Interpretación

Como contracara de las facultades en cabeza del titular establecidas en el artículo anterior, el CCyC en este artículo le impone una serie de deberes que tendrá que cumplir, algunos frente al empresario titular del cementerio privado y otros frente al poder público.

Así los incisos a (respeto y decoro en el ejercicio del derecho), c (pago de impuestos en general) y d (cumplimiento de las leyes, reiterado en el art. 2113) importan un recordatorio

(79) Saucedo, Ricardo J., *op. cit.*, p. 679.

de deberes que, como todo ciudadano, el titular del derecho real de sepultura debe cumplir.

Entendemos que la intención del legislador es remarcar los compromisos que surgen del plexo jurídico en su conjunto, y que aun cuando no constasen en este Código, igualmente serían exigibles al titular de la sepultura.

Análoga reflexión le cabe al inciso a pues la obligación de pagar las expensas de la sepultura es un deber propio y definitorio de este derecho real y tal obligación, sin dudas constará en el reglamento del complejo (ver nuestro comentario al art. 2105 CCyC); así como también en el contrato que rija entre usuario y empresario debe apreciarse la regulación en comentario también como un refuerzo del rol que las expensas tienen en el cementerio privado.

El incumplimiento del pago de tal obligación autoriza a ejecutar la deuda y habilita la muy excepcional facultad de embargar y rematar la unidad (conforme se verá al analizar el art. 2110 CCyC) lo que muestra la importancia que esa imposición tiene para el sostenimiento del sistema.

Claro está que estos deberes no serán los únicos en cabeza del titular del derecho real de sepultura, pues deben sumársele los que emerjan del Reglamento, documento que termina por definir el perfil exacto de cada derecho real de sepultura, el que podrá variar según las características de cada emprendimiento.

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

1. Introducción

El artículo dispone quién resulta responsable del regular funcionamiento del sistema conforme lo convenido y regulado.

2. Interpretación

2.1. Particularidades de la administración del cementerio privado

Si bien esta nueva forma de propiedad posee notas filiatorias en la propiedad horizontal o en sus derivadas figuras afines, la doctrina —atenta a la realidad de la conformación y desarrollo de estos complejos— siempre se ha preocupado por destacar que la administración del emprendimiento es un área donde el titular de la parcela no muestra interés en participar.[80]

Tal aspecto ha sido captado también por el legislador que, aun cuando no prohíbe que el usuario integre la administración, sí prefigura un sistema sin la participación del titular del derecho real, a diferencia de la propiedad horizontal.

(80) Wexler, Carlos I., "Incongruencia del dominio horizontal con los cementerios privados", en *Revista del Notariado*, nº 830, 1992, p. 464, citado por Martín M. Culaciati, *op. cit.*, ap. III.3. En igual sentido, Saucedo, Ricardo J., "Los cementerios privados en el derecho vigente y en el proyectado", en *JA 2014-II*.

Respecto de la figura del administrador se ha señalado que: *"El cementerio privado será gestionado y dirigido por un administrador cuya designación constará en el reglamento de uso y administración (generalmente es una persona jurídica, que escoge el esquema organizativo de las sociedades anónimas), cuya actuación puede durar todo el tiempo que exista aquel, o bien, por períodos temporarios, aunque con la posibilidad de renovar su mandato."* Añadiéndose que generalmente el primer administrador será elegido por el titular del inmueble al rogar la afectación junto con el primer Reglamento,[81] tal como parece desprenderse del juego de los arts. 2104 y 2105, inc. h, CCyC.

2.2. Deberes del administrador

La norma en comentario pone en cabeza del administrador la principal responsabilidad tanto respecto del titular del derecho real de sepultura como del Estado. Así su actuación, se reitera aquí, debe conformarse a las normas legales y convencionales aplicables, reglas a las que deberá agregarse el importante influjo del derecho del consumo, al que el administrador deberá prestar especial atención (art. 2111 CCyC).

En ese marco la principal obligación fijada es la de actuar diligentemente para permitir el ejercicio del derecho real. A tal fin, además de las prescripciones señaladas resultan aplicables las normas relativas a la parte general de los contratos (arts. 957 CCyC y ss.)) y especialmente las de los contratos de adhesión (art. 984 CCyC y ss.) y de consumo (arts. 1092 CCyC y ss.).

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

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

1. Introducción

La norma establece en qué casos excepcionales las parcelas pueden ser embargadas, regulando adecuadamente un aspecto esencial del sistema.

2. Interpretación

2.1. El sepulcro como bien inembargable

Antes de la vigencia de este CCyC la doctrina debatía la pertinencia del embargo de los sepulcros, tanto sean públicos como privados. Con apoyo en el art. 219, inc. 2, CPCCN algunos autores sostenían la inembargabilidad pero reducida a los cementerios públicos, no así para los privados[82] a los que se entendía parte de la garantía común de los acreedores.

El CCyC viene a clarificar la cuestión y creemos que la coloca en un lugar de equilibro. Ya desde las reglas generales relativas a las obligaciones se fija abiertamente que los *"sepulcros afectados a su destino"* —sin distinción entre públicos o privados—

(81) Saucedo, Ricardo J., *op. cit.*, p. 676.

(82) Kiper, Claudio, "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepultura en los cementerios privados", en *La Ley*, 1988-E, 929, ap. IV.

"quedan excluidos de la garantía [común de los acreedores]" (arts. 744, inc. c; en relación al art. 743 CCyC).

Ese principio es luego ratificado en la norma que se comenta donde se establece la regla de la inembargabilidad, por tanto los acreedores sabrán de antemano que ese bien no puede ser agredido, privilegiándose el respeto por los ritos funerarios que prima en nuestra cultura.

2.2. Casos excepcionales de embargabilidad

Establecida entonces la regla cabe examinar las excepciones que nos trae el CCyC. Así cabe contabilizar los supuestos establecidos tanto en el precepto relativo a las obligaciones como en el que se dedica a regular el derecho real.

Tenemos entonces que ciertos acreedores pueden embargar, y eventualmente llevar a remate para cobrarse con el producido (aunque, como regla, sin privilegio) el sepulcro titularidad del deudor. Tales acreedores resultarían el vendedor (el propio empresario del cementerio) o quien lo construyó o eventualmente quien lo reparó[83] (estos últimos dos sí gozan de privilegio especial conforme el art. 2582 inc. a, CCyC).

Lógicamente las deudas que se generen por falta de pago de las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a las parcelas también son excluidas de la inembargabilidad, por lógicas razones que hacen al mantenimiento del sistema de cementerio privado así como al deber genérico de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento del Estado.

ARTÍCULO 2111.- ***Relación de consumo.*** ***La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales.***

1. Introducción

Se incluye en el sistema protectorio del consumidor a la relación entre propietario de la parcela y el administrador y el titular del emprendimiento.

2. Interpretación

2.1. Vinculación con el sistema protectorio del consumidor

Desde el comienzo de la comercialización de parcelas dentro de los cementerios privados la doctrina advirtió que existía una relación desequilibrada entre el adquirente y el empresario, ello motivado en que se trataba de una contratación por adhesión a condiciones generales, en el que además se hallaba comprometido el interés público.[84] La constitucionalización de los derechos de usuarios y consumidores primero (art. 42 CN),

(83) El acreedor por reparaciones aparece mencionado en el art. 744, inc. c, CCyC pero no en el art. 2110 CCyC, omisión que estimamos inocua en el futuro derecho a reclamar pues estimamos que ambas reglas conforman una sola norma que debe leerse integrando una con otra y no impugnándose mutuamente, pues esta última posibilidad no contribuiría a cumplir la finalidad de ninguna de ellas (art. 3° CCyC).

(84) Lorenzetti, Ricardo L. "Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados", *Revista Jurídica La Ley* 1991-E, 1132.

sumado luego a la específica inclusión de estos en el régimen de los cementerios privados (art. 1° de la ley 24.240, texto conf. ley 26.361 BO 07/04/2008) han colocado la relación entre el titular de la parcela y el emprendedor en su justo juicio, procurando balancear aquel desequilibrio.

La presente norma en comentario continúa ese paradigma protector, colocando bajo su ala tutelar a las relaciones que se derivan del vínculo motivado en la adquisición del derecho real de sepultura, ya sean las cuestiones derivadas de la adquisición de la parcela como también todas aquellas que hacen al correcto uso y goce del derecho en el marco del cementerio privado.

Esto último se destaca especialmente pues no se limita la protección a la relación con el propietario del predio afectado, sino también —y ello hace a una protección efectiva— respecto del administrador, con quien el titular del derecho real convivirá más habitualmente y frente a quien pueden darse las mayores dificultades.

Jugarán pues en favor del titular de la parcela, en su relación con la empresa —titular de dominio o administrador—, todas las normas que rigen hoy y que se den el futuro para proteger a usuarios y consumidores, sea las que el propio CCyC trae como novedad, como también aquellas otras que ya vienen siendo aplicadas por los tribunales.

La doctrina enuncia, entre otras reglas aplicables a las de interpretar de la manera más favorable al usuario (arts. 7°, 1062, 1093 y 1094 CCyC); y aquellas sobre trato digno, publicidad, posibilidad de revocar la aceptación y, jurisdicción competente en los contratos de consumo (arts. 1096 y ss. y 2654 CCyC). A todas ellas se les agregan las relativas a lealtad comercial y defensa de la competencia que procuran igualmente la custodia de los intereses de los consumidores y deben por ello estimarse incluidas en ese plexo protector.[85]

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

1. Introducción

Se imponen al régimen de cementerio privado las reglas de los derechos reales.

2. Interpretación

2.1. Derecho real de sepultura

Tal como hemos venido destacando, el CCyC crea este nuevo derecho real de sepultura procurando con ello dar mayor protección tanto a su titular como a los terceros interesados.

No compartimos la postura de alguna doctrina que indica que se trataría de un derecho personal al que se le aplican las reglas de los derechos reales,[86] pues ya su inclusión dentro de Libro dedicado a estos derechos así como la enumeración del cementerio privado en el listado taxativo que brinda el art. 1887 CCyC a la par de su consideración como

(85) Culaciati, Martín M., *op. cit.*, ap. III.2.

(86) Curá, José María (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado,* 1ª ed., v. 5, Bs. As., La Ley, 2014, p. 528.

derecho real sobre cosa propia en el art. 1888, son elementos interpretativos elocuentes de la calificación que efectúa el legislador.

Ello sin dejar de destacar que el derecho real no es el de "cementerio privado" (sobre cuyo predio afectado a tal fin podrá existir dominio o condominio) sino, como bien refiere este artículo, el de sepultura.[87]

Tratándose entonces de un derecho real resultan aplicables a él todas las reglas generales que el CCyC trae para su regulación, tales como las diferentes vías de adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad (arts. 1892 al 1907 CCyC) así como también las relativas a la defensa del derecho real o del hecho posesorio (arts. 2238 al 2276 CCyC). Lo cual implica entre otras cuestiones, que deberá satisfacerse el título y el modo y que resultan los sepulcros privados susceptibles de posesión y por ende pasibles de ser adquiridos por el sistema de la usucapión; así como que también deben ser inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal como surge del art. 2106 CCyC.

Advertimos igualmente que, para una más ajustada definición de la figura, su extinción debió merecer alguna norma específica en el presente capítulo. Es que aun cuando se regule el cementerio privado —y el derecho real de sepultura en él contenido— con pretensión de perpetuidad, las particularidades del derecho exigían considerar qué modos de destrucción eran propios de este sistema, en común a otros derechos reales (como la destrucción total de la cosa) y cuáles podían no serlo.[88] Así como dejar la posibilidad de, logrado el acuerdo unánime de los titulares de las parcelas, desafectar el inmueble al modo de la extinción prevista para la propiedad horizontal (art. 2044 CCyC) o procurar algún sistema que garantice la satisfacción de *"los estándares aceptados de decencia y digno destino final de restos humanos"*. Por último, vale reiterar que —al igual que en el caso de la propiedad horizontal— los conjuntos inmobiliarios o el tiempo compartido, el derecho real de sepultura es completado en su definición de manera plena por las disposiciones que brinde el respectivo Reglamento.

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

1. Introducción

La norma impone relacionar el sistema de cementerios privados con la regulación en interés público propia del sistema público.

(87) Así lo destaca como un *"error terminológico"* el usado en el art. 1887 y 1888, Saucedo, Ricardo J., "Los cementerios privados en el derecho vigente y en el proyectado" en *JA 2014-II*. Igual crítica realiza Molina Quiroga, Eduardo, "Nuevos derechos reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Conjuntos inmobiliarios y cementerios privados", en *Revista de Derecho Privado*, año II, nº 5, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 121.

(88) Algunas Ordenanzas municipales prevén como sanción por el incumplimiento a las normas administrativas la "revocación de la habilitación municipal" lo que provocaría la forzosa extinción de la afectación, conclusión que no parece ser un fin querido por el legislador. Debió preverse entonces qué efectos podían darse en caso de revocación de la habilitación o qué margen de actuación puede tener el Estado en relación a la extinción como sanción. En tal sentido Puerta Chacón sostiene que el Estado Municipal —como garante último del sistema— puede echar mano al rescate como medida de protección de los intereses del usuario del cementerio privado.

2. Interpretación

2.1. Vinculación con el derecho administrativo

Tal como se ha venido destacando a lo largo de todo este capítulo, en el caso de los cementerios privados existe un marcado interés del Estado, en sus diversas formas, por controlar aquellas áreas que le son propias y de casi imposible delegación en los privados, como es el caso de la policía mortuoria (es decir, el destino de las personas una vez fallecidas) o la custodia del ambiente y el agua potable, aspectos que, eventualmente podrían entrar en conflicto con el emprendimiento.

A tal fin, y no sin cierta redundancia,[89] esta norma en comentario reitera lo lógico: deben cumplirse en esta materia —por todos los actores del sistema, los mencionados en este artículo y los empresarios y dependientes que no lo están— las leyes y demás normas que hacen al correcto cumplimiento de las funciones estatales. De no hacerlo así será el Estado el que podrá disponer las sanciones que disponga en el marco de sus facultades.

TÍTULO VII(*)
Superficie

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

1. Introducción

Los aspectos sobresalientes del concepto legal que emanan del artículo bajo examen son los siguientes:

a. al derecho de superficie le asigna la jerarquía de derecho real;

b. establece como primer objeto una cosa inmueble que debe ser ajena;

c. al titular del derecho de superficie le otorga las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica para el ejercicio de los derechos de plantar, forestar o construir;

d. determina un segundo objeto, consistente en lo plantado, forestado o construido en el inmueble ajeno, ocupando el terreno, el vuelo o el subsuelo, que puede originar un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena con arreglo a lo que se estipule en el acto constitutivo;

e. entre las modalidades que puede adoptar una de ellas concierne a la fijación del plazo de su duración, consistente con la temporalidad que el concepto legal establece como condición sustancial de su estructura;

(89) Hemos marcado esa redundancia en nuestro comentario al artículo análogo que se prescribe para el tiempo compartido.

(*) Comentarios a los arts. 2114 a 2128 elaborados por Jorge R. Causse.

f. se lo debe constituir por título suficiente (art. 1892 CCyC);

g. corresponde la aplicación de la normativa de este Título del Código y de las leyes especiales.

2. Interpretación

La relevancia de este derecho real reside en las variantes que admite ampliando el espectro de sus posibilidades operativas: plantar, forestar, construir. La atribución de la jerarquía de derecho real queda patentizada en su incorporación a la nómina del art. 1887 CCyC como inc. g.

Del concepto legal surge la estructura de un derecho que, además de reconocer sus diferentes objetivos o destinos (plantar, forestar, construir), se pueda constituir abarcando el subsuelo, el suelo o rasante, y el vuelo del inmueble involucrado.

Asimismo, admite que de la constitución del derecho sobre inmueble ajeno, se pueda generar un derecho real sobre cosa propia —la plantación, la masa arbórea, lo construido— lo que no obsta la constitución originaria y autónoma de este último cuando tales objetos ya existan sobre el inmueble —conforme los términos del artículo que examinamos—, o su transferencia en propiedad —con arreglo a lo que establece el art. 2115 CCyC—.

La determinación de un plazo de vigencia obedece al carácter temporario que la ley le atribuye.

Los sujetos que participan en la constitución del derecho son: el propietario del inmueble y el superficiario, persona física o jurídica a quien se le atribuye el derecho.

En el comentario de los artículos que siguen, se desarrollarán los aspectos señalados.

ARTÍCULO 2115.- ***Modalidades.*** *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.

1. Introducción

La ley le otorga al titular del derecho de superficie, el superficiario, la facultad de llevar a cabo construcciones, plantaciones o forestaciones ocupando, a tal efecto, la rasante, el vuelo y el subsuelo del inmueble que le pertenece al propietario, lo que determina la constitución del derecho sobre inmueble ajeno —carga en los términos del art. 1888 CCyC— cuya utilidad se desmembra. En consecuencia, el dominio del propietario queda imperfeccionado por la constitución del derecho de superficie.

Por la actividad que el superficiario despliegue sobre el inmueble, se producirán cultivos, masas arbóreas o edificios, sobre o bajo la superficie del inmueble, los que le pertenecerán como derecho real sobre cosa propia.

La existencia en el inmueble de plantaciones, bosques o construcciones pertenecientes a su propietario permite que este constituya derecho de superficie sobre su predio transfiriéndole la propiedad de tales objetos.

La convivencia del derecho del superficiario con el dominio desmembrado del propietario del inmueble se mantiene tanto en la constitución del derecho de superficie para alcanzar los objetivos que la ley admite como en la que ocurre cuando se da la existencia que mencionamos en el párrafo anterior.

Estas son las modalidades que la ley admite ajustadas a los parámetros que se establecen en el resto del articulado.

2. Interpretación

En el segundo párrafo del art. 1883 CCyC se admite que el objeto (de los derechos reales) "*puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley*".

Bajo este parámetro, y desde lo que establece el art. 226 CCyC (que se refiere a los inmuebles por accesión), los frutos (ver art. 233 CCyC) que se obtuvieron por la actividad del propietario o del superficiario, califican legalmente (por estar designados expresamente) para ser objeto de un derecho real; en nuestro caso, del de superficie en la modalidad derivada que surge de lo previsto en esta norma.

De acuerdo a lo que establece el primer párrafo del art. 1888 CCyC, lo producido por el superficiario sobre el inmueble en ejercicio de su actividad, es denominado "propiedad superficiaria" y es cosa propia como objeto del derecho real al que aquel accede. Va de suyo que, además de su determinación legal, tales objetos son susceptibles de aprovechamiento por su patrimonialidad y por estar en el comercio.

La cuestión de la coexistencia a la que se refiere este artículo no está en pugna con el principio de concurrencia que establece el art. 1913 CCyC en estos términos: "*No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí*". Este tema será específicamente apreciado al examinar lo que establece el artículo siguiente, a cuyos comentarios nos remitimos.

A partir de lo que este art. 2115 CCyC establece, adelantamos que se suscitan circunstancias que conciernen al ámbito de la registración inmobiliaria de la que nos ocuparemos.

La idea que se podría desprender de lo que establece el art. 2114 CCyC, en el sentido de que el vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, sean dimensiones autónomas del inmueble y que cada una de ellas pueda servir de asiento a la constitución del derecho real de superficie, en nuestro caso para construir, queda descartada por lo que dispone el artículo en examen. Esto así porque la ocupación del espacio aéreo o el subsuelo en esta norma está concebida como despliegue de la actividad que cumpla el superficiario.

La transferencia del propietario al superficiario de lo que este último ha producido con el ejercicio de su actividad, se ajustará a lo que este artículo dispone, el que le servirá de título suficiente para el perfeccionamiento de su adquisición, sin que sea necesario ningún tipo de acto traditivo de la posesión respecto de los objetos que se le transfieren —por cuanto a partir de haber sido estuvieron a su disposición, situación alejada de lo previsto en el segundo párrafo del art. 1892 CCyC —, ni atribuirle al acto gratuidad u onerosidad.

La instrumentación puede quedar sometida a lo dispuesto en el art. 284 CCyC sobre libertad de formas, por cuanto la regulación de este derecho no contiene ninguna disposición en particular sobre el tema. No obstante, si para la constitución del derecho real de superficie sobre el inmueble de su propietario es legalmente necesario que el acto se otorgue por

escritura pública (conf. art. 1017, inc. a, CCyC), por aplicación del inc. c. del mismo artículo citado, la escritura pública será la forma instrumental que se deberá adoptar.

ARTÍCULO 2116.- *Emplazamiento.* *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.

1. Introducción

El emplazamiento remite al principio de especialidad objetiva y, por consecuencia, a las disposiciones de la ley 26.209/2006 de Catastro Nacional específicamente a su art. 4º cuyo texto reproducimos: "*A los efectos de esta ley, denomínase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral*".

De manera que, para alcanzar la determinación de su inmueble, el propietario debe contar con un documento cartográfico registrado por el organismo catastral en el que esté individualizada la parcela como superficie de extensión territorial continua deslindada mediante polígonos.

Para el caso de ocuparse una parte determinada de este inmueble, también deberá contarse con otro documento cartográfico que identifique la autonomía de su situación parcelaria. Descartamos la posibilidad de que el derecho real se pueda constituir sobre una parte indivisa del inmueble, según lo previsto en el art. 1883 CCyC, porque se opone al criterio que inspira el principio de determinación en el ámbito de los derechos reales.

El superficiario puede ocupar la rasante y extender la ocupación al subsuelo y al espacio aéreo o vuelo. De las demás alternativas, nos ocuparemos en el apartado que sigue.

Lo que surge del último párrafo del esta norma con respecto a la utilidad no está en pugna con lo afirmado en el párrafo anterior, porque se trata de un condicionamiento establecido en función del objetivo que se haya tenido en cuenta al tiempo de constituirse en derecho real de superficie.

2. Interpretación

Las alternativas o modalidades que prevé la parte final del primer párrafo de este artículo justifican estos comentarios.

La constitución del derecho de superficie sobre construcciones existentes sin establecer a quién le pertenecen, anima a especular sobre estas posibilidades: a) que le pertenezcan al titular del inmueble o b) que le pertenezcan a un tercero a quien se le haya otorgado aquel derecho en su variante para construir.

En el primer caso, y con la limitación de tener como destino específico la construcción, el propietario constituirá el derecho de superficie a favor de un tercero afectando el sobrevuelo del inmueble, esto así por cuanto el vuelo fue ocupado por la construcción existente.

La determinación del inmueble sobre el que se constituirá el derecho de superficie está subordinado al cumplimiento de las directivas que contenga el instructivo específico con el que se deberá contar.

Toda vez que el titular del derecho de propiedad horizontal está legitimado para constituir el de superficie (art. 2118 CCyC), si lo construido por el propietario estuviera afectado a dicho régimen especial, la determinación del inmueble sobre el que se constituirá el derecho de superficie también será dependiente del instructivo que se mencionó. Esto no obsta que, en este último supuesto, se considere estar frente a una reserva de sobreelevación en cuyo caso se deberán seguir las instrucciones de la pertinente norma reglamentaria.

En el segundo caso —construcciones pertenecientes a un tercero— la constitución del derecho de superficie a favor de quien se trate, el procedimiento a emplear, los requisitos exigibles y el mecanismo a través del cual se determinará el inmueble que sufrirá la carga (art. 1888 CCyC, párr. 2), dependerá de la situación en la que se encuentre el tercero con respecto a las construcciones llevadas a cabo y del cumplimiento de las reglamentaciones vigentes y/o que se dicten con esa finalidad.

La utilidad para el aprovechamiento conlleva señalar que, según el destino al que se aplique el derecho de superficie, su titular se ajustará a las regulaciones aplicables, parte de ellas las mencionamos refiriéndonos al destino "construir". En el caso específico de la forestación o silvicultura, deberán observarse las normas de la ley 25.080 de 1998 y de su decreto reglamentario 133/1999.

ARTÍCULO 2117.- ***Plazos.*** *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.*

Interpretación

El plazo máximo de 50 años, previsto en la derogada ley 25.509 (de creación del derecho real de superficie forestal), el Código lo mantiene para la forestación y las plantaciones, fijando en 70 años el máximo admitido para el destino "construir".

Estos topes funcionan como límites aplicables en los casos en que se hayan pactado plazos menores en los títulos de adquisición, conviniéndose que se puedan prorrogar a sus respectivos vencimientos.

En lo que concierne a la adquisición que menciona la norma, se tiene que considerar lo dispuesto en el art. 2118 CCyC a cuyos comentarios remitimos.

En cuanto al derecho real sobre cosa propia, derivación del de superficie cuyo objeto está constituido por la propiedad superficiaria (plantación, forestación o construcción realizada por el superficiario), su duración tendrá el límite máximo legalmente previsto, lo que, indirectamente, confirma el art. 2120 CCyC.

ARTÍCULO 2118.- ***Legitimación.*** *Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.*

Interpretación

Para la afectación de la totalidad del inmueble por los titulares del derecho real de condominio, requiere la conformidad de todos los condóminos, conforme lo exige el art. 1990 CCyC.

En cuanto a la constitución del derecho de superficie por los titulares del derecho real de propiedad horizontal, corresponderá tener en cuenta las disposiciones contenidas en el Título 5 del Libro Cuarto, en particular lo dispuesto en el inc. a. del art. 2041 CCyC que le atribuye al terreno la calidad de cosa necesariamente común. Reclamar, además, la conformidad de todos los propietarios de las unidades que formen parte del edificio, por lo exigido en el art. 2052 CCyC, si correspondiere, sin descuidar los aspectos planimétricos necesarios para la división jurídica de los edificios, es un requisito no mencionado en el primer párrafo del art. 2038 CCyC pero ineludible para alcanzarla y los demás atinentes a la instrumentación y la forma que se debe adoptar.

No obstante, el silencio normativo nada obstaría que el derecho de superficie se constituya sobre inmuebles privados del Estado.

ARTÍCULO 2119.- ***Adquisición.*** *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.*

1. Introducción

En este artículo se distinguen varios períodos.

El primero, relativo a la constitución del derecho, sigue en parte las directivas contenidas en el art. 5º de la ley 25.509 porque también la admite por vía convencional aunque nada dice sobre la forma instrumental ni sobre la posesión, como sí lo indicaba la norma de la ley. Para el caso, ese silencio lo suple el inc. a. del art. 1017 CCyC, que impone la escritura pública para adquirir derechos reales sobre inmuebles y, en cuanto a la posesión, el juego combinado de los arts. 1891 y 1892 CCyC; respecto de este último, la primera parte de su párr. 3.

El período que le sigue, se refiere a la transmisión de su derecho por el superficiario, compatible con la facultad de disposición prevista en el concepto legal, la que puede ocurrir por actos entre vivos utilizando cualquiera de los títulos causales a los que se puede apelar, no mediando un pacto limitativo de la facultad de transferir o que el nudo propietario deba prestar su conformidad previa. También se podrá transferir por causa de muerte. En ambos supuestos de transmisión, se tendrá en cuenta el plazo máximo fijado legalmente o el que hayan convenido por las partes.

En su parte final, se rechaza la posibilidad de adquirir el derecho de superficie por el transcurso del tiempo, no obstante la redacción dada al art. 1897 CCyC, y se admite que la usucapión breve sirva al solo efecto del saneamiento del justo título.

2. Interpretación

La convencionalidad dispuesta por el art. 2119 CCyC descarta que al derecho de superficie, en cualquiera de sus manifestaciones, se lo pueda adquirir por el transcurso del tiempo. De no haberse constituido el derecho de superficie, la ocupación del inmueble por el término legal potenciará la aplicación de lo dispuesto por el art. 1897 CCyC (Prescripción adquisitiva) y la existencia de construcciones o de forestación sobre ese predio, la

aplicación de las reglas del art. 1962 CCyC. En caso que sea necesario perfeccionar títulos constitutivos del derecho de superficie (cualquiera sea la variante adoptada), mediando la ocupación del superficiario por el plazo legal, la usucapión breve es aplicable.

ARTÍCULO 2120.- ***Facultades del superficiario.*** *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.

Interpretación

El superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre su derecho (se trate del de construir, plantar o forestar) porque lo admite el último párrafo del art. 1883 CCyC: "*El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley*". En cuanto a qué derecho de garantía puede constituir la nómina, se circunscribe a la hipoteca y al anticresis; y su legitimación para constituirlas derechos está contenida en los arts. 2206 y 2213 CCyC.

En cuanto a hipotecar la propiedad superficiaria, tanto en el caso que haya sido producida por el superficiario cuanto en el supuesto de que haya sido el objeto tenido en cuenta para constituir de derecho de superficie, el gravamen afectará, en un caso, un derecho real sobre cosa propia y, en el segundo, sobre cosa ajena; en ambos casos el objeto está habilitado por lo que dispone el referido párrafo del art. 1883 CCyC.

Acerca de la afectación al régimen horizontal por el superficiario separando el terreno que le pertenece al propietario, y más allá de lo que puedan pactar, se tendrá en cuenta que en el régimen horizontal el terreno es una cosa necesariamente común (art. 2041, inc. a, CCyC), de manera que la sugerida separación dependerá de la norma reglamentaria que se dicte.

La limitación temporal es una derivación necesaria a partir de lo que establece el art. 2117 CCyC, la que también alcanza a los actos de disposición o gravamen que otorgue el superficiario sobre lo construido o sobre lo que construya. La mencionada afectación al régimen de la propiedad horizontal sumado a las facultades de usar, gozar y disponer que la ley le otorga, le permite disponer de los sectores de aprovechamiento independiente con diferentes destinos.

ARTÍCULO 2121.- ***Facultades del propietario.*** *El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.*

Interpretación

El propietario mantiene la extensión de su derecho de dominio, desmembrado por la constitución del de superficie y, dentro de ese contexto, podrá llevar a cabo los actos de disposición material y jurídica que la norma le autoriza, ajustándose a los que legalmente pueda otorgar. El artículo es una disposición superadora de la que contenía su antecedente (ley 25.509) de manera que, en adelante, la limitación consistirá en no turbar el

derecho del superficiario. No obstante, de ocurrir el hecho perturbador, el superficiario podrá exigir el cese del mismo reclamando, de corresponder, las indemnizaciones que le sean debidas.

ARTÍCULO 2122.- ***Destrucción de la propiedad superficiaria.*** *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.*

1. Introducción

El artículo parte del acaecimiento de un hecho dañoso que haya destruido materialmente lo incorporado al terreno, incluyendo su subsuelo, como episodio que determinaría la extinción de la propiedad superficiaria, léase: del derecho de superficie que se estuviera ejerciendo sobre cosa propia o ajena. La extinción del derecho se puede paralizar mediando acuerdo de voluntades entre el propietario y el superficiario, el que deberá versar sobre una nueva construcción o la reconstrucción de lo destruido, la que se deberá llevar a cabo dentro del plazo de seis años. Si lo afectado por la destrucción fueran plantaciones o forestación, el plazo se limita a tres años.

2. Interpretación

El acuerdo entre el propietario y el superficiario puede estar previsto en el contrato en el que se constituya el derecho, o celebrarse posteriormente. Pueden ajustarse a los plazos legales o fijar otros sin exceder de los máximos permitidos. En ningún caso la suma del plazo fijado en el contrato y el del concedido por la destrucción de la propiedad superficiaria puede superar los establecidos en el art. 2117 CCyC.

ARTÍCULO 2123.- ***Subsistencia y transmisión de las obligaciones.*** *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.

1. Introducción

El artículo contiene una previsión dirigida a la protección de todos los terceros interesados que sean acreedores del superficiario de manera que, en el caso que transfiera su derecho, el que lo adquiera asuma en toda su magnitud las obligaciones a cargo de aquel. Va de suyo que se incluyen no solo las contratadas por el superficiario, tal por caso las debidas al propietario sino, además, las derivadas de impuestos, tasas y/o contribuciones adeudadas como consecuencia de la actividad que haya desplegado por el ejercicio de su derecho.

Con idéntico propósito, la norma prevé que el superficiario no quede relevado de cumplir las obligaciones a su cargo, sean legales o contractuales, en tres casos: renuncia, desuso o abandono.

2. Interpretación

El propietario puede pactar con el superficiario que la transferencia de su derecho esté sujeta a observar determinadas condiciones (que puede ser resolutoria, ver art. 2124 CCyC); inclusive que, para llevarla a cabo, deba contar con su conformidad expresa. La renuncia debe ser

expresa porque, conforme lo establece el art. 948 CCyC, no se presume. Por otra parte, en el siguiente artículo se lo establece expresamente. La segunda parte de este art. 2123 CCyC es una reproducción casi textual del art. 9º de la ley 25.509, admitiéndose que "desuso" y "abandono" son términos equivalentes y su efecto es la no liberación de las obligaciones legales y contractuales del superficiario.

ARTÍCULO 2124.- ***Extinción.*** *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.*

1. Introducción

Son cinco las causas que producen la extinción del derecho de superficie sobre cosa ajena:

a. renuncia: además de expresa, la renuncia se debe instrumentar en escritura pública (art. 1017, inc. a, CCyC) seguida de la necesaria publicidad registral inmobiliaria;
b. vencimiento del plazo: el vencimiento del pactado o de su prórroga produce por sí la extinción del derecho, generando la obligación del superficiario de devolverle el inmueble al propietario;
c. cumplimiento de una condición resolutoria: respecto de esta causal, se tendrán en cuenta los efectos previstos en el art. 348: restitución de las prestaciones convenidas, etc.;
d. consolidación: ocurre con la reunión en una misma persona de los derechos del propietario y del superficiario, situación que puede darse respecto del primero, del superficiario o de un tercero, el acto jurídico será instrumentado en escritura pública y del mismo tomarse razón por el registro inmobiliario;
e. no uso: durante diez años si el objetivo de la superficie fue construir y durante cinco si el destino del inmueble era plantar o forestar.

2. Interpretación

La consolidación, cuyo acaecimiento deberá ocurrir antes del vencimiento del plazo pactado, no modifica la situación de los derechos reales o personales que el propietario y el superficiario hayan constituido, los que se mantendrán vigentes y en toda su magnitud. Esto así por lo previsto en el artículo siguiente a cuyos comentarios remitimos.

ARTÍCULO 2125.- ***Efectos de la extinción.*** *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.

Interpretación

Este artículo contempla situaciones de extinción que se distinguen por ocurrir: a) cuando se ha cumplido el plazo convenido o el legal; o b) en el caso que aquella se produzca antes de que sobrevenga ese cumplimiento. Lo relevante de esta disposición concierne a

los diferentes efectos respecto de los derechos reales o personales concertados por el superficiario. La última parte del art. 1964 CCyC, relativa al dominio imperfecto, dispone que el desmembrado "… *queda sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava*". De manera que, el efecto de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo, se rige por lo que dispone este artículo, consecuencia de lo cual la adquisición de lo que el superficiario haya producido sobre el terreno, o en su subsuelo, se verifica por imperio legal libre de todo derecho que se haya constituido.

Distinto es lo que ocurre en el segundo supuesto porque en tal caso, además, se establecen efectos diferentes respecto de los derechos reales y de los personales convenidos por el superficiario. En efecto, si se trata de derechos reales, estos continúan gravando el objeto determinado que se hubiera afectado "*como si no hubiese habido extinción*", vigencia que culmina con el vencimiento del plazo legal o convenido. Respecto de los derechos personales se decreta su subsistencia durante el tiempo que hayan convenido las partes.

El objeto determinado susceptible de afectación con un derecho real puede ser el inmueble que le pertenece al nudo propietario, cuyo dominio quedó desmembrado por el derecho de superficie que ha constituido (ver art. 2121 CCyC), el derecho del superficiario de plantar, forestar o construir, o la propiedad superficiaria de la que este último es titular (ver art. 2120 CCyC para estos dos supuestos). Esto explica que el artículo disponga que los derechos reales constituidos continúen gravando separadamente las dos parcelas.

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.

Interpretación

El artículo admite que el propietario sea relevado de la obligación que se le impone de indemnizar al superficiario mediando pacto en tal sentido. Por el contrario, si se mantiene dicha obligación las partes pueden establecer la cuantía de la indemnización, fijándola en el acto constitutivo del derecho real o en un acuerdo posterior. De no habérsela establecido, el artículo propone un procedimiento alternativo consistente en la sumatoria de los valores incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, que permanecen, a la que se le descuenta la amortización.

ARTÍCULO 2127.- ***Normas aplicables al derecho de superficie.*** *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.*

Interpretación

Este artículo alude al derecho de superficie que se constituye sobre inmueble ajeno con el alcance previsto en la primera parte del art. 2114 CCyC.

La aplicación supletoria que predica el artículo pone de relieve la importancia que le asigna a la autonomía de la voluntad. De manera que, en este ámbito, las partes decidirán los parámetros a los que el superficiario deberá ajustar el ejercicio de su derecho, naturalmente adecuados al destino previsto en el acto constitutivo. En cuanto a la referida aplicación supletoria, concerniente a las limitaciones del uso y goce previstas para el derecho real de usufructo nos remite, entre otras, a la segunda parte del art. 2129 CCyC (alteración de la sustancia); al art. 2132 CCyC (usufructo sucesivo); al 2139 CCyC (garantía suficiente), etc.

ARTÍCULO 2128.- ***Normas aplicables a la propiedad superficiaria.*** *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.*

Interpretación

La situación que se contempla en este artículo corresponde a la prevista en el segundo período del art. 2114 CCyC, esto es, cuando el derecho de superficie se constituye sobre *"… lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo…"* (supuesto calificado como propiedad superficiaria, derecho sobre cosa ajena), situación jurídica que sujeta a las normas del dominio revocable (art.1965 CCyC y ccs.) aplicables en la medida de su compatibilidad con las disposiciones regulatorias del de superficie.

Aludir a una construcción, plantación o forestación ya existente en principio descarta que la norma incluya el caso de lo que produzca el superficiario por la actividad que despliega, generándose un objeto respecto del cual tendrá derecho real sobre cosa propia.

TÍTULO VIII(*)
Usufructo

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 2129.- ***Concepto.*** *Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.*

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

1. Introducción

Con esta disposición se inicia la regulación del usufructo, el más amplio de los derechos reales sobre cosa ajena y que concede a su titular, el usufructuario, una serie de prerrogativas respecto del objeto sobre el cual recae. Sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá, cabe anticipar que se trata de un derecho real principal (art. 1889 CCyC), cuya constitución

(*) Comentarios a los arts. 2129 a 2144 elaborados por María de las Victorias González Silvano.

importa una desmembración del dominio pues importa restringir las facultades del propietario, denominado "nudo propietario", que ya no podrá usar y gozar de ese objeto.

2. Interpretación

De la definición dada por este precepto, se desprende que el usufructo es el derecho real sobre un bien ajeno que se ejerce por la posesión y otorga a su titular el derecho de usar, gozar y disponer jurídicamente de él, sin alterar su sustancia, siendo además temporario dado que el usufructuario debe restituir el objeto sobre el cual recae —si es una cosa, con el desgaste o deterioro normal producido por el paso del tiempo— al momento de culminar el usufructo.

El artículo recoge el principio denominado *salva rerum sustantia* cuando señala en el primer párrafo que el ejercicio que autoriza lo será "*sin alterar la sustancia*". Precisamente, la sustancia que debe preservarse es la del objeto de este derecho real, que es un "bien ajeno". Es que el usufructo puede recaer tanto sobre una cosa como sobre un derecho en la medida que la ley así lo autorice.

Entonces, "*sin alterar la sustancia*" significa que se debe respetar y conservar la materialidad de la cosa, su forma y estructura en sus caracteres esenciales y, asimismo, mantener el destino económico establecido a su constitución o, en su defecto, el que le había dado el propietario cuando la cosa estaba en su poder.

Importa un límite que impide al usufructuario modificar las cualidades o destino de la cosa, o menoscabar el derecho sobre el cual recae el usufructo. Este principio tiene un amplio alcance, por lo que cabe señalar que aun una mejora en la cosa, beneficiosa para el nudo propietario, no está permitida si con ello se produce una modificación material, jurídica o económica. A modo de ejemplo, puede señalarse que si el usufructo se constituyó en un terreno para siembra, el usufructuario no podrá usarlo para actividad ganadera, como así tampoco podría ampliar la casa con destino vivienda agregándole más cuartos u otra planta, aunque ello signifique mayor valor económico; todos estos actos enunciados importan una alteración de la sustancia.

Cabe observar que a la definición tradicional, el CCyC incluye la facultad de disponer jurídicamente, antes inexistente, lo cual permite considerar que el usufructuario puede trasmitir su derecho por actos entre vivos, constituir derechos reales de uso, habitación, servidumbre y anticresis, tanto como derechos personales de uso y goce (art. 2142 CCyC) y todo ello, se insiste, sin alterar la sustancia.

De la lectura del segundo párrafo de la norma se observa cómo el CCyC reitera que puede ser objeto de este derecho tanto una cosa como un derecho. Ello no es sino concordante con lo prescripto por el art. 1883 CCyC, que admite como objeto de los derechos reales tanto a las cosas como los bienes —derechos—, taxativamente señalados por la ley.

ARTÍCULO 2130.- ***Objeto.*** *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.*

1. Introducción

La norma establece cuál puede ser el objeto del usufructo. Algo ya anticipaba el art. 2129 CCyC que refería que este derecho real recaía sobre un "*bien ajeno*", lo que permitía englobar, además de las cosas, sean muebles o inmuebles, a los derechos. El art. 2130 CCyC no solo ratifica ese rumbo, sino que lo profundiza al admitir, por ejemplo, que se pueda constituir usufructo sobre una parte material de una cosa o el todo o una parte indivisa de una herencia.

2. Interpretación

El usufructo se presenta con varias modificaciones en cuanto a su objeto, incorporándose ahora la posibilidad de que pueda constituirse sobre derechos, en los casos en que así lo admita la ley.

Esta norma formula una enumeración concreta acerca de sobre qué bienes y cosas recaerá. Nada dice el artículo —como sí lo decía el Código de Vélez— sobre qué bienes se hallan excluidos de la posibilidad de esta constitución, por lo que para ello se impone una remisión a las disposiciones generales del Título I del Libro Cuarto, en particular, al art. 1883 CCyC.

Ello no impide observar que ha quedado eliminado el cuasiusufructo —que recaía sobre cosas fungibles y consumibles, como los granos y el dinero—, admitiéndose en este género únicamente las cosas fungibles cuando recaen sobre un conjunto de animales (inc. c).

También se elimina la posibilidad de constituir usufructo de crédito, y se precisa que el usufructo sobre un patrimonio solo puede constituirse por acto de última voluntad (inc. d).

Al referirse la norma a que *"puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa…"*, debe tenerse en cuenta que la división material es exclusiva de las cosas e impropia de los derechos. Lo novedoso —se insiste— es que pueda recaer sobre un derecho, lo cual era prohibido en la regulación anterior (art. 2842 CC).

¿Cuáles derechos son los susceptibles de usufructo? El usufructo puede ser objeto de usufructo, como lo admiten otros Códigos, como el francés, el italiano y el español. Obviamente, puede constituirse usufructo sobre una marca, un invento, sobre los derechos intelectuales correspondientes a una obra y, por qué no, una página web de internet.

Por lo demás, el inc. a recoge la postura de que el usufructo puede recaer sobre una cosa inmueble o mueble —que son las no fungibles—, lo que supone el deber de reintegrarlas una vez extinguido el derecho real, con el desgaste habitual y propio del buen y normal uso.

Es de destacar que estos objetos pueden ser registrables o no (art.1890 CCyC) y que, en su caso, la registración podrá ser constitutiva o declarativa de acuerdo al régimen que resulte aplicable.

El CCyC admite como objeto del usufructo *"una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales"* (inc. c). Además de contemplar esta especie de cuasiusufructo, debe tenerse presente que los animales son simples cosas. En ese supuesto, el usufructuario debe devolver lo mismo que se le entregó y, si ellos perecen, se aplica el art. 2153 CCyC, párr. 3.

En último término, el inc. d señala como objeto posible de este derecho real *"el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario"*.

Pues bien, este supuesto hace referencia al usufructo universal, y lo primero que hay que subrayar es que ello puede suceder únicamente a través de un acto de última voluntad, quedando los legitimarios autorizados a sustituirlo por la porción disponible según lo autoriza el art. 2460 CCyC.

Es importante destacar que, fuera del CCyC, se legisló sobre el usufructo de bienes que no son cosas. Tal es el caso del usufructo de cuotas de sociedad de responsabilidad limitada (art. 156 de la ley 19.550) y el de acciones de la sociedad anónima (art. 218 de la ley 19.550).

ARTÍCULO 2131.- ***Legitimación.*** ***Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer.***

1. Introducción

La constitución de usufructo, supone la afectación de un derecho mayor. Ello por cuanto solo pueden afectar el derecho con la carga que importa dar a otro el usufructo, quienes tienen un derecho sobre cosa propia y que comprenda las facultades de uso y goce. Por tal motivo, estarán legitimados el dueño, esto es, el titular de derecho real de dominio perfecto o imperfecto y los demás enumerados en el precepto.

2. Interpretación

Es claro que están legitimados para constituir usufructo los titulares de dominio, tal como lo prescribía el Código de Vélez Sarsfield. Al hacerlo, convierten su derecho de dominio perfecto en uno imperfecto o desmembrado.

Por otra parte, al admitir que también puede hacerlo el titular de derecho real de propiedad horizontal, cabe entender que el usufructo está referido a la unidad funcional de la que es titular.

La novedad que se verifica en el caso es que el precepto también autoriza a que los propietarios de las unidades funcionales puedan, en conjunto, constituir derecho de usufructo con relación a las partes comunes. ¿Cuáles son, a modo enunciativo, las que podrían ser objeto de usufructo? Obviamente, podrían los comuneros dar en usufructo aquellas partes que no sean esenciales para la vida de la propiedad horizontal. En el caso de un edificio en altos que tenga gimnasio o SUM, nada obsta a que se otorgue en usufructo tales espacios, con los mismos alcances que tienen los comuneros sobre la cosa común.

Aunque el precepto no refiere a los condóminos, merced a lo dispuesto por el art. 1989 CCyC, debe interpretarse que también pueden imponer esta carga al establecer: *"que cada condómino puede gravar y enajenar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos"*.

Si bien la legislación anterior prohibía al titular del dominio fiduciario constituir usufructo, esta restricción ha desaparecido en el CCyC y, en su lugar, conforme los arts. 1688 CCyC y 1704 CCyC, cabe admitir que puede hacerlo salvo que le haya sido expresamente prohibido en el contrato o testamento.

Con respecto a los "Conjuntos inmobiliarios", "Sistema turístico de tiempo compartido", "Cementerios privados", nada dice el precepto pero debe entenderse que no se encuentra prohibida la constitución de usufructo.

ARTÍCULO 2132.- ***Usufructo a favor de varias personas.*** *El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario.*

No puede establecerse usufructo a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo.

1. Introducción

El CCyC admite que el usufructo pueda ser establecido en favor de una persona o de varias. Para este último supuesto, la norma que aquí se glosa regula las diversas alternativas que pueden presentarse.

2. Interpretación

2.1. Usufructo

El usufructo dado en forma conjunta no concluye con la muerte de uno de los usufructuarios, ya que en tal supuesto, al haberse previsto expresamente ante esta contingencia el derecho acrecer, en vez de procederse a la restitución por sustitución de su porción indivisa a la nuda propiedad, la porción del usufructuario fallecido pasa al otro u otros cousufructuarios.

Este artículo no ha sufrido grandes variaciones con relación a lo dispuesto en los arts. 2823 y 2824 CC. Si bien no se encontraba en ese Código, se ha respetado la interpretación doctrinaria, ya que el art. 2826 CC regulaba el usufructo alternativo, no siendo mencionado aquí, sino a partir del art. 779 CCyC, cuando se refiere a las obligaciones alternativas.

Este artículo, también armoniza con el art. 2490 CCyC, que se refiere al legado en el usufructo.

2.2. Fórmula para acrecer

"A" constituye derecho real de usufructo gratuito, vitalicio y con derecho de acrecer a favor de los cónyuges "B" y "C" sobre (datos del inmueble). "A" transmite todos los derechos y acciones inherentes al usufructo y manifiesta que con anterioridad a este acto efectuó la tradición del inmueble a favor de los usufructuarios, quienes lo usarán y gozarán durante sus vidas con derecho de acrecer recíprocamente entre ambos.

2.3. Fórmula para acrecer en forma alternativa

"A" constituye derecho real de usufructo gratuito, vitalicio y con derecho de acrecer a favor de los señores "B" y "C" sobre (datos del inmueble).

"A" transmite todos los derechos y acciones inherentes al usufructo y hace tradición del inmueble a los usufructuarios, quienes lo usarán y gozarán durante sus vidas, con derecho de acrecer recíprocamente entre ambos.

"B" y "C" aceptan la constitución gratuita del usufructo a su favor y declaran encontrarse en posesión del inmueble.

"A" manifiesta que: a) se ha realizado el inventario de las cosas muebles y el estado del inmueble por escritura (datos de la escritura); b) dispensa a los usufructuarios de otorgar garantía por la relación que lo une con ellos

ARTÍCULO 2133.- ***Prohibición de usufructo judicial.*** *En ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución.*

Interpretación

En el derecho romano se podía constituir el derecho real de usufructo por resolución judicial; en el proceso de división de cosas comunes y en la partición de la herencia el juez en el proceso podía otorgar la propiedad a una de las partes y el usufructo a la otra.

La norma introduce una limitación a las facultades del juez al prohibirle la constitución del usufructo o la imposición de su constitución. Ello no es sino una concreta aplicación del principio sentado en el art. 1896 CCyC.

ARTÍCULO 2134.- ***Modos de constitución.*** *El usufructo puede constituirse:*

a. *por la transmisión del uso y goce con reserva de la nuda propiedad;*
b. *por la transmisión de la nuda propiedad con reserva del uso y goce;*
c. *por transmisión de la nuda propiedad a una persona y el uso y goce a otra.*

Interpretación

El derecho real de usufructo puede constituirse por actos entre vivos —contrato, sea oneroso o gratuito—, o actos de última voluntad. También puede constituirse por prescripción adquisitiva, según la regla sentada por el art. 2565 CCyC.

Con respecto a las formas que debe cumplir el acto, tratándose de cosas inmuebles, debe instrumentarse en escritura pública y realizarse la tradición de la cosa. Cumplido ello, corresponde que proceder a la inscripción registral del documento al solo efecto de su oponibilidad frente a terceros.

Si la cosa fructuaria fuere un automotor o caballo de carrera, la inscripción registral —al resultar constitutiva del derecho— resulta imprescindible.

Cuando el usufructo recae en cosas muebles no registrables, la simple tradición resulta bastante entre las partes, aunque para su oponibilidad frente a terceros debe instrumentarse por escrito, requiriéndose que se satisfagan en este punto los presupuestos para su oponibilidad.

El usufructo sobre créditos se constituye mediante la entrega del documento en que ellos consten, correspondiendo que sea notificada la constitución a los deudores.

ARTÍCULO 2135.- ***Presunción de onerosidad.*** *En caso de duda, la constitución del usufructo se presume onerosa.*

1. Introducción

La norma sienta una presunción de onerosidad, cualquiera sea la forma en la cual se haya constituido el usufructo.

2. Interpretación

El Código de Vélez Sarsfield establecía que el usufructo se presume gratuito cuando era realizado por disposición de última voluntad (art. 2819 CC); tal presunción no ha sido recogida en el CCyC, que en la norma que aquí se glosa sienta una presunción de onerosidad.

Ello no significa que el usufructo no pueda ser gratuito. Solo que, si hubiere alguna duda al respecto, se lo presume oneroso.

Es de destacar que el art. 2461 CCyC establece que: "*si por acto entre vivos a título oneroso el causante trasmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso u habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar las beneficiario…*", deduciéndose las sumas efectivamente pagadas.

ARTÍCULO 2136.- ***Modalidades.*** ***El usufructo puede ser establecido pura y simplemente, sujeto a condición o plazo resolutorios, o con cargo. No puede sujetarse a condición o plazo suspensivos y si así se constituye, el usufructo mismo se tiene por no establecido. Cuando el testamento subordina el usufructo a una condición o a plazo suspensivos, la constitución sólo es válida si se cumplen antes del fallecimiento del testador.***

1. Introducción

La norma regula lo concerniente a las modalidades a que puede estar sujeto el usufructo.

2. Interpretación

El artículo sigue la línea trazada en el Código de Vélez con una modificación: el usufructo no puede constituirse bajo una condición suspensiva o a plazo suspensivo a menos que, siendo hecho por disposición de última voluntad, la condición se cumpla o el plazo se venza antes del fallecimiento del testador, y no después.

Con referencia a que la condición o plazo deben ser suspensivos, es en beneficio de la cosa dada, ya que si se permitiera la constitución del usufructo bajo condición o plazo suspensivo, el propietario no cuidaría ni mejoraría la cosa ya que, cumplido el plazo o condición, otra persona recibiría la cosa para usufructuarla.

Si se constituyera usufructo con condición o plazo suspensivo, se tendrá por no constituido el derecho real.

ARTÍCULO 2137.- ***Inventario.*** ***Cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a inventariar y determinar el estado del objeto del usufructo, antes de entrar en su uso y goce. Cuando las partes son mayores de edad y capaces, el inventario y determinación del estado del objeto del usufructo son facultativos y pueden hacerse por instrumento privado. En caso contrario, son obligatorios y deben ser hechos por escritura pública.***

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

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

1. Introducción

El inventario es una relación detallada, ordenada y valorada de los elementos que componen el objeto del usufructo al momento de su constitución. Es detallada porque se especifican las características de cada uno de los elementos que integraran el usufructo,

ordenada porque agrupa los bienes o cosas que el nudo propietario otorgará y a quiénes, y es valorada porque expresa el valor de cada cosa o bien que constituyen el derecho real al momento de su constitución.

La norma regula sobre el inventario como un derecho que tienen *"las partes contratantes"*, pero también establece en qué casos su facción es obligatoria y también la forma como ha de ser cumplido.

2. Interpretación

El artículo establece el principio facultativo para la realización de inventario. Ya no se trata, pues, de un presupuesto impuesto —orden público—.

Cuando se realiza el contrato por el cual se constituye el usufructo, el inventario puede hacerse tanto en escritura pública como por instrumento privado. La facción del inventario en instrumento público resulta obligatorio pública cuando alguna de las partes sea incapaz.

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield (art. 2847), no exige el CCyC la presencia de dos testigos, ni menciona quién carga con los gastos, corriendo por las partes meritar este tópico.

El precepto señala, además, que en el inventario se establecerá el estado de los objetos. Esta acepción es acertada ya que los objetos pueden ser muebles o inmuebles.

En cambio, cuando el usufructo se constituye por testamento, la facción del inventario resulta obligatoria. El fundamento resulta razonable, pues con la conformación del mismo se evita la incertidumbre entre los interesados en torno a la cosa dada en usufructo, existiendo una certeza en punto al hito a considerar para juzgar si ella afecta la legítima.

ARTÍCULO 2138.- ***Presunción.*** *La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario.*

1. Introducción

La presente disposición complementa la anterior. Regula las consecuencias derivadas de la falta de realización del inventario o de determinación del estado de los bienes.

2. Interpretación

Al no ser obligatoria la realización del inventario, no deja sin efecto los derechos del usufructuario, como era antes, ni lo somete a la restitución de frutos percibidos.

En cambio, causa la presunción de que los bienes se encuentran en buen estado, extendiéndose a la cantidad de lo dado en usufructo, aunque permite que se pacte en contrario.

En el caso que, constituido el usufructo, el inventario no se hubiere realizado, nacerá una presunción *iuris tantum*, de que las cosas fueron recibidas en buen estado, salvo que se haya previsto lo contrario.

ARTÍCULO 2139.- ***Garantía suficiente en la constitución y en la transmisión.*** *En el acto de constitución puede establecerse la obligación previa al ingreso en el uso y goce, de otorgar garantía suficiente, por la conservación y restitución de los bienes, una vez extinguido el usufructo.*

1. Introducción

Mientras la regulación anterior refería a la "fianza", la presente aborda la disposición de la garantía que puede establecerse para el caso de que el usufructuario incumpla con las obligaciones a su cargo.

2. Interpretación

Subsiste la postura que la garantía sea optativa, suprimiéndose la necesidad de dispensar la garantía para la entrega de los objetos dados en usufructo, lo cual constituye también un cambio con relación al régimen anterior.

En este Código, si no se estipula, se da por no existente la garantía, desapareciendo las normas previstas en los arts. 2853 a 2857 y 2859 a 2861 CC.

ARTÍCULO 2140.- ***Intransmisibilidad hereditaria.*** *El usufructo es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer.*

Interpretación

Siguiendo la naturaleza de este derecho real, cuya duración temporal máxima es la vida del usufructuario, se mantiene la postura en torno a que no es un derecho transmisible por causa de muerte, salvo el derecho a acrecer cuando el usufructo fue otorgado a varias personas.

Como señalamos en el párrafo anterior, el límite máximo temporal por el que se puede constituir el derecho de usufructo en personas físicas es la vida del usufructuario, siendo en personas jurídicas el plazo máximo 50 años.

CAPÍTULO 2

Derechos del usufructuario

ARTÍCULO 2141.- ***Frutos. Productos. Acrecentamientos naturales.*** *Pertenecen al usufructuario singular o universal:*

a. *los frutos percibidos. Sin embargo, si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario está obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinción;*

b. *los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. Los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario;*

c. *los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo.*

El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestación alguna.

1. Introducción

Los frutos son los provechos renovables que produce un bien periódicamente sin que se altere o disminuya su sustancia. Se producen y reproducen periódicamente, en periodos variables de duración pero más o menos regulares. La extracción de los frutos no altera ni disminuye la sustancia de la cosa que los produce, la cual continúa siendo la misma.

Los frutos pueden ser naturales, industriales o civiles. Son frutos naturales los que se dan sin intervención humana; son industriales los que produce el bien, por la intervención humana; y son civiles los que produce el bien como consecuencia de una relación jurídica.

Los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien, los productos importan una modificación sustantiva en el bien.

La norma regula el derecho que el usufructuario tiene sobre los frutos y productos, para lo cual distingue los frutos pendientes de los percibidos.

2. Interpretación

Es de destacar la diferencia con el art. 2865 CC, ya que en el inc. a de este artículo, se establece que pertenecen al usufructuario los frutos percibidos, dejando establecido también que los frutos pendientes al momento de la constitución del usufructo pertenecen al usufructuario, no así los pendientes al momento de la extinción del usufructo, los que pertenecen al nudo propietario.

El inc. b es similar al antiguo art. 2864 CC y modifica el criterio del art. 2865 CC, quedando todos los frutos dentro de la norma del art. 2141 CCyC.

En referencia al usufructo del conjunto de animales, el usufructuario tiene obligación de reemplazarlos por iguales, tanto en cantidad como en calidad, quedando la opción de pedir la extinción del usufructo coincidiendo mayoritariamente con el art. 2902 CC.

El inc. c sigue la línea del art. 2866 CC, en referencia a las canteras. Sin embargo, en este inciso se alude a una explotación en general, estableciendo que los productos pertenecen al usufructuario en una explotación ya iniciada al momento de la constitución del usufructo. No obstante, si hablamos de minas debemos aplicar el Código de Minería, el que en su art. 338 permite que el usufructuario las explote aun cuando no estén en actual trabajo al tiempo de constituirse el usufructo, ampliando los derechos del usufructuario.

ARTÍCULO 2142.- ***Derechos reales y personales.*** *El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien.*

El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.

1. Introducción

Una de las modificaciones más trascendentes del CCyC con relación a la regulación anterior, tiene que ver, precisamente, con esta norma y la posibilidad que concede al usufructuario

de transmitir el derecho real de que es titular. Ello seguramente le dará a la figura de una dinámica que antes no tenía, alentando su constitución y fomento.

2. Interpretación

Del juego armónico de lo prescripto en el artículo y lo normado por el art. 2140 CCyC, puede verificarse que el usufructuario se encuentra facultado para ceder el derecho real de usufructo por el tiempo que le fue otorgado, algo que —como se indicó— antes le estaba vedado.

Se impone que previamente a la cesión su derecho, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien. Esta garantía, se insiste, no es optativa sino obligatoria. También podrá constituir derechos reales de uso, habitación y servidumbre.

Además, se autoriza al usufructuario a constituir derechos reales de garantía, como el de anticresis, armonizándose para ello la cuestión con el art. 2213 CCyC, que autoriza la hipótesis, como así también ceder los derechos personales de uso y goce.

ARTÍCULO 2143.- ***Mejoras facultativas.*** ***El usufructuario puede efectuar otras mejoras, además de las que está obligado a hacer, si no alteran la sustancia de la cosa. No tiene derecho a reclamar su pago, pero puede retirarlas si la separación no ocasiona daño a los bienes.***

Interpretación

La norma sigue los lineamientos del art. 2874 CC. Refiere a las mejoras obligatorias que el usufructuario está obligado a realizar. También trata las mejoras facultativas, es decir, aquellas que no está obligado a realizar pero puede hacerlas mientras no altere la sustancia.

Al momento de concluir el usufructo, no puede reclamar por las mejoras facultativas pago alguno, no obstante puede retirarlas si la separación no ocasiona ningún daño a los bienes.

ARTÍCULO 2144.- ***Ejecución por acreedores.*** ***Si el acreedor del usufructuario ejecuta el derecho de usufructo, el adquirente del usufructo debe dar garantía suficiente al nudo propietario de la conservación y restitución de los bienes.***

Interpretación

Concordantemente con la facultad que se concede al usufructuario de trasmitir su derecho, el artículo que se glosa admite que los acreedores puedan embargar y ejecutar del derecho de usufructo.

En tal caso, sea la trasmisión voluntaria o forzosa, el adquirente debe dar garantía al nudo propietario, con la cual se resguarda la conservación y restitución de los objetos dados en usufructo. Es de destacar que lo que los acreedores pueden embargar y ejecutar es el derecho de usufructo.

El usufructo obtenido en una subasta no puede ser más amplio ni más extenso que el que se está subastando. Esta norma está en consonancia con el art. 744 CCyC, inc. e, que dice:

"quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743 (…) los derechos de usufructo, uso y habitación así como las servidumbres prediales, que solo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178".

CAPÍTULO 3(*)

Obligaciones del usufructuario

ARTÍCULO 2145.- ***Destino.*** *El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho.*

1. Introducción

Este artículo está en directa concordancia con el art. 2129 CCyC, en el cual se establece que el uso y goce de un bien por parte del usufructuario debe ser realizado de manera tal que no altere la sustancia del mismo, principio que encuentra sus raíces en el derecho romano, *salva rerum substantia*, el cual se receptaba anteriormente en el art. 2807 CC.

Este principio característico hace a la esencia del instituto, dado que el usufructo constituye una desmembración del derecho de propiedad y el usufructuario tiene el deber de restituir el bien al nudo propietario al extinguirse aquel en el mismo estado en que lo recibió, conforme al art. 2150 CCyC, y es coherente con ello la limitación aquí impuesta en cuanto a la forma de disfrute, en tanto no debe modificarse su sustancia y el goce del bien debe ajustarse a su destino.

2. Interpretación

En este artículo, el CCyC legisla de manera clara y concreta la forma de disposición del aprovechamiento de los bienes por parte del usufructuario, la que puede establecerse mediante convención, o efectuarse de acuerdo a la naturaleza de la cosa o conforme al uso al que se encontraba afectado el bien de hecho.

En caso de que el destino del bien se determine por convención, el artículo no establece limitación temporal alguna en cuanto al momento de su celebración —que puede ocurrir al convenirse el título constitutivo del derecho real (arts. 1892 y 2134 CCyC y conc.); o por contrato celebrado con posterioridad, en los términos del Libro Tercero, Título II, Capítulo I CCyC y conc. (art. 957 y ss.); o incluso, y con las salvedades del caso, mediante la adquisición del usufructo por causa de muerte, cuando el mismo es instituido mediante disposición testamentaria (art. 2462 y ss.)—.

En relación al destino del usufructo ajustado a la naturaleza de la cosa, según el *Diccionario de la Real Academia Española,* cabe entender por "naturaleza" a la virtud, calidad o propiedad de la cosa; y es conforme a ello que debe usarse y gozarse, con la limitación de no ejercer un uso abusivo, ni alterar su sustancia (art. 2152, inc. d, CCyC), lo cual implica, en términos generales, que está prohibido para el usufructuario realizar un uso que conlleve un deterioro anormal de la cosa.

(*) Comentarios a los arts. 2145 a 2153 elaborados por Gustavo Luis Gaibrois.

ARTÍCULO 2146.- ***Mejoras necesarias.*** *El usufructuario debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa.*

No están a su cargo las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito.

El nudo propietario puede exigir al usufructuario que realice las mejoras a las que está obligado aun antes de la extinción del usufructo.

1. Introducción

En forma liminar, cabe anotar que el término "mejoras" tiene su connotación específica en esta materia, entendiéndose por tales al conjunto de gastos útiles que hace, en propiedad ajena, quien tiene respecto de ella algún derecho limitativo del dominio, como el usufructo, y que tiene determinados efectos legales.

