ISSN 2250-8015

Derecho Privado

AÑO II NÚMERO 5

Reforma del Código Civil IV

Derechos Reales

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 5

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL
Dr. Franco Picardi

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

Infojus

ISSN 2250-8015
Revista Derecho Privado
Año II - N° 5 - Junio 2013
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. 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.

Infojus

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería
Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Infojus

Consejo Académico

Eduardo Barbier

Alberto Bueres

Carlos Clerc

Javier Cosentino

Pablo Heredia

Carlos Hernández

Marisa Herrera

Claudio Iglesias Darriba

Héctor Iribarne

Aída Kemelmajer de Carlucci

Jorge Kielmanovich

Ángela Ester Ledesma

Luis F. P. Leiva Fernández

Gonzalo Nazar de la Vega

María Paula Pontoriero

Julio César Rivera

Claudia Sbdar

Rubén Stiglitz

Eduardo Zannoni

Infojus

Editorial

Como venimos haciendo desde el segundo número de la Revista de Derecho Privado, en esta ocasión continuamos con la evaluación del Proyecto de Código Civil y Comercial que ha venido siendo objeto de debate tanto dentro de la comunidad jurídica argentina así como en distintos estamentos de nuestra sociedad en general. Esperamos que pronto el fruto de esa importante labor se traslade a los recintos del Congreso Nacional y que se pueda concretar la tan necesaria renovación del derecho privado argentino.

En esta oportunidad, centramos el análisis en diversos aspectos vinculados con los derechos reales, abordados por colegas con experiencia académica y profesional en el área, a los que sumamos una evaluación sobre el diseño normativo previsto en el proyecto en materia de personas jurídicas.

Los números anteriores nos han dado la satisfacción de una buena acogida por parte de los profesionales del derecho y de los docentes universitarios, quienes emplean sus contenidos para la enseñanza. La Revista cumple así con su finalidad específica, que es la de ser un medio de divulgación del derecho privado argentino, de fácil acceso para todos, gracias a su gratuidad y la posibilidad de descargar sus contenidos íntegros del sitio de Infojus, perteneciente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Con similares objetivos, estamos ya trabajando en el próximo número que estará dedicado a las reformas en materia de derecho de familia y de las sucesiones, con el que cerraremos este ciclo inicial de presentación de trabajos vinculados con la propuesta normativa formulada. Anhelamos que, de ahí en adelante, los autores que convoquemos para participar de este esfuerzo escriban artículos sobre diversos contenidos vinculados con un nuevo Código, esperamos vigente para ese entonces.

Los directores

Índice General

Doctrina p. 1

El proyecto de Código Civil y Comercial y las personas jurídicas
por Ricardo Augusto Nissen ..... p. 3

Comentarios sobre el derecho real de superficie
por Liliana Abreut de Begher ..... p. 17

Lineamientos de la Hipoteca en el Proyecto de Reformas 2012
por Federico Causse ..... p. 31

La medianería urbana en el Proyecto de Código Civil y Comercial
por Claudio Kiper ..... p. 61

Nuevos derechos reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial.
Conjuntos inmobiliarios y cementerios privados
por Eduardo Molina Quiroga ..... p. 81

Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía
por Gabriela Alejandra Iturbide ..... p. 123

Fuentes citadas p. 179

Índice temático p. 187

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

Doctrina

Infojus

El proyecto de Código Civil y Comercial y las personas jurídicas

por **RICARDO AUGUSTO NISSEN**[1]

I

Como es sabido, el Proyecto de Código Civil y Comercial ha modificado sustancialmente el régimen de las personas jurídicas previsto actualmente en los arts. 30 a 50 del Código Civil, y solo parcialmente a la ley 19.550 de sociedades comerciales.

La reforma integral del régimen de las personas jurídicas previsto en el hoy vigente Código Civil era una reforma indispensable que se hizo esperar mas de lo deseado, pues a pesar de que la casi totalidad de las personas de existencia ideal tienen su régimen específico con excepción —curiosamente— de las asociaciones civiles, lo cierto es que las normas del ordenamiento común sobre esta materia resultan hoy incompletas e insuficientes. No sucede lo mismo, en cambio, con el régimen de las sociedades comerciales, cuyo ordenamiento legal —la ley 19.550— data del año 1972, y que fuera objeto de una reforma integral en el año 1983, con la sanción de la ley 22.903.

Bueno es aclarar al lector que las reformas a la ley 19.550 incorporadas al Proyecto de Código Civil y Comercial son pocas, toda vez que

(1) Profesor Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo.

—en principio— la justificación legal de esa reforma se encuentra en la derogación del régimen legal de las de las sociedades civiles, de exhaustiva regulación en los vigentes arts. 1648 a 1788 del Código Civil y, por ello, la necesidad de trasladar a un solo ordenamiento societario la normativa que pudiese regir a las muchas sociedades civiles constituidas hasta la sanción legislativa del nuevo ordenamiento proyectado.

Como también es conocido, los integrantes de la denominada "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", creada el 23 de Febrero de 2011 mediante el decreto 191/2011, e integrada por los juristas Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci y Ricardo Lorenzetti, designaron, durante el año 2011, un importante número de subcomisiones integradas por profesores, abogados y académicos para ocuparse, cada una de ellas, de un tema de la especialidad de sus integrantes. En la materia que nos ocupa fue designada una subcomisión dedicada a proyectar normas en materia de personas jurídicas y otra subcomisión que se ocupó de la adaptación de las normas de la ley 19.550 al nuevo ordenamiento civil y comercial.

La labor de la Subcomisión de Personas Jurídicas, que tuve el honor de integrar junto con los Dres. Edgardo I. Saux, Enrique C. Muller y Hugo Enrique Rossi, era conciente de la importancia de la labor encomendada, pues si bien la ley 17.711 había aportado algunas soluciones que habían mejorado el original texto de nuestro vigente Código Civil, nadie podía ignorar la necesidad de un completa reformulación de la normativa dedicada a las personas jurídicas adaptada, por supuesto, a los tiempos que vivimos.

Por otro lado, la necesidad de contar con un régimen general aplicable a todas las personas jurídicas cuando la normativa específica de cada una de las personas jurídicas hoy legisladas en cuerpos legales independientes (fundaciones, sociedades comerciales, cooperativas, mutuales etc.), presentara concretas lagunas, implicaba un enorme desafío intelectual, teniendo en especial consideración la perdurabilidad que —como principio— deben gozar las normas del ordenamiento común.

Las Subcomisiones presentaron sus trabajos a la Comisión durante los últimos meses del año 2011, la cual elaboró el "Anteproyecto de Código Civil

y Comercial de la Nación" que, con un total de 2671 artículos, fue presentado en sociedad en 27 de Marzo de 2012. En el acto realizado en la Casa de Gobierno, la Sra. Presidente de la Nación anunció que el referido anteproyecto sería elevado al Congreso de la Nación al cabo de una revisión previa del Poder Ejecutivo. Se aclara al lector que, dentro de lo que la Comisión había denominado "Ley de Derogaciones" que se agregaba como anexo, se disponía una significativa reforma de la ley 19.550 de sociedades comerciales. Al respecto, la Comisión informó, en los fundamentos que acompañaron al Proyecto, que era una decisión legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema. No obstante ello, resultaba necesario hacer modificaciones a la ley 19.550 conforme lo había hecho el Proyecto de 1998 y lo sostenía la mayoría de la doctrina. Como bien lo recuerda Vitolo,(2) a juicio de la Comisión las reformas propuestas no pretendían alterar el sistema societario vigente, sino solo ajustar a las reglas generales del nuevo Código que se proyectaba y se referían a temas específicos.

2

No es lugar ni creo que tampoco oportunidad para comentar cada una de las disposiciones que el Anteproyecto en materia de personas jurídicas y sociedades sugirió o propuso, pero, en lo que se refiere a las primeras, las soluciones más destacables son las siguientes:

a. Se estableció un orden jerárquico para la aplicación de la normativa destinada a las personas jurídicas, en cuanto a que las personas jurídicas privadas se rigen: 1) Por las normas imperativas de la ley especial o en su defecto, del Código Civil; 2) Por las normas de su acto constitutivo, con sus modificaciones y reglamentos prevaleciendo los primeros en caso de divergencia; 3) Por las normas de las leyes supletorias o, en su defecto, por las del Código Civil (art. 150 del Anteproyecto).

b. Se incorporó la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica mediante una fórmula similar, aunque no idéntica, a la del art. 54 último párrafo de la ley 19.550, la cual será procedente ante la actuación de la corporación que esté destinada a la consecución de fines ilegítimos o ajenos a la persona jurídica (art. 144).

(2) Vitolo, Daniel Roque, *La Reforma a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012, p. 17.

c. Se ratificó el principio de la especialidad propia de todas las personas jurídicas, al conferir a las mismas aptitud suficiente de adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). Con ello se pone fin a una aislada corriente doctrinaria y jurisprudencial conforme a la cual el objeto de la entidad no limitaba su capacidad, con lo cual se justificaba cualquier actuación de la persona jurídica en detrimento de sus integrantes, que se han reunido e invertido sus fondos para la realización de una actividad que no les resulta desconocida.

d. Se previó expresamente la aplicación de las normas de la ley 19.550 en materia de sociedades constituidas en el extranjero (art.150 último párrafo).

e. Se incorporaron soluciones expresas en torno al nombre de la persona jurídica, requiriendo veracidad y novedad (art. 151) y siempre dentro de los requisitos que deben observar la constitución de las personas jurídicas, cualquiera fuere su modalidad, se receptó la diferencia entre domicilio y sede social, prevista en el art. 11, inc. 2 de la ley 19.550, consagrándose la presunción prevista por dicha norma, en el sentido de considerar válidas y vinculantes las notificaciones efectuadas en la sede inscripta (arts. 152 y 153).

f. Se admitió la posibilidad de toda persona jurídica en formación adquiriera preventivamente bienes registrales a su nombre (art. 154).

g. Se previó la duración ilimitada de la persona jurídica en el tiempo, salvo disposición en contrario del estatuto (art. 156).

h. En cuanto al objeto, éste debe ser preciso y determinado (art. 156).

i. Las modificaciones estatutarias son oponibles desde su otorgamiento y si la reforma requiere inscripción, ella es oponible a terceros a partir de ésta, salvo que el tercero la conozca (art. 157).

j. En cuanto al funcionamiento de las asambleas o reuniones de socios, en ausencia de previsiones especiales en el estatuto, se admiten las reuniones a distancia (art. 158 primera parte) y también se prevé la autoconvocatoria a asambleas o reuniones del consejo de administración, siendo válidas las decisiones si concurren todos los integrantes de la entidad y el temario a tratar es aprobado por unanimidad (art. 158 segundo párrafo).

k. Se prescribe un procedimiento especial para remover obstáculos que impidan adoptar decisiones al órgano de administración, a través de la oposición u omisión sistemática, otorgando facultades excepcionales al presidente de la entidad, con cargo de informar a la asamblea, la cual le puede conferir a él o a las minorías facultades extraordinarias para realizar actos urgentes o necesarios (art. 161).

l. Se permite la reorganización de las personas jurídicas, a través de los institutos de la transformación, fusión y escisión (art. 162).

m. Se admite la reconducción de la persona jurídica, cualquiera fuere la causa de la disolución, mientras no haya concluido la liquidación, decisión que deberá ser adoptada por unanimidad o por la mayoría requerida por la ley (art. 166).

n. En la etapa liquidatoria, y si la entidad continúa realizando operaciones sin adoptarse las medidas necesarias para proceder a la liquidación, la entidad, los administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer que la persona jurídica se encuentra en estado de liquidación y que cuenten con el poder de decisión necesario para poner fin a esa situación, responden en forma solidaria e ilimitada frente a terceros (art. 167), adoptándose una situación casi idéntica a la prevista por el art. 99 de la ley 19.550.

Surge expresamente de todas estas soluciones, que la finalidad del legislador ha sido dar preeminencia a la protección de los intereses de los terceros por sobre las normas de funcionamiento de la entidad, lo cual se explica fácilmente con solo contemplar la realidad de los negocios societarios o corporativos, pues no es secreto para nadie, y en la República Argentina mucho menos, la utilización de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para disfrazar actuaciones personales, violar la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros, no solo de aquellos se han vinculado contractualmente a la sociedad, sino también de los denominados "acreedores involuntarios" o que han sido víctimas de delitos o cuasidelitos por parte de la entidad.

3

En materia de sociedades comerciales, el trabajo elaborado por la respectiva Subcomisión, integrada por juristas de reconocido prestigio[3] y que receptó la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, fue recortado y sustancialmente modificado por el Poder Ejecutivo antes de remitirlo al Congreso de la Nación, eliminando toda modificación o reforma que fue ajena al propósito que se tuvo en cuenta para redactar el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

De esta manera, y con todo acierto, desparecieron todas las modificaciones proyectadas al régimen de participaciones societarias, de grupos de sociedades, de reuniones a distancia de órganos societarios

(3) Los profesores Hugo E. Richard, Rafael Manovil y Horacio Roitman.

y —fundamentalmente—, en materia de procedimiento societario, instancia en la que se llegó al colmo de incorporar al art. 15 de la ley 19.550 una norma que consagraba el arbitraje obligatorio para todas las sociedades cuando el conflicto versara sobre la determinación del valor de partes sociales, cuotas o acciones, llegándose al extremo de instituir al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio como tribunal arbitral obligatorio cuando el estatuto o contrato social nada preveía al respecto o existían discrepancias en torno a la elección del referido tribunal, norma —a nuestro juicio—, desacertada desde todo punto de vista, pues en nuestro país, los cultores del arbitraje son una minoría muy identificable y por lo general aunada en torno al pánico que le produce someter sus diferencias ante los jueces de la Nación.

En definitiva, y más allá de alguna modificación puntual de alguna norma de la ley 19.550, puede afirmarse que las modificaciones que el Proyecto incorpora al ordenamiento societario son cuatro: *a)* La admisión de las sociedades de un solo socio; *b)* La incorporación de un nuevo régimen legal que reemplaza a la normativa prevista actualmente en la ley 19.550 para las sociedades irregulares o de hecho; *c)* La eliminación del control de legalidad para la inscripción de los documentos que la ley 19.550 impone inscribir en el Registro Público de Comercio; y *d)* La derogación del régimen de las sociedades accidentales o en participación y de los contratos de colaboración empresaria, que pasarán a regirse por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene un capítulo dedicado a los contratos asociativos (arts. 1442 a 1478).

4

En materia de sociedades de un solo socio, y como era de esperar, la Subcomisión dedicada a la adecuación de la ley 19.550 al proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no dejó pasar la oportunidad y admitió sin la menor limitación o contrapeso a la sociedad de un solo socio, institución contra la cual hemos protestado en todas las ocasiones que tuvimos oportunidad de hacerlo, pues esta antinatural clase de sociedad actuó siempre en nuestro medio como un instrumento de fraude, de ocultación de patrimonios y, lo que es peor, como un mecanismo para evitar cualquier tipo de responsabilidades.

Sin embargo, la Comisión de Reformas integrada por los Dres. Kemelmajer de Carlucci, Highton de Nolasco y Lorenzetti tomó esta figura como una especie de paradigma del proyecto de reforma de la ley 19.550, con el argumento de que la sociedad de un solo socio ha sido receptada en casi todos los ordenamientos societarios del mundo y que en la República Argentina algo debía hacerse en torno a su incorporación. Parecería que, a juicio de cierta doctrina, la sociedad unipersonal es un instrumento maravilloso porque todo el mundo lo tiene, sobre todo el mundo anglosajón, y como la República Argentina siempre se ha resistido a contar en su legislación a la sociedad de un solo socio, nuestro país se ha convertido en una especie de dinosaurio legal que no merece ni siquiera ninguna consideración a nivel mundial en orden a su legislación de sociedades.

Producto de la concepción neoliberal que caracterizó el trabajo de quienes redactaron la reforma a la ley de sociedades comerciales, la admisión de las sociedades de un solo socio no tuvo la menor limitación y, por ello, el texto del Proyecto elevado al Poder Ejecutivo prescribía en el art. 1 de la ley 19.550 que "habrá sociedades comerciales cuando una o más personas..." y absolutamente nada mas, lo cual constituye un grave error pues ello desconoce la realidad que subyace detrás de semejante engendro societario.

En primer lugar, la denominada sociedad de un solo socio es un verdadero contrasentido dado que si hay sociedad no puede estar integrada por una sola persona. Es como hablar de condominio con un solo propietario o de una sociedad conyugal integrada por una persona soltera. Podemos hablar de empresas individuales de responsabilidad limitada, como en muchos países, si lo que se pretende es que una persona pueda encarar un emprendimiento mercantil limitando su responsabilidad hasta cierto y determinado punto, pero jamás podemos hablar de sociedades integradas por una sola persona no obstante lo expuesto por cierta corriente de opinión que sostiene que, en materia jurídica, el significado de las palabras conforme el diccionario puede o no coincidir con el empleado por los operadores del derecho, tesis que, para decirlo sinceramente y en forma contundente, me parece un grave error pues el derecho debe estar al alcance de todos los que habitan nuestra querida patria y el lenguaje de los abogados y magistrados no puede ser otro que el de quienes habitan en nuestro país.

Sin duda alguna, la sociedad de un solo socio va a ser un instrumento de fraude como también lo es actualmente el fideicomiso. ¿Quién es el que pide la sociedad de un solo socio? Se pretende justificar esta figura con el argumento de que en Europa se ha elaborado un nuevo concepto de lo que debe entenderse por sociedades, conforme al cual las sociedades comerciales de los siglos XIX y XX, que se constituían para concentrar capitales con el objeto de realizar emprendimientos empresarios comunes, son hoy historia pasada, y las sociedades comerciales no son, en la actualidad, otra cosa que una forma de organizar las empresas o un mecanismo para limitar la responsabilidad del empresario, tesis con la cual no concuerdo.

De admitirse las sociedades de un solo socio en nuestro ordenamiento societario, una persona —sea física o jurídica—, podría tener una sociedad comercial individual para una cosa, otra para una actividad diferente, y hasta podría contar con una cantidad indefinida de sociedades comerciales de esta naturaleza y no es difícil imaginar como este socio único manipulará los bienes y el patrimonio de la sociedad unipersonal a su verdadero antojo de acuerdo con la situación económica o financiera por la que atraviesa la misma.

Remitido el Anteproyecto al Poder Ejecutivo para su posterior elevación al Congreso de la Nación, y receptando las numerosas críticas recibidas, se procedió, con todo acierto, a limitar la actuación de las sociedades de un solo socio estableciendo una serie de contrapesos que dificultarán sin el menor margen de dudas la utilización de esta nueva figura societaria. Al respecto, y además de permitir la utilización de sociedades de un solo socio bajo el exclusivo molde de la sociedad anónima, el Poder Ejecutivo aportó nuevos criterios para la admisión de esta clase de sociedades como, por ejemplo, la necesidad de que los aportes a dichas compañías deben ser efectuados en su totalidad en el acto constitutivo, así como la prohibición de que una sociedad de un solo socio de integre a su vez una entidad de idénticas características. Pero además de ello, y esto puede parecer exagerado, se incluyó a las sociedades de un solo socio dentro de las sociedades incluidas en el art. 299 de la ley 19.550, la cual deberá contar con un directorio y una sindicatura plural, además de las formalidades que, en torno a la convocatoria de asambleas, implican ser considerada como una sociedad anónima incluida en dicha norma.

En virtud del proyecto que actualmente se encuentra en debate, el Congreso tiene que evaluar si conviene admitir las sociedades de un solo socio —con las limitaciones incorporadas por el Poder Ejecutivo—, o si prescinde completamente de ellas, lo que a mi juicio es la mejor alternativa, pues la experiencia en la República Argentina enseña que estas sociedades han mostrado su peor rostro. ¿Acaso las sociedades off shore no son, en sustancia, todas sociedades unipersonales? ¿Quién no está interiorizado sobre la jurisprudencia de los tribunales civiles que han aplicado hasta el cansancio la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica ante sociedades formalmente plurales pero sustancialmente unipersonales, con las cuales se instrumentaba todo tipo de fraudes a la esposa, a los hijos, al fisco, a los acreedores quirografarios o involuntarios?

Sin embargo, todo hace presumir que las sociedades de un solo socio van a tener finalmente aprobación legislativa, y si ello se concreta, adherimos a todas las precauciones adoptadas por el Poder Ejecutivo en torno a su existencia y funcionamiento, pues tampoco es aventurado pensar que con la onerosidad que implica constituir una sociedad unipersonal con un solo integrante, pero con tres directores y tres síndicos, además del no menos costoso régimen de publicación de su convocatoria a asambleas, ellas no estarán al alcance de todos aquellos que pretenden utilizar las mismas para pequeños o medianos emprendimientos o simplemente de limitar su responsabilidad hasta el mínimo posible.

Pero también la incorporación a nuestra legislación societaria de las sociedades de un solo socio, van a traer un inconveniente adicional. Las sociedades constituidas en el extranjero van a poder crear filiales nacionales totalmente controladas, sin contar con otros socios, con lo cual se va a terminar con la instalación de sucursales de empresas extranjeras en nuestro país, lo cual es perjudicial para todos los habitantes de la República Argentina, pues las deudas de la sucursal son asumidas por la casa matriz. En cambio, por las obligaciones asumidas por la filial argentina no responde la casa central, aunque ella sea la titular del cien por ciento del paquete accionario de la compañía nacional. Esperemos que el Poder Legislativo pueda suplir esta grave omisión, y prohíba, a los fines de proteger y alentar la sucursalización de empresas extranjeras, que una sociedad constituida en el exterior recurra a la filial unipersonal para desarrollar sus actividades en la República Argentina.

5 |

En segundo lugar, la eliminación del régimen de las sociedades no constituidas regularmente (arts. 21 a 26 de la ley 19.550) y su reemplazo por un particular régimen de sociedades "simples" o "residuales", dentro del cual se incluyen no solo las sociedades irregulares o de hecho, las sociedades nulas por atipicidad o por carecer de requisitos esenciales tipificantes, y —lo que es más grave— las sociedades civiles constituidas antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, constituye una reforma que tampoco merece nuestra total adhesión.

En principio nunca es recomendable modificar una figura legal que hoy por hoy no presenta problemas de interpretación y al cual la comunidad ya conoce en todo lo relativo a su funcionamiento y, fundamentalmente, a la responsabilidad de sus integrantes. Reconozco sí que dentro del régimen legal de las sociedades irregulares y de hecho (arts. 21 a 26 de la ley 19.550), resulta necesario efectuar algunas modificaciones puntuales, como admitir de una vez por todas la oponibilidad de la sociedad y del contrato social entre los socios., como también resulta necesario dar una solución concreta a las sociedades contempladas en el art. 17 de la ley 19.550 (sociedades atípicas o carentes de requisitos esenciales no tipificantes), para evitar su necesaria liquidación cuando estas sociedades fueran titulares de fuentes de producción y de trabajo que es necesario preservar, para lo que bastaba modificar las normas que hoy rigen estas figuras, pero no crear una nueva clase de sociedad a la cual ni siquiera se le dio un nombre.

6 |

Un párrafo aparte merece el tema de las sociedades civiles cuya normativa hoy vigente desaparecerá en caso de sancionarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, atento el explícito propósito del legislador de unificar el tratamiento legal de todas las sociedades en un mismo cuerpo normativo. Existen actualmente muchísimas sociedades civilesl integradas por profesionales para el ejercicio de una profesión liberal y es —hoy por hoy— un enorme vacío en nuestra legislación, que debe ser inmediatamente objeto de regulación porque, de sancionarse el proyectado Código,

quienes pretendan ejercer su profesión en sociedad con otra u otras personas contarán con las siguientes alternativas: o *a)* Recurrir a uno de los tipos previstos actualmente en la ley 19.550, con lo cual podríamos incurrir en nulidades absolutas, porque la responsabilidad ilimitada que caracteriza el ejercicio de profesiones liberales en nuestro país colisiona frontalmente con la responsabilidad acotada que el legislador otorga a los integrantes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada; o *b)* Optar por el nuevo modelo de sociedades incluidas en los proyectados arts. 21 a 26 de la ley 19.550 los cuales exhiben enormes lagunas y no se caracterizan por una buena técnica legislativa.

7 |

Tampoco ha sido acertada la exclusión del control de legalidad de las facultades del registrador mercantil, control que viene previsto en el Código de Comercio de 1862 y en la ley 19.550 con vigencia desde el año 1973. El control de legalidad, que constituye una facultad otorgada al encargado del Registro Público de Comercio y que impide —entre otras cosas—, poner en circulación sociedades susceptibles de provocar todo tipo de perjuicios a los terceros, ha sido objeto del mas acérrimo odio por parte de quienes adhieren a las corrientes mas conservadoras y liberales de nuestro suelo, quienes predican que la labor del registrador mercantil debe limitarse a poner una rúbrica y un sello a cada documento que se le presente y estacionarlos en un casillero para permitir su consulta a los interesados, tesis denominada como del "registro buzón" y que no ha sido receptada en ninguno de los cuerpos mercantiles sancionados hasta la fecha.