2. Interpretación

Se advierte que los supuestos previstos en este artículo se tratan de los gastos de conservación y mantenimiento del bien que se establecen como deberes impuestos al propietario del usufructo, en cuanto debe efectuar por su cuenta las reparaciones de deterioros menores, así como los gastos indispensables para la conservación de la cosa (art. 1934, incs. c y d, CCyC) y afrontarlos con su patrimonio, a fin de que, al momento de restituir el bien, lo sea en el estado en que este fue inventariado y, en ausencia del mismo, en buen estado de conservación, conforme la presunción legal establecida (arts. 2137 y 2138 CCyC).

Asimismo, se impone al usufructuario solventar los gastos de mantenimiento y conservación que se hayan originado por su accionar culposo. Si bien no se menciona el caso en el que se haya obrado con dolo, no se advierte que este habría de quedar fuera de la solución prevista, por un lado, por un principio de justicia y equidad, y por el otro, porque también se trata de un factor subjetivo de atribución. Y si al momento de merituar la conducta del agente, se encuentra que existió algo más que negligencia —es decir, intencionalidad— ello no puede constituir un factor eximente, debiendo el agente responder igualmente por su conducta dañosa (arts. 1721, 1724 y 1749 CCyC).

El desgaste natural de la cosa por el transcurso del tiempo o por el propio uso no impone gasto alguno al usufructuario, así como tampoco si se destruye por caso fortuito.

Como correlato del derecho otorgado al nudo propietario de conservar la disposición jurídica y material del usufructo, siempre y cuando no ejerza acto de turbación alguno (art. 2151 CCyC), este puede exigir al usufructuario que realice los gastos necesarios que se mencionan en este artículo, pues es también principal interesado en la conservación del bien.

ARTÍCULO 2147.- ***Mejoras anteriores a la constitución.*** *El usufructuario no está obligado a hacer ninguna mejora por causas originadas antes del acto de constitución de su derecho.*

Sin embargo, el usufructuario que no recibe los bienes por su negativa a inventariarlos o a determinar su estado, debe pagar esas mejoras realizadas por el nudo propietario.

1. Introducción

Esta norma establece con claridad el momento a partir del cual se encuentran a cargo del usufructuario los gastos por mejoras, que es a partir de la constitución de su derecho.

Cabe recordar que, para la constitución de un derecho real, se requiere la concurrencia de título y modo suficientes (arts. 1892, 1891, 1922, 1923 y 1924 CCyC), siendo lógico y concordante con ello que el usufructuario no deba erogación alguna con anterioridad a la entrada del usufructo en su patrimonio (art. 15 CCyC).

2. Interpretación

Nótese que el artículo, en su primera parte, regula los supuestos de mejoras por causas originadas con anterioridad a su derecho, de lo cual se sigue que si los efectos o consecuencias de las mismas se manifiestan con posterioridad a la constitución del usufructo, pero reconocen una causa anterior que las origina, corresponde al nudo propietario la erogación por mejoras de la cosa, debiendo efectuar una comunicación fehaciente a este último (art. 2149 CCyC).

En caso de que las mejoras de causa anterior al usufructo no admitiesen demora y hubiesen sido solventadas por el usufructuario, tiene una acción de regreso contra el nudo propietario por los montos pertinentes que hubiese desembolsado.

Asimismo, el artículo prevé, en la segunda parte, la solución para el caso en que medie un lapso entre la expedición del título y la efectiva tradición del bien. En caso de que ello obedezca a la negativa del usufructuario a realizar inventario o establecer el estado en que se encuentran los bienes, debe soportar el costo de las mejoras realizadas por el nudo propietario.

Este supuesto se diferencia del anterior en que el usufructuario se encuentra constituido en estado de mora y mantiene una conducta reticente, la cual se sanciona con la atribución de los costos de las mejoras que debieron efectuarse. No obstante, cabe advertir que las causas de las mejoras no podrían ser anteriores a la expedición del título, pues en tal caso encuadrarían en el primer supuesto.

ARTÍCULO 2148.- ***Impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes.*** ***El usufructuario debe pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo.***

1. Introducción

En un tema tan sensible a la economía del usufructo, y como correlato, del derecho del usufructuario de usar y gozar del bien (art. 2129 CCyC), el CCyC establece, en forma clara y taxativa, que se encuentran a su cargo tanto los gastos por mejoras (art. 2146 CCyC) como los gastos de mantenimiento que recaigan sobre la cosa o bien, sea que provengan del derecho público (como el fisco nacional, provincial o municipal) o del derecho privado.

2. Interpretación

Con la inclusión de las expensas comunes derivadas del régimen de propiedad horizontal, se zanja así una ardua discusión doctrinaria planteada en torno al régimen anterior respecto de si se encontraba a cargo del usufructuario su pago o no. Con la nueva redacción de este Código establece se que, en este régimen, el propietario está obligado a pagar expensas comunes, sean ordinarias u extraordinarias (art. 2046, inc. c, CCyC), como también los que sean poseedores por cualquier título (art. 2050 CCyC) —y el usufructuario

es uno de ellos (arts. 1939 y 1891 CCyC)—. Ello, no obstante que el nudo propietario sea coobligado al pago de las deudas que devenguen los conceptos enumerados, dado que siempre conserva la disposición jurídica y material del bien (art. 2151 CCyC).

Con la redacción dada al artículo, en cuanto se refiere a los gravámenes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo, cabe entender que, tanto el pago de aquellos que recaigan sobre la cosa o bien adquirido para su goce como los que pesen sobre los frutos producidos por dicho bien, son a cargo del usufructuario.

Asimismo, cabe entender que frente al acreedor por impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes los obligados a satisfacerlos son tanto el usufructuario como el nudo propietario, no obstante que se mencione puntualmente al usufructuario como el primer obligado en responder, y que luego, en un momento posterior, pueda accionar el nudo propietario de regreso contra el usufructuario por dichos gastos, salvo que en el acto constitutivo o en un tiempo ulterior se haya pactado algo distinto.

ARTÍCULO 2149.- ***Comunicación al nudo propietario.*** *El usufructuario debe comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón de la cosa. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el nudo propietario.*

1. Introducción

Esta norma mantiene similares previsiones a las contenidas en el art. 2880 CC.

2. Interpretación

Como derivación del deber del usufructuario de gozar de la cosa sin alterar su sustancia, lo cual implica conservarla, se establece como obligación de aquel, poner en conocimiento del nudo propietario cualquier turbación de hecho o de derecho habida con motivo de la cosa, como forma de colaboración de buena fe en el ejercicio del derecho (art. 9 CCyC) y con la finalidad de que el nudo propietario tenga la posibilidad de proteger su derecho mediante el ejercicio de todas las acciones reales que pertenezcan al propietario en su calidad de tal, así como interponer interdictos procesales o ejercer las acciones personales de prevención del daño —que, en forma innovadora, establece este Código como función de la responsabilidad civil (arts. 1708, 1710 y 1711 CCyC)—.

Cabe agregar que este deber de información por parte del usufructuario al nudo propietario en modo alguno impide que quien goza del bien accione legalmente por su cuenta en la forma indicada; y, si resultase vencedor en ellas, no se habría producido daño alguno al nudo propietario y, por lo tanto, su omisión de informar no habría tenido consecuencias perjudiciales civiles o comerciales.

No obstante ello, se advierte que se sanciona con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que sufra el nudo propietario como consecuencia de la turbación de hecho o de derecho por parte de un tercero, cuando aquel no fuera informado previamente por el usufructuario.

ARTÍCULO 2150.- ***Restitución.*** *El usufructuario debe entregar los bienes objeto del usufructo a quien tenga derecho a la restitución al extinguirse el usufructo, en la cantidad y estado a que se refieren los artículos 2137 y 2138.*

1. Introducción

Este artículo se relaciona con la Parte general de la materia referida a la posesión y tenencia, regulada en el Libro Cuarto, Título II, donde se dispone que el usufructo es un derecho que se ejerce mediante la posesión (art. 1891 CCyC), a la que se le asigna, como deber inherente, el de restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla (art. 1933 CCyC). En esta norma se reafirma aquel concepto adicionando de que la restitución debe realizarse conforme al inventario y en el estado previamente detallado, si es que se ha realizado, pues en caso contrario se presume el buen estado de conservación (art. 2138 CCyC).

2. Interpretación

El momento en el cual debe efectuarse esta restitución se presenta al finalizar el usufructo, dado que uno de sus caracteres es la temporalidad de este derecho; característica que lo distingue, entre otras, del derecho de dominio, que es perpetuo (art. 1942 CCyC). En cuanto a los medios de extinción del usufructo, se encuentran tratados en el Capítulo 5 de este Título.

Cabe preguntarse qué sucedería en caso de que el usufructuario no restituyese el bien luego de concluido el usufructo. Ante ello, se encuentran disponibles para el nudo propietario las acciones pertinentes para reclamar la restitución del bien al usufructuario.

No obstante, si la cosa dada en usufructo consistiese en un bien mueble, y el usufructuario lo hubiese transmitido a un tercero a título oneroso, este acto sería suficiente para adquirir derechos reales sobre la cosa (art. 1895 CCyC), con lo cual el nudo propietario despojado carecería de acción real contra el tercero; mas subsistiría la acción personal por los daños y perjuicios ocasionados (art. 760 CCyC).

Es así que el usufructuario que no restituye el bien al concluir el usufructo determina que sea considerado de mala fe (art. 1920 CCyC), lo cual agrava su responsabilidad por destrucción de la cosa (art. 1936 CCyC), debe restituir los frutos percibidos en ese estado (art. 1935 CCyC) y reparar los daños que haya producido si contrató sobre ese bien como libre de gravamen (art. 1009 CCyC).

CAPÍTULO 4
Derechos y deberes del nudo propietario

ARTÍCULO 2151.- ***Disposición jurídica y material.*** ***El nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario. Si lo hace, el usufructuario puede exigir el cese de la turbación; y, si el usufructo es oneroso, puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.***

1. Introducción

El CCyC engloba en un solo artículo los derechos y deberes del nudo propietario, que antes, en el Código Civil de Vélez Sarsfield, eran tratados en forma general y casuística, entre los arts. 2910 y 2917.

2. Interpretación

Si bien actualmente no se indica en forma puntual y concreta cuáles son los actos de disposición que puede realizar el nudo propietario, se establece como pauta dirimente

la no turbación del uso y goce del usufructuario. Por más que el nudo propietario se haya desprendido del usufructo de la cosa o bien sigue vinculado a la misma y facultado, tanto en forma activa como pasiva, para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que no se hayan conferido al usufructuario.

A modo de ejemplo se menciona que el nudo propietario puede constituir gravámenes sobre la nuda propiedad de la cosa o bien, puede transferirla por acto entre vivos o por causa de muerte —sea a título gratuito u oneroso—, realizar reparaciones, etc.

En caso de que se turbe el derecho del usufructuario, cuadra distinguir si el mismo ha sido constituido en forma gratuita u onerosa. Si fue realizado del primer modo, el usufructuario dispone de las acciones de tipo real para demandar el cese de la turbación o, en su defecto, de las acciones de tipo personal que restablezcan su patrimonio en la medida del daño sufrido.

Si el usufructo ha sido celebrado en forma onerosa, de modo que las ventajas que se procuran al usufructuario le son concedidas por una prestación que ha realizado o se obliga a hacerlo en favor del nudo propietario (art. 967 CCyC) —lo cual, evidentemente, solo puede darse en caso de constituir el usufructo por contrato—, además de las acciones mencionadas anteriormente, se introduce como solución novedosa para este supuesto, la facultad del usufructuario de reclamar una disminución del precio.

Dicha disminución debe graduarse en su cuantía en forma proporcional a la gravedad de la turbación, es decir, en razón de la magnitud de la afectación de su derecho al goce del bien, de manera de mantener la equivalencia de las prestaciones y continuar con la relación jurídica establecida, si ello resulta factible y es del interés de las partes.

CAPÍTULO 5
Extinción

ARTÍCULO 2152.- ***Medios especiales de extinción.*** *Son medios especiales de extinción del usufructo:*

a. *la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio;*

b. *la extinción de la persona jurídica usufructuaria. Si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo;*

c. *el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón. El desuso involuntario no impide la extinción, ni autoriza a extender la duración del usufructo;*

d. *el uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente.*

1. Introducción

En este artículo se establecen cuatro causales particulares de extinción que atienden específicamente al usufructo, es decir, que se adicionan a los demás medios generales de extinción de los derechos reales previstos (art. 1907 CCyC), que son: la destrucción total de la cosa, el abandono y la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena.

2. Interpretación

a. La muerte del usufructuario determina el fin de este derecho de uso y goce, lo cual es concordante con la característica de intransmisibilidad hereditaria (art. 2140 CCyC), y dado que el derecho de usufructo se constituye por las características personales del sujeto que lo recibe, no puede extenderse más allá de la vida de la persona, aun cuando exista un plazo que todavía no se encuentre vencido o sujeto a condición de que no se haya cumplido.

   El límite máximo de duración del usufructo está determinado, en todos los casos, por la propia vida del usufructuario, no obstante que el mismo se encuentre facultado para transmitir su derecho durante ese lapso (art. 2142 CCyC), aunque con los mismos efectos extintivos en ambos casos (art. 2153 CCyC).

b. En forma análoga a lo previsto para las personas físicas, se establece que si el usufructuario es una persona jurídica, la disolución del ente (art. 163 CCyC) extingue el usufructo.

   En este supuesto, el CCCyC actualiza su contenido y aporta como novedad que el plazo máximo de duración del usufructo es de 50 años, lo cual coincide aproximadamente, y en forma análoga, con la expectativa de vida promedio de 76 años de las personas físicas que prevé la Organización Mundial de la Salud (OMS) para Argentina,[90] si se considera el goce del usufructuario a partir de la mayoría de edad.

   Si bien ello contrasta nominalmente con el término de 20 años que preveía el CC en el art. 2920, sancionado en el siglo XIX, se advierte que el criterio del legislador es coincidente en cuanto que allí también se consideró en forma análoga la expectativa media de vida, computada desde la mayoría de edad.

   En el supuesto de usufructo constituido a favor de varias personas, cabe remitirse a lo normado en el art. 2132 CCyC.

c. Otro medio de extinción lo constituye el no uso durante el término de diez años. En este caso, debe distinguirse si el usufructo ha sido constituido sobre una o varias cosas o bienes que conforman una unidad, o no. Es claro que, en los hechos, el uso de una parte de la cosa implica el uso de su totalidad. Empero, si se trata de objetos o bienes independientes jurídicamente en cuanto a su goce, aquí sí es factible que el desuso que se haga de ellos extinga el derecho de usufructo sobre los mismos.

   En el supuesto en que exista más de un usufructuario, hay que destacar que no existe comunicación en cuanto al aprovechamiento que realice uno de ellos respecto de su cotitular, quien puede ver extinto su derecho por el no uso.

d. Como último supuesto, el CCyC incorpora, en forma novedosa, el uso abusivo y la alteración de la sustancia.

   Se penaliza el uso abusivo del derecho de usufructo con la extinción del mismo. Puede constituir abuso, por ejemplo, tornar impropia la cosa para su destino; o no efectuar las comunicaciones pertinentes al nudo propietario; o adeudar impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes; entre otros.

(90) Ver [en línea] http://www.who.int/countries/arg/es/

e. Asimismo, se prevé como sanción al usufructuario que altera la sustancia del bien, la extinción de su derecho. Ello es correlato del reiterado principio salva *rerum substantia* —receptado en los arts. 2129 y 2145 CCyC—, que hace a la esencia de este instituto. En ambos casos, ello debe ser comprobado previamente en forma judicial, sea que se articule en forma de acción, como de excepción.

ARTÍCULO 2153.- ***Efectos de la extinción.*** *Extinguido el usufructo originario se extinguen todos los derechos constituidos por el usufructuario y sus sucesores particulares.*

El usufructo cedido por el usufructuario, no puede durar más allá de la oportunidad prevista para la extinción del usufructo originario.

Si el usufructo es de un conjunto de animales que perece en su totalidad sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al nudo propietario los despojos subsistentes. Si el conjunto de animales perece en parte sin culpa del usufructuario, éste tiene opción de continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o de cesar en él, entregando los que no hayan perecido.

Remisiones: ver comentario al art. 2142 CCyC.

1. Introducción

Una vez cumplida la modalidad con que fue establecido el usufructo (art. 2136 CCyC), o verificada alguna de las situaciones extintivas generales de los derechos reales (art. 1907 CCyC), o comprobado alguno de los medios especiales de extinción (art. 2152 CCyC), se extingue el usufructo y el dominio desmembrado o imperfecto (arts. 1946 y 1964 CCyC) vuelve a constituirse en dominio perfecto (art. 1941 CCyC).

2. Interpretación

Ningún derecho nacido del primer usufructo constituido originariamente puede perdurar con vigencia más allá de aquel, pues lo contrario implicaría transgredir el principio inveterado del derecho que impone que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene (art. 399 CCyC). Por consiguiente, se extinguen todos los derechos que hubiere constituido el usufructuario y sus sucesores particulares, teniéndose por válidos todos los efectos jurídicos cumplidos hasta ese momento.

El segundo párrafo de este artículo concuerda con el art. 2142 CCyC, a cuyo comentario cabe remitirse, y corrobora la solución que impone el primer apartado.

En caso de no verificarse la restitución del bien objeto del usufructo, el titular del dominio, ahora perfecto —anterior nudo propietario—, dispone de las acciones reales, interdictos procesales y acciones personales pertinentes a fin de recobrar del tenedor de mala fe —antes, usufructuario— la tenencia del bien.

Por último, el artículo contempla diversas soluciones para el caso en que el usufructo se trate de un conjunto de animales y estos perecieran en parte o totalmente. Cabe anotar que dicha solución legal regiría en ausencia de previsión de las partes al constituir el usufructo, pues no se trata de una disposición de orden público y, por ende, resulta disponible para ellas.

TÍTULO IX(*)
Uso

ARTÍCULO 2154.- ***Concepto.*** *El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo.*

El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana.

Fuentes y antecedentes: art. 2057 del Proyecto de Reforma de 1998.

1. Introducción

El ordenamiento regula dentro del Título IX —arts. 2154 a 2157 CCyC— el régimen legal aplicable al derecho real de uso, en forma independiente y separada a los derechos reales de usufructo y habitación, a los que asigna dos Títulos distintos.

Ello resulta una innovación desde el punto de vista metodológico en relación del sistema anterior, en donde tanto el uso como la habitación tenían un tratamiento conjunto en el Título IX.

La sistematización metodológica adoptada deviene así más próxima a la contenida en el Proyecto de Reforma del año 1998, que establecía un tratamiento separado de cada uno de estos derechos reales.

El CCyC dedica cuatro artículos al estudio del derecho real de uso, de donde se desprende como idea rectora la concesión al usuario de las facultades de uso y goce de la cosa, manteniendo la prohibición de alterar la sustancia. Se otorga particular relevancia al Título que sirve de causa fuente —en lo que refiere al contenido del derecho—, aplicando supletoriamente las reglas del derecho real de usufructo, y se reafirma el carácter tuitivo del uso, reflejado en la inembargabilidad de los frutos.

2. Interpretación

El ordenamiento define al uso como el derecho real que otorga a su titular —persona humana— las facultades de usar y gozar de una cosa ajena, con la extensión y límites que se expresen en el Título constitutivo, sin alterar la sustancia.

El concepto adoptado encuentra su fuente en el art. 2057 del Proyecto de Reforma del año 1998, que sostenía: "*El uso es el derecho real del que solo puede ser titular una persona humana, que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o alícuota, en la extensión establecida en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo*".

Este derecho concede a su titular los *ius utendi* y *fruendi*, al igual que lo que ocurre en materia de usufructo, con la salvedad de que el usuario verá limitada esta última facultad en la medida de la satisfacción de sus necesidades y las de su familia, en la extensión y con los límites previstos en el Título.

(*) Comentarios a los arts. 2154 a 2161 elaborados por Ignacio De Garay.

Si, por caso, el mentado Título no contuviere una expresión clara y concreta de los límites a los que se somete y de la extensión del derecho que se otorga a su titular, se entenderá que lo que se ha constituido es, en verdad, un usufructo.

2.1. Naturaleza jurídica

De una simple lectura del artículo comentado se desprende que el CCyC ha consagrado al uso como un derecho real autónomo. Ello se encuentra reafirmado por la idea reflejada en el art. 1887 CCyC, que contiene la enumeración de los derechos reales permitidos —incluyendo al uso, en su inc. i—.

Dentro de la clasificación elaborada por el ordenamiento, el uso es uno de los derechos reales principales (arg. art. 1889 CCyC) y se encuentra comprendido entre aquellos que se ejercen sobre cosa ajena (arg. art. 1888 CCyC). Se trata de una desmembración del dominio —una carga o gravamen, a criterio del citado art. 1888 CCyC— donde al usuario se le otorgan las facultades de usar y gozar de la cosa en la extensión y con los límites expresados en el Título, reservándose al constituyente las facultades de disposición jurídica y material.

2.2. Objeto. Alcances

El uso puede recaer sobre toda la cosa o sobre parte material o indivisa de ella, manteniéndose la prohibición de alterar su sustancia.

Se le asigna particular consideración al Título que sirve de causa fuente a este derecho real, por cuanto la extensión y los límites a los que se encuentre sujeto deberán estar determinados específicamente en el acto constitutivo.

La preponderancia asignada al Título, y el otorgamiento de facultades a las partes del acto para establecer la extensión del derecho que se constituye, no implican dejar de lado la idea de orden público que sustancialmente preside a los de derechos reales, entendiendo por ello que la creación, número y estructura sustancial de estos derechos se encuentran reglados por la ley. La consideración asignada al Título, en cambio, tiene mayor relación con la idea de la tipicidad de los derechos reales, que refleja el contenido en concreto de cada uno de ellos.

En otras palabras, se les permite a los particulares establecer en cada caso el contenido en concreto del derecho de uso, regulando la extensión y límites a los que lo someten, sin poder por ello alterar la estructura básica que domina al derecho real, y reiterando que aquella se encuentra regida por el orden público.

2.3. Salva rerum substantia

La idea de no alterar la sustancia hace a la esencia de este derecho real. Tal como surgía de la nota al art. 2807 CC, esta regla establecía la consagración básica de la separación entre los derechos del usuario y los del nudo propietario.

Sin embargo, y pese a la importancia que se le asignaba al referido principio, el Código velezano no contenía una norma específica que definiera o delimitara lo que debía entenderse por sustancia, o bien en qué casos se presentaba su alteración, debiéndose recurrir entonces a las notas que tal Código traía, y de donde se desprendía que la sustancia representaba aquellas cualidades esenciales que constituían los cuerpos, bajo una forma y un nombre determinado.

A diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior, en el CCyC se enmarca específicamente qué debe entenderse por alteración de la sustancia, sosteniendo que aquello se presenta cuando se modifica su materia, forma o destino (art. 2129 CCyC).

Si bien esta regla general se encuentra contenida dentro de Título destinado al tratamiento del usufructo, resulta plenamente aplicable al caso del uso, por las reglas del art. 2155 CCyC.

2.4. El sujeto: la persona humana

Se consagra expresamente la idea de que este derecho real solo puede constituirse a favor de persona humana, negándose así cualquier posibilidad de constitución a favor de personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en el usufructo.

El ordenamiento nada prevé respecto de la posibilidad de constituir uso a favor de varias personas en forma simultánea, tal como expresamente se permite en materia de usufructo (art. 2132 CCyC).

Frente a tal silencio, y por la aplicación supletoria de las reglas del derecho real de usufructo —por el juego armónico del art. 2155 CCyC—, se infiere su viabilidad, sin que se afecte con ello, de ningún modo, el carácter de indivisibilidad que reviste el derecho real de uso.

2.5. La protección del usuario y su familia

Una de las grandes innovaciones que trae consigo el CCyC en materia de uso y habitación radica en la exclusión de aquella idea contenida en el art. 2953 CC, que incluía un particular concepto de familia, así como la idea de supeditar la extensión de este derecho real a las necesidades de aquella, de acuerdo a su condición social.

Si bien es de esencia del derecho real de uso la satisfacción de las necesidades del usuario y su familia —como surge de la letra del art. 2157 CCyC—, y su extensión y los límites estarán establecidos en el Título constitutivo, en el ordenamiento vigente, la condición social de aquellos no se toma como parámetro.

Se mantiene entonces la idea primigenia, tuitiva y protectoria que se refleja en la inembargabilidad por parte de los acreedores de los frutos que produzca la cosa y que fueran necesarios para la satisfacción de sus necesidades (art. 2157 CCyC).

2.6. Temporalidad

La temporalidad resulta ser una de las notas típicas de este derecho real, siendo que el mismo está destinado a extinguirse con el acaecimiento del plazo fijado en el acto constitutivo o, en su defecto, con la muerte del usuario.

Si el uso se constituye para durar hasta la muerte del usuario, se estará entonces frente a un derecho real de carácter vitalicio.

ARTÍCULO 2155.- ***Normas supletorias.*** ***Se aplican al uso las normas del Título VIII de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente.***

Remisiones: ver Libro Cuarto, Título VIII CCyC.

1. Introducción

El ordenamiento consagra la aplicación supletoria de las reglas del usufructo contenidas en el Título VIII, siempre que la naturaleza del derecho así lo permita y a excepción de las cuestiones expresamente previstas en relación al uso.

La supletoriedad consagrada responde a las reglas de la lógica, siendo que, en líneas generales, el derecho real de uso no es más que el reflejo del de usufructo, pero acotado en cuanto a su contenido —que se reduce a la satisfacción de las necesidades propias del usuario y de su familia—.

2. Interpretación

La aplicación concreta de las previsiones de la norma llevarán al análisis particular de ciertas situaciones que no fueron tratadas expresamente, remitiendo por ello a las normas propias del usufructo, y que se reflejan principalmente en materia de legitimación, constitución, transmisibilidad y extinción del derecho.

2.1. Legitimación activa

El CCyC no contiene una norma particular en relación al uso que identifique a quienes se encuentran legitimados para constituirlo. Ante su ausencia, se debe recurrir a las reglas propias del usufructo.

Aplicando así las previsiones contenidas en el art. 2131 CCyC, se concluye que se encuentran legitimados para constituir este derecho real: el dueño de la cosa, los comuneros, el titular de derecho de propiedad horizontal y el superficiario. A aquella nómina debe agregarse al usufructuario, por cuanto expresamente así lo permite el art. 2142 CCyC.

2.2. Constitución

El ordenamiento es sumamente claro al respecto, al sostener que la extensión y los límites de este derecho deben estar contenidos en el Título que le sirve de fuente al derecho. El uso, entonces, se constituirá, por excelencia, por contrato o testamento.

Por aplicación de las reglas generales relativas a los derechos reales (arts. 1894 y 1896 CCyC), debe inferirse la imposibilidad de constituir judicialmente este derecho. Máxime si aquello se armoniza con las reglas previstas para el caso del usufructo, en donde la constitución judicial está expresamente vedada por el art. 2133 CCyC.

Restará determinar en tal caso qué ocurre con la adquisición por prescripción adquisitiva. De la letra del art. 2565 CCyC se desprende que los derechos reales principales —como el usufructo y el uso— pueden ser adquiridos mediante prescripción en los términos del art. 1897 y ss. Por tanto, si se cumplen los requisitos previstos por el ordenamiento, el derecho real de uso podría adquirirse por prescripción.

2.3. Transmisibilidad

Una de las cuestiones que mayores disquisiciones aparejaba el régimen anterior refería a la posibilidad de transmisión o cesión del derecho real de uso.

Como punto de partida se tomaba la norma de carácter general que contenía el art. 1449 CC, que específicamente preveía la prohibición de ceder el uso.

Pese a ello, dentro del Título IX —que contenía el régimen general en materia de uso— existían previsiones puntuales de donde se podía observar que aquella prohibición general cedía ante casos particulares. Así, por un lado, el art. 2959 CC sostenía que le era permitido al usuario ceder el uso que le fuera concedido, siempre que aquel hubiera sido obtenido a título oneroso. Por otro lado, si el uso hubiera sido establecido sobre cosas muebles, el art. 2964 CC continuaba la tónica establecida por el mentado 1449 CC, estableciendo la prohibición de su cesión.

En el ordenamiento vigente, dentro del Título referido al uso, no existe norma particular al respecto que prevea la posibilidad o imposibilidad de su transmisión, a diferencia de lo que ocurre —parcialmente— en materia de usufructo y habitación. Es por ello que deberá estarse a la interpretación armónica entre las reglas generales y las normas del usufructo, que son de aplicación supletoria.

Sin lugar a dudas, uno de los grandes principios se encuentra contenido en el art. 1906 CCyC que, con suma claridad, consagra la regla de la transmisibilidad de los derechos reales, salvo disposición expresa en contrario.

Siguiendo la tónica marcada por la norma referenciada, el art. 1616 CCyC establece la posibilidad de cesión de cualquier derecho, a excepción de los que expresamente estuvieran prohibidos por la ley o la convención que los origina, o bien por la misma naturaleza del derecho.

Del correlato de ambos artículos se extrae una primera conclusión parcial, que resulta ser el principio de la transmisibilidad de los derechos reales, siempre que aquello no se encuentre prohibido por una norma particular o por la naturaleza propia del derecho en cuestión.

Resta entones determinar qué ocurre en cada caso particular.

Si la transmisión del derecho real de uso se quiere realizar por acto entre vivos, podrá ser a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la transmisión estaría permitida, no solo por la regla general contenida en los arts. 1616 y 1906 CCyC, sino también por las previsiones contenidas en el art. 1124 CCyC, que está enmarcado dentro del régimen de la compraventa.

En efecto, el art. 1124 CCyC consagra la aplicación supletoria de sus reglas a los casos de transferencia de los derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo y uso.

La permisión a la transferencia del derecho real de uso y la aplicación supletoria de las normas de la compraventa, lo que se suma a la regla general del art. 1906 CCyC en materia de derechos reales, denotan que el uso puede transmitirse por acto entre vivos y a título oneroso.

En el caso de la transmisión por acto entre vivos, pero a título gratuito, nuevamente se parte de la regla de la transmisibilidad del derecho real (art. 1906 CCyC). El CCyC tampoco contiene en el caso norma expresa al respecto, por lo que debe recurrirse a las reglas de los institutos concordantes para arribar a una conclusión, tal como ocurre con el caso de la transmisión a título oneroso.

Así, a todos los actos a título gratuito se le aplican subsidiariamente las normas de la donación, tal como lo establece el art. 1543 CCyC. Siguiendo tal lineamiento, el art. 1551 CCyC consagra que el objeto de la donación no puede ser una cosa de la que no se tenga el dominio al momento de contratar.

En otras palabras, solamente podrá transmitir la propiedad por donación el dueño de la cosa. A ello debe agregarse que las reglas de la donación se aplican a la cesión gratuita, y que la cesión incluye la idea de transmisión, no solo de cosas sino también de derechos.

De una interpretación armónica, entonces, se puede colegir que no se encuentra permitida la transmisión del derecho real de uso por acto entre vivos y a título gratuito. En este sentido, una solución distinta contrariaría los fines de este instituto al no explicarse cómo se haría frente a las necesidades del usuario y su familia.

Ahora bien, resta determinar aún qué ocurre con la posibilidad de transmisión del derecho real de uso por causa de muerte, ya que tampoco se cuenta con una norma específica que trate el tema dentro del Título referido al uso.

Mas, tomando las reglas del usufructo, el art. 2140 CCyC consagra expresamente la intransmisibilidad hereditaria, prohibiendo que se transmita el usufructo por causa de muerte, atento a la naturaleza propia de este derecho.

La solución es aún más clara en este caso por cuanto por las reglas de la supletoriedad previstas en el artículo que se comenta, se infiere que el derecho real de uso tampoco podrá ser transmitido por causa de muerte, a pesar de la regla general contenida en el art. 1906 CCyC.

2.4. Extinción

En relación a la extinción de este derecho real, y por el juego armónico del art. 2152 CCyC, puede inferirse que el uso se extingue, en primer lugar, por la muerte del usuario —consecuencia lógica, dado el carácter temporal de este derecho real—.

También se extingue por el uso abusivo que se haga de ese derecho o alteración de la sustancia, y por el no uso por el plazo de diez años.

No debe olvidarse que, en materia de uso, juegan las causales generales de extinción de los derechos reales previstos en el art. 1907 CCyC, a saber: la destrucción de la cosa, el abandono y la consolidación.

ARTÍCULO 2156.- ***Limitaciones.*** ***El usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa.***

1. Introducción

Ya ha quedado claro que el usuario tiene la facultad de usar y gozar de la cosa objeto del derecho real mientras que, por ello, no altere la sustancia de la misma; y solamente limitada a satisfacer, a través de ella, sus necesidades y las de su familia.

A más de aquello, en materia de uso, el ordenamiento ha traído una limitación puntual cual es la imposibilidad por parte del usuario de constituir derechos reales sobre la cosa.

Difiere, entonces, de aquella permisión consagrada expresamente en materia de usufructo, donde de la letra del art. 2142 CCyC, se desprende la posibilidad otorgada al usufructuario de constituir ciertos derechos reales en consonancia con la naturaleza propia de tal derecho real (arg. art. 399 CCyC).

2. Interpretación

No cabe duda alguna que se encuentra, entonces, vedada la constitución de derechos reales sobre la cosa por parte del usuario, en oposición a lo que ocurre en materia de usufructo (art. 2142 CCyC).

Sin embargo, el art. 2156 CCyC nada dice respecto de la constitución de derechos personales por parte del usuario, a diferencia de lo que ocurre en materia de habitación, donde el art. 2160 CCyC consagra expresamente tal prohibición.

La ausencia normativa específica en materia de uso obliga a la remisión a las reglas del usufructo, en mérito a las previsiones del art. 2155 CCyC. Así, el art. 2142 CCyC consagra, en cabeza del usufructuario, la posibilidad de constitución de derechos personales de uso y goce, cuya duración máxima no puede exceder la vida del usufructuario, y establece la obligación previa de dar al nudo propietario garantía suficiente de conservación y restitución de la cosa.

Ante la inexistencia de norma prohibitiva en materia de uso, se hacen entonces aplicables las reglas del usufructo, concluyendo así que el usuario puede constituir derechos personales sobre la cosa, con los límites y garantías establecidas por el art. 2142 CCyC.

ARTÍCULO 2157.- ***Ejecución por acreedores.*** ***Los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia.***

1. Introducción

La esencia del derecho real de uso radica en la protección que se pretende brindar al usuario y su familia, otorgándole por ello las facultades de uso y goce, y permitiéndole percibir los frutos que la cosa pueda otorgar para poder así satisfacer sus necesidades.

El referido carácter tuitivo se refleja categóricamente a través de la consagración de la inembargabilidad, por parte de los acreedores, de los frutos que la cosa produzca –limitada a aquellos que sean necesarios para la mentada satisfacción–.

Resulta lógico el carácter asignado a los frutos siendo que los mismos revisten un tinte alimentario y que la solución contraria implicaría desnaturalizar o, al menos, quitar protección al instituto en análisis.

2. Interpretación

Se consagra expresamente la inembargabilidad de los frutos que produzca la cosa, si es que el uso de aquellos se limita a las necesidades del usuario y su familia. La idea coronada por el art. 2157 CCyC no es más que el fiel reflejo de las normas generales en la materia. En efecto, el art. 743 CCyC sostiene el principio que establece que los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de los acreedores, estableciendo la ejecutabilidad de los mismos a fin de satisfacer su crédito. De esa regla general de garantía quedan excluidos, entre otros, los derechos de usufructo, uso y habitación (art. 744 CCyC). Así, se concluye que los frutos afectados a satisfacer las necesidades del usuario y su familia son inembargables e inejecutables.

Nuevamente, se realza el cariz tuitivo que subyace en este derecho real y el carácter alimentario que se le asigna a los frutos que produzca la cosa, siendo que es esencial al uso que estos satisfagan las necesidades del usuario y su familia.

TÍTULO X
Habitación

ARTÍCULO 2158.- ***Concepto.*** *La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.*

El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

1. Introducción

El CCyC dedica el Título X al tratamiento del derecho real de habitación, separándolo del derecho real de uso, aunque admitiendo la aplicación supletoria de sus reglas en caso de corresponder.

Al igual que lo que ocurre en materia de uso, se trata de una modificación desde el punto de vista metodológico respecto del ordenamiento antecedente, siendo que aquel realizaba el estudio conjunto de ambos derechos reales dentro del Título IX.

Dentro de los cuatro artículos que integran el Título se establecen las pautas generales propias de este derecho real, manteniendo la idea de la morada en un inmueble ajeno con un claro carácter protectorio respecto del habitador y su familia, prohibiendo la ejecución del bien por los acreedores mientras rija la habitación. Se establece la prohibición al habitador para la constitución de derechos reales o personales sobre la cosa, así como la obligación de contribución de los impuestos y cargas que pesen sobre el inmueble, en la proporción que le corresponda

Fuera de este Título, el ordenamiento mantiene la institución que fuera consagrada por el artículo 3573 bis CC, que representaba el derecho real de habitación gratuito y vitalicio que se le concedía al cónyuge supérstite en caso de que el causante dejare un solo inmueble habitable en el haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal, en caso de concurrencia con otras personas con vocación hereditaria.

El tratamiento particular de este instituto se encuentra regulado ahora en el art. 2383 CCyC, donde se establece aquel derecho real vitalicio y gratuito a favor del cónyuge supérstite de pleno derecho, en caso de presentarse los requisitos allí estatuidos.

Encontramos una gran innovación en la materia en la inclusión de un nuevo caso de derecho real de habitación otorgado al conviviente supérstite que careciera de vivienda propia habitable o de bienes que le aseguren el acceso a esta, pudiendo este solicitar tal derecho por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble que hubiera constituido el último hogar familiar, garantizando su inoponibilidad frente a los acreedores del causante mientras se encuentre vigente el derecho.

Sin embargo, más relevante resulta la denominación que el ordenamiento asigna a este derecho real, al conceptualizarlo como: "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes" (art. 527 CCyC). Ello implica no solo la consagración del mentado derecho real —lo que surge de la letra del artículo—, sino también la inclusión expresa del concepto de "vivienda", lo que remite directamente a conceptos contenidos en nuestra Carta Magna –y que, por tanto, tienen jerarquía constitucional–, sin perder de vista los numerosos tratados internacionales que le asignan similar cariz.

2. Interpretación

La habitación es el derecho real que concede a su titular —persona humana— la utilidad de morar en un inmueble ajeno con el cargo de no alterar su sustancia, al igual que lo que ocurre en materia de uso y usufructo.

La base estructural de la habitación se mantiene en relación a la idea principal contenida en el art. 2948 CC, que otorgaba al habitador la utilidad de morar en una casa junto con su familia satisfaciendo así su necesidad habitacional, con un carácter netamente alimentario e inherente a la persona a favor de quien se constituye.

2.1. Naturaleza jurídica

De la letra del artículo comentado se refleja, sin vacilación, el reconocimiento de la habitación como un derecho real autónomo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 1887 CCyC, que enumera los derechos reales contenidos en el ordenamiento e incluye a la habitación en su inc. j.

Se trata de un derecho real principal que se ejerce sobre cosa ajena (art. 1888 CCyC), de una desmembración del dominio —una carga o gravamen, a criterio del citado art. 1888 CCyC— que otorga al habitador la facultad de morar en un inmueble ajeno junto con su familia, quedando en cabeza del propietario las facultades de disposición jurídica y material.

2.2. Objeto

El objeto de este derecho real recae sobre un inmueble ajeno, o bien sobre una parte material de aquel. He aquí una variación terminológica respecto de la letra del art. 2948 CC, por cuanto aquel refería a la utilidad de morar en una casa, lo que en su momento había dado lugar a discrepancias interpretativas acerca del verdadero sentido de la referida locución y su amplitud. Tal modificación conceptual disipa cualquier duda que pudiere caber respecto del objeto.

En relación a su ubicación física, se discute si debe tratarse de una finca urbana o puede recaer sobre una finca rural. En tal sentido, debe puntualizarse que no existe norma limitadora en lo concerniente a la ubicación física del inmueble objeto de habitación, por lo que puede inferirse que el derecho puede recaer sobre un inmueble emplazado en zona urbana o rural.

2.3. Salva rerum substantia

Se conserva la prohibición de alteración de la sustancia por parte del habitador, lo que en el ordenamiento anterior se desprendía del concepto contenido en el art. 2948 CC.

Tal como ocurre en materia de uso y usufructo, la idea de no alterar la sustancia hace a la esencia de este derecho real. Ello ya se desprendía de la nota al art. 2807 CC, al referir que este principio resulta la consagración básica de la separación entre los derechos del usuario y los del nudo propietario.

Sin embargo, y pese a la importancia que se le asignaba al referido principio, el CC no contenía una norma específica que definiera o delimitara lo que debía entenderse por sustancia o bien en qué casos se presentaba su alteración, debiéndose recurrir entonces a las notas que tal Código traía y de donde se extraía que la sustancia representaba aquellas cualidades esenciales que constituían los cuerpos, bajo una forma y un nombre determinado.

El CCyC, en cambio, enmarca ahora lo que debe entenderse por alteración de la sustancia, sosteniendo que aquella se presenta cuando se modifica su materia, forma o destino (art. 2129 CCyC).

Esta regla general se encuentra contenida dentro de Título destinado al tratamiento del usufructo, mas resulta plenamente aplicable al caso de la habitación, por las reglas de los arts. 2155 y 2159 CCyC.

2.4. El sujeto: la persona humana

El derecho real de habitación solamente podrá ser constituido a favor de persona humana. La conclusión resulta lógica en mérito a la idea estructural que mueve a este derecho real y de donde se desprende el cariz tuitivo y protectorio que se pretende respecto de la familia.

No resulta, entonces, concebible la constitución de un derecho real de habitación a favor de una persona jurídica, en el entendimiento de la naturaleza propia de este derecho real.

Se suscita, asimismo, la cuestión relativa a la posibilidad de constitución de este derecho real a favor de varias personas en forma simultánea, tal como lo permite el art. 2132 CCyC en materia de usufructo.

Al igual que lo que ocurre en materia de uso, la cuestión radica en determinar si aquello implica una alteración al principio de indivisibilidad que gobierna al derecho real de habitación.

Pero la idea de la indivisibilidad propia de los derechos reales de uso y habitación no implica la imposibilidad de constitución de ambos a favor de varias personas en forma simultánea, a razón de que puedan verse satisfechas las necesidades del usuario o habitador y de sus familias.

Es por ello que puede inferirse la posibilidad de constitución de habitación a favor de varias personas en forma simultánea, sin que se afecte de ningún modo la regla de la indivisibilidad del derecho real de habitación.

2.5. La protección del habitador y su familia. El carácter alimentario del derecho real de habitación

Sabido es que la idea sustancial que trae aparejada este derecho real es lograr la protección del habitador y de su familia, otorgándole la facultad de morar en un inmueble para la satisfacción de sus necesidades de vivienda.

La habitación tiene un cariz netamente alimentario, lo que permite sostener que el derecho real de habitación es inherente a la persona a favor de la cual se concibe.

Aquello encuentra su reflejo más firme en las reglas del art. 2160 CCyC, que consagra la inejecutabilidad del inmueble por parte de los acreedores mientras subsista el derecho que fuera constituido, además de la imposibilidad de transmisión del derecho por parte del habitador.

En igual sentido a lo que ocurre en materia de uso, el ordenamiento se ha desprendido del concepto particular de familia que traía consigo el art. 2953 CC, así como del de la sujeción de las necesidades del habitador y su familia en proporción directa a su condición social.

2.6. Temporalidad

La temporalidad resulta ser una de las notas típicas de este derecho real siendo que el mismo está destinado a extinguirse con el cumplimiento del plazo fijado en el acto constitutivo o, en su defecto, con la muerte del habitador.

2.7. La facultad de morar o de establecer su industria

El ordenamiento velezano establecía en el art. 2948 CC que el derecho real de habitación consistía en la utilidad de morar en una casa ajena, entendiendo que aquella idea de morada implicaba que el habitador y su familia tuviesen un lugar de residencia efectiva con carácter protectorio.

Sin embargo, el art. 2963 CC establecía que este derecho real implicaba que el habitador se sirviera de la casa para habitarla con su familia, o bien para establecer su industria o comercio, mientras que aquello no fuera impropio a su destino.

Esta posibilidad de establecimiento del comercio o industria fue dejada de lado por la letra del ordenamiento vigente, por lo que se plantea el interrogante de si aquello implica su prohibición o si, en caso de que así se establezca en el Título constitutivo y de que no fuere impropio para su destino —como sostenía el art. 2963 CC—, se permite al habitador establecer su industria o comercio en el inmueble que le fuera entregado.

ARTÍCULO 2159.- ***Normas supletorias.*** *Se aplican a la habitación las normas del Título IX de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente.*

Reminiones: ver Libro Cuarto, Títulos VIII y IX CCyC.

1. Introducción

El ordenamiento consagra la aplicación supletoria de las reglas contenidas en el Título IX de este Libro referido al uso, supeditándola a la naturaleza propia de este derecho real, y a excepción de las normas particulares previstas en materia de habitación.

Al igual que lo que ocurre en materia de uso, la remisión resulta necesaria, por cuanto el derecho real de habitación toma las notas características del usufructo y del uso, y las aplica al caso particular de morar por parte del habitador y su familia, manteniendo la idea del uso y goce acotado en cuanto a su extensión y la imposibilidad de alterar la sustancia de la cosa objeto del derecho real, lo que implica mantener las bases que sustentan estos derechos reales de disfrute.

2. Interpretación

La aplicación concreta de las previsiones de la norma se observan en cuestiones no tratadas expresamente en relación a la habitación, y se reflejan principalmente en materia de legitimación, constitución y extinción del derecho.

2.1. Legitimación activa

En materia de legitimación, y ante la ausencia de norma específica en relación a la habitación, habrá de recurrirse a las normas propias establecidas en materia de uso —por la remisión que realiza el artículo comentado— y de usufructo —en mérito a que, a su vez, el uso aplica supletoriamente sus reglas—.

Se concluye, entonces, que se encuentran legitimados para la constitución de habitación el dueño de la cosa, los comuneros, el titular de derecho de propiedad horizontal y el superficiario (arg. art. 2131 CCyC). Se agrega a la nómina al usufructuario, quien —en virtud de las reglas del art. 2142 CCyC— se encuentra legitimado para su constitución.

2.2. Constitución

El derecho real de habitación se rige principalmente por el contenido asignado en el Título que le sirve de fuente, al igual que lo que ocurre en materia de uso. Tanto la extensión como los límites a los que debe ajustarse estarán contenidos en el mentado Título.

No debe perderse de vista que, en mérito a la regla del art. 1894 CCyC, existen dos casos de adquisición legal del derecho real de habitación y son aquellos que corresponden al cónyuge supérstite (art. 2383 CCyC) y al conviviente supérstite (art. 527 CCyC).

La constitución judicial del derecho real de habitación se encuentra expresamente vedada en mérito a las reglas del art. 1896 CCyC, no existiendo norma específica que así lo permita.

Restará determinar qué ocurre con la adquisición por prescripción adquisitiva. De la letra del art. 2565 CCyC se desprende que los derechos reales principales pueden ser adquiridos mediante prescripción en los términos del art. 1897 CCyC y ss. Por su parte, el art. 1889 CCyC señala que los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía.

Del correlato de ambos artículos se puede colegir que la habitación es un derecho real principal, susceptible de adquisición por prescripción, siempre que se cumpla con lo previsto en el ordenamiento en materia de usucapión.

2.3. Extinción

En materia de extinción se aplican supletoriamente las reglas previstas en materia de usufructo, por lo que puede inferirse que la habitación se extingue por la muerte del habitador o por el cumplimiento del plazo fijado, consecuencia de la temporalidad propia de este derecho.

También se extingue por el uso abusivo que se haga de ese derecho o alteración de la sustancia, entendiendo por ello que el habitador modifique la materia, forma o destino de la cosa objeto del derecho.

Asimismo, debe concluirse que, por la mentada aplicación supletoria, la habitación también se extinguirá por el no uso por el plazo de diez años.

No debe olvidarse que también se aplican las causales generales de extinción de los derechos reales previstas en el art. 1907 CCyC, a saber: la destrucción de la cosa, el abandono y la consolidación.

ARTÍCULO 2160.- ***Limitaciones.*** *La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa. No es ejecutable por los acreedores.*

1. Introducción

A diferencia de lo que ocurre en materia de uso, el CCyC establece para la habitación una prohibición expresa en materia transmisibilidad, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte.

En igual sentido, se limita al habitador la posibilidad de constitución de derechos reales o personales sobre la cosa, por lo que aquella disquisición que se presentaba en materia de uso acerca de su cesibilidad y posibilidad de dar en arrendamiento queda zanjada por la negativa en materia de habitación.

2. Interpretación

A diferencia de lo que ocurre en materia de usufructo, le está prohíbido al habitador la constitución de derechos reales y personales sobre la cosa. La solución resulta lógica, siendo que la esencia del derecho real de habitación es la morada por parte de aquel y su familia en el inmueble sobre el que se ejerce tal derecho.

La permisión a la constitución de derechos reales o personales implicaría desvirtuar el fin para el cual tal derecho real se ha consagrado.

Tampoco podrá el habitador transmitir su derecho, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte, por iguales argumentos a los que se vienen barajando.

Por otro lado, se consagra la inejecutabilidad del derecho de habitación por parte de los acreedores, como corolario de las reglas generales previstas en los arts. 743 y 744 CCyC, donde se establece que el derecho de habitación queda excluido de la garantía común y de la consiguiente facultad de ejecución ante el incumplimiento por parte del deudor.

Concuerda esta previsión con el carácter alimentario que reviste el derecho real de habitación, que lo torna inembargable e inejecutable, siendo que subyace la idea de protección del habitador y su familia.

ARTÍCULO 2161.- ***Impuestos, contribuciones y reparaciones.*** *Cuando el habitador reside sólo en una parte de la casa que se le señala para vivienda, debe contribuir al pago de las cargas, contribuciones y reparaciones a prorrata de la parte de la casa que ocupa.*

1. Introducción

El art. 2161 CCyC consagra un deber genérico que recae en cabeza del habitador, cual es el deber de contribución, que se manifiesta en la obligación de hacer frente a los impuestos, tasas, contribuciones y reparaciones que sean necesarias en el objeto sobre el que recae su derecho.

La letra del art. 2161 CCyC no es más que la aplicación concreta de las reglas generales en la materia —que también se observan en materia de usufructo y de uso (art. 2148 CCyC)—.

Así, resulta lógico que quien resulte ser habitador de un inmueble ajeno para la satisfacción de sus necesidades habitacionales y las de su familia sea quien deba hacer frente a aquellas erogaciones, en proporción a la medida de su utilización.

2. Interpretación

El artículo mantiene aquella idea directriz que contenía el art. 2968 CC, que establecía la obligación de contribución, por parte del habitador, de las cargas, contribuciones y reparaciones que correspondieren, a prorrata de la parte de la casa que ocupase.

Se consagra la obligación de contribución por parte del habitador en lo que respecta a cargas, contribuciones y reparaciones propias de la cosa.

Nada se dice respecto de lo que ocurre en caso de que el habitador no sufrague los referidos gastos. Al no consagrarse aquello como una causa propia de extinción del derecho real de habitación —ni del uso y usufructo, cuyas reglas se aplican supletoriamente—,

debe concluirse que solo generará una obligación en cabeza del habitador respecto del nudo propietario, quien tendrá la acción correspondiente para repetir aquello que hubiera sufragado en lugar del primero y ante su incumplimiento.

TÍTULO XI(*)
Servidumbre

CAPÍTULO 1
Disposiciones generales

ARTÍCULO 2162.- ***Definición.*** *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. La utilidad puede ser de mero recreo.*

1. Introducción

Luego de desarrollar los derechos reales de usufructo, uso y habitación, el CCyC dedica el Título XI de su Libro Cuarto a la servidumbre y, así, culmina la regulación de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena.

El CCyC nos brinda en esta norma el concepto y los caracteres del derecho real de servidumbre. Esta implica un gravamen sobre un fundo en beneficio de otro, por el cual se establece una utilidad en interés del propietario del segundo. Así entablada, el primer inmueble se denomina fundo "sirviente" y el otro detenta el carácter de fundo "dominante".

2. Interpretación

2.1. Concepto y caracteres de las servidumbres

Esta norma menciona que se trata de un derecho real, reiterando así lo dispuesto en el art. 1887 CCyC, que prevé los derechos reales reconocidos por la ley. Esta afirmación se ve reforzada por la circunstancia de que su titular cuenta con una acción real (acción confesoria) para restablecer el ejercicio pleno de su derecho y porque el titular ejerce sus facultades directamente sobre la cosa objeto de servidumbre —el fundo sirviente—.

Además, en la nota al art. 2970 CC, se señaló las distintas razones que corroboran que la servidumbre es un derecho real:

a. el objeto de una servidumbre es atribuir, a quien ella pertenece, un derecho real sobre el fundo gravado;

b. la mutación de los propietarios no trae cambio alguno en las relaciones recíprocas de las heredades;

c. el que por un título cualquiera adquiere un fundo, al cual es debida una servidumbre, puede usar de ella, aunque no fuese indicada en el contrato de venta;

d. el nuevo propietario de una heredad gravada con una servidumbre debe sufrirla, aun cuando hubiese adquirido la heredad sin cargas;

(*) Comentarios a los arts. 2162 a 2183 elaborados por Martín Miguel Culaciati.

e. la muerte del que ha motivado una servidumbre no la extingue, lo que demuestra que la servidumbre, en su constitución, no es una obligación personal de hacer o de no hacer; y

f. si el dueño del predio sirviente se niega a sufrir la servidumbre, el derecho del dueño del predio dominante no se resuelve en obtener daños y perjuicios. Puede exigir que los tribunales le hagan dar el goce efectivo de la servidumbre.

Que sea un derecho real conlleva ciertas consecuencias, pues "*atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código*". Así, el art. 1886 CCyC consagra dos atributos típicos de los derechos reales, que atribuyen a su titular el derecho de persecución: esto es, la facultad de perseguir la cosa en poder de quien la tenga *(ius persequendi)* y el derecho de preferencia (*ius preferendi)* —que importa el derecho de ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a otros derechos reales de igual o distinta naturaleza sobre la misma cosa, pero constituidos posteriormente—.

2.2. Principio de la "atipicidad" de las servidumbres

La regulación de las servidumbres no escapa a los alcances del principio de *"numerus clausus"* previsto en el art. 1887 CCyC, según el cual solo la ley establece los derechos reales, limitando su número. Además, el CCyC prevé que los derechos reales y su estructura son creados y regulados por la ley (orden público), por lo que es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley o la modificación de su estructura.

Ocurre que el número cerrado y la tipicidad son muy importantes, especialmente en lo relativo a los derechos reales sobre cosa ajena, pues se parte del principio de la libertad de los inmuebles. Si se admitiera una multiplicidad de derechos sobre cosa ajena, se terminaría por vaciarlos de contenido, desnaturalizando así al derecho de dominio.

Sin embargo, en materia de servidumbres, el CCyC ha permitido a los particulares cierta libertad en cuanto a su constitución y a las previsiones en los títulos que le sirvan de fuente, circunstancia que la doctrina ha denominado "principio de atipicidad". Ahora bien, aquella autonomía posee su límite en el orden público, en lo que hace a sus características necesarias, que no pueden ser dejadas de lado por las partes. En particular, el contenido de una servidumbre no puede consistir nunca en un hacer, y siempre debe otorgar una utilidad, aunque más no sea de "mero recreo".

Esta norma establece una atipicidad propia de las servidumbres que en nada contradice el citado principio de *numerus clausus,* mientras que otorguen alguna ventaja. Por otro lado, cabe recordar que esta atipicidad no implica que las partes puedan crear derechos reales distintos de los reconocidos por el CCyC, sino solo que puedan establecer servidumbres distintas –que siempre estarán sometidas al régimen aquí previsto–.

2.3. Contenido de las servidumbres

El CCyC prevé que el titular puede obtener alguna utilidad constituida por la facultad de usar la heredad ajena e impedir que su propietario ejerza algunos de sus derechos.

El objeto de este derecho real solo puede ser una cosa inmueble, a diferencia del usufructo y el uso, cuyo objeto también pueden ser las cosas muebles

Así las cosas, las servidumbres, ya sean reales o personales, necesariamente requieren para su constitución de la existencia de dos inmuebles, y deben recaer sobre un inmueble ajeno, toda vez que no es posible crearla sobre un fundo propio.

Inclusive, la servidumbre no puede ser vendida por separado del inmueble, pues solo le podrá reportar alguna ventaja a los fundos vecinos –que, como se verá más adelante, no implica necesariamente contigüidad–.

2.4. La cuestión desde lo funcional

El CCyC ha simplificado la regulación de este derecho real; en particular, esta norma establece una previsión superadora de la dispuesta en el CC, pues indica expresamente la necesidad de dos inmuebles y, aunque pudiera parecer básico, termina con las discrepancias existentes en la doctrina en torno a que el usufructo, el uso y la habitación no son especies del género servidumbres.

Ello, sin señalar la explícita mención al necesario otorgamiento de una utilidad o ventaja, aunque sea de "mero recreo".

ARTÍCULO 2163.- ***Objeto.*** ***La servidumbre puede tener por objeto la totalidad o una parte material del inmueble ajeno.***

1. Introducción

Esta norma describe el objeto de este derecho real. Como se analizó en el artículo anterior, las servidumbres recaen únicamente sobre inmuebles, nunca sobre muebles, y tales inmuebles deben ser ajenos, pues, siendo las servidumbres una desmembración del derecho de dominio, resulta inconcebible una servidumbre sobre cosa propia.

Cabe recordar que el inmueble en cuyo beneficio se establece el derecho se llama "fundo" o "heredad dominante", si se trata de una servidumbre real, toda vez que en la hipótesis de una servidumbre personal, el beneficio recae sobre la persona de su titular.

El otro inmueble es el predio "sirviente".

2. Interpretación

2.1. El objeto de la servidumbre

Los derechos que la servidumbre atribuye sobre el fundo ajeno pueden consistir en un "usar de él" o en "impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad". Desde la óptica opuesta, es decir, la del titular de la heredad sirviente, la servidumbre puede consistir en un "no hacer" *(non faciendo)* o en un "dejar hacer" *(in patiendo)*. A modo de ejemplo pueden citarse la servidumbre de *altius non tollendi* o la servidumbre de paso, respectivamente.

No obstante, nunca la servidumbre puede implicar una obligación de hacer *(in faciendo)* para el titular del inmueble que soporta la carga.

2.2. El alcance material de la servidumbre

Dicho esto, el CCyC fija los posibles alcances materiales del gravamen sobre la heredad sirviente y, así, prevé claramente que las servidumbres pueden configurarse sobre "la totalidad o una parte material" del fundo ajeno.

No debe confundirse una parte material del inmueble con una parte indivisa del mismo. Justamente, las servidumbres no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas, pues

ello atentaría contra el principio de indivisibilidad incluido en la naturaleza misma de las servidumbres. De esta manera, atento al principio de indivisibilidad de las servidumbres, ellas no pueden ser creadas por uno de los copropietarios sobre su parte indivisa.

En rigor, se impone distinguir dos aspectos: la servidumbre considerada como carga y como derecho, por un lado; y la servidumbre considerada como un ejercicio, por el otro. En el primero de los aspectos señalados, todas las servidumbres tienen un carácter indivisible que impide su fraccionamiento. Con relación al segundo —esto es, al ejercicio de la servidumbre—, aquí sí puede ser divisible o indivisible, según que la ventaja que procura pueda o no distribuirse entre varias personas.

Así, la servidumbre puede afectar solo una parte material del inmueble (por ejemplo, servidumbre de paso o de acueducto) o la altura de un edificio (por ejemplo, servidumbre de vista).

En definitiva, la norma sigue la línea del CC, aunque sin referirse a "su superficie, profundidad o altura", pues resultaba innecesario.

ARTÍCULO 2164.- ***Servidumbre positiva y negativa.*** *La servidumbre es positiva si la carga real consiste en soportar su ejercicio; es negativa si la carga real se limita a la abstención determinada impuesta en el título.*

1. Introducción

El CCyC clasifica a las servidumbres en:

a. positivas y negativas;
b. reales y personales; y
c. forzosas o voluntarias.

De este modo, deja de lado otras clasificaciones posibles como aquellas que diferenciaban las servidumbres según si eran continuas o discontinuas, y aparentes o no aparentes.

También suprimió la clasificación de rústicas o urbanas, y la de principales o accesorias.

Además, se suprimen las servidumbres resultantes de una voluntad tácita (destino del padre de familia, servidumbre que revive), pues se considera que ello atenta contra la certeza y publicidad que requieren los derechos reales.

Esta norma comienza, entre varias clasificaciones posibles, distinguiendo a las servidumbres en positivas y negativas, pues su importancia hace a la esencia del contenido de este derecho real.

2. Interpretación

2.1. Las servidumbres positivas o negativas

El CCyC establece expresamente esta distinción entre las servidumbres positivas y las negativas, a diferencia del Código derogado, en donde Vélez, en la nota al art. 2976 CC, apartándose de Freitas, le negó toda utilidad a esta clasificación.

La servidumbre puede consistir en no tener el derecho de hacer todo lo que se podría hacer si no existiese ese derecho (no hacer o *non faciendo*), o bien en tener que sufrir que otra persona haga alguna cosa que habría derecho de impedirle hacer, si no estuviera constituida la servidumbre (sufrir alguna cosa o *in patiendo*).

Así, la servidumbre positiva le permite al titular del predio dominante realizar alguna actividad (por ejemplo, extraer agua o de paso), y el titular del fundo sirviente debe soportar (dejar hacer).

Por el contrario, la servidumbre negativa le permite exigir al titular del fundo sirviente que se abstenga de hacer algo en su inmueble que le sería lícito hacer si no existiese aquella carga (por ejemplo, no construir más allá de cierta altura). La abstención debida incluye a cualquiera que posea el predio y no solo al que contrató. Ocurre que la servidumbre negativa constituye una situación beneficiosa que todos deben respetar; y ello es una derivación del principio de absolutez que rige todos los derechos reales.

En suma, las servidumbres positivas son aquellas cuyo contenido es *in patiendo*, o sea que en ellas un inmueble debe soportar o sufrir el contenido del gravamen; mientras que las negativas son las que poseen como objeto un *non faciendo*, por el cual el titular del fundo en el que la servidumbre está establecida ve menoscabado su dominio útil en cuanto se ve privado de hacer algo que, si no fuera por la carga constituida, estaría en el ámbito de sus facultades.

Ahora bien, nunca la servidumbre puede importar un hacer, toda vez que el hacer es típico y exclusivo de los derechos personales.

2.2. La servidumbre positiva y los actos posesorios

La mayoría de los derechos reales se ejercen por la posesión, con excepción de las servidumbres negativas y la hipoteca. En ese sentido, las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados, de acuerdo a lo previsto en el art. 1891 CCyC, sin que el titular dominante ostente la posesión.

Esta última norma permite inferir que, al haber actos posesorios, resulta factible su adquisición por usucapión. Ello se ve reforzado por el art. 2565 CCyC, que prevé que los derechos reales principales se pueden adquirir por prescripción y que, a tal fin, la posesión para prescribir debe ser "*ostensible y continua*" (cfr. art. 1900 CCyC).

2.3. El primer uso de la servidumbre como modo suficiente

El Código, en el art. 1892 CCyC, prevé que "*el primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva*". Esa norma establece con claridad cómo se adquieren los derechos reales en forma derivada por actos entre vivos; en lo que aquí interesa, la servidumbre afirmativa se adquiere por la tradición que se ve reflejada en el "*primer uso*".

Ello es así pues las servidumbres son derechos reales que no se ejercen por medio de la posesión y, en consecuencia, para su nacimiento, es imposible exigir la tradición como entrega del fundo. Sin embargo, la teoría del título y el modo resulta igualmente aplicable a las servidumbres positivas, pues la tradición es sustituida por el primer ejercicio que se haga del derecho. Así, cuando una servidumbre positiva tenga como fuente un contrato, nacerá cuando su titular ejerza por primera vez el derecho.

Este primer ejercicio equivale a la tradición, por eso se habla de la "cuasi-tradición" de las servidumbres (positivas). Por el contrario, cuando la servidumbre es negativa, como ella no reconoce su sustento en el poder de hecho de la posesión ni en el de determinados actos posesorios, no resulta ni siquiera necesaria la cuasi-tradición.

ARTÍCULO 2165.- ***Servidumbre real y personal.*** *Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor.*

Servidumbre real es la inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario. La carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante, y la situación de los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen. La servidumbre real considerada activa y pasivamente es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente, sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

En caso de duda, la servidumbre se presume personal.

1. Introducción

El CCyC adopta aquí otra clasificación que distingue las servidumbres reales de las personales.