Es gracias a este control de legalidad que la Inspección General de Justicia ha puesto fin a la actividad societaria off shore en la Ciudad de Buenos Aires y en muchas provincias de la República Argentina. Del mismo modo, solo el control de legalidad del registrador mercantil permite dar combate a la infracapitalización societaria —exigiendo un capital social adecuado al objeto social, así como el rechazo de todo contrato social inclusivo de objetos múltiples—, o a las peores prácticas de nuestro empresariado, como la manipulación de aportes irrevocables o la tristemente conocida "operación acordeón", prácticas que, en la década del 90, estuvieron a la orden del día.

La eliminación de dicho control a cargo del registrador mercantil nada bueno aportará a la seguridad jurídica, y solo acallará las protestas de ciertos interesados para quienes la terminación de un trámite en pocas horas constituye un objetivo mas apetecible que la tranquilidad que le da a la comunidad el hecho de que un nuevo sujeto de derecho haya sido admitido en el tráfico mercantil previa comprobación de la legalidad de su instrumento constitutivo. El control de legalidad en el examen de los documentos cuya registración la ley impone ha sido regulado, desde hace mas de ciento cincuenta años, para evitar —precisamente— la proliferación de conflictos entre los ciudadanos, pues nada bueno puede esperarse de, por ejemplo, una sociedad infracapitalizada, o de aquellos entes que carecen de los requisitos previstos por el art. 11 de la ley 19.550.

Somos optimistas en cuanto a que el Poder Legislativo pondrá la cosas en su lugar y mantendrá, en el art. 6 de la ley 19.550, este control de legalidad que nunca debió ser objeto de supresión.

8 |

Del mismo modo, y aprovechando que el art. 150 último párrafo del Proyecto de Código Civil y Comercial aplica a todas las personas jurídicas las normas que la ley 19.550 prevé en materia de sociedades constituidas en el extranjero, resulta indispensable *aggiornar* las normas de los arts. 118 a 124 de la ley 19.550 que hoy pecan de obsolencia y que se muestran totalmente impotentes para evitar los abusos experimentados en la década del ´90 y primeros años de este siglo en los que la República Argentina fue invadida por sociedades constituidas en cualquier parte del mundo, en especial provenientes de paraísos fiscales, donde son muchos mas las sociedades allí constituidas que las personas físicas que los habitan. Pero para ello es necesario reformar la ley 19.550 e incorporar determinadas soluciones que eviten que estas sociedades, conocidas como *"off shore"* puedan intervenir en el tráfico mercantil en nuestra patria.

Durante veinte años, desde 1990 en la Argentina y desde 1940 en el mundo, circulan y pululan las sociedades *"off shore"* así como ciertos "fondos de inversión" sobre cuya naturaleza jurídica todo el mundo ignora todo. Cuando tuve el honor de desempeñarme como Inspector General de Justicia entre los años 2003 a 2005 se hizo lo imposible para terminar con las

sociedad *"off shore"* porque todo el mundo sabe que ellas pertenecen a un ciudadano argentino que está defraudando a la mujer, a sus herederos, al fisco, a los acreedores concursales y fundamentalmente a los trabajadores, privándoles de toda posibilidad de percibir sus créditos, pues estas sociedades se caracterizan por su nula transparencia y por la volatilidad de sus activos.

La creación y existencia de sociedades *"off shore"* son un abuso del sistema capitalista que debe ser combatido permanentemente y con todas las armas que el derecho otorga. Esto es una verdad de Perogrullo, lo sabe todo el mundo y lo sabe también los Estados Unidos, aunque ellos cuenten con su "Delaware", un estado del país desde donde se exportan todo tipo de compañías fantasmas y carentes de toda transparencia. Es necesario pues instrumentar los recaudos para evitar que detrás de las sociedades *"off shore"* se disfrazan los argentinos que no son muy afectos a la ley y al cumplimiento de sus obligaciones, y por ello hay que *aggiornar* la legislación societaria evitando que esta clase de sociedades pueda operar en nuestro país.

9 |

Finalmente, tampoco puede estar ausente de nuestra legislación societaria la redacción de normas claras y precisas para evitar la infracapitalización societaria, que es un tema medular del derecho societario y que hoy carece de una regulación adecuada y completa en la ley 19.550.

Este tema tan trascendente se encuentra íntimamente vinculado con la limitación de la responsabilidad de quienes integran sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas, las cuales constituyen casi el cien por ciento de las compañías que funcionan en nuestro país. Es sabido que quienes constituyen sociedades eligen esos moldes porque permiten a sus integrantes limitar su responsabilidad patrimonial a los aportes efectuados al constituir o al ingresar a la sociedad, careciendo el tercero de toda posibilidad de ejecutar los bienes de los socios por las obligaciones contraídas por la compañía. Esto no es incorrecto, pues es natural al ser humano pretender responder por las obligaciones ajenas con lo menos posible. Pero como para nuestro derecho la traslación de los riesgos empresarios al tercero es totalmente ajena al sistema capitalista dentro del cual estamos inmersos, es necesario incorporar a la ley 19.550 una serie de

normas que eviten que ese riesgo sea trasladado a quienes se vinculan con la sociedad, lo cual acontece cuando la sociedad cuenta con un capital social ínfimo para hacerse cargo de sus obligaciones, y los socios pretenden ampararse en el beneficio de la limitación de la responsabilidad cuando los terceros reclaman a la sociedad el cobro de sus créditos.

Es necesario, pues, ponerle límites al principio de la responsabilidad limitada de quienes integran una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, pues jamás este principio puede convertirse en un dogma inatacable. El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios solo puede invocarse cuando la sociedad está suficientemente capitalizada, lo cual se logra mediante una adecuación permanente del capital de la sociedad con el nivel de gastos de la empresa y merced al aporte permanente de los socios. De otra manera, el principio de la limitación de la responsabilidad se convierte en un verdadero abuso dada la existencia de sociedades infracapitalizadas con socios que se niegan a realizar otros aportes más allá de las ínfimas sumas aportadas al momento de constituir la sociedad, lo que implica —se reitera— una indebida traslación de riesgos que resulta incompatible con el sistema capitalista y un arma mortal contra los acreedores laborales, quirografarios o involuntarios.

Frente al caso de sociedades fuertes dotadas con un capital social importante, es necesario preservar el principio de la limitación de la responsabilidad, pues este principio es un indudable atractivo para la concentración de capitales para el desarrollo de emprendimientos mercantiles que son, a su vez, fuente de trabajo y de bienestar. Pero si la sociedad carece de capitales suficientes y los socios han aportado unos pocos pesos al momento de constituirse la sociedad, cuyo nivel de gastos ha sobrepasado infinitamente la suma del capital social declarado, aquella excepción al principio de la universalidad del patrimonio, que predica que "los bienes del deudor son la prenda común de los acreedores", debe dejarse de lado, porque las sociedades infracapitalizadas son un claro ejemplo de abuso de derecho encuadrado en los términos del art. 1171 del Código Civil que nuestra legislación no puede ni debe tolerar.

Comentarios sobre el derecho real de superficie

por **LILIANA ABREUT DE BEGHER**[1]

I | Antecedentes

La consagración del derecho real de superficie es la consecuencia de una nueva etapa de nuestro desarrollo legislativo, que tiene su antecedente más cercano en la sanción de la ley 25.509 que consagró el derecho real de superficie forestal y recuperó del ostracismo a la figura que había sido desterrada del Código de Vélez Sarsfield.[2]

Una pequeña reseña histórica nos permite observar que en Roma el dominio y sus variantes constituía el *iura in re* por excelencia. Existía el i*us in re* propia (nuda propiedad), como asimismo *iura in re* alienas (que recaen sobre otro

(1) Juez Nacional de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, Sala H. Abogada egresada de la UBA, Facultad de Derecho. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad del Museo Social Argentino. Investigadora de UBACYT. Adjunta por Concurso de la Cátedra de Derechos Reales de la Dra. Elena Highton de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de la UCA en la Maestría de Derecho Privado Patrimonial. Privado. Egresada de la primera promoción del Curso de Especialización de la Magistratura de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Autora de libros y artículos sobre los derechos reales, y disertante en diferentes foros nacionales. Integrante del equipo de juristas que colaboró en la redacción del Anteproyecto del Código Civil de 2012.

(2) Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón Alicia sostienen que "El código civil argentino siguió la tradición del derecho puro de los romanos y consagró el principio de accesión, al que Gayo consideraba incluso, de derecho natural". Ver *Derecho Real de Superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 4.

Infojus

dominio, limitándolo), dentro de los cuales se destacan las servidumbres prediales (urbanas y rústicas), las servidumbres personales (usufructo, uso y habitación), los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) y los denominados "derechos reales pretorianos", dentro de los cuales se inscribe, junto a la enfiteusis, la tipología genérica del derecho real de superficie.

Este derecho se introdujo primeramente en terrenos del Estado y luego en los de las ciudades, para después pasar a las áreas de los privados, por el cual se concedía el derecho de fabricar o gozar temporalmente o perpetuamente del edificio mediante una pensión anual (*pensio, solarium*), o también mediante el pago de una suma única, ya sea por contrato de arriendo o venta.(3)

El origen de la superficie está en el derecho público en ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo y de las ciudades eran hechas a los particulares y extendidas luego a los terrenos privados. Es decir que en un comienzo fue el derecho de superficie un arrendamiento primeramente concedido por las municipalidades y en época posterior por los particulares.(4)

Es bajo Justiniano que va a surgir el carácter real de derecho real de esta institución, concibiéndola como *ius in re aliena*.(5)

Mario Russomanno y Eduardo Elguera, en el libro *Curso de derechos reales en el derecho romano*, indican que "La superficie es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de la superficie, el edificio o parte de él o el subsuelo de fundo de otro mediante el pago de un canon o solarium. Él se constituye por simple pacto seguido de tradición, por testamento o por concesión pública".

La nota al art. 2503 CC es sumamente ilustrativa sobre los antecedentes históricos y su reconocimiento en el derecho pretoriano mediante el

(3) Cornejo, Américo A., "El derecho real de superficie en el Proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial", en *Revista jurídica La Ley* 1987-D-1200, y cita de Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, nº 109, p. 353.

(4) Laquis, Manuel, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, t. IV, p. 70.

(5) Allende, Guillermo, *Tratado de enfiteusis, y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Abeledo Perrot, 1964, p. 116.

"interdicto de superficiebus". En ella también se expresan las razones de la inconveniencia de su inclusión dentro del *numerus clausus* fijado por el legislador al sancionar el Código Civil de 1871.(6)

Se ha dicho que para la doctrina más generalizada que el derecho de superficie fue utilizado entre los romanos como una atenuación introducida por el pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria (Gayo, en su *Instituta* 2.73, decía que "la superficie cede al terreno").

Más adelante pasó a ser un derecho real estructurado como un dominio dividido, para finalizar absorbido, durante la Edad Media por el derecho de enfiteusis, mientras que "…la palabra propiedad en sí aludía a una serie de propiedades multiformes, adaptadas a los objetos más dispares".(7)

Nuestro Código Civil siguiendo la tradición del Código Napoleónico, y en general de otros códigos decimonónicos, no sólo consagró el principio de accesión, sino que además prohibió expresamente el derecho de superficie en el art. 2614, hoy reformado por la ley 25.509.

El moderno concepto de superficie se encuentra inspirado en el Código Civil italiano de 1942,(8) y luego receptado en los códigos posteriores.(9)

(6) El codificador da las razones en la nota al art. 2503. "Hemos juzgado —dice— que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos". Ver comentario sobre este tópico en Elguera, Eduardo, "*El derecho real de superficie en la legislación argentina*", La Ley on line.

(7) Callegari de Grosso, Lidia, *El derecho real de superficie forestal ley 25.509*, en *Jurisprudencia Argentina* n° 13, 2002-III.

(8) El Código Civil italiano de 1942, art. 956, prohíbe la superficie referida a plantaciones; mientras que el Código alemán, sólo se refirió a la superficie edificada. El Código portugués y el Código catalán prevén tanto la facultad de constituirlo sobre plantaciones como construcciones.

(9) Ver Código Civil de Portugal de 1967, art. 1524; el de Bolivia de 1976, art. 1201; de Perú de 1984, art. 1030; Cuba de 1988, art. 219; Holanda de 1992, art. 101 y el nuevo Código de Brasil de 2003, art. 1368. Conf. Lily Flah y Mirian Smayesky, en *Juriprudencia Argentina* n° 9, 2003-III, p. 51. Estas autoras consideran que "En España el abordaje del problema era diferente, ya que si bien no estaba legislado el derecho de superficie en el Cód. Civil, y, por el contrario, los art. 361 y 368 consagraban el principio de

Actualmente el derecho real de superficie se encuentra consagrado en muchos países, como Francia, España, Alemania, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Cuba, Perú, los Códigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el Código de Brasil, la Ley Catalana 22/2001 de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbres y Adquisición Voluntaria y Preferente, del 31 de diciembre de 2001, luego se receptó en el Código Civil Catalán por ley 5/2006 del 10 de mayo de 2006.(10)

El tema de la superficie fue motivo de discusión de numerosos simposios, el más significativo e inmediato corresponde al de las "X Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la ciudad de Corrientes en 1985, al reinstaurar el debate sobre este derecho. Las conclusiones de la Comisión n° 4 aprobadas en Plenario fueron importantes, viéndolas desde una perspectiva histórica, porque de alguna manera marcaron el rumbo de los lineamientos que el derecho de superficie siguió con la ley 25.509.

En las conclusiones de esas Jornadas se dijo *De lege ferenda* que: "*1)* Resulta conveniente regular el derecho real de superficie. *2)* El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial. *3)* El derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno. Este caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiera dado cumplimiento al objeto que originó el mismo. *4)* El derecho de superficie constituye un derecho real autónomo, que acuerda

accesión romana, la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales confería la posibilidad de crearlos. La ley Administrativa de Urbanismo de 1956 superó las aparentes contradicciones entre los art. 1611 y 1655 del Código Civil español; y en los arts. 157 a 161 estableció el derecho de superficie con el encuadre actual. Siguiendo esta técnica, el Reglamento Hipotecario de 1959, ajustó la figura (art.16 y 30), determinando además el modo de extinción e inscripción en el Registro de la Propiedad. Sustantivamente hoy lo regulan los arts. 40 y 41 del R. D. Lgvo. 2/2008, de 20 de junio, (TRLS-2008), y adjetivamente, lo relativo a su inscripción registral, se contempla en el art. 16 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (es requisito constitutivo formal la referida inscripción en el Registro de la propiedad sin la cual el derecho de superficie será inexistente).

(10) Gurfinkel de Wendy, Liliana, "Superficie", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 1043.

al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado. *5)* No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad. *6)* El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario. *7)* El derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años. *8)* El derecho del superficiario no se extingue por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlos, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido. Esta última facultad está sometida al plazo de caducidad prevista en el punto 3. *9)* Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones. *10)* El superficiario podrá transmitir su derecho por acto entre vivos o *mortis causa*. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía. *11)* Extinguido el derecho de superficie, el propietario, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario. *12)* Debe otorgarse derecho de tanteo tanto al concedente como al superficiario. *13)* Al extinguirse el derecho de superficie, por vencimiento del plazo se extinguen los derechos reales de garantía, salvo subrogración real. *14)* El derecho real de superficie debe ser inscripto a los efectos de oponibilidad a terceros interesados (art. 2505 C.C., y arts. 2, 20 y concordantes de ley 17.801 [ED 23-921]. Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominial.

El derecho de superficie fue incluido en los distintos proyectos de reforma del Código Civil. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, ley 24.032, vetada por el PEN mediante el decreto 2713 del 23 de diciembre de 1991, y en el Proyecto de la Comisión Federal que obtuvo media sanción de Diputados en 1993, se contemplaba el derecho de superficie solamente sobre construcciones, mientras que en el Proyecto del Código Civil de 1998, en el título VI del Libro V (arts. 2018 a 2028), se lo establecía tanto para construcciones como para plantaciones en general.

La reforma constitucional de 1994, con el nuevo art. 41, incluyó el tema de desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente como de

los recursos naturales. [11] La ley 25.509 tuvo en cuenta esa circunstancia al legislar sobre la explotación forestal.[12]

Dentro de la orientación general que seguía el mundo globalizado en lo que respecta al reconocimiento de este derecho como forma de impulsar la riqueza mediante la explotación forestal,[13] surgió la ley 25.509 a fines

(11) "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, 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 derecho de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos". CN art. 41.

(12) Los cambios legislativos, orientados al reconocimiento de la necesidad de una mayor explotación forestal, como también de la protección de los bosques y plantaciones, fue justamente tema de desarrollo en la llamada "Cumbre de la Tierra", celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, en el año 1992, correspondiente a la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Uno de sus objetivos era mejorar las condiciones ambientales de las regiones en que el régimen forestal se podría desarrollar. Más tarde, a finales del siglo XX, con el Protocolo de Kyoto del año 1997, se establecen nuevas obligaciones y plazos de los países industrializados, principales responsables de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y fuentes de emisiones, quienes se comprometieron en reducir las emisiones sobre una canasta de GEI, en un poco más de 5% en promedio respecto de los niveles de 1990, para el periodo 2008-2012. Además de fijar compromisos de reducción, se establecían mecanismos flexibles para compensar emisiones de estos mismos países por distintas vías. Una de ellas, era el desarrollo de proyectos entre países industrializados con compromisos de reducción de emisiones y países en vías de desarrollo, llamado Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL). El Protocolo instituye figuras que habilitan para emitir certificados de emisión transferibles de los gases que producen el efecto invernadero. Por dicho acuerdo, los países firmantes se comprometieron a reducir sus emisiones, y cumplir con sus cometidos forestando en países que emitieran pocos gases de efecto invernadero, cubriendo la totalidad de los costos que la tarea significaba y beneficiándose, transfiriendo a su país los créditos equivalentes a la cantidad de gas que se hayan absorbido en ese espacio forestado, a través del mecanismos de desarrollo limpio. La Argentina fue una de los países firmantes del Acuerdo.

(13) Alemania, Suiza e Italia receptaron en su legislación la modalidad del derecho real de superficie, en su modalidad pura, o sea solamente contemplando las construcciones como objeto del derecho. Francia, Portugal, Japón, el Código de Quebec, Holanda contemplan el derecho de superficie tanto referido a construcciones, como a plantaciones. En la misma línea se ubica el reciente Código Civil de Brasil, que rige a partir del año 2003, que hace alusión tanto al derecho de plantar como al de construir.

del año 2001, con características propias y diferentes a los lineamientos que marcaron los distintos antecedentes legislativos previos.(14)

Ya en ese momento, por unanimidad, en las Jornadas de Derecho Civil de Rosario se dijo que "Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos", propiciándose de lege ferenda la incorporación del "derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio-económicos".(15)

Ahora, ya pasados más de 10 años de la sanción de la ley 25.509, el CCC recepta el derecho real de superficie en su concepción más amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, contraído o plantado.(16)

(14) En las *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* realizadas en Rosario en el año 2003, Juan Bernardo Iturraspe, en una postura aislada, sostuvo que la superficie forestal constituía un grave riesgo para la soberanía del país. En contrario, Gabriela Vázquez sostiene que la ley de superficie en modo alguno significa un ataque a la soberanía del país, pues dicha normativa en nada impide que el Estado Argentino a través de las leyes correspondientes, frene la fuga de riquezas genuinas. Señala que inclusive resulta contradictorio que países que se encuentran en la antinomia de nuestro sistema jurídico, recepten favorablemente el instituto, tal el caso de Cuba (conf. arts. 218 a 225 del Código Civil de la República de Cuba).

(15) Bianchetti, Alba; Calegari de Grosso, Lydia y Garrido Cordobera, Lidia, en *Ponencias a las XIX Jornadas de Derecho Civil de Rosario*, Edición cojunta UCA, UNRosario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 641, p. 657, y p. 700.

(16) Alterini, Jorge, en "Nuevas formas de propiedad", en *Revista del Notariado* n° 811, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 1637, dijo que:"Más allá de aspectos ideológicos, hay coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo negocial perfectamente compatibles con la superficie. Por ejemplo, el vendedor del terreno, en vez de aceptar que el constructor le pague con la entrega de unidades, no se desprende de la propiedad del terreno; se limita a otorgarle al constructor el derecho de superficie. En el interior del país, familias tradicionales que se fueron empobreciendo con el curso de los años aspiran a mantener dentro del acervo familiar extensiones de terreno, seguramente de origen sucesorio, pero no pueden construir. Adviértase que al posibilitarse el derecho de superficie, esos propietarios podrán otorgarlo para que otros, con mayor potencia económica, realicen la etapa edilicia. También podrían aprovecharse sectores subterráneos en lugares bien ubicados de la ciudad que puedan servir como playas subterráneas con atrayente explotación. Por todo ello, mi entusiasmo por la superficie, aunque no se puede anticipar con certeza que en la Argentina habrá de difundirse. Tenemos la razonable expectativa de que sea útil, pero es evidente que, si no se la legisla, la condenaríamos sin más a su fracaso, sin intentar su éxito. Esa esperanza fue la misma de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985, que recomendaron su recepción legislativa". Ver

2 | El derecho real de superficie y el *numerus clausus*

El derecho real de superficie esta enumerado en el art. 1887 CCC.

Se ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad comunitaria indígena, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerio privados. O sea, más cerca de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario.(17)

El art. 2114 contiene el concepto del derecho real de superficie:

> "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".

No hay discusión que es un derecho nuevo, autónomo. Es un derecho real sobre cosa propia, que suspende el principio de accesión (vgr. quiebre del principio *superficie solo cedit*). El CCC incluye en el derecho real de superficie el derecho de vuelo, que en otras legislaciones se lo toma en forma separada.(18)

también Gómez de la Lastra, Manuel C. "La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales", en *Revista Jurídica La Ley*, 2013-A, 676, quien entiende que "Dada la amplitud de los términos utilizados, ya sea el de 'forestación' como el de 'plantaciones', se aclara y amplía el campo de aplicación previsto en la Ley 25.509 para el Derecho Real de Superficie Forestal, alcanzando —en un sentido *latto*— a todas las actividades realizables sobre una tierra apta a esos efectos, disponiéndose así junto al fideicomiso de garantía, de un instrumento más seguro y efectivo, que el de los arrendamientos o aparcerías rurales".

(17) La ley 25.509 había incorporado en el inc.8 a la superficie forestal dentro de la enumeración del art. 2503 CC, careciendo tal inserción en ese lugar de rigor metodológico.

(18) En tal sentido el Código Civil de Cataluña regula por una parte al derecho real de superficie (art. 564-1 a 564-6) y por la otra el derecho de vuelo (art. 567-1 a 567-6). Ver Cossari, Nelson G. A.; Luna, Daniel G, "Derecho de sobreelevación y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley* 2009-C-1090.

1. Debemos dejar claramente asentado que el Código prevé dos situaciones: una cuando su objeto es un derecho: el de plantar, forestar o construir —derecho de superficie—; y el otro, cuando su objeto son las plantaciones, forestaciones o construcciones existentes —propiedad superficiaria—.

   Se observa nítidamente la diferencia que marca el legislador entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, siendo el primero sobre cosa ajena, mientras que el segundo sobre cosa propia (conf. art. 2114 y 2115 CCC).

   En el supuesto del derecho de superficie se reenvía a las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, salvo pacto en contrario (art. 2127 CCC); mientras que en la propiedad superficiaria se dirige a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no sean modificadas por el articulado del título VIII (conf. art. 2128 CCC).

2. Dispone el legislador que se encuentran legitimados a constituir este derecho tanto el titular dominial, los condóminos, como los titulares de propiedad horizontal (conf. art. 2118 CCC). Resulta una novedad la posibilidad de existencia de este derecho en la propiedad horizontal. Asimismo surge, por exclusión, que en la propiedad comunitaria indígena no es posible la constitución de esta clase de derecho.

   Se permite que el inmueble quede gravado con el derecho real de superficie, ya sea en todo o sobre una parte determinada, con proyección sobre el subsuelo o el espacio aéreo (vgr. facultad de escabar y/o de sobreelevarse).

   La norma acepta que un Consorcio, se entiende que con la conformidad de todos los copropietarios, pueda constituir este derecho —sobre el subsuelo o sobreelevándose— según se desprende del art. 2116 CCC.

3. La forma de constitución es por vía contractual, ya sea a título gratuito u oneroso. A este derecho se le aplica la teoría del título y modo para la adquisición de los derechos reales por acto entre vivos.

   No es posible su constitución por usucapión larga,[19] aunque se acepta la breve (vgr. con justo título y buena fe, más la posesión por un mínimo de 10 años).

   Es un derecho transmisible en sus dos modalidades. Así, a pesar de ser un derecho que se ejerce en fundo ajeno, lo cierto es que permite su transmisión

(19) Alterini, Jorge Horacio, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", en *Academia Nacional de Derecho*, 1, setiembre 2012, y en *Revista jurídica La Ley*, 2012-E, 898. El autor critica esta solución al decir que "Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897, para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres".

por acto entre vivos o *mortis causae*;[20] lo cual no resulta óbice para que no sea posible su constitución por testamento.[21] Ello lo diferencia claramente de otros casos de dominio desmembrado, ya sea el usufructo, uso, habitación.

4. Observamos que es un derecho temporario, aunque es un derecho real sobre cosa propia, carácter que lo aleja definitivamente del dominio y el condominio —vgr. derechos reales perpetuos—.