La servidumbre real o predial requiere, para su constitución, de la existencia de dos inmuebles. La ventaja que brinda la heredad sirviente debe recaer en beneficio del predio dominante y no de su titular. De este modo, no posee ninguna incidencia el cambio en la persona del titular o poseedor del fundo dominante. Aunque se afirma que en las servidumbres reales el vínculo se traba entre dos inmuebles, lógicamente, la relación jurídica vincula a personas.

Según la norma, el beneficio o "ventaja real" le corresponde al fundo dominante, sin que importe quién sea su titular.

En síntesis, en las servidumbres reales o prediales un fundo sufre una limitación extraordinaria (sirviente), que importa una ventaja para el otro fundo (dominante). Esta es una característica distintiva y tipificante de las servidumbres reales, sin perjuicio de la posibilidad de la existencia de servidumbres personales, en las cuales, en lugar de haber "fundo dominante" habría "titular dominante", pues es un sujeto el que se beneficia de la servidumbre a costa del predio que la sufre, tal como se analizará más adelante.

2. Interpretación

2.1. La inherencia de la servidumbre real

La norma menciona que la servidumbre real, considerada activa y pasivamente, es inherente al fundo dominante y al fundo sirviente. Sigue con ellos a cualquier poder que pasen y no puede ser separada del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometida a gravamen alguno.

La inherencia es una de las características necesarias de la servidumbre, como de todo derecho real, aunque a diferencia de aquellos, en la servidumbre la inherencia comprende tanto al derecho del titular del fundo dominante como a la carga del titular del fundo sirviente.

Esta inherencia permite que tanto el derecho como la carga se transmitan a los sucesores particulares o universales, junto con la transmisión entre vivos o *mortis causa* del dominio de cualquiera de los predios; aunque su existencia no hubiese sido debidamente denunciada al efectuarse la transmisión.

De hecho, la servidumbre real, observada desde cualquiera de los inmuebles, es inherente a ellos, por lo que operada la transmisión este derecho real no se extingue sino que continúa gravándolos. Ello es así, a diferencia de la servidumbre personal que se extingue, si no se pactó un plazo menor, con la persona titular del predio dominante, o con su enajenación.

En definitiva, cabe apuntar que la inherencia es una característica tipificante de la servidumbre: es su dependencia respecto del predio al cual beneficia y respecto del fundo que la sufre. De esta cualidad se desprende que la servidumbre jamás podría ser objeto de negocios jurídicos, independientemente del inmueble que la sufre o del predio a favor del cual se constituyó.

2.2. La servidumbre personal

En la servidumbre personal también se requiere la existencia de dos inmuebles pero, a diferencia de la servidumbre real, la utilidad de la heredad sirviente no recae directamente sobre el predio dominante sino sobre la persona de su titular.

Por ejemplo, si en razón de su actividad agrícola, ganadera, etc., a una heredad le interesara contar con otro camino hacia la vía pública, podrá constituir, por contrato, una servidumbre de paso con otro predio vecino que soportará el gravamen, en cuyo caso quedará establecida, no en favor del fundo dominante en sí mismo, sino en la persona de su propietario.

De esta manera, la servidumbre personal provee de una ventaja a una persona determinada, porque establece un vínculo entre una persona y una cosa que, desde el punto de vista activo, es el derecho que tiene una persona de obtener una utilidad de la cosa de otro; y, desde el punto de vista pasivo, es una carga impuesta a una cosa de procurar una ventaja a una persona distinta del propietario. Por el contrario, la servidumbre real es, desde la óptica activa, el derecho atribuido a un predio de retirar utilidad de otro; mientras que, desde la óptica pasiva, es el gravamen impuesto a una heredad de otorgarle una ventaja a otro inmueble.

2.3. Duración de las servidumbres

Este derecho real puede ser perpetuo o temporario. Mientras las servidumbres reales pueden ser perpetuas o temporarias —en caso de que una convención de las partes la limite temporalmente—, las servidumbres personales son siempre temporarias, toda vez que no pueden durar más allá de la vida del titular (vitalicias) o 50 años, si se trata de una persona jurídica (art. 2182, inc. c, CCyC).

Así, la norma aclara que, si se constituye a favor de una persona humana, se presume vitalicia —salvo que, del título, resulte una duración menor—.

Esta razón permite desterrar aquella corriente que considera que los derechos reales de usufructo, uso y habitación —derechos esencialmente temporarios— constituyen distintas especies del género servidumbres.

A ello debe adunarse que incluso la servidumbre perpetua se puede extinguir por el no uso durante un plazo de diez años (art. 2182, inc. b, CCyC). Aquí se observa una diferencia con el derecho real de dominio que, al ser perpetuo, no se extingue por el no uso. El dominio no posee límites en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aun cuando el dueño no ejerza sus facultades (art. 1942 CCyC).

En suma, la importancia de esta clasificación es que las servidumbres personales no pueden ser perpetuas. Así, en la escritura deberá establecerse el plazo de duración; a falta de este, cuando el titular es una persona física, serán vitalicias y, cuando el titular es una persona jurídica, no podrán establecerse por más de 50 años.

2.4. La necesaria ventaja real

La norma prevé que la carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real al fundo dominante. Ello es así, pues no pueden establecerse limitaciones al derecho de propiedad que no reporten ventajas a nadie. Que la utilidad sea "real" implica que no debe ser hipotética.

La mentada utilidad implica, desde la óptica contraria —esto es, desde el predio sirviente—, un menoscabo que, de acuerdo a lo previsto en el art. 2181 CCyC, debe ser el menor posible.

Este artículo debe observarse en conjunto con el art. 2162 CCyC, que prevé que la servidumbre concede al titular del fundo dominante "*determinada utilidad sobre el inmueble sirviente*", la que incluso puede ser de "*mero recreo*". En el supuesto de que desaparezca "*toda utilidad para el inmueble dominante*", la servidumbre se extingue (art. 2182, inc. a, CCyC).

A modo de síntesis, la servidumbre siempre debe reportar una utilidad, aunque sea de mero recreo. No puede existir una servidumbre sin que el fundo dominante (en el caso de las prediales) o el titular dominante (en el caso de las personales) goce de alguna utilidad. Ello es así a tal punto que, si cesa la utilidad, la servidumbre se extingue.

2.5. La ubicación de los fundos

El Código dispone expresamente con relación a los inmuebles en una servidumbre real que no es indispensable que ellos se toquen, mientras que se asegure una ventaja real al fundo dominante; es decir, que su ubicación puede no ser de contigüidad.

Generalmente, ambos inmuebles son contiguos, vecinos, pero no es un requisito indispensable. Incluso, puede haber un fundo intermedio entre ambos. La cuestión es si uno le procura al otro una ventaja, una utilidad.

ARTÍCULO 2166.- ***Servidumbre forzosa.*** ***Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa.***

Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

1. Introducción

El principio general es que nadie puede imponer a otro una servidumbre, y esto es así atento a que se presume la libertad de los inmuebles. Por ello, las servidumbres forzosas son excepcionales, ya que solo surgen cuando se dan las circunstancias fácticas previstas taxativamente en la norma.

Justamente, el CCyC establece que hay servidumbres impuestas por la ley y prevé expresamente cuáles son. Además, aclara que las servidumbres forzosas son reales, lo que no siempre ocurría en el CC.

2. Interpretación

2.1. Servidumbres forzosas

El CCyC denomina servidumbres forzosas a aquellas que la ley autoriza e impone, con independencia de la voluntad u oposición del titular del predio sirviente. De este modo, si se reúnen las circunstancias fácticas previstas en la norma, el titular de un derecho real sobre un inmueble puede exigir a su vecino la tolerancia de una servidumbre, por imperio de la ley.

Así, la norma conserva la noción de servidumbre forzosa —que, en el ordenamiento anterior, era confundida con la de servidumbre de origen legal— y, luego, enumera cuáles son los casos de servidumbres forzosas.

2.1.1. La servidumbre de tránsito

Es definido como el derecho que posee el propietario de un fundo, o titular de otro derecho real sobre él, de pasar por un inmueble ajeno.

Así, la servidumbre de tránsito es constituida a favor de un predio destituido de comunicación con la vía pública, y la ventaja real importa el paso sobre el predio sirviente. El presupuesto previsto en la norma es que aun cuando el inmueble posea cierta comunicación con la vía pública, le resulte insuficiente.

El encerramiento del predio puede ser físico o funcional; es decir, que el fundo dominante, atento a la explotación económica que allí se desarrolle, requiera de otra vía de comunicación acorde con aquella actividad. Ahora bien, debe tratarse de una verdadera necesidad, no de una mera comodidad para el predio dominante.

2.1.2. La servidumbre de acueducto

Esta servidumbre se refiere al paso de agua por el predio sirviente mediante una canalización. La ventaja está constituida por el hecho de hacer entrar agua en un inmueble propio que proviene de un predio ajeno. Este derecho corresponde al titular del dominio y, en principio, a otros poseedores legítimos (por ejemplo, usufructuario).

La norma prevé el presupuesto que debe cumplirse para que el gravamen pueda ser impuesto, esto es, cuándo resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante o para la población. En este último caso, la doctrina apunta que la servidumbre parece tener naturaleza administrativa. Nótese que, en las servidumbres administrativas, el fundo sirviente es el afectado, pero el predio dominante suele no aparecer muy claro y puede no existir.

El CCyC elimina la mención a los predios exceptuados de soportar la servidumbre de acueducto y también una innecesaria casuística sobre lo que podía hacer el dueño del fundo sirviente.

2.1.3. La servidumbre de recibir agua

Esta servidumbre de recibir agua de un predio ajeno consiste en la tolerancia de parte del fundo sirviente del ingreso de agua que provenga de otras heredades. A diferencia

de la servidumbre de acueducto, aquí el destino del agua no es el fundo dominante, sino el sirviente.

Una aclaración adicional en torno a este derecho es que el predio sirviente recibe las aguas artificiales originadas en un fundo superior, y estas llegan allí como consecuencia de la acción de una maquinaria que extraiga el agua —léase, entre otros, una bomba de agua o molino—.

Ahora bien, la norma en comentario establece expresamente un límite a esta servidumbre forzosa, esto es, que el gravamen no cause un perjuicio grave para el fundo sirviente, pues en caso contrario, será necesaria la canalización subterránea del agua o mediante cañerías.

2.2. La acción judicial

Si el titular del predio sirviente no aceptara la servidumbre forzosa sobre su inmueble, el interesado puede reclamarla judicialmente y, para ello, cuenta con una acción imprescriptible.

Se trata de la promoción de una acción real específica: la acción confesoria. El nombre de esta acción deriva de su finalidad de hacer confesar al demandado el ataque a los derechos inherentes a la posesión del actor, es decir, de hacerle "reconocer" el derecho vulnerado.

El objetivo de esta acción es el de defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impidan ejercer una servidumbre (art. 2248 CCyC). Esta acción real puede interponerse contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro, especialmente a sus servidumbres activas (art. 2264 CCyC).

La sentencia que haga lugar a esta acción deberá disponer que se haga efectiva la restauración del derecho atacado, removiendo el impedimento.

Ahora bien, el dueño de la heredad sirviente tiene el derecho a percibir una indemnización. En caso de que no se llegue a un acuerdo con el titular del predio dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, la debe fijar el juez.

ARTÍCULO 2167.- ***Servidumbre personal a favor de varios titulares.*** *La servidumbre personal puede establecerse a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario.*

No puede establecerse la servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar la servidumbre.

1. Introducción

El CCyC traslada una solución prevista para el usufructo y para la institución de herederos a las servidumbres personales. Así, la norma permite la constitución de este derecho en beneficio de varias personas, pero impide el derecho de acrecer y la sucesión entre aquellas.

2. Interpretación

2.1. Las servidumbres personales y el derecho a acrecer

Como se adelantó, la servidumbre personal también requiere la existencia de dos inmuebles, pero la utilidad del fundo sirviente no recae directamente sobre el predio dominante sino sobre la persona de su titular. Así las cosas, el CCyC aclara que este

derecho puede ser constituido a favor de varias personas; pero, en este caso, la regla es que no hay derecho de acrecer, por lo que, extinguida la servidumbre para uno, subsiste para los demás en la misma condición en la que estaba.

Esta regla tiene su excepción, si el título prevé lo contrario, es decir, si el contrato que le dio nacimiento a la servidumbre prevé el derecho de acrecer.

Esta norma le otorga un margen a la voluntad de los interesados, pues ellos pueden modificar lo aquí previsto para permitir el derecho de acrecer.

2.2. La constitución sucesiva de la servidumbre

El CCyC aclara que la servidumbre personal puede constituirse a favor de varias personas para que la ejerzan al mismo tiempo, pero niega expresamente que ellas se sucedan entre sí. El motivo consiste en evitar que se perpetué una servidumbre personal —que, por definición, concluye con la vida de su titular, si no se estipuló un término menor—.

Ahora bien, la norma prevé la excepción cuando admite la sucesión en el supuesto en que el indicado en primer lugar no quiera o no pueda aceptar la servidumbre.

ARTÍCULO 2168.- ***Legitimación.*** ***Están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión. Si existe comunidad debe ser constituida por el conjunto de los titulares.***

1. Introducción

Esta norma establece quiénes son los legitimados para dar nacimiento a una servidumbre. Según este artículo, están habilitados los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, lo que comprende tanto a los titulares de derechos sobre cosa propia como a los titulares de derechos reales sobre cosa ajena.

2. Interpretación

Los modos de constitución son el contrato; la ley, cuando la servidumbre es forzosa (art. 2166 CCyC); una disposición de última voluntad; o la prescripción adquisitiva.

En el primero de los supuestos mencionados, si se trata de servidumbres positivas, el primer uso equivale a la tradición. En cuanto al acto de última voluntad, el testador titular de dos inmuebles, puede legar cada uno de ellos a dos personas distintas, disponiendo que uno de los fundos quede gravado por una servidumbre a favor del otro o de la persona del beneficiario.

También puede adquirirse por prescripción larga, toda vez que se trata de un derecho real principal (art. 1889 CCyC) y que, por imperio del art. 2565 CCyC, los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos del art. 1897 CCyC y ss.

Como se adelantó, la norma incluye tanto a los titulares de derechos sobre cosa propia como a los titulares de derechos reales sobre cosa ajena.

Así, el usufructuario puede gravar con una servidumbre el predio sujeto a usufructo, pero en este caso, la carga no puede durar más allá de la finalización de su derecho pues, de lo

contrario, se vulneraría el principio *salva rerum substantia*. Sucede que si la servidumbre subsistiera, el inmueble volvería disminuido al nudo propietario.

Por otro lado, el art. 2084 CCyC introduce la posibilidad de establecer servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de lograr un mejor aprovechamiento de las cosas para uso comunitario, lo que debe decidirse por mayoría.

Ocurre que el crecimiento de estas nuevas formas de propiedad inmobiliaria brinda un mayor provecho de los recursos al utilizarse en común, apoyándose en la existencia de una comunidad de intereses.

A modo ilustrativo, esto permitirá que estas urbanizaciones puedan constituir servidumbres con el fin de que los habitantes de un complejo puedan utilizar las áreas o instalaciones deportivas o recreativas de otro. Por ejemplo, esos desarrollos inmobiliarios pueden suscribir acuerdos de servidumbre para permitir a los habitantes de un complejo utilizar el campo de golf del otro, sin que el comité de propietarios de este último pueda, unilateralmente, impedir el ingreso.

En el supuesto de que se trate de condóminos, es menester la conformidad de todos ellos.

ARTÍCULO 2169.- ***Prohibición de servidumbre judicial.*** ***En ningún caso el juez puede constituir una servidumbre o imponer su constitución.***

1. Introducción

Esta norma reafirma, en cuanto a las servidumbres, el principio general por el cual se prohíbe expresamente la constitución judicial de derechos reales.

2. Interpretación

En el art. 1896 CCyC se prevé expresamente que "*el juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario*".

La norma aquí analizada es una ratificación específica y categórica —pues dice "*en ningún caso*"— del citado principio general, respecto de que los derechos reales no pueden ser impuestos por un tribunal. Ello implica que los jueces no pueden crearlos ni obligar a las partes a hacerlo, es decir, no pueden constituir un derecho real o imponer su constitución, pero la norma prevé excepciones, al establecer la posibilidad de disposición legal en contrario.

En suma, las únicas servidumbres forzosas son las que la ley autoriza expresamente e impone, con independencia de la voluntad o oposición del titular del fundo sirviente.

De esta manera, el CCyC termina con algunas discrepancias existentes durante la vigencia de la regulación anterior, donde algunas voces entendían que las servidumbres forzosas se constituían mediante una sentencia judicial. Ello, en el entendimiento de que si el titular de la heredad sirviente se oponía a la servidumbre, el titular del otro inmueble debía incoar una acción judicial.

La norma despeja toda duda sobre el particular, toda vez que establece que el judicante no impone la servidumbre; la sentencia que hace lugar al reclamo solo da cumplimiento a lo dispuesto en la ley.

ARTÍCULO 2170.- ***Presunción de onerosidad.*** *En caso de duda, la constitución de la servidumbre se presume onerosa.*

1. Introducción

El derecho real de servidumbre puede ser oneroso o gratuito, pero si no surge claramente del acto que le dio origen, el CCyC establece una presunción a fin de evitar conflictos entre las partes. Frente a una situación dudosa, la norma presume la onerosidad de la servidumbre.

2. Interpretación

Las servidumbres no son límites y restricciones en virtud de relaciones de vecindad ni de orden público, pero, atento a que importan una carga para el inmueble ajena a la naturaleza del dominio, siempre darían derecho a indemnización, salvo que sean convenidas con carácter gratuito.

Ocurre que, como se adelantó, la libertad de los inmuebles se presume. Si a ello se aduna que este gravamen afecta la libertad del derecho real de dominio —que se presume exento de cargas—, la norma supone que aquella afectación posee como contraprestación un precio en dinero.

Este artículo no distingue si la presunción es aplicable en caso de que la servidumbre se constituya por contrato o por un acto de última voluntad, por lo que puede inferirse que, en caso de duda, la norma incluye todos los supuestos. Ello así, a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1998 que preveía que, en ante la duda, se presumía onerosa la servidumbre constituida por contrato, y gratuita la constituida por disposición de última voluntad.

Ahora bien, esta es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, y será el titular del predio dominante quien deberá acreditar la gratuidad.

Ya fuese por la previsión en el acto de constitución o por aplicación de la presunción, al ser un contrato oneroso, se le aplican supletoriamente las normas previstas para la compraventa, en todo aquello que no esté previsto y en tanto sea compatible.

Nótese que el art. 1124, apartado a, CCyC prevé, en lo que aquí interesa, que las normas de la compraventa se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso; o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero.

ARTÍCULO 2171.- ***Modalidades.*** *La servidumbre puede sujetarse a cualquier modalidad.*

1. Introducción

El CCyC mantuvo sin cambios el régimen de la regulación anterior y, por lo tanto, este derecho puede ser sometido a modalidades. Así, la servidumbre puede sujetarse a un plazo o condición.

2. Interpretación

Si la condición o plazo tiene por finalidad limitar la duración de la servidumbre, las estipulaciones de las partes deberán respetar lo dispuesto en este Código; es decir, si se trata de servidumbres reales donde no se ha convenido un límite temporal, se consideran perpetuas.

En igual sentido, si se trata de servidumbres personales cuya duración no se ha convenido, se consideran vitalicias, es decir, se extienden toda la vida del beneficiario (persona física) o no más de 50 años (persona jurídica). Cualquier previsión contraria se encuentra prohibida.

Asimismo, la condición puede ser suspensiva o resolutoria.

Si la servidumbre queda diferida al cumplimiento de una condición, no estaríamos frente a la adquisición de un derecho real. Como se adelantó, la teoría del título y el modo resulta igualmente aplicable a las servidumbres positivas, pues la tradición es sustituida por el primer ejercicio que se haga del derecho. Así, cuando una servidumbre positiva tenga como fuente un contrato, nacerá cuando su titular ejerza por primera vez el derecho. Este primer ejercicio equivale a la tradición.

Por otro lado, si el derecho nace con la condición de resolverse, este será temporario, excepto que la condición fracase, pues en este supuesto, y tratándose de una servidumbre real, se tornará perpetua.

Si el derecho del constituyente está sujeto a condición, la suerte de la servidumbre está atada a la verificación del evento. Aquí puede observarse un parámetro distinto al previsto en materia de usufructo, donde la condición suspensiva es desestimada.

De hecho, el usufructo no puede sujetarse a condición o plazos suspensivos; si así se constituye, el derecho mismo se tiene por no establecido. Incluso cuando el testamento subordina el usufructo a una condición o a un plazo suspensivo, la constitución solo es válida si estos se cumplen antes del fallecimiento del testador (cfr. art. 2136 CCyC).

Finalmente, la servidumbre también puede haber nacido con cargo, esto es, con una obligación accesoria que se le imponga a quien recibe esta liberalidad. El incumplimiento del cargo puede resolver la servidumbre si así se previó en el acto constitutivo pero, en esta hipótesis, será necesaria una sentencia judicial que así lo declare.

ARTÍCULO 2172.- ***Transmisibilidad.*** *Ninguna servidumbre puede transmitirse con independencia del inmueble dominante.*
La servidumbre personal es intransmisible por causa de muerte, sin perjuicio de lo dispuesto para la servidumbre a favor de varias personas con derecho de acrecer.

1. Introducción

La regla es que los derechos reales son transmisibles *mortis causa*. Ello, por imperio de lo dispuesto en el art. 1892, *in fine*, CCyC, que consagra que "*A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto*". Sin embargo, la mentada regla posee sus excepciones.

2. Interpretación

2.1. La transmisibilidad de la servidumbre y la inherencia al fundo

Las servidumbres reales y los derechos reales de garantía solo pueden enajenarse conjuntamente con el inmueble dominante o con el derecho principal, atento a su carácter de derechos reales accesorios del predio o de los créditos garantizados, respectivamente.

Esta norma aclara que la servidumbre no puede separarse del inmueble y, aunque solo se refiere al fundo dominante, la inherencia es una característica necesaria de todo derecho

real, y en la servidumbre esta inherencia incluye tanto al derecho del titular del predio dominante como al gravamen del titular de la heredad sirviente.

De la citada característica se desprende que tanto el derecho como el gravamen se transmiten a los sucesores universales y particulares, junto con la transmisión del dominio de cualquiera de los inmuebles.

Ahora bien, corresponde realizar una aclaración adicional, pues de la interpretación armónica del presente Capítulo se desprende que aquella inherencia solo resulta aplicable a las servidumbres reales y no a las personales. Las primeras son inherentes al predio dominante y a la heredad sirviente, y siguen a los inmuebles, cualquiera sea su destino. De este modo, no pueden ser separadas del predio, ni ser objeto de una convención, ni ser sometidas a gravamen alguno.

En cambio, las segundas son distintas, como se analizará a continuación.

2.2. La servidumbre personal ante la muerte de su titular

Como se adelantó al analizar el art. 2165 CCyC, si bien en la servidumbre personal también se requiere la existencia de dos inmuebles, a diferencia de la servidumbre real, la utilidad de la heredad sirviente no recae directamente sobre el predio dominante sino sobre la persona de su titular.

De ahí que esta norma establezca la regla por la cual la servidumbre personal es intransmisible por causa de muerte. Si se tratara de una servidumbre real, cuando fallece el titular del predio sirviente, sus herederos obtienen el dominio del inmueble juntamente con la servidumbre. Sin embargo, en la servidumbre personal, el gravamen no se transmite con el inmueble, toda vez que se extingue con el deceso del titular del predio.

En el supuesto de que fuesen varios los titulares, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 2167 CCyC, es decir, si se extingue la servidumbre para uno de ellos, subsiste para los restantes pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario y se haya pactado el derecho de acrecer.

Si así no fuera, la servidumbre continuará para los demás en la misma condición en la que se encontraba. Sucede que la servidumbre personal, por definición, concluye con la vida de su titular, si no se estipuló un plazo menor.

CAPÍTULO 2
Derechos y obligaciones del titular dominante

ARTÍCULO 2173.- ***Derechos reales y personales.*** *El titular de una servidumbre puede constituir sobre ella derechos personales con relación a la utilidad que le es conferida, sin eximirse de su responsabilidad frente al propietario. No puede constituir derechos reales.*

1. Introducción

El CCyC establece expresamente que el titular de una servidumbre puede constituir sobre ella derechos personales, aunque, en rigor, refiere que estos derechos recaerán sobre la utilidad obtenida.

La norma prevé así la facultad de otorgar derechos personales sobre la utilidad que genere el gravamen.

2. Interpretación

2.1. El otorgamiento de derechos personales sobre la utilidad

Como se adelantó, el CCyC habilita la constitución de derechos personales sobre la utilidad de la servidumbre. Sin embargo, el nacimiento de estos derechos será válido en la medida en que no se agrave la situación del predio sirviente. Justamente, el art. 2175 CCyC prevé que el ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades de la heredad dominante, al tiempo que el art. 2181 CCyC establece que la constitución y el ejercicio de la servidumbre deben realizarse con el menor menoscabo posible para el inmueble gravado.

El artículo *sub examine* menciona al "*titular de la servidumbre*", que puede ser el titular de dominio del predio dominante u otro poseedor legítimo (por ejemplo, un usufructuario), quien pretenda celebrar algún contrato u otra explotación comercial sobre la ventaja obtenida en el fundo sirviente.

En caso de que el que pretenda constituir derechos personales sobre la utilidad no fuese el dueño del inmueble, la norma agrega que es "*sin eximirse de su responsabilidad frente al propietario*".

Nótese que el art. 1021 CCyC, al referirse al efecto relativo del contrato, establece como regla general que aquel solo tiene efecto entre las partes contratantes, pero no respecto de terceros, excepto en los casos previstos por la ley.

2.2. La imposibilidad de constituir derechos reales

El CCyC prohíbe expresamente la posibilidad de constituir derechos reales sobre la utilidad.

Ello es pues que el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de una cosa que constituye su objeto (art. 1883 CCyC) y porque la ventaja que se le confiere al titular no es una cosa.

La norma se circunscribe a la utilidad, por lo que no incluye a la servidumbre en sí misma. Sobre ella no podrán constituirse otros derechos reales, toda vez que esta carga es inherente al fundo. Inclusive, puede fácilmente colegirse que no podrán establecerse derechos reales de garantía, pues la servidumbre no puede ser ejecutada en forma separada del inmueble.

ARTÍCULO 2174.- ***Extensión de la servidumbre.*** ***La servidumbre comprende la facultad de ejercer todas las servidumbres accesorias indispensables para el ejercicio de la principal, pero no aquellas que sólo hacen más cómodo su ejercicio.***

1. Introducción

El CCyC faculta al dueño del fundo dominante a ejercer servidumbres accesorias cuando ellas sean indispensables para el ejercicio del gravamen principal.

2. Interpretación

2.1. El ejercicio de servidumbres accesorias

La norma posibilita la ampliación de los derechos del titular del predio dominante a las servidumbres accesorias, siempre y cuando esta mayor extensión del derecho sea imprescindible.

A modo ejemplificativo, la doctrina suele advertir que resulta necesario para el ejercicio de una servidumbre de extraer agua, el paso que permita llegar al lugar donde ella se extraerá. Como expresamente menciona la norma, las servidumbres accesorias podrán ejercerse cuando sean indispensables, pero están vedadas, si por el contrario, solo tornan más cómodo el ejercicio del gravamen principal.

Atento a que el artículo analizado no propone distinción, debe interpretarse que la facultad aquí prevista resulta aplicable a todas las servidumbres, sea cual fuere el modo en que ellas se hubieran constituido. Ello debe ser así porque esta potestad surge de la ley, independientemente de su inclusión o no en el acto de nacimiento.

Ahora bien, atento a que estas servidumbres son impuestas por la ley, siguen la suerte del gravamen principal —esto es, si se extingue la primera, desaparecen las segundas—.

Cuadra aclarar que la extensión del derecho a las servidumbres accesorias indispensables constituye un "piso mínimo" impuesto por la ley. De allí que el acto de constitución no pueda disminuir esta potestad, toda vez que ello desnaturalizaría el ejercicio de la servidumbre. Por el contrario, el acuerdo de las partes sí puede ampliar las facultades legalmente previstas, o dicho de otro modo, puede extender el gravamen a aquellas servidumbres accesorias que no resulten indispensables y solo impliquen una mayor comodidad.

2.2. El ejercicio abusivo de servidumbres accesorias

Si el titular del fundo dominante ejerciese alguna servidumbre accesoria que no fuere imprescindible o, incluso, la utilizase en forma autónoma al gravamen principal, el dueño de la heredad sirviente posee distintas alternativas para impedir el ejercicio indebido.

Puede recurrir a una defensa extrajudicial o bien hacer uso de la acción posesoria y de la acción negatoria. En el primero de los casos, el art. 2240 CCyC prevé que nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente —en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegasen demasiado tarde—.

Asimismo, cuadra recordar que la acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida; y puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

El titular de la heredad sirviente deberá probar el ejercicio abusivo o incorrecto de las servidumbres accesorias; mientras que el dueño del predio dominante correrá, atento al principio de libertad de los inmuebles, con la carga de la prueba en torno al carácter indispensable de las servidumbres accesorias que pretenda ejercer.

ARTÍCULO 2175.- ***Ejercicio.*** *El ejercicio de la servidumbre no puede agravarse si aumentan las necesidades del inmueble dominante, excepto que se trate de una servidumbre forzosa.*

1. Introducción

El CCyC establece aquí la regla del menor agravio posible, es decir, que la servidumbre debe causar el menor daño posible a la heredad sirviente. De este modo, persiste un principio que proviene del derecho romano, por el cual no debe agravarse la situación del predio sirviente.

2. Interpretación

2.1. La regla del menor agravio posible

La servidumbre, salvo pacto contrario en el acto que le da nacimiento, conserva la extensión y amplitud que posee al momento de su constitución. Ello significa que deben tenerse en cuenta las necesidades del inmueble dominante en aquella oportunidad y, si ellas se incrementaran con el transcurso del tiempo, no serán contempladas para agravar el ejercicio de la servidumbre.

Atento a la contraposición de intereses, el gravamen será ejercido en la medida necesaria para la satisfacción de los requerimientos del fundo dominante y, paralelamente, causando el menor menoscabo posible al fundo sirviente.

Esta regla debe observarse en conjunto con lo dispuesto en el art. 2181 CCyC, en tanto el titular del predio sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor agravio para el inmueble gravado. A modo de ejemplo, si se gravó el inmueble con una servidumbre de paso pero no se previó el lugar, el tránsito deberá hacerse por una zona que implique entrar en la menor superficie posible.

En ese sentido, debe tenerse en consideración lo que las partes hubieran acordado en el título, toda vez que lo que no hayan pactado expresamente, será determinado por el titular de la heredad sirviente.

Esta norma también resulta aplicable si se la adquirió por usucapión, pues el ejercicio no podrá exceder los alcances de lo que se hubiere usucapido por el ejercicio sin título de la servidumbre.

2.2. La excepción: servidumbre forzosa

Como se adelantó, el principio general es que la servidumbre no puede agravarse si se incrementan las necesidades del fundo dominante. No obstante, toda regla tiene su excepción, y ella está constituida por el supuesto de servidumbres forzosas.

Cuando la ley dispone expresamente la necesidad jurídica de imponer la constitución del gravamen, nos encontramos frente a una servidumbre forzosa que, el CCyC define como aquella que la ley autoriza e impone, con independencia de la voluntad u oposición del titular del fundo sirviente.

Cuadra recordar que las servidumbres fozosas son excepcionales, pues solo surgen cuando se dan las circunstancias fácticas previstas taxativamente en el art. 2166 CCyC. Esta última norma refiere explícitamente a las servidumbres de tránsito, de acueducto y de recibir agua.

A modo de ejemplo, si una explotación económica requiere extraer mayor cantidad de agua mediante una servidumbre de acueducto, la excepción se impone, máxime si se tiene en cuenta que no hay título ni posibilidad de negociar. En caso contrario, el gravamen se vería desnaturalizado.

Ahora bien, en esta última hipótesis (servidumbres forzosas) el aumento sobreviniente de las necesidades puede conllevar el agravamiento en el ejercicio del gravamen; pero ello debe ser indemnizado. El monto del resarcimiento puede ser determinado mediante el acuerdo de las partes; en su defecto, será fijado por el juez. Dicho de otro modo, si los titulares de ambos fundos no logran convenir la indemnización, será fijada judicialmente. Nótese que la acción judicial, tal como surge del art. 2166 CCyC, es imprescriptible. Se trata de la acción real confesoria.

ARTÍCULO 2176.- ***Mejoras necesarias.*** *El titular dominante puede realizar en el inmueble sirviente las mejoras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre. Están a su cargo, a menos que el gasto se origine en hechos por los cuales debe responder el titular del inmueble sirviente o un tercero.*

1. Introducción

El CCyC habilita al dueño del fundo dominante a introducir las mejoras que sean necesarias en el predio sirviente para el ejercicio y la conservación de la servidumbre.

2. Interpretación

2.1. Mejoras necesarias

Ante la falta de previsión en el título de constitución, esta norma faculta al titular del predio dominante a realizar todas las mejoras "*necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre*". Esta frase incluye todas las tareas de mantenimiento que sean imprescindibles para el correcto ejercicio de este derecho real.

A contrario sensu, no se podrá llevar a cabo obras que no revistan la característica de indispensables. A ello debe adunarse que, por aplicación del art. 2175 CCyC, las mejoras no pueden agravar la situación del fundo sirviente como consecuencia del incremento de las necesidades en el dominante, salvo que se trate de servidumbres forzosas.

Cabe advertir que, como se desprende de la norma, que utiliza el verbo "puede" y no "debe", nos encontramos frente a un derecho del titular dominante y no ante una obligación pasible de ser exigida por el titular del fundo sirviente. Ello es una derivación lógica de que las obligaciones de hacer *(in faciendo)* no puedan tener cabida en el derecho real. En otras palabras, no se puede acordar que los actos que constituyan el objeto principal de este gravamen deban ser cumplidos por el titular de la heredad sirviente, toda vez que esta hipótesis constituiría un derecho real *in faciendo.*

A esto debemos añadir la circunstancia de que las mejoras solo benefician al titular dominante, al permitirle el normal ejercicio de la servidumbre.

2.2. Los gastos irrogados y la sanción por incumplimiento

Naturalmente, deberá hacerse cargo de los gastos que aquellas mejoras demanden. No obstante, el artículo prevé la excepción a la regla: esto es, cuando el gasto se origine en hechos por los cuales deberá responder el titular del fundo sirviente o un tercero.

Nótese que la norma sigue en el particular la senda del art. 3022 CC, pero añade de manera novedosa los hechos de un tercero.

Asimismo, el dueño del fundo sirviente no puede exigir resarcimiento alguno como consecuencia de las incomodidades que pudiera ocasionarle la ejecución de las obras que permitan las mejoras necesarias en el ejercicio de la servidumbre.

Sí sería viable que se llegase a un pacto en contrario, esto es, que las partes acuerden que el titular del fundo sirviente corre con la obligación accesoria de hacerse cargo de los trabajos indispensables para el ejercicio y conservación de la servidumbre.

ARTÍCULO 2177.- ***Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre.*** *El titular dominante puede obligar a quien hizo en el inmueble sirviente trabajos que menoscaban el ejercicio de la servidumbre a restablecer la cosa a su estado anterior, a su costa. Si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, éste sólo debe tolerar la realización de las tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna.*

1. Introducción

Como se mencionó al analizar el art. 2175 CCyC, la regla general es que no se puede agravar la situación del fundo sirviente mediante actos que disminuyan o menoscaben el ejercicio de la servidumbre constituida.

2. Interpretación

2.1. Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre

Si del ejercicio de la servidumbre resulta un perjuicio al predio sirviente, y este pudiera evitarse sin privar al dominante de la utilidad que le reputa el gravamen, el art. 2181 CCyC habilita al titular de la heredad sirviente a exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor menoscabo para el inmueble gravado.

Sin embargo, el titular del inmueble sirviente también debe evitar la realización de obras que menoscaben o impidan el ejercicio del gravamen, toda vez que la naturaleza de este derecho real le exige soportar o dejar hacer.

Si, mediante la realización de actos contrarios al ejercicio de las servidumbre, el propietario del predio sirviente interfiere o no cumple con su deber de abstención, deberá hacerse cargo de restablecer las cosas a su estado anterior a su costa; pudiendo incluso ser condenado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Justamente, frente a esta situación puede interponerse una acción confesoria contra quien impida los derechos inherentes a la posesión, "*especialmente sus servidumbres activas*" (art. 2264 CCyC). Al actor le bastará con probar su derecho de poseer el fundo dominante y su servidumbre activa, si se impide este gravamen.

2.2. El cambio de titularidad del fundo sirviente

La norma advierte que si el inmueble sirviente pasa a poder de otro, este solo debe tolerar la realización de las tareas, sin poder reclamar contraprestación alguna.

Si el inmueble sirviente fue transmitido a un sucesor particular, por aplicación del principio de que nadie puede adquirir un derecho mejor y más extenso que el que tenía quien se lo transmitió, este estará obligado a sufrir el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, pero no podrá ser condenado a hacerlo a su costa, pues no es el autor del hecho ilícito.

En este último supuesto, quedan a salvo los derechos del dueño o poseedor legítimo del fundo dominante de recuperar los gastos ocasionados, y reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios contra quien haya obstaculizado la servidumbre mediante actos contrarios a su normal ejercicio. Por el contrario, los sucesores universales sí deberán responder por los daños.

ARTÍCULO 2178.- ***Ejecución por acreedores.*** *En ningún caso la transmisión o la ejecución de la servidumbre pueden hacerse con independencia del inmueble dominante.*

1. Introducción

Como se explicó anteriormente, la inherencia es una característica tipificante de la servidumbre, esto es, su dependencia respecto del predio al cual beneficia y respecto del fundo que la sufre.

De esta cualidad se desprende que la servidumbre jamás podría ser objeto de negocios jurídicos, independientemente del inmueble que la sufre o del predio a favor del cual se constituyó.

2. Interpretación

2.1. Nuevamente sobre la inherencia al fundo dominante

La inherencia típica de la servidumbre hace a su dependencia respecto del inmueble. Nótese que las servidumbres reales y los derechos reales de garantía solo pueden transmitirse conjuntamente con el inmueble dominante o con el derecho principal, atento a su carácter de derechos reales accesorios del fundo o de los créditos garantizados, respectivamente.

Aunque el art. 2172 CCyC solo menciona al inmueble dominante, la inherencia es una característica necesaria de todo derecho real, y en la servidumbre esta inherencia incluye tanto al derecho del titular del predio dominante como al gravamen del titular de la heredad sirviente.

La consecuencia de ello es que el gravamen no puede ser separado del inmueble, ni ser objeto de acto jurídico alguno, ni de ejecución.

Así, tanto el derecho como la carga se transmiten a los sucesores particulares o universales, junto con la transmisión entre vivos o *mortis causa* del dominio de cualquiera de los fundos. Inclusive en caso de que su existencia no hubiese sido debidamente denunciada al efectuarse la operación.

2.2. La ejecución por los acreedores

La norma establece expresamente que la servidumbre no puede ser ejecutada en forma separada del inmueble por los acreedores del titular.

Si bien el art. 242 CCyC prevé que todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, no resulta posible la ejecución independiente de una servidumbre sin que el remate incluya al inmueble dominante.

Entonces, si el deudor sujeto a la ejecución de sus acreedores es el propietario del inmueble, la subasta afectará al fundo y a la servidumbre que le es inherente.

Si, por ejemplo, el titular es un usufructuario, la ejecución incluirá el derecho de usufructo, pero no la servidumbre que, se reitera, es inseparable del inmueble dominante.

ARTÍCULO 2179.- ***Comunicación al sirviente.*** *El titular dominante debe comunicar al titular sirviente las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón del ejercicio de la servidumbre. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el titular sirviente.*

1. Introducción

El titular del inmueble dominante deberá informar al titular de la heredad sirviente sobre las perturbaciones que haya sufrido en el ejercicio de la servidumbre. La norma es amplia y explícita toda vez que incluye no solo a los obstáculos de hecho sino también a los de derecho.

2. Interpretación

Esta norma impone la obligación de informar sobre las perturbaciones sufridas en el ejercicio de la servidumbre. A modo de ejemplo, el titular dominante deberá comunicar al propietario si el inmueble sirviente es objeto de usurpación a fin de que este pueda accionar contra el usurpador. De igual manera, cuadra recordar que el titular dominante posee legitimación activa para incoar, por derecho propio, las acciones posesorias o reales que fuesen necesarias a fin de conservar o restablecer su derecho.

En el segundo de los supuestos mencionados, debe denunciar cuando alguien reclame un mejor derecho sobre el inmueble.

En su defecto —esto es, ante la omisión de denuncia de tales situaciones—, responderá por todos los daños sufridos por el titular del predio sirviente. Así, será responsable si, como consecuencia de la falta de comunicación, hubiese dejado adquirir sobre el inmueble servidumbres pasivas u otra clase de derechos.

Como indica el art. 2176 CCyC, el titular dominante puede realizar en el inmueble sirviente las mejoras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre. De modo que si alguien perturbara los derechos del sirviente, y el dominante no pusiera esta situación en su conocimiento, responderá por los daños como si hubieran ocurrido por su culpa.

Debemos concordar esta norma con los derechos y deberes inherentes a la posesión (arts. 1932 y 1933 CCyC) y con los efectos propios de la tenencia, en tanto se establece que el tenedor debe individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si es perturbado en razón de la cosa; de no hacerlo, responderá por los daños ocasionados al poseedor y perderá la garantía por evicción, si esta corresponde (art. 1940, inc. b, CCyC).

En definitiva, mientras la legislación anterior solo preveía esta norma para el usufructuario, quien debía comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas, el CCyC la menciona cuando regula el usufructo (art. 2149 CCyC), y la extiende al titular dominante en una servidumbre.

CAPÍTULO 3
Derechos del titular sirviente

ARTÍCULO 2180.- ***Disposición jurídica y material.*** *El titular sirviente conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho. No pierde el derecho de hacer servir el predio a los mismos usos que forman el objeto de la servidumbre. Así, aquel cuyo fundo está gravado con una servidumbre de paso conserva la facultad de pasar él mismo por el lugar.*

No debe turbar el ejercicio de la servidumbre, ni siquiera por la constitución de otra. Si lo hace, el titular dominante puede exigir el cese de la turbación; si la servidumbre es onerosa puede optar por una disminución del precio proporcional a la gravedad de la turbación.

1. Introducción

Esta norma reúne varios principios que se encontraban dispersos en distintos artículos de la legislación anterior.

El CCyC menciona aquí los derechos y facultades —y sus límites— que conserva el titular del fundo sirviente con posterioridad al nacimiento de la servidumbre.

2. Interpretación

2.1. Derechos y facultades del titular del predio sirviente

Esta norma nos recuerda los derechos que mantiene el titular del inmueble sirviente. Entonces, sin perjuicio del deber de tolerar que la servidumbre conlleva, "*el titular sirviente conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho*". Ello es lógico, pues la constitución de la carga no implica transmisión alguna del dominio u otro derecho real sobre el inmueble.

Esta norma puede ser observada en conjunto con aquellas que prevén las facultades del dueño (arts. 1941 y 1944 CCyC), de los condóminos (art. 1990 CCyC), del titular de la propiedad horizontal (art. 2045 CCyC), de los conjuntos inmobiliarios (art. 2084 CCyC), del superficiario y del propietario (arts. 2120 y 2121 CCyC), y los derechos del usufructuario (art. 2142 CCyC) y del nudo propietario (art. 2151 CCyC).

Ello es así, pues salvo la restricción que ocasiona el gravamen, el titular conservará todas las facultades que correspondan a su derecho; y, en el caso de existir un condominio sobre el predio sirviente, los deberes pesarán sobre todos los condóminos.

De este modo, el titular podrá realizar actos de disposición jurídica (por ejemplo, venta, permuta, donación, o bien constituir otros derechos reales), actos de administración (por ejemplo, locación), o bien actos de disposición material. El ejercicio de estos derechos será viable siempre que no se perjudique la servidumbre.

2.2. Defensas ante la turbación del ejercicio de la servidumbre

A modo ejemplificativo, la norma plantea que el titular del fundo sirviente no debe turbar el ejercicio de la servidumbre ni siquiera con la constitución de una nueva; es decir, que si se grava el inmueble con un nueva carga, la segunda no debe perjudicar a la primera.

En caso contrario —esto es, si el titular o poseedor del inmueble sirviente turbara de algún modo el ejercicio de este derecho real—, el dominante podrá exigir el cese de la turbación mediante el reclamo judicial pertinente. Para ello cuenta con la acción confesoria.

Esta acción real ampara la plenitud del derecho, por lo que corresponde contra cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesión de otro, especialmente sus servidumbres activas.

Asimismo, si la servidumbre es onerosa, la norma habilita otra solución para el titular dominante, al disponer que "*puede optar por una disminución del precio proporcional a*

la gravedad de la turbación". El dominante podrá, entonces, repeler la turbación u optar por que se mantenga, pero obtener a cambio la disminución del precio abonado, mediante una suma de dinero proporcional a la gravedad de la turbación.

En síntesis, el CCyC establece aquí las facultades del titular sirviente, al igual que lo hace en el art. 2151 CCyC con relación al nudo propietario. Sin embargo, a diferencia de la normativa anterior, actualmente permite en ambos casos una disminución del precio abonado.

ARTÍCULO 2181.- ***Alcances de la constitución y del ejercicio.*** *El titular sirviente puede exigir que la constitución y el ejercicio de la servidumbre se realicen con el menor menoscabo para el inmueble gravado, pero no puede privar al dominante de la utilidad a la que tiene derecho.*

Si en el título de la servidumbre no están previstas las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio, las debe determinar el titular sirviente.

1. Introducción

En atención a la existencia de intereses contrapuestos, y para un mejor aprovechamiento de los inmuebles, el gravamen será ejercido en la medida necesaria para la satisfacción de los requerimientos del fundo dominante y, paralelamente, causando el menor menoscabo posible al fundo sirviente.

2. Interpretación

2.1. El ejercicio menos gravoso

Como se adelantó al analizar el art. 2175 CCyC, la servidumbre conserva la extensión y amplitud que posee al momento de su constitución, salvo pacto contrario en el acto que le dio nacimiento. Ello significa que deben tenerse en cuenta las necesidades del inmueble dominante en aquella oportunidad y, si ellas se incrementaran con el transcurso del tiempo, no serán contempladas para agravar el ejercicio de la servidumbre.

Esta norma replica aquí la regla del menor menoscabo o prejuicio posible al fundo sirviente, que la debe soportar. Esta norma debe interpretarse de modo integral con el principio de buena fe (art. 9° CCyC) y atendiendo a que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10 CCyC).

El límite está en que no se puede privar al dominante de la utilidad a la que tiene derecho. Mientras no se traspase aquella limitación, el titular sirviente puede exigir que la servidumbre se ejerza del modo que menos lo perjudique.

Ahora bien, debe tenerse en consideración lo que las partes hubieran acordado en el título, toda vez que lo que no hayan pactado expresamente, será determinado por el titular de la heredad sirviente.

En caso de conflicto, el titular sirviente no puede alterar la situación por su exclusiva voluntad, pero podrá reclamar judicialmente, recurriendo a la acción real negatoria cuyos legitimados pasivos incluyen a cualquiera que impida el derecho de poseer de otro —aunque sea el dueño del inmueble—, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida. Esta acción también tiene por finalidad reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

2.2. La determinación del titular sirviente

La servidumbre se ejercerá de acuerdo a lo dispuesto en el título de su constitución. Este es el que determinará el alcance material del gravamen; pero, en su defecto, esto es, en caso de que el modo de su ejercicio no estuviese previsto, corresponde al titular del predio sirviente —quien, naturalmente, intentará que la carga le cause el menor agravio posible— determinar *"las circunstancias de lugar y tiempo de ejercicio"*.

En caso de que el titular sirviente ejerciera su derecho de modo abusivo, o frente a posibles discrepancias en torno a la decisión tomada, el juez resolverá la extensión y modo de ejercicio de la servidumbre. Cabe recordar, en tal sentido, que el art. 10 CCyC dice que "*el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de un derecho*".

CAPÍTULO 4
Extinción de la servidumbre

ARTÍCULO 2182.- ***Medios especiales de extinción.*** *Son medios especiales de extinción de las servidumbres:*

a. *la desaparición de toda utilidad para el inmueble dominante;*
b. *el no uso por persona alguna durante diez años, por cualquier razón;*
c. *en las servidumbres personales, si el titular es persona humana, su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados; si el titular es una persona jurídica, su extinción, y si no se pactó una duración menor, se acaba a los cincuenta años desde la constitución.*

1. Introducción

El CCyC contiene reglas generales de extinción de todos los derechos patrimoniales y propias de todos los derechos reales.

Ahora bien, en la regulación de los distintos derechos reales se encuentran causas específicas. En lo que aquí interesa, el artículo comentado establece los medios especiales de extinción propios de las servidumbres.

2. Interpretación

2.1. Medios generales de extinción

El art. 1907 CCyC enumera las causas generales de extinción de los derechos reales: la destrucción de la cosa, el abandono y la consolidación en los derechos reales que recaen sobre cosa ajena.

Ambas resultan aplicables a las servidumbres, pero las causas mencionadas —que abarcan, en principio, a todos los derechos reales— no son las únicas. Como se analizará más adelante, el CCyC establece las causas especiales de extinción propias de las servidumbres. A saber:

a. La destrucción de la cosa: se trata de una causal general de extinción de todos los derechos reales, excepto que la ley autorice su reconstrucción. A modo ejemplificativo, en la servidumbre podría darse el supuesto de que su ejercicio terminase siendo absolutamente imposible por un cambio sobreviniente en el fundo dominante o en el sirviente.

b. La renuncia o abandono: puede plantearse la hipótesis de la renuncia de aquella persona que se vea favorecida por la servidumbre, ya sea el propietario del predio dominante, todos los condóminos u otros titulares de derechos reales legitimados para adquirir servidumbres. La renuncia debe ajustarse a la forma que el CCyC exige para la extinción de los derechos reales sobre inmuebles, es decir que debe realizarse en escritura pública por imperio del art. 1017, inc. a, CCyC y luego ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, en razón de su oponibilidad (art. 1893 CCyC).

c. Consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena: las servidumbres podrían extinguirse por la confusión o reunión, en el mismo sujeto, de la propiedad del fundo dominante y la del sirviente, cualquiera haya sido la causa que la haya motivado; o del predio dominante y de la parte del fundo sirviente sobre la cual recaigan. La confusión puede darse en cabeza de uno de los dos titulares o de un tercero que adquiera la propiedad de ambos. La extinción de la servidumbre por confusión es una consecuencia de que sea un derecho real sobre cosa ajena, pues resulta de aplicación el principio *nemini res sua servi*t, por el que nadie puede tener una servidumbre sobre su propio inmueble.

2.2. Medios especiales de extinción

Ahora bien, el artículo en comentario enumera los modos especiales de extinción de las servidumbres. Se analizará cada supuesto por separado.

2.2.1. Extinción por falta de utilidad

Es importante recordar que la servidumbre le otorga al titular del inmueble dominante "*determinada utilidad sobre el inmueble sirviente*", la que puede ser incluso de "*mero recreo*" (art. 2162 CCyC). El gravamen debe "*asegurar una ventaja real a la heredad dominante*" (art. 2165 CCyC).

Aquella utilidad puede estar constituida por la facultad de usar la heredad ajena e impedir que su propietario ejerza algunos de sus derechos.

Así las cosas, si constituida la carga, desaparece toda utilidad, la servidumbre se extingue, pues no se puede establecer una limitación al derecho de propiedad que no reporte ventaja para nadie.

Ahora bien, la desaparición de la ventaja debe ser total; dicho de otro modo, si la servidumbre pierde parte de la utilidad, esa modificación no conlleva su extinción.

2.2.2. Extinción por el no uso

La servidumbre también se extingue por el no uso durante el término de diez años. La norma es amplia al señalar "*por persona alguna*". Ergo, si alguna persona ejerce la servidumbre, aun cuando no sea el titular del derecho real, no hay extinción.

Asimismo, agrega "*por cualquier razón*". De esta manera, el no uso o el acto contrario a su ejercicio puede provenir del titular de cualquiera de los inmuebles, de un tercero, de caso fortuito o fuerza mayor.

¿Desde cuándo comienza el cómputo del plazo legal? Puede colegirse que el término empieza desde el día en que se ha dejado de usar o desde el día en que se ha hecho un acto contrario a su ejercicio.

Esta es una causal de extinción común a los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena y, en lo que aquí interesa, resulta aplicable a las servidumbres reales y personales.

Justamente, el no uso demuestra un desinterés por el derecho real constituido, y frente a esta situación y transcurrido el plazo previsto, la ley le otorga un efecto liberatorio a la carga que pesa sobre el inmueble.

Nótese que el no uso por el término legal extingue inclusive a las servidumbres perpetuas, por lo que aquí se observa una diferencia sustancial respecto del derecho de dominio, que no se extingue por el no uso. En ese sentido, el art. 1942 CCyC establece que el dominio "*no tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro*".

2.2.3. Vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición

Como se analizó al comentar el art. 2171 CCyC, este derecho real puede ser sometido a modalidades y, de este modo, puede sujetarse a un plazo o condición.

Si la condición o plazo tiene por finalidad limitar la duración de la servidumbre, las estipulaciones de las partes deberán respetar lo dispuesto en este Código; es decir, si se trata de servidumbres reales donde no se ha convenido un límite temporal, ellas se consideran perpetuas.

En igual sentido, si se trata de servidumbres personales cuya duración no se ha convenido, se consideran vitalicias; es decir que se extienden toda la vida del beneficiario (persona física) o no más de 50 años (persona jurídica). Cualquier previsión contraria se encuentra prohibida.

En otras palabras, la servidumbre durará, en un caso, hasta el fallecimiento del beneficiario y, en el otro, cuando se cumpla el término máximo de 50 años, si no se pactó uno menor.

ARTÍCULO 2183.- ***Efectos de la extinción.*** ***Extinguida la servidumbre, se extinguen todos los derechos constituidos por el titular dominante.***

1. Introducción

Esta norma reafirma la circunstancia de que, al extinguirse la servidumbre y desaparecer la ventaja que ella reportaba, los derechos personales constituidos sobre la utilidad no pueden continuar porque carecerían de objeto.

2. Interpretación

El CCyC establece expresamente que el titular de una servidumbre puede constituir sobre la utilidad obtenida derechos personales. El art. 2173 CCyC prevé así la facultad de otorgar derechos personales sobre la ventaja que genere el gravamen.

No obstante, se prohíbe expresamente la posibilidad de constituir derechos reales sobre la utilidad. Ello es claro a poco que se advierta que el derecho real se ejerce sobre la totalidad o sobre una parte material de una cosa que constituye su objeto (art. 1883 CCyC) y que la ventaja que se le confiere al titular no es una cosa.

La norma se circunscribe a la utilidad, por lo que no incluye a la servidumbre en sí misma. Sobre ella, no podrán constituirse otros derechos reales, toda vez que esta carga es inherente al fundo.

Como se adelantó, al extinguirse el derecho real de servidumbre —y, con él, la ventaja que reportaba—, desaparece el objeto que sustentaba los derechos personales constituidos.

Finalmente, cabe advertir que, como la norma no distingue la causa de la extinción del gravamen, lo aquí dispuesto resulta aplicable a la servidumbre, cualquiera sea la causa que produjo su extinción.

TÍTULO XII(*)
Derechos reales de garantía

CAPÍTULO 1
Disposiciones comunes

ARTÍCULO 2184.- ***Disposiciones comunes y especiales.*** *Los derechos reales constituidos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo.*

1. Introducción

Con este artículo se inicia la regulación de los derechos reales de garantía. Constituye una innovación concentrar en él las pautas generales a las que los tipos que más adelante reglamenta deben ajustarse y responder. Ello ha permitido reducir en un número importante la cantidad de artículos que se relacionan con la materia, dándole claridad y precisión a los perfiles de la hipoteca, la anticresis y la prenda.

2. Interpretación

Cabe recordar que las garantías constituyen una especie dentro de un género. Primeramente habrá que reconocer que, con esa función, se halla —primeramente— el patrimonio del deudor. Otro tanto ocurre con las garantías personales que el derecho privado concede.

Podemos decir que los derechos reales de hipoteca, anticresis y prenda constituyen garantías típicas. Otras, las atípicas, no afectan de manera directa el patrimonio del deudor. Entre estas últimas podemos nombrar a la reserva de dominio y al fideicomiso de garantía.

Determinados ordenamientos legislan casos de garantías reales especiales, como la hipoteca y la prenda naval (ley 20.094), y las minas de tercera categoría (ley 1919, Código de Minería)—componen la tercera categoría, las producciones minerales de naturaleza pétrea o terrosa y, en general, todas las que sirven para materiales de construcción y ornamento, cuyo conjunto forma las canteras—. Otros que autorizan la constitución de gravámenes reales pueden hallarse en la ley de sociedades al reglar los debentures (ley 19.550), en la ley sobre obligaciones negociables (ley 23.576) y los Warrants, leyes 928 y 9643, etc.

Por garantía, y a ella responden las contempladas en el título, se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción. Atribuye al acreedor un nuevo derecho subjetivo o nuevas facultades (por ejemplo, la simple retención de la cosa que debe entregar).

Las garantías reales —como las que aquí se tratan— son las que recaen sobre cosas determinadas. Tienen, como uno de sus efectos, la oponibilidad *erga omnes,* exclusiva cualidad

(*) Comentarios a los arts. 2184 a 2218 elaborados por Federico J. Causse y Christian R. Pettis.

de todos los derechos reales. Cabe remarcar que las garantías típicas que en este título se enuncian, están alcanzadas por el orden público.

Llamar "imperativas" a las normas que siguen , consulta de mejor modo el interés involucrado. No se tratan únicamente de herramientas que posibilitan el crédito, sino también que, por el privilegio que conceden, estos institutos traducen la expectativa de posibilitar su reembolso en caso de incumplimiento, lo cual no puede acontecer en desmedro de otros acreedores desprevenidos.

De este modo, se tornan operativos para todos esos derechos reales de garantía una serie de requisitos estructurales y naturales. Son estructurales la convencionalidad (art. 2185 CCyC); la accesoriedad (art. 2186 CCyC) y la especialidad, tanto en cuanto al objeto (art. 2188 CCyC), como en cuanto al crédito (art. 2189 CCyC). Es natural, la indivisibilidad (art. 2191 CCyC).

En particular, debe recordarse la clasificación de los derechos reales en principales y accesorios de un crédito en función de garantía, tal como dispone el art. 1889 CCyC.

Ello significa que el poder jurídico —que el derecho real de garantía traduce sobre la cosa— queda sujeto, como accesorio, al crédito como principal. No debe confundirse crédito con obligación dineraria. El CCyC dice en el art. 856 que los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor. A su vez, fija como efectos en el art. 857 CCyC que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.

Al recurrir el Código al término "créditos", engloba a obligaciones, las que a su vez pueden ser de dar sumas de dinero, pero también de dar cosas, de hacer o no hacer. La función de garantía de estos derechos reales no puede quedar circunscripta a las obligaciones en dinero, aunque sea lo habitual. De ahí que se aprecie correcta la expresión "garantía de créditos".

La facultad que conceden los derechos reales de garantía es la de otorgar a su titular el derecho de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que ha obtenido oponibilidad posteriormente conforme al principio *"prior in tempore potior in iure"*.

Viene a cuento, en este aspecto, el régimen de inoponibilidad que proyecta el art. 1893 CCyC desde el que se tiene —*a contrario sensu*—el cumplimiento de los presupuestos que cada derecho real de garantía lleva implícito, permiten efectivizar las ventajas aludidas con independencia de la calidad y condición de terceros, titulares de derechos reales o personales.

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

1. Introducción

El presupuesto desde el cual los derechos reales de garantía cobran vigencia entre partes y oponibilidad frente a terceros, se desarrolla a través de la convención. La trascendencia de este requisito se explica por varios motivos, entre los que podemos hallar:

i. la certeza que reclama la expresión del crédito que tutelan;

ii. el impacto que tienen respecto del derecho que gravan —el que tiene la presunción de ser libre de cargas (art. 1888 CCyC)—;

iii. la necesidad de tener que instrumentarse para alcanzar —cuando correspondiere— el emplazamiento registral a través del cual se publicitan.

Su imposición en el Código, además, se justifica en la prohibición de quedar constituidos legal, tácita o judicialmente (arg. art. 1896 CCyC).

2. Interpretación

El artículo fija con claridad que los derechos reales de garantía tienen una manera de quedar constituidos, que es por contrato con intervención de los legitimados. Ello debe distinguirse de la fuente exclusivamente legal de los derechos reales y, en particular, de los tratados en los capítulos del título que analizamos. Con ello tenemos que el derecho real es plena consecuencia de un contrato.

Aunque no lo mencione el precepto, puede anudarse que —en caso de intervenir un mandatario, tanto para la constitución, cuanto para la aceptación de la garantía— debería, cuando corresponda, actuar con poder suficiente.

Cuando la norma refiere a los "los legitimados" para la válida constitución de cualquiera de estos derechos reales de garantía, no hace sino proyección de lo dispuesto de manera general en el art. 1892 CCyC sobre "Título y modos suficientes" que expresa: *"Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto"*. A su vez, se precisa la actuación del titular del crédito en cuyo favor la constituye: el acreedor. Véase, en este punto, que no se admite la titularidad del derecho real de garantía si, en paralelo, no se lo es del crédito respecto del cual el primero es accesorio.

Previamente dijimos que la convención por la que se admite la constitución del derecho real (hipoteca, anticresis o prenda) va a permitir —publicidad mediante— la oponibilidad de la garantía desde el momento en que puede ser conocida por los terceros.

En este aspecto, no debe soslayarse que para los derechos reales de garantía sobre cosas registrables *"la inscripción es modo suficiente"* (art. 1892 CCyC) aunque *"no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participan en los actos, ni aquellos que conocían o debía conocer la existencia del título del derecho real"* (art. 1893 CCyC). La inscripción de los derechos reales constituidos sobre inmuebles es reglada por la ley 17.801 (arts. 1°, 2°, 3° y concs.). Con relación a los automotores, cabe atenerse a lo dispuesto por el decreto-ley 6582/1958 (art. 19 y concs.).

Por lo todo lo visto, se entiende que el carácter convencional, es esencial.

Dicho lo anterior, cabe repasar los presupuestos instrumentales que se exigen para satisfacer el requisito de la convencionalidad.

En la tarea encontramos que, si los derechos reales de garantía recaen sobre inmuebles, la convención debe efectuarse en escritura pública (art. 1017, inc. a, CCyC). Deviene indisponible para las partes una forma distinta (arg. art. 962 CCyC). Cuando la ley exige la escritura pública, se entiende que no podría ser demostrado por un medio distinto. Por tal motivo, deberá mantenerse a las formas específicamente autorizadas por el Código para la hipoteca (art. 2208 CCyC), rigiendo para la anticresis el precepto primeramente referido. En el caso de garantías reales dadas sobre cosas muebles, atenerse al comentario a los arts. 2212 CCyC (anticresis) y 2222 CCyC (para la prenda).

ARTÍCULO 2186.- ***Accesoriedad.*** *Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.*

La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.

1. Introducción

Hemos señalado que, como materia común a todos los derechos involucrados en este título, la hipoteca, la prenda y la anticresis, constituyen derechos reales cuya existencia y vigencia devienen sujeta a un crédito, a título accesorio. La relación entre el crédito principal y el derecho real de garantía en función accesoria, permite precisar que, extinguida la obligación principal, queda sin causa el derecho real accesorio, pero no a la inversa.

2. Interpretación

La accesoriedad constituye otro requisito esencial de los derechos reales de garantía. Es un principio estatutario cuyas proyecciones se vislumbran en el rango de avance, el *numerus clausus*, fijando pautas insoslayables para el tráfico y la licitud de la causa del crédito.

Por un lado, la accesoriedad pone de manifiesto el vínculo insoslayable entre el crédito garantizado y la garantía propiamente dicha. Uno y otro se deben en una relación de necesidad tal que, sin el crédito, el derecho real de garantía encontraría ausente su causa, su sentido. Cuando las obligaciones quedan incumplidas, el acreedor —titular del derecho real de garantía— puede actuar según se verá más adelante. Es cierto que, también conserva el acreedor la facultad de peticionar medidas. Ello, en resguardo de la intangibilidad del valor comprometido.

Vuélvase aquí a los arts. 856 y 857 CCyC. Estos definen las obligaciones principales y los derechos y obligaciones accesorios, como también los efectos entre ambos. Remitimos a la lectura de los respectivos comentarios.

La accesoriedad no debe confundirse con la especialidad en cuanto al crédito que regla el art. 2189 CCyC. Esta última se circunscribe al monto del gravamen involucrado. Con el numeral asignado, el montante establece en la práctica el grado de agresión patrimonial que, con causa en el crédito, tornará preferente al acreedor que ostente la garantía real respectiva.