   Al ser un derecho temporario, está destinado a durar el plazo que las partes convencionalmente fijen en el acto constitutivo. El plazo máximo legal de duración es de 70 o 50 años, dependiendo si es sobre construcción o plantaciones. Se observa que la variante de forestación sigue los preceptos de la ley 25.509, art. 6.

   Gravado un inmueble con un derecho de superficie, el nudo propietario tendrá un dominio desmembrado, lo que hará que al momento de extinción de la superficie, recupere las facultades cedidas al superficiario —principio de elasticidad del dominio—.

   Establece el legislador una diferencia para la extinción de este derecho, dependiendo si se trata de la propiedad superficiaria o el derecho de superficie. Aclaremos que el derecho de superficie contiene en potencia la propiedad superficiaria, situación que se mantiene hasta tanto se construya o se foreste.

   En caso de destrucción de la propiedad superficiaria se extingue el derecho si no se construye nuevamente en el plazo de 6 años, o no se planta o foresta dentro de los 3 años (art. 2122 CCC).

   En cambio, frente al derecho de superficie, se extingue no solo por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, y por consolidación, sino también por el no uso durante 10 años para el derecho de construir, y durante 5 años para el derecho a plantar o forestar. La cláusula 2124 CCC prevé como causal de extinción del derecho el no uso, que se ha interpretado que contiene el uso contrario a lo pactado en el acto de constitución; aspecto que tiene relación con el derecho del superficiario de usar y gozar de su derecho sobre el predio ajeno, pero cumpliendo con sus fines previstos.

(20) El Código de Brasil (art. 1372) autoriza la transmisión por muerte del superficiario a los herederos. En igual sentido el Código de Perú, salvo prohibición expresa (art. 1031).

(21) En este caso se siguió la misma línea que establecía la ley 25.509. Uno de los proyectos que desembocaron en el texto definitivo de la ley 25.509, correspondiente a los Diputados Solmoirago, Alesandro, Dumón, Gómez de Marelli, Llamosas, Pernasetti, Puerta, Romero y Sodá (3595 D-2000) contemplaba además del contrato, al testamento como fuente de adquisición. En cambio el proyecto de los Diputados Leyba de Martí, Abella y Passo (62 D-2000) preveía como única fuente a los "actos entre vivos". Este último ensamblado con el anterior, da nacimiento al proyecto de ley definitivo, por lo que se interpretó que la voluntad del legislador fue suprimir adrede la constitución por acta de última voluntad. La disposición prevista en la ley es de orden público, por hallarse dentro de la esfera de los derechos reales, por lo que al no estar permitida dicha forma de constitución en forma específica, debe entenderse como prohibida.

Ahora bien, producida la extinción del derecho, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, salvo que se pacte lo contrario (art. 2126 CCC).

Es altamente probable que en los contratos de constitución de este derecho se prevea claramente la solución a estos casos, en tanto la inversión económica que conlleva su desarrollo hace que las construcciones o plantaciones al momento de extinción de la superficie pasen a engrosar al valor de la propiedad, y por ende, el patrimonio del titular del suelo.

Cuando deba indemnizarse, se tomará a tales efectos el monto fijado por las partes en el acto constitutivo, o en acuerdos posteriores. En el supuesto de no haberse previsto, se tomarán los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada su amortización.

5. Otro aspecto interesante es la posibilidad de gravar el derecho de superficie con derechos reales de garantía (art. 2120 CCC), algo que se encontraba muy discutido en la superficie forestal de la ley 25.509 cuando no existía propiedad superficiaria. Hoy en día las posturas doctrinales que no aceptaban esa posibilidad devinieron abstractas conforme la norma del art. 1883 CCC, que permite que el objeto de los derechos reales sean además de las cosas, los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso.

   Naturalmente se limita la constitución de estos derechos reales de garantía al plazo de duración del derecho de superficie.

   El Código también prevé fuera del título específico de la Superficie (Título VIII) que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo (art. 2131 CCC), el uso y la habitación (conf. los reenvíos de los arts. 2155 y 2159 CCC).

   El superficiario de la misma manera puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie (art. 2120, 2do. parr. CCC).[22]

(22) Encontramos su antecedente en el Código Civil de España, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo en su art. 41. Transcribimos a continuación la normativa que ilustra como se legisló en ese país de la Comunidad Europea.

CAPÍTULO III
Derecho de superficie

Artículo 40. *Contenido, constitución y régimen.*

1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede

Mientras exista este derecho, el nudo propietario o *dominus soli* (vgr. dueño del suelo) conserva sus facultades sobre la cosa, pero limitado al *ius abutendi,* dado que el *ius utendi* y *ius fruendi* le corresponderá al superficiario; a su vez éste tendrá el *ius utendi, ius fruendi* y *ius abutendi* sobre lo construido o plantado, pero limitado al plazo de duración de su derecho.

constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.

Artículo 41. *Transmisión, gravamen y extinción.*

1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Por su parte, el titular del derecho de superficie, aún en el supuesto de renuncia de este derecho, desuso o abandono, no queda liberado de las obligaciones legales o contractuales, en forma similar a lo que acontece con la propiedad horizontal (art. 2123 CCC). Ese precepto debemos correlacionarlo con el art. 2050 CCC, que dispone en la propiedad horizontal que se encuentran obligados al pago de las expensas comunes —gastos y contribuciones— además del propietario, los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título. Ergo, en el caso de afectar el inmueble construido al régimen de la propiedad horizontal, los titulares de las unidades funcionales deberán hacerse cargo de las expensas comunes, al igual que el superficiario, sin perjuicio de los términos convencionales que vinculen a ambos (art. 2048 CCC).

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie".

Lineamientos de la Hipoteca en el Proyecto de Reformas 2012

por **FEDERICO CAUSSE**[1]

1 | Preliminar

Con el art. 2205 y hasta el art. 2211 del Proyecto de Código Civil y Comercial,[2] se inicia el tratamiento acordado para el derecho real de hipoteca.[3]

Claro es para nosotros que la propuesta llevada a cabo por la Comisión de reformas, constituye —en cuanto al ordenamiento de la materia— un significativo avance si comparamos que para este derecho real el Código Civil vigente al momento de estas líneas, desarrolla en extensos y casuistas 195 artículos toda la temática relativa al derecho real de hipoteca.

(1) Funcionario Judicial de la Cámara Nacional en lo Civil, actualmente Juez Subrogante del Juzgado Civil n° 14 de la Capital Federal. Autor y co-autor de diversas obras entre las que pueden mencionarse *Técnica Jurídica del Proceso Civil*; *Ejecución Hipotecaria Extrajudicial*; *Subasta Judicial de Inmuebles*; *Código Civil Explicado, Expensas*; *Embargos*; *Acción Reivindicatoria*; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(2) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de reformas designada por el Decreto 181/2011, en adelante "Proyecto". Reservamos el término "Código" para referirnos al Código Civil vigente al momento de este aporte (abril de 2013).

(3) Art. 2205, Proyecto, 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".

Aún así, debemos aclarar que el proyecto concentró dentro del título "Derechos Reales de Garantía", varios capítulos entre los cuales la "Hipoteca" es el segundo.

Por tal motivo, es que al precederle a éste un título de "Disposiciones Comunes", el dispositivo legal previsto para el tema de nuestro trabajo, no se limita a los siete artículos a contar desde el 2205, sino que gran parte de su contenido obliga a la remisión de las normas comunes.

Desarrollaremos el instituto tal como ha sido proyectado en particular siguiendo en lo posible la regulación propuesta. Integraremos en lo posible aspectos que derivan de las "Disposiciones comunes" en tanto resulten a nuestro entender sustanciales.

2 | Conceptos generales

La hipoteca es el primer derecho real de garantía tratado en el Proyecto dentro de los Derechos Reales de Garantía.

La trascendencia de este derecho real es de primer orden, pues a tenor de la garantía que ella representa a favor de su titular, facilita el movimiento del crédito y con ello la concreción de negocios a favor de terceros. Su incidencia social e institucional ha sido reconocida por todas las legislaciones como un medio para que grandes proporciones de la población accedan a la vivienda. Merced a la tutela que concede al crédito en general, su uso ha sido extendido a favor de cualquier tipo de obligaciones.

Así pues, la Hipoteca es reglada por el articulado contenido en el Proyecto recogiendo las características que supo conservar desde la redacción primigenia del Código Civil Argentino. No podemos dejar de puntualizar que, a tenor del texto en análisis, los derechos reales de garantía han recibido un impulso cuyo análisis —en lo tocante a la hipoteca— haremos más abajo y que refiere a una nueva versión del consabido principio de accesoriedad.

2.1 | La hipoteca como tipo

Existe una ineludible derivación entre el concepto de *numerus clausus* y "tipicidad" en materia de derechos reales, de manera que la inexistencia del sistema cerrado tornaría abstracto la utilidad del segundo.

Mientras el *numerus clausus* garantiza la inmutabilidad del esquema de derechos de propiedad disponibles, bajo el "tipo" se reconoce el molde específico y en concreto para cada uno de ellos.

Reiterando la conceptualización a la que el legislador acudió para presentar cada derecho real, la comisión encargada del Proyecto ha decidido recurrir al tipo o molde dentro del cual cabrá considerar los caracteres a través de su concepto (art. 2205 del Proyecto).(4)

En punto a los perfiles propios de la hipoteca, si alguna ventaja debemos destacar, la observamos cumplida al ajustar el concepto que a ella se le atribuyó al establecer "el tipo" en el art. 3108 del Código.

El Proyecto corrige la definición de hipoteca en cuanto era en seguridad de un crédito en dinero, pues se recurre por vía del art. 2184(5) a que la garantía es de "créditos". También se repara que la cosa debía continuar en poder del deudor, dado que se precisa que el o los inmuebles continúan en poder del constituyente. Y por último, en lugar de referir a bienes inmuebles, se los llama correctamente uno o más inmuebles.

Al tratarse de cosas inmuebles su objeto, resulta de aplicación lo dispuesto por la ley de Registro de la Propiedad Inmueble, (arts. 2 inc. a, 3, 5, 10, 14 inc. b y c, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 36 y concs.).

2.2 | Persecución y preferencia

Las facultades de persecución y preferencia, son incluidas dentro del concepto de hipoteca proyectado.

Ambas son consecuencias que tiene la hipoteca y responden a su naturaleza de derecho real de garantía.

La primera, acorde a la oponibilidad *erga omnes*, permite que el acreedor o titular del derecho real conserve y extienda tanto sus facultades en la

(4) Ver nota 3.

(5) Art. 2184, Proyecto, 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".

cosa, cuanto la limitación que la hipoteca comporta para el dueño, sea que ella permanezca en poder del constituyente o de los sucesores universales o particulares.

Entendida así la facultad de persecución, deberá recordarse que para que ella tenga lugar se requiere la previa adquisición del derecho con título y modo suficientes (art. 1892).[6]

El acto de constitución del gravamen, siempre convencional conforme lo impone el art. 2185,[7] hace las veces de título; mientras que el modo suficiente se cumple con la inscripción registral que publicitará este derecho frente a los terceros interesados de buena fe.

Pero la cuestión del modo no queda reducida a la inscripción. En efecto, no podrán prevalerse de la falta de inscripción quienes participaron en el acto de constitución, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real (art. 1893). En este último punto, y recogiendo una doctrina realista que tan buenos resultados ha deparado para la seguridad jurídica en el tráfico y para la justa resolución judicial de conflictos, el Proyecto se hizo cargo de una correcta interpretación del principio de buena fe,

(6) Art. 1892, Proyecto,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.

(7) Art. 2185, Proyecto, 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".

que, pese a la proyección registral del instituto, no soslaya el conocimiento efectivo por medios extra registrales del gravamen.

Así que, decimos nosotros, la persecución importa hacer valer frente a cualquier tercero la existencia del derecho real constituido en legal forma. Dependerá del derecho de ese tercero (el deudor, el tercer poseedor —art. 2200—),[8] incluso del juez que ordene realizar la cosa o el embargante, entre otros, reconocerlo. En caso de conflicto, un juez es quien debe decidir, ya que él tiene la potestad jurisdiccional para hacerlo, la que no debe confundirse con la facultad de calificar el título para su inscripción.

El titular de este derecho puede perseguir el inmueble afectado en poder de los sucesivos adquirentes, requiriendo su ejecución y venta como cabría hacerlo contra quien constituyó la hipoteca (art. 1886). Concordantemente, el Proyecto regula en el art. 2199 la responsabilidad del propietario no deudor, la que reúne en el tercero constituyente o en el adquirente posterior sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado.

La preferencia, por su parte, supone, como la cualidad anterior, un derecho real adquirido con título y modo suficientes. Merced a ello, es que en los casos de conflicto entre el acreedor y cualquier tercero (titulares de derechos reales, derechos personales), la garantía prevalecerá según su temporaneidad o su causa.

Para el caso de ejecución individual, la preferencia se decide según su temporaneidad, de conformidad con el aforismo *qui prior in tempore, potior est iure*; mientras que en la ejecución universal o colectiva se considerará la garantía real como causa del privilegio.

La hipoteca —como los restantes derechos reales de garantía— determina un privilegio especial en favor de su titular a tenor de lo proyectado por el art. 2582.[9]

(8) Art. 2200, Proyecto, 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…".

(9) Art. 2582, Proyecto, Enumeración. "Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: …e) los créditos garantizados con hipoteca…".

Es aplicable al caso la graduación en rangos de otras hipotecas sobre el mismo inmueble, hipótesis que no desarrolla sino implícitamente el articulado (arg. art. 2197), por lo que cabe recurrir a las normas registrales aplicables (art. 19, ley 17.801).

2.3 | Observaciones al concepto dado

Aunque el "concepto" corrigió algunas desprolijidades advertidas tempranamente por la doctrina, cierto es que una nueva problemática se instala en torno a su aplicabilidad en el caso del derecho real de superficie.

Cómo resulta del Proyecto, también el superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre el "derecho" de construir, plantar o forestar, o sobre la propiedad superficiaria (art. 2120).[10] Sin embargo, no habría aquí un inmueble sobre el que hacer recaer el gravamen como se lo autoriza.

Pero lo cierto es que al precisar la especialidad en cuanto al objeto de los derechos reales de garantía, el art. 2188 del Proyecto[11] lo extiende a los derechos.

Quedará para las regulaciones específicas de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena la prohibición de constituir hipoteca, aunque dichos derechos tengan por objeto una o varias cosas inmuebles.

El Proyecto reenvía[12] a las normas especiales supuestos tales como la hipoteca naval y la aeronáutica según lo autorizan los respectivos títulos (art. 499 y ss. de la ley 20.094 y art. 52 y ss. de la ley 17.285). Anotamos, en esta misma línea, la hipoteca sobre minas de la tercera categoría, que pertenecen únicamente al propietario (ley 1919).

(10) Art. 2120, Proyecto, 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…".

(11) Art. 2188, Proyecto, 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".

(12) Art. 2184, Proyecto. Ver nota 5.

3 | Legitimación para constituir Hipoteca

El art. 2206[13] del Proyecto enumera qué titulares de derechos reales pueden constituir hipoteca, por deuda propia o ajena.

El tratamiento dado de este punto en el Código Civil remite a los arts. 3118 al 3127, por lo que la simplificación en el Proyecto se aprecia beneficiosa.

La legitimación perfila la idoneidad o posibilidad legal del derecho ejercido para —en este caso— cargarse el gravamen real. Si se hipotecara un derecho que no puede hipotecarse, el juez debería declarar la nulidad del acto de constitución por recaer en un derecho prohibido.

En ese sentido, los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie pueden constituir hipoteca, lo cual traduce la potestad de afectar un derecho propio como garantía.

Queda claro que antes de entonces y de un modo general, todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores (art. 242, Garantía Común del Proyecto).

De la mano con estos conceptos, vale decir que la hipoteca puede ser por deuda ajena, pero no el inmueble. Este último debe pertenecer en todo o en parte al constituyente, sea como titular de dominio perfecto, sea titular del derecho real de propiedad horizontal sobre una unidad funcional. En tanto si fuera condómino, puede constituirla por su parte alícuota, o si fuere superficiario, sobre el derecho concedido.

3.1 | Caso del dominio revocable y fiduciario. Hipoteca sobre la nuda propiedad

Hipótesis específica contempla el art. 1966 del Proyecto[14] para el titular del dominio revocable, aunque considerando la vigencia temporal al que

(13) Art. 2206, Proyecto, Legitimación. "Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie".

(14) Art. 1966, Proyecto, 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".

este se halla sujeto. Acaecida la condición o plazo resolutorio, cabe entender la extinción también del gravamen.

En tanto que para el dominio fiduciario, el art. 1704 del Proyecto[15] otorga las mismas facultades que al dueño perfecto, de lo que se infiere la facultad de constituir hipoteca. La regla en este caso es la irretroactividad. Por lo que salvo que la hipoteca no fuera autorizada en el contrato, o que su constitución no se ajuste a los fines del fideicomiso y el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso, aquella irretroactividad subsiste.

No abrigamos dudas en torno a que la hipoteca puede constituirse sobre la nuda propiedad.

3.2 | Caso de la hipoteca en la Propiedad Horizontal

Respecto de la posibilidad de hipotecar el derecho de propiedad horizontal, queda claro que cada propietario puede constituir hipoteca sobre la unidad funcional que le perteneciese.[16]

La regulación actual en la Ley 13.512, contempla la posibilidad de hipotecar todo el edificio al expresar en el art. 14 que "no podrá hipotecarse el terreno sobre el que se asienta el edificio de distintos propietarios, si la hipoteca no comprende a éste y no cuenta con la conformidad de todos los propietarios".

Aunque sobre el particular nada dice el Proyecto, estimamos que en análogos términos puede gravarse con hipoteca el terreno conjuntamente con el edificio.

(15) Art. 1704, Proyecto, Facultades. "El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas".

(16) Art. 2045, Proyecto, Facultades. "Cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, …constituir derechos reales…. 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".

3.3 | Derecho real de Superficie

El derecho de superficie, en el contexto dado por el Proyecto y su art. 2114[17], concede al superficiario según el art. 2120[18] la facultad de constituir derechos reales de garantía sobre el derecho a construir, plantar o forestar, o sobre la propiedad superficiaria, sujeto al plazo de duración del derecho de superficie.

Cabe precisar que el contenido de la superficie que da derecho a plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, resulta objeto de hipoteca, por autorización del art. 2188[19] en cuanto establece que las cosas y "los derechos" pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía.

Recordamos aquí lo expuesto por la comisión reformadora: "se acepta que el objeto puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena...".

3.4 | Suerte de la convalidación

En la regulación del Código Civil, para la válida constitución de hipoteca, el inmueble debe pertenecer al propietario que lo gravara al momento de la afectación. El art. 3126 también del Código Civil, excepciona a este caso de la posibilidad de que la constitución quede convalidada con posterioridad. Hasta entonces la hipoteca es nula, sin que por tal antecedente pudiera obligarse al constituyente a adquirir el bien que hipotecó.

(17) Art. 2114, Proyecto, 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.

(18) Art. 2120, Proyecto, 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…

(19) Art. 2188, Proyecto, ver nota 12.

Dada la regulación especial acordada al caso, viene a cuento puntualizar que la Comisión Reformadora designada por el decreto 191/2011 no hace excepción de la convalidación ulterior de la hipoteca, pues la entiende injustificada.[20] Se recoge de esta manera la tenencia mayoritaria que entendía injustificada la exclusión de la hipoteca constituida por quien no era propietario, para el caso de serlo ulteriormente, pues la solución desatendía a quienes actuaban de buena fe. También configuraba un infundado apartamiento cuando para el supuesto de otros derechos reales como el dominio al que le concede mayores facultades, la autorizaba.

3.5 | Observaciones a la legitimación

La enumeración que efectúa el art. 2206 del Proyecto omite incluir entre los legitimados a constituir este gravamen a los conjuntos inmobiliarios, al tiempo compartido y a los cementerios privados.[21][22]

Respecto al primero —conjuntos inmobiliarios— puesto que, conforme el marco legal impuesto por el art. 2075 del Proyecto,[23] si se trataren de inmuebles deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, aunque en definitiva ajustado a las previsiones del capítulo 1 del título VII del proyecto. Por tal motivo, y por no prohibirlo el art. 2078 del Proyecto,[24] la constitución de gravamen por parte del propietario de la cosa afectada a

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

(21) Alterini, Jorge Horacio, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Academia Nacional de Derecho 1, setiembre 2012, y en *La Ley* 2012-E, 898.

(22) Anotamos aquí la crítica de Ruiz de Erenchum en Revista del Colegio de Abogados de La Plata —edición especial Unificación y Reforma— en la que sostuvo respecto de estas figuras que debieron agruparse como "Derechos reales de propiedad con caracteres especiales", p. 177. En idéntico lugar, critica también la no inclusión del Leasing como otro derecho real de garantía.

(23) Art. 2075, Proyecto, Marco legal. "(…) Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y personales".

(24) Art. 2078, Proyecto, Facultades y obligaciones del propietario. "Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los limites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad y administración del

derecho real resulta procedente. Lo propio puede decirse del derecho real de tiempo compartido según la redacción dada por el art. 2087 del Proyecto.[25]

El caso del derecho real de Cementerios privados, que para el art. 1888 del Proyecto recae sobre cosas propias, a nuestro entender no podría ser objeto de gravámenes reales por expresa prohibición del art. 2104.[26] Aun así, si se estimara que consideradas individualmente las "parcelas" sobre las que el art. 2112[27] entiende que le son aplicables las normas sobre derechos reales, la solución podría ser distinta, máxime que el art. 2110[28] las excluye de la inembargabilidad que pregona con causa en créditos provenientes del saldo de precio y de construcción del sepulcro.

4 | La hipoteca en el condominio

Una descripción de la figura del condominio como derecho real, implica remitirnos al derecho de propiedad de varias personas sobre una cosa común. Más lo que caracteriza a este derecho real es que a cada uno le corresponde por una parte indivisa.

Al tratar sobre las facultades de cada condómino con relación a la parte indivisa, el art. 1989 del Proyecto expresamente prevé la potestad de gravar la cosa en la medida de su parte.

Visto así el asunto, la problemática que encierra la hipoteca de una parte indivisa tiene que ver con las posibilidades de los restantes comuneros ante el evento de la ejecución de la cuota.

conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos".

(25) Art. 2087, Proyecto, 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 brindar las prestaciones compatibles con su destino".

(26) Art. 2104, Proyecto, Afectación. "(…) 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".

(27) Art. 2112, Proyecto,Derecho real de sepultura. "Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre los derechos reales".

(28) Art. 2110, Proyecto, 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".

Para despejar cualquier incertidumbre, el dispositivo legal proyectado sienta el principio en virtud del cual la potestad de gravar la cosa acontece sin que sea necesario el asentimiento de los restantes condóminos (art. 1989 del Proyecto). Su explicación tiene por causa que, en relación con la cuota, cada condómino ejerce un derecho absoluto.

El Proyecto gana en claridad pues en la regulación que el Código Civil vigente daba, se reglaba separadamente según la ejecución aconteciera antes o después de la división entre los comuneros (art. 2677 y 2678).

No es este el lugar en el que reproducir el debate doctrinario instalado con causa en la redacción del art. 2678 del Código Civil, en tanto sujetaba la vigencia de la hipoteca al resultado de la partición, sin darle a esta efecto alguno en caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario —no deudor— o le sea adjudicado en licitación. Ello por cuanto, para nosotros, siempre quedó claro que la adjudicación sin intervención del acreedor hipotecario es inoponible al acreedor, pues lo contrario importaría dejar en letra muerta lo prescripto por el art. 3157 en cuanto queda prohibido al propietario del inmueble hipotecado realizar acto de disposición material o jurídica que tenga por consecuencia disminuir el valor del bien.

En este sentido se expresa ahora la solución del art. 2207 del Proyecto cuando en su parte final expresa que "Mientras subsista esta hipoteca, la partición extrajudicial del condominio es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso".

4.1 | Actuación del acreedor hipotecario de una parte indivisa

Como lo autoriza el art. 1997 del Proyecto,[29] salvo convenio expreso, cualquier condómino puede pedir la partición de la cosa en todo momento.

Ínterin, el acreedor hipotecario tiene su derecho a ejecutar el crédito que la hipoteca garantiza, sujeto a que exista mora en su cancelación. En tal

(29) Art. 1997, Proyecto, 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".

contexto, puede suceder que los condóminos decidan por vía judicial o extrajudicial acceder a la partición de la cosa común.

Es judicial, cuando cualquiera de los condóminos intenta la acción de división de condominio, en cuyo caso el juez ordenará trabar la *litis* con los restantes condóminos, a fin de que contesten la demanda y expresen si existe algún convenio de suspensión de la partición (art. 2000) o situación de indivisión forzosa (como cuando la partición resulte nociva) (art. 2001). En su caso, si no lo hubiere, dictará sentencia ordenando la forma de la división de acuerdo a la naturaleza de la cosa (art. 676 CPCCN). Ante la falta de consenso, se subastará el bien en condominio.

Es aquí donde el acreedor hipotecario deberá ser citado, debiendo ponderarse en este caso lo dispuesto por los art. 2197 del proyecto[30] bastando su citación para que el juez ordene oportunamente la cancelación del gravamen. La falta de notificación acarreará el mantenimiento del gravamen.