Se trata del requisito que menciona el artículo, de un presupuesto autónomo que se cumple individualizando el crédito, como lo refiere el art. 2187 CCyC. Fuera de ello, el funcionamiento del derecho real de garantía impone la denuncia de un crédito exigible (principal), para hacer efectiva la garantía, en ocasión de realizar la cosa.

Corolario del vínculo existente entre el derecho de crédito (principal) y la garantía real (accesorio) puede observarse que los derechos reales son intransmisibles sin el crédito y que se extinguen con él. No es posible —por lo tanto— cederlo y conservar la condición de acreedor del crédito. No puede cederse el crédito sin el gravamen. Por tal motivo tampoco podría suceder que un acreedor del titular del derecho real de garantía, embargue solo el derecho real con el objeto de subastarlo.

Para nosotros existe gravamen abierto cuando se constituye incumpliendo el principio de accesoriedad. La relación causal se presenta, en estos casos, como *"operaciones indeterminadas"* o genéricamente como *"obligaciones presentes y futuras"* gestadas en

el marco de una relación —usualmente comercial o financiera— entre distintos sujetos, que no es descripta. La razón de ser de esta indeterminación del crédito tiene su génesis en el desarrollo del giro económico comprometido por los sujetos involucrados. Usualmente responden a *"todas las obligaciones nacidas por cualquier causa"*.

Por la falta de individualización de la causa, su entidad y extensión, queda impedida una determinación precisa del negocio, como también de todas y cada una de las obligaciones generadas; extremo que conspira contra el conocimiento exacto que las partes y terceros puedan tener del estado del crédito garantido, lo cual desalienta el interés por la cosa gravada, cuando no fomenta el fraude. Imagínese, en este sentido, que quede facultado el acreedor a adquirir deuda contra el mismo deudor.

Este es el motivo por el cual el plexo normativo anterior y el comentado, consignen el principio de la accesoriedad: evitar, en última instancia, que un gravamen sin causa haga desaparecer el conocimiento del valor comprometido y, en consecuencia, restrinja en el futuro los negocios con la cosa.

Piénsese también en la pretensión de un tercero de adquirir el inmueble sin certeza sobre el *quantum* del crédito pendiente. En este caso, el conocimiento del "máximo", impuesto por la especialidad crediticia, no hace desaparecer la incertidumbre sobre el monto de la deuda pendiente.

Afirmado como ha sido el principio de la accesoriedad, ya no es posible consentir la falta de designación del negocio productor del crédito, alegando la existencia de un techo en la responsabilidad —por ejemplo— hipotecaria. Tampoco es dable confundirlo ahora con el de especialidad crediticia. Y menos aún, consentir la ausencia de una clara y concreta accesoriedad, bajo el justificativo de un máximo. El máximo, por otra parte, no es una noción que haya sido impuesta únicamente para las garantías con "flexibilidad admitida", sino para todas las garantías.

Y no hablamos aquí de créditos eventuales, perfectamente válidos, pues la razón del crédito —su causa— está descripta en el acto constitutivo del gravamen, aunque con posterioridad adquiera o no entidad.

El problema es mayor cuando se intenta la ejecución del crédito resultante, pues se priva al deudor o tercer poseedor de oponer la defensa de pago en el contexto del contrato hipotecario que no designó concretamente la relación jurídica —relación sustancial— productora de obligaciones.

Ha sido ponderado antes de ahora que, en una futura reforma legislativa, sería conveniente flexibilizar el carácter de la especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente:

a. una suma máxima y un plazo máximo; o
b. una suma máxima y una determinación suficiente de la causa.

Dicho lo anterior, entendemos que el Código conserva esta interpretación del asunto, al precisar en el párr. 2 del art. 2189 CCyC que *"el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente"*. Es que la individualización del crédito, que hace a la accesoriedad que refiere expresamente este artículo en comentario, nada tiene que ver con que la obligación pueda nacer posteriormente, lo cual no exime su designación en la convención.

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

1. Introducción

Arriba señalamos que los créditos constituyen el elemento principal al que los gravámenes reales se le anexan a título de garantía. Pues bien, este precepto enumera de manera genérica los distintos créditos que pueden ser objeto de ellas.

2. Interpretación

Los créditos garantizables son la causa de los derechos reales de garantía. Bajo la nómina de "créditos" aquello que precisa la norma son, en puridad, obligaciones.

Es que, como se señala, los derechos reales de garantía aseguran el cumplimiento de ellas. Pueden ser objeto de garantía real las obligaciones sin sujeción a condición alguna (puras y simples), o diferidas en el tiempo hasta el vencimiento de un término (a plazo), o subordinadas en su eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto (condicionales o eventuales), o que impliquen la entrega de alguna cosa (de dar), o aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho (hacer), o una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena (no hacer).

De más está decir que, por ocupar el lugar de "principal", la suerte de la obligación determinará la subsistencia del derecho real de garantía.

Debe repararse que la norma en lugar alguno requiere que se establezca el *quantum* dinerario de la obligación. El art. 2189 CCyC impone un *quantum* al monto de la garantía, que es algo distinto.

Aunque ordinario, ese extremo aparece mencionado (por ejemplo, una suma de dinero dada en mutuo, el valor monetario que representa la mercadería entregada, el saldo de precio); la obligación principal puede no expresarse en una suma de dinero. Ello también permite distinguir la accesoriedad aquí tratada del principio de especialidad crediticia.

Las obligaciones eventuales tienen como característica que su nacimiento obedece a una contingencia futura. Al considerar la norma que ellas pueden ser garantizables por derechos reales como los que tratamos, no debe descartarse que el crédito resultante deba estar referido en el contrato. Ello no es sino consecuencia de lo normado por el art. 2187 CCyC, en cuya virtud se manda a identificar los créditos de manera adecuada, a través de los sujetos, el objeto y su causa.

Esta clase de operaciones normalmente mercantiles o financieras, prevén en el estatuto constitutivo, una manera de contabilizar los saldos a fin de concentrar en un título el resultado de la deuda y demandar ejecutivamente su pago.

Los contratos de cuenta corriente mercantil (art. 1430 CCyC) y cuenta corriente bancaria (art. 1393 CCyC), constituyen típicos generadores de créditos eventuales. Ello, claro está, si el saldo resulta acreedor.

Ratificando la necesaria convención como fuente de todo derecho real de garantía (art. 2185 CCyC) este precepto manda —dice "*debe*"— a que sea individualizado adecuadamente el crédito a través de los sujetos, objeto y causa involucrados.

Ello constituye el norte de la regulación pues, lo que se pretende con el precepto es evitar una expresión general de la causa del gravamen, al punto de condicionar a las partes y a los terceros con la incerteza sobre la vigencia y alcance de aquella.

El art. 2189 CCyC contempla una modalidad que, como allí se dice, permite que el crédito "*pueda*" quedar individualizado o "*pueda nacer posteriormente*".

Lo que, en principio, parece una regulación contraria a la que aquí se analiza; en rigor, se contesta con varias directrices que fluyen del texto en conjunto (arg. art. 2° CCyC).

En efecto, debe ser considerado que:

a. la ley impone el deber de individualizar el crédito consignando a los sujetos, el objeto y la causa (art. 2189 CCyC);
b. individualizados estos elementos de la obligación principal, el crédito puede nacer posteriormente;
c. el gravamen constituye, en todos los casos, el máximo de la garantía real por todo concepto;
d. la constitución de la garantía es válida, aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se pueda integrar de acuerdo al conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo (art. 2190 CCyC).

Por tales motivos entendemos que, al referir al nacimiento posterior del crédito, las bases sobre su causa siempre habrán de referirse en el instrumento que contenga el gravamen.

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

1. Introducción

La especialidad, en cuanto al objeto, constituye otro presupuesto para la constitución de derechos reales de garantía. Cabe remitirse a cada estatuto para conocer las implicancias de la designación de la cosa pues, con excepción de la hipoteca y la anticresis, cierto es que la prenda adquiere, en la materia, condiciones propias que podrían prescindir de dicho cumplimiento, si ella se discutiera entre partes. Fuera de lo expuesto, cierto es que, en todos los casos el objeto debe ser actual y no se concibe una garantía cierta sin un objeto presente.

2. Interpretación

Inicialmente, las cosas y los derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía.

Bajo la nómina de cosas, encontramos a los inmuebles con los elementos que resultan del art. 225 CCyC —inmuebles por su naturaleza— y el art. 226 CCyC —inmuebles por accesión— y a los muebles con la definición que brinda el art. 227 CCyC.

Cuando la ley expresa a los derechos como objeto, debe entenderse que pueden garantizarse derechos expresamente autorizados en cada uno de los tipos comprendidos, fuera de las disposiciones comunes, que son: la hipoteca, la prenda y la anticresis.

En esa orientación, encontramos que pueden servir de garantía al derecho de superficie la hipoteca (art. 2120 CCyC) y la anticresis (art. 2213 CCyC), dedicando la Sección 3ª de este título, precisamente, a la prenda constituida sobre créditos (art. 2232 CCyC y ss.).

Queda fuera de este esquema la posibilidad de gravar con derechos reales de garantía, el usufructo (con excepción de la anticresis art. 2142 CCyC), el uso y las servidumbres.

También cabe agregar la hipoteca naval y la aeronáutica, según lo autorizan los respectivos títulos (art. 499 de la ley 20.094 y ss. y art. 52 de la ley 17.285 y ss.). Anotamos, en esta misma línea, la hipoteca sobre minas de la tercera categoría, que pertenecen, únicamente, al propietario (Código de Minería).

En este precepto se menciona que el objeto debe ser actual. Pues bien, la actualidad implica que la cosa o bien a afectar, debe ser existente y, como tal, determinable en su materialidad.

En rigor, la determinación del objeto es un presupuesto general para todos los derechos reales, tal como expresamos arriba. El conjunto de las designaciones con las que se comprende el objeto se conoce bajo la voz "especialidad" y su proyección se extiende hacia dos órbitas. Una primera, remite al acto constitutivo, en el que la especificación debe ser completa y adecuada. Una segunda, para los derechos reales sobre cosas registrables que satisfacen el presupuesto que permitirá su anotación y, con ella, la publicidad consecuente. Ya que los derechos reales de garantía gravan cosas o derechos puntuales, queda restringida la posibilidad de que un patrimonio pueda ser objeto de gravamen.

La individualización adecuada constituye el pilar sobre el que objetivamente se construye una correcta enunciación del bien que recibirá a título de derecho de propiedad, la hipoteca, la anticresis o la prenda. Tratándose de cosas inmuebles bastaría la mención de su ubicación y la designación catastral y registral. En caso de afectarse bienes rurales, a las expuestas puede sumarse la identificación según sus linderos. Pero, si pensamos en las cosas muebles o créditos instrumentados sobre los que pueden quedar constituidas prendas o créditos documentados, a tal fin deberá precisarse con el mayor detalle posible, para permitir su oponibilidad y cesión.

Pueden gravarse con derechos reales de garantía más de una cosa o bien, incluso bienes y cosas. El precepto no lo prohíbe y la práctica encuentra reiterados casos en que ello se verifica.

La complejidad que el gravamen de varios objetos trae, serán tratados al comentar el art. 2191 CCyC que, bajo la voz "indivisibilidad" trata las vicisitudes que pueden acaecer en el trámite de la ejecución, lo cual no es sino respuesta al hecho de que cada uno de los bienes afectados y cada parte de ellos están alcanzados por el gravamen.

ARTÍCULO 2189.- ***Especialidad en cuanto al crédito.*** ***El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.***

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

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

1. Introducción

La especialidad en cuanto al crédito, tal como mencionamos arriba, debe distinguirse de la accesoriedad. La primera, responde al máximo del gravamen, que debe estar especificado. El segundo presupuesto satisface la individualización del crédito al que el gravamen accede.

Interesa en este punto destacar que aun cuando la norma refiere a la ya citada "especialidad", también desarrolla cuestiones propias de la accesoriedad, haciendo puntualizaciones en torno a la individualización del crédito. Por último, en un precepto que tiñe la correcta regulación propuesta, hace alusión al plazo al que la garantía estará sujeta en tales condiciones.

2. Interpretación

Dijimos que la especialidad, en cuanto al crédito, fija el grado de agresión patrimonial que tiene al acreedor con garantía real. La especialidad, con relación al crédito, se vincula con el gravamen real. Este, como destaca la norma, *"debe estimarse en dinero"*.

Una primera lectura del asunto nos lleva a observar que precisan esta "*estimación*" en dinero aquellos créditos que importen obligaciones de dar —que no sean sumas de dinero—, e incluso las de hacer y no hacer.

Los créditos dinerarios no requieren acudir a este mecanismo de estimar suma alguna, salvo que el crédito no esté individualizado con todos los elementos y exija recurrir al máximo de la garantía real en los términos a los que se refiere el segundo párrafo de este precepto y sin perjuicio de tener que individualizar la causa, fuente del crédito, según se explicará. Por ahora anotamos que, la falta de designación completa del crédito, privaría al deudor o a terceros de poder contestar una acción que dé por tutelado con la garantía, determinadas operaciones ulteriores sin una causa fuente que las respalde. Recuérdese que el art. 2190 CCyC, bajo la voz de defectos de especialidad, parece autorizar la indagación y resolución de este tópico en caso de insuficiencias, sobre la base de las restantes enunciaciones del acto constitutivo.

La fijación del máximo de la garantía, que repercutirá en sede registral o proyectará sus efectos desde el contrato mismo, es una imposición legal de orden público. Los derechos reales de garantía se estructuran sobre la base de tener definido el máximo al que la garantía concede tutela privilegiada. Dicho de otro modo, los gravámenes tienen —sin excepción— definido, desde la génesis de su establecimiento, una suma dineraria que funciona como afectación del valor de la cosa hipotecada, gravada con anticresis o prendada.

De ahí que el cumplimiento de este presupuesto interesa no solo a las partes sino a los terceros, interesados o no, para conocer la magnitud de la afectación.

Así, en función de la publicidad de este requisito, sabrán los referidos arriba qué porción de la cosa o derecho se encuentra sujeta al régimen del derecho real de garantía.

La especialidad crediticia se vincula con el grado de agresión patrimonial que tiene el acreedor, para percibir con carácter de privilegiado el crédito que ostenta (art. 2582 CCyC); el crédito así garantido.

El privilegio, siempre de fuente legal, constituye una preferencia que permite percibir antes que otros acreedores del mismo deudor el crédito respectivo.

El Código no prohíbe la contratación en dólares. Pero cierto es que el precepto en examen impone que el principio de especialidad en cuanto al crédito se cumpla en "dinero", extremo que no se cumple consignando allí moneda extranjera.

Que la especialidad crediticia no traduzca sino en definitiva un valor, tiene que ver con que el monto consignado no es el del crédito, sino el máximo de agresión patrimonial con techo privilegiado. Nada hay en común entre este principio y la obligación, sino por vía de consecuencia. De ahí que las partes libremente puedan establecer mecanismos para mantener inalterada la porción del valor que la garantía importa.

El párr. 2 de la norma en examen apunta que la mención del crédito puede acontecer designando todos los elementos desde el origen en el acto constitutivo o puede nacer posteriormente.

El caso de un crédito condicional —modalidad suspensiva—, por ejemplo, no impide que el nacimiento del crédito, previamente individualizado, nazca con posterioridad. Lo mismo acontecería con una obligación eventual como causa del crédito.

Ahora bien, para cierta flexibilidad a la descripción completa del crédito principal, el Código repara en que la especialidad crediticia *"constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria"*. Con ello observamos que el Código admite una indeterminación de los créditos, pero sin autorizar la mención de la causa fuente que los producirá (una línea de crédito, operaciones a celebrarse en el marco de una relación jurídica determinada e individualizada, etc.).

Autorizada, pues, esta indeterminación que entendemos parcial, el legislador ha entendido que correspondía fijar un plazo al que la garantía se sujeta. Este no podrá exceder de diez (10) años, contados desde ese acto, lo cual consulta satisfactoriamente el tiempo en que aquellas pueden desarrollarse.

Dado que el precepto concluye que, vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia, entendemos que la ley no ha querido decir que la garantía real tiene como plazo el señalado, sino que se refiere a que el crédito debe nacer en aquel.

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

1. Introducción

El precepto ratifica la necesidad de que los presupuestos vinculados con la especialidad —y a nuestro entender la accesoriedad— deban cumplirse; y que, ante la descripción incompleta de ella, puedan llegar a conocerse recorriendo el conjunto de las enunciaciones resultantes del contrato.

2. Interpretación

El precepto en estudio recoge el principio de conservación de las garantías reales. Queda visto que los elementos ya destacados (especialidad y accesoriedad) revestían la condición

de principios insoslayables impuestos por el Código en beneficio de las partes y de la comunidad interesada en general.

El mantenimiento del gravamen constituye un norte. Para ello se precisa que la convención, pueda ser —a tal fin— autosuficiente. No puede pensarse en autorizar el mantenimiento del gravamen si debe recurrirse a elementos extraños a la convención. Ella es el límite. Recuérdese que *"los derechos reales de garantía solo puede ser constituidos por contrato"* (art. 2185 CCyC), que *"al constituirse la garantía el crédito debe estar individualizado adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa"* (art. 2187 CCyC), que el objeto de la garantía *"debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo"* (art. 2188 CCyC) y que el monto de la garantía *"debe estimarse en dinero"* (art. 2189 CCyC).

De ahí que, su *"incompletitud"*, y no su lisa y llana omisión, es lo que puede salvarse. La norma no auspicia que sea judicialmente respondido, si la garantía existe o no. Sino, más bien, poder conocer que ella se extiende objetiva y crediticiamente a la realidad que se resuelva.

Es claro para nosotros que el incumplimiento de los presupuestos que hacen a la especialidad no puede autorizar la sustitución de ellos por elementos extracartulares.

> **ARTÍCULO 2191.-** ***Indivisibilidad.*** *Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes.*
>
> *El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías.*
>
> *Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés.*

1. Introducción

La indivisibilidad, reconocida como carácter "*natural*" de los derechos reales de garantía, supone una cualidad de estos. A través de ella se permite que un número de cosas se alcancen como solo una por el gravamen real, de manera tal que, en adelante, el derecho tutele, de igual manera y sin variantes, hasta la mínima expresión el crédito principal. Aunque no debe confundirse el derecho real de garantía con los privilegios, pues el primero es un derecho real; y el segundo, una cualidad del crédito, cierto es que una norma análoga a la aquí tratada ha sido concebida en materia de disposiciones comunes a estos últimos.

En efecto, el art. 2576 CCyC dice: *"Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito…"*.

2. Interpretación

Este carácter extiende la potencia del derecho tanto sobre la garantía como sobre el crédito. Ello es así de manera que queda impedida la extinción parcial de la garantía cuando, por la multiplicidad de sujetos acreedores o deudores o por el número de cosas afectadas a ella, no se reduce y conserva su aptitud gravando de la misma manera la cosa, todo el

tiempo. Igual alcance puede concederse a la hipótesis en la que, entre varias, algunas cosas gravadas desaparezcan.

Se dice que es una característica "*natural*" pues es de su esencia. Aunque, de todos modos, puede ser objeto de convenio que la extinción parcial del crédito autorice la liberación de algunas cosas determinadas. En definitiva, se trata de una seguridad para el acreedor en torno a la ejecución entera de la obligación.

Al extenderse la indivisibilidad a los bienes gravados, cada uno de ellos y cada parte responden por toda la deuda.

Cuando la cosa dada en garantía se ha dividido entre varios (copropietarios o coherederos) o, si parte de la cosa ha sido enajenada, cada parte del bien permanece afectado a la deuda. Cuando son varias las cosas dadas en garantía real por una única deuda, todas ellas permanecen alcanzadas por el todo de la deuda, al punto de quedar autorizado el acreedor a perseguirlas de manos del deudor, del constituyente o de un tercero al mismo tiempo.

Cuando el precepto refiere a que cada parte de los bienes están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes, el artículo predica a la indivisibilidad en cuanto al crédito.

Por tal razón, en su faz pasiva, la extinción parcial de la deuda no permite extinguir parcialmente el gravamen real. De esta manera, el grado de agresión patrimonial, que constituye la especialidad en cuanto al crédito, quedará inalterado.

A su vez, si existieren varios deudores o el deudor originario dejara varios herederos, aunque la deuda se divida entre ellos, el gravamen permanecería indivisible impidiendo que quien atienda su porción de la deuda, pueda exigir la cancelación parcial de la garantía. Solo podría acceder a la extinción del gravamen el codeudor interesado que pague el total de la deuda, sin perjuicio de la subrogación que ello autorizara. En su faz activa, si a varios coacreedores se les paga solo parte del crédito, el deudor no podría estar autorizado para cancelar parcialmente el gravamen.

Este artículo permite la formulación de pactos de divisibilidad del crédito o de la garantía, lo cual, como en el régimen anterior, torna a este principio en uno natural.

De igual modo, para que la realización del derecho del acreedor no traduzca una innecesaria y abusiva afectación de los bienes dados en garantía, se permite al juez, ante el requerimiento del interesado y siempre que ello no ocasione perjuicio al acreedor, disponer la división de la garantía. Entendemos que el perjuicio para el acreedor puede presumirse cuando la decisión de fragmentar la ejecución a algunos bienes, o autorizar la división de la cosa que constituye la garantía, implica una demora impropia de la ejecución deducida, o un mayor costo. Fuera de ello, es claro que no basta la mera oposición del acreedor para desestimar la división.

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

Sin embargo, no están comprendidos en la garantía:

a. *los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual;*

b. *los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.*

1. Introducción

La extensión, en cuanto al objeto, precisa el alcance de la garantía. El precepto impone indagar los casos de accesorios físicamente unidos a la cosa y las mejoras. En torno a las rentas, el artículo, al consignarlas como las *"debidas"*, supone tanto aquellas que ingresan por subrogación como las que son el resultado de una explotación. Las excepciones que describe en los incisos se vinculan con casos en que el accesorio se halla gravado por otros derechos reales con anterioridad o pertenece a terceros.

2. Interpretación

Es de hacer notar que el precepto no distingue qué clase de accesión autoriza o qué mejoras. De manera que, remitiéndonos al art. 1945 CCyC, se tiene que el derecho de dominio comprende los objetos que forman un todo con la cosa o son sus accesorios. Ello permite concluir —preliminarmente— que los accesorios constituyen la misma cosa, de ahí que no quepa hacer distingo alguno. Cabe recordar en este punto lo prescripto por el art. 230 CCyC que prescribe: "*son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridos. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario. Si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria*".

Por tales consideraciones, para ser accesorios de una cosa, es necesario que se encuentren adheridos con carácter perpetuo. En torno a las cosas inmuebles, los arts. 225 y 226 CCyC reducen a dos las subespecies. Son inmuebles por su "*naturaleza*" el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica, y las que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre. Por su parte, son inmuebles por "accesión" las cosas muebles que se encuentren inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter permanente (por ejemplo, las cañerías de agua y gas, instalaciones sanitarias y eléctricas en general, etc.).

Se excluye expresamente como inmuebles, a las cosas muebles afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario (por ejemplo, las máquinas y útiles destinados a la explotación ganadera de un campo, los muebles que integran el ajuar de una casa).

En cuanto refiere a las mejoras, corresponde remitirse al régimen general que emana del art. 751 CCyC y ss. y a la conceptualización que hace el art. 1934 CCyC.

En tal sentido, recordamos que la mejora es el aumento del valor intrínseco de la cosa. Pueden ser naturales o artificiales. Las últimas son las provenientes de hecho del hombre. Las primeras autorizan al deudor a exigir el mayor valor de la cosa, en caso de ser aceptadas por el acreedor. En punto a las mejoras artificiales, ellas se clasifican, a su vez, en necesarias —que constituyen una obligación del deudor, hacen a la conservación de la cosa y no dan derecho a indemnización alguna, aunque pueden retirarse— y también se encuentran las útiles —beneficiosas para cualquier sujeto de la relación posesoria— y de mero lujo, recreo o suntuarias (arts. 751 a 753 y 1934 CCyC) —que reportan provecho exclusivamente a aquel que las hizo— .

Al extenderse la garantía a las rentas o frutos civiles debidos, se coordina la solución que antes referimos a los accesorios, pues constituyen también accesorios del bien dado en

garantía. Debe repararse que las rentas a las que alude la ley son las "debidas", puesto que, "pagadas", no corresponden al inmueble sino al propietario que conservaba para entonces la plena disponibilidad de su patrimonio.

En orden a las excepciones, el precepto trata dos casos que parten de una misma idea, que es que los bienes físicamente unidos se hallen gravados con anterioridad o pertenezcan a terceros.

La accesión pudo producirse con anterioridad a la constitución del gravamen o con posterioridad.

La solución del primer supuesto se explica por cuanto la prevalencia temporal del derecho de prenda constituido, impide su extinción como tal por la unión a un inmueble. Con mayor precisión, debe decirse que ello se verificaría se trate de prendas con o sin registro.

En cuanto a la segunda vertiente, considerar a los bienes físicamente unidos a la cosa que son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual y los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aún en las condiciones antes indicadas.

Vale recordar en este punto que, al referir a la extensión del dominio, el art. 1945 CCyC expresa que *"todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño…"* y que *"se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario"*.

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

1. Introducción

Como se explicó, el derecho real de garantía traduce una seguridad para el acreedor titular del derecho personal de crédito. Esta seguridad, merced al instrumento concedido para la tutela, implica la atribución de una porción del valor de la cosa gravada. Por tal motivo, fue impuesto como requisito de la constitución válida de esta clase de derechos, el principio de especialidad en cuanto al crédito (art. 2189 CCyC) o fijación en dinero del grado de agresión patrimonial.

Pues bien, en este caso, el precepto alude lo que puede cubrir la garantía o, en otras palabras, los rubros que quedarán protegidos en la porción que debe expresarse en el convenio por el que se constituya el gravamen.

2. Interpretación

El crédito que toda garantía real tiene como causa principal exige su ponderación por capital y la fijación de sus correspondientes intereses cuando haya lugar. Ello así pues las seguridades que los derechos reales de garantía conceden, si bien lo son a favor de cualquier clase de obligaciones (art. 2187 CCyC), su ejecución ante el incumplimiento, únicamente puede traducirse en dinero. Recordemos en este último punto que el CCyC

fulmina de nula la cláusula en cuya virtud se permite al titular de un derecho real de garantía adquirir el bien gravado, salvo caso de compra en subasta judicial.

Por tal motivo, el crédito que finalmente se traduce en una suma de dinero, puede llevar intereses compensatorios si son convenidos entre el acreedor y el deudor y que, en caso de no acordarlos, ni imponer determinada especie, las leyes o los usos, el juez puede fijarlos (art. 767 CCyC). A su vez, a partir de su mora, el deudor debe los intereses moratorios (art. 768 CCyC).

Para comprender su inclusión como garantía, insistimos, debe considerarse que, para que ella permita la ejecución de la cosa gravada, debió precederle el incumplimiento del deudor.

En razón de no haber satisfecho la deuda, la garantía cubre —además— los daños y costas.

Estos dos extremos revelan necesariamente, un estado de mora en la cancelación del crédito principal. El precepto alude a esta última condición, al referirlos como provocados —los daños y costas— por *"el incumplimiento"*, lo cual implica que, para su determinación, hubo de acudirse a la judicialización del asunto.

Los "daños" pueden resultar de la aplicación anticipada de cláusulas penales, pactadas para asegurar el cumplimiento de una obligación, sujetándola a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación (art. 790 CCyC), como también del pago de una suma de dinero que supla la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora (art. 793 CCyC).

Las cláusulas penales quedan a cubierto dentro de la garantía por resultar daños previamente fijados. Pueden encontrarse como cláusulas habituales, si la obligación principal versa sobre obligaciones de hacer, en cuyo caso el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse (art. 795 CCyC).

Las costas son los gastos en que debió incurrir el acreedor para la ejecución del crédito principal. Pueden distinguirse del concepto "reserva de gastos", del de "costas", referido en este precepto. Como se dijo, estos últimos son los devengados para la ejecución del crédito e integran el crédito que puede ser percibido con el privilegio que acuerda el marco de la especialidad crediticia. Los primeros, que no constituyen un privilegio, quedan a resguardo de la preferencia acordada por el hecho de lograr la realización de la cosa.

Por último, el artículo contempla que la extensión del crédito trasunta a los intereses, costas y daños "*anteriores*", permitiendo que ellos queden comprendidos en la garantía. No dejamos de observar la estrictez de la manda en consonancia con la afirmación que hubo de hacer el legislador al señalar que *"la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen"* (art. 2189 CCyC). Tanto es así que los rubros que resulten anteriores a la fecha de la constitución del gravamen deben ser liquidados, lo que supone la indicación de su causa y el numeral al que responden.

Si no se indica su cómputo exacto pero se individualizan los elementos a los que se refiere el art. 2189 CCyC, deben ser admitidos privilegiadamente hasta el monto del gravamen, según lo manda la misma norma, cuando señala que cualquier suma excedente es quirografaria.

ARTÍCULO 2194.- ***Subrogación real.*** *La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.*

En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante.

1. Introducción

La inclusión de esta figura en el marco de este título tiene por razón la necesidad de dar certeza al acreedor sobre la subsistencia de la garantía. Así, ello no descarta hacer valer este principio, incluso respecto de terceros quienes —en adelante— no podrán alegar sorpresa ni agravio a una solución que no forma sino parte del estatuto que rige a las garantías reales en general.

2. Interpretación

Subrogar significa trasladar *ipso iure* ("de pleno derecho") la garantía sobre los bienes gravados a la indemnización, precio u otro concepto que haga las veces de cosa. Principalmente, la razón por la cual la solución debe ser así receptada, se halla en el hecho de que, por imperio de la ejecución de la cosa, la garantía desaparece respecto de ella y debe atender, de igual grado y modo, a los fondos obtenidos por la ejecución.

La subrogación real, en general, constituye un fenómeno que obedece a la pérdida de la potestad jurídica que sobre la cosa o derecho ejercía su titular, y se traslada a otra.

El artículo señala un principio general, que es el traspaso del gravamen a los bienes que sustituyen a los gravados. Cabe considerar las distintas hipótesis cuya fuente también menciona el precepto (indemnización, precio o cualquier concepto que permita la subrogación real).

Allí encontramos a las indemnizaciones ante la destrucción total o parcial de la cosa (por incendio, por ejemplo), su desaparición o desvalorización, e incluso, por fallecimiento del deudor. El artículo responde que a ellas habrá de extenderse el gravamen. Es usual la contratación del seguro juntamente con la constitución de la hipoteca y prenda con registro, aunque en estos casos el sistema legal autoriza a pedir las medidas precautorias del caso (embargo) para servirse de los fondos. De esa manera se entiende, no la garantía real, sino el privilegio nacido de ella.

La Ley de Seguros expresa en el art. 84 sobre este particular que, el acreedor notificará al asegurador de la existencia de prenda o hipoteca y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia del acreedor para que formule oposición dentro de siete días. Formulada la oposición y en defecto de acuerdo de partes, el asegurador consignará judicialmente la suma debida. El juez resolverá el artículo.

Otro tanto acontece en materia de expropiación. La Ley de Expropiación establece en el art. 28 que ninguna acción de terceros podrá impedir la expropiación ni sus efectos. Los derechos del reclamante se considerarán transferidos de la cosa a su precio o a la indemnización, quedando aquella libre de todo gravamen. Del texto se deriva que la transferencia (subrogación real) se produce sin intervalo de tiempo por disposición legal. De ahí que, en este caso, deba juzgarse que, del mismo modo que el derecho real gravaba la cosa, ahora grava la indemnización sustitutiva, pues el gravamen queda extinguido respecto de la cosa al transferirse la cosa expropiada.

ARTÍCULO 2195.- ***Facultades del constituyente.*** ***El constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía. Si esto ocurre, el acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente.***

1. Introducción

La afectación que traduce el gravamen real, lleva a destacar principalmente la función de garantía. No es por efecto de tratarse de un derecho accesorio a un crédito principal que, concediendo o no la posesión de la cosa, los titulares de derechos reales de garantía materializan una potestad que trasunta, principalmente, la facultad de reclamar la conservación del valor de ella y de hacer valer el derecho frente a terceros. En efecto, es por tratarse pura y simplemente de titulares de derecho de propiedad, que tales facultades generales se prestan como objeto del derecho.

Ahora bien, no es menos cierto que la dependencia de la garantía real con el derecho de crédito principal, incide en la realización de las potestades que importan esta clase de derechos reales.

Dicho ello, nos encontramos ante un precepto que, a la par que describe las facultades del constituyente, prescribe sobre las del acreedor ante determinadas contingencias.

2. Interpretación

Partimos de la base que todo derecho real de garantía constituye una limitación al derecho del constituyente. Como la hipoteca, afecta la facultad de disposición, pues no puede disponerse sin la hipoteca; o como la anticresis, que se concreta en la potestad de extraer los frutos y, por su valor, imputarlos al crédito debido, la limitación —que, en algunos casos, se traduce en un desmembramiento—, contrae las facultades del propietario, al punto de dejar coexistentes los derechos de uno y otro.

Véase, en este punto, que el precepto alude a que el propietario *"conserva todas las facultades inherentes a su derecho"*. Ello permite afirmar que, principalmente, los derechos reales de garantía activan los resortes propios de su estatuto, en los casos en que se disminuya el valor del bien o cosa comprometida, pues he aquí donde entra a tallar el interés de la garantía comprometida.

Dicho lo anterior, constituye un avance inexorable observar que el tratamiento que acuña el precepto, principia por dar un contorno a las facultades del constituyente. Se subraya esta solución como prueba de la limitación a su derecho que comporta todo gravamen. Pero además, y es útil ponerlo de manifiesto, no puede perderse de vista que, más allá de la titularidad de la hipoteca, la anticresis o la prenda, lo que motoriza al acreedor es su condición de tal. En otras palabras, el interés de los titulares de derechos reales de garantía se apoya, principalmente, en ser acreedores de un crédito.

De todo lo dicho se extrae que el propietario de la cosa o derecho alcanzado por el gravamen, sea o no deudor, conserva todas las facultades propias de su derecho, pudiendo disponer de la cosa, sea enajenándola a título oneroso o gratuito, gravando sobre ella nuevos derechos reales, extrayendo sus frutos —según el caso—, arrendándola, etc. En general, conservando la facultad de disposición material y jurídica con la limitación a cuestas. De igual modo, en la cosa puede realizar construcciones y producir los cambios que entienda menester.

Más adelante, al tratar cada estatuto en particular se verá de qué manera se precisa el margen de las potestades del constituyente; las que, en rigor, dependen también de si la cosa es dada o no en posesión al titular del derecho real de garantía.

La acción de disminuir la garantía ha sido expresamente concebida como supuesto de limitación de la potestad del constituyente.

Una cuestión que cabe aclarar es que la restricción incumbe no solo al constituyente, sino al adquirente del bien, quien no puede sustraer su conocimiento de la existencia del gravamen.

Dicho ello, apuntamos que el precepto elige describir la acción de disminuir la garantía a su enunciado, correspondiendo, por lo tanto, que la acreditación de ella se verifique en instancia judicial.

A tal fin observamos que disminuir, en rigor, importa que el acto produjo una mengua en el valor económico de la cosa gravada, lo cual puede acontecer por la realización de actos materiales o jurídicos en esa línea, independientemente que ello derive de actos realizados por el constituyente o por un tercero. A su vez, no debe descartarse el supuesto en el que las partes hayan pactado en el acto constitutivo qué actos son los que ambas comprenderían como atentatorios de la garantía y, con causa en ellos, previa verificación judicial, autorizan la adopción de las medidas a las que el precepto hace referencia en el *in fine*. La constitución, por parte del propietario de la cosa, de derechos reales de disfrute, cuando ellos son autorizados por los respectivos ordenamientos específicos, no implica alterar la garantía. Tendrán, en cambio, una oponibilidad relativa, cuando fueren posteriores a la constitución de la garantía conforme sienta el principio *"primero en el tiempo, mejor en el derecho"* (art. 2196 CCyC).

Entre los supuestos de actos de disposición material respecto de la cosa podemos citar, en torno a los inmuebles, la demolición (total o parcial), desmontes, cambiar el destino de ella. En cambio, respecto de los accesorios separados del inmueble, proceden las acciones de persecución respectivas las que se detienen frente a quienes resulten poseedores de buena fe.

La locación o arrendamiento constituye un acto de administración de la cosa. Si bien con ese contrato queda reducida la disponibilidad material de ella, al punto de influir negativamente en su realización pues la subasta no la hace cesar, cierto es que no existe norma que prohíba la constitución de la locación sobre la cosa gravada.

Verificada la disminución, el precepto concede al acreedor la adopción de distintas medidas, a saber:

a. privación del plazo de la obligación. En este supuesto, como se explicó, verificada la disminución de la garantía el acreedor puede optar por exigir la deuda como de plazo vencido;
b. exigir el depósito —en garantía y a título conservatorio— de un valor idéntico al que quedó probado disminuyó la cosa;
c. exigir otra garantía, real o personal.

ARTÍCULO 2196.- ***Inoponibilidad.*** ***En caso de ejecución, son inoponibles al acreedor los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía.***

Remisiones: ver art. 1893 CCyC.

1. Introducción

Como derivación directa de lo dispuesto por el art. 1893 CCyC, este artículo establece el alcance de los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía. No menciona la norma a cuáles se refiere en concreto, mas debe señalarse que la sanción se vincula exclusivamente con los efectos que tendrán respecto del acreedor del gravamen, dejando

subsistentes las acciones que pudieren corresponder entre los terceros y el constituyente o sus sucesores.

Así, inscripto en el marco en el que los derechos reales son oponibles a la comunidad una vez alcanzados el título y el modo suficiente, puede decirse que esta norma opta por una solución práctica que mantiene subsistentes aquellos actos, sin que para el acreedor sean siquiera existentes.

2. Interpretación

El art. 1893 CCyC sienta el principio en cuya virtud la adquisición o trasmisión de derechos reales, constituidos de conformidad con las disposiciones legales, no son oponibles a los terceros interesados y de buena fe, mientras no tengan publicidad suficiente. Considera que la publicidad suficiente es la inscripción registral o la posesión, según su caso. Afirma que, si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. Por último, no pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real.

Ello lleva a hacer pie en el art. 1892 CCyC que contempla al título y modo suficiente, exigiendo ambos para la adquisición derivada por actos entre vivos. A su vez, juzga como modo suficiente a la tradición posesoria para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión (por ejemplo, anticresis y prenda). En último término sienta que la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables (por ejemplo, anticresis y prenda con registro) y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiriera.

Dispuesto así el modo en el que legalmente cabe comprender el régimen de adquisición y transmisión de derechos reales, atento a la naturaleza de estos derechos, su oponibilidad deviene evidente.

En términos generales, el Código autoriza a todo acreedor a solicitar que se dicte a su favor la declaración de inoponibilidad de actos celebrados por su deudor en fraude con los derechos del solicitante, sea que importen un acto positivo o una renuncia al ejercicio de derechos que hubiera podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna (art. 338 CCyC). Para que proceda dicha declaración resulta menester el cumplimiento de distintos presupuestos:

i. que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;
ii. que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;
iii. que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

Cuando la norma señala que la inoponibilidad se aprecia en caso de ejecución, ello supone la declaración judicial en el contexto de la ejecución del crédito garantido y, a la vez, la intervención de todos los interesados en el debate y la resolución consecuente. Entendemos que, fuera de dicha instancia, no es ajustada la declaración de ineficacia.

ARTÍCULO 2197.- ***Realización por un tercero.*** *Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente.*

Si el crédito está sujeto a condición suspensiva, puede requerírsele que ofrezca garantía suficiente de la restitución de lo percibido en la extensión del artículo 349 para el caso de frustración de la condición.

1. Introducción

El acreedor no puede impedir que otro embargue y haga rematar la cosa en subasta pública. Tal estado de la cuestión enfrenta, como inevitable, la pérdida de la garantía (art. 2203 CCyC). En razón de ello, deberá concurrir el titular del derecho real de garantía a hacer valer su derecho, con causa en el crédito. Como él puede hallarse aún sin mora, es lógico que la ley imponga un mecanismo desde el que habilitar a la reclamación del crédito. En última instancia, se trata del caso de un resguardo que habilita el Código para favorecer la integridad de la garantía.

2. Interpretación

El mecanismo de este precepto se activa una vez que se dispone la subasta del bien gravado con derecho real. Ello supone que otros acreedores intentan realizar el bien, con el fin de obtener con su producido, el reembolso de sus créditos.

En el orden procesal distintas normas, como el art. 575 CPCCN, disponen la citación de acreedores anotados en el inmueble, objeto de ejecución. Por su parte el art. 531 CPCCN ordena que el Oficial de Justicia, que procede a la intimación de pago y embargo de bienes muebles, debe requerirle al propietario que denuncie la existencia de embargos o prendas respectos de los bienes.

De lo expuesto se deduce que, en el trámite correspondiente a la subasta de bienes, existe una instancia en la que habrá de consultarse sobre la existencia de anotaciones sobre los bienes, lo cual posibilitará la citación de quienes tuvieren derechos reales de garantía sobre ellos.

Esta citación actualiza la posibilidad de que la norma que comentamos tenga lugar y *"antes del cumplimiento del plazo"* para el pago acordado entre acreedor y deudor, autoriza a que el titular de por caduco el plazo y a cobrarse, según la preferencia respectiva.

La realización de la cosa en una ejecución forzada, sea por orden judicial, sea en un procedimiento extrajudicial autorizado por ley, hace extinguir al derecho real de garantía que lo grava, si la subasta se produce con citación del acreedor. Puede suceder que el crédito principal, que es precisamente el garantizado por el derecho real de garantía, subsista sin ser percibido, razón por la cual cabe afirmar que la subasta judicial o extrajudicial extingue el gravamen pero no al crédito principal.

Ahora bien, para que este sistema tenga lugar, es preciso que el crédito del acreedor con garantía real se torne exigible, ya que —de lo contrario— podría suceder que la garantía se pierda sin que el titular del derecho real pueda formular reclamación alguna. Por tal motivo, el precepto en análisis autoriza a dar por caduco el plazo.

Al dar por caduco el plazo pendiente, aquello que el precepto invita es —citación mediante— acudir al proceso o procedimiento en el que el remate tenga lugar, a fin de liquidar el crédito y hacer valer el privilegio respectivo, cuando haya lugar ante la falta de fondos suficientes. Nada distinto acontece cuando el deudor se concursa.

Cuando la obligación está sujeta a una condición suspensiva aún no cumplida, el acreedor puede requerir al tercero ejecutante una *"garantía suficiente de la restitución de lo percibido en la extensión del artículo 349 para el caso de frustración de la condición"*. Ya

el art. 347 CCyC, a cuya lectura remitimos, lo autorizaba expresamente a solicitar medidas conservatorias, y el art. 349 CCyC contempla como solución la restitución de la prestación y los accesorios percibidos, en caso de incumplimiento de la condición suspensiva. Se advierte así el distinto tratamiento respecto de cada una de estas hipótesis: en el caso de una obligación, sujeto a plazo aún no vencido, el titular de la garantía está autorizado a dar por decaídos los plazos y, obviamente, a promover la reclamación de su crédito; en el restante supuesto, se mantiene la inexigibilidad del crédito condicional, pero se habilita la obtención de medidas conservatorias.

ARTÍCULO 2198.- ***Cláusula nula.*** *Es nula toda cláusula que permite al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía.*

1. Introducción

Visto que los derechos reales de garantía conceden seguridad ante el incumplimiento y que, acaecido este la única posibilidad de cobro es la de acudir a la reclamación judicial o extrajudicial consecuente, claro resulta que la lisa y llana adquisición de la cosa por el acreedor —cualquiera sea el derecho real de garantía del que sea titular—, extralimita la potestad que el Código le acuerda. Del mismo modo, la sujeción a los procedimientos que establece la ley, no resulta materia que las partes puedan decidir anticipadamente.

2. Interpretación

En materia de derechos reales de garantía, la facultad de apropiación de la cosa, en caso de resolución, está prohibida. Ella puede presentarse a través de distintas modalidades, como —por ejemplo—, convertir al acreedor en dueño de la cosa o mediante el recurso denominado "*pactum de distrayendo*", que traduce un mandato tácito para proceder a su enajenación.

En ambos casos, como bien lo señala el precepto *"ante toda cláusula"*, el ordenamiento tacha de nula la convención sobre este punto, dejando subsistentes las restantes regulaciones que resulten del convenio.

Los fundamentos que pueden citarse para tal prescripción, consideran que el derecho de garantía es siempre una potestad sobre un bien ajeno, en razón de lo cual mal podría ser causa de su adquisición por otro título. Por lo demás, no debe dejar de considerarse que la materia está gobernada por el orden público.

Sin perjuicio de lo expuesto, y tal como lo referimos con anterioridad, puede acontecer que el acreedor se haga de la cosa una vez rematada, pagándola con el crédito que el deudor le adeuda. En tal caso, si fuere admitida judicialmente, tendría por causa de adquisición su realización en subasta y no el convenio que el artículo aprecia nulo.

ARTÍCULO 2199.- ***Responsabilidad del propietario no deudor.*** *El propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen.*

1. Introducción

En consonancia con lo dispuesto por el art. 2189 CCyC al expresar *"La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen"*, como lo señalado por el art. 2193 CCyC al indicar que *"La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento"*, este precepto delimita el máximo al que responde la cosa gravada en poder de un propietario no deudor.

2. Interpretación

A fin de expresar el alcance de la responsabilidad del propietario no deudor, el artículo advierte qué hipótesis responden al sujeto que refiere.

En tal sentido da dos opciones, que son:

i. el tercero que constituye la garantía; y
ii. quien adquiere el bien gravado sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado.

Sobre el primer caso, el ejemplo se aprecia claro: la garantía puede ser dada por el deudor o por un tercero. El art. 2185 CCyC, al referirse a la convencionalidad, dice que los derechos reales de garantía solo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados, y, en ningún caso, impone que la garantía que ello representa deba, inexorablemente, ser dada por quien es el deudor. De modo que encontramos el ejemplo típico en quien, sin obligarse personalmente, desde el inicio acepta gravar su propiedad en seguridad del crédito de otro.

El segundo caso, también aparece claro: un tercero extraño adquiere por cualquier título una cosa gravada y al hacerlo, no se obliga en forma expresa al pago del crédito.

Pues bien, en ambos supuestos, la responsabilidad frente al crédito es medida por el máximo de la garantía. Más que responsabilidad, existe oponibilidad del avance del acreedor sobre la propiedad del no deudor.

Al establecerse este máximo, el deudor ya no encontrará sorpresas. Como se explicó al tratar el art. 2193 CCyC, dentro de la garantía deberán quedar incluidos todos los rubros que componen el crédito, incluso los gastos y costas por su ejecución. El propietario de la cosa gravada y deudor que la enajena, en nada modifica su situación de obligado por el crédito principal. Tal vínculo persiste, y lo encuentra legitimado pasivamente a soportar una acción por cobro de crédito en su contra.

Es aquí donde más claramente pueden observarse los efectos de la órbita crediticia y la real, de donde se sigue que, aún enajenado el bien, la responsabilidad por el crédito subsiste, salvo expresa exoneración de parte del acreedor, en tal sentido. Aclaramos que, no sería el caso en el que el adquirente del bien gravado con garantía real asuma la deuda pues, dicha asunción, no libera al deudor primitivo. Para quedar liberado, se requiere una expresa desvinculación de parte del acreedor.

ARTÍCULO 2200.- ***Ejecución contra el propietario no deudor.*** *En caso de ejecución de la garantía, sólo después de reclamado el pago al obligado, el acreedor puede, en la oportunidad y plazos que disponen las leyes procesales locales, hacer intimar al propietario no deudor para*

que pague la deuda hasta el límite del gravamen, o para que oponga excepciones.

El propietario no deudor puede hacer valer las defensas personales del deudor sólo si se dan los requisitos de la acción subrogatoria.

Las defensas inadmisibles en el trámite fijado para la ejecución pueden ser alegadas por el propietario no deudor en juicio de conocimiento.

1. Introducción

Mediante este precepto, el Código remite al mecanismo impuesto en los códigos procesales, para continuar la ejecución contra quien no es deudor y sí propietario de la cosa alcanzada con gravamen real. Ello se impone, dado que por la naturaleza de los derechos reales de garantía, la cosa o derecho puede haber sido gravada por quien no es el deudor. También por resultado de la enajenación o fallecimiento del deudor y propietario.

En vista de lo expuesto y al resultar que otro, que no tiene un vínculo obligacional con el acreedor, deba intervenir en la causa, el CCyC regula el cuadro de defensas que pueden ser opuestas por el no deudor.

Se deduce de lo expuesto que, quien no se obliga personalmente, responde a través de la ejecución de su propiedad, hasta el monto máximo fijado para el gravamen.

2. Interpretación

Dijimos que la garantía real puede ser constituida por el deudor o por un tercero. También que, dada originariamente por el deudor, la cosa que es su objeto se enajene por cualquier título.

En vista a que lo constituido es un derecho real, este subsiste. El art. 2195 CCyC dice que el constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, lo cual supone la de enajenar, extremo que no puede ser sujeto a cláusula de indisponibilidad, salvo en la extensión que autoriza el art. 1972 CCyC.

Pues bien, a este universo de sujetos que se los caracteriza por intervenir *"sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado"*, se los menciona como terceros poseedores. Dejamos a un lado la cuestión terminológica que la regulación pasada permitía debatir.

El procedimiento seguido contra el propietario no deudor, como el desarrollado contra el propietario que al adquirir la cosa asume la deuda, se ejercitan sobre el bien. Se distinguen ambos supuestos en que, en segundo caso, el proceso tiene fundamento en una relación a título personal.

El precepto advierte que la intervención del tercer poseedor tiene lugar una vez que se le haya reclamado la deuda al obligado (el deudor). Ello se explica por el hecho que el proceso que persigue el cobro tiene por demandado al deudor. En estos casos, la cuestión atinente al bien gravado interesa a las ulterioridades del proceso, esto es, una vez dictada sentencia.

Luego de entonces, se intimará al tercer poseedor para que, dentro del plazo que determina el precepto, pague la deuda. Claro es que la deuda se le reclama para inhibir la ejecución del bien gravado, quedando en caso de su pago subrogado en los derechos, de conformidad con lo prescripto por el art. 2202 CCyC. Este artículo puntualiza además,

que podrá oponer excepciones y, según se aclara en el párr. 2, no podrán ser *"las defensas personales del deudor solo si se dan los requisitos de la acción subrogatoria"*.

En cuanto a cuáles podrían ser las defensas, cabe estar a las que resultan propias del proceso en el que se reclame la deuda. Sustancialmente ellas referirán al gravamen real (su eventual inexistencia) y al crédito (su eventual inexigibilidad). Cuando existan defensas improponibles en el proceso ejecutivo que se vinculan con la causa del crédito, ellas podrán ser opuestas por el propietario no deudor en el juicio de conocimiento o juicio ordinario posterior.

ARTÍCULO 2201.- ***Derecho al remanente.*** *Una vez realizado el bien afectado por la garantía, el propietario no deudor tiene derecho al remanente que excede el monto del gravamen, con exclusión del precedente propietario y de los acreedores quirografarios.*

1. Introducción

El artículo consagra el derecho del propietario no deudor, de recoger los fondos sobrantes de la realización en pública subasta de la cosa garantía. La *"exclusión del precedente propietario"*, refiere a que el propietario anterior no tiene derecho sobre los fondos, aun cuando el tercer poseedor hubiera adquirido la cosa, asumiendo la deuda y pagando menos por ella. La exclusión de *"los acreedores quirografarios"*, se comprende en la medida en que, rematado el bien, el remanente le corresponde por derecho propio, no pudiendo los acreedores del deudor originario alcanzarlo.

2. Interpretación

Para entender este artículo, cabe no perder de vista lo dicho sobre la extensión de la responsabilidad del propietario no deudor. En este sentido, la ejecución que se le siga a aquel, permite agredir hasta un máximo la cosa; monto que es el tope último de la garantía, según lo postulan los arts. 2189 y 2199 CCyC.

Claro que, si el propietario fuera, además, deudor personal, la responsabilidad por el crédito principal permitiría que sea afectada la totalidad de la cosa a embargo, con lo que, privilegiadamente o no, ella estaría expuesta de manera completa a la ejecución.

Volviendo al supuesto del artículo, esto es, a la responsabilidad del propietario no deudor, decimos que —agotado el monto máximo de agresión patrimonial— no existe posibilidad de que se persiga el remanente de los fondos obtenidos en subasta. Cualquier suma debida por el acreedor que exceda al monto máximo, será crédito quirografario por el cual el propietario no deudor dejaría de ser responsable. De manera tal que el ejecutante no podría pretender percibir de ellos suma alguna. La deuda, recuérdese, es de otro sujeto: el deudor, condición que no tiene el propietario no deudor.

Tanto el propietario precedente que hubiere transferido la cosa con el gravamen, cuanto los acreedores quirografarios a los que se refiere la norma, no están autorizados a hacer suya suma alguna del remanente, que le es reservado al propietario no deudor ejecutado.

En el caso del propietario precedente, desde su condición, no se vislumbra título de crédito alguno que justifique pretensión contra el ejecutado del caso. Con relación a los quirografarios, dado que los fondos sobrantes pertenecen al propietario rematado y no al deudor ejecutado. En este último caso, extendemos la prohibición de servirse de los

fondos remanentes a acreedores del deudor únicamente, dado que aquellos que lo fueran del propietario no deudor, tienen —aún— en el remanente la prenda de sus créditos.

ARTÍCULO 2202.- ***Subrogación del propietario no deudor.*** *Ejecutada la garantía o satisfecho el pago de la deuda garantizada, el propietario no deudor tiene derecho a:*

a. *reclamar las indemnizaciones correspondientes;*
b. *subrogarse, en la medida en que procede, en los derechos del acreedor;*
c. *en caso de existir otros bienes afectados a derechos reales de garantía en beneficio de la misma deuda, hacer citar a sus titulares al proceso de ejecución, o promover uno distinto, a fin de obtener contra ellos la condenación por la proporción que les corresponde soportar según lo que se haya acordado o, subsidiariamente, por la que resulta del valor de cada uno de los bienes gravados.*

1. Introducción

Declarado el derecho del propietario no deudor a recibir los fondos remanentes, el precepto enseña el marco en el que procederá la subrogación de aquel en los derechos del ejecutante.

2. Interpretación

No siendo obligado por la deuda, el propietario no deudor está expuesto a soportar las consecuencias del remate de la cosa. El monto percibido por el acreedor del crédito, atendido forzada o voluntariamente, es el límite de la subrogación (art. 919 CCyC).

Por tal causa, puede:

a. Reclamar las indemnizaciones correspondientes. La indemnización puede involucrar sumas mayores a las desembolsadas cuando, por ejemplo, queda comprobado en el proceso que el valor del bien era superior al precio obtenido por el acreedor. El juez interviniente debe meritar la extensión de la indemnización, se trate de un incumplimiento doloso o de uno culposo por parte del deudor.

b. La subrogación en los derechos del acreedor. La subrogación corriente se ajusta a los derechos del acreedor, en razón de lo cual procede el recupero de los valores comprometidos, habida cuenta el provecho que el pago voluntario o forzado significó para el deudor. Es preciso a tal fin que el propietario, a quien se le remató la cosa, no se haya obligado por la deuda reservando, por ejemplo, el precio para abonar el crédito. Debe verse que, en este caso, la subrogación compromete al propietario o a terceros por otras garantías dadas respecto de la misma obligación. Por tal motivo, las garantías subsisten —con excepción de la realizada o de la que corresponde al propietario no deudor— con el objeto de permitir que el que soportó la pérdida, pueda contar con un remedio más eficaz que la simple acción de regreso.

c. Ejecución contra el deudor con otras garantías dadas por la misma deuda. No se trata del caso en el que proceda la ejecución directa contra los terceros titulares de derechos reales de garantía, sino que la acción debe venir precedida de la pretensión de reembolso contra el deudor. Con esta interpretación cabe entender la expresión utilizada en la norma *"hacer citar"*.

ARTÍCULO 2203.- ***Efectos de la subasta.*** *Los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado, si sus titulares fueron debidamente citados a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencias que les correspondan sobre el producido para la satisfacción de sus créditos.*

1. Introducción

Por efecto de la subasta pública, los derechos reales de garantía se extinguen. Tratase de la consecuencia de la liquidación de los créditos de los acreedores que, por imperativo legal, fueron citados al juicio en el que tuvo lugar el remate.

2. Interpretación

La subasta judicial, ante todo, es un acto procesal que participa de un procedimiento que concluye con la realización de un bien previamente embargado y con la puesta en posesión física y documentada en favor del adquirente. Sin el embargo, la subasta extrajudicial requiere, en los procedimientos prescriptos por la ley 24.441 y en el de prenda con registro, la intervención judicial para habilitar la vía.

En ambos casos, la actividad ejecutoria desplegada es consecuencia de la actuación compleja del órgano jurisdiccional, siempre presente antes y después del acto.

El procedimiento conlleva un régimen de comunicación a terceros y publicidad específica que, ante la insuficiencia de fondos para satisfacer el crédito de la comunidad de acreedores, exige la distribución de ellos según los privilegios y preferencia de cada uno.

Esta última cuestión, pone en evidencia que el primer objetivo que tiene la realización en subasta —en cuanto al interés de terceros refiere— es el de garantizar la intervención de todos aquellos que tengan un derecho sobre el bien, entre los que cabe reconocer a los acreedores con garantías reales entre ellos. Por otra parte —en cuanto a la posibilidad de cobro de sus respectivas acreencias— a la ley no le interesa su efectiva percepción, sino más bien existe posibilidad de que ello acontezca. En otras palabras, el régimen solo contempla la citación, dejando en cabeza de cada interesado el desarrollo de la actividad procesal pertinente para hacerse de su crédito.

Corolario de ello puede señalarse que, con causa en el artículo que comentamos, la normativa procesal prevé la convocatoria de todos aquellos que tuvieren anotados derechos reales de garantía como acreedores hipotecarios y prendarios, a los que cabe agregar a los anticresistas (arg. art. 575 CPCCN).

Al establecer la norma que la garantía queda extinguida, recepta la idea misma del instituto. Debe verse que a esa altura, el gravamen garantiza la intangibilidad del máximo al que puede acceder el acreedor de manera privilegiada. Ya más nada le queda al acreedor que presentar liquidación de un crédito legitimado con sentencia y pedir la entrega de su resultado.

Luego de entonces, sustanciada la cuestión de privilegios —si no alcanzaran los fondos a satisfacer a los acreedores presentados— el juez interviniente decidirá el orden en el que cada acreedor percibirá sus acreencias.

Al comprador en subasta, sujeto extraño al vínculo obligacional e incluso al alcance del gravamen, le quedará —por fin— recibir el bien libre de cargas si, como indica el precepto, hubo de cumplirse la citación del acreedor con garantía real; única razón de la intervención jurisdiccional en ese orden.

ARTÍCULO 2204.- ***Cancelación del gravamen.*** *Las garantías inscriptas en los registros respectivos se cancelan:*

a. *por su titular, mediante el otorgamiento de un instrumento de igual naturaleza que el exigido para su constitución, con el que el interesado puede instar la cancelación de las respectivas constancias registrales;*

b. *por el juez, ante el incumplimiento del acreedor, sea o no imputable; la resolución respectiva se inscribe en el registro, a sus efectos.*

En todos los casos puede requerirse que la cancelación se asiente por nota marginal en el ejemplar del título constitutivo de la garantía.

1. Introducción

El artículo regula el caso de la cancelación del derecho real de garantía que hubiere de ser anotado en el registro de la propiedad respectivo.

2. Interpretación

Como se recordará, los derechos reales podían recaer sobre cosas registrables, cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro (art. 1890 CCyC). Si el respectivo régimen acuerda a la inscripción efectos declarativos o constitutivos, encontraremos que el derecho real se extingue registral o extraregistralmente.

De manera que, la cancelación de la que trata el precepto, tendrá un alcance distinto sea que se trate de un sistema declarativo o constitutivo.

En el primero de los regímenes —declarativo— el derecho real nace y se extingue fuera de la órbita registral. Si bien queda sujeta su publicidad al anoticiamiento que supone su inscripción, no menos cierto resulta que su existencia y el conocimiento de ella derivan de lo que las partes y terceros conozcan.

En cambio, para los casos en que las normas registrales referidas a determinada clase de cosas (automotores, caballos de pura sangre) impongan una inscripción constitutiva, cierto es que la cancelación solo derivaría de su respectiva inscripción. Por los efectos que las leyes especiales le conceden a la inscripción registral, esta conserva plenos efectos —aunque sin causa— mientras el gravamen se encuentre publicitado como vigente.

La cancelación que autoriza el artículo puede operar por voluntad del acreedor o merced a la intervención sustitutiva del órgano jurisdiccional.

En el primer caso, el acreedor, único legitimado, debe suscribir la escritura pública de cancelación. Basta su libre voluntad en ese sentido a cuyo fin deberá expedirse *"un instrumento de igual naturaleza que el exigido para su constitución"*.

Cuando la misma se cumple por vía judicial, el interesado (deudor o propietario de la cosa alcanzada por el gravamen) debe acreditar en el proceso respectivo que ha extinguido la deuda y que el acreedor no otorga el acto tendiente a lograr la cancelación del asiento respectivo.

Será la sentencia la que, en caso de verificar la extinción de la obligación por cualquier modo por el que ellas se extinguen, ordene la supresión de la inscripción. Una vez firme aquella, podrá ser comunicada mediante el instrumento de vigor.

CAPÍTULO 2
Hipoteca

ARTÍCULO 2205.- ***Concepto.*** *La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.*

Remisiones: ver comentario al art. 2184 CCyC.

1. Introducción

La norma define el derecho real de hipoteca. La definición tiene la utilidad de mostrar el perfil del instituto y, en particular, las facultades que concede al acreedor hipotecario.

2. Interpretación

La hipoteca es una garantía real circunscripta a inmuebles que no se entregan al acreedor y que confiere a su titular las facultades de persecución y preferencia. Puede recaer sobre *"uno o más inmuebles individualizados"*. Hemos expresado, al tratar las disposiciones generales en materia de derechos reales de garantía, lo concerniente a la especialidad en cuanto al objeto (art. 2188 CCyC). Subrayábamos entonces, las consecuencias de su incumplimiento (art. 2190 CCyC). Debe recordarse que la hipoteca constituye una limitación al derecho de propiedad de quien la constituye. Así ello, debe ser entendido por cuanto el propietario se encuentra impedido de disponer de su derecho sin el gravamen.

Pareciera que solo dichas cosas pueden quedar gravadas con este derecho real. Sin embargo, debe tenerse presente que el superficiario se encuentra facultado para constituir derechos reales de garantía sobre *"el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria"* (arts. 2120 y ver asimismo, art. 2206 CCyC). Ello demuestra que aquella regla no es absoluta, lo cual constituye una innovación en este ordenamiento. En contraposición con ello, es claro que no puede constituirse sobre otros derechos reales, aun cuando ellos recaigan sobre inmuebles, como el usufructo, el uso, la habitación, etc. Otros ordenamientos autorizan la hipoteca naval y la aeronáutica (leyes 20.094 y 17.285).

Este derecho real es otorgado al acreedor hipotecario, quien puede perseguir el inmueble afectado en manos de quien esté, es decir, aun cuando haya sido enajenado por el constituyente del gravamen y se encuentre en poder de los sucesivos adquirentes, puede requerir su ejecución y venta, como cabría hacerlo contra quien constituyó la hipoteca (derecho de persecución). Esta prerrogativa fue analizada al tratar los arts. 1882 y 1886 CCyC.

En lo que concierne al título suficiente en caso de constitución de este gravamen, habrá de hallárselo cumplido a través del acto constitutivo del derecho en la forma establecida por la ley. Ha sido explícita la nueva regulación al exigir como presupuesto de la constitución, válida de cualquier derecho real de garantía, la convención. A la lectura del comentario al art. 2184 CCyC, nos remitimos.

El modo suficiente, en este caso, lo cumple la inscripción registral que publicitará este derecho que no se ejerce por la posesión frente a los terceros interesados de buena fe. Debe repararse en este punto que los efectos publicitarios que la anotación en el registro de la propiedad al que corresponda el inmueble gravado, solo alcanzarían a los terceros

interesados de buena fe. Como no pueden prevalerse de la falta de inscripción quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real (art. 1893 CCyC) es que, para la comunidad desinteresada, también la hipoteca existe.

Como una extensión del derecho de preferencia que se le acuerda a esta garantía, es que cabe interpretar que la prevalencia del derecho real constituido, en primer término, por sobre otro derecho real o personal con oponibilidad posterior (*"prior in tempore potior in iure"*). Asimismo la preferencia pone en juego una cualidad del crédito garantido con derecho real que es el privilegio. Este permitirá al acreedor hipotecario, en caso de venta de la cosa, percibir el crédito antes que otros.

Cabe reiterar aquí que, no es propio de la hipoteca la ejecución de la deuda, sino del crédito del cual el gravamen resulta el accesorio. De ahí que las potestades del acreedor hipotecario, conciernen a conservar el valor de la cosa gravada y, eventualmente, dar por extinguido el beneficio del plazo con que contara el deudor ante la realización de actos que atenten contra la garantía.