La naturaleza del derecho del acreedor en modo alguno autoriza su oposición a la partición, y, en su lugar, su llamamiento se concentra en controlar el procedimiento y hacer valer su derecho por el crédito que ostente y por el privilegio que represente.

La manera en que el acreedor reclama su crédito es demandando su cobro. Ni la condición de acreedor, ni la naturaleza de su garantía le bastan para que sean arbitrados de oficio los medios tendientes a cancelar la deuda pues ella debe ser reclamada y, previa sustanciación con los demás interesados, reconocida judicialmente en su monto y privilegio.

Extrajudicialmente el procedimiento de partición no encuentra en la letra del artículo una fórmula procedimental a seguir. De ahí que el precepto se agote en establecer la "inoponibilidad" de cualquier acuerdo si no cuenta con su expreso consentimiento. Esta inoponibilidad autoriza la prosecución

(30) Art. 2197, Proyecto, 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 a la restitución de lo percibido en la extensión del art. 349 para el caso de frustración de la condición".

del trámite de ejecución que intente el acreedor, respecto de todo derecho real inscripto posteriormente, sea quien fuere el titular de la alícuota.

4.2 | Por una oposición fundada

El consentimiento expreso dado por el acreedor hipotecario a la partición importará renunciar en lo futuro a desconocerle sus efectos.

Lo expuesto no comporta en modo alguno una renuncia al crédito principal que la garantía tutela, pues aquello que la norma considera es la oponibilidad del acuerdo particionario.

También consideramos que, aunque el art. 2207 del Proyecto[31] no lo diga, el acreedor puede oponerse al resultado de la partición privada esgrimiendo para tal fin una oposición fundada. De tal manera, si por la propuesta partitiva el acreedor viera perdida la garantía al quedar la cosa en el lote de otro condómino o en manos de un tercero sin subsistencia del gravamen, o que por la forma de división de la cosa el lote que recibiera el condómino viera afectado su valor a cuenta de no dar idéntica garantía, la oposición debería ser acogida.

Pero subsiste en toda esta incidencia otra cuestión que es principal. Si por efecto del art. 2197[32] del Proyecto el bien gravado fuera subastado antes del cumplimiento del plazo, el titular de la hipoteca tiene derecho a dar por caduco el plazo con que contaba el deudor para satisfacer el crédito y acudir al remate del bien "verificando" la deuda y su privilegio.

Quizás lo dicho sea la pauta para contemplar los límites del derecho del acreedor a oponerse a la partición, pues, insistimos, aunque el precepto no indica que la falta de consentimiento debe ser fundada, ello se infiere del marco conflictivo mismo. Acontecería que la disputa, encontrará a titulares de derechos reales en una dinámica que controvierte la libertad de sus respectivos derechos.

(31) Art. 2207, Proyecto, 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 condómino es inoponible al acreedor hipotecario que no presta consentimiento expreso".

(32) Art. 2197, Proyecto. Ver nota 30.

5 | Aplicación del principio de convencionalidad

Para analizar las exigencias impuestas por el Proyecto al acto constitutivo de la hipoteca, cabe considerar previamente el art. 2185[33] del mismo cuerpo.

A través de dicho precepto se prevé como recaudo esencial una convención como causa fuente de los derechos reales de garantía. Distinto es el concepto de "creación" de los derechos reales, que tiene a la ley como única razón y motivo.

Esa convención requiere la intervención de los legitimados a los que antes nos hemos referido. Dicho así, esto es, imponiendo "el pacto" para la constitución de la hipoteca, el texto sugiere la exclusión de hipotecas judiciales y tácitas.[34]

La solución proyectada ratifica la regulación existente en el Código y a nuestro entender despliega argumentos en torno al dispositivo que autoriza su registración y la eventual ejecución.

Pero el Proyecto va más allá. Dice que la aceptación del acreedor puede ser ulterior, de lo que derivamos que sólo hay hipoteca una vez aceptada.

Sin perjuicio de que la convencionalidad debe ser interpretada considerando la intervención del propietario del inmueble y del acreedor hipotecario, no soslayamos los supuestos contemplados por la ley 23.576/88 (t.o. ley 23.962) sobre Obligaciones Negociables. También cabe considerar el caso de ofrecer garantías de terceros en el marco de las propuestas de acuerdo preventivo que estatuye el art. 43 de la Ley de Quiebras (ley 24.522).

(33) Art. 2185, Proyecto, Convencionalidad. Ver nota 7.

(34) Con acierto, Iturbide precisa que a más de las nombradas, resulta imposible constituir derechos reales de garantías judiciales, ni por vía testamentaria (*op. cit.* Iturbide, Gabriela A. "Los derechos reales de Garantía" en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 1077.

5.1 | Forma del acto constitutivo

Cuando los derechos reales tienen por objeto una cosa inmueble, el Proyecto dispone que la convención deberá efectuarse en escritura pública.[35]

Al prever la forma expresamente —escritura pública—, deviene indisponible para las partes, aún bajo el amparo de la autonomía de la voluntad, acceder a una forma distinta. Cuando la ley exige la escritura pública, se entiende que no podría ser demostrado por un medio distinto.

Como aconteciera con la regulación anterior, la escritura pública se presenta como un requisito *ad solemnitatem"*. Esto es, que sin la forma, el acto carecería de existencia legal.

A su vez, cuando la hipoteca se formalizara en un país extranjero y refiriera ella al gravamen de un inmueble situado en la República, tendrá la misma fuerza que el contrato hecho en el territorio del Estado, "siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados".[36]

A todo evento, también se prevé como derecho aplicable para derechos reales sobre bienes registrables el del Estado del registro.[37]

5.2 | La convención para su publicidad

La convención que se requiere para la constitución del derecho real de hipoteca va a permitir —publicidad mediante— la oponibilidad de la garantía desde el momento en que puede ser conocida por los terceros.

Ello afianza el interés público al publicitar las limitaciones que las garantías reales producen, lo cual importa dar seguridad al tráfico de bienes, reducir

(35) Art. 1017, Proyecto, Escritura pública. "(…) a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles".

(36) Art. 2667, Proyecto, Derecho aplicable, Derechos Reales sobre Inmuebles. "Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados".

(37) Art. 2668, Proyecto, Derecho aplicable, Derechos reales sobre bienes registrables. "Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del estado del registro".

eventuales impugnaciones, como también satisfacer el interés del tercero que no podría sustraer su conocimiento de la publicidad posesoria y registral, según su caso.

La inscripción de los derechos reales constituidos sobre inmuebles es la reglada por la ley 17.801,[38] en el contexto de un sistema declarativo.

5.3 | Precisiones en torno a la aceptación por parte del acreedor

En la actual redacción, el art. 3130 del Código previene que cuando la hipoteca ha sido establecida por una escritura pública en que el acreedor no figure, podrá ser aceptada ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de su constitución.

El art. 2208 del Proyecto[39] autoriza la aceptación del acreedor en forma ulterior al acto constitutivo, imponiendo a tal fin que la manifestación se otorgue por escritura pública, previa a su registración.

Con la nueva redacción deja de tener lugar la opinión doctrinaria que autorizaba la aceptación por instrumento privado y aún tácitamente. Con igual peso, queda ratificado que el contrato portante de una hipoteca es uno solo, con intervención del propietario y del acreedor, aunque este segundo —parte principal del negocio y no complementaria— pueda hacerlo ulteriormente.

Así, la aceptación de la garantía puede cumplirse por sí o por mandatario especialmente facultado para el efecto.

Señalamos también que a diferencia del texto anterior, el Proyecto omite afirmar el efecto retroactivo de la aceptación. Por lo que, ponderando la ausencia de consideración por parte del Proyecto y las razones de tutela hacia los terceros con derechos inscriptos a su favor, estimamos que respecto de ellos la aceptación ulterior sería inoponible.

(38) Arts. 1, 2, 3 y concs.

(39) Art. 2208, Proyecto, 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 previamente a su registración".

5.4 | Inscripción de la hipoteca

Dado que el gravamen hipotecario no concede a su titular la posesión de la cosa, es necesaria su publicidad por medio de la inscripción registral pertinente. Ello se cumple en el registro de la propiedad inmueble en el que tenga su asiento la cosa hipotecada.

Hasta su inscripción, como lo establece el Proyecto, siguiendo al Código, la hipoteca no perjudica a terceros.

Sin embargo hay que hacer notar que del sistema que fluye de los arts. 1892[40] y 1893,[41] la publicidad que con la inscripción se consolida, refiere a la que alcanza a los terceros interesados y de buena fe.

(40) Art. 1892, Proyecto, 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".

(41) Art. 1893, Proyecto, Inoponibilidad. "La adquisición o trasmisión 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".

Ínterin, 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 (arg. art. 1893).

Los arts. 5, 23 y 24 de la ley 17.801 imponen al escribano o funcionario público interviniente que para autorizar documentos de constitución de derechos reales deberá tener a la vista, entre otros elementos, la certificación expedida al efecto, en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas. Dicha certificación tendrá un plazo de validez de quince, veinticinco o treinta días, según la radicación del domicilio del requirente e impone que, cumplido el acto dentro del dicho término y presentado para su registración, dentro de los 45 días desde su otorgamiento, ellas se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación.

6 | Postura frente a la accesoriedad y la especialidad

Aunque el tema corresponde al capítulo sobre Disposiciones comunes (arts. 2184 a 2204 del Proyecto), creemos necesario puntualizar nuestra postura frente al tema del título.

Ello obedece a que cuando el Proyecto enumera de manera separada a la accesoriedad dedicándole el art. 2186[42] a título general, toma partido en ese sentido. Lo mismo acontece cuando presenta el art. 2187[43] y precisa qué clase de prestaciones comportan los "créditos garantizables". Y también cuando establece en el art. 2189[44] que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente.

(42) Art. 2186, Proyecto, 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".

(43) Art. 2187, Proyecto, 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 ley".

(44) Art. 2189, Proyecto, 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

6.1 | La obligación principal, el crédito y la hipoteca

El art. 856 del Proyecto dice que los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos que antes indica, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor. Como efectos de lo dicho, expresa el art. 857 del Proyecto que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.

En materia de Derechos reales de garantía, el art. 2187 del Proyecto[45] puntualiza que se puede garantizar cualquier crédito individualizándoselo adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley.

La praxis de lo expuesto impone anticipar que en el acto constitutivo tendrá lugar, cuanto mínimo, qué crédito reviste la condición de principal. Ello es inevitable si, entre otros, la hipoteca es concebida como garantía y por tanto, de naturaleza accesoria.

Ante el incumplimiento de la obligación principal, es función de toda garantía específica, asegurar el cobro judicial o extrajudicial del crédito en los términos y prerrogativas que la garantía concede.

Sea que se demande ejecutivamente en los casos en que así lo autoriza la ley procesal, o se intervenga en la realización que otro intente respecto de un bien gravado con derecho real de garantía (art. 2197),[46] el titular del crédito —y necesariamente de su accesoria garantía— deberá presentar a la causa judicial, el acto constitutivo del gravamen del que resulte la individualización del crédito garantido. Blandir el título, si se quiere,

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 pueda exceder de diez (10) años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia".

(45) Ver nota 43.

(46) Ver nota 30.

deviene imprescindible, por imposición del de rito y por designio de la oponibilidad del contrato que pretenderá hacer valer frente al deudor y eventualmente terceros. También ante el juez.

Véase la exigencia de tal obrar que la incomparecencia del acreedor hipotecario citado, activa el mecanismo que predica el art. 2203 del Proyecto,[47] con lo que la garantía real se extingue.

6.2 | Accesoriedad y especialidad

La accesoriedad según art. 2186 del Proyecto[48] y la especialidad en cuanto al crédito nominada por el art. 2189 del Proyecto,[49] traducen principios estatutarios con proyección en el rango de avance y en el *números clausus*. Repercute también en el ámbito concerniente a la tutela del crédito, fijando pautas insoslayables para el tráfico y la licitud de la causa.[50] Ambos en igual medida contribuyen a dar seguridad jurídica y están amparados por el orden público.

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.

El crédito es una obligación personal del deudor. Este la satisface cumpliendo la prestación.

Si la incumple, nace el derecho del acreedor a exigir su cumplimiento. Cuando este último reclama con causa en la obligación personal incumplida,

(47) Art. 2203, Proyecto, 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".

(48) Ver nota 42.

(49) Ver nota 44.

(50) Cerávolo ejemplifica lo concerniente al avance del rango diciendo: "La indeterminación del crédito garantizado con aquella hipoteca en primer grado, y la consecuente posibilidad de su permanente variación o sustitución por otro, impedirían indefinidamente el avance del gravamen de rango ulterior, atentando contra el sistema con claras notas de orden público". Cerávolo, Ángel Francisco, *"Hipotecas abiertas. Nulidad por indeterminación de la causa fuente de la obligación garantizada"*, *La Ley* 2006-C, 588.

demanda el crédito que, si además tiene por garantía una hipoteca, ejercerá su acción personal por cobro de crédito con las prerrogativas que el derecho real le concede.

La especialidad en cuanto al crédito refiere al monto del gravamen involucrado. Ha sido tajante el proyecto sobre este particular, al darle a la especialidad un rango distintivo a la accesoriedad que antes trata (art. 2186).

Por tal motivo, ahora, nada tiene en común la especialidad en cuanto al crédito con el crédito o causa de la hipoteca, y ello se verifica cuando califica a la especialidad crediticia como "el monto de la garantía o gravamen que debe estimarse en dinero y queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen" (art. 2189).

Este último tópico funciona como tope de cobertura privilegiada, constituyendo ello un acertado norte por parte del Proyecto.

En efecto, sea que se trate de créditos que precisen una estimación para conformarlo e incluso los dinerarios que no la requieren, cierto es que el Proyecto avanza en establecerlo como tope por todo concepto. Allí tendrán cobertura privilegiada el capital, los intereses, las costas, multas y todos los conceptos debidos por el crédito y su ejecución, más sólo hasta la suma consignada, sin excepción alguna, debiendo por el excedente, subsistir como crédito quirografario.

Con él queda al descubierto el grado de agresión patrimonial que, con causa en el crédito, tornará preferente al acreedor que ostente la garantía real respectiva.

6.3 | Hipoteca abierta

Para nosotros existe hipoteca abierta cuando el gravamen se constituye incumpliendo el principio de accesoriedad.

La relación causal es presentada 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 y 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 que el plexo normativo anterior y el proyectado consignan 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 lo 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 en el Proyecto 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 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 adquiera entidad o no con posterioridad.

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.

6.4 | Las prestaciones y la garantía hipotecaria

El Proyecto de reformas trae una novedad que impacta —entre otras— en materia hipotecaria.

Se trata de tres previsiones cuya conexidad quedará en manos de la doctrina y de los tribunales precisar.

Por una parte encontramos el art. 2187 del Proyecto,[51] que exige que al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse a través de los sujetos, el objeto y su causa con las excepciones admitidas por la ley. Luego el art. 2189,[52] donde se dice que el crédito puede estar individualizado con todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente. Por último, el art. 2190, que al referir a los defectos en la especialidad, pregona la validez de la garantía aunque falte alguna de las especificaciones del objeto o del crédito, siempre que se la pueda integrar de acuerdo al conjunto de enunciaciones del acto constitutivo.

Si bien la cuestión es propia de las disposiciones comunes de los derechos reales de garantía, por su vinculación con la hipoteca lo abordaremos brevemente y desde una perspectiva exclusivamente funcional.

Ante la ejecución o cobro de un crédito con garantía hipotecaria, la individualización del primero resulta ineludible. Para cumplir ese extremo, y de conformidad con el principio de accesoriedad, el crédito debe estar referido[53] en el contrato hipotecario. En su defecto, decimos, la hipoteca es nula por falta de accesoriedad.

Ahora bien, cuando el Proyecto refiere al "crédito" y ejemplifica su contenido (art. 2187), exige su "adecuada" individualización y lo hace para evitar que créditos indeterminados sean incluidos en la garantía hipotecaria.

(51) Ver nota 43.

(52) Ver nota 44.

(53) Decimos "referido" con el alcance del contrato al que accede o el archivo en el que se encuentra.

Es cierto que el crédito puede estar individualizado desde el origen con todos los elementos (sujetos, objeto y causa) o puede nacer posteriormente.(54)

Pero ¿qué es lo que puede nacer posteriormente? Los sujetos claro que no, ellos son parte esencial y contemporánea a la convención. La causa fuente tampoco, pues sin causa no hay obligación conforme el art. 726 del Proyecto,(55) y si no la hay, tampoco existiría hipoteca ni se podría hablar de la existencia de un crédito. Menos aún podría llegarse a ella integrándola al conjunto de enunciaciones del acto constitutivo. Se estima inconveniente que la indagación causal, venga de la mano de la autorización que concede el art. 2190 del Proyecto,(56) la cual —pese a titularla "defectos en la especialidad"— refiere al crédito y sabido es que no resulta propio del régimen procesal vigente, este tipo de análisis en el contexto del proceso ejecutivo.

Por tanto, es la prestación en concreto u objeto la que puede ser dispensada de quedar consignada en el contrato hipotecario. He aquí la flexibilidad concedida al carácter accesorio de la hipoteca.

Y entendemos que es la prestación en concreto u objeto, pues la dinámica a la que esta reforma apunta en este tópico —corrientemente giro comercial, bancario o financiero—, encuentra un sin número de operaciones a concertarse en lo futuro, dentro del marco de un negocio jurídico específico que sí debe expresarse en la convención y que es productor de obligaciones que habrán de materializarse durante el curso de la relación entre el acreedor y el deudor.

En otras palabras, la causa fuente —esto es el origen, el antecedente material del negocio, el acto jurídico productor de las prestaciones—, no puede ser omitido en la convención.(57)

(54) No se ajusta al texto propuesto la interpretación que admite como posible que pueda prescindirse en el acto constitutivo de "todos" los elementos referidos. Tampoco que el segundo párrafo se lea como que el crédito puede estar individualizado con todos los elementos o pueda individualizárselo posteriormente.

(55) Art. 726, Proyecto, Causa. "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico".

(56) Art. 2190, Proyecto, 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 enunciaciones del acto constitutivo".

(57) Opinan Bono y Puerta de Chacón sobre el punto:"(...) la admisión de la garantía de máximo, no tratándose de un crédito determinado, requiere establecer el marco de una

El giro de negocios de la naturaleza referida impuso esta práctica y de ahí que el Proyecto intente la extensión de los conceptos, so pena de conservar un instrumento inútil en el marco de las garantías.

De tal manera, éste es el alcance que le damos en el régimen hipotecario a la excepción admitida en el *in fine* del art. 2187 del Proyecto.

El máximo de agresión patrimonial y los créditos nacidos durante el plazo convenido, que no podrá ser superior al de 10 años a contar desde la convención, no constituyen el límite dentro del cual es permitida una hipoteca abierta, sino el marco contractual dentro del que podrán tener lugar las operaciones concretas, gestadas con causa en la relación jurídica descripta en el acto constitutivo.(58)

En suma, así vista, la regulación, que fomenta en los límites descriptos una mayor amplitud en el cumplimiento de la accesoriedad, no abandona el mentado principio que —hay que reiterarlo— interesa tanto a las partes como a la comunidad a la cual la prerrogativa reconocida al gravamen real le será en definitiva opuesta. Entre estos últimos citamos a futuros acreedores o adquirentes.

7 | La determinación del objeto

En el acto de constitución del gravamen debe describirse el inmueble afectado con las constancias que allí se indican.(59)

vinculación pre-existente (variable y dinámica) que pueda aumentar o multiplicarse en nuevas causas contractuales (negocios bancarios, suministro de mercadería, etc.)". Bono, Gustavo A. y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el proyecto de Código", *La Ley*, 04/10/2012.

(58) En el mismo sentido se expresa Iturbide al decir que el plazo de diez años "se trataría de un plazo máximo para el nacimiento de créditos garantizables, de modo que los que se constituyan con posterioridad no gozarían de garantía" Iturbide, Gabriela A., "Los derechos reales de garantía" en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 1079.

También Dodda, Zulma, "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca" en *Estudios de Derechos Reales, con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012-IV.

(59) Art. 2209, Proyecto, Determinación del objeto. "El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos

Resulta de aplicación respecto de los inmuebles lo dispuesto por la ley 26.209 de Catastro Nacional. Allí se fija que los catastros administrarán los datos relativos a los objetos territoriales. A tal fin, tiene por función registrar la ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los derechos de propiedad emergentes de los títulos invocados o de la posesión ejercida.

La finalidad del precepto radica en individualizar adecuadamente el objeto en el acto constitutivo, a los efectos de satisfacer la manda del art. 2188.[60]

Como casos anómalos podemos citar, primero, el supuesto de la hipoteca naval que tiene por objeto a todo buque que tenga un tonelaje de arqueo total no menor a diez toneladas aún en construcción, y también sobre el artefacto naval habilitado o en construcción (art. 499 y ss. de la ley 20.094); y en segundo lugar, la hipoteca sobre minas de la tercer categoría, que pertenecen únicamente al propietario (ley 1919)

8 | El rango en materia hipotecaria

En caso de concurrir varias hipotecas sobre un mismo inmueble, prevalecerán en su cobro los créditos de aquellas que hubieran sido inscriptas antes que otras.

Conforme lo anuncia el art. 2193 del Proyecto[61] el crédito cubierto por la garantía real incluye obviamente el capital e intereses y los accesorios como daños —cláusulas penales y costas-gastos por la reclamación judicial—. Toda suma debida con anterioridad a la convención deberá quedar

de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización".

(60) Art. 2188, Proyecto, 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".

(61) Art. 2193, Proyecto, 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".

liquidada en el contrato, expresando su causa. Recuérdese en este punto que el Código vigente prevé la adición de intereses "debidos de dos años y los que corran durante el juicio de ejecución hasta su efectivo pago".

Fijado el monto en el convenio participa de las seguridades privilegiadas que otorga la hipoteca. Entendemos que la posición de la hipoteca puede ser objeto de convenio con otros gravámenes, mutando unos por otros en la medida en que no se siga de ello perjuicio para otro acreedor intermedio.

No traduce ello la cesión de la hipoteca, sino sólo un negocio que reposa en la cualidad adquirida por el emplazamiento alcanzado al momento de su inscripción.

El art. 19 de la ley 17.801 expresa que las partes podrán, mediante declaración de su voluntad formulada con precisión y claridad, sustraerse a los efectos del principio de prioridad, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos, compartiendo la prioridad o autorizando que esta sea compartida.

9 | Inscripción

Prescribe el art. 2210 del Proyecto que los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte (20) años, si antes no se renueva.

Cabe distinguir a la extinción del gravamen, que se produce por causales que se vinculan con la obligación principal, de la cancelación del gravamen, que no es sino consecuencia de la primera, y de una disposición jurídica expresa como la que refiere el art. 2204.

En este caso, la duración de la hipoteca tiene que ver con la vigencia de la inscripción registral, la que se conserva por el término de veinte (20) años.

Mientras la cancelación precisa un instrumento con aptitud registral para volcar el fin del gravamen, lo cual ocurrirá por vía de una nueva rogatoria conteniendo un negocio que lo predique o una escritura o el oficio judicial que comunique la situación referida en el art. 2204, la caducidad requiere únicamente el fin del término de vigencia del asiento sin que se lo renueve.

Es más, ni siquiera debe cancelarse la anotación, esto es, volcar en un nuevo asiento el vencimiento operado. Los efectos de la caducidad son automáticos.

Lo expuesto —caducidad de la hipoteca por el vencimiento del término de 20 años— interesa a terceros. Pero las partes no podrían prevalerse de la falta de inscripción del gravamen vigente por subsistir el crédito principal, pues siendo los primeros interesados y responsables de los avatares del crédito principal, para ellos la hipoteca subsiste.

El régimen declarativo de la inscripción registral pone en evidencia esta solución, la que además resulta receptada por el art. 20 de la ley 17.801.

Dejamos de lado al caso de la hipoteca constituida a favor de Bancos Oficiales. La ley 22.232 que reglamenta las funciones del Banco Hipotecario Nacional, y la ley 21.799, que estatuye la carta orgánica del Banco de la Nación Argentina, entre otras, hacen perdurar los efectos de la hipoteca hasta la cancelación del crédito.

10 | Convenciones para la ejecución

El art. 2211 del Proyecto[62] admite, a diferencia del régimen actual, aquello que nuestros tribunales autorizaron bajo el amparo de la autonomía de la voluntad y su incursión en el derecho público procesal.

De ahí que se interprete uniformemente que las partes puede pactar aspectos como el de la desocupación, la base del remate, conservar el acreedor el título de propiedad, entre otras, por lo que se entiende que si las partes guardan silencio sobre el particular habrá de interpretarse que adscriben al régimen procesal pertinente.

De modo que nada impide que lo convenido por ellas desplace parcialmente el procedimiento impuesto por la ley ritual. Este punto tiene explicación en la inteligencia de que los intereses generales y colectivos

(62) Art. 2211, Proyecto, Convenciones para la ejecución. "Lo previsto en este Capítulo no obsta a la validez de las convenciones sobre ejecución de la hipoteca reconocidas por las leyes especiales".

(fundantes del orden público) no se resienten cuando en su exclusivo interés los interesados pactan algunos extremos de la ejecución.

Si en lugar de ello establecen las pautas que regirán algunos aspectos de la ejecución, tal convenio sólo podrá ser desplazado cuando una nueva ley dé carácter imperativo a sus normas sustituyendo el precepto supletorio.

Todo esto se integra en la inteligencia que el Derecho Procesal es en su conjunto de orden público, lo que no significa que todas las reglas que lo integran adquieran tal carácter.

En rigor, el cobro de crédito con garantía hipotecaria se cumple mediante un juicio normalmente ejecutivo en el cual se reclama el crédito. Vertebrado el contradictorio, en su caso se admite la prosecución de la causa hasta la realización de la cosa y la distribución de los fondos obtenidos por su remate.

La ley 24.441 innovó en la materia al autorizar un procedimiento denominado "extrajudicial", en el que luego de habilitada la vía judicialmente, el acreedor cumple *per se* la preparación y subasta extrajudicial del inmueble hipotecado. Al tratarse este procedimiento de uno en el que son las partes quienes convienen transitarlo, su habilitación desde el texto proyectado parece razonable.

Pero también existen dispositivos legales que acuerdan la realización extrajudicial —administrativa— de bienes hipotecados. Y son los casos de la ejecución seguida por entidades bancarias oficiales como el Banco de la Provincia de Buenos Aires, y el actualmente privatizado Banco Hipotecario Nacional.

La medianería urbana en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por **CLAUDIO KIPER**[1]

1 | Concepto y clasificación de los muros

1.1 | Distintas clases de paredes

El Código de Vélez alude a distintas clases de muros o paredes divisorias pero no contiene ni una clasificación ni una descripción del concepto de cada tipo de pared. El Proyecto de Código en este aspecto avanza, ya que se ocupa de clasificarlas y de conceptualizarlas.

Cabe adelantar que hay dos maneras generalmente conocidas de clasificar a los muros: *a)* desde el punto de vista físico, esto es, cómo han sido

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA, 1989). Profesor titular, por concurso, de "Derechos Reales" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A. También de la misma materia en la Universidad Torcuato Di Tella; en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES); y en la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca). Fue Secretario de la Corte Suprema de la Nación (1982-1993). Fue integrante del Consejo de la Magistratura de la Nación (1998-2005). Actualmente, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Autor de varios libros y de numerosos artículos sobre temas de su especialidad. Ha dictado cursos de posgrado, conferencias, y otras actividades para graduados. Ha sido Jurado y Director de diversas tesis doctorales. Becado por la II Universsitá Degli Studi di Roma (1992). Invitado como "Visiting professor" por el Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari (IRSIG-CNR) de Bologna, durante enero de 2001.

Infojus

construidos; *b)* desde el punto de vista jurídico, lo que se relaciona con la propiedad de la pared, esto es, a quien pertenece.

Concretando esta idea, dispone el Proyecto en el art. 2006 que "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".

Esta norma sigue al art. 1947 del Proyecto de 1998. Aparecen algunas novedades, ya que menciona expresamente las categorías de "elevación" y "enterrado", lo que hasta ahora estaba reservado a la interpretación de la doctrina. No menciona a la pared próxima, que es aquella no divisoria pero construida muy cerca del límite, y que en el Código actual genera distintas interpretaciones.

En cuanto al inc. e), observo que debería aclarar que esto sólo es posible a partir de los 3 mts., como se verá después (arts. 2008,9/10). Parece que sólo el de elevación puede ser exclusivo, como se verá más adelante.

1.2 | Cerramiento forzoso urbano

Esta figura, que se halla entre las más frecuentes fuentes de la medianería, tiene su fundamento en la necesidad de separar las heredades por medio de un solo muro debido a razones de higiene, seguridad, embellecimiento edilicio, economía de terreno y para asegurar la garantía de la privacidad de los actos humanos.

No se trata tan solo de una facultad, sino también de una obligación. La obligación que surge del art. 2007, que podemos incluir dentro de las llamadas "obligaciones reales" es, a su vez, una verdadera restricción legal al dominio, establecida en el interés recíproco de los propietarios colindantes. La moderna doctrina francesa, a pesar de que el art. 663 del Código Napoleón está ubicado entre las servidumbres legales, llega a la misma conclusión. Sin perjuicio de las normas municipales que imponen el cerramiento dentro del ámbito del derecho administrativo, en el derecho privado el cerramiento de las heredades sitas en los centros de población y sus arrabales es forzoso, en el sentido de que cualquiera de los propietarios linderos puede obligar en todo momento a su vecino a contribuir a la construcción y conservación de la pared. Este último, a su vez, sólo puede liberarse de tal obligación haciendo uso de la facultad de abandono con respecto a la franja de terreno sobre la cual se apoya el muro y renunciando a la medianería.

Es una obligación de orden público. Es evidente que la norma está fundada en fuertes motivos de utilidad pública, como la higiene, que puede verse comprometida por la existencia de terrenos baldíos contiguos a terrenos edificados; la seguridad, pues la falta de paredes divisorias facilita el ocultamiento y la fuga de delincuentes; el ornato, dado que es deseable que en el recinto de las ciudades y sus arrabales la edificación de las paredes divisorias se haga en forma uniforme, según las reglamentaciones municipales o, en su defecto, a lo dispuesto en el Código; la tranquilidad social, que puede verse alterada por discordias vecinales; la privacidad de los actos de los hombres que no afecten la moral y las buenas costumbres (art. 19, CN). La jurisprudencia también se ha orientado en este sentido.

Si se admite que se trata de una disposición de orden público, podemos enumerar las siguientes consecuencias:

1. Los propietarios de las heredades no pueden renunciar válidamente a la facultad de encerrar sus heredades situadas en los pueblos o sus arrabales ni a obligar al vecino a la contribución.
2. Los propietarios de las heredades contiguas no pueden mediante la constitución de servidumbres *altius non tollendi* o *non aedificandi*, impedir la aplicación de la norma.
3. Carecerán también de validez las convenciones de los vecinos que modifiquen las características constructivas de la pared, ya se refieran a sus dimensiones

o a los materiales empleados, que fijan los reglamentos municipales, o en su defecto el art. 2008, y ccdtes., del Proyecto de Código Civil y Comercial.

Dice el art. 2007 del Proyecto que "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".

Sin novedad. Sigue la idea del actual art. 2725 con pequeños cambios: *a)* reemplaza "pueblo" por núcleo de población; *b)* señala que son derechos y obligaciones recíprocos.

Se regula aquí el derecho de encaballar el muro divisorio, esto es, asentar la mitad en el terreno del vecino. La fuente de esta idea, que también se encuentra en el Código Civil actual, fue el art. 671 del Código de Luisiana. Persegani destaca que el origen de este principio fue en el siglo XIV en España; de allí pasó a Francia, de donde lo recogieron los legisladores del Estado de Luisiana, de tradición continental codificada en materia jurídica.

Esta posibilidad que el Código otorga a quien construye primero en los centros de población, constituyó un verdadero hallazgo del codificador y, entre sus ventajas, podemos señalar que facilita la adquisición de la medianería por parte del vecino que no ha contribuido a la construcción de la pared, que no deberá soportar la adquisición de la franja de terreno; promueve el cerramiento de los fundos mediante una sola pared a gastos comunes; limita el dominio promoviendo su adecuada explotación económica mediante el ahorro de espacio, materiales y mano de obra y fomenta el progreso edilicio con toda equidad, pues si el vecino constructor no pudiera hacer uso de esta facultad, perdería parte de su propio terreno, circunstancia sumamente gravosa en construcciones de considerable altura.

En cuanto al muro de cerramiento forzoso, el Proyecto en el art. 2008 dice que: "el muro de cerramiento forzoso debe ser estable, aislante y de altura no menor a TRES (3) metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales".

A diferencia de los actuales arts. 2725 y 2726, en lugar "de piedra o de ladrillo" dice "estable y aislante". Quizás porque ya no se usan esos materiales. Tampoco impone algún espesor máximo. Coinciden los 3 metros de altura. La doctrina sostiene —respecto al régimen vigente— que se cuentan desde el nivel del suelo. Aquí dice "desde la intersección del límite", lo que no es tan claro. Esto está tomado del art. 1949 del Proyecto de 1998.

El muro debe tener como mínimo 3 metros de altura, pero puede tener más. Cabe advertir que hasta esa altura el muro será medianero, es decir, le pertenecerá a ambos vecinos. Por encima de los 3 metros, le pertenecerá a quien lo construyó (ver art. 2009).

2 | Adquisición de la medianería

2.1 | La medianería es *ipso jure* hasta los 3 metros

Dice el Proyecto en el art. 2009 que "El muro construido conforme a lo dispuesto en el artículo 2008 es medianero hasta la altura de TRES (3) 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".

Está claro que el muro encaballado es medianero hasta los 3 metros Así interpreta buena parte de la doctrina el Código actual, siguiendo la teoría de Tobal (aunque ahora se permite el derecho de superficie). Además, la reforma de la ley 17.711, al modificar el art. 4022 del Cód. Civil, consagró esta tesis.

La novedad es que para el Proyecto también el muro contiguo es medianero hasta esa altura. Se ha innovado ya que ahora este también sería medianero hasta los 3 metros, pues el art. 2008 no se limita al encaballado. Además, en el art. 2010, las presunciones juegan a partir de los 3 metros, lo que quiere decir que hasta esa altura es medianero, sin admitir prueba en contrario.

En suma, según el Proyecto, sea construido el muro encaballado o contiguo, y aún uno sólo de los vecinos, hasta la altura de 3 metros el muro pertenecerá en condominio a ambos propietarios linderos.

Obviamente, ante tan importante cambio, puede surgir la inquietud acerca de qué pasa con las actuales paredes privativas por debajo de aquella altura. ¿Se aplicará el Código nuevo y pierden su derecho? De ser así, desde la aplicación del Código tendrían derecho al pago de la indemnización. En mi opinión, teniendo en cuenta que las nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos, considero que tales paredes seguirán siendo privativas. Esta idea es también la que surge del art. 7 del Proyecto dedicado a la eficacia temporal de las leyes. Aunque no se me escapa que también puede interpretarse que el propietario que era dueño exclusivo de la pared y deja de serlo, tiene derecho al cobro de la mitad de la pared y del terreno, por lo que vería afectado su derecho de propiedad. El único cambio es que sería menor el plazo de prescripción de la acción de cobro.

Por encima o por debajo de los 3 metros puede ser medianero o privativo.

El de elevación (el que supera los 3 metros) —también el enterrado— puede ser exclusivo, y convertirse en medianero si el vecino contrata o adquiere por usucapión. En el Proyecto queda claro que no es posible invocar la prescripción liberatoria; sólo se puede adquirir el condominio por contrato o por usucapión.[2] El contrato puede ser también sobre un muro ya construido, y que luego se desea adquirir, o bien el vecino lo utiliza efectivamente (ver art. 2015).

2.2 | Adquisición y cobro de los muros de elevación y enterrado

Establece el art. 2015 que "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.

(2) Respecto del Código actual, hay quienes interpretan que si prescribe la obligación de pagar que pesa sobre quien se sirve del muro, se adquiere el condominio por efecto de la prescripción liberatoria (Spota, Mariani de Vidal). Lo cierto es que no resulta muy ortodoxo permitir la adquisición de un derecho real por prescripción liberatoria; sólo es admisible la adquisitiva.

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".

El primer párrafo sigue la línea del actual art. 2736 del Cód. Civil.

El segundo párrafo sigue al actual art. 2728 del Cód. Civil, aunque ahora se refiere al muro de elevación o al enterrado, ya que entre la superficie (o los cimientos) y los 3 metros de altura ya es medianero. Además, ahora queda claro que servirse de la pared significa utilizarla efectivamente.

Vigente el Código actual se ha discutido qué significa que el vecino quiera servirse de la pared.

En efecto, una tesis llamada "amplia", tuvo su origen en un voto del Dr. Colmo, quien dijo que "cuando la ley dice que no puede reclamarse el pago de la mitad del valor de un muro de encerramiento, mientras el colindante no quiera servirse del mismo, seguramente no entiende tan sólo el hecho de que éste utilice el muro para cualquier fin específico. Basta que le sirva como muro divisorio, y es lo que en el caso ocurre".

Esta posición, hoy abandonada, era insostenible, porque querer servirse implica la existencia de un elemento volitivo por parte del vecino que no construyó la pared, el cual no se daría en el caso, por cuanto la pared le serviría *ab initio* de encerramiento sin que para ello interviniera en absoluto su voluntad. Además, porque de adoptarse esta solución, no existirían diferencias entre el caso del muro contiguo y el del muro encaballado, a pesar de que dichas diferencias surgen nítidas de las disposiciones del Código y de sus fuentes.

La tesis "restringida", también hoy desechada, reconoce su génesis en pronunciamientos de la entonces Cámara Civil 2da. de la Capital Federal. Sostiene que el derecho al reembolso sólo procede cuando se carguen construcciones o se apoyen tirantes sobre la pared divisoria. Su base legal reside en una aplicación extensiva del art. 2723, que impide el abandono liberatorio de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de

la pared, cuando ella forme parte de un edificio que le pertenezca a quien pretende abandonar. Otros actos de utilización de la pared que no importen el apoyo de construcciones sólo darían derecho a ejercer las acciones derivadas del dominio de la pared.

Esta tesis tiene el inconveniente práctico de que puede constituirse en un semillero de pleitos incoados para hacer cesar otros tipos de utilización de la pared; y la objeción jurídica de que se basa en una interpretación meramente literal del art. 2723. Sería ilógico que el vecino que ha utilizado el muro, por ejemplo, para introducir cañerías, pueda hacer uso de la facultad de abandonar para seguir utilizando el muro para el fin señalado.

Por último, la tesis mayoritaria, que se podría denominar "intermedia", fue expuesta por Salvat y cuenta con la adhesión de los autores y la jurisprudencia (Spota, Persegani, Baglietto-Grinberg-Papaño). "Querer servirse" significa una utilización directa e inmediata de la pared, una utilización específica, cualquiera que sea su forma (apoyo de construcciones, instalación de cañerías, empotramiento de tirantes, etc.). Al contrario, no implica servirse de la pared el simple hecho de arrimar construcciones sin apoyarlas de ninguna forma, colocar clavos para colgar ropa, colgar jaulas, revocar la pared, etc.

Esta última tesis es la que adopta el Proyecto.

2.3 | Medida de la obligación

Se expuso en el punto anterior que el vecino —respecto del muro elevado o enterrado— puede adquirir la medianería si lo desea, o estar obligado a hacerlo si es que utiliza efectivamente la pared. Cabe entonces determinar qué superficie está obligado a adquirir.

Prevé el Proyecto, en el art. 2016, que "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".

En cuanto a la longitud, no da opción como el actual art. 2736. Hay que adquirir todo el largo aun cuando no toda la longitud se utilice efectivamente. El motivo del cambio puede deberse a que ahora, hasta los 3 metros de altura, la pared ya es medianera, de modo que si se adquiere por encima de esa altura una parte de la longitud, habría una especie de serrucho.

En cambio, para la altura, se debe adquirir sólo lo que se utilice.

El Código actual obliga a adquirir, como mínimo, la altura del cerramiento forzoso (3 metros). Esta obligación desaparece ya que, según el Proyecto, hasta dicha altura la pared ya es medianera. Además, según una interpretación del art. 2736 actual, se permite al vecino adquirir la medianería en toda su altura, por lo que subsistirá la discusión acerca de si puede adquirir toda la altura, aunque no la utilice, o ello sería abusivo.(3)

En el cálculo del valor de la pared se debe incluir obligatoriamente los cimientos, porque constituyen parte necesaria de aquélla para su solidez y funcionalidad. Esta conclusión fluye de los términos mismos de la ley y ha sido acogida invariablemente por la doctrina y la jurisprudencia.

2.4 | Valor de la medianería

Prevé el art. 2017 que "El valor computable de la medianería es el del muro, cimientos o terreno, según corresponda, a la fecha de la mora".

Ya no dice la demanda o constitución en mora como hace el actual art. 2736, de modo que la demanda sería el momento de fijación del valor si no hubo antes constitución en mora.

Existen tres posibilidades que pueden plantearse en este caso, a saber:

a. Enajenante y adquirente se ponen de acuerdo en el volumen a adquirir y su precio, perfeccionando la compraventa. Aquí no hay ningún problema: el precio habrá sido determinado por las partes atendiendo al valor actual, estado de conservación del muro, depreciación por antigüedad, y cualquier otro tipo de consideración particular de los contratantes; todo ello, en el ámbito del principio superior de la libertad de las convenciones;

(3) Sin embargo, hay quienes sostienen que esa facultad no puede ser ejercida en forma abusiva, lo que ocurriría en el supuesto de que tal adquisición no respondiera a un interés legítimo y sí a la intención de perjudicar un derecho o beneficio del lindero (Mariani de Vidal).

Esta postura es desacertada. Si recurriéramos a la figura del abuso del derecho en este supuesto, obligaríamos a quien se dispone a adquirir la medianería del muro a la prueba de un específico interés, que deberá ser legítimo según el juzgador, agregando un recaudo legalmente inexigible y dejando amplio acceso al arbitrio judicial.

b. enajenante y adquirente se ponen de acuerdo en el volumen a adquirir y su precio, pero el adquirente incumple la convención y no paga el precio convenido en el término y con las modalidades acordadas. El enajenante tendrá acción judicial para requerir compulsivamente el cobro de lo adeudado, y la cuantía de la demanda y consiguiente condena deberán estar referidos a la suma establecida en el contrato cuyo cumplimiento se ejecuta judicialmente; y

c. sin mediar convenio previo, el vecino utiliza efectivamente el muro, naciendo entonces la acción del constructor y propietario de éste a los efectos del cobro de la mitad de su valor —o de la altura utilizada—, de los cimientos y del terreno, en su caso.

El último de los supuestos mencionados es el más frecuente y ha sido el de más difícil solución. El valor actual del muro —atendiendo a la naturaleza jurídica de la enajenación forzosa— debe establecérselo a la fecha de la convención —como ocurre en los dos primeros casos—, pero aquí no hay convención ni se demanda un incumplimiento contractual, precisamente porque no ha mediado contrato.

La cuestión fue resuelta en la reforma de 1968 mediante el agregado que se le hizo al art. 2736. Textualmente dice así: "El valor computable de la medianería será el de la fecha de la demanda o constitución en mora", habiendo prevalecido desde el punto de vista doctrinal la opinión de Spota, para quien "el valor a tener en cuenta es aquel que corresponde al que posea el muro en el momento de deducirse la acción, que es el instante al cual debe referirse la condena del juez, de acuerdo con los principios procesales y la ley de fondo, ya que el contrato de compraventa sólo se contrajo, en ese caso, mediante la decisión judicial que se sustituye a la voluntad del que se ha servido del muro sin abonar la parte respectiva".

Consideramos este párrafo como un acierto de los autores de la reforma, porque si se trata de determinar cuándo se produce la adquisición de la medianería en los supuestos en que no media convención, no cabe dudar en situarla en el momento del requerimiento formal por parte del acreedor. Hacerlo con relación a la época de utilización del muro es confundir la adquisición de la medianería con el nacimiento de la acción de reembolso. La utilización sin derecho por parte del vecino no lo convierte en medianero, pero sí hace nacer la acción del propietario de la pared para exigir la contribución debida; cuando esta acción se exterioriza sí nace la medianería, puesto que a ese instante ha de referirse la condena judicial.

En suma, habrá que determinar si el obligado fue constituido en mora. Si lo fue, ese instante será el que habrá que tomar en cuenta para fijar el valor del muro. Si no lo fue, obviamente tendrá tal carácter la notificación de la demanda judicial.

2.5 | Cobro de la medianería

Completa el panorama el art. 2014: "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.

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".

Que se pueden reclamar los cimientos ya lo prevé el actual art. 2736.

La novedad es que al ser el muro contiguo medianero hasta los 3 metros, para reclamar no es necesario que el vecino se sirva de la pared, como prevé el actual art. 2728. Ello sólo tiene interés respecto de la altura mayor, o de lo enterrado.

La otra novedad es que se aclara que no puede reclamar el mayor valor resultante de características especiales de construcción, fuera de las normales. Siguiendo esta idea, se debe deducir del valor computable a los efectos de la adquisición, los correspondientes a adherencias de mero valor suntuario no inherentes al concepto de muro y su funcionalidad como tal. Sería el caso de grabados, pinturas, frescos y ornatos de excesivo costo (Spota), criterio que ha sido acogido por la jurisprudencia.

3 | Inicio del curso de la prescripción extintiva

Prevé el Proyecto en el art. 2018: "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".

La acción de medianería persigue el cobro de un crédito emergente de la construcción del muro por parte de uno de los vecinos y constituye, por tanto, el ejercicio de un derecho personal. Como acción personal que es, no habiendo disposición expresa que contemple un plazo menor, rige el art. 2560, que establece el de cinco años. Aquí se observa un cambio, pues en el Cód. de Vélez el plazo es de diez años (art. 4023).

En cuanto al inicio del curso, la norma es razonable y es como se interpreta actualmente. Además, armoniza con el art. 2554 que en forma genérica dispone que la prescripción comienza su curso el día que la prestación es exigible.

La variante es que hasta los 3 mts., ahora la acción nace desde la construcción del muro, aun cuando sea contiguo, mientras que en el Código actual ello sólo ocurría con el encaballado.

4 | Prueba

4.1 | Presunciones

Establece el art. 2010 que "A menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los TRES (3) 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".

Las presunciones, que son *iuris tantum*, sólo juegan cuando se divide dos edificios (ver art. 2012), y para el muro que excede los 3 metros (de elevación), ya que hasta esa altura el muro es medianero. El resto es similar al actual 2718.

Agrega el art. 2011 que "Las presunciones del artículo 2010 se establecen a la fecha de construcción del muro y subsisten aunque se destruya total o parcialmente".

Esta es la tesis de Spota,[4] que el Proyecto adopta.

Finalmente, según el art. 2012, "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".

Sigue la línea del actual art. 2719, aunque ahora se aclara que la presunción tampoco rige cuando el muro separa un edificio de un patio, lo que estaba controvertido o poco claro en el régimen actual.

4.2 | Medios de prueba

Siguiendo la línea de los actuales arts. 2718, 2720/1, dice el Proyecto en el art. 2013 que "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".

Desaparece la alusión a la destrucción de la presunción de medianería, ya que estos medios de prueba sirven tanto para combatir las presunciones, como para probar el carácter medianero o privativo.

Quiere decir que estos medios de prueba son necesarios también para probar, por ejemplo, la medianería o la exclusividad de una pared que separa dos patios, donde no rigen ninguna presunción.

El último párrafo está tomado del actual art. 2721. Según lo precisa Vélez Sarsfield en su nota, esta disposición tuvo su fuente en el código francés, aunque no cabe descartar la influencia de Freitas, ya que en el art. 4389 del Esbozo se dispone: "Habiendo divergencia entre los instrumentos probatorios sobre la medianería o la no medianería con señales que hagan presumir lo contrario, los instrumentos serán preferibles a las señales, aunque éstas hayan tenido, después de la fecha de aquéllos, una existencia continua por más de treinta años".

(4) Spota, Alberto G., *Tratado de medianería*, Buenos Aires, Jesús Menéndez editor, p. 256.

Al decir de Spota, ello debe ser así porque el título, que es una prueba directa, debe prevalecer siempre sobre la que se deduce de los signos, que consiste sólo en conjeturas, es decir, una prueba indirecta.

Una cuestión especial plantea la usucapión, que juega en materia de medianería (art. 2009, *in fine*). Demostrada la posesión durante el término de ley (veinte años), el instrumento que acredite la exclusiva propiedad cederá frente al vecino que con fundamento en los signos acredite los actos posesorios idóneos para usucapir. Pero en este supuesto, no es que el título ceda ante el signo, sino que será la prescripción adquisitiva —demostrada por los signos de la posesión— la que prevalecerá sobre aquél.

No es admisible la prueba de testigos para destruir las presunciones legales, pues ello sería contrario al art. 2013 que sólo admite la prueba de títulos y signos; pero sí puede hacerse valer para eliminar la conclusión surgida de los signos, puesto que, como dice Salvat, no se trataría ya de combatir las presunciones sino de volver a ellas.

Aunque el Proyecto (tampoco el actual Código Civil) no trae disposición alguna en orden a la antigüedad de los signos, como sí lo hacen el art. 654 del Código Napoleón y el 547 del Código italiano de 1865 donde se prescribe que los signos que se pretenda hacer valer deben ser los existentes al tiempo de la construcción del muro, se puede arribar a esta conclusión teniendo en cuenta lo establecido en el art. 2011 sobre la época de las presunciones.

5 | Facultades materiales

5.1 | Reglas generales

Dice el art. 2019, en el primer párrafo que "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".

Este primer párrafo es semejante a los actuales arts. 2730 y 2731. Se suprimen normas muy casuísticas como los actuales arts. 2621/4, 2737/8, y 2740/1.

No dice que el vecino puede hacer retirar los tirantes hasta la mitad de la pared, pero la última parte sienta una regla genérica de no causar perjuicio al condómino.

Estas facultades de los medianeros constituyen el "principio del libre uso de la pared", o la regla de "la utilización igualitaria del muro".