ARTÍCULO 2206.- ***Legitimación.*** ***Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie.***

1. Introducción

La norma menciona algunas de las personas legitimados para constituir hipoteca. Como se recordará, la legitimación supone la aptitud para la disposición sobre un derecho de propiedad propio y nada tiene en común con la capacidad que es la exigida para realizar determinados actos jurídicos.

2. Interpretación

Si bien desde el punto de vista metodológico no deja de ser positiva la enunciación que contiene la norma, la respuesta a quiénes son las personas legitimadas para constituir el derecho real de hipoteca resulta de la regulación específica de los demás derechos reales, en particular, de las facultades que se conceden a sus titulares.

Antes que entonces el dueño, no solo el titular del dominio perfecto (art. 1941 CCyC); el condómino, en los términos precisados en el art. 2207 CCyC; el propietario horizontal (art. 2045 CCyC); el titular de un conjunto inmobiliario (arts. 2075 y 2045 CCyC); y el superficiario (art. 2120 CCyC), se encuentran legitimados para constituir hipoteca.

En cuanto a la constitución por quien fuere titular de un dominio revocable o fiduciario, cabe recordar que ella es válida, sin perjuicio de quedar sujeto a las consecuencias de la extinción de los mismos.

No sorprende la mención que se hace de tales sujetos, pues el crédito del cual el acreedor hipotecario es también titular, le confiere —en caso de incumplimiento— la facultad de proceder a la venta del objeto sobre el cual recae, y esa facultad de enajenación solo puede ser cedida por quien inviste aquella calidad.

Una cuestión que no debe dejar de ser meritada es que, al momento de constituirse el gravamen hipotecario, la propiedad debe ser de aquel que lo afecta. De lo contrario no se encontraría verificada la legitimación que requiere el artículo. Aun así, puede agregarse,

con la innovación que recibiera el instituto de la convalidación (art. 1885 CCyC), podría ocurrir que el gravamen constituido por quien no era titular del derecho real, quedara como constituido al adquirirlo posteriormente.

Anotamos, en este punto, que —por la sola condición de acreedor— el hipotecario se encuentra facultado a embargar cualquier bien del deudor, pues es con causa en el crédito incumplido que tiene derecho a solicitar tal medida. Lo usual, sin embargo, es que se enderece la acción contra el bien gravado, lo que así se estima correcto si se pretende la ejecución con las ventajas que concede este derecho real por el montante privilegiado que significa.

ARTÍCULO 2207.- ***Hipoteca de parte indivisa.*** ***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.***

1. Introducción

El art. 1989 CCyC anticipa la facultad del condómino de gravar la cosa *"en la medida de su parte indivisa"*, aclarando que ello puede tener lugar *"sin el asentimiento de los restantes condóminos"*. La norma, que aquí se glosa, ratifica y regula de una manera más puntual y concreta esa posibilidad.

2. Interpretación

Cualquier condómino puede hipotecar la cosa por su parte indivisa. Del mismo modo que, cualquier acreedor puede embargar y ejecutar esa participación en la cosa común, sin tener que esperar al resultado de la partición (arts. 1989 y 2207 CCyC).

El riesgo que trae la constitución de hipoteca respecto por una parte alícuota de la que el constituyente es titular, se vincula con la extinción del condominio por partición y la suerte del acreedor hipotecario.

A la vacilante regulación a la que el ordenamiento anterior sujetaba este conflicto, cabe decir que la solución propuesta por el actual régimen se aprecia correcta y ajustada. Los condóminos pueden hacer la partición que, en principio, es declarativa y tiene efectos retroactivos (art. 2403 CCyC). No dejamos de anotar que la partición puede hacerse en forma extrajudicial o privada, si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces (art. 2369 CCyC), o judicial (art. 2371 CCyC) pero, a veces, esta última vía se impondrá como ineludible.

El procedimiento de la partición extrajudicial no encuentra en el texto del artículo una fórmula procedimental a seguir. Por tal razón el precepto predica derechamente la inoponibilidad de la partición seguida sin la intervención del acreedor hipotecario, por lo que, en caso de realización o venta, la cosa seguiría gravada por la alícuota que consintió el o los condóminos.

Ello, se insiste, no significa que los condóminos no puedan hacer la partición. Tal como ocurre en general y se deriva de lo normado por el art. 2195 CCyC, el constituyente conserva las facultades inherentes a su derecho de propiedad. Tan solo que, como dice el art. 396 CCyC, lo que hagan no tiene efectos contra el acreedor, por lo que, cualquiera que sea la suerte del inmueble, este continuará gravado con la hipoteca o afectado por el embargo en el porcentual correspondiente a la parte indivisa respectiva.

El acreedor no puede oponerse a la partición. Al reconocer la ley que el acuerdo extrajudicial le es inoponible, está admitiendo que la partición es un resorte exclusivo de los condóminos, de los que no quedan privados. La norma no expresa que la conformidad del acreedor sea necesaria para que exista acuerdo particionario. Solo indica que aquel será oponible al acreedor que preste conformidad expresa a sus términos.

El acreedor entonces, puede ser citado a la partición extrajudicial y, en tal caso, si presta conformidad con el negocio allí acordado, la hipoteca puede cancelarse. Si no es citado o si, citado que lo fue, no comparece o no presta conformidad con lo acordado, la hipoteca, por más que el inmueble toque en lote a otro condómino no deudor, seguirán afectando el inmueble.

Tampoco es este el lugar en el que corresponda analizar las ventajas o razones económicas o de cualquier otra índole en cuya virtud, sin contar con la conformidad del acreedor hipotecario a la que alude este artículo, la cosa puede quedar en cabeza de un tercero, pero lo cierto es que no puede transmitirse un derecho mejor o más extenso que el que se tiene (art. 399 CCyC), cuando el precepto expresamente excepciona del efecto retroactivo al acreedor hipotecario que no conforma el acuerdo. Sin embargo, no dejamos de observar que, ciertamente, la falta de conformidad del acreedor hipotecario debilita la opción de un acuerdo particionario.

Aun si se acepta esto que afirmamos, debería también asumirse que el condómino tiene ahora la posibilidad de perjudicar gravemente a los demás copropietarios, dado que la hipoteca que constituye sobre su parte indivisa —lo que puede hacer sin que estos tengan la posibilidad de oponerse— terminará afectando la cosa común, una vez producida la partición.

No es de extrañar entonces, que esta posibilidad conlleve otras consecuencias: por un lado, desalentando la realización de particiones, sobre todo cuando el importe de la deuda sea superior al de la parte indivisa; y por el otro, favoreciendo a los acreedores hipotecarios, quienes de ahora en más, sabiendo que la hipoteca no está sujeta a la quimera de que toque en lote al deudor, no vean como una mala alternativa la de aceptar como garantía una hipoteca sobre la parte indivisa.

ARTÍCULO 2208.- ***Forma del contrato constitutivo.*** *La hipoteca se constituye por escritura pública excepto expresa disposición legal en contrario. La aceptación del acreedor puede ser ulterior, siempre que se otorgue con la misma formalidad y previamente a la registración.*

1. Introducción

La hipoteca no puede constituirse de cualquier modo ya que el CCyC —al igual que el Código Civil— exige de una forma especial que, salvo disposición legal en contrario, es la escritura pública, y asimismo regula sobre la forma en que debe instrumentarse la acepción del acreedor.

2. Interpretación

La escritura pública es requerida "*ad solemnitatem*". Sin ella, el acto carece de existencia legal y no sería posible demostrarlo por otros medios. La imposición armoniza con la previsión del art. 1017 CCyC, cuyo inc. a dispone que deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de

derechos reales sobre inmuebles, y asimismo con el art. 3°, inc. a de la ley 17.801, en cuanto al acceso registral que el documento portante del derecho real tiene.

Aun así el precepto admite casos en que este gravamen quede constituido cumpliendo una forma distinta a la escritura pública, solución que, como anticipamos (régimen jurídico anterior), amén de que son muy raros los casos en que puede prescindirse de aquel recaudo formal, sigue la línea del art. 3128 CC.

Resulta del artículo que no es indispensable que el acreedor se encuentre presente en el acto de otorgamiento de la escritura respectiva, pero sí lo es que, en el caso de ausencia, manifieste su aceptación en una instancia posterior. La constitución válida supone necesariamente la aquiescencia del acreedor.

Continuando en este tópico del precepto encontramos que, para efectivizar la aceptación del gravamen por parte del acreedor, se imponen dos recaudos: uno formal, que la declaración del acreedor se encuentre contenida en una escritura pública; y el segundo, que sea otorgado en forma previa a la registración de la hipoteca.

De esto último —también de lo dispuesto en el art. 2210 CCyC— resulta que el derecho real de hipoteca debe ser, además, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Hemos expresado arriba que, como tal, la hipoteca existe desde que ella es consentida por las partes intervinientes en el contrato hipotecario. Mas como aconteciera con el régimen anterior, hasta su inscripción en el Registro, la hipoteca no perjudica a terceros interesados y de buena fe (arg. arts. 1892 y 1893 CCyC). Pero, quienes participaron en el acto y aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real, no pueden prevalerse de la falta de inscripción. Para ellos, como se afirmaba en la regulación anterior —que se sigue— la hipoteca debe considerarse registrada.

ARTÍCULO 2209.- ***Determinación del objeto.*** *El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización.*

Remisiones: ver art. 2188 CCyC.

1. Introducción

El art. 2188 CCyC anticipaba la necesidad de individualizar adecuadamente el objeto de la garantía en el contrato mediante el cual se la constituye. El art. 2209 CCyC, que aquí se trata, constituye una concreta aplicación de aquella disposición en el marco específico de la hipoteca.

2. Interpretación

Las cosas y derechos que pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ellos deben ser actuales y estar individualizados adecuadamente en el contrato constitutivo (art. 2188 CCyC).

En consonancia con esa regla —conocida como el principio de especialidad objetiva—, el texto precisa la manera como debe ser designado el inmueble, objeto del gravamen, en el acto constitutivo de la hipoteca.

La finalidad del precepto radica en individualizar adecuadamente el objeto sobre el cual recae la garantía a los efectos de satisfacer la manda del mentado art. 2188 CCyC, a cuya glosa, para evitar repeticiones, remitimos.

ARTÍCULO 2210.- ***Duración de la inscripción.*** ***Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renueva.***

1. Introducción

La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Inmueble posibilita su oponibilidad con relación a los terceros interesados de buena fe (art. 1893 CCyC). Tales efectos, sin embargo, no se conservan "*sine die*". Es menester, entonces, establecer por cuánto tiempo se conservan.

2. Interpretación

La vigencia de la hipoteca como derecho real, en rigor, queda sujeta a la subsistencia del crédito que la causa. En este aspecto, ha de verse que —siguiendo la suerte de lo principal (el crédito)— la garantía brindada en seguridad de su cumplimiento, no puede sino carecer de plazo extintivo. De ahí que, sin perjuicio del interés de terceros que es a lo que la norma apunta, el Código no ha previsto la extinción del gravamen sino por vía indirecta, bajo el abrigo de los dispositivos que acuerdan la extinción de las obligaciones.

Por tal motivo, no debe confundirse la cancelación —que hace a la inscripción— con la extinción de la hipoteca —que hace al derecho mismo—, si bien en algunos supuestos la cancelación será una consecuencia de la extinción, como cuando se extingue la obligación principal garantizada con dicho derecho real.

En lo que al texto del precepto refiere, lo regulado no es ni la extinción ni la cancelación de la hipoteca, sino la caducidad del asiento registral respectivo.

Véase en este aspecto que el artículo precisa que la vigencia de la inscripción registral se conservará por 20 años, término que, como se vio, coincide con el que preveían los arts. 3151 y 3197 CC y al que remite el art. 37, inc. a de la ley 17.801 (*"caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna, por el transcurso del tiempo que expresa este artículo o por el que, en su caso, establezcan leyes especiales (…) la inscripción de la hipoteca, al vencimiento del plazo legal si antes no se renovare…"*).

El plazo no puede sino computar como inicio, el de la anotación respectiva en el Registro de la Propiedad. Mediante la rogación que motivó el ingreso a la órbita del registro, quedó conformado el hito temporal desde el que cabe iniciar el término acordado.

Cuando el artículo señala "*sin necesidad de solicitud alguna*", se deduce que, pasado el término en el que la anotación se halló vigente, la inscripción queda sin efecto de pleno derecho.

La hipoteca caduca no perjudica a terceros aun cuando el crédito siga vigente. Debe meritarse, en cambio, que así como las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podían prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado, tal como lo preceptúa el art. 20 de la ley 17.801, una vez vencido aquel término vicenal, la solución respecto de estos sujetos sigue siendo la misma.

Entonces, como el gravamen es accesorio de crédito, es lógico que, si el principal subsiste, sobreviva la garantía pese al fenecimiento de la registración.

ARTÍCULO 2211.- ***Convenciones para la ejecución.*** *Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca reconocidas por leyes especiales.*

1. Introducción

En el marco del contrato hipotecario, las partes pueden convenir la regulación de determinados aspectos de su relación e incluso de la ejecución a que se expone el deudor en el caso de no cumplir con la obligación a su cargo.

La presente disposición viene a legitimar tales pactos, los que, por tanto, deberán ser admitidos en la medida, claro está, que no se lesionen los principios fundantes de la intervención de la jurisdicción.

Agréguese a lo expuesto, le previsión contenida en el art. 2198 CCyC, en cuya virtud es nula toda cláusula que permita al titular de un derecho real de garantía adquirir o disponer del bien gravado fuera de las modalidades y condiciones de ejecución previstas por la ley para cada derecho real de garantía.

Por tal motivo, los aspectos a los que este artículo refiere, deben reconocer su ámbito de aplicación, exclusivamente en lo concerniente a la ejecución del crédito, sin que por esa vía se intente —en solución análoga a la prohibida— alcanzar igual resultado.

2. Interpretación

Un acercamiento a la cuestión permite considerar regulaciones como la que dimana de la ley 24.441.

Ella permite la ejecución de la hipoteca de manera extrajudicial (art. 52 y ss.), lo que ha sido autorizado, en tanto se cumplan dos presupuestos. A saber:

i. la intimación extrajudicial al deudor denunciando su mora y concediéndole un plazo suplementario para atender de manera completa el crédito; y
ii. la intervención jurisdiccional que agotando el contradictorio entre las partes, comprueba la exigibilidad del crédito y la ausencia de defensas de parte del deudor.

Este procedimiento tiene lugar en las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el art. 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones del Título V de la referida ley.

Fuera de este caso, las partes pueden libremente convenir el modo en que habrá de llevarse a cabo la ejecución de sus intereses, y en ese aspecto, la ley procesal solo adquiere el carácter de norma supletoria.

Es usual la existencia de pactos sobre aspectos (tales como la desocupación del bien gravado, la base del remate en caso de subasta judicial o extrajudicial, la conservación por el acreedor del título de propiedad del inmueble gravado con hipoteca, entre otras, entendiéndose que si las partes guardan silencio sobre el particular) adscriben al régimen procesal imperante que contiene normas análogas con la debida intervención del magistrado.

La ley 22.232 prescribía en favor del Banco Hipotecario Nacional la facultad de promover sin forma alguna de juicio la venta del inmueble hipotecado en su favor. Más tarde, con la ley 24.855 (art. 15) ha sido autorizada la privatización del Banco Hipotecario Nacional, quedando transformado en el Banco Hipotecario Nacional S.A. (art. 16). Esta última normativa mantuvo asimismo las facultades y privilegios contenidos en el transcripto arts. 34 y 37 del decreto 540/1993 (art. 28). De modo que, la preferencia de la institución oficial —u hoy, su continuadora, el Banco Hipotecario S.A.—, estriba en hacer rematar ella misma la unidad, por el procedimiento extrajudicial que la normativa arriba señalada autoriza.

CAPÍTULO 3

Anticresis

ARTÍCULO 2212.- ***Concepto.*** *La anticresis 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.*

1. Introducción

Puede extraerse del concepto dado por este precepto las características principales del instituto, como así también —en el caso— entrever que la anticresis puede ahora no solo recaer sobre inmuebles sino también sobre todas las cosas registrables, incluidas las cosas muebles, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes con la posibilidad de percibir los frutos imputándolos a la deuda.

2. Interpretación

La anticresis es otro derecho real accesorio y de garantía. Recae sobre una o varias cosas registrables ajenas. Como la hipoteca y la prenda, rige a su respecto la necesidad de convención (art. 2185 CCyC). Ello supone que en ella, habrá de consignarse el crédito al que presta seguridad y la explicitación de la especialidad crediticia que lo caracteriza de conformidad con lo que predica el art. 2189 CCyC.

El Código extendió el instituto a las cosas muebles registrables, en tanto ofrezcan la utilidad de producir frutos (automotores, buques, etc.), y ha previsto un plazo máximo de duración, que varía según se trate de inmuebles o de muebles (art. 2214 CCyC).

Es un derecho real accesorio pues, como la hipoteca, depende de una obligación que garantiza. Este derecho concede la posesión de una cosa fructuaria al acreedor denominado anticresista o a un tercero designado por las partes —que ejerce la posesión en nombre de aquel—, a quien se autoriza percibir los frutos para imputarlos al pago de la obligación.

Es indudable que su constitución importa una desmembración del dominio, dando origen a un dominio imperfecto (art. 1964 CCyC).

Sobre la base de constituir un derecho real accesorio, concede a su titular las prerrogativas de la persecución y preferencia. En razón de la primera, podría promover acciones reales tendientes al recupero de la posesión concedida, e incluso la de mantener el derecho real concertado, si la cosa fuera enajenada. En punto a la preferencia, el Código le reconoce el privilegio especial que dimana del art. 2582, inc. e, CCyC.

En caso de concluir el plazo acordado de vigencia y subsistiendo créditos a favor del acreedor, puede embargar la cosa afectada y proceder a la ejecución, sobre la base —insistimos— de su condición de acreedor.

Nada impide, y cabe remarcarlo, que la cosa dada en garantía haya sido ofrecida por un tercero. No hay exigencia legal de que coincidan en la misma persona la condición de deudor y constituyente.

En tanto la cosa gravada es entregada al acreedor, este ejerce la posesión de ella, lo cual acontece por un plazo que, cumplido, posibilita —en caso de que la deuda subsista— la realización del bien, subsistiendo el crédito insatisfecho con cobertura privilegiada.

La convención por la que se establece el derecho real debe consignar a los sujetos, la prestación y la causa del crédito. De la correlación del crédito principal y la garantía real se extrae que, vigente el primero, el titular anticresista percibirá los frutos para imputarlos a la deuda.

ARTÍCULO 2213.- ***Legitimación.*** ***Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo.***

1. Introducción

Al igual que el art. 2206 CCyC respecto de la hipoteca, el CCyC dedica una norma específica a enunciar quiénes se encuentran legitimados para constituir anticresis. Como señalamos en la glosa a esa anterior disposición, se trata de una previsión que bien pudo haberse suprimido, dejando el asunto a la regulación específica de los demás derechos reales sobre cosa propia.

2. Interpretación

Se encuentran legitimados a constituir anticresis, quienes revistan la condición de dueño (titular de dominio), el condómino, el titular de la propiedad horizontal, el superficiario y el usufructuario. La solución se comprende si se pondera que tales sujetos, en tanto propietarios de los frutos que genera la cosa, ejercen su derecho real a través de la posesión.

De ahí que es claro que en el caso del dominio, el condominio y la propiedad horizontal, la anticresis encuentre a los titulares de tales derechos como legitimados a constituirlo: ellos ejercen una potestad completa sobre la cosa a gravar.

Los condóminos están legitimados en tanto concurra la voluntad de todos ellos. Como derivación de ello puede afirmarse que no procede la anticresis sobre una parte alícuota.

En el caso de la superficie, la norma refiere lógicamente al superficiario quien, de conformidad con el art. 2120 CCyC 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 texto mantiene la legitimación del usufructuario para constituir la anticresis como estaba dispuesto en el régimen anterior (arts. 3241 y 3242 CC).

En el caso de que la anticresis sea constituida por un tercero en garantía de una deuda ajena, rige la limitación de responsabilidad prevista por el art. 2199 CCyC.

ARTÍCULO 2214.- ***Plazo máximo.*** *El tiempo de la anticresis no puede exceder de diez años para cosas inmuebles y de cinco años para cosas muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad.*

1. Introducción

El CCyC regula el plazo de la anticresis estableciendo el plazo máximo por el que puede constituirse según se trate de inmuebles o de muebles registrables.

2. Interpretación

El plazo de la anticresis no puede exceder de 10 años para los inmuebles y de 5 años para los muebles. Constituye el término máximo, sin que nada obste a que las partes convengan uno menor. Nada impide, por cierto, constituir nuevamente el derecho real por el referido plazo máximo una vez vencido dicho término.

El plazo establecido para cada una de estas cosas resulta razonable, considerando que los muebles sufren una desvalorización distinta por el transcurso del tiempo, lo cual justifica el distinto tratamiento.

No lo dice el precepto, pero el inicio del plazo debe computarse, como de ordinario acaece en la materia, desde la adquisición del derecho real de garantía, que conforme lo estatuye el art. 1892 CCyC, se verifica cuando concurren el título y modo suficiente (título legítimo y tradición posesoria para los inmuebles, título legítimo e inscripción para los muebles registrables).

Aun así, cabe destacar que la extinción de la anticresis puede tener lugar antes del plazo, en el caso de que el derecho del constituyente sea subastado (art. 2203 CCyC), o si el acreedor anticresista incurre en el incumplimiento de sus deberes que lo obligan a restituir la cosa (art. 2216, párrafo final, CCyC).

ARTÍCULO 2215.- ***Derechos del acreedor.*** *El acreedor adquiere el derecho de usar la cosa dada en anticresis y percibir sus frutos, los cuales se imputan primero a gastos e intereses y luego al capital, de lo que se debe dar cuenta al deudor.*

1. Introducción

La norma regula los derechos que asisten al acreedor anticresista. La circunstancia de que este sea un derecho real que se ejerce por la posesión (art. 1891 CCyC) y que autoriza a su titular a percibir los frutos para imputarlos a la deuda (art. 2212 CCyC), permite anticipar la importancia de esta regulación.

2. Interpretación

Como el acreedor anticresista debe percibir con los frutos que la cosa genera el crédito que tiene como causa de la garantía, tiene derecho a usar la cosa y a percibir sus frutos. Lo puede hacer personalmente o alquilándola a un tercero (art. 2216 CCyC). Recuérdese en este punto: las partes pueden convenir que la cosa la posea el acreedor anticresista o un tercero que ellas convengan, siempre a nombre del titular del derecho real de garantía.

El reconocimiento del derecho a usar la cosa es lógica consecuencia de ser este un derecho que se ejerce por la posesión (art. 2212 CCyC).

En tanto el acreedor ejerza la posesión con causa en el derecho concedido, podrá deducir acciones posesorias y reales tendientes a conservarla y hacer cesar turbaciones, incluso de parte del propietario de la cosa fructuaria.

Es de la esencia de la anticresis el derecho del acreedor anticresista de percibir los frutos. De ahí que el art. 2216 CCyC lo autorice a habitar la cosa si fuere un inmueble o utilizarla en caso de ser un mueble. Aun así en ambos supuestos, el canon locativo que debería abonar, como fruto que la cosa permite percibir, habrá de ser imputado para atender los gastos, los intereses o el capital, según el orden en que se deba.

Si la cosa fuese puesta en arriendo, el derecho del locatario no podría extenderse por mayor vigencia que el del acreedor anticresista.

Le son debidas al acreedor, las mejoras que hubiere efectuado con la conformidad del propietario en la cosa fructuaria, como los gastos de administración. Resultan a su cargo el pago de impuestos y tasas.

En todos los casos, por tratarse de un derecho sobre cosas registrables, el tercero no podría alegar desconocimiento de la situación jurídica del bien.

Capítulo aparte es el relativo a la imputación de los frutos. Del texto resulta que, primero, se atenderán gastos e intereses y, luego, a capital. Gastos e intereses obedecen a naturalezas distintas y, en puridad, dentro de esta primera imputación, los que deben ser satisfechos inicialmente, son los gastos. Estos se precisan en el art. 2217 CCyC y obedecen a los necesarios para la conservación del objeto, aunque este no subsista, con exclusión de las contribuciones y cargas que lo serán a su cargo como deberes.

Cabe recordar que el art. 2216 CCyC pone a cargo del acreedor anticresista los gastos de conservación de la cosa y, por tal razón, no pueden ser deducidos de los frutos percibidos. En torno a los gastos útiles, debe estarse a lo que se expondrá al glosar el art. 2217 CCyC.

No existiendo réditos, corresponde que la imputación se aplique al capital debido.

Concluye la disposición estableciendo el deber del acreedor anticresista de rendir cuenta al deudor. Es claro que lo que debe comunicarse es el resultado de la imputación efectuada por el acreedor. En puridad, la imputación presupone informar —"dar cuenta"— de la utilidad que extrajo de la cosa.

El precepto no explica la manera en que ello debe cumplirse, aunque el párr. 3 del art. 2216 CCyC remita a las reglas del mandato. Por tal motivo, la respuesta a este interrogante debe resultar del régimen impuesto por los arts. 1319, 1324, y especialmente, 1334 CCyC, que remite al art. 858 CCyC y ss. que regulan la obligación de rendición de cuentas.

Por lo demás, son las partes quienes, en el acto constitutivo, deben establecer la forma y oportunidad en que las cuentas habrán de ser rendidas, y en caso de silencio, por tratarse de un negocio de ejecución continuada, lo deberán hacer al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario (art. 861, inc. b, CCyC).

ARTÍCULO 2216.- ***Deberes del acreedor.*** *El acreedor anticresista debe conservar la cosa. Puede percibir los frutos y explotarla él mismo, o darla en arrendamiento; puede habitar el inmueble o utilizar la cosa mueble imputando como fruto el alquiler que otro pagaría.*

Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

El acreedor debe administrar conforme a lo previsto por las reglas del mandato y responde de los daños que ocasiona al deudor.

El incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado.

1. Introducción

Como contracara del art. 2215 CCyC, que se ocupa de los derechos del acreedor anticresista, esta disposición viene a establecer cuáles son los deberes a su cargo y describir las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

2. Interpretación

El acreedor anticresista tiene el deber de conservar la cosa gravada. Ello se explica por el contenido de la anticresis, que lo autoriza a usarla y a imputar los frutos del modo establecido en el art. 2215 CCyC.

La conservación de la cosa naturalmente implica la no modificación de su destino, siendo necesario que el acreedor actúe diligentemente en tal empresa.

En este aspecto la anticresis se asemeja al usufructo, pues el acreedor anticresista no puede modificar el destino de la cosa, ni realizar en ella ningún cambio del que resulte que el deudor, después de pagada la deuda, no pueda explotar la cosa de la manera en la que antes lo hacía. Esta prohibición, sin embargo, no es absoluta pues se autoriza a los interesados a convenir lo que estimen conveniente a sus intereses, pudiendo ello comprender lo relativo al destino de la cosa.

De todos modos parece claro que la anticresis constituida por el usufructuario no podría sobrevivir a la extinción de este derecho de disfrute sobre cosa ajena. A su vez, en caso de ejecución, debería correr la misma suerte de la ejecución seguida contra el derecho de usufructo que el ordenamiento actual admite.

Está obligado a administrarla y debe responder ante el propietario por su pérdida o disminución, lo que no es sino una aplicación concreta del deber de reparar que genéricamente impone el art. 1716 CCyC; y asimismo, como lo impone el art. 2215 CCyC, a rendir cuentas de su actuación. Para evitar reiteraciones en este último aspecto remitimos a lo apuntado en la glosa a dicha norma.

También se establece la obligación de restitución, para el caso de que el acreedor no cumpla con alguno de estos deberes, y aunque no resulta del texto, igual solución se impone en caso de que se verifique el vencimiento del plazo de la anticresis, o cuando se produce la extinción del derecho del constituyente sobre la cosa o se produce la liberación del deudor (por ejemplo, por el pago de la deuda). Esta obligación se cumple entregando el bien registrable y cancelando con posterioridad la inscripción registral correlativa.

Nada impide en considerar que, una vez extinguida la garantía por efecto de la cancelación del crédito, nazca en el hasta entonces acreedor, el deber de restituir el bien al actual legitimado.

ARTÍCULO 2217.- ***Gastos.*** *El titular del objeto gravado debe al acreedor los gastos necesarios para la conservación del objeto, aunque éste no subsista; pero el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y las cargas del inmueble.*

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor del objeto.

1. Introducción

El CCyC se ocupa de establecer el régimen de los gastos, determinando a cargo de quién se encuentran según se trate de gastos de conservación o gastos útiles. El desarrollo de este precepto, se encuentra vinculado con la condición de poseedor que se le atribuye al acreedor anticresista en su desarrollo.

2. Interpretación

Siendo el objeto de la anticresis puesto en posesión del acreedor, o en su caso, de un tercero que lo represente, lógica consecuencia resulta que los deberes de conservación estén a su cargo.

Recuérdese que se trata de un derecho de garantía, pero que concede el disfrute de la cosa ajena con el consecuente deber de no alterar la sustancia.

La sanción por el incumplimiento del deber de conservar la cosa no puede ser otro que el de reconocerle al propietario legitimación suficiente para lograr la restitución de la cosa con los daños consecuentes.

Así lo dispone el art. 2217 CCyC precisando que los gastos deben ser atendidos por el propietario. De ahí que pueda interpretarse que el acreedor puede exigir su contribución judicialmente.

Aunque las contribuciones y cargas son impuestas al acreedor como corolario del disfrute que ejerce, cierto es que frente a terceros, el propietario no deja de ser un legitimado pasivo en caso de ser reclamadas.

La solución dada a los gastos útiles no es sino una consecuencia de la naturaleza y del derecho a reembolso por el excedente, so pena de autorizar el enriquecimiento sin causa del propietario.

ARTÍCULO 2218.- ***Duración de la inscripción.*** *Los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de veinte años para inmuebles y de diez años para muebles registrables, si antes no se renueva.*

Interpretación

El texto regula los efectos del registro de la anticresis y sus plazos. De una interpretación armónica de esta disposición con el art. 1890 CCyC, emerge con claridad que los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que corresponda.

Es decir, la inscripción registral o asiento intenta dar publicidad suficiente a fin de posibilitar su oponibilidad a terceros (art. 1893 CCyC).

En relación a los terceros este requisito se torna indispensable para que el acto produzca consecuencias porque, de otro modo, no existiría con relación a ellos ningún derecho real.

La anticresis, como derecho real accesorio, presenta justamente una de las excepciones a la perpetuidad vocacional típica de los derechos reales pues, al garantizar una deuda que intenta extinguirse mediante la percepción de los frutos resulta, por ende, transitoria y sujeta a su cancelación.

Es por ello que resulta atendible que se establezca la posibilidad de caducidad del asiento que publicita dicho derecho real. Ahora bien, de no renovarse, la pérdida de vigencia del asiento no implicará la extinción de anticresis, toda vez que aún sin haber ingresado al registro, este resulta oponible entre las partes.

CAPÍTULO 4(*)
Prenda

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 2219.- ***Concepto.*** *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. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.*

ARTÍCULO 2220.- ***Prenda con registro.*** *Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.*

1. Introducción

El art. 2219 CCyC define el derecho real de prenda con desplazamiento, establece la aplicación de la teoría del título y modo suficientes para su constitución, impone la forma escrita para dicho título, es decir, el contrato de prenda; y también prohíbe pignorar la cosa por una parte indivisa. El art. 2220 CCyC prevé la existencia del derecho real de prenda con registro, que se rige por las disposiciones de la ley especial.

2. Interpretación

2.1. Clases de prenda

El Código menciona dos clases de prenda:

a. la prenda común, con desplazamiento, posesoria o sin registro, regulada en el Código; y

(*) Comentarios a los arts. 2219 a 2237 elaborados por Mario Gabriel Szmuch.

b. la prenda con registro, sin desplazamiento (de la posesión) o no posesoria, aludida en el art. 2220 CCyC. Esta última es regida por la legislación especial (decreto-ley 15.348/1946, ratificado por la ley 12.962 y modificado por el decreto-ley 6810/1963, t. o. decreto 897/1995).

La prenda común es un derecho real que recae sobre una cosa no registrable (art. 1890 CCyC), por lo que su publicidad no se logra a través de un sistema registral sino por medio de la posesión (art. 1893 CCyC). Es decir, el instrumento constitutivo de la prenda (contrato de prenda o convención prendaria), es decir, su título (art. 1892 CCyC), no se inscribe en ningún registro público, sin perjuicio de que puede otorgarse directamente en un registro público como ocurre si se documenta por escritura pública (art. 299 CCyC). Si la prenda no se documenta por escritura, o sea, si se constituye por instrumento privado, este debe tener fecha cierta (art. 317 CCyC).

La prenda común presenta la desventaja de "inmovilizar" el objeto gravado, que debe salir de la esfera de acción del propietario. Ello es así por imperativo legal y hace a la estructura de este derecho, cuya función de garantía se frustraría si la cosa quedara en poder del propietario, dado que este podría, por ejemplo, degradarla y perjudicar así el interés del acreedor. El constituyente mantiene la propiedad del objeto gravado, pero no puede usarlo ni disponer materialmente del mismo. En cambio, la prenda con registro evita la "paralización" del bien y permite afectarlo a una garantía especial manteniéndolo en el ámbito de acción del constituyente y en su circuito productivo.

2.2. Acepciones de la palabra "prenda"

La palabra "prenda" es usada para denotar conceptos que, si bien se relacionan entre sí, deben ser diferenciados: a veces se la usa para aludir al derecho real, otras para referirse a la cosa gravada y en ocasiones alude a su contrato constitutivo.

2.3. Concepto de prenda con desplazamiento

La prenda común o con desplazamiento es el derecho real de origen convencional, accesorio de una o varias obligaciones de cualquier clase (actuales, condicionales, eventuales, futuras, etc.), en función de garantía, que se ejerce por la posesión, con desplazamiento de una o más cosas muebles no registrables o créditos instrumentados, ajenos, sobre los que recae. Su propietario, sea o no el deudor de la obligación garantizada, ha entregado al acreedor prendario o a otra persona designada de común acuerdo.

Son aplicables a la prenda los principios generales de los derechos reales y los propios de los derechos reales de garantía (artículo 2184 CCyC y ss.).

Si bien en algún caso el acreedor prendario ejerce facultades de uso y goce sobre la cosa gravada (arts. 2225 y 2226 CCyC), ello no erige a la prenda en un derecho real de disfrute (como es el usufructo, el uso, la habitación, etc.), ya que su función principal es de garantía; solo de manera secundaria otorga al prendario facultades de uso y goce. Por ello, si bien se ejerce por la posesión, la prenda recae más sobre el valor de la cosa que sobre su sustancia.

La prenda común exige el traspaso de la posesión al acreedor, quien la ejerce *animus pignus*, no *animus domini*. El acreedor prendario no se conduce como propietario de la cosa prendada sino que la detenta solo para satisfacer su necesidad de garantía. Si el constituyente de la prenda y el titular de la prenda están de acuerdo, la cosa puede quedar al cuidado de otra persona, quien será su tenedor (art. 1910 CCyC). El desplazamiento que

exige la prenda es posible, dado que la misma —por definición— recae sobre una cosa mueble, que es aquella que puede desplazarse por sí misma o por una fuerza externa (art. 227 CCyC).

2.4. Caracteres del derecho real de prenda

Los caracteres del derecho real de prenda —algunos de los cuales en rigor son requisitos de validez de su acto constitutivo— son los propios de todos los derechos reales de garantía (arts. 2185 a 2194 CCyC): convencionalidad (arts. 2185 y 2219 CCyC), accesoriedad (art. 2186 CCyC), especialidad crediticia (art. 2189 CCyC), especialidad objetiva (art. 2188 CCyC), indivisibilidad (art. 2191 CCyC), y subrogable (art. 2194 CCyC).

2.5. Algunas precisiones respecto del objeto del derecho real de prenda

La prenda puede tener por objeto toda clase de cosas muebles no registrables, sean o no consumibles o fungibles. Es preciso que la cosa esté en el comercio (art. 234 CCyC), ya que —de lo contrario— no puede ser vendida o adjudicada en la ejecución prendaria, que se determine (art. 2188 CCyC) y que exista actualmente (para que pueda verificarse el desplazamiento). Cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a determinar el estado de conservación del objeto de la prenda. La falta de determinación del estado hace presumir que está en buen estado.

La prenda no puede recaer sobre cosas muebles que sean inmuebles por accesión (art. 226 CCyC) o que estén excluidas de la garantía de los acreedores (art. 744 CCyC); por lo tanto, no pueden prendarse las ropas y muebles de uso indispensable del propietario, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos, ni los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio. Ninguno de los cónyuges o integrantes de la unión convivencial puede, sin el asentimiento del otro, celebrar contrato de prenda respecto de muebles indispensables de la vivienda familiar, ni respecto de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o conviviente o al ejercicio de su trabajo o profesión, aunque sean de propiedad del constituyente.

No pueden gravarse con prenda los créditos que no estén instrumentados. La prenda de créditos es tratada con más detalle en los comentarios a los arts. 2232 a 2237 CCyC.

No pueden gravarse con prenda común las cosas muebles registrables (que sí son susceptibles de ser gravadas con prenda sin desplazamiento y con anticresis), pero sí los créditos que resulten de contratos que sean registrables en virtud de lo establecido por las leyes nacionales o provinciales (por ejemplo, prenda de un crédito por mutuo hipotecario, caso en el que lo registrable no es ni el mutuo ni el crédito ni la prenda, sino la hipoteca).

La prenda de cosas fungibles (por ejemplo, dinero) es calificada por la doctrina como *"prenda irregular"* por analogía con el depósito irregular (art. 1367 CCyC). En este caso, la entrega de la cosa al acreedor lo convierte en propietario y, por lo tanto, no hay derecho de prenda porque esta no puede recaer sobre una cosa propia del acreedor. Es decir, en la prenda irregular, hay transmisión dominial con la obligación del acreedor de devolver al constituyente otro tanto de la misma especie y calidad, si el deudor cumple el principal garantizado. La prenda es regular si las cosas fungibles se entregan en saco o sobre cerrado cuya apertura se vedó al acreedor.

2.6. Aplicación de la teoría del título y modo suficientes

La constitución de la prenda común requiere que se otorgue el contrato constitutivo y que se haga tradición de la cosa al acreedor o a un tercero designado por las partes.

Al otorgar el contrato de prenda el propietario se obliga a dar la cosa; la prenda nace recién cuando el desplazamiento tiene lugar, es decir, cuando dicha obligación de dar se cumple. Se aplica, pues, la teoría del título y modo suficientes. Sin el desplazamiento hay contrato pero no derecho real; mientras tanto, el acreedor no goza de las ventajas que emanan del derecho real de prenda (preferencia, privilegio, etc.).

El contrato de prenda, causa remota de este derecho real, necesario —pero, por sí mismo, insuficiente— para que el derecho de prenda nazca, presenta los siguientes caracteres:

a. innominado (art. 970 CCyC);
b. formal solemne relativo (arts. 285 y 2219 CCyC). El Código le impone la forma escrita, sea instrumento privado o escritura pública;
c. bilateral. Las partes se obligan recíprocamente; una, a entregar y la otra, a conservar y restituir.

Las partes del contrato de prenda son el constituyente y el denominado "*acreedor prendario*". Tal manera de llamar a este último, si bien tiene un profundo arraigo, no implica que el crédito exista o deba existir al momento de constituirse la prenda; el titular de la prenda puede no ser aún acreedor, en el sentido que el crédito puede nacer con posterioridad a la constitución de la garantía (art. 2189, párr. 2, CCyC). Por otra parte, el constituyente de la prenda puede no ser el deudor del crédito garantizado, en cuyo caso se lo denomina "*tercero constituyente*". Para que el tercero dé la garantía, no se requiere asentimiento del deudor; se trata de un contrato que se celebra exclusivamente entre el acreedor y el propietario. La legitimación para la constitución de la prenda corresponde al dueño y, en caso de comunidad (condominio, comunidad hereditaria), a la totalidad de los copropietarios de la cosa. No es posible, por lo tanto, constituir prenda sobre la cosa por una parte indivisa.

La necesidad de hacer tradición para que la prenda común se configure no es absoluta. La idea subyacente es que el propietario quede desplazado del poderío fáctico sobre el bien gravado, como contraposición a la figura de la prenda con registro. El desplazamiento debe implicar que el propietario pierda contacto directo con la cosa, es decir, que esta salga de su ámbito de acción, cualquiera sea la forma del desplazamiento (arts. 1922 a 1925 CCyC). Por lo tanto, la tradición puede ser suplida por la *traditio brevi manu* (conforme arts. 1892, párr. 3, y 1923 CCyC). La necesidad de desplazamiento del poderío fáctico impide que la prenda se configure vía *constituto posesorio*.

ARTÍCULO 2221.- ***Posesión.*** ***Los derechos provenientes de la prenda sólo subsisten mientras el bien afectado se encuentra en poder del acreedor o del tercero designado. Se reputa que el acreedor o el tercero continúan en posesión de la prenda cuando media pérdida o sustracción de ella o hubiera sido entregada a otro con obligación de devolverla.***

Si el acreedor pierde la posesión de la cosa, puede recuperarla de quien la tiene en su poder, sin exceptuar al propio constituyente de la prenda.

1. Introducción

Dado que la prenda con desplazamiento es un derecho real que se ejerce por la posesión, el Código regula en este artículo cuándo se produce la pérdida de la posesión y cómo impacta dicha pérdida en el derecho real.

2. Interpretación

2.1. Extinción de la prenda por pérdida de la posesión

La prenda y las facultades que de ella emanan subsisten, mientras la cosa gravada esté en poder del acreedor o del tercero designado, y no se extinguen por la sola circunstancia de que el acreedor pierda la posesión de la cosa. Para esta situación el Código prevé la posibilidad del prendario de recuperar la posesión mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes. Pero, sí se extingue la prenda en caso de pérdida definitiva de la posesión por el acreedor, sea porque otro adquirió la propiedad de la cosa (art. 1898 CCyC), sea porque desapareció la probabilidad razonable de recuperar la cosa (art. 1931, inc. d, CCyC). La extinción de la prenda no acarrea la de la obligación garantizada.

2.2. Conservación de la posesión

La segunda parte del primer párrafo del artículo no es más que una aplicación del principio de que para conservar la posesión basta el ánimo (art. 1929 CCyC). Ello es así mientras otro no haya adquirido la posesión y, en consecuencia, se extinga la posesión del acreedor prendario (art. 1931 CCyC).

2.3. Entrega de la cosa

La segunda parte del primer párrafo del artículo prevé la posibilidad de que la cosa haya sido entregada a otro con la obligación de devolverla. No se trata del caso en que las partes del contrato de prenda acuerden depositar la cosa gravada en un tercero depositario, hipótesis contemplada en el art. 2219 CCyC, sino de otros supuestos, como, por ejemplo, si quien detenta la cosa (acreedor o tercero) la deposita en poder de otra persona por una necesidad imperiosa (art. 1368 CCyC) o si la entrega para su reparación.

Si estando vigente la obligación garantizada el acreedor voluntariamente restituye al propietario la cosa gravada se produce la extinción de la prenda por remisión o renuncia, pero no la de la deuda (art. 954 CCyC).

2.4. Acciones del acreedor que perdió la posesión

El acreedor que pierde la posesión de la cosa puede recuperarla de quien la tiene en su poder, incluido el propietario mismo. Para ello tiene a su favor las acciones que nacen de su derecho real y de la posesión que ejercía: la acción reivindicatoria y la posesoria de despojo, respectivamente, las que no puede acumular (art. 2269 CCyC). Si intenta la acción real, pierde el derecho a promover la acción posesoria, pero, si interpone la acción posesoria, puede luego, entablar la real (art. 2273 CCyC).

ARTÍCULO 2222.- ***Oponibilidad.*** ***La prenda no es oponible a terceros si no consta por instrumento público o privado de fecha cierta, cualquiera sea la cuantía del crédito. El instrumento debe mencionar el importe del***

crédito y contener la designación detallada de los objetos empeñados, su calidad, peso, medida, descripción de los documentos y títulos, y demás datos que sirven para individualizarlos.

1. Introducción

El Código regula cómo se logra la oponibilidad del derecho real de prenda a los terceros interesados de buena fe. Para ello establece una exigencia adicional a la publicidad derivada del traspaso posesorio: que su contrato constitutivo se documente en instrumento público o privado de fecha cierta. El artículo establece también cuál es el contenido mínimo del contrato de prenda.

2. Interpretación

2.1. Instrumentación del contrato de prenda

La ley exige que el contrato de prenda se otorgue por escrito. Sin instrumento, público o privado, no hay constitución válida de prenda y, por lo tanto, no hay título suficiente para que se configure este derecho real.

La oponibilidad del derecho de prenda a los terceros interesados de buena fe no se logra por el solo desplazamiento de la cosa (publicidad posesoria), sino que se requiere además, el cumplimiento del requisito de la fecha cierta del instrumento portante de su acto constitutivo (art. 317 CCyC). El cumplimiento de uno solo de esos requisitos es insuficiente para la oponibilidad de la prenda, la que puede oponerse recién desde el momento que se cumplan ambos recaudos. Si el contrato de prenda se instrumenta por escritura pública, esta última, por ser instrumento público, hace plena fe de la fecha de su otorgamiento (art. 296, inc. a, CCyC).

2.2. Principio de especialidad

La segunda parte del artículo consagra el principio de especialidad en cuanto al crédito y en cuanto al objeto. Se trata de una reiteración de enunciados generales contenidos en los arts. 2188 y 2189 CCyC. Si bien *prima facie* parece que el artículo regula requisitos de oponibilidad de la prenda, en rigor, el principio de especialidad es un requisito de validez del acto constitutivo (art. 2190 CCyC). No se trata, pues de una cuestión de oponibilidad de la garantía sino de validez de su acto constitutivo.

2.2.1. Especialidad en cuanto al crédito

El artículo exige que, en el contrato de prenda, se haga constar el importe del crédito. Se trata, en rigor, de la estimación en dinero del monto de la garantía, mediante la expresión del monto máximo del gravamen por todo concepto (capital, intereses, costas, multas, etc.). El tema es tratado al comentar el art. 2189 CCyC, al que nos remitimos.

2.2.2. Especialidad en cuanto al objeto

El artículo exige, además, que en el contrato de prenda se haga constar la designación detallada de la cosa afectada a la garantía mediante la enunciación de los datos que sirvan para su individualización. El art. 2188 CCyC, concordantemente, exige que el objeto esté individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo.

Como del contrato de prenda no surge el derecho real mismo, sino la obligación de dar, la individualización detallada del objeto cobra particular relevancia entre las partes, a fin

de precisar cuál es la cosa sobre la que recae la obligación de dar, a los efectos previstos en los arts. 868 (requisito de identidad del objeto del pago) y 731 CCyC (liberación del deudor por cumplimiento exacto de la obligación).

El principio bajo análisis apunta a posibilitar a los terceros interesados la constatación de la identidad del objeto mencionado en el contrato con el que efectivamente se dio al acreedor. Si el objeto difiere, no hay derecho de prenda y, por lo tanto, el supuesto acreedor prendario no es tal, es decir, no cuenta con el privilegio que deriva de la prenda, pues ella no existe.

> **ARTÍCULO 2223.-** ***Prendas sucesivas.*** *Puede constituirse una nueva prenda sobre el bien empeñado, a favor de otro acreedor, si el acreedor en cuyo poder se encuentra consiente en poseerlo para ambos o si es entregada en custodia a un tercero en interés común. La prioridad entre los acreedores queda establecida por la fecha de su constitución. No obstante, las partes pueden, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos de esta regla y establecer otro orden de prelación para sus derechos, a fin de compartir la prioridad o autorizar que ésta sea compartida.*

1. Introducción

En este artículo el Código permite expresamente que concurran dos o más prendas sobre la misma cosa y prevé una pauta para determinar el rango o prioridad de las mismas. No obstante esta pauta legal, se permite la celebración de convenios sobre el rango, es decir, la prioridad puede ser modificada convencionalmente siempre que no se vulnere la regla de orden público del rango legal de avance potencial, que rige en materia de derechos reales.

2. Interpretación

2.1. Concurrencia de prendas

Si bien el Código expresa que puede constituirse una nueva prenda sobre el bien ya empeñado, el artículo no debe interpretarse en el sentido que prohíbe constituir más de una nueva prenda. Siempre puede constituirse otra prenda, si quien detenta la cosa gravada acepta poseerla en nombre del nuevo acreedor. El primer acreedor que detenta la cosa difícilmente preste su consentimiento dado que ello lo obliga a cumplir las obligaciones de depositario ante el nuevo acreedor. Si es un tercero quien detenta la cosa, no es necesaria la conformidad del primer acreedor para la constitución de la nueva prenda dado que tal acto, no lo perjudica, y puede actuar en virtud de la preferencia que emana de su prenda, como si la segunda prenda no existiera, dado que le es inoponible (art. 1886 CCyC). El propietario conserva las facultades de dueño, que son compatibles con los derechos del titular de la primera prenda constituida, y la constitución de una nueva prenda implica —de su parte— el ejercicio de la facultad dispositiva que no afecta, de ninguna manera, los derechos del primer acreedor.

Quien detente la cosa, sea el acreedor o un depositario, no está obligado a aceptar detentarla en nombre del nuevo acreedor, a menos que se haya obligado de antemano en el contrato de prenda o de depósito.

El Código prevé que la prioridad entre los acreedores prendarios queda establecida por la fecha de su título. Pero, como el derecho real de prenda se configura por título y modo, la prioridad no se rige exclusivamente por la fecha del título sino que también está influenciada por el principio de la buena fe y por el derecho de preferencia, propio de los derechos reales, regla receptada en el art. 757 CCyC: si los acreedores que concurren son de buena fe tiene mejor derecho el primero que recibió la tradición (o desplazamiento vía *traditio brevi manu*), y si ninguno adquirió aún el derecho real —por no haberse cumplido el modo—, recién entonces la prioridad debe establecerse atendiendo a la fecha cierta del título constitutivo. Si las dos prendas nacen en el mismo momento no habrá preferencia de uno sobre el otro, ambos acreedores comparten la prioridad y, en consecuencia, si el producido de la venta de la cosa empeñada es insuficiente cobran a prorrata (art. 2586, inc. f, CCyC).

2.2. Convenios sobre el rango

La última parte del artículo explicita la posibilidad de que los acreedores prendarios celebren convenios sobre el rango (posposición, permuta, etc.). Si bien el Código autoriza los convenios *"entre los acreedores"*, lo que se justifica por estar ubicado el artículo en el capítulo correspondiente a la prenda, no media obstáculo para que se celebren entre titulares de derechos que no sean de la misma especie, por ejemplo, entre el acreedor prendario y el usufructuario.

SECCIÓN 2ª
Prenda de cosas

ARTÍCULO 2224.- ***Prenda de cosa ajena.*** *Si el acreedor que recibe en prenda una cosa ajena que cree del constituyente la restituye al dueño que la reclama, puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. Si el deudor no lo hace, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación principal aunque tenga plazo pendiente; si el crédito está sujeto a condición se aplica el artículo 2197.*

1. Introducción

En este artículo se contempla la situación del acreedor de buena fe que, basado en la presunción de propiedad que emana de la posesión, cree que la cosa es de propiedad del deudor constituyente de la prenda, y la restituye al verdadero dueño que la reclama. En tal caso, el deudor debe constituir una prenda sobre otra cosa de igual valor.

2. Interpretación de la norma

2.1. Prenda de cosa ajena

Lo prescripto en este artículo debe armonizarse con el régimen general de las cosas muebles no registrables que contiene el Código: si la cosa es robada o perdida y su propiedad no fue usucapida por el constituyente, el acreedor debe restituirla al verdadero dueño pero, si no es robada ni perdida, sino obtenida por abuso de confianza (art. 1921 CCyC), el acreedor de buena fe puede, pero no está obligado, pedir el rechazo de la demanda por reivindicación y retener la cosa (art. 760 CCyC) configurándose así, un derecho real de prenda putativo.

En los casos en que el acreedor prendario restituya la cosa gravada por quien no es su propietario, se aplica por analogía lo establecido en el art. 1537 CCyC para el comodatario (que, al igual que el prendario, está obligado a restituir): el acreedor no puede negarse

a restituir la cosa alegando que ella no pertenece al constituyente, excepto que se trate de una cosa perdida por el dueño o hurtada a este. Si el acreedor sabe que la cosa que se le entregó es hurtada o perdida, debe denunciarlo al dueño para que este la reclame judicialmente en un plazo razonable; el acreedor es responsable de los daños que cause al dueño en caso de omitir la denuncia o si, pese a hacerla, restituye la cosa al constituyente. El dueño verdadero no puede pretender del acreedor la devolución de la cosa sin consentimiento del constituyente o sin resolución del juez.

2.2. Garantía por evicción

El deudor responde por la evicción (art. 1044 CCyC) de la cosa prendada, si la prenda se constituyó con su consentimiento. La prenda constituida por un tercero sin la conformidad del deudor no puede perjudicarlo; en tal caso, el deudor no es responsable por la evicción.

El artículo prevé el régimen de evicción para el caso en que sea el deudor el que constituyó la prenda. El acreedor de buena fe que restituya la cosa al dueño que la reclama puede exigir al deudor la entrega en prenda de otra de igual valor. La elección de esta corresponde al deudor, excepto pacto en contrario.

Como se desprende del art. 1537 CCyC, el acreedor debe abstenerse de restituir la cosa al verdadero dueño sin la conformidad del constituyente o sin resolución judicial que lo habilite dictada en juicio por reivindicación en el que la litis se haya trabado también con el constituyente.

Si el deudor no sustituye la garantía, el acreedor puede declarar la caducidad del plazo de la obligación principal y exigir su inmediato cumplimiento, pero no goza del privilegio que emana de la prenda dado que la misma no nació en razón de la nulidad de su contrato, constitutivo por falta de legitimación del constituyente. Si el crédito está sujeto a condición suspensiva, el acreedor no puede exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, pero sí puede requerirle que constituya una garantía suficiente en seguridad de la obligación para el caso de cumplimiento de la condición.

Los derechos que este artículo brinda al acreedor no emergen de la prenda, que no nació por nulidad de su contrato constitutivo, sino de la ley misma.

Si el constituyente de la prenda sobre cosa ajena robada o perdida es poseedor de buena fe y la compró en venta pública o en casa de venta de objetos semejantes, o a quien acostumbra a venderlos, puede exigirle al reivindicante que le reembolse el precio que pagó por ella (art. 2259 CCyC); si la adquirió en otras circunstancias no puede reclamar el reembolso. En los casos en que el reembolso procede la prenda se traslada automáticamente al importe del mismo (art. 2194 CCyC).

2.3. Prenda de cosa parcialmente ajena

El Código no admite la constitución de prenda por una parte indivisa. La prenda debe ser constituida por todos los copropietarios (art. 2219 CCyC) respecto de la totalidad de la cosa. La constitución de prenda sobre cosa parcialmente ajena es nula, al igual que la prenda que no comprenda la totalidad de la cosa. Pero, si en la división del condominio o de la herencia la cosa se le adjudica en propiedad al constituyente, el contrato de prenda queda saneado, no por convalidación, sino por el efecto declarativo de la división (arts. 1996 y 2403 CCyC).

ARTÍCULO 2225.- ***Frutos.*** *Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.*

1. Introducción

Este artículo regula la extensión objetiva de la prenda, comprendidos los frutos que genere el bien gravado; impone al acreedor el deber de percibirlos y, en su caso, aplicarlos a la cancelación de la deuda garantizada.

2. Interpretación

2.1. Extensión de la prenda en cuanto a su objeto

La prenda se extiende a la totalidad de la cosa gravada, incluidas todas sus piezas, componentes y partes existentes al momento de su constitución o que sobrevengan (art. 2192 CCyC). Quedan comprendidos todos los aumentos o acrecimientos, naturales o artificiales, que la cosa experimente.

Se aplican a la cosa prendada las normas sobre transformación y accesión (arts. 1957 y 1958 CCyC), sin perjuicio del deber de conservación que pesa sobre el acreedor.

Si por cualquier razón la cosa gravada se desarma o sufre algún desprendimiento, incluida la separación de los frutos que la cosa genera (cría que nace, lana de la esquila, etc.), la prenda afecta indivisiblemente a todas y a cada una de las partes que surjan de tal hecho, a menos que se pacte la exclusión o división de la garantía. Si en el contrato de prenda o *a posteriori* se pacta que los frutos que la cosa genera quedan excluidos de la garantía, los mismos pertenecen al constituyente propietario —y deben serle entregados—, a menos que el acreedor opte por percibirlos para imputarlos a la cancelación de la deuda, en cuyo caso pasan a ser de propiedad del acreedor.

En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste sobre la parte material restante (art. 2194 CCyC).

2.2. Prenda anticrética

En la prenda, normalmente, el bien pignorado no produce frutos; mientras que el derecho real de anticresis recae sobre un objeto fructífero, susceptible de explotación o alquiler. La prenda que recae sobre una cosa que produce frutos (piénsese en las crías de los animales que exceden el plantel original, o el producido de la esquila de los animales, etc.) es denominada por la doctrina *"prenda anticrética"*, una suerte de combinación de ambas figuras, dado que los frutos o rentas que genera la cosa prendada deben ser percibidos por el acreedor e imputados a la cancelación de la deuda garantizada.

La regulación del artículo es supletoria de la voluntad de las partes. Se trata de un aspecto de este derecho en el que no está en juego el orden público.

La percepción de los frutos que el bien pignorado produzca es un deber del acreedor, lógica consecuencia que deriva de su deber de conservación del bien pignorado y de preservación de su valor, y del deber general de no dañar a los demás. La explotación o percepción que debe hacer el acreedor es la ordinaria o normal, según la naturaleza y destino económico de la cosa, sin afectar su productividad futura ni dañarla de otro modo, dado que ello implica abuso (art. 2226 CCyC). El artículo se refiere a los frutos que genera la cosa misma, y no a la mano del hombre. Es decir, comprende los denominados

"frutos naturales", que son las producciones espontáneas de la naturaleza, que forman un todo con la cosa si no son separados (art. 233 CCyC). Por lo tanto, el acreedor no está obligado a hacer que la cosa produzca frutos, salvo que así se haya pactado o que su deber de conservación implique mantener productiva la cosa. Los frutos son, en todos los casos y salvo pacto, en contrario de propiedad del constituyente, pero quedan afectados a la garantía.

La norma no aclara si el acreedor que, con el consentimiento del constituyente, usa la cosa debe o no una compensación económica, en caso de que el uso no sea necesario para su conservación. Por aplicación analógica de lo previsto en el art. 2135 CCyC para el usufructo (derecho real que otorga las facultades de uso y goce a su titular) podría, en caso de duda, presumirse la onerosidad.

Debe aplicarse por analogía al acreedor prendario el deber impuesto al anticresista, de dar cuenta al deudor de la imputación de los frutos a la cancelación de la deuda (art. 2215 CCyC). La rendición de cuentas se rige, salvo pacto en contrario, por lo previsto en los arts. 858 a 864 CCyC. El orden de imputación, que prevé la norma, es concordante con el régimen general previsto en el art. 903 CCyC.

Si bien la norma parece imponer la imputación de los frutos percibidos a la cancelación de la deuda, ello es una facultad del acreedor y no una obligación —a menos que se estipule lo contrario—, dado que el objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización (art. 867 CCyC y ss.).

ARTÍCULO 2226.- ***Uso y abuso.*** *El acreedor no puede usar la cosa prendada sin consentimiento del deudor, a menos que el uso de la cosa sea necesario para su conservación; en ningún caso puede abusar en la utilización de la cosa ni perjudicarla de otro modo.*

El incumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, da derecho al deudor a:

a. *dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida;*
b. *pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor;*
c. *reclamar daños y perjuicios.*

1. Introducción

Dado que la prenda se ejerce por la posesión, materialmente está al alcance del acreedor usar la cosa pignorada que tiene bajo su poder. Este artículo establece en qué casos excepcionales el acreedor puede usarla sin infringir la ley y regula las consecuencias del abuso del acreedor en la empleo de la cosa empeñada.

2. Interpretación

En la prenda común el constituyente entrega la cosa con el fin de garantizar la obligación principal. Este derecho real se establece para cumplir una función de garantía, su contenido está diseñado por el legislador en aras de satisfacer dicha función. La facultad de uso, en principio, no integra el contenido de la misma y, por lo tanto, el acreedor no está habilitado legalmente para servirse de la cosa, solo puede hacerlo si el propietario lo permite o si el uso es necesario para cumplir el deber de conservación a cargo del acreedor.

Incurre en abuso el acreedor que se sirve de la cosa sin permiso o que se excede en el uso permitido, sea violando el destino, sea haciendo una explotación extraordinaria. También

hay abuso si el acreedor no cumple debidamente su deber de guarda y conservación, y deja que la cosa se arruine o la expone a riesgos de pérdida o deterioro. En tales casos, el propietario puede accionar judicialmente para que se ponga la cosa al abrigo de tales conductas, mediante su depósito judicial a costa del acreedor. Si la infracción es grave o se repite, el propietario puede acudir a la vía judicial para dar por extinguida la garantía y pedir que la cosa le sea devuelta.

ARTÍCULO 2227.- ***Gastos.*** *El deudor debe al acreedor los gastos originados por la conservación de la cosa prendada, aunque ésta no subsista.*

El acreedor no puede reclamar los gastos útiles sino hasta la concurrencia del mayor valor de la cosa.

1. Introducción

Dado que pesa sobre el acreedor prendario el deber de conservar la cosa, este artículo establece, por aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, los alcances de la obligación del propietario de reembolsarle al acreedor los gastos que él realice para cumplirlo.

2. Interpretación

El acreedor que detenta la cosa debe conservarla por cuenta del propietario; debe abstenerse de efectuar innovaciones en la cosa prendada que no sean las mejoras de mero mantenimiento y las necesarias. Si la conservación apareja gastos, los mismos son a cargo del propietario, quien debe reintegrarlos al acreedor que los adelanta. El reintegro debe hacerse, salvo pacto en contrario, al primer requerimiento del acreedor, sin esperar al vencimiento del contrato.

Corresponde distinguir los gastos necesarios de los útiles y los de mero lujo, recreo o suntuarios. Son necesarios los gastos que irroguen las mejoras de mero mantenimiento y las necesarias (art. 1934, incs. c y d, CCyC) y los que se requieren para conservar la cosa en el estado en que está al constituirse el derecho real. Son gastos que el constituyente igualmente hubiera hecho si la cosa estaba en su poder, para evitar que perezca, se deteriore, arruine, pierda su valor o sea impropia para su destino. Si el acreedor omite realizarlos, incurre en responsabilidad. Estos gastos son debidos por el propietario (pese a que el artículo se refiere al deudor) al acreedor que los realizó, aunque la cosa luego, perezca.

El deber de conservación implica que el acreedor debe ordenar las reparaciones y reposiciones que sean necesarias, si el desperfecto acaece luego de entregada la cosa al acreedor. Si es anterior y la falta de reparación conlleva un agravamiento, también debe ser reparado. No quedan comprendidos en el deber de conservación los deterioros o faltantes existentes al constituirse la prenda, si la no reparación no conlleva un agravamiento del estado de conservación.

Son gastos útiles los que redundan en beneficio para cualquier poseedor (art. 1934, inc. e, CCyC). Por aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, el acreedor que introduce mejoras útiles solo puede reclamar los gastos efectuados hasta la concurrencia del mayor valor existente al restituirse la cosa. Si la cosa perece antes del tiempo en que debe ser restituida, el propietario no está obligado a indemnizar al acreedor por los gastos útiles que efectuó.

El acreedor no tiene derecho a reclamar reembolso o indemnización por los gastos que efectuó para hacer mejoras de mero lujo, recreo o suntuarias. Pero puede retirarlas, en tanto sean separables sin deteriorar la cosa.

ARTÍCULO 2228.- ***Venta del bien empeñado.*** *Si hay motivo para temer la destrucción de la prenda o una notable pérdida de su valor, tanto el acreedor como el constituyente pueden pedir la venta del bien. Asimismo, el constituyente puede recabar la devolución de la prenda sustituyéndola por otra garantía real equivalente y, si se presenta ocasión favorable para su venta, requerir la autorización judicial para proceder, previa audiencia del acreedor.*

La cosa empeñada puede también venderse a petición de otros acreedores. En tal caso, como en los anteriores, el privilegio del acreedor prendario se ejerce sobre el precio obtenido.

1. Introducción

Para evitar que la constitución de la garantía devenga en perjudicial para el propietario y sus acreedores se prevén en este artículo diversos supuestos de venta de la cosa prendada inspirados, no en incumplimientos del deudor, sino en criterios de preservación o aumento del valor que la cosa gravada representa en el patrimonio de aquel, como así también, en el mantenimiento o restablecimiento de la relación de cobertura que las partes tuvieron en cuenta al constituir la garantía.