Demolombe enseñaba que la facultad de usar la pared está supeditada a tres condiciones: 1) no perjudicar al otro medianero; 2) no impedir el ejercicio de un derecho igual y recíproco; 3) hacer los trabajos necesarios para evitar el deterioro del muro y mantener su solidez.

5.2 | Prolongación

Continúa el art. 2019: "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.

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".

Este segundo párrafo sigue al actual art. 2732, aunque es más completo ya que prevé no sólo que se puede alzar sino también prolongar en profundidad.

El derecho de prolongar el muro medianero, además de prescindir de la exigencia de la indemnización, no depende del consentimiento del condómino. De esto se derivan dos consecuencias: se trata de una norma que facilita la edificación, eliminando dificultades prácticas (Persegani), y evidencia una mayor esfera de actuación de los medianeros respecto del titular de un condominio normal.

Se ha interpretado que esta facultad podría verse limitada cuando fuera ejercida "sin ningún beneficio personal y con el solo propósito de perjudicar al vecino", haciéndose aplicación de lo dispuesto en los arts. 2514 y 1071. En el Proyecto puede hacerse la misma interpretación teniendo

presente la pauta genérica del art. 10, así como que expresamente el art. 2019 menciona al "ejercicio regular" de estos derechos.

Estando afectado únicamente el interés privado, cualquiera de los vecinos puede renunciar válidamente a elevar el muro medianero.

5.3 | Reconstrucción

Dispone el Proyecto en el art. 2020: "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 2019.

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.

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".

Sigue la línea de los actuales arts. 2626, 2733 y 2734.

Cabe resaltar que: a) el que reconstruye paga y el otro no puede reclamar indemnización (salvo negligencia), con lo que cabe entender que esto alcanza también a la pared que es privativa en su elevación (más de 3 metros); b) la parte elevada o más baja le pertenece al que reconstruye; c) el reconstructor debe aportar el excedente de terreno, y sobre él hay también un condominio. No dice, como el actual art. 2734, qué pasa con el excedente de terreno si el nuevo muro es demolido.

Quien hace uso de la facultad de ejecutar la reconstrucción de la pared medianera, cargará enteramente con su costo y deberá dejar la pared en el mismo estado en que se hallaba, sin que ello implique reponer obras excesivamente costosas, como decoraciones meramente suntuarias que el otro vecino incorporó imprudentemente a una pared que sabía que podía ser demolida y reconstruida.

No estará obligado a indemnizar a su vecino por los embarazos que le ocasione la ejecución de los trabajos tendientes a la reconstrucción. Pero, a su vez, hay un límite al disponer que la nueva pared debe ser levantada con la diligencia adecuada, de modo que si no es así el vecino tendrá derecho a la reparación de los perjuicios sufridos.

5.4 | Mejoras

Dispone el art. 2021 que, 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".

Sigue la línea del actual art. 2722. Obviamente, esto no se debe aplicar si el daño fue causado por uno de ellos (art. 2022), en cuyo caso debe hacerse cargo el responsable del perjuicio.

La obligación está en cabeza de los condóminos del muro en proporción "de sus derechos". Como la medianería puede adquirirse total o parcialmente, en este último caso, si la necesidad de conservación o reparación se extiende a todo el muro, quien sólo es condómino de parte del mismo, sólo está obligado a sufragar tales gastos en la medida de su interés.

6 | Abdicación de la medianería

Prevé el art. 2022: "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.

La abdicación del derecho de medianería por el condómino implica enajenar todo derecho sobre el muro y el terreno en el que se asienta".

Sigue la línea de los actuales arts. 2723 y 2724. Se puede inferir que siguen siendo obligaciones *propter rem*.

El segundo párrafo aclara que hay que renunciar a todo. No es posible quedarse con el muro de cerramiento (hasta los 3 metros). La abdicación abarca también al terreno.

6.1 | La facultad de abandono

Como se dijo, se está en presencia de una obligación real, cuyas notas características son la vinculación de la deuda con la cosa, la determinación de los sujetos por su relación real con la cosa y la facultad de liberarse de tal obligación por el abandono.

Esta facultad de abandonar ha sido desechada por el art. 1991 del Proyecto para el condominio normal.

6.2 | Efectos y forma del abandono

Producido el abandono, la pared desde el punto de vista físico pasa a ser contigua, y jurídicamente de propiedad exclusiva (privativa) del vecino. Si en el futuro el que abandonó necesitara utilizar efectivamente (servirse) la pared (art. 2015), o deseara readquirir su medianería (art. 2023), deberá pagar su valor tal como está construida y el de la mitad del terreno en que se asienta (art. 2023).

El abandono, respecto de la mitad de la franja de terreno donde se asienta el muro, tiene también el efecto de transmitir su dominio al otro vecino. Por ello, la forma instrumental exigida es la escritura pública (art. 1017, inc. a), y a los efectos de su oponibilidad a terceros, el título respectivo debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad (art. 1893 y art. 2, inc. a, de la ley 17.801).

6.3 | Condiciones del abandono

La pared no debe ser parte de un edificio o construcción que pertenezca a quien pretende abandonar. De otro modo, mediante tal expediente,

se estaría renunciando a las cargas y conservando las ventajas de la propiedad.

La necesidad de que las obras de reparación o reconstrucción no se hayan hecho necesarias por un hecho del pretendido renunciante se funda en que, en este caso, la obligación de cargar con tales gastos no es propiamente una obligación derivada de la propiedad, sino del acto ilícito que creó tal necesidad.

6.4 | Readquisición de la medianería

Finalmente, prevé el Proyecto en el art. 2023: "El que abdicó la medianería puede readquirirla en cualquier tiempo pagándola, como si nunca la hubiera tenido antes".

Sigue al actual art. 2739 y su doctrina. Una vez hecho el abandono, la pared desde el punto de vista físico pasa a ser contigua, y jurídicamente de propiedad exclusiva (privativa) del otro vecino. Si en el futuro el que abandonó, deseara o se viera obligado a adquirir la medianería, deberá pagar su valor tal como está construida y el de la mitad del terreno en que se asienta. Así debe interpretarse la parte final de este artículo cuando dice que la readquisición deberá hacerse "como si nunca la hubiera tenido antes".

El supuesto previsto en el artículo es el de una pared medianera y el abandono, como en toda obligación real, tiene efectos liberatorios respecto de las obligaciones relativas a los gastos de reparación o reconstrucción de dicha pared.

Nuevos derechos reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Conjuntos inmobiliarios y cementerios privados

por **EDUARDO MOLINA QUIROGA**[1]

1 | Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011 incorpora nuevos derechos reales en su art. 1887 (correspondiente al 2503, CC)[2] que, entre otras novedades, incluye los denominados "conjuntos inmobiliarios" y el "cementerio privado". Por motivos de espacio nos ocuparemos de estas dos figuras.

2 | Los conjuntos inmobiliarios

El Título VII del Libro IV, que contiene a los arts. 2073 a 2086 del Proyecto regula la situación jurídica de los conjuntos inmobiliarios.

(1) Abogado, Doctor en Derecho UBA. Profesor adjunto regular Derechos reales UBA.Profesor Carrera de Especialización en Administración de Justicia. Subdirector del Programa de Actualización en Derecho Informático. Docente de posgrado en diversas universidades.

(2) Art. 1887. Enumeración:"Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad comunitaria indígena; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo; j) el uso; k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda".

Con esta denominación se alude, en el art. 2073, a una serie de emprendimientos tales como:

> "... 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, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquéllos que contemplan usos mixtos ...".

2.1 | Reseña histórica

Haremos una breve reseña de estos agrupamientos, para entender la necesidad de su inclusión, como derecho real, en el Proyecto.

La explosión demográfica, así como la escasez y alto valor de los inmuebles en las grandes ciudades y zonas aledañas, la búsqueda de seguridad, de más contacto con la naturaleza y aún aspiraciones de mayor nivel social, entre otras motivaciones, provocaron nuevas formas de aprovechamiento común de las cosas inmuebles, para satisfacer necesidades tanto habitacionales, como recreativas, comerciales e industriales.

Estos conjuntos, actualmente, son una realidad insoslayable en todo el territorio nacional, pero carecen de una regulación a nivel federal y han preocupado a la doctrina en busca de su encuadre jurídico, dentro del esquema de los derechos patrimoniales. Así se los ha identificado como "nuevas formas de propiedad", como sinónimo de derecho real y aun de derecho patrimonial y no de dominio.[3]

(3) Mariani de Vidal, Marina, D*erechos Reales*, Bs. As., Zavalía, 2004, t. II. Ver también Highton, Elena, Alvarez Juliá, Luis y Lambois, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad-Hoc, 1987; Olivé, Rodolfo y *et. al.*, "Expresiones jurídicas de los clubes de campo",en *Revista del Notariado* N° 759; Lambois, Susana, "Los clubes de campo y su implementación jurídica", ED, 134-318; Scotti, Edgardo., "Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales", ED, 199-743; Colman Lerner, Horacio y Grinberg, Liliana Marta "Estudio sobre la regulación jurídica de los clubes de campo", *Revista del Notariado* N° 776; Causse, Jorge , "Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires", Ed. Ad Hoc, 1998. Ver Colman Lerner, Horacio, *Clubes de campo y barrios privados*. Ver texto en: http://www.colmanlerner.com/f-libro.htm; Vidal Aurnague, Sebastián, "Clubes de campo o Country Clubs". Ver texto en: http://vlex.com.ar/Derecho_Civil/3; Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195.

Infojus

La existencia de un derecho real significa para los protagonistas de cualquiera de estas nuevas figuras, una mayor seguridad, por su oponibilidad *erga ommes* y la relación directa e inmediata del titular con la cosa.

El principal problema que encuentra esta opción es la vigencia del principio del "número cerrado", u orden público, que gobierna la creación de derechos reales, lo que implica que sólo se admitan los previstos por la ley, con su estatuto correspondiente. Ninguna de estas figuras se ajusta estrictamente a ninguno de los derechos reales conocidos.

Estas urbanizaciones encuentran su origen en la zona norte de la provincia de Buenos Aires,(4) pero en la actualidad puede verificarse su existencia en la mayoría del territorio argentino, con legislación provincial específica en varias provincias.

Los llamados "clubes de campo" (country club), los barrios cerrados, los clubes náuticos y otras modalidades más complejas, que se desarrollan fundamentalmente desde la década del 80, son agrupamientos que combinan, de algún modo, el dominio, con su carácter exclusivo (art. 2508 CC), y el condominio sobre ciertos espacios, aunque sin alcanzar un perfil definitivo que permita su tipificación dentro del numerus clausus.(5)

Los primeros conjuntos se localizaron en áreas rurales, motivo por el que se llamaron "Clubes de Campo". Éstos estaban constituidos por importantes y extensas áreas verdes y de recreación con calles de vinculación interna. Tiempo después, aparecieron los llamados "Barrios Cerrados", emprendimientos preponderantemente residenciales, con o sin áreas recreativas, pero con calles o vías de circulación interna privadas. Luego se han desarrollado los llamados "Clubes de Campo de Chacras" y/o "Barrios Cerrados de Chacras", que son parcelas de gran extensión

(4) Se señala que la primera de estas agrupaciones se remonta al año 1930, encabezada por Arturo Maura, en zonas cercanas a la localidad de Pilar, provincia de Buenos Aires, con la finalidad de reunión y organización de actividades deportivas (polo, golf, natación, tiro al pichón, etc.), convirtiéndose luego en lo que en la actualidad se denomina "Tortugas Country Club", conjunto que hacia 1940 contaba con no más de 30 construcciones.

(5) Molina Quiroga, Eduardo, "Barrios privados y propiedad horizontal",*en Revista Jurídica* La Ley 2002-A, 344. La expresión "club de campo", es en realidad la traducción de la denominación que adoptaron muchos de estos conjuntos urbanísticos, añadiendo a su nombre las palabras inglesas "*country club*". Por comodidad en alguna oportunidad hemos llamado al conjunto de estos diversos emprendimientos, "barrios privados".

y superficie —de 1, 2, ó 3 hectáreas cada una—, para permitir como destino, además del residencial, introducirse en la idea de "campo propio", con posibilidad comunitaria y recreativa. Recientemente, surgen los gigantescos conglomerados de más de 400 hectáreas, que suelen llamarse "Pueblos Privados" y/o "Ciudades", y han aparecido también los "Barrios Parque Náuticos" y/o "Barrios Cerrados Náuticos", modalidad urbanística en contacto con el río y con las ventajas de tener su casa, su coche y su amarra para la embarcación deportiva.(6)

Los parques industriales y los centros de compras tienen elementos comunes con los emprendimientos mencionados y sólo se distinguen por el destino, industrial en el primero y comercial en el segundo.(7)

Estas agrupaciones difieren en su identificación o nombre, conforme el objeto social y/o finalidad a las cuales se hallen confinados: Clubes de Campo —predominante actividad deportiva—, Barrios Cerrados —mayor cantidad de residentes permanentes—, Clubes de Chacras —situados a distancias mucho mayores respecto de las ciudades, lotes de mayores dimensiones—, Clubes Náuticos, Ciudades Cerradas o Mega Emprendimientos.(8) En la doctrina han merecido numerosas denominaciones.(9) El proyecto los denomina "conjuntos inmobiliarios", manteniendo lo previsto en el Proyecto de 1998.

(6) Colman Lerner, Horacio, *op. cit.*, acota que "La última novedad es una isla del Tigre con único acceso a través del agua, se organiza como un 'Barrio Cerrado Náutico', en el que las calles internas serán 'dársenas' que permitan la circulación y acceso de embarcaciones deportivas. Además de un Club House tendrán canchas de 'Ski acuático'".

(7) Mariani de Vidal, Marina y Abella, *Adriana, Clubes de campo y barrios cerrados. Cerramiento y vías de circulación internas*, La Ley, 2005-E, 1082.

(8) Por ejemplo Nordelta S.A, Km 25 Autopista Panamericana, con capacidad para alojar entre 80.000 y 100.000 personas, con cines, centros de compra, instalaciones deportivas, etc.

(9) Tales como "nuevas formas de dominio" (Highton, Alvarez Juliá y LAMBOIS, *op. cit*); "formas coparticipativas de propiedad" (Andorno, Luna y Frickx, *Clubes de campo. Countries*, Bs. As., Di Lalla ediciones, 2006; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1999, p. 537 y ss.; XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UN Córdoba, 2009, Comisión N° 4, Derechos Reales, aunque en este caso comprendiendo además a los cementerios privados y a la multipropiedad o tiempo compartido); "urbanizaciones privadas especiales" (Grimberg, Liliana, "Los clubes de campo como urbanizaciones privadas especiales en la Argentina", en *Revista Notarial*, 852-1508); "emprendimientos inmobiliarios" (Orelle, José María, "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento especial "Emprendimientos inmobiliarios", julio 2006); "nuevas urbanizaciones"

Infojus

2.2 | Características

El club de campo es un complejo recreativo residencial ubicado en una extensión suburbana, limitada en el espacio e integrada por lotes construidos o a construirse, independientes entre sí, que cuenta con una entrada común y está dotado de espacios destinados a actividades deportivas, culturales y sociales, siendo las viviendas de uso transitorio o permanente y debiendo existir entre el área de viviendas y el área deportiva, cultural y social una relación funcional y jurídica que convierta al club de campo en un todo inescindible.(10)

También se ha definido al "complejo urbanístico" o "urbanización especial", como el sector, distrito o zona regido por un plan de ordenamiento particularizado, que se caracteriza por la existencia de múltiples inmuebles o unidades parcelarias independientes, vinculados por un similar destino funcional, la presencia de servicios comunes y la constitución de relaciones jurídicas de carácter real, con la posible creación de una entidad que agrupe a los propietarios y preste los servicios comunes.(11)

Estas urbanizaciones presentan las siguientes características básicas:

a. Varias y/o numerosas parcelas independientes con destino a la construcción de la vivienda —transitoria o permanente—.

b. Una o más parcelas destinadas a vías de comunicación interna, recreación, actividades deportivas, sociales y culturales, para brindar confort, amenidad y disfrute a los moradores del sector residencial.

c. El complejo que se forma debe constituir, necesariamente, un todo inescindible, en forma tal que los que sean propietarios y poseedores por cualquier título de parcelas en el sector residencial tengan derechos de propiedad, copropiedad y/u otros derechos reales, sobre las parcelas que se conocen como comunes, y que al enajenar o disponer por cualquier título su parcela residencial, queden comprendidos automáticamente en esa enajenación sus derechos

(Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal. Derechos y responsabilidades", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195) y "urbanizaciones privadas" (Gabás, Alberto A., *Régimen jurídico de los barrios privados. Clubes de campo. Countries. Barrios cerrados*, Bs. As., Hammurabi, 2008).

(10) Ver Olivé, Rodolfo, *op. cit.*, p. 861; Highton, Elena y *et. al, op. cit.*, p. 37.

(11) Ver Scotti, Edgardo, *op. cit.*

Infojus

> sobre la parte común en forma inseparable. En consecuencia, no podrían ejercerse actos de disposición sobre las áreas comunes en forma independiente de la disposición de las parcelas residenciales o por el contrario, configuran derechos reales.[12]

La nota de inseparabilidad de las áreas de vivienda y deportiva, cultural y social que caracteriza al club de campo, implica que los titulares de las viviendas tengan la facultad —inherente a dicha titularidad— de hacer uso de las instalaciones deportivas, culturales y sociales y a que la transmisión del derecho sobre las viviendas conlleva indefectiblemente la de esta facultad.[13]

Otra nota específica de los clubes de campo es que, mientras que el uso de la vivienda es exclusivo de su titular, el de las instalaciones y servicios recreativos es compartido con los demás titulares de las viviendas que integran el complejo —y, en todo caso, con los grupos familiares respectivos e inclusive con los ocupantes transitorios o los invitados de los titulares—, aunque también es posible que se distinga entre "socios del club" y propietarios de parcelas.

2.3 | Régimen jurídico

El principal problema que presentan los "conjuntos inmobiliarios" es que no existe una norma específica en el orden nacional que contemple los diversos aspectos que presentan y la normativa local no resuelve totalmente los diversos conflictos que se suscitan en su seno.

Estos complejos tienen diversas modalidades de organización, que van desde alguna figura de derechos reales —combinaciones de dominio y condominio, dominio revocable, servidumbres prediales recíprocas, usufructo y propiedad horizontal—, a configuraciones en base a derechos personales.

Es el Congreso Nacional, el facultado para sancionar el régimen general, sobre todo si se pretende ubicarlos en el ámbito de los derechos reales,

(12) Ver Colman Lerner, Horacio, *op. cit.*

(13) En algunos clubes de campo, como por ejemplo, los creados por instituciones deportivas preexistentes, el uso del área recreativa se comparte entre los titulares de viviendas y los socios de la institución.

por tratarse de derechos patrimoniales (art. 75, inc. 12 CN). Las normas que, en ejercicio de su poder de policía (arg. art. 2611 CC), sancionen las provincias, no pueden rebalsar las facultades propias del Congreso Nacional, avanzando sobre la organización jurídica que debe adoptar el club de campo.(14)

La jurisprudencia destacó que:

> "... la característica principal de los clubes de campo es que dentro de un espacio delimitado, coexisten parcelas de vivienda de propiedad individual y bienes y servicios comunes para uso y beneficio de aquellas parcelas. El 'country' club o club de campo es un todo y una unidad con límites precisos en el que los bienes comunes y los servicios son accesorios de los lotes de propiedad individual y que por lo tanto aquéllos no pueden subdividirse ni tampoco enajenarse separadamente de los lotes de propiedad individual".(15)

Se han presentado proyectos de ley con el objeto de regular en particular estas urbanizaciones,(16) pero ninguno prosperó hasta la fecha.

(14) Stratta, Alicia, "Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones al decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires", ED, 25/02/1987; Highton, Elena y otros, *op. cit.*, p. 94.

(15) Cám.Nac.Civ., Sala A, "Mapuche, Country Club c/ López de Marsetti", Hebe, La Ley 1990-C, 375, con nota de Ariel A. Dasso, 02/06/1989.

(16) Los más conocidos, aunque no los únicos, fueron presentados por el ex Senador Nacional Carlos de la Rosa, proyecto que perdió estado parlamentario en 2002, y que proponía crear la figura de la "propiedad residencial", definida en el art. 1 como el derecho real que otorga a su titular las facultades de usar, gozar y disponer sobre un inmueble propio constituido de conformidad con lo que establece la presente ley y descripto en el art. 2 como aquellas urbanizaciones que reúnan las siguientes características:

a) que una parte esté conformada por lotes o fracciones de terreno con construcciones o sin ellas, destinados a la construcción de viviendas residenciales, que a los efectos de esta ley se identifican como "unidades particulares", las que tendrán independencia funcional y salida indirecta a la vía pública. Esta salida podrá ser directa hacia los cursos de agua navegables;

b) que la parte restante se destine a espacios comunes, pudiendo prever áreas específicas para la práctica de actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y/o de servicio. La senadora Hilda González de Duhalde, luego de un proyecto similar presentado como diputada nacional, presentó otro (expte. S-112/07), que creaba el derecho real de "propiedad urbana especial", definido en el art. 1, como el que confiere a su

En este contexto de anomia los denominados clubes de campo —en sentido lato— se han organizado tanto sobre la base de conferir a quienes ingresan al sistema un derecho personal, como un derecho real, o una combinación de ambos. Efectuaremos una breve reseña de estas posiciones para concluir relatando como resuelve el tema el Proyecto 2012.

2.3.1. Como derecho personal

Algunos conjuntos han adoptado la estructura de asociaciones (art. 33, inc. 3, apart. 1 CC) o de sociedades, tanto civiles como comerciales. El problema que se presenta con la figura de la sociedad civil es que el art. 1648, CC exige el fin de lucro, elemento ausente en estos casos. De allí que se considere más conveniente la figura de una sociedad comercial (arg. art. 1, ley 19.550).[17]

Entre los tipos societarios que brinda la ley, el más utilizando es el de la sociedad anónima,[18] plasmándose los detalles de la organización especial requerida por los clubes de campo, tales como lo relativo a las expensas por mantenimiento y mejora de los servicios, que no puede figurar en el

titular las facultades de usar, gozar y disponer de un inmueble propio y de las partes o cosas comunes que le son accesorias con las modalidad y limitaciones que surgen de la ley, los reglamentos en ella previstos, las disposiciones de autoridad competente y las competencias específicas de los gobiernos provinciales y municipales. El art. 2 establece que se aplicará a las urbanizaciones ubicadas en zonas urbanas, suburbanas o rurales en las que una parte esté conformada por parcelas (unidades particulares), que podrán o no contar con construcciones en ellas, serán destinadas a vivienda funcionalmente independientes entre sí y tendrán salida indirecta a la vía pública, pudiendo además, tener salida directa a cursos de agua navegables. La parte restante debe destinarse a espacios comunes o servidumbres públicas, circulatorios y/o de servicio, pudiendo determinarse áreas específicas para la práctica de actividades deportivas, recreativas, sociales o culturales. La propiedad sobre las unidades particulares es exclusiva y sobre los sectores, espacios y bienes comunes es común a título de indivisión forzosa perpetua. Ambos sectores constituyen un todo jurídica y funcionalmente inescindible. Los límites perimetrales de estas urbanizaciones y el control de acceso a las mismas pueden materializarse mediantes cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales establezcan, en función de aspectos urbanísticos, paisajísticos, de seguridad y demás a su cargo.

(17) Art. 1, LS: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

(18) La ley 19.550 admite que las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, adopten la forma de alguno de los tipos de sociedad que prevé, quedando así sujetas a sus disposiciones.

estatuto,[19] que autoriza el art. 167, ley 19.550.[20] También se ha recurrido a la figura de la sociedad cooperativa, aunque en este caso se presenta la dificultad referente a la transmisión de las acciones, que son nominativas (art. 24, inc. 3, ley 20.337).[21]

En el caso "Mapuche"[22] se sostuvo que"...la naturaleza jurídica de los denominados clubes de campo, resulta ser simple o mero recurso o mecanismo técnico de medios y formas con los cuales se da satisfacción a los fines perseguidos, que por ser asociativos, concluyen en la figura legal de la sociedad...", y se descartó la procedencia del régimen de Propiedad Horizontal, como del condominio.

2.3.2. Como derecho real

El problema en este caso es determinar si resulta posible encasillar los derechos de los integrantes del club de campo en alguno de los derechos reales admitidos —sobre cosa propia o ajena— o bien, atento las especiales características que reviste la realidad de los clubes de campo, debe concluirse en que resulta necesaria una legislación propia que la regule como derecho real autónomo. Si bien esta es la propuesta del Proyecto 2012, la doctrina ha propiciado diversas soluciones.

2.3.2.1. Dominio

Este derecho real, cuando es reconocido a los titulares de los lotes construidos o a construirse, no resulta suficiente para abarcar la compleja realidad que configuran los clubes de campo —con la unión inescindible del área residencial con la recreativa—. Los dueños de los lotes aparecerán así aislados y no integrando un complejo —cuando, en realidad, la verdadera situación

(19) Stratta, Alicia, *op. cit.*

(20) El art. 167, LS, referido al estatuto social, incluye la posibilidad de que si éste previese un reglamento, el mismo se inscribirá con idénticos requisitos.

(21) Stratta, Alicia, *op. cit.* El art. 24, ley 20.337 dice: "El capital se constituye por cuotas sociales indivisibles y de igual valor. Las cuotas sociales deben constar en acciones representativas de una o más, que revisten el carácter de nominativas. Pueden transferirse sólo entre asociados y con acuerdo del consejo de administración en las condiciones que determine el estatuto".

(22) Cám. Nac. Civ., Sala B, "Mapuche Country Club c/ De Minicis Ubaldo s/ cobro de pesos", SAIJ Sumario N° C0006459, 14/09/1990.

es distinta—. En cuanto a las instalaciones y servicios a utilizar comunitariamente, tendrían que ser puestos en cabeza de una sociedad integrada por los dueños de lotes que, como integrantes del club de campo, revestirían una doble calidad: propietarios del lote y socios de la sociedad propietaria de las instalaciones de uso compartido y responsable de la prestación de los servicios a los lotes.

La vinculación de ambos sectores —lotes individuales con instalaciones de la sociedad, con la nota de inescindibilidad que hemos apuntado— se suele implementar a través de servidumbres,[23] aunque la solución no parecería adecuada respecto de la prestación de los servicios a favor de las parcelas individuales —las servidumbres no pueden consistir en un hacer para el nudo propietario— y su legitimidad es dudosa en lo que se refiere al uso de las áreas recreativas, porque esta servidumbre de uso, que debería ser perpetua, es semejante al derecho real de usufructo, que no puede ser perpetuo.[24]

2.3.2.2. Dominio revocable

Mediante este encuadre, los organizadores del sistema —llamados promotores o desarrollistas— constituirían u otorgarían un dominio a favor de los titulares de los lotes, sujeto a condición resolutoria —art. 2668 CC—, la que se consumaría en caso de incumplimiento o inobservancia de las normas jurídicas y urbanísticas adoptadas.

Esta estructuración no resulta conveniente para el titular del lote, puesto que su derecho nunca sería pleno ni perpetuo y quedaría, en definitiva, sujeto al poder del constituyente.[25]

2.3.3.3. Dominio y condominio

Aunque jurídicamente es viable, que el condominio recayera sobre la totalidad del "country", de modo que todos sus integrantes fueran condóminos de la totalidad, constituiría un sistema nada práctico, por la facultad

(23) *V.gr.*: servidumbre pasiva de abstenerse de ejecutar en los lotes construcciones sin cumplir con las normas internas y sin la aprobación del propietario del fundo dominante (área recreativa); servidumbre activa de paso sobre espacios de circulación interna a favor de los lotes; etc.

(24) Arg. art. 2920 CC. Ver Highton, Elena, y otros, *op. cit.*, p. 61.

(25) Ver Mariani de Vidal, Marina, *op. cit.*

Infojus

de pedir la partición en cualquier tiempo (art. 2692 CC); el *ius prohibendi* que asiste a cada condómino y el pesado sistema de administración regulado por los arts. 2699 y ss., CC.[26]

Por ello se recurre a una combinación de los derechos de dominio —sobre los lotes— y de condominio —sobre las áreas de esparcimiento—.

Además de la dificultad para vincular ambos derechos de la manera que lo exigen las particulares características de los clubes de campo, las objeciones se centran en la poca agilidad de la administración —arts. 2699 y siguientes CC—; el derecho de abandono para liberarse del pago de gastos que asiste al condómino —art. 2685 CC—; la facultad de disponer de su parte indivisa y la posibilidad de que sea ejecutada por sus acreedores, lo que convertiría al adquirente en condómino del área recreativa, sin ser titular de lote alguno. La principal objeción radica en la perdurabilidad que debe revestir el sistema, lo que choca con el derecho de pedir la partición en cualquier tiempo que compete al condómino —art. 2692, CC—, no siendo suficiente lo dispuesto en el art. 2715, ya que basta la oposición de cualquier condómino para impedir la renovación del pacto de indivisión, que no puede superar los cinco años y, en cuanto a la nocividad de la partición —art. 2715, últ. párr. CC—, parece dudoso que pueda considerársela subsistente durante toda la vida del "*country*" —porque la partición siempre resultaría perjudicial para los condóminos en la hipótesis— cuando el Código autoriza sólo a "demorar" la división, pero no a posponerla para siempre.[27]

Como forma de superar estos inconvenientes se ha recurrido a la figura del art. 2710 y ss. CC, que es el condominio de indivisión forzosa sobre las cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios.

2.3.3.4. Usufructo, uso y habitación

En este caso, permaneciendo la nuda propiedad en cabeza del empresario organizador del club, los derechos concedidos a los titulares de los lotes tendrían una duración máxima o se extinguiría con la muerte del

(26) Ver Mariani de Vidal, Marina, *op. cit.*

(27) Mariani de Vidal, Marina, *ibid.*

Infojus

usufructuario, si es persona física y a los veinte años, si es persona de existencia ideal —art. 2920, CC, aplicable al uso y a la habitación, según el art. 2969—. A dicho inconveniente habría que agregar el problema de los servicios que se prestan en los clubes de campo a los integrantes, ya que es sabido que el nudo propietario, como tal, no puede cargar con obligaciones de hacer que resulten activa o pasivamente oponibles *erga omnes* —sólo podrían hacerlo a título de derechos creditorios—.

2.3.3.5. Propiedad horizontal

Es una de las modalidades más utilizadas, aunque presenta serias inconsistencias.

Parte de la doctrina considera que resultaría la figura más adecuada,[28] porque soluciona los problemas de la indivisión forzosa de las partes privativas y comunes —art. 3, ley 13.512— y de las vías de circulación interna del club de campo o del barrio cerrado[29] que, de recurrirse a otras figuras, deberían transitar por complicados trámites de cesión de calles a la municipalidad por parte de los integrantes del "*country*"[30] y posterior convenio con ésta para posibilitar el cerramiento.[31]

Son conocidas las objeciones a esta solución, en especial la dificultad que presenta el art. 2, ley 13.512, que define como necesariamente común al terreno, teniendo como presupuesto un edificio único. En el caso de estos complejos inmobiliarios, el lote —que se pretende sea una suerte de unidad funcional— no soporta ninguna construcción común, pero se asienta sobre el terreno del complejo, que aplicando estrictamente la

(28) Así lo han expresado diversos encuentros académicos: VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 1978; XVII Jornada Notarial Argentina, año 1978; XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009, entre otros.

(29) Highton, Elena y otros, *op. cit.* p. 68.

(30) Ver art. 56, ley 8912, Provincia de Buenos Aires.

(31) Como las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común pertenecen al dominio público del Estado (art. 2340, inc. 7 CC), en el caso de adoptarse el sistema de la propiedad horizontal las vías de circulación internas del "club de campo" caerían en la previsión del art. 2348 CC, que expresa que "...los puentes y caminos y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de los particulares en terrenos que les pertenezcan son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos".

norma citada debería ser parte común y por otro lado, el derecho de propiedad horizontal debe recaer sobre una unidad funcional de un inmueble "edificado".(32)

El obstáculo reside en que los titulares de los lotes no serían titulares individuales de las parcelas y más aún en el caso de tratarse de lotes no construidos,(33) porque entonces no podría hablarse de unidad funcional de un inmueble edificado, sino de una "unidad funcional a construir", con lo que el derecho real vendría a tener un objeto futuro, lo que no es viable legalmente.(34)

Por ello se ha dicho que, en tanto subsista la impropia e inadecuada utilización del régimen de propiedad horizontal para regular barrios privados, cada propietario de unidad funcional, por serlo, adhiere a un régimen estatutario conocido y publicitario, emergente del reglamento de copropiedad otorgado en función de la ley 13.512, y que esa adhesión conlleva la aceptación, el consentimiento necesario, para que todos y cada uno

(32) Decreto 2489/1963, Provincia de Buenos Aires, ha sido utilizado en ese ámbito como paliativo de este último inconveniente, porque autoriza la inscripción de títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en el régimen de la presente ley 13.512, tanto si se trata de edificios construidos como de edificios a construir o en construcción. Similar solución trae el art. 119, decreto 2080/1980.Ver Causse, Jorge, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Ad- Hoc, 1998; Acquarone, M., "Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido", en *J.A. Revista*, 30/12/1998, p. 57 y Orelle, José, *Situación jurídica de las unidades proyectadas o en construcción de un edificio dividido en propiedad horizontal*, VIII Convención del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Empero, en la práctica negocial y a pesar de las objeciones técnicas de las que es pasible, la regulación ha funcionado sin demasiados inconvenientes, produciéndose a su cobijo inclusive la inscripción de los correspondientes títulos en el Registro de la Propiedad Inmueble.

(33) Highton, Elena., y otros, *op. cit.*, p. 62 y ss.; Moreira, Laureano, "La figura especial de los clubes de campo, *country club"*, en *Revista Notarial*, Córdoba, n° 45, p. 24; voto de la mayoría en el fallo plenario de la Cám. Nac. Civ., autos "Lencina, Ramón y otro c/ Las Casuarinas s/ consignación y escrituración", 20/11/1986, ED-121-497 o La Ley, 1987-A-77. En este fallo plenario se decidió que la venta en mensualidades de una "unidad funcional a construir bajo el régimen de la ley 13.512" no cabía en el sistema de dicha ley, sino que se trataba en realidad de un supuesto regulado por la ley 14.005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes cuyo precio debe ser satisfecho en cuotas. También se argumentó con el carácter de común que la ley 13.512 impone al terreno.Ver en sentido análogo, voto de la minoría en el fallo plenario de la Cám. Nac.Civ. y Com., causa "Derrigo c/ Costa del Sol SA" del 22/09/1984.

(34) Ver nota al Título Cuarto del Libro Tercero CC: "(a)... El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa a la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo e inmediato y no puede haber derecho sin objeto".

de los propietarios actúen respecto de partes determinadas, material y jurídicamente como propietarios exclusivos, es decir, como titulares de dominio respecto de tales partes determinadas. De otra forma, una interpretación excesivamente apegada a la literalidad de las normas conduciría a entender que, en principio, cuanto constituye o está en terreno definido en los planos como unidad funcional es, en realidad, de propiedad común. Si esto es así, la responsabilidad por todas las consecuencias emergentes de su utilización o aprovechamiento o por los eventuales riesgos y contingencias resultantes de ellos sería coparticipada *in solidum* por toda la comunidad, en una suerte de propiedad comunitaria ajena a nuestros hábitos y a nuestro derecho.(35)

Una de las grandes dificultades en estos emprendimientos consiste en garantizar los medios para mantener en buen estado no sólo los bordes perimetrales y las vías de tránsito interiores, sino un conjunto de servicios de utilidad común, lo que requiere organizar una administración que atienda las erogaciones que el mantenimiento de estos servicios demanda y, consiguientemente, recaude las contribuciones o expensas correspondientes, de modo similar a lo que acontece en la Propiedad horizontal.

Cuando se ha discutido la procedencia del cobro de expensas u otros gastos comunes, cualquiera sea la estructura que haya adoptado el club de campo, lo cierto es que se ha hecho lugar al reclamo de la administración.(36)

En tal sentido, se ha resuelto que tratándose del cobro del crédito por expensas comunes no debe extremarse el análisis del título, ya que la

(35) Ver Pratesi, Juan Carlos, *op. cit.*

(36) Cám. Nac. Com., Sala B, "Club de Campo San Diego SA c/ Varone, Claudio A.", 29/05/2003, La Ley 2003-F, 779; Cám. Civ y Com. San Martín, Sala I, "Asociación de Residentes de San Carlos Countries c/ Figini, Héctor A. s/ cobro de pesos", 06/06/2006, en elDial.com 12/07/2006; Cám. Nac. Civ., Sala F, "Casabal, Adolfo Antonino c/ Country Club Los Cerrillos del Pilar SA", 11/03/2009, La Ley 12/05/2009 con nota de Adriana N. Abella; Cám.Nac. Civ., Sala A, "Consorcio de Propietarios del Country Club El Venado c/ Majer, Ana B. y otro", 20/03/1995, La Ley, 1996-A, 460, con nota de Eduardo Molina Quiroga; Cám. Nac. Com., Sala A, "Club de Campo San Diego SA c/ Valtorta, Jorge E.", 17/05/2004 Sup. Esp. Intereses —La Ley 2004-D, 209— DJ 09/06/2004, 411; Cám. Nac. Civ., Sala C, "Consorcio de Propietarios Los Cardales Country c/ Crespo, Celia", 18/11/1993, La Ley 1994-C, 8 - DJ 1994-2, 241; Cám. Nac.Civ., Sala C, "Consorcio Club de Campo La Martona c/ Falbo, Luciano", 13/12/2005, La Ley Online, Cám. Nac. Civ., Sala G, 24/03/1994, "Consorcio de Propietarios El Pato Country Club c/ Gandolfo O.", La Ley 1995-A, 19; Cám. Nac. Com., Sala C, 11/10/2002, "Mayling Club de Campo SA c/ Saccone, Cristina N.", La Ley 2002-F, 609.

regular percepción de aquellas es fundamental para el normal funcionamiento del sistema.

2.3.3.6. Servidumbre

El régimen vigente en la provincia de Buenos Aires, de alguna manera ha tomado partido por esta solución, al disponer el decreto reglamentario 8404/1986 que:

> "...a los efectos de cumplimentar lo dispuesto por el art. 64 inc. b) del dec. ley 8912/1977, con simultaneidad a la transmisión del dominio de cada parcela perteneciente al área de viviendas, deberá constituirse el derecho real de servidumbre de uso sobre las áreas de esparcimiento, el que deberá constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente".

Colman Lerner, uno de los autores que más ha estudiado estas urbanizaciones es franco partidario de la tesis de las "servidumbres prediales recíprocas",[37] y sostiene que resulta posible un encuadre legal por el que se establezca una servidumbre predial sobre todos los inmuebles destinados a áreas comunes y calles de circulación interna como "fundo sirviente":

1. Para asegurar a perpetuidad: que estos referidos inmuebles no puedan ser subdivididos y deban conservarse en el estado existente al momento de la constitución a la servidumbre más las mejoras autorizadas.[38]
2. Para asegurar a perpetuidad que las construcciones e infraestructura común recreativa, deportiva y/o social no pueda ser modificada ni destruida.
3. Para asegurar el uso de los inmuebles afectados a áreas comunes que brindan "utilidad real" a favor de los moradores de las parcelas con destino residencial "fundos dominantes".
4. También se puede asegurar a perpetuidad la abstención de edificar en contravención con un código de edificación preestablecido sobre las parcelas residenciales, en este caso "fundos sirvientes" a favor de las parcelas comunes y del resto de las parcelas residenciales como "fundos dominantes".

(37) Colman Lerner, Horacio, *op. cit.* Capítulo VII.

(38) Es decir, una cancha de golf siempre sería una cancha de golf.

Infojus

5. Esta configuración legal concluye en constituir al complejo inmobiliario en un todo inescindible, por cuanto no sería posible enajenar por cualquier título una parcela residencial, "fundo dominante", sin que le comprenda su derecho real sobre las áreas comunes "fundo sirviente".(39)

2.3.3.7. Derecho real autónomo

Frente a las dificultades que provoca pretender encuadrar el sistema en alguna de las figuras existentes, se propone su regulación como derecho real autónomo, estructurado en forma similar al de propiedad horizontal, con regímenes particulares de sanciones disciplinarias para el caso de violaciones al reglamento o a la ley por parte de los copropietarios; de obras nuevas y mejoras en partes comunes; y también con la previsión de un régimen más elástico de asambleas.(40)

Esta es la opción que ha seguido el Proyecto de 2012, cuyos detalles comentaremos más adelante. Simplemente, adelantamos que se ubica a este derecho real como aquellos que se ejercen sobre cosa total o parcialmente propia (art. 1888, Pr.CCyCN).

2.4 | Legislación provincial

Sin un ordenamiento nacional que regule el régimen jurídico de estas urbanizaciones, las provincias, en ejercicio del poder de policía urbanística que les asiste, han ido legislando a fin de brindar un marco legal a estos complejos que crecen día a día, ya que están comprometidos tanto los intereses públicos —especialmente los de la comunidad donde aquéllos se asientan— como los de los particulares que adquieren derechos a su respecto.(41)

Aunque no sea motivo de este trabajo, mencionaremos las normas que se han ocupado del tema.

En provincia de Buenos Aires: ley 8912 (de Ordenamiento territorial y uso del suelo (art. 64); decreto reglamentario 9404/1986, que se ocupa

(39) Colman Lerner, Horacio, *op. cit.*

(40) Highton, Elena, y otros, *op. cit.*, pp. 153/156; 1er. Encuentro Jurídico Notarial, San Martín, 1985.

(41) Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *op.cit.*

específicamente de los llamados "clubes de campo"; decreto 27/1998 referido a los llamados "barrios cerrados"; decreto 974/2004 dirigido especialmente a las Urbanizaciones Privadas que adoptaron o adopten en el futuro la forma de Clubes de Campo o de Barrios Cerrados, subdivididos bajo el régimen de la ley 13.512 de Propiedad Horizontal, sin perjuicio de que se admita su aplicación al resto de las unidades afectadas a él, toda vez que ello sea legalmente posible; disposición 349/2005, de la Dirección Provincial de Catastro Territorial; decreto 1727/2002, por el que se les transfiere a las Municipalidades la facultad de aprobar urbanizaciones comprensivas de clubes de campo y barrios cerrados, y crea el Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, donde se deben inscribir los Clubes de Campo y los Barrios Cerrados que hayan obtenido la Convalidación Técnica Final (Factibilidad), requiriéndose esta inscripción como requisito previo indispensable para proceder a la comercialización de las unidades que compongan cada emprendimiento.[42]

En Neuquén, el decreto 313/1982, sigue pautas similares. En Río Negro, la ley 1563 incorpora como emprendimientos urbanísticos a los que "...tengan por objeto la creación de clubes de campo, villas transitorias, inmuebles regidos por el sistema de condominio y tiempo compartido". También podemos mencionar en Santa Fe, el decreto 1717/1983; en Mendoza, la ley 4341; en San Juan, el Parcelamiento de Propiedad Individual, de la Dirección General de Geodesia y Catastro; en Córdoba, la resolución N° 31/98 que remite a la ley 13.512, en Salta, la ley 5602; en Corrientes, la ley 5405/1999, etc.

2.5 | Barrios cerrados. Nociones

En los últimos tiempos, han aparecido otros emprendimientos que guardan un cierto parentesco con los clubes de campo, también destinados al mejor y más económico aprovechamiento de los inmuebles y, asimismo, a satisfacer la necesidad de una vida más sana, tranquila y segura —que cada día sienten con mayor fuerza los sufridos habitantes de los agitados conglomerados ciudadanos—.Tales son los denominados "barrios cerrados".

(42) Para ampliar ver Causse, Jorge y Pérez Clouet, María José, "Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas. Resolución 194/03 del Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires", LLBA, 2004, p. 465.

Infojus

La Provincia de Buenos Aires ha procedido a su regulación en ejercicio del poder de policía urbanística que le asiste, aun cuando las normas pertinentes resolución N° 74/97 de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, Ministerio de Obras y Servicios Públicos y decreto 27/98 incursionan también en el ámbito de la caracterización jurídica de aquéllos. Así, este decreto, dice en su art. 1, que: "Se entiende por barrio cerrado (BC) a todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario, cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento".[43] Y el art. 10, del mismo decreto, establece que "...los barrios cerrados deberán gestionarse a través de la ley nacional 13.512 de Propiedad Horizontal sin vulnerar los indicadores contenidos en el art. 52 del decreto ley 8912/77[44] 49, u optar en lo pertinente por el régimen jurídico establecido por el decreto 9404/84".[45]

2.6 | El proyecto de 1998

En el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998 se dijo que "...para los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, se piensa que la propiedad horizontal, con las adecuaciones pertinentes, es el marco más apropiado para su desenvolvimiento" y que:

> "La modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios, consiste en reconocer que pueden existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues es de máxima transparencia que en la ley vigente 13.512 el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas, lo que debió obstar a la pretensión de aplicarla a estos conjuntos. Las demás adecuaciones previstas son ineludibles para la funcionalidad de estas propiedades especiales".

En su libro Quinto, Título VII, dedicado a las "Propiedades especiales", establecía en su art. 2029 (Conjuntos inmobiliarios) que "Los clubes de

(43) El art. 3, inc. e) determina que: "...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".

(44) Esta norma regula las dimensiones mínimas de las parcelas individuales.

(45) Ver Causse, Jorge., *op. cit.*, cap. XVIII, p. 115 y ss.

campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal".

Es decir, que a pesar de enumerar entre los derechos reales a las "propiedades especiales" (art. 1821 inc. e), dejaba librado a la voluntad de los integrantes definir cuál sería el régimen legal, lo que constituye una excepción al sistema cerrado que caracteriza a los derechos reales, aceptando que estos conjuntos inmobiliarios, como hemos reseñado, presentan una realidad harto heterogénea.

Al admitir la posibilidad de adscribir los clubes de campo al régimen de la propiedad horizontal, se previó en el art. 2617[46] específicamente que:

> "En los clubes de campo, parques industriales, centros de compra, cementerios privados u organizaciones similares, que se sometan al régimen de la propiedad horizontal sólo serán necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole".

2.7 | El Proyecto de 2012

2.7.1. Características y flexibilización del orden público

Como anticipamos, el Proyecto de reforma de 2012 opta por considerar a los emprendimientos que hemos reseñado, como un nuevo derecho real, autónomo, cuyas características enumera en el art. 2074:

(46) Lo propio había sido previsto en el art. 2 del Proyecto de reformas a la ley de propiedad horizontal preparado por los doctores Guillermo L. Allende, Agustín Durañona y Vedia, Jorge H. Alterini, y Carlos Chevallier Boutell. Asimismo, en la XVII Jornada Notarial Argentina, año 1978, fue recomendada la inclusión en el régimen de la propiedad horizontal de los clubes de campo, clubes náuticos, parques industriales, urbanizaciones con instalaciones comunes y similares. La VII Convención Notarial, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 1978, declaró que si las construcciones están concluidas, es perfectamente aplicable a los clubes de campo la ley 13.512; y si son parciales, resulta viable la propiedad horizontal relativamente a las ya construidas, régimen que se irá ampliando cuando se concluyan los sectores proyectados.

> "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".

Analizaremos sucintamente cada uno de estos elementos, que conforme a la tipicidad propia de los derechos reales, debería estar presente en un "conjunto inmobiliario" para revestir tal carácter, sin perjuicio de aclarar que esta circunstancia debe conjugarse con lo previsto en el art. 2075, párr. 2 del Proyecto, que dice: "Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (…) con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial".

En nuestra opinión, el Proyecto contiene una norma que puede considerarse una flexibilización del "número cerrado", ya que el tercer párrafo del mismo artículo admite que "Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales", continuando así la línea del Proyecto de 1998, que hemos citado previamente.

Sin duda esta última parte reconoce que el cambio de estructura jurídica en muchos emprendimientos inmobiliarios pre-existentes a la eventual reforma podría ocasionar numerosas dificultades, lo que justifica dejar abierta una alternativa para aquellos casos en los que no sea posible o sea muy complejo ajustarse a los criterios del nuevo derecho real "conjuntos inmobiliarios".

2.7.2. Partes comunes y cerramiento

Con técnica similar a la que se emplea para la Propiedad Horizontal, el art. 2076 establece que:se consideran:

> "necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad y administración que regula el emprendimiento".

Por defecto, "las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes".

Aunque el cerramiento merece una disposición especial: "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" (art. 2079),[47] entendemos que constituye una parte del inmueble necesariamente común. Cumple una doble finalidad, dado que no sólo abarca el aspecto de la delimitación física del inmueble, sino también el control de acceso al mismo.[48]

El estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, aunque sólo es mencionado en el art. 2074 entendemos que se deduce de la condición de partes necesariamente comunes.

2.7.3. Partes privativas

En cuanto a las "partes privativas" el art. 2077 dispone que la unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en

(47) Así, por ejemplo, el decreto 313/1982 de Neuquén estipula que "La franja perimetral deberá arbolarse en su borde lindero al club" (art. 2.2.3. Forestación) y que "Deberá cederse una franja perimetral de ancho no inferior a siete cincuenta (7,50) metros con destino a vías de circulación. Dicha franja se ampliará cuando el municipio lo estime necesario. No se exigirá la cesión en los sectores del predio que tengan resuelta la circulación perimetral. Mientras las comunas no exijan que dicha franja sea librada al uso público la misma podrá ser utilizada por el club". El decreto 27/1998 de la Provincia de Buenos Aires, sobre Barrios cerrados establece que "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" (art. 3, inc. e).

(48) Sobre el derecho a la "seguridad" y la subsistencia del cerramiento de un conjunto inmobiliario autorizado por una ordenanza municipal, luego derogada, la CSJN se pronunció en el famoso caso "CUBA c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas s/ recurso de hecho", 28/5/1998 y 14/07/1999.

Infojus

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. De esta manera se supera la limitación que mencionábamos con respecto a la ley 13.512.

En el mismo sentido que en el derecho real de propiedad horizontal, se establece que "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".