2. Interpretación

El Código prevé la facultad de solicitar la venta de la cosa prendada o la sustitución de la garantía, aunque no medie incumplimiento alguno, en caso que ello sea beneficioso para preservar el valor en el patrimonio del propietario o la relación de cobertura que resulta de la garantía o para evitar un daño innecesario al propietario o sus acreedores.

El artículo regula tres hipótesis de venta de la cosa prendada, atendiendo y armonizando los diversos intereses en juego: los del acreedor, los del constituyente y los de los acreedores de este último. La venta produce la desafectación de la cosa a la prenda; el privilegio del acreedor se traslada por subrogación real al precio obtenido.

Los supuestos que contempla la norma son:

a. Temor de pérdida notable de su valor. Debe tratarse de un temor fundado, basado en razones objetivas, y no de una mera suposición o conjetura. Puede basarse en aspectos relacionados con la cosa misma (por ejemplo, una máquina que deja de funcionar o un animal que se enferma o envejece) o cuestiones propias del mercado (por ejemplo, un producto cuyo valor de venta disminuye por lanzarse una nueva versión o una notoria caída del valor o cotización del bien en el mercado). Si la pérdida de valor obedece a un incumplimiento del acreedor a su deber de conservación, la solución que debe aplicarse es la prevista en el art. 2226 CCyC para los casos de abuso.

   El acreedor está legitimado para pedir la venta, dado que tiene interés en que el valor de la cosa prendada cubra adecuadamente el *quantum* dinerario de la obligación garantizada, según la relación de cobertura establecida originariamente. Ante el pedido de venta del acreedor, el propietario puede solicitar la sustitución de la garantía. También está legitimado para pedir la venta el propietario, quien puede optar por pedir la

venta procurando —de esa manera— preservar el valor del bien en su patrimonio, o la restitución de la cosa y la sustitución de la garantía por otra garantía real equivalente.

b. Ocasión favorable para la venta. Si los intereses del acreedor quedan debidamente a salvo el juez, puede autorizar la venta de la cosa prendada que pida el propietario, si se presenta una ocasión favorable para la misma. Para ello el propietario debe demostrar la ventaja económica cierta que obtendría de la venta y que los intereses del acreedor —en caso de no ser desinteresado— quedan debidamente resguardados. Si el propietario tiene una oferta de compra por un precio sensiblemente superior al valor corriente, no permitirle la venta implica impedirle tomar una ganancia que mejore su situación patrimonial; si no se lesionan los intereses del acreedor, no hay motivo para causar tal daño al propietario. Tanto en este supuesto como en el comentado precedentemente, a falta de acuerdo entre el propietario y el acreedor para proceder a la venta, quienquiera de ellos la pida; debe recabarse autorización judicial previa.

c. Venta pedida por otro acreedor. La prenda no excluye la cosa de la garantía común de los acreedores del propietario, sino que continúa en la misma y además queda afectada a una garantía especial que le otorga privilegio a su titular. Por tal razón, como la propiedad de la cosa prendada no sale del patrimonio del propietario ni es sustraída de la garantía común de sus acreedores, estos pueden embargarla y hacerla vender para cobrarse del producido. La prerrogativa del acreedor prendario de pedir la venta de la cosa pignorada es común a todos los acreedores del propietario cuyos créditos sean exigibles (aunque el prendario puede proceder autoliquidando la garantía). Todos ellos mantienen, pese a la prenda, su poder de agredir la cosa. El acreedor prendario no tiene ninguna preferencia para hacer vender la cosa ni facultades para evitar que los demás acreedores lo hagan; pero sí tiene privilegio para cobrar su crédito del producido de la venta.

Ante una orden judicial de secuestro de la cosa prendada, el acreedor debe entregarla y luego, presentarse en el respectivo juicio para hacer valer su privilegio sobre el producido de la subasta. Ante una orden judicial, el acreedor no tiene facultades para exigir, como requisito previo para entregar la cosa, que previamente se lo desinterese. Recién cuando la cosa es subastada a pedido de otro acreedor, el acreedor prendario tiene derecho a dar por caduco el plazo y a cobrar con la preferencia correspondiente; si el crédito prendario está sujeto a condición suspensiva, el acreedor prendario puede requerir al acreedor que subastó (si es quirografario o si su privilegio es de grado menor que el que otorga la prenda), que ofrezca garantía suficiente de la restitución de lo percibido para el caso de cumplimiento de la condición (art. 2197 CCyC).

La subasta de la cosa prendada, seguida por el acreedor prendario o por otro acreedor, quirografario o privilegiado, causa la extinción de la prenda si su titular fue debidamente citado a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencia que le correspondan al acreedor prendario sobre el producido para la satisfacción de su crédito (art. 2203 CCyC).

ARTÍCULO 2229.- ***Ejecución.*** *El acreedor puede vender la cosa prendada en subasta pública, debidamente anunciada con diez días de anticipación en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponde al lugar en que, según el contrato, la cosa deba encontrarse.*

Si la prenda consiste en títulos u otros bienes negociables en bolsas o mercados públicos, la venta puede hacerse en la forma habitual en tales mercados, al precio de cotización.

Las partes pueden convenir simultáneamente con la constitución que:

a. *el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor;*

b. *la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas determinan, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.*

A falta de estipulación en contrario, estas alternativas son optativas para el acreedor, junto con las indicadas en los párrafos primero y segundo de este artículo, según el caso.

El acreedor puede adquirir la cosa por la compra que haga en la subasta o en la venta privada o por su adjudicación.

ARTÍCULO 2230.- ***Rendición de cuentas.*** *Efectuada la venta, el acreedor debe rendir cuentas, que pueden ser impugnadas judicialmente, pero ello no afecta la validez de la enajenación.*

1. Introducción

Estos artículos regulan la ejecución prendaria y la actuación del acreedor posterior a la misma. Se prevén procedimientos alternativos de enajenación, en función del carácter autoliquidable de la garantía y de las diversas clases de bienes. El Código fomenta el uso de esta garantía al simplificar notablemente su ejecución. En esta regulación se tutelan, no solo los intereses del ejecutante, sino también los del deudor y propietario, previendo directivas y mecanismos objetivos y transparentes de valuación y realización del bien.

2. Interpretación

El carácter autoliquidable es un rasgo sobresaliente de la prenda. La autoliquidación implica que el acreedor cobra de manera rápida, barata y sin pasar por los tribunales. Para la venta o adjudicación de la cosa pignorada no necesita la previa intervención judicial, basta para proceder, ante la mora del deudor, la sola orden que imparta el propio acreedor o un tercero designado por las partes, y el producido de dicha venta se aplica directamente, sin más, a la cancelación de la deuda garantizada. Luego el acreedor no hace más que rendir cuentas de lo actuado al deudor y al propietario, quienes pueden impugnarlas judicialmente, pero ello no obsta a la validez de la enajenación extrajudicial de la cosa. De esta manera, el cobro del crédito prendario se abrevia mucho en el tiempo y se reducen los costos de cobranza. La protección que el expropietario y el deudor pueden buscar en los tribunales es básicamente *a posteriori* de la ejecución.

El artículo contiene una norma "abierta", pues permite a las partes pactar libremente quién realizará la venta de la cosa, cómo se fija su valor base de venta o adjudicación, y cuál es el procedimiento de ejecución a seguir. Pero los pactos relativos a la ejecución no deben exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, ni importar un ejercicio abusivo de la libertad de contratación. Por lo tanto, los mecanismos de realización del bien y de fijación de su precio o valor que las partes

acuerden no pueden depender del arbitrio de una sola de ellas, sino que deben responder a criterios razonables, objetivos, ecuánimes e imparciales, que tutelen los intereses de ambas partes.

Las partes pueden acordar que la venta se haga en forma privada o en subasta pública, e incluso que la cosa se adjudique al acreedor. Pero no puede pactarse *ab initio* que la cosa se adjudique al acreedor por el importe de lo adeudado, dado que el valor de transferencia debe resultar de un ámbito de negociación o del valor corriente de mercado que sea temporalmente cercano a la adjudicación. La fijación del valor de la cosa, que se use como base para la venta o adjudicación, debe: quedar en manos de un experto, o surgir de un determinado ámbito de negociación o del valor corriente de mercado que indiquen una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato. A falta de estipulación, el juez debe designar al experto a simple petición del acreedor.

La publicidad de la venta, en caso de que se haga en subasta pública, debe hacerse con suficiente antelación; si no se pactó otro plazo rige el plazo de diez días previsto en la norma.

Aunque las partes acuerden un procedimiento extrajudicial de ejecución prendaria, ante cualquier abuso del acreedor en el procedimiento respectivo, el propietario o el deudor pueden solicitar la suspensión cautelar del mismo, cumplidos los requisitos procesales pertinentes. Si el acreedor, ejerciendo abusivamente su posición, impone cláusulas de ejecución que rebasen del marco de lo justo, el constituyente o el deudor pueden, sin necesidad de esperar la ejecución, solicitar la suspensión cautelar de las mismas.

Los procedimientos previstos en la ley son meramente supletorios de la voluntad de las partes y, salvo pacto en contrario, el acreedor puede optar por cualquiera de ellos.

El artículo aclara que el acreedor puede adquirir la cosa, sea en subasta, sea en la venta privada o mediante su adjudicación. En tal caso, adquiere la propiedad *traditio brevi manu*: su posesión *animus pignus* se jerarquiza y pasa a ser *animus domini*.

La intimación fehaciente de pago al deudor y al propietario no deudor es un requisito esencial para proceder a la ejecución (art. 2200 CCyC), sin cuya observancia el procedimiento queda viciado de nulidad.

La rendición de cuentas que debe hacer el enajenador, sea el acreedor, sea un tercero, se rige, salvo pacto en contrario, por lo previsto en los arts. 858 a 864 CCyC; la misma debe hacerse al deudor y también al propietario no deudor.

ARTÍCULO 2231.- ***Documentos con derecho incorporado.*** ***La prenda de títulos valores se rige, en lo pertinente, por las reglas de la prenda de cosas.***

Remisiones: ver comentario al art. 1845 CCyC.

1. Introducción

Se prevé la aplicación de las reglas de la prenda de cosa a los títulos valores, dado que en los mismos se produce la "cosificación" del crédito. De tal manera, el Código supera la falta de previsión expresa del art. 20 del decreto-ley 5965/1963, ratificado por ley 16.478.

2. Interpretación

En los títulos valores cartulares se produce el fenómeno denominado "materialización" o "cosificación" del crédito, que queda incorporado al documento. El documento vale por lo que expresamente dice y es necesario para ejercer el derecho literalmente en él expresado. En este caso, la prenda no recae sobre el documento ni sobre el crédito incorporado, sino sobre la combinación de ambos elementos.

La prenda de títulos valores se constituye mediante el denominado "endoso en garantía", regulado en el art. 1845 CCyC, a cuyo comentario remitimos, el que no transmite al endosatario la propiedad del crédito, que continúa siendo de propiedad del endosante, pero que sí lo legitima para ejercer, incluso judicialmente, todos los derechos inherentes al título valor.

La cláusula "en garantía", "en prenda" o similar, suprime el efecto traslativo del endoso. El endosatario ejerce los derechos emergentes del título valor en interés propio, ejerciendo un derecho autónomo, a pesar de que reconoce la propiedad del título en su endosante, y tiene privilegio prendario para cobrarse de la suma que obtenga la correspondiente al crédito garantizado, para luego rendir cuentas al endosante.

En virtud del carácter autónomo del derecho del endosatario, este permanece inmune a las defensas que el demandado pueda oponer, fundadas en sus relaciones con el endosante o contra anteriores portadores, a menos que el endosatario, al recibir el título, lo haya hecho a sabiendas en perjuicio de aquel.

Si el título valor tiene incorporada la cláusula "no a la orden" o alguna equivalente, la prenda del crédito incorporado al título valor debe hacerse según las reglas de la sección siguiente.

SECCIÓN 3ª

Prenda de créditos

ARTÍCULO 2232.- ***Créditos instrumentados.*** *La prenda de créditos es la que se constituye sobre cualquier crédito instrumentado que puede ser cedido.*

La prenda se constituye aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento y aunque éste no sea necesario para el ejercicio de los derechos vinculados con el crédito prendado.

Se aplican supletoriamente las reglas sobre prenda de cosas.

1. Introducción

El Código dota a la prenda de créditos de un estatuto legal propio. El objeto de la prenda es el crédito mismo, aunque se exija para la procedencia de la figura que el crédito esté instrumentado.

La exigencia de que el constituyente de la prenda entregue los documentos probatorios del crédito que estén en su poder obedece justamente a la necesidad de colocarlo en una posición que le impida interferir en el ejercicio de las facultades del acreedor prendario. Si los documentos continuaran en su poder el constituyente podría, por ejemplo, remitir la deuda entregándolos al deudor (art. 950 CCyC).

Dado que lo pignorado es el crédito, si su instrumento probatorio (entregado al acreedor o al tercero designado por las partes) desaparece, se extingue o se perjudica, de manera que devenga inservible en su función probatoria, la prenda subsiste.

La prenda de créditos constituye una excepción al principio de que el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de una cosa (art. 1883 CCyC).

Habiéndose notificado la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito prendado, este debe entregar al acreedor prendario la cosa que debe al constituyente (art. 877 CCyC). La *"prenda de crédito"* devendrá por subrogación en *"prenda de cosa"* cuando el deudor del crédito pignorado pague, es decir, cuando cumpla su obligación.

2. Interpretación

2.1. Instrumentación del crédito

El artículo comentado establece que la prenda de crédito no requiere que el crédito esté "incorporado" al instrumento. Basta que el instrumento pruebe la existencia del crédito, sin necesidad de que lo "corporice", "cosifique" o "materialice". Se resuelve así una discusión anterior en la materia, quedando atrás la postura que entiende que la prenda de crédito solo puede constituirse sobre títulos en los que se "corporicen" los créditos objeto del gravamen, por entender que solo en tal caso puede tener lugar el "desplazamiento" que exige la ley. Es, en rigor, la notificación del contrato de prenda al deudor, y no la entrega del instrumento, lo que provoca el "desplazamiento del crédito".

Tampoco es una exigencia en el nuevo régimen que el instrumento del crédito sea un documento de legitimación para el ejercicio del derecho pignorado; es decir, no es un requisito para la procedencia de la prenda de crédito que el instrumento probatorio del crédito pignorado presente la nota de "necesidad" propia de los títulos valores cartulares (art. 1830 CCyC). Basta con el que instrumento pruebe suficientemente el crédito, aunque pueda probarse por otros medios y aunque el instrumento no porte la causa-fuente del crédito pignorado.

2.2. Otros bienes inmateriales susceptibles de prendar

El Código alude a la prenda de "créditos" y no a la prenda de "derechos" o de "bienes inmateriales". Sin embargo, no parece ser la intención acotar, de esa manera, el objeto de la prenda, aunque indudablemente la regulación que contiene el Código está dirigida a los créditos y no a los demás bienes inmateriales.

La doctrina en general acepta la constitución de prenda sobre patentes de invención, marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor, aunque no todos los autores están de acuerdo.

La ley especial admite la prenda de acciones de sociedades anónimas y de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada.

2.3. Requisitos del crédito para poder ser prendado

Solo pueden prendarse los créditos que sean transmisibles, que estén en el comercio y que sean embargables. La regla es que, cumplido el requisito de su instrumentación, todos los créditos pueden ser objeto de prenda.

Sin embargo, el art. 2188 CCyC exige que el objeto de todo derecho real de garantía sea actual, lo que podría interpretarse como un obstáculo para la viabilidad de la prenda de créditos que no sean actuales. Se contrapone con dicho principio el enunciado específico

que contiene, en la materia, el artículo comentado: pude prendarse "cualquier" crédito instrumentado que puede ser cedido. Es decir, basta con que sea transmisible para que pueda ser prendado y siempre que haya instrumentación suficiente. Por lo tanto, cabe interpretar que estamos ante una excepción al citado principio general de actualidad; de lo contrario, la utilidad de la figura quedaría injustificadamente menguada y se desvirtuaría la finalidad de que sirva como un instrumento de fomento de créditos importantes o para facilitar la financiación de emprendimientos económicos vinculados con la contratación de servicios y obras. Sería un despropósito interpretar la ley de manera que la figura quede a contrapelo de los usos y prácticas en los negocios.

Sin embargo, sí que es preciso, para que la prenda nazca, que el crédito futuro o eventual resulte de una convención concluida y que pueda probarse, por medio de un instrumento que exista actualmente, que indefectiblemente debe ser entregado para que la prenda nazca. Por lo tanto, el crédito futuro o eventual debe surgir de una causa actual al momento de constituirse la prenda.

No pueden ser prendados los siguientes bienes:

a. los derechos de usufructo (sin perjuicio de que el usufructuario puede constituir anticresis), uso y habitación, así como las servidumbres e hipotecas;
b. las indemnizaciones que corresponden al constituyente por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;
c. la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; y
d. los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes (art. 744, inc. h, CCyC).

La hipoteca no se puede prendar, pero sí el crédito garantizado con hipoteca, siempre que esté instrumentado. Como los cheques son instrumentos de pago y no de crédito, admitir la constitución de prenda sobre los mismos implicaría su desnaturalización.

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

1. Introducción

Aquí se establece la notificación de la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito pignorado como un requisito esencial para el nacimiento de la prenda de crédito.

2. Interpretación

Para que nazca la prenda sobre el crédito es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

a. que las partes otorguen el contrato de prenda por instrumento público o privado, que para ser oponible a terceros debe tener fecha cierta;
b. que el crédito pignorado esté instrumentado, que pueda evidenciarse o probarse por medio de un instrumento, y el constituyente entregue los mismos al acreedor prendario o al tercero designado por las partes; y
c. que se notifique, por instrumento público o privado de fecha cierta, la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito pignorado (arg. art. 1620 CCyC).

Si no se cumple alguno de dichos requisitos no nace el derecho real de prenda (aunque sí el contrato de prenda) ni siquiera entre las partes y, por lo tanto, el acreedor no puede invocar frente a terceros las ventajas que derivan del mismo. La entrega del instrumento probatorio del crédito pignorado cumple una doble función: además de un requisito constitutivo de la prenda, es una medida de seguridad tendiente a evitar que el constituyente cobre o remita el crédito. Integra el modo suficiente para el nacimiento de este derecho real.

En la prenda de crédito el modo suficiente está integrado tanto por la entrega del instrumento, como por la notificación de la existencia del contrato de prenda al deudor del crédito pignorado.

Si se trata de un instrumento privado el constituyente debe entregar todos los ejemplares que estén en su poder, con todos sus anexos, complementos, modificaciones, accesorios, etc. De manera que el acreedor prendario, y no el constituyente, quede en situación material de poder perseguir el cobro del crédito pignorado. Por lo tanto, el constituyente también debe entregar todos los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirvan para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho pignorado sin la observancia de las formas propias de la cesión (art. 1835 CCyC). Si el crédito prendado consta en escritura pública, el constituyente debe entregar la copia vigente (art. 308 CCyC) que el escribano autorizante haya expedido para él.

ARTÍCULO 2234.- ***Conservación y cobranza.*** *El acreedor prendario debe conservar y cobrar, incluso judicialmente, el crédito prendado. Se aplican las reglas del mandato.*

Si la prestación percibida por el acreedor prendario consiste en dinero, debe aplicar lo recibido hasta cubrir íntegramente su derecho contra el deudor y en los límites de la prenda.

Si la prestación percibida no es dineraria el acreedor debe proceder a la venta de la cosa, aplicándose el artículo 2229.

ARTÍCULO 2235.- ***Opción o declaración del constituyente.*** *Cuando la exigibilidad del crédito pignorado depende de una opción o declaración del constituyente, el acreedor prendario puede hacer la respectiva manifestación, por su sola cuenta si su propio crédito es exigible, y de común acuerdo con aquél en caso contrario.*

Si la opción o la declaración corresponden al deudor del crédito dado en garantía, sólo producen efecto si se comunican al propio acreedor y al prendario.

Son válidos los pactos en contrario que celebran el acreedor prendario y el constituyente de la prenda.

ARTÍCULO 2236.- ***Participación en contrato con prestaciones recíprocas.*** *Si el crédito prendado se origina en un contrato con prestaciones recíprocas, en caso de incumplimiento del obligado prendario el acreedor puede enajenar forzadamente la participación de aquél en dicho contrato, sujeto a las limitaciones contractuales aplicables.*

Si la cesión de la participación del constituyente está sujeta al asentimiento de la otra parte de tal contrato, y éste es negado injustificadamente, debe ser suplido por el juez.

Por participación se entiende el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato.

1. Introducción

En estos artículos se establecen las facultades-deberes del acreedor prendario con respecto a la conservación, cobranza, exigibilidad y realización del crédito prendado, y al incumplimiento del titular del crédito prendado con las obligaciones que resultan del contrato del cual emana dicho crédito. De tal manera, el Código establece cuál es el contenido del derecho real de prenda de crédito, lo organiza y lo dota de un estatuto legal propio completo, que armoniza los intereses del titular de la prenda y del titular del crédito prendado. Los deberes que se mencionan son facultades del titular de la prenda que emanan de su derecho real, pero que debe ejercer tanto en interés propio como en el del titular del crédito gravado.

2. Interpretación

2.1. Facultades-deberes del titular de la prenda de crédito

El Código establece en estos artículos cuál es el contenido del derecho real de prenda de crédito, lo organiza y lo dota de un estatuto legal propio completo, que armoniza los intereses del titular de la prenda (acreedor) y del titular del crédito prendado (constituyente). Las conductas del acreedor referidas en estos artículos como "*deberes*", analizadas y ponderadas exclusivamente desde el lado del prendario, deben considerarse como "*facultades*" que emanan de su derecho real, pero —evaluadas desde la posición del titular del crédito— deben considerarse como "*deberes*" del prendario, a fin de evitar que su ejercicio menoscabe los derechos del titular del crédito.

El prendario debe ejercer sus facultades de manera muy cuidadosa, procurando no causar lesión al crédito pignorado. Debe adoptar, cumplir o solicitar —según el caso— toda medida y acto conservatorio tendiente a la preservación del crédito prendado, evitando su menoscabo, extinción o caducidad, o la prescripción de las acciones respectivas. Así por ejemplo:

a. en los casos en que la mora del deudor no se produce automáticamente debe interpelarlo para constituirlo en mora; si la obligación de la que resulta el crédito prendado está sujeta a plazo indeterminado propiamente dicho, debe solicitar judicialmente la fijación de plazo;

b. debe rehusar el pago que intente hacer el deudor del crédito prendado que no reúna los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización, y adoptar todos las medidas conservatorias tendientes a un cobro que reúna dichos requisitos;

c. el acreedor prendario no puede otorgar al deudor del crédito prendado quitas ni esperas sin la conformidad del titular del crédito;

d. si el crédito pignorado es exigible y el deudor no lo paga puntualmente debe perseguir el cobro, aun judicialmente; y

e. el prendario debe cumplir, por su sola cuenta, o de común acuerdo con el titular del crédito si la ley o la convención prendaria así lo exigen, los actos que sean necesarios para evitar que el titular del crédito sea constituido en mora.

El art. 2234 CCyC establece que deben aplicarse las reglas del mandato; en él, el titular del crédito es el mandante y mandatario, el acreedor prendario, quien en interés común y por imperativo legal debe conservar y cobrar el crédito pignorado. Se trata de un mandato sin representación, salvo que el titular del crédito le confiera el poder al prendario. Las reglas del mandato que deben aplicarse son, obviamente, las que sean compatibles con el derecho real de prenda de titularidad del mandatario (comentario al art. 1319 CCyC y ss.).

Cabe advertir, no obstante la aplicación de dichas reglas, que las facultades que mencionan estos artículos, el acreedor prendario las tiene y las ejerce a título propio y no como mandatario; las mismas proceden directamente de su derecho real de prenda, o de la ley si se quiere, y no del mandato o del poder de representación que le dé el titular del crédito.

2.2. Crédito prendado que vence con anterioridad al crédito garantizado

Si el crédito prendado vence con anterioridad al crédito garantizado, el acreedor prendario debe cobrar el crédito prendado y la prenda se traslada automáticamente, por subrogación, a la cosa percibida, si su naturaleza es compatible con la prenda (ver comentario al art. 2194 CCyC). Lo percibido en virtud del cobro del crédito prendado es de propiedad de quien, hasta ese momento, era titular del crédito pignorado, extinguido por pago. Si lo percibido es dinero u otro bien fungible, se configura una prenda irregular.

Si lo que debe cobrarse es un derecho real sobre un inmueble (por ejemplo, prenda de boleto de compraventa inmobiliaria) y el contrato de prenda no se otorgó en escritura pública, es necesario que el titular del crédito prendado apodere al acreedor prendario por escritura pública para que, en su nombre, pueda otorgar la escritura de compraventa y cumplir el modo que hagan adquirir al titular del crédito el dominio del inmueble. Como el inmueble no es objeto idóneo del derecho real de prenda él se extingue y solo le queda al acreedor el derecho de retención y el privilegio que de él emana. La extinción de la prenda no afecta la existencia del crédito que estaba garantizado con ella (art. 2186 CCyC).

La exigibilidad y el cobro del crédito prendado no producen *per se* la exigibilidad del crédito garantizado con la prenda, por lo que el acreedor prendario debe primero cobrar el crédito prendado por cuenta del constituyente, y luego, esperar que se produzca la exigibilidad de su propio crédito para poder reclamarlo por la vía que corresponda.

Si luego del cobro del crédito pignorado la prenda subsiste por subrogación real (devenida en prenda de cosa), una vez producida la exigibilidad del crédito garantizado deben aplicarse los dos últimos párrafos del art. 2234 CCyC, con respecto al producido de dicho cobro.

2.3. Crédito prendado que vence con posterioridad al crédito garantizado

En los casos en que el crédito garantizado con prenda es exigible con anterioridad al crédito prendado, el acreedor prendario puede, sin estar obligado a ello, ejercer sus facultades ejecutorias y adjudicarse o enajenar forzadamente vía cesión, el crédito prendado conforme al procedimiento legal o especial convenido en el contrato de prenda. Si opta por no ejecutar la prenda y esperar a que se produzca la exigibilidad del crédito prendado debe cumplir con su deber de conservar y cobrar, aun judicialmente, el crédito prendado.

2.4. Créditos de exigibilidad dependientes de una opción o declaración

El art. 2235 CCyC regula el caso de que la exigibilidad del crédito prendado dependa de una opción o declaración que deba efectuar alguna de las partes de la relación obligacional de la cual proviene el crédito pignorado; piénsese, por ejemplo, en las obligaciones de género (art. 762 CCyC), alternativas (art. 779 CCyC), facultativas (art. 786 CCyC), o en un contrato de opción (art. 996 CCyC), u otra.

Dicho artículo dispone que, si la opción o declaración debe hacerla el deudor del crédito prendado, debe comunicarla tanto al titular del crédito prendado como al acreedor prendario, que es un acreedor de su acreedor.

Si el deudor del crédito prendado es remiso en hacer la opción o declaración, el acreedor prendario debe, en cumplimiento con su deber de conservación y cobranza, intimarlo por medio fehaciente a que la haga.

Si la opción o declaración debe hacerla el titular del crédito prendado el artículo distingue:

a. si el crédito garantizado es exigible: la opción o declaración debe hacerla el acreedor prendario. En caso de inacción puede hacerla el titular del crédito prendado con autorización judicial. El acreedor prendario debe, en cumplimiento de su obligación de rendirle cuentas, comunicar al titular del crédito que hizo la opción o declaración;
b. si el crédito garantizado no es exigible: la opción o declaración deben hacerla de común acuerdo el acreedor prendario y el titular del crédito prendado. A falta de acuerdo o en caso de inacción de alguno, debe acudirse a la vía judicial.

En todos los casos en que la opción o declaración se haga válidamente sin intervención del acreedor prendario, la misma se le debe comunicar por medio fehaciente a efectos de que esté en condiciones de saber cuál es el contenido de su deber de conservación y cobranza que la ley le impone. Si se hace sin intervención del titular del crédito prendado también se le debe comunicar, de igual forma, para que sepa cuál es el contenido de su derecho y las conductas exigibles al deudor del crédito prendado y al acreedor prendario.

La regulación prevista es meramente supletoria; si el contrato de prenda prevé otra solución, debe aplicarse esta última.

2.5. Incumplimiento del titular del crédito prendado

Lo previsto en el art. 2236 CCyC para el caso de incumplimiento del titular del crédito prendado, debe aplicarse igualmente en caso de que dicho titular manifieste su decisión de no cumplir el contrato del cual emana el crédito prendado. Tal actitud lo hace incurrir en mora y consecuentemente lo obliga a pagar a la contraparte intereses moratorios (art. 768 CCyC), lo que puede considerarse como una disminución del valor de la garantía; ante esta situación se torna aplicable lo previsto en el art. 2195 CCyC, a cuyo comentario remitimos. Ante el incumplimiento del contrato del cual proviene el crédito prendado, el acreedor prendario puede optar por ejecutar la prenda.

Respecto de la prestación incumplida por el titular del crédito prendado, el acreedor prendario es un tercero interesado, por lo que él puede cumplirla, aún contra la oposición individual o conjunta de las partes del contrato (art. 881 CCyC). La ejecución de la prestación por el acreedor prendario inhabilita el ejercicio de la facultad resolutoria por la contraparte y preserva el valor de la garantía y del crédito garantizado. Salvo pacto en contrario, tal conducta heroica del acreedor prendario depende de su propia decisión y no puede serle exigida por el titular del crédito prendado ni por la contraparte del contrato del cual proviene el crédito prendado.

En caso de ejecución de la prenda, para la cesión de la posición contractual debe cumplirse el procedimiento pactado en el contrato del cual resulta el crédito pignorado. Si la contraparte se niega injustificada o irrazonablemente a prestar el asentimiento o la colaboración debida para dicho procedimiento, el acreedor prendario debe acudir a la vía judicial para suplir la falta. Esta intervención judicial es al solo efecto y no implica judicializar la ejecución de la prenda, la que debe hacerse con arreglo al procedimiento

legal o al especial pactado en la convención prendaria. La enajenación forzada que prevé el artículo comentado no obsta a que el acreedor prendario no pueda adjudicarse la posición contractual con sujeción al procedimiento de ejecución pactado en el contrato de prenda.

ARTÍCULO 2237.- ***Extinción.*** *Extinguida la prenda por cualquier causa sin haberse extinguido el crédito dado en prenda, el acreedor debe restituir el instrumento probatorio del crédito prendado y notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado.*

Remisiones: ver comentario al art. 954 CCyC.

1. Introducción

En este artículo el Código establece cuáles son los deberes que debe cumplir el acreedor prendario en caso de extinción de la prenda sin haberse extinguido el crédito prendado. Simétricamente a lo establecido para provocar el desplazamiento, se impone el deber de notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito pignorado.

2. Interpretación

Si el crédito prendado continúa vigente y la prenda se extingue por cualquier causa, el acreedor (que quizás ya no es tal, pero que lo llamamos así para simplificar el comentario) debe restituir al titular del crédito pignorado exactamente lo mismo que recibió del constituyente cuando se constituyó la prenda, en el mismo estado, ya que su deber de conservación rige tanto respecto del crédito pignorado como de los instrumentos que se le entregaron. Además debe entregarle todo otro instrumento relacionado con el crédito (por ejemplo, en el que conste la opción o declaración del art. 2235 CCyC) que haya recibido durante la vigencia de la prenda.

Extinguida la prenda, cesa el derecho de poseer del acreedor prendario, cuya relación de poder se convierte en tenencia y, consecuentemente debe restituir todos los respectivos instrumentos que estén en su poder. Además el prendario debe notificar la extinción de la prenda al deudor del crédito pignorado, a efectos de que lo pague al titular (arg. art. 877 CCyC).

La restitución del instrumento y la notificación al deudor no son requisitos para que opere la extinción de la prenda, sino que son deberes que surgen de la extinción, impuestos por la ley al extitular de la prenda para que el titular del crédito quede en la misma posición en la que con respecto al crédito gravado estaba antes de prendarlo. La entrega del instrumento sí es un requisito indispensable para que opere la extinción de la prenda en el caso de la remisión de la prenda (art. 954 CCyC, a cuyo comentario remitimos).

Si el acreedor no notifica la extinción de la prenda al deudor del crédito prendado, aunque el titular del crédito haya recibido el instrumento probatorio del crédito prendado, el deudor no queda habilitado para pagar el crédito a su titular y debe consignar el pago, dado que se encuentra en la situación de no poder realizar un pago seguro y válido por causa que no le es imputable (art. 904, inc. c, CCyC).

TÍTULO XIII(*)
Acciones posesorias y acciones reales

CAPÍTULO 1
Defensas de la posesión y la tenencia

ARTÍCULO 2238.- ***Finalidad de las acciones posesorias y lesiones que las habilitan.*** *Las acciones posesorias según haya turbación o desapoderamiento, tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor.*

Hay turbación cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta del poseedor o del tenedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor o al tenedor.

La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento o la turbación de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor.

Los actos ejecutados sin intención de hacerse poseedor no deben ser juzgados como acción posesoria sino como acción de daños.

1. Introducción

En el Código Civil, aún luego de haber sido modificado por las leyes 17.711 y 17.940, no todas las relaciones reales o de hecho —hoy llamadas relaciones de poder— contaban con defensas judiciales. Tampoco a todas les asistían los mismos remedios frente a los ataques. Cuanto más trascendente era la vinculación fáctica con la cosa, mayores eran las vías de protección al alcance del titular de la relación. Por el contrario, en la medida que decrecía la importancia de las relaciones de hecho, menor era la tutela jurídica. Aunque no había acuerdo doctrinario y jurisprudencial sobre cuántos juegos de acciones se ponían a disposición del agente (y, por ende, tampoco sobre la legitimación activa), la interpretación más amplia de los textos legales permitía elaborar el siguiente cuadro:

Defensas judiciales de las relaciones de hecho en el Código Civil	Poseedores anuales no viciosos	Acción posesoria en sentido estricto de mantener (contra la turbación)
		Acción posesoria en sentido estricto de restituir (contra la desposesión)
	Poseedores no anuales (incluso viciosos) y tenedores interesados	Acción policial innominada de mantener (contra la turbación)
		Acción policial de despojo (contra la desposesión)
	Tenedores no interesados	Acción policial innominada de mantener (contra la turbación)

(*) Comentarios a los arts. 2238 a 2276 elaborados por Mario Zelaya.

El Código Civil diferenciaba las acciones posesorias en sentido estricto de las acciones policiales. En tanto el poseedor podía beneficiarse con las acciones posesorias, las policiales, los interdictos y la defensa privada, el tenedor quedaba excluido del ejercicio de las primeras y, por su parte, los servidores de la posesión solo contaban con la defensa extrajudicial o privada.

Las acciones posesorias en sentido estricto solo podían ser ejercidas por poseedores calificados, es decir, que revestían el carácter de anuales y no viciosos (arts. 2473, 2487 y 2495 CC). Por su parte, los poseedores, cualquiera sea la naturaleza de la posesión, y los tenedores en interés propio (arts. 2462, inc. 1; 2469 y 2490 CC) estaban legitimados para promover acciones policiales. En cambio, los tenedores en interés ajeno solo estaban habilitados, en caso de turbación, para el uso de la acción de manutención (arts. 2462, inc. 2; y 2469 CC). También se hallaban legitimados activamente los titulares del derecho de retención (art. 3944 CC).

Los poseedores calificados (anuales y no viciosos) contaban con dos acciones para cada ataque. Frente a la turbación podrán escoger entre la acción de manutención, prevista solo para poseedores calificados (art. 2495 CC), y la acción policial innominada de mantener, establecida para cualquier poseedor y para los tenedores (art. 2469 CC). De la misma manera, en caso de desposesión, podían apelar a la acción posesoria en sentido estricto, con efectos reipersecutorios sumamente amplios (arts. 2473 a 2481; 2487 CC), o bien al ejercicio de la acción policial de despojo, con un alcance más acotado en cuanto a la legitimación pasiva, y prevista tanto para los poseedores de cualquier naturaleza, como para los tenedores en interés propio (art. 2490 CC).

Los poseedores no calificados —por la carencia de anualidad y/o la ausencia de vicios— y los tenedores no podían hacer uso de las acciones posesorias en sentido estricto (arts. 2487 y 2495 CC), sino únicamente de las policiales (arts. 2469 y 2490 CC) y, por lo tanto, contaban con una sola acción para cada tipo de ataque.

A estas defensas se agregaban la acción de obra nueva y la acción de daño temido. "Obra nueva" refiere a toda obra que se comienza a hacer y da origen a defensas posesorias de acuerdo al siguiente esquema: si había sido construida en terrenos del poseedor, la acción era "*juzgada como acción de despojo* " (art. 2498 CC) y le era aplicable su normativa; pero, en caso de que la obra nueva haya sido construida en inmuebles que no eran del poseedor, se consideraba que existía turbación de la posesión cuando ella sufría un menoscabo en beneficio del que ejecutaba la obra nueva. En este caso, la acción posesoria tenía el objeto de suspender la obra durante el juicio y que, a su terminación, se mande a deshacer lo hecho (arts. 2499 y 2500 CC).

No era claro si ambas acciones podían ser intentadas por cualquier tipo de poseedor y aún por los tenedores, o si solo los poseedores anuales no viciosos podían hacer uso de ellas. Incluso los propios términos de los arts. 2498 y 2499 CC hacían dudar sobre el carácter posesorio o real de la acción de obra nueva, desde que aludían a *"inmuebles del poseedor"* o *"que no sean del poseedor"*. Finalmente, en el mismo art. 2499 CC, que legislaba la acción posesoria de obra nueva iniciada en terrenos que no eran del poseedor, la ley 17.711 introdujo la acción o denuncia de daño temido, por la cual, quien temía un daño a sus bienes, podía denunciar al juez la existencia del peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adopten "las oportunas medidas cautelares" para aventarlo.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial supera la imprecisa proposición normativa y el cuestionado esquema de acciones tuitivas de las relaciones de poder que presentaba el Código Civil (producto de la disparidad de fuentes en las que abrevó el codificador), al hacer que queden en el pasado las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la cantidad de acciones disponibles y las legitimaciones para actuar en cada una.

Defensas judiciales de las relaciones de poder en el Código Civil y Comercial	Poseedores y tenedores	Acción posesoria de mantener (contra la turbación)
		Acción posesoria de despojo (contra el desapoderamiento)

En la nueva formulación, las relaciones de poder dan el derecho a sus titulares de protegerlas a través de dos defensas judiciales y de la defensa extrajudicial. Se ataca el problema de la pluralidad de defensas posesorias y se simplifica el tema de la legitimación activa. Para ello, se regula un único juego de acciones posesorias y un ejercicio amplio de ellas por parte de todo tenedor (interesado y en interés ajeno) o poseedor, aunque sea vicioso (arts. 2241 y 2242 CCyC), de una cosa, de partes materiales de esta o de una universalidad de hecho. El Código Civil y Comercial otorga solo una acción posesoria de despojo contra el desapoderamiento, es decir, la pérdida de la posesión o de la tenencia (art. 2241 CCyC) y solo una acción de mantener la tenencia o la posesión contra los ataques que impliquen turbaciones de la relación material (art. 2242 CCyC). Es decir, elimina la categoría de las acciones posesorias en sentido estricto cuyo uso, en el Código Civil, se reservaba exclusivamente a los poseedores calificados.

Como medio de defensa de la relación de poder, las acciones posesorias pueden ser precedidas entonces de dos clases de ataques que solo se diferencian por el resultado: la turbación y el desapoderamiento. De modo similar a la definición que brindaba su antecedente (art. 2496 CC), para la norma en comentario la turbación implica actos materiales de ataque ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o del tenedor, cuando no resulta una exclusión absoluta de la posesión o de la tenencia; por su parte, el art. 2242 CCyC incluye en este ataque a la *"amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra"*.

Por su parte, habrá desapoderamiento, cuando tales actos materiales tengan el efecto de excluir absolutamente al poseedor en relación al todo o a una parte de una cosa. El Código Civil y Comercial ya no habla de "*despojo*" (como lo hacía el Código Civil) para designar a este modo de agravio, aunque sí mantiene el vocablo al momento de elegir el nombre para la acción judicial contra este ataque. El cambio implicará el fin de las discusiones sobre el alcance o la extensión del significado de la palabra "despojo", ya que el desapoderamiento puede considerarse comprensivo de todos los casos de exclusión absoluta, sea por medio de violencia, clandestinidad o abuso de confianza. Además, la decisión de otorgar las acciones posesorias tanto al poseedor como al tenedor, impide designar a este ataque material como "desposesión".

El art. 2238 CCyC otorga las acciones posesorias tanto frente a los actos materiales "*producidos*" como también contra los de "*de inminente producción*", en ambos casos siempre que medie intención de tomar la posesión contra la voluntad del poseedor o tenedor. La inclusión de los actos materiales *"de inminente producción"* como una de las formas de llevar a cabo el ataque posesorio permite que el poseedor o tenedor se proteja en forma preventiva o anticipada si acredita que el peligro de turbación o despojo es cierto, y explica que la amenaza, fundada de sufrir un desapoderamiento, y los actos que anuncian la inminente realización de una obra constituyan una turbación (art. 2242 CCyC).

ARTÍCULO 2239.- ***Acción para adquirir la posesión o la tenencia.*** *Un título válido no da la posesión o tenencia misma, sino un derecho a requerir el poder sobre la cosa. El que no tiene sino un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarla; debe demandarla por las vías legales.*

Remisiones: ver comentario al art. 2249 CCyC.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico procura erradicar la violencia y entre otras medidas conducentes a ese efecto, proscribe la justicia por mano propia y encauza, por vía judicial, el reclamo para mantener o recuperar la posesión o la tenencia. No obstante el artículo solo refiere a la acción "para adquirir" la posesión o la tenencia, la finalidad de erradicar la violencia hace que deba extenderse la obligatoriedad de recurrir a las "vías legales" también para recuperarlas, en este caso, a través de la acción posesoria de despojo y la acción reivindicatoria.

2. Interpretación

Al igual que su antecedente (art. 2468 CC), la norma en comentario sostiene que por más que exista un título válido que otorgue derecho a la posesión, y no la posesión misma, esta no se puede tomar de propia autoridad, sino que debe reclamarse por las correspondientes vías legales. Es decir, que quien tiene un derecho a la posesión o a la tenencia no puede tomarlas por sí mismo en caso de oposición, sino que debe reclamarlas a través de los remedios que el ordenamiento legal le pone a disposición, los cuales deben distinguirse, según la cosa se encuentre en poder del obligado a la transmisión o en manos de un tercero.

Es así que para adquirir la posesión o la tenencia pueden intentarse las siguientes vías legales:

a. Interdicto de adquirir. Esta herramienta, prevista por algunos códigos procesales, está legislada en los arts. 607 a 609 CPCCN, que exigen recaudos de imposible cumplimiento. En efecto, el art. 607 CPCCN, luego de requerir para la procedencia del interdicto que el actor *"presente título suficiente para adquirir la posesión o la tenencia con arreglo a derecho"* (inc. 1), además exige que *"nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto del interdicto"* (inc. 2) y *"que nadie sea poseedor o tenedor de la misma cosa"* (inc. 3). La primera de estas últimas dos exigencias impide el remedio respecto de las cosas inmuebles porque siempre tienen dueño, que será un particular o el Estado (art. 236, inc. a, CCyC y art. 2342, inc. 1, CC). En lo que hace a las cosas muebles, si carecen de dueño no será necesario el interdicto, pues se adquieren por su simple aprehensión (art. 1923 CCyC *in fine* y art. 2375 CC). En cuanto al restante recaudo, las cosas inmuebles siempre tendrán un poseedor y queda dicho que las cosas muebles que no tengan posee-

dores podrán ser adquiridas por la mera aprehensión. De igual modo, si el titular de una cosa mueble o inmueble abandona la posesión, esta puede ser adquirida cumpliendo con los requisitos de la adquisición unilateral, sin necesidad de ocurrir a los interdictos (art. 1923 CCyC *in fine* y arts. 2375 y 2454 CC). Por su parte, en caso de existencia del tenedor de la cosa, no procede el interdicto, pues *"Cuando alguien ejerciera la tenencia de la cosa, la demanda contra él se sustanciará por el trámite del juicio sumarísimo"* (art. 608, párr. 3, CPCCN). Otro tanto acontece *"Si otra persona también tuviere título o poseyere el bien"*, pues, en este caso *"la cuestión deberá sustanciarse en juicio ordinario o sumario, según lo determine el juez"* (art. 608, párr. 2, CPCCN), y no mediante el interdicto.

b. Acción por cumplimiento de contrato. Si la cosa se encuentra en poder del obligado contractualmente a la transmisión, quien pretende que se cumpla con la tradición que le es debida, podrá demandar la entrega de la cosa con base en el acuerdo.

c. Acción real reivindicatoria. Si la cosa inmueble adquirida por una persona mediante un contrato de compraventa pasado por escritura pública (título suficiente) está en poder de un tercero, el adquirente podrá hacer uso de la acción reivindicatoria para hacerse de la posesión, pese a no ser aún dueño de la cosa, siempre que el título del vendedor sea de fecha anterior a la posesión del demandado, pues la compraventa implica la cesión tácita de todas las acciones al comprador, entre ellas, la reivindicatoria, si no hubo manifestación contractual en contrario.

ARTÍCULO 2240.- ***Defensa extrajudicial.*** ***Nadie puede mantener o recuperar la posesión o la tenencia de propia autoridad, excepto cuando debe protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la autoridad judicial o policial llegarían demasiado tarde. El afectado debe recobrarla sin intervalo de tiempo y sin exceder los límites de la propia defensa. Esta protección contra toda violencia puede también ser ejercida por los servidores de la posesión.***

1. Introducción

El artículo hace aplicación del principio de la legítima defensa de la persona y de sus derechos, al permitir que el agredido pueda defender su relación de poder con la cosa, en forma privada o extrajudicial, es decir, sin necesidad de recurrir a la justicia. Para ello hace propia y plasma en su texto la pacífica interpretación doctrinaria de su antecedente, el art. 2470 CC, y admite la defensa privada o extrajudicial no solo en los casos de tardanza de los auxilios de la "justicia", como la expresión que sustituye, sino de modo más amplio, en los casos de demora de la "autoridad judicial o policial".

2. Interpretación

La defensa extrajudicial del "hecho de la posesión" (de acuerdo al texto del Código Civil) —que hacía referencia a quien ostentaba solo el corpus posesorio y, por lo tanto, abría paso a una amplia legitimación activa en la cabeza, no solo de los poseedores, sino también de los tenedores e inclusive de los servidores de la posesión—, se sustituye por la defensa extrajudicial de "*la posesión o la tenencia*". Sin embargo, sobre el final del artículo se extiende "*esta protección*" (la que reciben los poseedores o tenedores), también a los servidores de la posesión, quienes, por no ejercer un poder de hecho sobre la cosa y solo la utilizan, no ostentan posesión o tenencia alguna para defender (arts. 1910 y 1911 CCyC).

La legitimación pasiva es tan amplia que incluso el dueño mismo puede ser repelido por la defensa extrajudicial.

La norma exige el cumplimiento de los siguientes recaudos:

a. La defensa como reacción para recobrar la posesión o tenencia de propia autoridad. Debe operar de manera inmediata luego del ataque (la norma dice *"sin intervalo de tiempo"*). De no reaccionar sin solución de continuidad, el lesionado debería recurrir a las acciones judiciales.

b. En el acto de repulsar en forma extrajudicial los ataques para mantenerse en la posesión en la tenencia, o si se trata de recuperarlas, se debe proceder *"sin exceder los límites de la propia defensa"*, es decir que tendrá que existir proporcionalidad (el art. 34, inc. 6.b, CP habla de necesidad "racional" del medio empleado al regular la legítima defensa) entre el ataque y los medios que se eligen para la defensa frente a la agresión ilegítima, cuya valoración queda librada a la apreciación judicial.

c. La nueva norma permite este recurso cuando se debe repeler una "*agresión*" o "*toda violencia*". Si bien ya no se habla de repulsar la "*fuerza*" con el empleo de una "*fuerza suficiente*" (como lo hacía su antecedente), los términos utilizados se asimilan solo a la agresión violenta contra la relación de poder, y permiten excluir el supuesto de usurpación clandestina.

d. La posibilidad de una persona de protegerse y repeler una agresión con el empleo de una fuerza suficiente, está condicionada a que los auxilios de la autoridad judicial o policial lleguen demasiado tarde, es decir, cuando, de esperar su presencia, podrían consumarse los hechos que se pretenden evitar. Por el contrario, no queda franqueada la defensa extrajudicial si tales auxilios pudieran ser temporáneos, pues es de exclusivo resorte de las autoridades el prevenir o reprimir los hechos de violencia. Este recaudo de la subsidiariedad no se encuentra previsto en la regulación penal de la legítima defensa.

ARTÍCULO 2241.- ***Acción de despojo.*** *Corresponde la acción de despojo para recuperar la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe, cuando de los actos resulte el desapoderamiento. La acción puede ejercerse aun contra el dueño del bien si toma la cosa de propia autoridad.*

Esta acción comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar la restitución de la cosa o de la universalidad, o la remoción de la obra que se comienza a hacer; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

1. Introducción

Para recuperar la posesión, el Código Civil otorgaba dos remedios judiciales posesorios: la acción policial de despojo para poseedores de cualquier tipo y tenedores interesados, con efectos reipersecutorios restringidos (arts. 2490 a 2494 CC) y la acción posesoria de recobrar para poseedores anuales no viciosos que además, reúnan los requisitos de los arts. 2473 a 2481 CC, con un amplio alcance pasivo (art. 2487 CC). En su meta de simplificar

la regulación de las acciones posesorias, el Código Civil y Comercial otorga solo una acción frente al desapoderamiento, que puede ser ejercida por todo tenedor o poseedor (aún vicioso) sobre una cosa o una universalidad de hecho, contra el despojante, aunque sea el dueño, sus herederos y sucesores particulares de mala fe.

2. Interpretación

El desapoderamiento tiene lugar cuando el titular de la relación de poder, sea poseedor o tenedor, es excluido absolutamente contra su voluntad y de manera absoluta, ya sea en forma total o parcial, en su vinculación material con la cosa, por quien tiene intención de poseerla (art. 2238 CCyC). Para ello, los ataques deben ser efectivamente llevados a cabo, pues si solo existe una amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento, quedará expedita la acción posesoria de mantener la tenencia o la posesión regulada en el art. 2242 CCyC.

La norma en comentario agrega que la acción de despojo procede contra el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión o la tenencia. Atento a que esta acción de despojo por obra nueva reviste el carácter de posesoria, el legitimado activo deberá acreditar la relación de poder agredida por la obra, pero resultará inútil la prueba del derecho real (art. 2270 CCyC).

A pesar de la redacción de la parte final del artículo, no solo la sentencia que hace lugar a la demanda, sino también la que la rechaza *"tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuando se refiere a la posesión o a la tenencia"*. Por lo tanto, el titular de un derecho real que sea vencido en el juicio posesorio puede comenzar la acción real luego de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra (art. 2272 CCyC).

ARTÍCULO 2242.- ***Acción de mantener la tenencia o la posesión.*** *Corresponde la acción de mantener la tenencia o la posesión a todo tenedor o poseedor sobre una cosa o una universalidad de hecho, aunque sea vicioso, contra quien lo turba en todo o en parte del objeto.*

Esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.

La sentencia que hace lugar a la demanda debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse; tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuanto se refiere a la posesión o a la tenencia.

1. Introducción

Como defensa frente a los actos de turbación, en el régimen del Código Civil el afectado contaba con dos vías judiciales: la acción policial de manutención, que solo requería posesión de cualquier tipo o tenencia interesada (art. 2469 CC), y la acción posesoria de mantener o de manutención que requería la posesión anual no viciosa (arts. 2487; 2495 y 2496 CC) más los requisitos de los arts. 2473 a 2481 CC.

El Código Civil y Comercial brinda una sola protección judicial a todo tenedor o poseedor (aún vicioso) contra quien lo turba en todo o en parte material de la cosa o de la universalidad de hecho (art. 2245 CCyC), a fin de eliminar el ataque y sus causas, y permitir al titular de la relación mantenerse en su goce pleno. Y, a diferencia del art. 2469 CC, que regulaba la acción policial de manutención, no se requiere la "*arbitrariedad*" en la turbación, expresión que dio lugar a discusiones en cuanto a su alcance.

2. Interpretación

La acción de mantener la tenencia o la posesión se otorga por turbaciones no solo causadas mediante actos materiales "*producidos*" con intención de despojar de lo que no resulta una exclusión absoluta del poseedor o tenedor, sino también mediante los mismos actos, pero que el tenedor o el poseedor prevean como "*de inminente producción*" (art. 2238 CCyC), tal el caso de la *"amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento"* que menciona la norma en comentario. Debe existir un peligro serio, fundado, de inmediata realización de ataques encaminados al desapoderamiento, en cuyo caso, la acción funciona como una medida cautelar, tal como sucede en el marco del interdicto de retener (art. 613 CPCCN), si la perturbación fuere inminente, donde el juez podrá disponer la medida de no innovar, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones conminatorias de carácter pecuniario (art. 37 CPCCN).

Pero además, como defensa ante los actos materiales *"de inminente producción"* que, de manera probable, sufrirá la relación de poder, la norma crea una acción de mantener contra la turbación producida por los actos *"que anuncian la inminente realización de una obra"*. Es decir, la turbación puede estar representada por una probabilidad (cuya seriedad será merituada por el juzgador) de sufrir un futuro desapoderamiento por la obra que se comenzará a realizar de inmediato. Debido a que esta acción, de mantener por inminente realización una obra, ha sido legislada como una de las acciones posesorias, el legitimado activo deberá acreditar la relación de poder que podría ser agredida por la obra, pero resultará inútil la prueba del derecho real (art. 2270 CCyC).

A pesar de la redacción de la parte final del artículo, no solo la sentencia que hace lugar a la demanda, sino también la que la rechaza *"tiene efecto de cosa juzgada material en todo cuando se refiere a la posesión o a la tenencia"*. En consecuencia, el titular de un derecho real, que sea vencido el juicio posesorio de mantener, puede comenzar la acción real luego de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra (art. 2272 CCyC).

ARTÍCULO 2243.- ***Prueba.*** ***Si es dudoso quién ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha más próxima a la lesión. Si esta prueba no se produce, se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua.***

1. Introducción

La actividad probatoria del actor en las acciones posesorias perseguirá acreditar el ataque y la relación de poder que lo sufre. La del demandado buscará comprobar que no existió lesión alguna al actor y su propia relación de poder al momento del pretenso ataque. Pero si de las pruebas rendidas en el juicio posesorio no puede determinarse quién ejercía la relación de poder sobre la cosa al tiempo de la lesión que dio origen al proceso, y ambos litigantes han invocado y probado las propias, vencerá aquel que acredite tener la última en el tiempo o, en su defecto, la más antigua.

2. Interpretación

La norma elimina la mención de su antecedente —art. 2471 CC— según el cual si aquellas circunstancias no eran fehacientemente acreditadas, se juzgaba que la posesión era detentada por aquel que tenía sobre la cosa un derecho real o un mejor derecho real. La respuesta implicaba una excepción al principio de independencia o no acumulación entre

las acciones posesorias y las acciones reales, según el cual en las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real, mas el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión (art. 2270 CCyC y art. 2472 CC).

Queda expedita a favor del actor vencido en la acción posesoria, si es titular de un derecho real, la posibilidad de iniciar la acción real (art. 2273 CCyC). Y atento a que en las acciones reales se discute sobre la existencia o la extensión del derecho real, mientras que en las acciones posesorias el objeto del pleito recae sobre la posesión o la tenencia actuales en sí mismas (que corresponde a uno de los litigantes), para mantener o recuperar la relación de poder atacada, la prueba del derecho real o del mejor derecho real queda reservada para la acción real.

ARTÍCULO 2244.- ***Conversión.*** *Si durante el curso del proceso se produce una lesión mayor que la que determina la promoción de la acción, el afectado puede solicitar su conversión en la que corresponde a la lesión mayor, sin que se retrotraiga el procedimiento, excepto violación del derecho de defensa en juicio.*

1. Introducción

Aunque hubo un intento de regulación en el art. 2196 del truncado Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del 1998 (Proyecto de 1998), la posibilidad de convertir el reclamo posesorio es novedoso en nuestro derecho de fondo aunque no en los códigos procesales que regulan los interdictos posesorios, como es el caso del CPCCN, que en su art. 617 enuncia que si durante el curso del interdicto de retener se produce el despojo, la acción continúa como interdicto de recobrar sin retrotraer el proceso al principio, en cuanto fuera posible.

2. Interpretación

La posibilidad que otorga al damnificado la ley de fondo de pedir la conversión de la acción posesoria en la restante, requiere que se agraven las lesiones sufridas (la norma exige que se produzca "una lesión mayor"). Es decir, que la turbación que dio lugar a la acción posesoria de mantener (art. 2242 CCyC) haya seguido su curso —pues el art. 2238 CCyC requiere que para configurar turbación, los actos materiales sean ejecutados con intención de tomar la posesión— hasta lograr el desapoderamiento que sirva de base a la acción de despojo (art. 2241 CCyC). De nada serviría condenar al demandado originario al cese de la turbación, cuando ya se hizo de la posesión de la cosa.

Es necesario que la lesión se agrave "durante el curso del proceso", recaudo que lleva implícito que también el pedido de la parte interesada debe efectuarse en ese tiempo, pues con la conversión, no solo se evita proseguir un trámite inútil hasta el dictado de una sentencia de cumplimiento imposible, sino también evitar la duplicidad de procesos; con el consecuente perjuicio para el actor que debe abonar costas por desistir del trámite para luego iniciar el nuevo.

La conversión no debe retrotraer la instancia procesal salvo que implique *"violación del derecho de defensa en juicio"*, la cual podría configurarse si no se le permite al actor ofrecer y producir nuevas medidas de prueba para acreditar el desapoderamiento, o al demandado oponerse y ofrecer pruebas frente al nuevo reclamo.

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

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

Los tenedores pueden ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión, y si no quiere recibir la cosa, quedan facultados para tomarla directamente.

1. Introducción

El objeto de la posesión y de la tenencia es una cosa determinada (art. 1912 CCyC) y la relación de poder sobre una universalidad de hecho —es decir, sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara—, abarca solo las partes individuales que comprenden la cosa (art. 1927 CCyC). No obstante tales previsiones generales, el art. 2245 CCyC sigue a los específicos arts. 2241 y 2242 CCyC que regulan, respectivamente, la acción de despojo y la acción de mantener (únicas acciones posesorias admitidas). Concede legitimación para iniciar las acciones posesorias también a los poseedores de las universalidades. De hecho, para que todas las cosas que la integran puedan ser protegidas a la vez por el poseedor único sin que tenga que accionar en forma individual por cada una.

2. Interpretación

La norma en análisis se distingue de los arts. 2241 y 2242 CCyC, en que sus textos no mencionan como legitimados para ejercer las acciones posesorias a los titulares de relaciones de poder sobre *"partes materiales de una cosa"*. Sin embargo, ya el art. 1912 CCyC sostiene la posibilidad de ejercer la relación de poder sobre la totalidad o una parte material de la cosa, tanto por una, como por varias personas.

Puede suceder que dos o más personas sean titulares de relaciones de poder no excluyentes sobre un mismo objeto (incluso, sin que implique el ejercicio de un derecho real aunque se trate de la posesión). En estos casos de relaciones de poder de sujeto plural se habla de coposeesión o cotenencia; y tanto el coposeedor, como el cotenedor atacados en su vínculo fáctico podrán accionar contra el autor del ataque, sea este un tercero (en el caso, el objeto de la acción será defender la relación de poder que detentan con un único interés) o contra otro coposeedor o cotenedor, sin requerir de la anuencia de los otros coposeedores o cotenedores o del inicio conjunto de la acción.

Si la acción posesoria es dirigida contra un tercero y el cotitular triunfa en el pleito, logrará el cese de la turbación o la restitución de toda la cosa, pues ella constituye el objeto de la relación real, sin tener en cuenta la titularidad plural. Si la acción posesoria es dirigida contra otro (u otros) cotitulares, también se logrará el cese de la turbación y la restitución de las cosas al estado anterior, y por lo tanto, a pesar de la sentencia adversa, no se excluye al vencido de su relación de poder común.

En los casos en que el actor resulte vencido, no habrá cosa juzgada respecto de los restantes cotitulares que no participaron del trámite, quienes conservan la posibilidad de reiterar la acción en defensa de su vínculo.

Atento que las acciones posesorias tienen por finalidad mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder, según haya turbación o desapoderamiento, respectivamente, y se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor o tenedor (art. 2238 CCyC), las controversias sobre la extensión de cada parte no pueden ventilarse a través de la vía posesoria. La norma menciona este específico conflicto solo para despejar dudas, pero la referencia individual no implica que otras cuestiones, que también exceden la materia de las acciones posesorias, queden afuera de su régimen, tales como los reclamos por el uso de la cosa común, la contribución de gastos, etc.

A pesar de no haber sido nombrados en el primer párrafo del artículo donde se enumera a quiénes corresponden las acciones posesorias, los tenedores se encuentran legitimados para ejercerlas pues así lo admite expresamente el genérico art. 2238 CCyC, que regula la finalidad de estas acciones y las lesiones que las habilitan. La decisión legal viene de la mano con la simplificación del esquema de las defensas posesorias, las cuales se otorgan, frente a la turbación y al desapoderamiento, a los titulares de las relaciones de poder principales (posesión y tenencia). Sin embargo, el tenedor debe individualizar y comunicar al poseedor de quien es representante si se lo perturba en razón de la cosa; de no hacerlo, responde por los daños ocasionados al poseedor y pierde la garantía por evicción, si esta corresponde (art. 1940, inc. b, CCyC). En el mismo carril, la norma en comentario lo faculta a ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor y pedir que este sea reintegrado en la posesión y, si no quiere recibir la cosa, queda facultado para tomarla directamente; será muy difícil encontrar un supuesto que habilite esta solución porque ya no será tenedor quien pierde el poder de hecho sobre una cosa (art. 1910 CCyC).

Los servidores de la posesión, es decir, quienes utilizan una cosa en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad (art. 1911 CCyC), solo pueden hacer uso de la defensa extrajudicial de su relación de poder (art. 2240 CCyC), pero la normativa no los obliga a poner en conocimiento del poseedor el ataque y, por lo tanto, no sufren la consecuencia legal de la falta de la comunicación.

ARTÍCULO 2246.- ***Proceso.*** ***Las acciones posesorias tramitan por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determina el juez, atendiendo a las circunstancias del caso.***

1. Introducción

Mientras que la defensa privada o extrajudicial está regulada en el Código Civil y Comercial (art. 2240 CCyC) y solo se admite en casos excepcionales, la defensa judicial continúa organizada no solo en aquel sino también en los códigos de procedimientos, a través de la figura de los interdictos posesorios, los cuales, excepto el de adquirir, tramitan por la vía del juicio sumarísimo.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial concede que las menores exigencias y la celeridad, que caracterizaban a los interdictos, dejaban en desuso las acciones posesorias de la ley de fondo.

Por esta razón, además de flexibilizar sus recaudos de admisión y de unificar las distintas acciones frente a cada ataque, dispone que prescribirán al año (art. 2564, inc. b, CCyC) y que tramitarán por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales o el que determine el juez, atendiendo a las circunstancias del caso. Resulta saludable la tendencia a unificar la instancia posesoria, pues con los cambios casi no existirán diferencias entre ambos remedios (salvo que los interdictos caducan, mientras que las acciones posesorias prescriben, con las consecuencias que la distinción apareja, por ejemplo, en materia de suspensión e interrupción), lo cual llevará a derogar los interdictos procesales que hoy incluso regulan de modo inconstitucional aspectos sustanciales con prescindencia de las disposiciones de la ley de fondo. Entonces, carecerá de sentido la controversia en cuanto a si los interdictos procesales son remedios distintos de las acciones posesorias policiales o si, por el contrario, constituyen la reglamentación procesal de estas últimas.

El legislador ha entendido que la celeridad es una de las variables que influyen en la eficacia del proceso. La misma se alcanzaría con *"el proceso de conocimiento más abreviado"*, que asegura instancias de debate y prueba. Es decir que, por más que establezca una norma procesal propia para el tema que regula, no crea un procedimiento específico, sino que se remite a los ya creados.

A diferencia de la acción judicial de cambio de prenombre o apellido y de la acción de cese de infracciones en la propiedad horizontal, las cuales deberán sustanciarse *"por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local"* (arts. 70 y 2069 CCyC, respectivamente), esta vez el legislador indicó la categoría de proceso entre la que encontrar al más rápido. Ante la falta de mayores precisiones, siendo el sumarísimo el *"proceso de conocimiento más abreviado"* de los que contempla el código ritual nacional (art. 498 CPCCN), su trámite sería el aplicable en las contiendas por las que se ejerzan acciones posesorias.

En la misma senda que el art. 53 de la ley 24.240 (LDC) para las causas iniciadas *"por ejercicio"* de los derechos del consumidor, la norma en comentario faculta al juez *"atendiendo las circunstancias del caso"* a determinar el proceso de conocimiento que considere más apropiado, con la diferencia que aquella norma subordina la elección de un nuevo trámite al *"pedido de parte"*.

Si el juez razona que el trámite de conocimiento más abreviado no es el marco más conveniente para llevar adelante la acción posesoria —teniendo en cuenta la numerosa prueba ofrecida, las peculiaridades de las partes involucradas, la diversidad de las cuestiones que se ventilan, la imposibilidad del ejercicio pleno del derecho de defensa de las partes o derechamente las "*circunstancias del caso*"—, podrá elegir de oficio o a pedido de parte que la contienda se encarrile bajo las reglas de otro de los procesos de conocimiento que conjugue más adecuadamente la brevedad pretendida con la amplitud probatoria necesaria para acreditar los hechos invocados.

En la legislación adjetiva nacional no está prevista una vía específica para controvertir el auto de apertura del proceso, máxime que el art. 321 CPCCN *in fine* permite al juzgador resolver cuál es la clase de trámite que corresponde cuando no procediera el del juicio sumarísimo. Más aún, el art. 498 CPCCN —propio del trámite sumarísimo— aclara que, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, *"resolverá de oficio y como primera providencia"* si corresponde que la controversia se sustancie según las normas del juicio sumarísimo, medida que no es apelable a juzgar por

las claras disposiciones del inc. 6. No obstante esta aparente inmutabilidad, la vía adecuada para oponerse al decreto de apertura debe ser la apelación en un término de tres días (arts. 498, inc. 3, CPCCN). Pues si bien el carril incidental aparece como el único pertinente, esperar los alongados tiempos de su trámite, solo para dilucidar el proceso aplicable, conspiraría contra la celeridad que pretende el legislador para resolver la cuestión de fondo.

CAPÍTULO 2
Defensas del derecho real

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 2247.- ***Acciones reales.*** *Las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.*

Las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde.

Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva.

1. Introducción

La norma supera al Código Civil al ubicar a las acciones reales luego del tratamiento de cada uno los derechos reales que admite (y no luego de la regulación del dominio solamente) y al definirlas como "medios de defender en juicio" —y ya no como *"medios de hacer declarar en juicio"*— la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales.

Sin embargo, al afirmar que las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde, deja abierta la posibilidad de atribuir naturaleza real a otras acciones no legisladas en el capítulo, tales como la acción hipotecaria, la acción declarativa de usucapión, la acción posesoria contra el desapoderamiento, la acción de división de condominio o la acción de petición de herencia. Incluso el art. 2313 CCyC remite a lo regulado para la reivindicación en cuanto a las obligaciones del poseedor de buena o mala fe, gastos, mejoras, apropiación de frutos y productos, responsabilidad por pérdidas y deterioros.

2. Interpretación

Es una novedad en la legislación vigente incluir a la de deslinde dentro de las acciones reales y no dentro de las normas propias del condominio, aunque ya el Proyecto de 1998 la preveía como una de las dos únicas acciones reales, junto con la reivindicación. La acción de deslinde también está regulada por el CPCCN (arts. 674 y 675 CPCCN).

Las acciones reales son imprescriptibles, pero el demandado podría comprobar el haber adquirido algún derecho real principal por prescripción (art. 2565 CCyC), salvo el de superficie (art. 2119 CCyC), no obstante la clasificación de los derechos reales en principales y accesorios lo ubica dentro de los primeros. Desaparecen las excepciones a la imprescriptibilidad que contenían los arts. 3890 y 4039 CC, los cuales ponían un límite temporal a la reivindicación en materia de prenda y avulsión.

La naturaleza real de estas acciones determina la competencia de los jueces del lugar en el cual se encuentra la cosa objeto del reclamo.

Infojus - Sistema Argentino de Información Jurídica

ARTÍCULO 2248.- ***Finalidad de las acciones reales y lesión que las habilita.*** *La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento.*

La acción negatoria tiene por finalidad defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión.

Las acciones reales competen también a los titulares del derecho de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares han sido desposeídos o turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial termina con las profundas discrepancias en cuanto al ámbito de aplicación, a las legitimaciones activa y pasiva y a la finalidad de cada una de las acciones reales, causadas por la escasa claridad del Código Civil, cuyo redactor siguió fuentes contradictorias como modelo. En tal sentido, la norma en análisis describe el ámbito de cada acción real, es decir determina a qué derechos reales protegen y en qué casos.

2. Interpretación

2.1. Ámbito de la acción reivindicatoria

La acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde contra actos que producen el desapoderamiento de toda la cosa, de parte material o de una universalidad de hecho (aunque el art. 1912 CCyC deja afuera las universalidades de hecho del objeto de la posesión). La nómina refleja la del art. 2245 CCyC que concede las acciones posesorias *"a los poseedores de cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa"*, y la coincidencia permite una correcta relación entre la acción posesoria y una posterior acción real reivindicatoria (art. 2273 CCyC).

2.2. Ámbito de la acción negatoria

De acuerdo a la fórmula genérica del art. 2248 CCyC y a la específica del art. 2262 CCyC, la acción negatoria se establece en tutela de la libertad de los derechos reales que se ejercen por la posesión, y tiene por objeto consolidar y hacer efectiva la presunción de perfección del dominio (art. 1941 CCyC). Al igual que en el régimen del Código Civil, corresponde contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, mediante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión; y puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.

La diferencia entre la acción real reivindicatoria y la negatoria reside fundamentalmente en la entidad de la lesión. Mientras que para ejercer la acción reivindicatoria, la lesión debe consistir en el desapoderamiento; en la acción negatoria, en cambio, la lesión es menor, puesto que no hay desapoderamiento, sino turbación. La solución mejora la fórmula del Código Civil que otorgaba la acción negatoria frente a *"todo ataque de una*

importancia menos grave" (art. 2800 CC) que la privación de la posesión, fórmula que llevaba a discutir su contenido, sobre el que nunca hubo acuerdo.

De los arts. 2262 y 2263 CCyC, que regulan respectivamente la legitimación pasiva y la prueba en la acción negatoria, surge que los únicos que aparecen como habilitados para iniciarla son los titulares de "inmuebles" (además de los acreedores hipotecarios que son nombrados por la norma en análisis). Sin embargo, también pueden articular la acción negatoria los titulares de derechos reales ejercitables por la posesión que tengan por objeto una cosa mueble, aunque sea difícil encontrar un supuesto en el que se configure la turbación que se requiere al efecto. Una respuesta negativa deja sin este remedio al acreedor prendario y al usufructuario o usuario de cosas muebles. Un buen sistema legal será aquel que no prive de tutela a ningún derecho real en cualquier supuesto pero que, al mismo tiempo, no conceda más de una acción a cualquier derecho real en el mismo caso. Si se desecha esta acción para este supuesto, el resultado es que esos derechos reales carecerían de defensas reales de mediar un atentado contra la "libertad" por existir una turbación; no sería lógico que se pueda repeler el ataque provocado por la turbación sobre las cosas muebles mediante acciones posesorias (arts. 2238 y 2242 CCyC), pero que, en el mismo supuesto, los titulares de esas cosas no cuenten con la protección de las acciones reales.

2.3. Ámbito de la acción confesoria

La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impidan ejercer derechos inherentes a la posesión, es decir, derechos que no competen a personas determinadas sino a cualquiera que resulte poseedor de una cosa. La mención en el art. 1932 CCyC del derecho a ejercer las servidumbres reales y del derecho de exigir los límites impuestos al dominio como únicos casos de derechos inherentes a la posesión, evita la tarea de interpretar cuáles son los derechos pasibles de ser defendidos por la acción confesoria sobre cuya enumeración no se había logrado el pleno acuerdo con la vigencia del Código Civil, que no contenía pautas expresas para resolver la cuestión. Aunque la doctrina mayoritaria concluía que el ámbito de la acción confesoria era el mismo que hoy se explicita con claridad, otros sostenían que debía reducirse al no comprendido por la acción reivindicatoria, o sea, solo contra los actos que impedían ejercer las servidumbres activas, cualquiera haya sido la gravedad del ataque. La confusión se trasladaba a la jurisprudencia.

En resumen, la acción confesoria tiene entonces, como ámbito, la defensa de la plenitud de los derechos reales, y el ataque a esa plenitud se configura cuando se lesionan los derechos inherentes a la posesión, cuyo detalle expreso en el art. 1932 CCyC determina que pueden ser reales o personales, pues quedan amparados quienes sufren la violación de sus derechos correlativos respecto de los límites al dominio (derechos personales inherentes a la posesión) y también, quienes sufren el ataque a su derecho de servidumbre (derecho real inherente a la posesión).

El ejercicio de las servidumbres activas es el principal derecho inherente a la posesión, cuyo desconocimiento ataca la plenitud de los derechos reales y da lugar a la acción confesoria. La norma precisa que se confiere esta acción contra aquellos *"actos que impiden ejercer una servidumbre"*, sin que importe la mayor o menor gravedad de la lesión. Pero cuando el acto del demandado no se dirija a atacar la existencia o el ejercicio de la servidumbre, corresponde solo una acción económica de resarcimiento y no la acción confesoria.

También es inherente a la posesión el derecho de exigir el cumplimiento de los límites al dominio. Según el art. 1933 CCyC, el poseedor y el tenedor *"deben respetar (…) los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III de este Libro"* que no son otros que los límites al dominio, los cuales, aunque legislados en relación a este derecho real, se extienden a todos los derechos reales de contenido menor y aún a la posesión. Si estos límites implican *"obligaciones inherentes a la posesión"* —tal el título de dicha norma— su existencia determinará la de los correlativos *"derechos inherentes a la posesión"*, cuyos titulares podrán exigir el cumplimiento de los límites al dominio a través de la acción confesoria. Por ejemplo, del mismo modo que existe la obligación inherente a la posesión de no producir ruidos que excedan la normal tolerancia, también existe el derecho subjetivo correlativo —inherente a la posesión— de exigir su cese (art. 1973 CCyC), exigencia que puede movilizarse a través de la acción confesoria.

Cabe aclarar que, en el caso de ataque a los derechos correlativos a los límites al dominio, la acción confesoria se agrega a los reclamos administrativos y a la acción personal de daños y perjuicios que podría iniciar el damnificado. La ley 25.488 derogó el art. 320 CPCCN que, en jurisdicción nacional, hacía tramitar por juicio sumario *"las cuestiones relacionadas con restricciones y límites al dominio"*, de modo que, sea que se canalice el reclamo como acción real o por alguna de las otras vías, tramitarán siempre por los carriles del juicio ordinario, al igual que las restantes acciones reales.

La acción confesoria se otorga contra cualquiera que afecte la plenitud de un derecho real por impedir el ejercicio de los derechos inherentes a la posesión los que —además de las servidumbres que inexorablemente deben recaer sobre inmuebles—, comprenden los derechos correlativos a los límites al dominio que involucran cosas muebles e inmuebles. Pero la enumeración legal de límites al dominio no admite que pueda verse afectada la plenitud de un derecho real que recaiga sobre cosas muebles (aún si hay cláusula de no enajenar, válida en los términos del art. 1972 CCyC y, a pesar de ello, la cosa mueble se vende, se aplica el art. 1895 CCyC que protege al tercero de buena fe y a título oneroso; si hay mala fe o título gratuito, la acción a iniciar sería la reivindicatoria). Esto no significa que quede sin el amparo de una acción real el ataque contra los derechos inherentes a la posesión que restrinjan la plenitud de un derecho real sobre cosa mueble, sino que este tipo de lesión nunca podría tener lugar.

2.4. Legitimación del acreedor hipotecario para iniciar acciones reales

A diferencia del régimen del Código Civil, que solo en los casos de acción negatoria y confesoria otorgaba legitimación activa a los titulares del derecho real de hipoteca sobre los inmuebles cuyos titulares habían sido desposeídos, turbados o impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, la norma en análisis los faculta a iniciar cualquiera de las acciones reales. Pero, al igual que sucedía en el régimen del Código Civil, el texto habilita la discusión respecto de si el acreedor hipotecario ejercerá la acción real por derecho propio y en forma directa, o si lo hará en nombre del deudor por medio de la acción subrogatoria (prevista en los arts. 739 a 742 CCyC y reglamentada en los códigos procesales).

Sin embargo, se desprende del art. 2248 CCyC que se trata de una acción directa —y no subsidiaria de la acción del deudor hipotecario— que la ley le otorga expresamente al acreedor, quien tiene un interés personal en hacer cesar el ataque que sufre el titular del fundo gravado, ya que dicha agresión apareja una merma del valor del objeto que

le sirve de garantía. Vale decir que es el propio interés del titular de la hipoteca el que lo lleva a instar la remoción del obstáculo para restablecer la situación alterada y, de ese modo, el valor del inmueble que constituye el asiento de su derecho. De lo contrario, habría que negarle las acciones reales al acreedor hipotecario cuando el inmueble gravado no sea del deudor sino de un tercero no deudor, y esta consecuencia no surge de la ley.

De todos modos, será muy difícil que el acreedor hipotecario se decida por las acciones reales, ya que podría recurrir sin más a las medidas conservatorias del art. 2195 CCyC —de trámite más rápido— que le otorgan la posibilidad de solicitar la estimación del *"valor de la disminución"* de la garantía y exigir su depósito, u optar por que se le otorgue "*otra garantía suficiente*". Por si ello fuera poco, dicha norma también lo faculta a requerir "*la privación del plazo de la obligación*" y, en tal caso, ejecutar la garantía sin necesidad de depender de la mayor o menor diligencia del deudor.

ARTÍCULO 2249.- ***Demanda y sentencia.*** ***Para el progreso de las acciones reales la titularidad del derecho debe existir al tiempo de la demanda y subsistir al tiempo de la sentencia.***

1. Introducción

Desde la consagración jurisprudencial en un plenario de las Cámaras Civiles de la entonces Capital Federal,[91] había cesado la discusión acerca de la posibilidad del comprador de un inmueble con escritura pública, de triunfar en la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor de la cosa antes de que se le haya hecho tradición, es decir, aun antes de haber adquirido el derecho real, si el título del vendedor es de fecha anterior a la posesión del demandado en la acción reivindicatoria. Así, cuando el vendedor no se reservaba ningún derecho sobre la cosa, debía entenderse que implícitamente transmitía todas las acciones, entre ellas la reivindicatoria.

2. Interpretación

La norma en comentario parece no receptar aquella solución que ya no se discutía desde hace más de medio siglo, pues exige para el progreso de las acciones reales que la titularidad del derecho real debe existir al tiempo de la demanda. Sin embargo el art. 1616 CCyC admite que todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho; razón por la cual cabría interpretar que cuando no hay manifestación en contrario en la compraventa, existe una cesión tácita de la acción reivindicatoria. De lo contrario, el comprador solo podrá reivindicar subrogándose en los derechos del vendedor a quien luego le exigirá la tradición, con el dispendio procesal que la duplicidad de acciones implica. El Proyecto de 1998 contenía el mismo texto que la norma en comentario pero, a diferencia del Código Civil y Comercial, prohibía la cesión (art. 2200).

(91) CNac. Apel. Civ., "Arcadini, Roque (suc.) c/ Maleca, Carlos", *LL*, t. 92, 11/11/1958, p. 463; *JA*, tomo 1958-IV, p. 428; Gaceta del Foro, t. 224, 284.

ARTÍCULO 2250.- ***Daño.*** *El actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener la indemnización sustitutiva del daño.*

Si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento complementario del daño.

Si opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño, pierde el derecho a ejercer la acción real.

1. Introducción

La norma otorga una opción para el actor que necesita defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impidan su ejercicio: puede demandar el cese del ataque y restablecer el derecho real de modo de continuar ejerciendo todas las prerrogativas que su titularidad implica o puede obtener un resarcimiento económico que repare los efectos del ataque sufrido. La formulación legal de ambas posibilidades como una opción descarta la subsidiariedad de los planteos.

2. Interpretación

Cuando el actor decide reclamar el restablecimiento de su derecho real, no por ello pierde la posibilidad de añadir la reparación de los daños sufridos, pero ya no lo hará en forma sustitutiva, sino en forma complementaria (por aquello que dispone el art. 1716 CCyC, en cuanto a que la violación del deber de no dañar a otro da lugar a la reparación del daño causado) y accesoria a la acción principal (es decir, sin que se requieran dos acciones para lograr ambos resultados). A esta misma indemnización hacía referencia el art. 2756 CC al consagrar como "*efecto accesorio*" de las acciones reales, la indemnización del daño causado.

Un ejemplo de indemnización complementaria puede verse en la acción confesoria que tiene, como ámbito, la defensa de la plenitud de los derechos reales, cuyo ataque se configura cuando se lesionan los derechos inherentes a la posesión (art. 2248 CCyC), dentro de los cuales se encuentran los derechos a exigir el cumplimiento de los límites al dominio (art. 1932 CCyC). Así como estos límites implican las *"obligaciones inherentes a la posesión"* (art. 1933 CCyC) de no producir ruidos que excedan la normal tolerancia o de no realizar obras que alteren el curso natural de las aguas, también existen los derechos subjetivos correlativos —inherentes a la posesión— de exigir su cese (art. 1973 CCyC) y de remover las obras (art. 1975 CCyC), respectivamente, exigencias que puedan movilizarse a través de la acción confesoria. Pero ambas normas facultan al actor a añadir el pedido de indemnización de los daños sufridos el cual, de otorgarse, no sustituye el objeto principal, que es el restablecimiento del estado anterior.

Cuando el actor opta por perseguir la indemnización sustitutiva del daño, el resarcimiento pasará a constituirse en el único objeto de la acción, pues pierde el derecho a ejercer las acciones reales, en cuyo caso, y atento la diferencia de naturaleza entre estas y el reclamo de daños derivados de la responsabilidad civil, no resulta aplicable a la acción de resarcimiento sustitutivo el plazo de prescripción trienal previsto por el art. 2561 CCyC.

La norma prescribe que pierde el derecho de ejercer la acción real quien *"opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño"*, sin hacer distinciones respecto al éxito (total o parcial) o fracaso del reclamo. Es decir, no se puede instar una acción real si se logra la reparación completa (en el caso de una reivindicación, el monto de la indemnización incluso debe comprender el valor de la cosa), lo cual es lógico; pero tampoco, cuando el actor no

logre la satisfacción íntegra. Sin embargo, atento a que si se intenta la acción real también se podría reclamar la indemnización complementaria, serán pocos los supuestos en los que, teniendo la posibilidad de elegir entre la acción real y la indemnización sustitutiva, se opte por la segunda. La mayoría de las veces, cuando así se haga, será porque ya no se podrá triunfar en la acción real (por ejemplo en el caso del art. 2260 CCyC, según el cual la acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso). En estos casos, la alternativa que predica el artículo solo existirá desde el punto de vista formal, pues no es lógico que el actor intente una acción con un resultado previsiblemente negativo; y en nada cambia que no logre el cobro total de la indemnización porque tampoco triunfaría en la acción real.

El incumplimiento imputable de una prestación da derecho al acreedor a reclamar los daños y perjuicios (art. 777, inc. c, CCyC, correspondiente a las obligaciones de hacer), razón por la cual si las cosas no existen al momento de la sentencia por una causa atribuible al condenado, la pretensión principal de restitución en el marco de la acción reivindicatoria se transforma en el pago de los daños, cuyo monto comprende el valor que le permita a la actora poder reponerlas.

ARTÍCULO 2251.- ***Cotitulares. Cosa juzgada.*** *Las acciones reales competen a cada uno de los cotitulares contra terceros o contra los restantes cotitulares.*

Cuando la acción se dirige contra los cotitulares siempre lo es en la medida de la parte indivisa. Cuando se dirige contra terceros puede tener por objeto la totalidad o una parte material de la cosa, o puede reducirse a la medida de su parte indivisa. Restablecido el derecho sobre la totalidad o parte material del objeto, el ejercicio por cada condómino se circunscribe a su parte indivisa.

La cosa juzgada extiende sus efectos respecto de todos los que pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio. El contenido de la sentencia relativo a la indemnización del daño aprovecha o perjudica sólo a los que han intervenido en el juicio.

1. Introducción

La cuestión de la legitimación activa para ejercer la acción confesoria por parte de los coposeedores legítimos de inmuebles había sido resuelta expresamente por el art. 2799 CC al decir que *"compete a cada uno de ellos"* tanto contra terceros como contra otro coposeedor cuando se veían impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión. Y aunque la norma se refería únicamente a los coposeedores legítimos de inmuebles, se entendía que, si eran varios los acreedores hipotecarios, cualquiera de ellos se encontraba legitimado para pedir que se restablezcan los derechos inherentes a la posesión de su deudor.

A pesar de la falta de solución específica del mismo tema respecto de la acción negatoria, la aplicación analógica del art. 2799 CC para la acción confesoria y lo establecido en el art. 2709 CC, según el cual uno de los condóminos podía actuar sin mandato de los otros como gestor de negocios y, en tal carácter, iniciaba la acción negatoria, hizo que la doctrina y la jurisprudencia admitieran la posibilidad de ejercicio de la acción negatoria por parte de cada uno de los cotitulares, tanto contra terceros, como contra los restantes cotitulares.

La reivindicación de un condómino contra otro condómino no había dado lugar a mayores disputas doctrinarias. Solo que, buena parte de la doctrina era coincidente en el sentido de que, en rigor, no se trataba de una verdadera acción de reivindicación, sino tan solo de una acción tendiente a obtener el reconocimiento del derecho del demandante pues, por regla, el objeto de los derechos reales eran las cosas ciertas y determinadas, razón por la cual no cabía aceptar la reivindicación de bienes inmateriales (la porción indivisa). La sentencia no disponía la restitución de cosa alguna, sino que se limitaba a resolver una cuestión interna entre los comuneros, reconociendo el derecho del condómino lesionado a participar en el condominio en pie de igualdad con los restantes. Pero cuando la acción debía dirigirse contra un tercero, y dado que el derecho de cada condómino se limita a su parte indivisa, se planteaba el interrogante de saber si la medida de la acción debía circunscribirse a dicha parte o, por el contrario, si el condómino estaba facultado para demandar la restitución de toda la cosa.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial no distingue las soluciones según las acciones reales y señala —en relación a cualquiera de ellas— que cuando se dirige contra otro cotitular, la acción siempre se ejerce en la medida de la parte indivisa. Pero, cuando se dirige contra terceros, puede tener por objeto la totalidad o una parte material de la cosa, o puede reducirse a la medida de su parte indivisa; y agrega que, restablecido el derecho sobre la totalidad o parte material del objeto, el ejercicio por cada condómino se circunscribe a su parte indivisa.

La norma en comentario agrega que el contenido de la sentencia, relativo a la indemnización del daño, aprovecha o perjudica solo a los que han intervenido en el proceso, pero la cosa juzgada extiende sus efectos respecto de todos los que "*pudieron ejercer su derecho de defensa en juicio*". Sin embargo, no habría razones para extender los efectos de la cosa juzgada si el cotitular accionó contra un tercero solo por su parte indivisa (y esta es una de las posibilidades admitidas por el artículo).

SECCIÓN 2ª
Acción reivindicatoria

ARTÍCULO 2252.- ***Reivindicación de cosas y de universalidades de hecho.*** *La cosa puede ser reivindicada en su totalidad o en parte material. También puede serlo la universalidad de hecho.*

1. Introducción

La posibilidad de reivindicar la cosa en su totalidad o en parte material es consecuente con el párr. 1 del art. 1883 CCyC, según el cual el objeto del derecho real es, precisamente, una cosa o una parte material de la cosa; pero la norma en análisis se aleja de las disposiciones generales en materia de posesión al permitir la reivindicación de una universalidad de hecho.

2. Interpretación

Aunque el objeto de la posesión y de la tenencia es una cosa determinada (art. 1912 CCyC) y aunque la relación de poder sobre una universalidad de hecho —es decir, sobre una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño o una piara—, abarca solo las partes individuales que comprende la cosa (art. 1927 CCyC), la norma en análisis permite reivindicar las universalidades de hecho (que

no son objeto de posesión), para que todas las cosas que la integran puedan ser protegidas, a la vez, por el titular único sin que deba accionar en forma individual por cada una.

ARTÍCULO 2253.- ***Objetos no reivindicables.*** *No son reivindicables los objetos inmateriales, las cosas indeterminables o fungibles, los accesorios si no se reivindica la cosa principal, ni las cosas futuras al tiempo de hacerse efectiva la restitución.*

1. Introducción

De acuerdo al título de la norma, se enumeran "*objetos*" que no se pueden reivindicar. La enunciación no es taxativa.

2. Interpretación

En la enumeración de *"objetos no reivindicables"* se incluyen los *"objetos inmateriales"*, no obstante la segunda parte del art. 1883 CCyC menciona que el objeto de los derechos reales *"también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley"* y que los bienes son objetos inmateriales susceptibles de valor económico (art. 16 CCyC). De este modo, la protección de la existencia, plenitud y libertad de los objetos inmateriales, aunque constituyan el objeto de un derecho real, debe asegurarse por medio de acciones personales.

Por su parte, la referencia expresa como objetos no reivindicables a *"las cosas futuras al tiempo de hacerse efectiva la restitución"* permite concluir que, serán reivindicables las cosas futuras al tiempo de la demanda.

No obstante la expresión "*indeterminables*" para referirse a las cosas encuentra su antecedente en el art. 2206 del Proyecto de 1998, dicha categoría no ha sido objeto de previsión normativa en las clasificaciones de las cosas (art. 225 CCyC y ss.). Por lo tanto, cabe asimilar el término *"indeterminables"* al de *"fungibles"*, pues la norma incluye ambas expresiones ligadas por la conjunción "*o*" que, entre otras posibilidades, permite considerarlas como sinónimas (art. 232 CCyC).

De acuerdo al art. 1867 CCyC, la adquisición o tenencia de un título valor incorporado a un documento representativo, sin culpa grave en los términos que la norma indica, y que fue adquirido en una entidad expresamente autorizada por la ley especial o por la autoridad de aplicación en las que coticen los títulos valores, impide el ejercicio de la acción reivindicatoria por quien denuncia al emisor la sustracción, pérdida o destrucción del título valor.

ARTÍCULO 2254.- ***Objetos no reivindicables en materia de automotores.*** *No son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados.*

Tampoco son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo.

1. Introducción

La reivindicación de los automotores ha sido especialmente prevista en el Código Civil y Comercial, de cuya normativa surge que no son reivindicables los automotores inscrip-

tos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados; ni aquellos hurtados o robados, inscriptos, y poseídos de buena fe durante dos años. En ambos casos no se exige el título oneroso, pero, en el segundo, se agrega un recaudo que hace su aparición en la legislación nacional: debe existir *"identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo"*. Aunque no se exige la continuidad en los dos años desde la inscripción que se requieren para que el poseedor de buena fe de un automotor hurtado o robado pueda repeler la acción reivindicatoria, el requisito puede considerarse implícito en la solución.

2. Interpretación

Si quien desapodera ha logrado registrar el automotor bajo su dominio y, luego, lo transmite a un tercero que no efectúa la inscripción en el Registro, la acción reivindicatoria prosperará, aunque el tercero desconociese que el automotor haya sido obtenido por su transmisor mediante desapoderamiento. Ello, toda vez que la inscripción sea un requisito insoslayable para repeler la reivindicación y que resulta ser un poseedor de mala fe, pues el art. 1895 CCyC aclara que, respecto de las cosas muebles registrables, no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca. Más aún, si el acto de adquisición se hubiera producido *"sin intervención del titular del derecho"*, el subadquirente de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso para repeler la reivindicación (art. 2260 CCyC).

El Código Civil y Comercial le permite adquirir el derecho real de dominio por prescripción adquisitiva al que posee durante diez años una cosa mueble registrable no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre (es decir, es poseedor de mala fe) pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial sean coincidentes (art. 1899 CCyC).

ARTÍCULO 2255.- ***Legitimación pasiva.*** *La acción reivindicatoria debe dirigirse contra el poseedor o tenedor del objeto, aunque lo tenga a nombre del reivindicante.*

El tenedor de la cosa a nombre de un tercero puede liberarse de los efectos de la acción si individualiza al poseedor. Si no lo individualiza, queda alcanzado por los efectos de la acción, pero la sentencia no hace cosa juzgada contra el poseedor.

Cuando se trata de un automotor hurtado o robado, la acción puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, quien debe ser resarcido en los términos del régimen especial.

1. Introducción

De modo de zanjar las discusiones sobre el tema de la legitimación pasiva, la acción reivindicatoria puede dirigirse, tanto contra el poseedor, como contra el tenedor, en este caso, sea que detente la tenencia a nombre de un tercero —tal como lo preveía el art. 2782 CC— o del propio reivindicante.

2. Interpretación

Cuando se pretendía demandar por reivindicación al que ejercía la tenencia a nombre del actor, la doctrina estaba dividida entre quienes admitían esta posibilidad, y quienes la

negaban. Los primeros ponían énfasis en la utilidad de tener a disposición dos acciones: la nacida del contrato y la reivindicatoria, que puede ser la única posibilidad si no hay prueba del contrato o si la acción personal se encuentra prescripta. Para los otros, además de sostener su idea con argumentos basados en los textos del Código Civil, si la acción personal estaba prescripta era porque habían transcurrido diez años desde que cesó la causa, por la cual el tenedor podía permanecer en la tenencia de la cosa sin haberla devuelto, era muy probable que haya intervertido el título —en cuyo caso— la reivindicación se seguía contra un poseedor.

Según el art. 1940 CCyC, que enumera en tres incisos los efectos propios de la tenencia, de ser demandado el tenedor, asumirá la carga procesal de indicar oportunamente a nombre de quién posee —y su domicilio real— para que el juicio se enderece contra este como demandado principal (sin perjuicio de continuar el tenedor como sujeto del proceso) bajo apercibimiento, si así no lo hiciere, de ser condenado en forma directa, de poder ser responsabilizado por los perjuicios causados tanto al actor como al poseedor y de perder el reclamo por evicción (inc. b). La segunda parte de la norma en análisis incorpora la referida norma general para regular la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria y agrega que, si el tenedor no indica quién es el poseedor, la sentencia no hace cosa juzgada contra este último, decisión que pone punto final a un tema cuya respuesta no era pacífica. Como el poseedor no ha sido parte en el juicio, es evidente que la sentencia no puede tener efectos de cosa juzgada a su respecto, y podría luego entablar una acción posesoria contra quien triunfó en la reivindicación. Recuperada la posesión, quien fuera actor en la acción reivindicatoria seguida contra el tenedor, podría iniciar una nueva acción real, pero —esta vez— contra el poseedor.

Cuando se trata de un automotor hurtado o robado, la acción puede dirigirse contra quien lo tiene inscripto a su nombre, *"quien debe ser resarcido en los términos del régimen especial"*. Sin embargo, si conforme el art. 2254 CCyC no son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años (cuando existe identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación del vehículo), sin duda que, la procedencia del resarcimiento requiere —además de que no se cumplan los recaudos para repeler la reivindicación, en cuyo caso carecería de sentido el resarcimiento— de la buena fe del demandado, aunque la norma no lo exija. Más aún, la remisión al "*régimen especial*" para el resarcimiento, refiere al decreto-ley 6582/1958 (texto según ley 22.977, t.o. Decreto 1114/1997). Por lo tanto, comprenderá lo que se hubiese abonado si la inscripción hubiera sido de buena fe (art. 3º). Si el reenvío condujera al párr. 2 del art. 2259 CCyC, que trae la misma solución respecto del reintegro pero, cuando se trata de una cosa mueble registrable "robada o perdida", quedaría sin solución el tema del rembolso en caso de cosas hurtadas.

ARTÍCULO 2256.- ***Prueba en la reivindicación de inmuebles.*** *Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas inmuebles, se observan las reglas siguientes:*

a. *si los derechos del actor y el demandado emanan de un antecesor común, se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa, ignorando la obligación anterior, independientemente de la fecha del título;*

b. *si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, el título del reivindicante posterior a la posesión del de-*

mandado, es insuficiente para que prospere la demanda, aunque el demandado no presente título alguno;

c. *si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores y el título del reivindicante es anterior a la posesión del demandado, se presume que este transmitente era poseedor y propietario de la heredad que se reivindica;*

d. *si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores, sin que se pueda establecer cuál de ellos es el verdadero propietario, se presume que lo es el que tiene la posesión.*

1. Introducción

A diferencia de las acciones posesorias, en las que se controvierte a quién corresponde la relación de poder que, junto con el ataque, será objeto de prueba, en las acciones reales se discutirá sobre la existencia o la extensión del derecho real y, por lo tanto, la prueba deberá versar sobre quién es titular del derecho, y en qué medida.

El actor en el juicio de reivindicación necesita acreditar su derecho de propiedad mediante la presentación de su "*título suficiente*", entendido no en sentido instrumental, sino como acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real (art. 1892 CCyC). Y por su parte, el demandado puede defenderse acreditando su "*título suficiente*" o simplemente su "*posesión*".

2. Interpretación

Una completa y efectiva prueba del título requiere que el interesado se remonte para atrás en el tiempo comprobando la legitimidad de todas las transmisiones anteriores, lo cual convertiría en diabólica a la prueba. Es por eso que, a los fines de facilitar la acreditación del título, en el Código Civil y Comercial se consagran distintas presunciones, al igual que lo hacía el Código Civil. Este último contemplaba cuatro casos teniendo en cuenta si slo el actor presentaba títulos o si también lo hacía el demandado y, para ello, dedicaba los arts. 2789 al 2792 CC (aunque no se decía expresamente, las referencias en sus textos a los *"títulos de propiedad"* y a la *"heredad que se reivindica"* permitían concluir que solo eran aplicables a la prueba en la reivindicación inmobiliaria). El Código Civil y Comercial distingue también cuatro casos en el mismo artículo, según que los derechos del actor y del demandado emanen de un antecesor común (inc. a) o de diferentes antecesores (en este supuesto con las tres variantes sobre las que dan cuenta los incs. b, c y d), sea que el demandado presente o no título.

A pesar del cambio del criterio de distinción, las soluciones no difieren en lo sustancial. No se ha vinculado la prueba en la reivindicación de inmuebles con la regulación de la publicidad registral, como lo había intentado el Proyecto de 1998 y como lo hace el art. 756 CCyC, referido a las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales en caso de concurrencia de varios acreedores sobre inmuebles. Según este artículo, si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y, a título oneroso, tiene mejor derecho el que tiene emplazamiento registral y tradición, luego el que ha recibido la tradición, le sigue el que tiene emplazamiento registral precedente y en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior.

2.1. Los derechos de las partes emanan de un antecesor común

En este caso *"se presume propietario quien primero es puesto en posesión de la cosa"*, sin que importe la fecha de su título. La solución sigue a la del art. 2791 CC para el cual, si cada parte presentaba títulos de propiedad emanados de la misma persona, se reputaba ser el propietario el primero que había sido *"puesto en posesión"* de la heredad que se reivindicaba.

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes; se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real, mientras que la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión (art. 1892 CCyC). Por aplicación de dicha teoría del título y modo y del principio *prior in tempore potior in jure* (antes en el tiempo, mejor en el derecho), se presume propietario —y vence en el juicio— quien antes logró la tradición y, por lo tanto, reunió en su cabeza el título (emanado del mismo autor que el que ostenta el demandado) y el modo, es decir, la tradición posesoria. Como no pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí (art. 1913 CCyC), no hay lugar para la coexistencia de las posesiones del actor y del demandado.

La doctrina consideraba implícito en el art. 2791 CC que quien reunía el título y modo solo podía vencer cuando además, contaba con la buena fe, que implicaba desconocer que la cosa había sido transmitida antes a otra persona. La nueva norma exige expresamente que, para triunfar, quien primero es puesto en posesión de la cosa debió haber ignorado *"la obligación anterior"*.

2.2. Los derechos de las partes emanan de diferentes antecesores

Se pueden distinguir tres posibilidades diferentes, que detallamos a continuación.

a. Título del reivindicante posterior a la posesión del demandado. Al igual que lo disponía el art. 2789 CC, no es suficiente, para fundar la demanda, el título con el que el reivindicante pretende probar su derecho real, si fue posterior a la posesión del demandado, aunque él no presente título alguno. La solución parece lógica, porque, si es necesaria la conjunción de título y modo para adquirir el derecho real, este no pudo nacer para el demandante, si a la fecha de su título el demandado ya tenía la posesión.

b. Título del reivindicante anterior a la posesión del demandado. Aunque el título del actor posterior a la posesión del demandado sea insuficiente para que prospere la demanda, triunfa el reivindicante si agrega uno o más títulos hasta dar con el que sea anterior a la posesión del demandado, pues —en este caso— se consagra una doble presunción: se presume que el transmitente en ese título —y no el reivindicante— *"era poseedor y propietario"* del inmueble que se reivindica. Es decir, se presume que el autor de ese acto de transmisión reunía el título y modo que lo hacían propietario y, con tal calidad, lo transmitió hasta que —a través de una o más transmisiones—, llegó hasta el reivindicante. Vale decir que el actor que pretende vencer no necesita acreditar su propia posesión, sino que le basta con invocar la posesión y propiedad que se presume ha tenido uno de los antecesores desde la fecha de su título. De otro modo, en estos casos, triunfaría el poseedor sin ningún derecho.

La solución coincide con la del art. 2790 CC, con la diferencia en cuanto a que dicha norma regía si solamente el actor presentaba título, mientras que al referirse a *"si los derechos del actor y el demandado emanan de diferentes antecesores"*, la nueva norma parte de la base de que ambas partes presentan título.

Cuando quien transmite al actor en la reivindicación cuenta con título anterior a la posesión del demandado y no se reserva ningún derecho sobre la cosa, cede implícitamente todas las acciones, entre ellas la reivindicatoria (art. 1616 CCyC). A raíz de ese argumento se sostiene (comentario al art. 2249 CCyC) que debe triunfar en la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor de la cosa, el comprador de un inmueble con escritura pública pero sin tradición, es decir, aun antes de haber adquirido el derecho real y con un título posterior a la posesión del demandado, pero siempre que el título del vendedor sea de fecha anterior a tal posesión, pues, de otro modo, no podría haber cedido la acción reivindicatoria.

c. Imposibilidad de establecer quién es el verdadero propietario. Cuando no se puede determinar cuál de los antecesores es el verdadero propietario del inmueble objeto del litigio, se presume que reviste tal carácter *"el que tiene la posesión"*. No se aclara si alcanza con la posesión de mala fe (por ejemplo, por no haber consultado las constancias registrales cuando adquirió), aunque sería absurdo premiar la conducta de quien sabía o debía saber que hubo una adquisición anterior. La directiva sigue la solución del art. 2792 CC, según el cual, si las partes presentaban títulos emanados de diferentes antecesores y no se podía establecer cuál de ellos era el verdadero propietario se presumía serlo *"el que tiene la posesión"*. Ambas normas consagran el principio *in pari causa mellior est conditio possidentis*. La presunción se aplica entonces cuando la actividad probatoria de las partes no ha alcanzado para acreditar el derecho real o el mejor derecho real en cabeza de una de ellas y el examen de los antecedentes aportados por cada litigante no arroja certeza al respecto, luego de que los títulos de los diferentes antecesores hayan sido confrontados y examinados con minuciosidad como si estos fueran las partes en el juicio.

ARTÍCULO 2257.- ***Prueba en la reivindicación de muebles registrables.*** *Respecto de la prueba en la reivindicación de cosas muebles registrables, robadas o hurtadas, cuando la registración del demandado es de mala fe, se deben observar las reglas siguientes:*

a. *se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa de acuerdo al régimen especial y tampoco se constata la documentación y estado registral;*

b. *el reivindicante debe probar su derecho con el certificado que acredita su inscripción en el registro respectivo. El demandado debe justificar de igual manera el derecho que opone;*

c. *si el derecho invocado por el actor no está inscripto, debe justificar su existencia y la rectificación, en su caso, de los asientos existentes. Si el derecho del demandado carece de inscripción, incumbe a éste acreditar el que invoca contra el actor;*

d. *si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripción registral emanados de un autor común, es preferida aquella que acredita la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el régimen especial;*

e. *si el actor y el demandado presentan antecedentes que justifican la inscripción registral derivados de personas distintas, sin que se pueda decidir a quién corresponde el derecho controvertido, se presume que pertenece al que lo tiene inscripto.*

1. Introducción

La posesión de buena fe del subadquirente a título oneroso de cosas muebles registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir derechos reales principales, aunque por tratarse de este tipo de cosas no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca o si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y estos no son coincidentes (art. 1895 CCyC). Si bien la buena fe requerida para la relación posesoria, en general, consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella, cuando se trata de cosas registrables, requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial (art. 1902 CCyC). En materia de automotores (supuesto específico de cosa mueble registrable), no son reivindicables los automotores inscriptos de buena fe, a menos que sean hurtados o robados (art. 2254 CCyC).

2. Interpretación

El régimen legal descripto en el párrafo de introducción explica que el artículo en comentario —al consagrar soluciones especiales para la prueba del juicio de reivindicación de cosas muebles registrables cuando fueron hurtadas o robadas y el demandado las inscribió de mala fe— concluye que se presume la mala fe cuando no se verifica la coincidencia de los elementos identificatorios de la cosa, de acuerdo al régimen especial, y tampoco se constata la documentación y el estado registral (inc. a).

El reivindicante prueba su derecho con el certificado que acredita su inscripción expedido por el registro respectivo (del que surge la titularidad del derecho a su nombre), y el demandado debe justificar, de igual manera, el derecho que opone (inc. b). Pero, si el derecho invocado por el actor no está inscripto, debe justificar su existencia y la rectificación, en su caso, de los asientos existentes; y si el derecho del demandado carece de inscripción, le incumbe acreditar el que invoca contra el actor (inc. c). Del análisis de ambos incisos surge que el demandado también puede haber inscripto su derecho —aunque se trate de una situación extraña, no hay imposibilidad fáctica de que pueda suceder—. En cuyo caso, parece que el éxito del pleito debería depender del examen de la legitimidad y procedencia de ambas inscripciones. Sin embargo, si el artículo se aplica solo "*cuando la registración del demandado es de mala fe*", de nada le serviría justificar su inscripción.

No está previsto cuál es el plazo para adquirir la cosa mueble registrable por usucapión, si el demandado en la reivindicación hubiera poseído e inscripto de mala fe. Podría recurrirse en tal caso al art. 1899 CCyC, que regula la prescripción adquisitiva larga. Según el mismo, si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años y no puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción; aunque el juzgador también podría acudir por interpretación analógica al párr. 3 de la misma norma donde se regula el caso del que posee una cosa mueble registrable no hurtada ni perdida, que no inscribe a su nombre pero la recibe del titular registral o de su cesionario sucesivo, siempre que los elementos identificatorios que se prevén en el respectivo régimen especial

sean coincidentes, en cuyo caso adquiere el derecho real por la prescripción adquisitiva larga de diez años.

Si el demandado en la reivindicación inscribe de buena fe, resultaría de aplicación el art. 2254 CCyC que establece que no son reivindicables los automotores hurtados o robados inscriptos y poseídos de buena fe durante dos años, siempre que exista identidad entre el asiento registral y los códigos de identificación estampados en chasis y motor del vehículo. La solución coincide con la del art. 1898 CCyC referido a la prescripción adquisitiva breve, que se produce sobre una cosa mueble registrable hurtada y perdida, con justo título y buena fe, por la posesión útil durante dos años, el cual se computa *"a partir de la registración del justo título"* (art. 1898 CCyC), que es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no sea capaz o no está legitimado al efecto (art. 1902 CCyC).

2.1. Las partes presentan antecedentes emanados de una misma persona

En caso que, tanto el actor, como el demandado acrediten los antecedentes que les permitieron lograr la inscripción registral y que derivan de un autor común, prevalece quien pruebe *"la coincidencia de los elementos identificatorios registrales exigidos por el régimen especial"* (inc. d). La solución se aparta de la consagrada por el art. 757 CCyC para el caso en que varios acreedores reclamen la misma cosa mueble registrable prometida por el deudor y son todos de buena fe y a título oneroso, pues, en tal caso, tiene mejor derecho el que tiene emplazamiento registral precedente. Pero el juez podrá recurrir por analogía a este criterio para resolver el conflicto en el marco de la reivindicación (aunque el inc. d del art. 2257 CCyC no lo diga), en caso de que las partes no puedan acreditar la coincidencia de los elementos identificatorios registrales.

2.2. Las partes presentan antecedentes emanados de personas distintas

Si actor y demandado se fundan en antecedentes *"que justifican la inscripción registral"* y que derivan de personas distintas, en primer término, habrá que investigar tales antecedentes para concluir quién tiene mejor derecho. Si el examen no arroja certeza, triunfa en el pleito el que, en la actualidad, tenga inscripta registralmente la cosa a su nombre, pues se presume que a él le corresponde el derecho controvertido (inc. e).

ARTÍCULO 2258.- ***Prueba en la reivindicación de muebles no registrables.*** *En la reivindicación de cosas muebles no registrables:*

a. *si las partes derivan sus derechos de un antecesor común, prevalece el derecho de la que primero adquiere el derecho real;*

b. *si las partes derivan sus derechos de distintos antecesores, prevalece el derecho que se derive del antecesor más antiguo. Sin embargo, siempre prevalece el derecho que se remonta a una adquisición originaria, aunque sea más reciente;*

c. *si la cosa mueble es transmitida sin derecho y a título gratuito, procede la reivindicación si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque éste sea de buena fe.*

1. Introducción

La prueba en la reivindicación de cosas muebles no registrables cierra el conjunto de tres artículos que el Código Civil y Comercial dedica a brindar pautas para la acreditación del

derecho real o del mejor derecho real que permita el logro de la sentencia favorable. Con base en el art. 221 del Proyecto de 1998, distingue las soluciones según que las partes del proceso de reivindicación deriven sus derechos de un antecesor común, deriven de distintos antecesores o que la cosa mueble haya sido transmitida sin derecho y a título gratuito.

2. Interpretación

2.1. Las partes han adquirido sus derechos de un antecesor común

De acuerdo al inc. a, en este caso, prevalece el derecho de aquel que primero adquiera el derecho real. No se dice que, para triunfar, quien adquirió primero el derecho real debió haberlo hecho a título oneroso y, tampoco con buena fe, lo cual implica que podría premiarse al adquirente de mala fe solo por haber adquirido sus derechos antes que el contradictor.

Si bien contemplan supuestos distintos, la solución parece no armonizar con la que trae el art. 757 CCyC referido a las obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales en caso de concurrencia de varios acreedores sobre cosas muebles. Según este artículo, si varios acreedores reclaman la misma cosa prometida por el deudor, tiene mejor derecho —en caso de cosas muebles no registrables— el que haya recibido la tradición (inc. b). Pero ello, solo si todos los acreedores son de buena fe y a título oneroso.

2.2. Las partes han adquirido sus derechos de antecesores distintos

En este caso, como regla, prevalece el derecho que se derive del antecesor más antiguo. La solución se aparta de la que se brinda para las cosas muebles registrables (inc. e del art. 2257 CCyC) y para los inmuebles (inc. d del art. 2256 CCyC) en el mismo caso de antecesores distintos, para los cuales se exige investigar cuál de los antecesores es mejor, antes de recurrir al criterio de decisión.

Sin embargo, la regla general cede cuando uno de los derechos de las partes *"se remonta a una adquisición originaria, aunque sea más reciente"*, el cual *"siempre prevalece"*. No obstante la clasificación de los modos de adquisición de los derechos reales en originarios y derivados, no se sustenta en normativa alguna, la doctrina coincide en que serán originarios aquellos en los que quien adquiere la titularidad del derecho real lo hace sin importar la persona o el derecho del anterior propietario, pues no media nexo entre ambos.

Y si bien no hay consenso sobre cuáles son todos los modos de adquisición de derechos reales que se consideran originarios, la prescripción adquisitiva o usucapión —que permite adquirir los derechos reales principales (art. 2565 CCyC), con excepción del derecho real de superficie (art. 2119 CCyC), mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley (art. 1897 CCyC)— es, sin duda, uno de ellos, pues la adquisición se produce de pleno derecho por cumplimiento del término legal de la posesión calificada que se exige al efecto, con independencia de la persona o del derecho del antecesor; y si algunos de los derechos reales constituidos por el propietario anterior subsisten, a pesar de la sentencia de usucapión, no es porque haya mediado transmisión de derechos sino debido a que los derechos reales son inherentes a la cosa. Es decir que, en caso de antecesores distintos, triunfará el que deriva del más antiguo, salvo el caso de prescripción adquisitiva.

2.3. El caso de las transmisiones sucesivas

El art. 2260 CCyC individualiza los elementos indispensables para poder repeler la reivindicación cuando han mediado transmisiones sucesivas y, en tal sentido, exige un subadquirente de buena fe a título oneroso de una cosa mueble no registrable. La solución

debe armonizarse con lo dispuesto en el art. 1895 CCyC para el que la posesión de buena fe del subadquirente a título oneroso de cosas muebles no registrables, que no sean hurtadas o perdidas, es suficiente para adquirir los derechos reales principales. Vale decir que, en el caso que las cosas sean hurtadas o perdidas, por más que se reúnan los recaudos del art. 2260 CCyC, no alcanzará para repeler la reivindicación.

Conforme ambas normas citadas, el actual poseedor debe haber adquirido a título oneroso para escapar a la reivindicación. En consonancia, el inciso en comentario consagra la misma solución y concluye que, si la cosa mueble no registrable es transmitida sin derecho "*y a título gratuito*", procede la reivindicación si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque este sea de buena fe.

Sin decirlo en forma expresa, la solución legal hace referencia a las cosas muebles no hurtadas ni perdidas porque, si lo fueran, el transcurso del plazo de dos años determinaría su adquisición por prescripción adquisitiva a favor del poseedor (art. 1898 CCyC).

ARTÍCULO 2259.- ***Derecho a reembolso.*** *Si se reivindica un objeto mueble no registrable robado o perdido de un poseedor de buena fe, éste no puede reclamarle al reivindicante el precio que pagó, excepto que el objeto se haya vendido con otros iguales en una venta pública, o en casa de venta de objetos semejantes, o por quien acostumbraba a venderlos.*

Si se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripción registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado el importe abonado.

En caso de reembolso, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe.

1. Introducción

Como regla, quien reivindica una cosa mueble que le había sido robada o que había perdido, no tiene que reembolsarle al poseedor actual el precio que él pagó por la cosa. El poseedor de la cosa reivindicada solo podrá reclamar la indemnización pertinente a quien se la transmitió, quien está obligado en virtud de la garantía de evicción, pero, en principio, nada puede exigirle al propietario que reivindica. Este principio general, que surge del inicio del párr. 1 de la norma en análisis, sufre algunas excepciones —al igual que, en el régimen anterior, los arts. 2768 y 3214 CC— pues existen supuestos en los que el reivindicante, aunque triunfe en su reclamo, debe reembolsar al poseedor el precio que este pagó por la cosa.

2. Interpretación

El reembolso procede cuando el objeto se hubiese vendido *"con otros iguales en una venta pública, o en una casa de venta de objetos semejantes o por quien acostumbraba a venderlos"*. Además de buscar la protección del tráfico comercial, la solución considera que quien adquiere en esas circunstancias no puede advertir la ilegitimidad del título del transmitente por haber sido víctima de un error invencible.

Así, por ejemplo, si a una persona le hurtan su reloj, y este es vendido por el ladrón a un joyero, quien a su vez lo vende en su joyería a un tercero de buena fe, este no podrá repeler la acción reivindicatoria del propietario, ya que el régimen de la adquisición legal

de derechos reales sobre muebles por un subadquirente no se aplica a las cosas hurtadas (art. 1895 CCyC), pero sí tendrá derecho —siempre que sea de buena fe— a que se le restituya el precio que pagó por el reloj.

Que *"el objeto se haya vendido con otros iguales"* no significa que se hayan adquirido todos juntos, sino que hayan sido ofrecidos o que hayan estado en venta con otros semejantes (tampoco es necesario que sean "*iguales*" pues con esta expresión la norma refiere a que pertenezcan a un mismo género), aunque haya sido adquirido individualmente. Incluso, por más que la norma mencione el término "*venta*", debe entenderse que su ámbito comprende cualquier otro caso de adquisición a título oneroso, y que cuando alude a *"venta pública"* comprende lugares destinados a la venta al público (sean públicos o privados). Por último, para tener derecho al rembolso, no es necesario que la cosa haya sido comprada en una *"casa de venta de objetos semejantes"* (expresión que alude a comercios que se dedican a la venta de artículos de igual ramo), ya que también será la consecuencia de haber sido comprada a una *"persona"* que tiene por costumbre vender ese tipo de cosas. La doctrina arribaba a estas conclusiones con los textos de los arts. 2768 y 3214 CC, cuyas expresiones fueron reproducidas por el Código Civil y Comercial.

Aunque la solución aparezca como injusta, ante la falta de distinción del párr. 2 del art. 2259 CCyC, en cuanto al beneficiario del reintegro, en el caso de acto inoponible al titular del derecho por no haber intervenido, el subadquirente que inscribe de buena fe una cosa mueble registrable robada o perdida (quien no puede repeler la reivindicación, por imperio del art. 2260 CCyC) igual debe tener derecho al rembolso.

A pesar de que quien reivindica una cosa robada o perdida debe reembolsar el precio pagado al poseedor de buena fe que la adquirió en un lugar o de una persona que acostumbra vender cosas iguales o semejantes, según la última parte de la norma, el reivindicante tiene derecho a repetir el pago contra el enajenante de mala fe, es decir, contra quien transmitió la cosa al subadquirente. Sin embargo, esto no implica que la situación del reivindicante retorne siempre al estado anterior al desapoderamiento, porque primero debe reembolsar el precio y luego, tratar de recuperar lo abonado, con el riesgo de la insolvencia del vendedor (además de las dificultades prácticas del trámite).

El derecho del reivindicante de repetir el rembolso que efectuó al demandado, contra el enajenante de mala fe, no exige que la adquisición haya sido en el lugar donde se venden cosas semejantes, lo cual también permite incluir a las ventas entre particulares (a diferencia del art. 4 del decreto ley 6582/1958, texto según ley 22.977 y ordenado por decreto 1114/1997 que, para conceder el resarcimiento cuando el automotor hurtado o robado se adquirió con anterioridad a la vigencia de la norma, exige que la adquisición haya sido en venta pública o en comercio dedicado a la venta de automotores).

El adquirente que sufre la reivindicación del objeto mueble no registrable robado o perdido y que adquirió en las condiciones del artículo, tiene derecho a que el reivindicante le restituya *"el precio que pagó"*. Del mismo modo, si se trata de una cosa mueble registrable robada o perdida, y la inscripción registral se obtiene de buena fe, el reivindicante debe reintegrar al reivindicado *"el importe abonado"*. En ambos casos la norma no efectúa aclaraciones respecto de la actualización del valor.

ARTÍCULO 2260.- ***Alcance.*** *La acción reivindicatoria de una cosa mueble no registrable no puede ejercerse contra el subadquirente de un derecho real de buena fe y a título oneroso excepto disposición legal en contrario; sin embargo, el reivindicante puede reclamarle todo o parte del precio insoluto.*

El subadquirente de un inmueble o de una cosa mueble registrable no puede ampararse en su buena fe y en el título oneroso, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho.

1. Introducción

La norma individualiza los requisitos indispensables que debe reunir el interesado para poder repeler la reivindicación cuando han mediado transmisiones sucesivas, tanto de cosas muebles registrables, como no registrables.

2. Interpretación

2.1. Alcance de la reivindicación de cosas muebles no registrables

En caso de un subadquirente (o tercer adquirente) que haya adquirido un derecho real sobre una cosa mueble no registrable mediando buena fe en la adquisición, y si esta se celebró a título oneroso, quien era el propietario no podrá valerse de la reivindicación y solo contará con reclamos resarcitorios contra quienes facilitaron la adquisición de la cosa por el nuevo dueño.

Sin embargo se aclara que, aún reunidos todos los recaudos, podrá repeler la reivindicación *"excepto disposición legal en contrario"*. La solución toma en cuenta lo dispuesto en el art. 1895 CCyC para el que la posesión de buena fe del subadquirente a título oneroso de cosas muebles no registrables *"que no sean hurtadas o perdidas"* es suficiente para adquirir los derechos reales principales (se consagra un supuesto de adquisición de un derecho real por el mero efecto de la ley, tal como lo afirma el art. 1894 CCyC). Vale decir que, en el caso que las cosas sean hurtadas o perdidas, por más que se reúnan los recaudos del art. 2260 CCyC, no alcanzará para repeler la reivindicación, tal lo que dispone el art. 1895 CCyC (aunque en contrario). Entonces, para el rechazo de la reivindicación, es necesario que el desprendimiento originario de la cosa haya sido libre y voluntario, por haberla dado a un tercero en locación, comodato o depósito y que el locatario, comodatario o depositario —luego de intervertir su título en los términos del art. 1915 CCyC— haya transmitido la misma a un adquirente que resulte de buena fe por mediar un error de hecho excusable en creer propietario al transmitente.

Otro ejemplo de disposición legal que impide la reivindicación de una cosa mueble no registrable, no obstante se reúnan todos los requisitos de la norma en comentario, viene dado por la operatoria del *leasing*. En este contrato, el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon le confiere una opción de compra por un precio (art. 1227 CCyC) y la venta o el gravamen consentido por el tomador es inoponible al dador. El dador siempre tiene acción reivindicatoria sobre la cosa mueble que se encuentre en poder de cualquier tercero, pudiendo obtener el inmediato secuestro del bien, con la sola presentación del contrato inscrito y de la prueba de haber interpelado al tomador por un plazo no menor de cinco días para la regularización; todo ello, sin perjuicio de la acción del dador por los daños y perjuicios, y la acción del tomador si correspondieran (arts. 1239 y 1249, inc. a, CCyC).

2.1.1. La existencia de un subadquirente del derecho real

La norma otorga la posibilidad de repeler la reivindicación a un subadquirente de un derecho real, es decir, a quien lo ha adquirido de parte de quien, a la vez, la recibió del anterior dueño mediante un acto ineficaz. Rige entonces cuando, entre el dueño actual, (subadquirente) y el titular de la cosa hay un tercero interpuesto, que es la persona que la ha recibido o tomado. En relación a quien hubiera tenido la cosa del propietario, juega lo dispuesto en el art. 390 CCyC, primera parte, del cual surge —al decir que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido— que la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuera de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante por un acto nulo.

Si según el art. 1895 CCyC, la adquisición legal de derechos reales sobre cosas muebles no hurtadas o perdidas se otorga al subadquirente a título oneroso poseedor de buena fe, no caben dudas que son los "poseedores" los beneficiarios de la posibilidad de repeler la reivindicación también en los términos del art. 2260 CCyC. De no existir un poseedor sino un tenedor (comodatario, locatario, etc.), no habría un subadquirente y faltaría uno de los requisitos exigidos por esta última norma. El que en virtud de su título tiene una obligación de restituir, no es poseedor de la cosa y, por ende, tampoco subadquirente. Para repeler la acción real es necesario que la posesión del subadquirente lo sea en sentido propio (art. 1909 CCyC), es decir, que ejerza una posesión real y efectiva adquirida por cualquier de los modos previstos por el Código.

De acuerdo al art. 1911 CCyC, *"se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa"*. Entonces, si alguien pretendiera que el demandado detenta la cosa a título de representante de la posesión ajena, debe asumir la carga probatoria del contrato o acto jurídico invocado para sostener su aserto.

2.1.2. Cosa mueble no registrable

La expresión *"cosa mueble"* es tomada en su significado técnico y, por lo tanto, implica la idea de bien material susceptible de valor económico, que puede desplazarse por sí mismo o por una fuerza externa (arts. 16 y 227 CCyC). Pero además, debe tratarse de una cosa mueble *"no registrable"*, es decir, cuya registración no imponga la ley en forma obligatoria.

La norma distingue las cosas muebles no registrables de las cosas inmuebles y de las cosas muebles registrables porque, si la transmisión de las primeras se realiza por la simple entrega, sin exigirse al transmisor el título que justifique su propiedad, la seguridad en las transacciones impone exigir solo su posesión para repeler la acción reivindicatoria. Pero además, respecto de las cosas muebles registrables la inscripción opera como un recaudo de la buena fe, la cual no estará presente sin aquella a favor de quien la invoca y tampoco si el respectivo régimen especial prevé la existencia de elementos identificatorios de la cosa registrable y estos no son coincidentes (art. 1895 CCyC).

2.1.3 La buena fe

Otra condición requerida es la buena fe, creencia de la posesión que detenta el tercer adquirente y basta que exista en el momento de la adquisición de la posesión (art. 1920 CCyC). La exigencia es lógica, ya que si el legislador eligió sacrificar el derecho del propietario frente al del poseedor de buena fe, no podía hacerlo frente al de mala fe, porque ello hubiera significado premiar la deslealtad.

La buena fe, definida en el art. 1918 CCyC (cuando el sujeto de la relación de poder no conoce ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando el poseedor, por error o ignorancia de hecho no imputable, se persuadiera, sin duda alguna, de la legitimidad de la posesión), no requiere ser comprobada, pues su existencia se presume salvo que se presuma la mala fe (art. 1919 CCyC), y el propietario debe demostrar —a través de cualquier medio probatorio— el conocimiento, por parte del poseedor, de que, quien le transmitió a este último, no era el verdadero propietario de la cosa que adquirió.

Quien se encuentre obligado a la restitución de la cosa en virtud de un acto ilícito no podrá repulsar la acción de recupero de una cosa mueble, pues se tratará de un poseedor de mala fe (se trate de un delito civil o criminal).

2.1.4. Adquisición a título oneroso

Para que opere el rechazo de la reivindicación, el subadquirente debe invocar que la transferencia, que le ha permitido recibir la cosa, ha sido a título oneroso (es decir, por compra, permuta, dación en pago, etc.), pues de haberse realizado a título gratuito, la protección legal deja de funcionar. La exigencia, expresa en una sola norma, mejora el método del Código Civil, que enumeraba los requisitos para repeler la reivindicación al momento de legislar la propiedad de las cosas muebles (art. 2412 CCyC), pero esa regulación debía interpretarse en forma armónica con los artículos sobre la acción reivindicatoria del propietario, que eran los que agregaban la necesidad del título oneroso (arts. 2767 y 2778 CC).

Quien pretenda que la cosa mueble fue recibida a título gratuito por el subadquirente, deberá probarlo. Por lo general, esa prueba será muy difícil, porque la transmisión del dominio de una cosa mueble no registrable no exige documento escrito.

2.2. Alcance de la reivindicación de inmuebles o cosas muebles registrables

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 (art. 761 CCyC). Y de acuerdo al art. 392 CCyC, dedicado a reglar los efectos de la nulidad respecto de terceros en inmuebles o muebles registrables, todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre aquellos por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Pero la norma agrega que, los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho. Sería el caso de una escritura o un formulario de transmisión otorgados por quien se hace pasar por el titular de un inmueble o de un vehículo utilizando documentos falsos.

Como corolario específico de este último precepto general para la acción reivindicatoria, la parte final de la norma en examen previene que no podrá repelerla el subadquirente de buena fe y a título oneroso de un inmueble o de una cosa mueble registrable, si el acto se realiza sin intervención del titular del derecho. La solución expresa elimina la disputa que en el régimen del Código Civil motivaba la interpretación de los arts. 1051, 2777 y 2778 CC. Porque, si bien para la generalidad de la doctrina (aunque por distintas vías) el subadquirente de buena fe y a título oneroso no estaba protegido cuando la adquisición se efectuaba a partir de un acto en el que no había participado el propietario, algunos autores le brindaban protección si, a la buena fe y al título oneroso del subadquirente, se le agregaba la buena fe del transmitente.

El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto (art. 1902 CCyC). Es así entonces que, la escritura o el formulario —labrados por un otorgante que se hace pasar por el dueño para transmitir la cosa— constituye un claro ejemplo de justo título. Por su parte, la buena fe en la relación posesoria que se requiere para la prescripción adquisitiva corta consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella y, cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial (art. 1902 CCyC). La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años sobre cosas muebles hurtadas o perdidas por la posesión durante dos años y, si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título (art. 1898 CCyC). Entonces, en un acto celebrado sin su intervención, el verdadero propietario podrá reivindicar del adquirente, salvo que este haya reunido los requisitos para adquirir la cosa por la prescripción adquisitiva.

Los actos jurídicos solo pueden ser ineficaces *"en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas"* (art. 382 CCyC). Si el Código Civil y Comercial consagra solo dos categorías de ineficacias de los actos jurídicos y si del art. 392 CCyC se desprende que no puede tildarse de nulo el acto de transmisión de un inmueble o de una cosa mueble registrable en el que no intervino el titular del derecho sobre la cosa, pues por no serlo no puede sostener su adquisición el subadquirente aún de buena fe y a título oneroso, el acto celebrado sin participación del verdadero titular del derecho debe considerarse inoponible y, por lo tanto, sin efectos a su respecto (art. 396 CCyC).

> **ARTÍCULO 2261.-** ***Sentencia.*** *Si se admite la demanda, el juez debe ordenar la restitución del objeto, parte material de él o sus restos. En cuanto a las reglas de cumplimiento de la sentencia, se aplican las normas del Capítulo 3 del Título II de este Libro.*
>
> *Si se trata de una cosa mueble registrable y media inscripción a favor del vencido, debe ordenarse la rectificación del asiento registral.*

1. Introducción

La acción reivindicatoria corresponde ante actos que producen el desapoderamiento (art. 2248 CCyC) y su objeto principal es el de obtener la restitución de la cosa; es decir, se trata de una pretensión de condena. La restitución debe hacerse de acuerdo a las pautas que fije el juez en cuanto al plazo y lugar, y además, atento que la sentencia debe ser completa, contendrá las previsiones referentes a la liquidación de los frutos, productos, mejoras, deterioros experimentados por la cosa, riesgos, etc, para lo que se aplicarán las disposiciones ubicadas en el Capítulo 3 del Libro Cuarto, Título II, referido a los *"efectos de las relaciones de poder"*, es decir, a los derechos y obligaciones del poseedor de buena o mala fe. Si la cosa reivindicada está en poder de terceros que no han sido parte en el juicio, la restitución de ella no puede serles exigida, porque la sentencia que la ordena no tiene autoridad de cosa juzgada a su respecto.

2. Interpretación

2.1. Restitución de cosas muebles

El Código Civil y Comercial no contiene las previsiones de su antecedente —el art. 2793 CC— según el cual, con el fin de mantener la situación de hecho al momento de la traba de la litis, si la sentencia condenaba a restituir una cosa mueble, el demandado tenía que devolverla en el lugar en que ésta se hallaba y si después de la demanda la había transportado a otro lugar más lejano, debía ponerla en el lugar en que estaba (art. 2793 CC). El silencio al respecto por parte de la nueva normativa, implica que la sentencia podría disponer libremente el lugar de restitución de la cosa mueble y de sus cosas adheridas, que también quedan alcanzadas por el reintegro (art. 230). Incluso puede suceder que en el curso del proceso se disponga el secuestro como medida cautelar, en cuyo caso la cosa no estará en poder del demandado al momento del fallo.

2.2. Restitución de cosas inmuebles

Al igual que respecto de la restitución de las cosas muebles, la nueva norma no contiene precisiones respecto de la restitución de un inmueble, como sí contenía su antecedente —el art. 2794 CC— según el cual el condenado a restituirlo, satisfacía la sentencia dejándolo desocupado y en estado apto para que el reivindicante entre en su posesión.

Quien resulta condenado a restituir debe exteriorizar su voluntad de poner el inmueble a disposición del actor (por ejemplo, mediante el depósito judicial de las llaves o su entrega al oficial de justicia), *"libre de toda relación excluyente y no debe mediar oposición alguna"* (art. 1926 CCyC). La restitución comprende las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo con carácter perdurable (inmuebles por accesión), en cuyo caso *"los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario"* (art. 226, párr. 1, CCyC), pero no abarca las cosas muebles *"afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario"* (art. 226, párr. 2, CCyC).

SECCIÓN 3ª
Acción negatoria

ARTÍCULO 2262.- ***Legitimación pasiva.*** ***La acción negatoria compete contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida. Puede también tener por objeto reducir a sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real.***

1. Introducción

La primera parte del artículo reproduce el texto de su antecedente, el art. 2802 CC, y confiere una legitimación pasiva amplia en cabeza de quien *"impida el derecho de poseer de otro"*. La acción puede ser intentada por el titular de un derecho real sobre la cosa ajena, que se ejerce por la posesión, cuando sea turbado, incluso por el *"dueño del inmueble"* (sería el caso de un inmueble dado en usufructo sobre el que el nudo propietario constituye una servidumbre).

Lo que la segunda parte de la norma quiere dejar en claro es que también puede dirigirse la acción contra quienes se extralimiten en *"el ejercicio de un derecho real"* (la solución reitera la del art. 2804 CC). La inclusión de estos últimos en la misma norma evita las discusiones que se planteaban en torno al art. 2802 CC, específico para la legitimación pasiva, que solo se la confería a quien se arrogaba alguna servidumbre indebida sobre un inmueble, sin tener en cuenta que el demandado podía haber realizado otros actos que afectaban la li-

bertad de ejercicio del derecho real del actor, tal es el objeto de esta acción real. La solución no podía ser otra, pues si la acción puede intentarse, aunque el demandado sea el dueño del inmueble, nunca podría tener lugar en este caso si el único ataque que la habilita sea el arrogarse alguna servidumbre indebida, porque es sabido que este derecho real recae siempre sobre *"la totalidad o una parte material del inmueble ajeno"* (art. 2163 CCyC). El art. 2263 CCyC permite concluir en el mismo sentido desde que no se limita a exigir al actor la prueba de la servidumbre indebida.

2. Interpretación

Si bien la *"libertad"* del derecho real resultará lesionada, no solo cuando alguien se arrogue *"alguna servidumbre indebida"* sino también cuando se extralimite en *"el ejercicio de un derecho real"*, la terminología empleada exige determinar los límites de la afrenta que podrá dar lugar a la acción real negatoria.

El límite superior de esta acción aparece nítido porque, si el ataque es de tal magnitud que produce una exclusión absoluta, un desapoderamiento, se está en el ámbito de la reivindicación. El límite inferior viene fijado por la existencia de una "*turbación*" al derecho real ejercido por la posesión (art. 2248 CCyC), es decir, *"cuando de los actos no resulta una exclusión absoluta"* (art. 2238 CCyC). La claridad de las normas deja de lado las discusiones sobre la entidad mínima de la agresión para habilitar la acción negatoria, motivada por la falta de solución expresa, y permite alejarse de la opinión que mencionaba a la acción negatoria como una herramienta útil para la protección del medio ambiente.

En resumen, el único ataque que se defiende mediante esta acción será la "*turbación*", representada en el ejercicio de una servidumbre indebida por parte del demandado o en el exceso de las facultades al momento de ejercer su derecho real, pues —en ambos casos— estaría comprometida la libertad de ese ejercicio. Si los actos del demandado no implican una turbación, darán lugar a una acción personal de daños y perjuicios cuando hubo daño causado, en cuyo caso, la cuestión no ingresa en el ámbito de las acciones reales.

ARTÍCULO 2263.- ***Prueba.*** ***Al demandante le basta probar su derecho de poseer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer o que no está constreñido por el pretendido deber inherente a la posesión.***

Remisiones: ver comentario al art. 2248 CCyC.

1. Introducción

La norma divide la cuestión de la carga de la prueba en la acción negatoria en distintos supuestos de legitimación activa.

2. Interpretación

2.1. Titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión

Quien intente una acción negatoria debe acreditar su condición de titular de un derecho real que se ejerza por la posesión (la demanda no procede frente a la nulidad del título). Si bien de la letra del artículo parece desprenderse que esa es la única carga probatoria en cabeza del actor —la norma dice que al demandante *"le basta probar su derecho de poseer"*—, también deberá demostrar los hechos en los que funda sus pretensiones, uno de

los cuales será la turbación por parte del demandado. En efecto, la propia naturaleza de la acción tiene como presupuesto la existencia de un acto que impida el libre ejercicio de los derechos del actor, por el cual el demandado ejerce un derecho real indebido o en la extensión indebida. Y este acto, que debe ser alegado por el reclamante, también debe ser probado; pues quien invoca el gravamen corre con la carga de acreditar su existencia.

De acuerdo con el art. 1888 CCyC según el cual *"las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario"* y con el art. 1941 CCyC que establece que *"el dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario"* (es decir, que no se afecta su carácter absoluto por una desmembración, ni su carácter perpetuo por la existencia de alguna modalidad que subordine su duración), queda en cabeza de quien pretende tener un derecho sobre la cosa de otro la prueba de ese interés. De ahí que el actor no tendrá como carga la de probar la no existencia de la servidumbre —salvo si quien demanda alega que la servidumbre que se arroga el demandado existía pero se extinguió, en cuyo caso también deberá acreditar los hechos extintivos— o del derecho inherente a la posesión (art. 2263 CCyC) ni la extensión del derecho real que se le quiere imponer (art. 2262 CCyC). Por esa misma presunción de perfección, que se exime al actor de la prueba del gravamen en la acción negatoria, se le exige en la acción confesoria (art. 2265 CCyC).

También podría suceder que el demandado que ejerza una servidumbre reconvenga solicitando, tanto que se declare la existencia o la extensión verdadera del gravamen, como que el actor cese de impedirle su ejercicio. En tal caso, tratándose la reconvención de una acción confesoria, será de aplicación la norma del art. 2265 CCyC, que regula la prueba en tal supuesto.

2.2. Titulares del derecho real de hipoteca (acreedores hipotecarios)

Cuando la acción es iniciada por el acreedor hipotecario, la norma señala que al demandante *"le basta probar (…) su derecho de hipoteca"*. A diferencia del art. 2265 CCyC, que regula el mismo tema pero en la acción confesoria, de la letra de la norma en comentario no surge, en forma expresa que, además del carácter de acreedor hipotecario, el actor deba acreditar el *"derecho de poseer"* del constituyente de la hipoteca. Sin embargo, no podría el acreedor hipotecario iniciar una acción real para proteger la libertad de derechos reales que se ejercen por la posesión, sin acreditar la existencia del derecho agredido, razón por la que resulta lógica la exigencia de comprobar el *"derecho de poseer"* del deudor hipotecario. Pero, del mismo modo que en la acción confesoria, alcanzará con que el acreedor demandante justifique su derecho real a través de la presentación del instrumento público por el que se constituyó la hipoteca, pues las solemnidades que rodean su otorgamiento lo vuelven suficiente para cumplir con ambas exigencias; esta idea explica que la carga del acreedor hipotecario de probar *"el derecho de poseer"* del constituyente, además del carácter que invoca, no modifica la conclusión, en cuanto a que actúa por sí y no a nombre de su deudor (ver comentario al art. 2248 CCyC).

A pesar de que la norma dice que *"le basta"* al actor probar su derecho de hipoteca, además del derecho de poseer del deudor hipotecario (de fácil comprobación, como se verá), solo será así cuando la expresión se asocie a la innecesariedad de comprobar que la cosa no está gravada con el derecho (o con su alcance) que el demandado se quiere arrogar; pero —fuera de esa interpretación— también deberá el acreedor hipotecario acreditar los hechos con los cuales se ataca la libertad de su derecho.

SECCIÓN 4ª
Acción confesoria

ARTÍCULO 2264.- ***Legitimación pasiva.*** *La acción confesoria compete contra cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesión de otro, especialmente sus servidumbres activas.*

1. Introducción

La acción confesoria tiene como finalidad la defensa de la "*plenitud*" del derecho real, y el ataque a esa plenitud se configura mediante *"actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión"* (art. 2248 CCyC). Si bien uno de tales derechos —el principal— consiste en ejercer las servidumbres activas, también integran la misma categoría los derechos a exigir el cumplimiento de los límites al dominio (art. 1932 CCyC). La norma refiere que la acción compete contra "cualquiera que impide los derechos inherentes a la posesión de otro". Pudo haberse limitado a esa sola mención porque de ese modo también quedan abarcados quienes impiden el ejercicio de las servidumbres activas, que se enuncian de un modo especial.

2. Interpretación

La expresión *"contra cualquiera"* que utiliza la norma permite concluir que la acción podría intentarse, no solo contra el propietario del fundo sirviente (por ejemplo, el caso de una servidumbre de tránsito cuando sea el propietario del fundo sirviente el que impida el paso), sino también contra otro poseedor (en el mismo ejemplo, también podría demandarse al usufructuario) o contra un tenedor del mismo inmueble, o contra cualquiera de los titulares plurales, siempre y cuando impidan la plenitud del derecho real al actor, es decir, ejercer sus derechos inherentes a la posesión.

Una formulación tan amplia en cuanto a la legitimación pasiva no encuentra sujetos excluidos, y si bien ante un ataque por el que se impida el ejercicio de una servidumbre, necesariamente deberá demandarse a quienes tengan una relación con el fundo sirviente y, por tal razón, tengan posibilidad jurídica de atacar el ejercicio de la servidumbre —sean poseedores o tenedores—, ante una violación a los límites legales al dominio, también podría ser demandado un tercero que ni siquiera guarde un vínculo con aquel (por ejemplo, por causar inmisiones inmateriales en los términos del art. 1973 CCyC).

De ser demandado el tenedor, asumirá la carga procesal de indicar, oportunamente, a nombre de quien posee y el domicilio real de este, para que el juicio se enderece contra el poseedor como demandado principal (sin perjuicio de continuar el tenedor como sujeto del proceso) bajo apercibimiento, si así no lo hiciere, de ser condenado en forma directa, de poder ser responsabilizado por los perjuicios causados tanto al actor como al poseedor y de perder el reclamo por evicción (art. 1940, inc. b, CCyC).

ARTÍCULO 2265.- ***Prueba.*** *Al actor le basta probar su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa si se impide una servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble si se impide el ejercicio de otros derechos inherentes a la posesión; si es acreedor hipotecario y demanda frente a la inacción del titular, tiene la carga de probar su derecho de hipoteca.*

1. Introducción

No obstante el art. 2248 CCyC concede la acción confesoria contra actos que "*impiden*" ejercer un derecho inherente a la posesión; que el art. 2264 CCyC otorga la legitimación pasiva contra cualquiera que "*impide*" los derechos inherentes a la posesión de otro, y que el propio artículo en examen refiere dos veces al ejercicio de esta acción *"si se impide"* un derecho inherente a la posesión; el uso del verbo "impedir" en los tres artículos destinados a regular la acción confesoria, no hizo que se exija al accionante la prueba del "impedimento" de la plenitud del derecho real por parte del demandado. Sin embargo, no pueden caber dudas que, por imperio de las cargas probatorias que rigen en el proceso y atento la finalidad de esta acción, su éxito —en cada caso— no puede desligarse de la prueba del hecho que impide la plenitud del derecho real.

2. Interpretación

Atento que la restante prueba que debe producir el actor variará según los distintos casos en que se otorga la acción confesoria, se ha brindado una solución para cada supuesto de legitimación activa.

2.1. Titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión cuando sea atacado un derecho inherente a la posesión que no sea una servidumbre

En el supuesto de la acción confesoria iniciada frente a un ataque a los derechos correlativos a los límites legales al dominio, le bastará al actor acreditar su derecho real o derecho de poseer, pues si —por definición— los límites surgen solo de la ley y son inherentes al derecho de poseer, probado este último, aquellos se tienen por comprobados.

2.2. Titulares de servidumbres activas, reales o personales

En este caso, la norma exige a quien acciona acreditar, no solo su derecho de poseer el inmueble dominante, sino también la servidumbre activa. Esta exigencia deviene lógica si se tiene en cuenta el criterio general que emana del art. 1888 CCyC, según el cual *"las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario"* y del art. 1941 CCyC que establece que *"el dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario"*. Por ejemplo, si el demandado impide el ejercicio de una servidumbre de tránsito a través de la obstrucción del camino en el predio sirviente, el actor deberá acreditar este hecho, su derecho real de dominio sobre el inmueble dominante y la existencia de la servidumbre de tránsito.

La fórmula de la norma va de la mano con la conclusión —ahora plasmada en el art. 2162 CCyC— en cuanto a que todas las servidumbres, sean reales o personales, requieren la existencia de dos fundos (el dominante y el sirviente). Si no fuera de este modo y las servidumbres personales no recayeran sobre un inmueble, solo se hubiera exigido la prueba del *"derecho de poseer el inmueble dominante"* en casos en que se impida el ejercicio de una servidumbre real.

Respecto al modo de probar la servidumbre, quien demanda deberá acompañar el título de adquisición. Si bien, por un lado, surge del art. 2565 CCyC que pueden adquirirse por usucapión todos los derechos reales principales, y la servidumbre es uno de ellos; por otro lado, el art. 1891 CCyC aclara que las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados (las negativas implican una abstención) sin que su

titular ostente la posesión, mientras que la prescripción para adquirir requiere la posesión por el tiempo fijado por la ley (art. 1897 CCyC). Aunque pueda resultar dudoso si las servidumbres positivas pueden adquirirse por usucapión, de admitirse la posibilidad y si ha mediado sentencia declarativa, se deberá justificar su dictado y, en su caso, la inscripción registral. De no haber mediado sentencia declarativa, se deberá producir la prueba tendiente a acreditar los actos posesorios concretos y determinados (art. 1891 CCyC) con los que se ejerció la servidumbre durante el plazo de ley.

2.3. Titulares del derecho real de hipoteca (acreedores hipotecarios)

La literalidad del art. 2265 CCyC lleva a concluir que, además del carácter de acreedor hipotecario, el actor debe acreditar el derecho de poseer del constituyente de la hipoteca, que solo pueden ejercer los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie (art. 2206 CCyC).

Sin embargo, por más que aparezcan como lógicas las dos exigencias —pues no podría iniciarse una acción real para proteger la plenitud de derechos reales que se ejercen por la posesión sin acreditarse también la existencia del derecho agredido—, bastará con que el acreedor hipotecario justifique su derecho real a través de la presentación del instrumento público por el que se constituyó la hipoteca, cuyas constancias y formalidades que preceden a su otorgamiento lo vuelven suficiente para cumplir con ambos recaudos del artículo. Esta idea reafirma que el acreedor hipotecario actúa por sí, y no a nombre de su deudor. Si fuera una servidumbre el derecho inherente a la posesión impedido al constituyente de la hipoteca, el acreedor hipotecario deberá, además, acompañar el título que la justifique. Pero, en el caso que el derecho vulnerado sea el correlato de los límites al dominio, no habrá nada más que probar que no sea el carácter de acreedor hipotecario y el derecho de poseer del deudor hipotecario, pues aquellos límites provienen siempre de fuente legal.

SECCIÓN 5ª
Acción de deslinde

ARTÍCULO 2266.- ***Finalidad de la acción de deslinde.*** *Cuando existe estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos, la acción de deslinde permite fijarla de manera cierta, previa investigación fundada en títulos y antecedentes, y demarcar el límite en el terreno.*

No procede acción de deslinde sino reivindicatoria cuando no existe incertidumbre sino cuestionamiento de los límites.

1. Introducción

Resulta una novedad incluir, dentro de las acciones reales, a la acción de deslinde, dirigida a poner fin al estado de incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar el límite entre dos inmuebles contiguos, y no en la regulación del condominio. La explicación se encuentra en que en el Código Civil y Comercial —como también lo habían hecho los anteriores proyectos de reforma— desaparece el condominio por confusión de límites que provenía del derecho romano, cuyo objeto era la franja confundida de ambos fundos (es decir, un derecho real sobre parte material de dos cosas cuya propiedad pertenece a dueños distintos) y que el Código Civil regulaba en el art. 2746 CC y ss. Este particular condominio había recibido serias y fundadas críticas de la doctrina. Se decía que, si bien la

acción articulada para poner fin a este condominio, participaba —en alguna medida— de los caracteres de las acciones de división, no existía comunidad de intereses entre los condóminos (los dueños de los inmuebles linderos). Se trataba de una situación de hecho solo regulada por la ley para hacerla cesar mediante la acción de deslinde, en la que cada uno de los propietarios ejercía las facultades sobre sus inmuebles, y afrontaban los impuestos y gastos de mantenimiento, sin el menor punto de contacto con el vecino.

La inclusión de la acción de deslinde como una de las *"acciones reales legisladas en este Capítulo"* (art. 2247 CCyC) elimina también la discusión sobre la naturaleza de esta acción a la que algunos tildaban como personal; otros, como real; e incluso algunos hablaban de su naturaleza mixta. La solución se hace eco de las similitudes entre las acciones reales y la acción de deslinde, pues ambas tramitaban ante el juez del lugar de ubicación de la cosa, eran imprescriptibles y ponían en juego los límites de un derecho real.

2. Interpretación

La norma regula el deslinde judicial, esto es, el que surge de una sentencia luego de promovida una acción. No se menciona el acuerdo de partes, que preveía el art. 2753 CC, pero es claro que no está prohibido por tratarse de una transacción (definida en el art. 1641 CCyC como un *"contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas"*) y, por lo tanto, no es necesaria su regulación específica en las normas dedicadas a las acciones reales.

La falta de previsión legal del deslinde sin haber ejercido la acción respectiva suprime la tan cuestionada intervención del órgano jurisdiccional a los efectos homologatorios del acuerdo privado, que debía ser labrado por escritura pública (si bien para algunos la homologación judicial no tenía razón de ser; para otros, era necesaria porque el deslinde compromete el interés colectivo). En el nuevo régimen legal, la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial (art. 1642 CCyC) y debe hacerse por escrito (art. 1643 CCyC). Los cambios legales implicarán dejar sin efecto la exigencias del art. 673 CPCCN, en cuanto a escritura pública y homologación judicial, previa intervención de la oficina topográfica, para aprobar el "*deslinde por convenio*" o extrajudicial. Sin embargo, la libertad para elegir la forma de la transacción, en el acuerdo de deslinde extrajudicial choca con la traba impuesta por la ley registral que impide darle oponibilidad mediante la inscripción mientras no se haya otorgado la escritura que sirva como título de propiedad (art. 3°, inc. a, de la ley 17.801). Habiéndose regulado la transacción como un contrato, resultan de aplicación a su respecto las reglas sobre la ineficacia de los actos jurídicos (arts. 382 a 397 CCyC).

Para que proceda la acción de deslinde debe haber "*incertidumbre*" acerca del lugar exacto donde debe pasar la línea divisoria entre los inmuebles contiguos; pero si hay "*cuestionamiento*" de los límites, la vía es la acción reivindicatoria. Se sigue el criterio de los arts. 2746 y 2747 CC con la diferencia en cuanto a que el primero no hablaba de incertidumbre en los límites sino de límites "*confundidos*", pues la situación de hecho daba lugar al *"condominio por confusión de límites"*. Por su parte, el término "cuestionamiento" había despertado las críticas de la doctrina porque se decía que no siempre abría la vía de la reivindicación sino solo cuando los límites estaban cuestionados en cuanto a la propiedad de la franja disputada (o a los títulos aplicables a ella), y no cuando los límites eran cuestionados únicamente por razón de ubicación; más aún, la hipótesis normal de la acción de deslinde —y no de la acción reivindicatoria— es cuando los límites de los inmuebles están cuestionados. Sin embargo, el "*cuestionamiento*" para dar lugar a la

reivindicación es tomado como sinónimo de conflicto o controversia, porque esta acción presupone una disputa, mientras que la acción de deslinde parte de un acuerdo, en cuanto a la incertidumbre del límite separativo entre los dos inmuebles.

Más allá de las cuestiones terminológicas, el régimen legal no ha variado: la acción de deslinde procede ante límites ignorados (por falta de demarcación de los límites o cuando ambos vecinos manifiestan sus dudas acerca de aquella e inician la acción para hacer cesar la incertidumbre); mientras que la de reivindicación procede cuando hay controversia en relación a los límites (por ejemplo, si los inmuebles están delimitados materialmente por una cerca o una zanja y uno de los dueños pretende que hubo una invasión de su terreno por parte del otro).

La norma en análisis elimina la referencia del art. 2747 CC, según la cual la acción, que competía a los colindantes, era la de reivindicación cuando los límites *"hubiesen quedado sin mojones por haber sido estos destruidos"*. La supresión responde a la idea de que —tal como se hizo notar— la mera destrucción de los mojones no habilita sin más la acción reivindicatoria si no se produce simultáneamente un avance posesorio de uno de los vecinos en aprovechamiento de tal situación, porque dicha acción real persigue "la *restitución*" de la cosa (art. 2261 CCyC).

El objeto de la acción de deslinde es fijar con exactitud los límites confundidos entre dos inmuebles contiguos, luego de una investigación que se basa en títulos y antecedentes. Resulta lógico entonces que la norma exija que los fundos sean contiguos, ya que no podría hablarse de deslinde si estuvieran separados por otro inmueble, por un camino público o por un accidente geográfico.

> **ARTÍCULO 2267.-** ***Legitimación activa y pasiva.*** *El titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanentes, puede exigir de los colindantes, que concurran con él a fijar mojones desaparecidos o removidos o demarcar de otro modo el límite divisorio. Puede citarse a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervengan en el juicio.*
>
> *La acción puede dirigirse contra el Estado cuando se trata de bienes privados. El deslinde de los bienes de dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa.*

1. Introducción

Además de la incertidumbre sobre los límites entre dos terrenos contiguos y la falta de controversia posesoria, la norma agrega, como presupuesto ineludible para la procedencia de la acción de deslinde, que no se trate de inmuebles separados por edificios, muros o cercas (las cuestiones de límites entre ellos serán dirimidas según las reglas del condominio sobre muros, cercos y fosos que contienen los arts. 2006 a 2036 CCyC). De este modo, se mejora la redacción de su antecedente, el art. 2748 CC, según el cual la confusión debía darse entre *"dos predios rústicos"*, pues no otorgaba la acción de deslinde para dividir predios urbanos; una interpretación textual le hacía perder sentido a la norma, porque no había razón alguna para negar la acción de deslinde cuando los inmuebles estaban ubicados en una ciudad o poblado y admitirla si se ubicaban en la campaña o zona rural. Para evitar este sinsentido se interpretaba que con la expresión *"predios rústicos"* se hacía referencia a inmuebles no edificados, cualquiera que fuera su ubicación, y que *"predios urbanos"* aludía a terrenos edificados.

2. Interpretación

La amplia legitimación activa en cabeza del *"titular de un derecho real sobre un inmueble no separado de otro por edificios, muros, cercas u obras permanente"* permite incluir a los titulares de derechos reales que no se ejercen por la posesión (como el acreedor hipotecario o los titulares de servidumbres), aunque la falta de una solución expresa podría reeditar la discusión que se planteaba en torno al art. 2749 CC, de redacción similar.

Junto con el dueño y el condómino —únicos supuestos que admitía el art. 2220 del Proyecto de 1998—, pueden ser otros los legitimados activos, como el usufructuario o el superficiario que contrató, por ejemplo, para hacer uso del subsuelo, aunque no sea propietario del suelo. La norma descarta casi por completo al titular del derecho real de propiedad horizontal o de habitación pues, por lo general, sus inmuebles estarán separados por edificios o muros.

No obstante en la regulación del condominio se previene que la disposición jurídica o material de la cosa en condominio, o de alguna parte determinada de ella, solo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos (art. 1990 CCyC), debe considerarse de aplicación preeminente lo dispuesto por el art. 2251 CCyC, según el cual las acciones reales —y la de deslinde lo es— competen a cada uno de los cotitulares contra terceros o contra los restantes cotitulares, sin que la norma subordine la facultad a autorización alguna.

La amplia legitimación pasiva en cabeza de los "colindantes" no ofrece dificultades. A pesar que la norma admite, en la frase final del primer párrafo, la citación facultativa *"a los demás poseedores que lo sean a título de derechos reales, para que intervengan en el juicio"*, en ningún caso pueden ser omitidos el dueño o los condóminos del fundo lindero pues, si así no fuera, la sentencia no podría serles opuesta, ya que no se le pueden fijar límites a un dueño sin que haya participado en el juicio. De tal forma, si se demanda a un usufructuario, debe ser citado al juicio el dueño.

También puede ser sujeto pasivo el Estado, cuando el inmueble con límites en situación de incertidumbre pertenece a su dominio privado, pues si su régimen no es distinto del aplicable al dominio de los particulares, no habría razones para apartarse de las reglas de la acción de deslinde del Código Civil y Comercial. Si se trata de un inmueble del dominio público del Estado, habrá que acudir al reclamo administrativo que se regirá por la normativa del derecho público. Hasta aquí la solución no varía respecto del art. 2750 CC. Sin embargo, la nueva norma mejora la redacción de su antecedente al aludir como determinante para hacer proceder la acción de deslinde que *"el inmueble"* (en singular) del Estado corresponda a su dominio privado. La mención del art. 2750 CC en cuanto a que la acción de deslinde podía dirigirse contra el Estado respecto de *"los terrenos"* de su dominio privado y no respecto de *"los fundos"* del dominio público (ambas referencias en plural), dejaba sin respuesta clara la cuestión sobre el fuero y legislación aplicables si uno de los fundos pertenecía a un particular y el otro al dominio público del Estado.

Para que pueda tener lugar la acción de deslinde, los inmuebles de las partes no deberán estar separados por *"obras permanentes"* como, por ejemplo, un camino. La referencia no excluye que tampoco procedería la acción si hubiera una separación que fuera natural (un río o arroyo, por ejemplo).

ARTÍCULO 2268.- ***Prueba y sentencia.*** *Cada una de las partes debe aportar títulos y antecedentes a efectos de probar la extensión de los respectivos derechos, en tanto el juez debe ponderar los diversos elementos para dictar sentencia en la que establece una línea separativa. Si no es posible determinarla por los vestigios de límites antiguos, por los títulos ni por la posesión, el juez debe distribuir la zona confusa entre los colindantes según, fundadamente, lo considere adecuado.*

1. Introducción

En la acción reivindicatoria la carga de la prueba recae sobre el demandante quien debe acreditar un mejor derecho de poseer que el demandado si pretende triunfar en la controversia. Por su parte, la acción de deslinde no nace de un conflicto sino que tiene como presupuesto el acuerdo entre los vecinos sobre la incertidumbre de los límites, y es por eso que la norma deja en claro que la carga de la prueba pesa sobre ambas partes pues —tal como lo adelantaba Vélez en la parte final de la nota al art. 2746 CC— la acción de deslinde *"es una de esas acciones en las cuales cada una de las partes es a la vez demandante y demandado, y debe por consiguiente probar su derecho"*.

2. Interpretación

En la acción de deslinde, cada parte aportará *"títulos y antecedentes"*, los cuales deberán ser ponderados por el juez para dictar sentencia en la que establezca la línea separativa. El juez evaluará los títulos (puede designar un perito agrimensor para interpretarlos), la posesión y los vestigios de límites antiguos. Si con tales títulos y antecedentes no es posible definir la cuestión, se pasará a los vestigios y, en defecto de estos, se acudirá a la posesión (*in parí causa melior est condictio possidentis).* La norma se hace eco de las críticas recibidas por su antecedente, el art. 2755 CC, en cuanto mencionaba como pruebas a los *"vestigios antiguos"* y a la *"posesión"*, en ese orden, sin haber incluido a los "*títulos*".

Si subsiste la duda producto de contradicciones entre las pruebas, de igual modo el juez *"debe distribuir la zona confusa entre los colindantes"*. En la misma senda que su antecedente, el art. 2755 CC (según el cual *"no siendo posible designar los límites (…) la parte dudosa de los terrenos será dividida ente los colindantes según el juez lo considere conveniente"),* el legislador decide que la cuestión entre las partes litigantes —ambas recíprocamente actoras y demandadas— debe ser resuelta y que no cabe simplemente rechazar la demanda. Pero, como la sentencia debe ser fundada, resultará legítimo que el juez haga mérito de cualquier otra prueba, además de las mencionadas en la norma, que lo lleve a lograr su convicción, tales como las certificaciones o informes expedidos por los Registros de la Propiedad Inmueble.

La división no tiene que ser necesariamente igualitaria (como decía el art. 2223 del Proyecto de 1998), pues la ley dispone que el juez distribuirá la zona confusa *"según, fundadamente, lo considere adecuado"* (y ya no "*conveniente*", tal el término que utilizaba el art. 2755 CC). Por tratarse de una atribución excepcional, debe ser interpretada y aplicada en forma estricta, es decir, solo para los casos en que la prueba no arroje una firme convicción en cuanto a la exactitud del límite entre ambos terrenos.

Aunque haya desaparecido la remisión del art. 2754 CC a las leyes de procedimiento para el trámite del deslinde judicial, la acción de deslinde también está regulada por el Código Procesal Civil y Comercial (arts. 674 y 675 CPCCN) como un proceso especial, con

reenvío a las reglas del proceso sumario en todo cuanto no está allí previsto. Pero, como la ley 25.488 eliminó este tipo de trámite, serán de aplicación las reglas del juicio ordinario.

CAPÍTULO 3
Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales

ARTÍCULO 2269.- ***Prohibición de acumular.*** *No pueden acumularse las acciones reales con las acciones posesorias.*

1. Introducción

Quien sufre un ataque en su posesión o tenencia de una cosa o de una universalidad de hecho o de una parte material de la cosa (art. 2245 CCyC) sobre la que no es titular de un derecho real, solo puede intentar las acciones posesorias a fin de lograr mantenerlas u obtener la restitución. El titular de un derecho real sobre tales objetos está habilitado para hacer uso de las acciones reales frente a los ataques a su derecho; también puede optar por acudir al auxilio de las acciones posesorias; pero no puede acumularlas.

2. Interpretación

El artículo en análisis expresa el principio de independencia (o de no acumulación) entre las acciones reales y las acciones posesorias, cuyas derivaciones se concretan en las restantes siete normas del capítulo mediante un esquema que puede resumirse del siguiente modo: si el titular del derecho real intenta primero la acción posesoria, solo puede iniciar la acción real por el mismo hecho luego de que aquella haya terminado, porque la sentencia que hace lugar a la demanda posesoria únicamente hace cosa juzgada material en lo que se refiere a la posesión o a la tenencia; pero, si intenta la acción real y es vencido, ya no tiene el derecho de valerse de la acción posesoria.

El fundamento de la independencia entre las acciones reales y las acciones posesorias —la norma abandona la terminología de "*petitorio*" y "*posesorio*" que su antecedente, el art. 2482 CC, utilizaba para estos tipos de procesos— reside en que en cada una se ventilan cuestiones totalmente distintas. En tanto en las acciones posesorias, se discutirá sobre la posesión o la tenencia en sí mismas para mantener o recuperar la relación de poder atacada; en las acciones reales, por el contrario, se debatirá el derecho real invocado sobre la cosa.

Quizás a los fines de extremar la separación entre las acciones reales y las acciones posesorias, desaparece la expresa facultad que confería el art. 2483 CC al juez del petitorio (hoy acción real) para tomar, en el curso de la instancia, medidas provisorias relativas a la guarda y conservación de la cosa litigiosa, en el caso que el demandado haya decidido tramitar una acción posesoria pendiente aquel y por hechos anteriores, sin acumular ambos trámites. De todos modos, estas medidas —que ciertamente no implicaban la acumulación de las acciones reales y posesorias— están admitidas y reglamentadas en los códigos procesales de cada jurisdicción. Pero deberán adoptarse con suma prudencia, solo de mediar serio peligro de deterioro voluntario o destrucción de la cosa (para asegurar el resultado de la acción real), a fin de evitar que, por su intermedio, pierda la posesión o tenencia de la cosa quien depende aún de la sentencia a dictarse en la acción posesoria.

ARTÍCULO 2270.- ***Independencia de las acciones.*** *En las acciones posesorias es inútil la prueba del derecho real, mas el juez puede examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión.*

1. Introducción

La norma coincide con el art. 2472 CC, en cuanto ambas habilitan a prescindir del título, en el caso de defensa de la posesión, y concluyen que la controversia no se decide en base a la prueba del derecho de poseer.

En las acciones reales se discutirá sobre la existencia o la extensión del derecho real, mientras que, en las acciones posesorias, sobre la posesión o la tenencia actuales (que corresponde a uno de los litigantes) para mantenerlas o recuperarlas; por lo tanto, la prueba debe versar sobre el hecho material o relación de poder, sea posesión o tenencia, sin que deba tenerse en cuenta el derecho real sobre la cosa. En las acciones posesorias (y en los interdictos) no se admite la discusión de quien tiene el derecho, cuestión que se ve diferida para su tratamiento en la acción real, de trámite ordinario, donde la prueba del derecho real invocado será de insoslayable acreditación.

2. Interpretación

Debido a que la acción real y la acción posesoria tienen objetos muy distintos y que queda expedita a favor del actor vencido en la acción posesoria —si es titular de un derecho real—, la posibilidad de iniciar la acción real (art. 2273 CCyC); la prueba producida en aquella no incidirá en la prueba de la acción real.

La solución del artículo en análisis no puede implicar que actor o demandado estén impedidos de agregar sus títulos a otros efectos, como, por ejemplo, para hacer presumir el alcance territorial de su posesión o la fecha de inicio de esta. En tal sentido, la norma en comentario deja atrás la falta de previsión expresa del art. 2472 CC y faculta al juez a examinar los títulos presentados para *"apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión"* (no se habla de la tenencia pues solo el poseedor vencido en la acción posesoria puede luego, iniciar la acción real, que requiere la titularidad de un derecho real que no logra un tenedor).

A los fines de acentuar la distinción e independencia entre las acciones reales y las acciones posesorias, se eliminan dos supuestos de excepción al principio, según el cual resulta inútil la prueba del derecho de poseer en las acciones posesorias.

El primero operaba cuando en el proceso posesorio, actor y demandado, habían invocado y probado actos de posesión sobre la cosa, y no se había podido determinar a cuál de ellos correspondía la posesión en crisis. En este caso, según el art. 2471 CC, vencía en el juicio posesorio aquel que acreditaba tener la última posesión o, en su defecto, la posesión más antigua. Si estas circunstancias no eran fehacientemente acreditadas, se juzgaba que detentaba la posesión aquel que tenía sobre la cosa un derecho real o un mejor derecho real. La solución era criticada por la doctrina, pues si se resolvía una acción posesoria a favor del que había demostrado un mejor derecho de poseer, no estaba claro si podía instarse luego la acción real o si la sentencia de la acción posesoria era definitiva. De acuerdo al Código Civil y Comercial, en materia de acciones posesorias, si es dudoso quién ejerce la relación de poder al tiempo de la lesión, se considera que la tiene quien acredita estar en contacto con la cosa en la fecha más próxima a la lesión y si esta prueba no se produce,

se juzga que es poseedor o tenedor el que prueba una relación de poder más antigua (art. 2243 CCyC); pero el pleito no se resuelve con base en la titularidad del derecho. Eliminada la excepción, el juez solo podrá hacer mérito de los títulos presentados para *"apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión"*. En todo caso si, no obstante la prueba producida, no se consigue determinar quién tiene la posesión útil para resolver el pleito, el juez deberá ordenar que las partes zanjen la cuestión por medio de la acción real.

Atento que el Código Civil y Comercial elimina la categoría de las acciones posesorias en sentido estricto, que en el Código Civil quedaban exclusivamente reservadas a los poseedores calificados, entre otros atributos, por la anualidad, también se elimina la excepción a la inutilidad de la prueba del derecho de poseer en la acción posesoria, por la cual la posesión no tenía necesidad de ser anual cuando era turbada por el que no era un poseedor anual y que no tenía sobre la cosa *"ningún derecho de posesión"* (art. 2477 CC). Es decir, la falta de prueba del demandado de su derecho de poseer, eximía al actor acreditar el requisito de anualidad en la acción posesoria en sentido estricto.

ARTÍCULO 2271.- ***Suspensión de la acción real.*** *Iniciado el juicio posesorio, no puede admitirse o continuarse la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado.*

1. Introducción

Como consecuencia del principio de no acumulación de la acción posesoria y la acción real, y teniendo en cuenta el carácter definitivo de la segunda, habiéndose dado trámite al juicio posesorio, no podrá intentarse o continuarse la acción real antes de la finalización de aquel. Si así no fuera, no tendría sentido hablar de independencia o no acumulación entre ambas acciones y se vería perjudicada la protección que el ordenamiento confiere a las relaciones de poder, pues nadie iniciaría una acción posesoria que podría perder sentido ante la promoción de la acción real.

2. Interpretación

Atento que el titular del derecho real cuenta con una opción para interponer la acción real o la acción posesoria (art. 2273 CCyC) pero no puede iniciarlas en forma simultánea, la referencia de la norma en comentario a que no puede "*continuarse*" la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado, se vincula con la directiva del art. 2274 CCyC por la cual el actor en la acción real no puede iniciar acciones posesorias por otras lesiones anteriores a la promoción de la demanda, *"pero sí puede hacerlo el demandado"*. En tal caso, la acción posesoria por un hecho distinto anterior a la acción real ya iniciada, suspende el curso de esta última.

ARTÍCULO 2272.- ***Cumplimiento previo de condenas.*** *Quien sea vencido en el juicio posesorio, no puede comenzar la acción real sin haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra.*

1. Introducción

A diferencia del Código Civil que obligaba solo al *"demandado vencido en el posesorio"* (art. 2486 CC) a satisfacer las condenaciones pronunciadas contra él antes de comenzar la acción real, el Código Civil y Comercial pone esta obligación en cabeza del *"vencido en el juicio posesorio"*, es decir, sea actor o demandado. La preocupación de Vélez era

que el demandado vencido —no el actor que había sufrido la turbación o desposesión y acudió a las vías legales— restituya la posesión al actor o cese en su turbación y satisfaga también las condenaciones accesorias, como requisitos para que se habilite a su respecto la posterior vía real.

2. Interpretación

Con el nuevo texto y a modo de ejemplo, quien ha sufrido las consecuencias del ataque, ha iniciado la acción posesoria y ha resultado vencido por cualquier causa, no podrá ejercer su derecho de continuar el reclamo por la vía real si no abona previamente las costas de la acción posesoria (única condenación que podría sufrir). Vale decir que su insolvencia, agravada por la imposibilidad material de goce del inmueble cuya posesión discutió sin éxito, puede convertirse en un freno a la acción real.

ARTÍCULO 2273.- ***Acciones por un mismo hecho.*** *El titular de un derecho real puede interponer la acción real que le compete o servirse de la acción posesoria; si intenta la primera, pierde el derecho a promover la segunda; pero si interpone la acción posesoria puede iniciar después la real.*

1. Introducción

Frente al ataque, el titular del derecho real tiene la opción de elegir entre iniciar la acción real o posesoria útil para cada tipo de lesión. Si intenta la acción real, perderá el derecho de iniciar la acción posesoria por el mismo hecho; pero, si recurre a la acción posesoria, podrá valerse luego de la acción real, siempre y cuando la instancia haya terminado (art. 2271 CCyC) y el perdidoso haya satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas en su contra (art. 2272 CCyC).

2. Interpretación

Cabe definir la razón de la pérdida de la acción posesoria cuando se inicia la acción real. A veces la promoción de la acción real importa el reconocimiento del actor de que el demandado detenta la posesión o la tenencia, pero esta explicación solo sirve para la acción reivindicatoria y no puede extenderse a la acción negatoria, cuyo presupuesto no es el desapoderamiento sino la turbación. La acción real se desenvuelve a través del proceso de conocimiento que permite el mayor despliegue probatorio. No habría ninguna razón entonces, para debatir la cuestión posesoria mediante un proceso de conocimiento abreviado (art. 2246 CCyC) una vez logrado el cese de la turbación o la restitución de la cosa en el marco de la acción real. Del mismo modo, si la acción real es rechazada porque el actor no ha acreditado su derecho de poseer o mejor derecho de poseer que el demandado, perdería relevancia debatir la cuestión posesoria incluso en un marco de menor amplitud probatoria. En ambos casos, la sentencia adquiere un efecto definitivo.

Si bien la sentencia de la acción posesoria no hace cosa juzgada en la acción real, es indudable que las conclusiones del primero —en cuanto a los hechos y situaciones jurídicas que han sido tratadas— deben considerarse válidas y firmes en la acción real, máxime si todo el expediente posesorio se incorpora como prueba en esta última.

ARTÍCULO 2274.- ***Acciones por distintos hechos.*** *El demandante en la acción real no puede iniciar acciones posesorias por lesiones anteriores a la promoción de la demanda, pero sí puede hacerlo el demandado.*

1. Introducción

A diferencia del artículo anterior que otorga una opción al actor, que es titular de un derecho real, para que escoja entre la acción real y la acción posesoria frente a un mismo ataque, el art. 2274 CCyC explicita la solución aplicable cuando han existido distintas lesiones.

2. Interpretación

En el caso de la norma en análisis, quien decide iniciar la acción real ya no puede reclamar por hechos distintos anteriores la promoción de la demanda a través de una acción posesoria, que se caracteriza por un efecto provisorio; pero sí puede hacerlo el demandado por otras perturbaciones anteriores a la demanda, pues no puede verse perjudicado por la decisión del actor. En estos casos, la prohibición de acumular las acciones reales con las posesorias hace que se suspenda la acción real hasta que finalice la acción posesoria iniciada por el demandado (art. 2271 CCyC).

ARTÍCULO 2275.- ***Turbaciones o desapoderamientos recíprocos.*** *Si los hechos constituyen turbaciones o desapoderamientos recíprocos, quien es condenado en la acción posesoria y cumple con la sentencia de restitución, puede a su vez entablar o continuar la acción posesoria o real respecto del hecho anterior.*

1. Introducción

La norma es novedosa en nuestro derecho y consagra como solución, para el caso de lesiones posesorias recíprocas que, una vez cumplida la sentencia en el juicio posesorio que obliga a la restitución de la cosa, el vencido puede iniciar la acción real (o continuarla, si se había suspendido por el inicio de la acción posesoria) o puede promover un nuevo juicio posesorio, siempre por un hecho anterior al que motivó la primera acción.

2. Interpretación

El artículo encuentra su ámbito de aplicación, por ejemplo, en el caso en el que, contra una turbación, el atacado se defiende a través del despojo del inmueble del turbador. Él inicia la acción posesoria de despojo, y triunfa. Una vez que el vencido restituye, puede demandar al turbador por medio de una acción posesoria o real, o seguir la acción ya iniciada, en ambos casos por la turbación (que constituye el *"hecho anterior"* que exige la norma).

ARTÍCULO 2276.- ***Hechos posteriores.*** *La promoción de la acción real no obsta a que las partes deduzcan acciones de defensa de la posesión y la tenencia por hechos posteriores.*

1. Introducción

La promoción de la acción real no obsta a que las partes deduzcan acciones de defensa de la posesión y la tenencia por hechos o ataques posteriores. La solución (abrevada del art. 2227 del Proyecto de 1998), era admitida en forma pacífica por la doctrina por constituir una consecuencia de lo dispuesto en el art. 2485 CC y ahora ha recibido consagración legal.

2. Interpretación

La limitación al actor en la acción real para iniciar acciones posesorias rige solo para las lesiones posesorias *"anteriores a la promoción de la demanda"* (art. 2274 CCyC), pero no con relación a las posteriores. La solución es lógica porque en la acción real no pudieron haberse considerado tales lesiones posteriores a su promoción, respecto de las cuales el actor titular de un derecho real volverá a contar con la opción entre la acción real y la acción posesoria (art. 2273 CCyC). Claro está que, si la acción real promovida fue la reivindicatoria, que persigue *"la restitución del objeto"* (art. 2261 CCyC) la acción posesoria por una lesión posterior no será la de mantener (art. 2242 CCyC), pues ya no podrá sufrir turbaciones una relación de poder que se perdió.

También en relación a estos *"hechos posteriores"* sobre los que refiere la norma, iniciado el juicio posesorio, no puede admitirse o continuarse la acción real antes de que la instancia posesoria haya terminado (art. 2271 CCyC).

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Accesión de cosas inmuebles p. 83, 86

Accesión de cosas muebles p. 17, 82, 83

Acción de despojo p. 361, 365, 366, 368, 369

Acción directa p. 84, 375

Acciones posesorias p. 22, 41, 44, 52, 61, 69, 285, 290, 333, 340, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 382, 383, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410

Acciones reales p. 12, 86, 251, 252, 255, 269, 278, 286, 291, 292, 330, 340, 360, 364, 366, 367, 368, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 383, 392, 393, 395, 396, 397, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410

Acción confesoria p. 12, 269, 278, 288, 291, 373, 374, 375, 377, 378, 397, 398, 399

Acción de deslinde p. 372, 400, 401, 402, 403, 404

Acción negatoria p. 285, 373, 374, 375, 378, 395, 396, 397, 408

Acción reivindicatoria p. 12, 37, 48, 50, 89, 340, 343, 344, 363, 364, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 396, 401, 402, 404, 408

Acción preventiva p. 97, 103, 104

subrogatoria p. 318, 319, 375

Actos de administración p. 90, 291

Actos de conservación p. 22, 63, 64, 69, 183, 206, 209, 249, 308, 333, 334, 335, 347, 405

Actos posesorios p. 11, 12, 15, 29, 33, 35, 44, 59, 60, 273, 399

Administrador del consorcio p. 158, 159, 178, 182, 184, 188

Administradores p. 179, 182, 184, 185, 204, 208, 213, 219

Remoción del administrador p. 182, 184

Aluvión p. 17, 68, 83, 84, 85, 86

Anticresis p. 6, 8, 9, 10, 20, 217, 233, 238, 246, 247, 296, 298, 299, 302, 303, 304, 312, 314, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 338, 345, 354

Apoderamiento p. 14, 51, 53, 54, 59, 209

Apoderado p. 56, 184

Apropiación p. 76, 77, 78, 79, 81, 316, 372

Árboles y arbustos p. 109, 110, 140

Autonomía de la voluntad p. 4, 200, 237

Ausencia con presunción de fallecimiento *véase* **Presunción de fallecimiento**

Avalúo p. 122

Avulsión p. 17, 68, 84, 85, 86, 372

B

Bien de familia *véase* **Afectación de la vivienda**

Buena fe p. 12, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 30, 41, 44, 48, 49, 50, 64, 65, 66, 67, 68, 82, 83, 86, 87, 92, 97, 103, 176, 251, 292, 313, 314, 323, 324, 327, 328, 341, 343, 344, 350, 375, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394

Mala fe p. 21, 22, 23, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 64, 65, 66, 67, 68, 82, 83, 84, 86, 87, 90, 91, 120, 252, 255, 365, 366, 372, 375, 381, 385, 386, 388, 389, 390, 392, 393, 394

C

Camino de sirga p. 104, 105

Canon p. 115, 218, 333, 391

Capacidad p. 13, 21, 47, 49, 50, 52, 53, 89, 104, 122, 151, 324

Capacidad restringida p. 89, 122

Cese de la incapacidad p. 89

Cementerios privados p. 11, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 240

Cerramiento perimetral *véase* Límites perimetrales

Cláusulas de inenajenabilidad p. 94, 95

Comodato p. 40, 42, 46, 90, 145, 153, 188, 391

Compraventa sujeta a condición *véase* Venta condicional

Compraventa p. 25, 32, 45, 47, 48, 164, 260, 281, 357, 364, 376

Boleto de compraventa p. 25, 32, 45, 47, 164, 357

Concesión p. 256

Concurrencia de varios acreedores p. 383, 388

Condominio p. 3, 6, 7, 8, 9, 17, 38, 44, 67, 73, 83, 107, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 140, 141, 142, 143, 150, 152, 170, 173, 201, 212, 217, 226, 231, 232, 260, 281, 291, 324, 325, 331, 339, 344, 372, 379, 400, 401, 402, 403

Condominio con indivisión forzosa temporaria p. 124

Condominio sin indivisión forzosa p. 122

Partición del condominio p. 123, 124

Confusión p. 83, 191, 294, 374, 400, 401, 402

Conjuntos inmobiliarios p. 6, 7, 8, 123, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 226, 240, 280, 281, 291, 324, 400

Consejo de administración p. 155, 160, 169, 182

Consentimiento p. 79, 113, 115, 140, 152, 165, 166, 167, 173, 174, 202, 233, 325, 342, 344, 346

Contrato de cesión *véase* Cesión de deudas

Contrato de fideicomiso *véase* Fideicomiso

Contrato de leasing *véase* Leasing

Contrato de locación *véase* Alquileres anticipados

Contrato de mandato *véase* Mandato

Cosa ajena p. 8, 9, 38, 47, 78, 80, 82, 164, 198, 227, 233, 235, 237, 253, 256, 257, 264, 269, 270, 279, 293, 294, 334, 335, 343, 344, 395

Cosa cierta p. 55, 383, 388

Cosas abandonadas p. 76, 77

Cosas accesorias p. 75, 84, 308

Cosas fungibles p. 239, 338

Costumbre *véase* Usos y costumbres

D

Deber de diligencia p. 25, 49, 50, 69, 137, 208, 376

Derecho de propiedad p. 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 39, 41, 70, 73, 75, 76, 88, 89, 93, 94, 95, 104, 109, 142, 143, 170, 171, 231, 240, 248, 259, 266, 276, 294, 303, 312, 323, 324, 325, 383

Derecho de acrecer p. 241, 245, 278, 279, 282, 283

Derecho de superficie p. 3, 75, 142, 143, 168, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 303, 331

Extinción del derecho de superficie p. 142, 235, 236

Propiedad superficiaria p. 3, 8, 75, 229, 231, 233, 234, 236, 237, 323, 331

Derechos reales p. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 37, 38, 40, 55, 59, 61, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 80, 88, 90, 91, 94, 95, 97, 111, 112, 116, 141, 142, 152, 173, 192, 195, 196, 198, 200, 201, 214, 216, 220, 221, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 238, 246, 247, 252, 253, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 275, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 289, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 301, 302, 303, 304, 306, 308, 309, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 327, 331, 335, 336, 337, 338, 342, 343, 372, 373, 374, 375, 377, 379, 380, 383, 384, 386, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 396, 397, 399, 400, 402, 403

Derecho real de habitación p. 3, 6, 17, 153, 238, 243, 246, 247, 248, 256, 258, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 275, 281, 323, 337, 354, 403

Derecho real de uso p. 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263

Derechos reales de garantía p. 8, 9, 11, 20, 90, 216, 233, 247, 282, 284, 289, 296, 297, 298, 299, 301, 302,

303, 304, 306, 309, 312, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 323, 327, 331, 337, 338

Derechos reales sobre cosa ajena p. 8, 38, 237, 253, 270, 279, 294

Derechos reales sobre cosa propia p. 8, 9, 38, 71, 331

Destino de la cosa p. 112, 113, 206, 207, 238, 267, 334

Destino de los bienes p. 248

Determinación del objeto p. 303, 327

Dolo p. 56, 249

Dominio p. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 48, 54, 62, 63, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 102, 104, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 123, 141, 142, 143, 148, 156, 157, 159, 160, 162, 164, 165, 179, 181, 189, 190, 194, 196, 197, 199, 202, 203, 216, 217, 225, 226, 228, 229, 231, 233, 236, 237, 238, 240, 249, 252, 255, 257, 260, 264, 270, 271, 273, 274, 275, 277, 281, 283, 284, 289, 291, 295, 296, 308, 309, 324, 330, 331, 357, 372, 373, 374, 375, 377, 381, 393, 397, 398, 399, 400, 402, 403

Adquisición del dominio por transformación p. 82

Dominio fiduciario p. 76, 88, 240

Dominio imperfecto p. 72, 73, 75, 76, 87, 88, 89, 91, 236, 330

Dominio perfecto p. 70, 71, 72, 88, 91, 148, 217, 240, 255, 324

Dominio revocable p. 69, 71, 72, 73, 87, 88, 89, 90, 91, 237, 324

Límites al dominio p. 92, 94, 99, 156, 159, 374, 375, 377, 398, 400

Revocación del dominio p. 90

Transmisión del dominio p. 283, 393

Donación p. 49, 143, 153, 162, 260, 261, 291

Reversión p. 82, 83

E

Entrega de la cosa p. 13, 14, 338, 340, 349, 364

Escritura pública p. 11, 13, 142, 143, 149, 202, 210, 217, 230, 232, 235, 242, 243, 244, 294, 298, 322, 326, 327, 337, 339, 341, 355, 357, 364, 376, 385, 401

Espacios comunes *véase* **Partes comunes**

Expensas comunes p. 153, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 170, 171, 196, 197, 222, 250, 251, 254

F

Fideicomiso p. 89, 189, 190, 296

Frutos p. 8, 41, 50, 59, 60, 63, 64, 65, 68, 69, 71, 90, 121, 141, 153, 229, 244, 245, 246, 251, 252, 256, 258, 262, 308, 312, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 345, 346, 372, 394

Frutos percibidos p. 41, 50, 63, 64, 65, 244, 245, 246, 252, 333, 346

Frutos pendientes p. 63, 64, 245, 246

G

Garantía común de los acreedores *véase* **Función de garantía**

Gastos de conservación p. 67, 81, 118, 127, 157, 162, 249, 333, 335

Gastos originados por la conservación p. 347

H

Hipoteca p. 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 76, 116, 203, 217, 233, 273, 296, 298, 299, 302, 303, 307, 311, 312, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 338, 354, 373, 375, 376, 396, 397, 398, 400

Ejecución de la hipoteca p. 329

I

Indivisión p. 17, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 151, 191, 192, 201

Indivisión forzosa p. 17, 122, 123, 124, 126, 128, 151, 191, 192, 201

Parte indivisa p. 2, 3, 9, 67, 110, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 127, 143, 144, 153, 154, 155, 162, 230, 238, 239, 240, 271, 272, 325, 326, 336, 339, 344, 378, 379

Inmueble rural p. 139

Inmuebles por accesión p. 229, 302, 338, 395

Inmuebles por su naturaleza p. 98, 302

Inscripción registral p. 11, 12, 14, 15, 26, 30, 34, 35, 36, 91, 92, 151, 168, 190, 193, 196, 204, 226, 242, 314, 322, 323, 327, 328, 334, 336, 381, 385, 387, 389, 390, 399

Instrumentos públicos p. 131, 132, 220, 244, 336, 340, 341, 354, 397, 400

Inventario p. 241, 243, 244, 250, 252

J

Justo título p. 13, 20, 21, 22, 25, 26, 32, 45, 232, 386, 387, 393, 394

L

Leasing p. 391

Límites perimetrales p. 195

Locación p. 40, 42, 46, 48, 90, 120, 145, 153, 171, 188, 291, 313, 391

Desalojo p. 187, 188

M

Medianería p. 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140

Invasión de inmueble colindante p. 86

Mejoras p. 33, 63, 64, 67, 68, 69, 107, 116, 117, 118, 127, 137, 165, 166, 167, 168, 175, 186, 209, 247, 249, 250, 287, 290, 307, 308, 333, 347, 348, 372, 394

Mejoras artificiales p. 308

Mejoras de mero mantenimiento p. 63, 64, 67, 249, 347

Mejoras facultativas p. 247

Mejoras necesarias p. 63, 64, 67, 68, 117, 118, 127, 137, 209, 249, 287, 290

Mejoras suntuarias p. 63, 64, 67, 68, 137, 308, 348

Mejoras útiles p. 63, 64, 67, 68, 117, 137, 347

Muros, cercos y fosos p. 7, 17, 98, 108, 109, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 195, 402

N

Nulidad p. 4, 5, 16, 21, 22, 23, 31, 36, 49, 174, 176, 213, 297, 344, 351, 386, 392, 393, 394, 396

Efectos de la nulidad p. 393

O

Opción de compra p. 391

Orden público p. 2, 4, 13, 71, 95, 99, 109, 111, 112, 123, 124, 147, 149, 173, 244, 255, 257, 270, 281, 297, 304, 316, 342, 345

P

Pacto comisorio *véase* **Cláusula resolutoria**

Partes comunes p. 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 183, 186, 191, 193, 197, 198, 240

Poder p. 1, 5, 8, 14, 15, 20, 21, 22, 23, 26, 34, 35, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 91, 94, 102, 107, 146, 171, 176, 184, 189, 190, 195, 215, 221, 229, 238, 257, 262, 270, 273, 274, 288, 297, 298, 304, 306, 317, 323, 336, 337, 339, 340, 342, 346, 347, 349, 352, 353, 355, 356, 357, 359, 360, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 378, 379, 382, 383, 384, 387, 388, 389, 391, 392, 394, 395, 398, 405, 406, 407, 410

Poder especial p. 184

Poder general p. 184

Posesión p. 2, 5, 6, 8, 11, 12, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 77, 78, 79, 80, 81, 89, 91, 93, 112, 113, 152, 164, 226, 229, 230, 232, 238, 241, 252, 273, 278, 279, 285, 288, 290, 291, 312, 314, 321, 323, 330, 331, 332, 333, 335, 337, 339, 340, 343, 346, 351, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409

Posesión viciosa p. 51, 52

Unión de posesiones p. 24

Precio p. 63, 102, 115, 133, 170, 171, 223, 252, 253, 281, 291, 292, 301, 310, 311, 320, 344, 348, 349, 350, 389, 390, 391

Prenda p. 6, 8, 9, 14, 20, 78, 114, 296, 298, 299, 302, 303, 307, 308, 309, 311, 312, 314, 320,

321, 330, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 372

Extinción de la prenda p. 340, 349, 357, 359

Prenda con registro p. 14, 311, 314, 321, 336, 337, 339

Prenda de cosas p. 338, 343, 351, 352

Prenda de créditos p. 338, 352, 353, 354

Prenda de títulos valores p. 351, 352

Prendas sucesivas p. 342

Prescripción adquisitiva p. 12, 17, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 29, 30, 32, 37, 44, 68, 72, 73, 86, 129, 232, 242, 259, 267, 279, 372, 381, 386, 387, 388, 389, 393, 394

Interversión p. 29, 45, 46

Prescripción adquisitiva breve p. 17, 20, 25, 26, 387

Prescripción adquisitiva larga p. 22, 44, 386

Propiedad horizontal p. 3, 6, 7, 8, 39, 44, 67, 73, 74, 75, 127, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 212, 222, 226, 230, 231, 232, 233, 240, 250, 259, 260, 266, 281, 291, 324, 331, 371, 400, 403

Consejo de propietarios p. 149, 150, 158, 159, 161, 165, 168, 169, 171, 172, 174, 176, 177, 179, 180, 181, 183

Partes comunes p. 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 183, 186, 191, 193, 197, 198, 240

Personalidad del consorcio p. 149, 150, 151, 152

Prehorizontalidad p. 189, 190

Reglamento de propiedad horizontal p. 141, 142, 143, 145, 146, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 160, 167, 168, 170, 171, 172, 174, 175, 176, 177, 182, 183, 185, 187, 193, 194, 195, 196, 198, 199

Subconsorcios p. 185, 186

Unidad funcional p. 44, 75, 142, 143, 144, 145, 1 46, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 162, 163, 171, 174, 175, 182, 189, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 240

R

Reivindicación de inmuebles p. 382, 383, 393

Reparación de daños p. 99, 377

Deber de reparar p. 334

Reparaciones urgentes p. 155, 168, 169

Responsabilidad civil p. 101, 102, 103, 104, 158, 183, 251, 377

Caso fortuito p. 105, 106, 249, 294

Culpa p. 51, 64, 65, 67, 68, 100, 101, 106, 138, 249, 255, 290, 380

Fuerza mayor p. 106, 294

Limitación de la responsabilidad p. 66, 67

Responsabilidad solidaria p. 207

Ruina *véase* Obra en ruina

S

Sanciones conminatorias p. 367

Señal p. 50

Servidumbre p. 6, 8, 11, 12, 15, 62, 106, 109, 117, 195, 196, 198, 238, 246, 247, 248, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 303, 354, 373, 374, 375, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 402

Extinción de la servidumbre p. 293, 294

Servidor de la posesión p. 42, 43

Servidumbre forzosa p. 276, 277, 278, 285, 286

Servidumbre personal p. 271, 274, 275, 278, 279, 282, 283

Servidumbre real p. 271, 274, 275, 276, 282, 283, 399

Servidumbres accesorias p. 284, 285

Titular sirviente p. 290, 291, 292, 293

Subasta p. 13, 81, 116, 162, 247, 289, 310, 313, 315, 316, 319, 321, 329, 349, 350, 351

Subrogación real p. 310, 311, 348, 357

T

Teoría de la imprevisión *véase* **Impedimentos dirimentes**

Tiempo compartido p. 6, 7, 8, 11, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 226, 240

Extinción del tiempo compartido p. 210

Titular dominante p. 273, 274, 276, 283, 287, 288, 290, 291, 295

Tradición p. 12, 14, 16, 21, 49, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 89, 91, 241, 242, 250, 273, 279, 282, 314, 332, 336, 339, 343, 364, 376, 383, 384, 385, 388

Transmisión del dominio p. 283, 393

U

Usos y costumbres p. 147, 155, 173, 191, 192, 195, 208, 290, 310, 354, 390

Uso y goce de la cosa p. 3, 6, 7, 43, 70, 71, 74, 76, 94, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 141, 159, 160, 162, 166, 171, 197, 198, 217, 225, 227, 233, 236, 237, 238, 240, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 252, 253, 254, 256, 262, 266, 337, 346, 391

Usufructo p. 3, 6, 7, 11, 40, 44, 64, 73, 76, 111, 153, 165, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 275, 278, 279, 281, 282, 289, 290, 303, 323, 331, 334, 337, 346, 354, 395

Derechos del usufructuario p. 244, 245, 246, 291

Extinción del usufructo p. 246, 249, 252, 253, 255

Nudo propietario p. 44, 64, 232, 236, 238, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 262, 264, 269, 280, 290, 291, 292, 395

Obligaciones del usufructuario p. 248

V

Vicios ocultos

Evicción p. 69, 290, 344, 370, 382, 389, 398

Vicios redhibitorios p. 58

Vivienda familiar p. 94, 146, 156, 186, 190, 191, 238, 263, 265, 268, 338