2.7.4. Reglamento

Sobre el "Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento" no hay una norma específica, pero debe entenderse que hay una remisión al art. 2056 del Proyecto, que se ocupa de las disposiciones que debe contener el reglamento en la Propiedad Horizontal, pues no debe olvidarse que el derecho real de conjuntos inmobiliarios es una "propiedad horizontal especial".

El art. 2082 autoriza a que el reglamento del conjunto inmobiliario establezca condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

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

2.7.5. Límites y restricciones

En materia de "Limitaciones y restricciones a los derechos particulares" el Proyecto contiene varias limitaciones al ejercicio de este nuevo derecho, de acuerdo a lo que actualmente ocurre en la mayoría de estos emprendimientos. Así, el art. 2078 establece que:

> "Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad y administración del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos".

A su vez, el art. 2080 indica que:

> "De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística. Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser 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".

Por otro lado, el art. 2084 autoriza a que:

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

Finalmente, el art. 2085 autoriza a que en el reglamento de propiedad y administración se prevean limitaciones para la transmisión de unidades, siempre que no impliquen impedir la libre transmisión y consiguiente adquisición de unidades funcionales dentro del conjunto inmobiliario. Se puede establecer un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios o del resto de propietarios de las unidades privativas.

2.7.6. Régimen disciplinario

El art. 2086 se ocupa del "Régimen disciplinario", tema que generó conflictos que llegaron a la justicia, al establecer que "Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad y administración, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento".

2.7.7. Expensas y contribuciones

Particular importancia tiene el art. 2081 sobre la "Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes", que resuelve el problema de las llamadas "expensas" y otros gastos comunes en estos emprendimientos, que como dijimos, la jurisprudencia había considerado exigibles por vía ejecutiva, en la mayoría de los casos. La propuesta es que:

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

2.7.8. Persona jurídica

Sobre la "entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas", entendemos que debe aplicarse lo establecido en el art. 2044, que dice:

> "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".

Por otro lado, el art. 149 del Proyecto, incluye entre las personas jurídicas privadas al consorcio de propiedad horizontal. Esto no implica desconocer que existen emprendimientos en los que la administración la desempeña una persona jurídica distinta —generalmente la asociación civil fundadora, o el "club"—.

3 | Cementerios privados

3.1 | Concepto

Cementerio es el lugar destinado al descanso de los restos mortales. Como la muerte es un fenómeno muy vinculado con la religión y las cuestiones sagradas, en su origen los cementerios estaban a cargo de las autoridades eclesiásticas y aparecían anexados a iglesias y conventos.

Los cambios operados en las costumbres trajeron como consecuencia la secularización de los cementerios[49] y su puesta en manos del Estado, aun cuando aparezcan también pequeñas necrópolis de carácter familiar formando parte de heredades privadas, como por ejemplo, en nuestro país, en las estancias.

Aparecen así los cementerios públicos, que son considerados por el art. 2340, inc. 7 CC, como perteneciente al dominio público del Estado,[50] y específicamente al dominio público municipal (art. 2344 CC), sin embargo

(49) En nuestro país a partir del año 1821 quedaron bajo el control de la Superintendencia de Policía.

(50) Se trataría de una "obra pública construida para utilidad común"; Ver CSJN, Fallos: 48:200; 145:308 y 329, causa "Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital"; causa "Correa c/ Municipalidad de la Capital", en JA, 18-819; Marienhoff, Miguel S., "Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales", en *Revista Jurídica La Ley*, 10/09/1990.

Infojus

Vélez Sarsfield no lo legisló,[51] tal vez por entender que estaban sometidos al derecho público.

Efectivamente, las normas aplicables a los cementerios públicos como integrantes del domino público del Estado y, por consiguiente, también lo relativo a los derechos que emergen de su ocupación por los particulares a los efectos del depósito de despojos mortales, incumben al derecho administrativo.[52]

Los principios jurídicos que los rigen en la actualidad se hallan contenidos principalmente en ordenanzas municipales, además de los que son fruto de la labor de la jurisprudencia.

Asimismo, cabe apartar del estudio de la problemática específica de los cementerios privados a los que algunas comunidades extranjeras se hallan autorizadas a mantener, en virtud de tratados celebrados con los respectivos países de origen,[53] cementerios que se han organizado como asociaciones de las comunidades correspondientes, ejerciendo el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o el Municipio en que se encuentren, el poder de policía mortuoria.[54]

La cuestión de los cementerios privados irrumpe en el campo de las preocupaciones jurídicas en los últimos tiempos, a raíz de la escasez de recursos del Estado que permitan aumentar la prácticamente colmada capacidad de los cementerios públicos, pero también cuando, por otras razones —requerimientos de ciertos estratos sociales, motivos religiosos,

(51) Cám. Nac. Civ., Sala A, 16/07/1996: DJ, 1997-I-551. Salvo una tangencial referencia en el art. 2551 —relativo a los tesoros— y una cita de Demolombe en la nota al art. 3473. Este autor consideraba títulos comunes a toda la herencia los referidos a los sepulcros.

(52) La CSJN ha calificado al derecho del particular sobre el sepulcro de "propiedad" en el sentido de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, como sinónimo de derecho patrimonial: causa "Bourdieu, P. c/ Municipalidad de la Capital", 16/12/1955, Fallos: 145: 307. En esa línea, el art. 3 inc. b) del dec. 2080/80 reglamentario de la aplicación en la Capital Federal de la ley 17.801, considera no registrables los documentos referidos a derechos sobre sepulcros; Ver Scotti, Edgardo (h) ,"Régimen jurídico de los cementerios privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 22/12/1986.

(53) Por ejemplo; Tratado con Gran Bretaña, año 1825; Tratado con Estados Unidos de Norteamérica, año 1854; Tratado con Alemania, año 1857.

(54) Kiper, C. M., "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados", La Ley, 1988-E-929.

etc.—, comienzan a aparecer cementerios de propiedad de personas privadas que, persiguiendo fines de lucro y sin perjuicio de reconocer el ejercicio de la policía mortuoria por parte del Estado, otorgan a los particulares derechos sobre determinadas parcelas, a los efectos de la inhumación de cadáveres, a cambio del pago de un precio.

Es este último vínculo, el que se halla regido por el derecho privado, por lo que corresponde aquí introducirnos en su examen, no sin destacar que se trata (como en el caso de los clubes de campo y la multipropiedad) de un tema apasionante que invita a una meditación y estudio profundizados.

La Provincia de Buenos Aires cuenta con un régimen administrativo que se refiere a cementerios privados a partir de la derogación de la ley que los prohibía (8357/1974) por la ley 9094/1978, que modificó la Ley Orgánica Municipal. La Ordenanza General 221/1978 es la que regula el régimen de los cementerios privados, exigiendo que quienes vayan a afectar un inmueble a la instalación de un cementerio acrediten previamente la calidad de dueños del bien y que los proyectos de construcción se sujeten a las características de necrópolis parquizadas ("cementerios parque"). Dicha ordenanza también se refiere a las características físicas que debe reunir el inmueble, impone la previa aprobación de las tarifas por la Municipalidad y prohíbe establecer restricciones por motivos religiosos, sociales, raciales o políticos. Naturalmente, y dado el carácter local de la Ordenanza, no define la naturaleza y alcance del derecho que, sobre determinados espacios, pueden ser concedidos a particulares para la inhumación de cadáveres o depósito de cenizas, porque este vínculo incumbe al derecho privado patrimonial y, por consiguiente, regularlo es facultad del legislador nacional, sin perjuicio de la policía del servicio público mortuorio, que es de la competencia del derecho público local, por ser propio del Estado.[55]

Se plantea entonces —al igual que respecto a los conjuntos inmobiliarios— el problema de dilucidar la naturaleza jurídica de ese vínculo, de la que derivará el régimen jurídico aplicable. Empero, los interrogantes que suscita el derecho concedido a los particulares para la inhumación en los cementerios privados no se agotan con el referido a su naturaleza jurídica; y podrían agregarse —para sólo mencionar los fundamentales— los que plantea la cotitularidad de sepulturas, el embargo y ejecución

(55) XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, agosto de 1987.

Infojus

de sepulturas, la prescripción adquisitiva de sepulturas y la defensa del derecho sobre la sepultura.

Para responder a dichos problemas se no debe perder de vista que los derechos del titular de la sepultura aparecen sometidos a un doble orden de restricciones: por un lado las derivadas del derecho público, en lo relativo al poder de policía mortuoria; y por el otro, las que provienen del destino especial que apuntan a satisfacer el descanso de los despojos mortales, situación que compromete principios culturales y religiosos implicados en el respeto debido a los muertos,[56] sin que pueda perderse de vista al empresario o desarrollista, que es quien organiza el cementerio ofreciendo servicios económicamente rentables a través de empresas comerciales que persiguen obvios fines de lucro. Cabe advertir que, una vez organizado el cementerio y "colocados" por un precio —a través del mismo propietario del predio afectado o de otra empresa promotora— los lugares destinados a sepultura, surge el problema del mantenimiento del servicio, que también resulta imprescindible contemplar.

3.2 | Naturaleza jurídica

El problema que más ha preocupado a la doctrina ha sido el de discernir el tipo de derecho que asiste al usuario sobre el sepulcro, aunque debe tenerse presente que quienes adquieren un derecho para asegurar su sepultura en determinado lugar no sólo persiguen la finalidad estricta de tener un lugar para el descanso de sus propios restos o los de sus deudos, sino también la de contar con los servicios necesarios para ello (servicios de inhumación, conservación de instalaciones y espacios verdes, vigilancia, aseo, etc.), actividades que implican la aparición de vínculos de carácter obligacional.

3.2.1. Como derecho personal

Aunque respecto de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, ya hemos visto que encuadrar como derecho personal al de sepultura trae consigo óbices que derivan principalmente de su carácter relativo y de la circunstancia de que no existe al respecto

(56) Cám.Nac. Civ., Sala A, La Ley, 124-826; Sala D, ED-44-301.

publicidad registral, con lo que los vaivenes del patrimonio del titular del cementerio repercutirán indefectiblemente en los titulares de sepulturas (así, hipotecas constituidas por el primero, embargos decretados a pedido de sus acreedores, supuesto de concurso, etc.). Examinaremos seguidamente la posibilidad de sujetar el derecho a la sepultura a distintos derechos personales.(57)

3.2.1.1. Locación

Caracterizar al vínculo como locación(58) tropieza con el art. 1505 CC sobre duración máxima de la locación (diez años no renovables).

3.2.1.2. Comodato

Es la esencia del comodato su gratuidad(59) y este carácter del comodato cohíbe la finalidad de lucro del concedente del derecho, con lo cual va dicho que esta figura no resulta apropiada.

3.2.1.3. Sociedad

Conspira contra la viabilidad de esta solución para los cementerios privados la ausencia de *affectio societatis* y de obtención de una utilidad apreciable en dinero.(60)

3.2.1.4. Contrato atípico

Autorizado según lo dispuesto en el CC art. 1197, cualquier combinación en el campo de los cementerios privados no solucionaría los obstáculos a los que hemos hecho referencia, derivados del carácter de derechos personales relativos que engendrará.

(57) Ver Mariani de Vidal, Marina, *op. cit.*; Lorenzetti, Ricardo L., *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados,* La Ley1991-E, 1132.

(58) Ver al respecto la Ordenanza N° 506/1979 de la Municipalidad de San Isidro, art. 23.

(59) Salvat, Raymundo y Acuña Anzorena, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones,*2da ed., Bs. As., Tea, 1958, t. III, n° 2521.

(60) Kiper, C. M., *op. cit.*, en La Ley, 1988-E-929.

Infojus

3.2.2. Negocio jurídico complejo

Lorenzetti ha intentado una solución en el derecho vigente, sosteniendo que la creación de los cementerios privados no es un solo acto de venta o de concesión del uso de una cosa, sino que es una actividad realizada en forma de empresa, con organización de factores humanos y económicos, con fines de lucro, con actos de venta y con servicios. En atención a la ausencia de normas específicas en el Código Civil, donde no existen siquiera criterios susceptibles de aplicación analógica, ya que mayormente se refieren a actos singulares y no genéricos, dicho vacío requiere una integración que tenga en cuenta la transferencia de bienes y la prestación de servicios, en un vínculo de larga duración.(61)

Por ello se debe examinar todo el negocio y no solamente un derecho, el de sepulcro, en el entendimiento de que sólo así puede arribarse a delinear el problema, y llegar a la conclusión de si se produce o no una relación jurídico-real. Hay una serie de aspectos que muestran la relación entre el titular y la cosa, mediatizada por conductas y otros, en los cuales la relación es directa; en algunos hay un problema de colaboración y en otros de atribución, es decir, que hay vínculos obligatorios y reales.

Lorenzetti destaca como relevantes en este contrato atípico las siguientes cuestiones:

a. régimen de capacidad para ser propietario, ya que habrá que ver si se requiere alguna calidad especial en la persona física o un objeto o solvencia determinada en las personas jurídicas;

b. relación entre el propietario y la cosa; concretamente cuáles son los límites al derecho de propiedad;

c. relación entre el usuario y el propietario; qué tipo de vínculos se establecen, los derechos y deberes;

d. relación entre el usuario y la cosa, su tipicidad, derechos y deberes; *e)* relaciones jurídicas que se establecen en función de las expensas y

e. función del Estado.

Considera que el sujeto que organiza la actividad debería estar controlado por la autoridad pública en lo referente a su solvencia, y describe los elementos esenciales del negocio.

(61) Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit.*

La finalidad económica perseguida por el propietario es la utilidad que deriva del precio por la venta del predio y de la renta permanente que puede obtener por la prestación de servicios de administración y cuidado.

Para el usuario es la posibilidad de usar, generalmente a perpetuidad, para sí o para terceros. Este uso es pasivo, no se vincula con actos de administración ni de disposición de la cosa.

El objeto del negocio es la transferencia del uso y goce de una cosa, contra el pago de un precio. La cosa transmitida se encuentra al lado de otras, por lo que se admiten y aun se piden lugares comunes y servicios por los que se está dispuesto a pagar un precio.

El sepulcro privado es una cosa que está en el comercio, de ahí su enajenabilidad y la licitud del objeto.

La causa fin subjetiva es la sepultura, es decir, conservar allí los restos de alguien que ha fallecido, en las especiales condiciones que prometió el propietario. Son aspectos como el lugar, parquización, secreto, servicios, las que determinan el precio y por lo tanto integran el convenio.

Hoy un cúmulo de servicios son ofrecidos como especiales para estos lugares. De allí emanan deberes secundarios de conducta, como son los relativos a la custodia, buena conservación, mantenimiento de espacios verdes u otros servicios que integraron la promesa.

Agregamos que el negocio es habitualmente oneroso, y de duración.

Las normas que se aplican son de derecho privado para el régimen de los sujetos —capacidad del sujeto propietario, o de constitución, funcionamiento o disolución de la sociedad—. También se aplica el derecho privado para normar la relación jurídica que se establece entre el propietario y la cosa, entre el usuario y la cosa, y entre el propietario y el usuario. En cambio lo atinente al servicio está regulado por normas de derecho administrativo municipal.

Como contrato atípico, para este autor, tiene elementos de la venta y la locación de cosas y de servicios. De la primera toma en cuenta la vocación de adquirir la cosa, a perpetuidad; de la segunda el uso y goce cuando es temporario; de la tercera la prestación de servicios complementarios.

Es un contrato atípico con una finalidad de cambio, de custodia y de cooperación con fines de previsión. La primera surge porque pretende una circulación de bienes patrimoniales mediante la enajenación de la titularidad dominial (de cumplimiento imposible actualmente) o la concesión del uso temporario. La segunda, surge por la existencia del sepulcro y los restos allí depositados. La tercera, porque se prometen servicios especiales y una captación del ahorro para obtenerlos.

Este contrato sirve de título para el derecho real de uso y puede solucionar el problema de su renovación al constituirse en título futuro. También puede decirse que es celebrado por adhesión a condiciones generales, que es de duración, no formal, consensual, oneroso, bilateral.

El usuario debe pagar el precio y también las expensas que se pacten. Una de las modalidades que se ha expandido es el pago anticipado del precio. Puede resultar problemática en una relación de larga duración la existencia de inestabilidad económica, por lo que resulta aplicable la excesiva onerosidad sobreviniente en ambos aspectos.

El retardo o el incumplimiento absoluto de las expensas afecta a una obligación accesoria. Se ha señalado que en virtud de tal accesoriedad, la falta de pago no lleva como sanción la pérdida del derecho de sepulcro. Como contrapartida, si no hay sanción alguna, se puede generalizar el incumplimiento entre los usuarios llevando a la quiebra del sistema porque no hay quién lo mantenga; de modo que resulta conveniente la adopción de garantías de pago.

Por analogía, con el usufructo se ha dicho que tiene los deberes de no alterar la sustancia de la cosa (art. 2807 CC), de usarla y gozarla sin alterar su destino (art. 2878), de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación (arts. 2881 y ss.).

Dentro de los derechos, se reconoce el de hacer mejoras que son a su cargo.

Puede ser un vínculo perpetuo o temporario, este último conlleva al problema de la renovación.

Si es un derecho personal es cesible. Se reconoce el derecho de los usuarios a ceder sus derechos sobre las sepulturas, previa conformidad de la

propietaria, lo que produce la extinción del derecho de uso a favor del cedente, constituyéndose un nuevo derecho a favor del cesionario. Lo mismo sucede en los casos de muerte, comprometiéndose las partes a otorgar un nuevo derecho de uso a favor de los herederos en un plazo contado a partir de la muerte del causante. Así redactada, la cláusula es novatoria puesto que produce la extinción del vínculo anterior por cambio de sujetos.

Lo que ha interesado fundamentalmente y ha preocupado a la doctrina es garantizar que después de la muerte del titular exista un derecho real que se pueda adjudicar a los herederos, lo que en el régimen actual no es posible. Sólo se puede complementar el derecho real del titular con la obligación de la empresa de contratar en el futuro, a fin de dar un derecho real de uso. Puede instrumentarse este efecto a través de la oferta a plazo, del contrato de prelación, o de la promesa.

3.2.3. Como derecho real

Para caracterizarlo como tal, a falta de una regulación específica de los cementerios privados, se debería recurrir únicamente a alguno de los derechos reales admitidos por la ley (ya sea sobre cosa propia o ajena) y sujetarse a su estatuto jurídico, atento el principio del *numerus clausus* que impera en la materia; pero como se trata de una realidad nueva, resultan obvias las dificultades que se presentan para lograr el acomodamiento del nuevo fenómeno en los viejos moldes.

Entre éstos podría recurrirse a alguno de los derechos sobre cosa propia —dominio, condominio, propiedad horizontal— o sobre cosa ajena —derechos reales de disfrute—.

3.2.3.1. Dominio

Las restricciones que debería soportar el titular del dominio de una parcela conducirían prácticamente a desnaturalizar su carácter de absoluto, aparte de que el derecho real carecería de objeto —cosa cierta y determinada—, habida cuenta de que las parcelas destinadas a sepulturas carecen de individualidad catastral —porque la individualidad catastral la tiene el inmueble que constituye el cementerio en su totalidad—.[62]

(62) Scotti, Edgardo (h.), "Régimen jurídico de los cementerios privados", *en Revista Jurídica La Ley*, 22/12/1986; Highton, Elena. y *et. al op. cit.*, p. 177.

Infojus

Además, este encuadre no soluciona el problema de los espacios de utilización común —vías de acceso y circulación interna, instalaciones administrativas y sanitarias, etc.—, ni el de los servicios comunes —inhumaciones, vigilancia, aseo, tareas de mantenimiento, etc.—.

3.2.3.2. Condominio

El condominio recaería sobre la totalidad del inmueble ocupado por el cementerio y no podría invocarse derecho exclusivo alguno, ya que cada condómino sólo es titular exclusivo de su parte indivisa, de manera que la posibilidad de usar con exclusividad una parcela únicamente podrían obtenerla los condóminos a través de una distribución entre ellos del derecho de uso que les asiste a todos (arg. arts. 2684 y 2699, CC).

Los inconvenientes con los que se debe lidiar si se acude a este derecho real ya los hemos señalado al estudiar los clubes de campo: pesadez de la administración, derecho de veto que asiste a cada copropietario (art. 2680 CC), derecho de abandono para liberarse de contribuir a los gastos comunes (art. 2685 CC), con el consiguiente problema que en caso de abandono se genera a fin de determinar a quién corresponde la titularidad de la parte indivisa abandonada, etc.; siendo el más grave de todos el que deriva de la posibilidad que tiene cualquier condómino de solicitar en cualquier tiempo la partición (art. 2692, CC) salvo concurrencia de las hipótesis de los arts. 2693 y 2715, CC.

La solución que se pretende buscar apelando a la nocividad de la partición, aparece como forzada, porque ésta sólo autoriza una demora y aquí la indivisión debería perdurar durante toda la existencia del cementerio y existiría desde el nacimiento del condominio.[63]

3.2.3.3. Propiedad horizontal

Puestos a escoger entre los derechos reales admitidos por la ley, este derecho real parecería ser el más apropiado para estructurar un cementerio privado,[64]

(63) Mariani de Vidal, Marina, *op. cit.*

(64) Kiper, C. M., *op. cit.*, La Ley, 1988-E-929. Es el sistema por el que parece inclinarse el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, aunque sin imponerlo en forma obligatoria. Dice el art. 2617 del Proyecto que en los... cementerios privados... que se sometan al régimen de la propiedad horizontal sólo serán necesariamente comunes

Infojus

ponderando su carácter de absoluto, exclusivo —respecto de la unidad— y perpetuo.

Ciertamente, debería regularse cuidadosamente por vía reglamentaria el régimen de las asambleas y sostenerse la inconstitucionalidad de las normas procesales que impiden (salvo casos especiales) el embargo y ejecución de los sepulcros (*v.gr.* art. 219, inc. 2, CPCCN), sobre la base de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 13.512 respecto del crédito por expensas comunes.(65)

Por otro lado, correspondería a la autoridad administrativa arbitrar los medios para la apertura en el Registro de la Propiedad Inmueble 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,(66) así como también adecuar la técnica registral a fin de superar inconvenientes prácticos *v.gr.*, a través de ficheros o nóminas por orden alfabético.(67)

El inconveniente que suscita recurrir a la propiedad horizontal(68) es que la ley 13.512 requiere que se trate de inmuebles edificados (arts. 1 y 2)(69) y

las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, con sus accesiones. El reglamento de copropiedad y administración podrá establecer limitaciones edilicias o de otra índole. (el texto no se refiere en exclusividad a los cementerios privados).

(65) Es claro que constituye tema sumamente delicado el relativo al destino ulterior de los restos depositados en la sepultura en caso de ejecución.

(66) Ver Kiper, C. M., *op. cit.*,

(67) Tal lo que propone Scotti, Edgardo (h.), *op. cit.*

(68) Aparte del que voy a señalar me parece que no son sustanciales los demás que se le imputa, sino más bien que se relacionan con el funcionamiento del sistema, pudiendo solucionarse con esmeradas previsiones del Reglamento de Copropiedad.

(69) Por hipótesis, los cementerios parque no serán inmuebles edificados, de modo que el derecho de propiedad horizontal sobre las parcelas no construidas —y que nunca se construirán— carecería de objeto. Y esta impugnación no se disiparía recurriendo a la posibilidad de que los sótanos revistan calidad de propios autorizada por el art. 2, último párrafo, ley 13.512, o a la referencia a la prohibición de realizar unilateralmente excavaciones o sótanos que contiene su art. 7, porque es posible sostener que estos casos se vinculan con la planta de edificación ubicada por debajo de la línea de superficie, o sea que siempre la ley se refiere a "edificios". Ver Moreira, Laureano, "El suelo en la propiedad horizontal", en ED, 13/12/85.

Infojus

además declara de propiedad común al terreno, extremo que descartaría la posibilidad de un derecho exclusivo sobre las parcelas destinadas a sepultura.[70]

El argumento es válido, no obstante, cabría preguntarse si ante el nuevo fenómeno que constituyen los cementerios privados[71] y mientras se carezca de normas específicas, no correspondería flexibilizar la interpretación del art. 1 en relación a la edificación del inmueble y aun estimar la posibilidad de que los espacios destinados a la sepultura constituyan unidades exclusivas;[72] ya que podría sostener que el terreno que debe ser necesariamente común —como todas las demás cosas que se mencionan en el art. 2, ley 13.512— es únicamente el afectado al uso común o el que resulte indispensable para la seguridad de todo el inmueble.[73]

En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) no hubo acuerdo respecto del mejor régimen para los cementerios privados, dividiéndose el despacho en dos conclusiones: una que proponía que el cementerio privado debe estructurarse como derecho real privatístico sin perjuicio de las restricciones y límites de naturaleza administrativa en función de su particular afectación (mayoría). Por otro lado, el despacho de minoría sostuvo que los cementerios deben ser del dominio público confiriendo derechos de naturaleza administrativa.

(70) A menos que se considere que la ley sólo impone obligatoriamente que sea común la superficie plana o línea imaginaria que sirve como límite del subsuelo y del espacio aéreo: Ver, Palmiero, Andrés, *Tratado de la propiedad horizontal*, Bs. As., Ed. Depalma, 1974, p. 229; o bien el polígono o plano que se ubica sobre la capa terrea: ver Fontbona, Francisco, "La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir", en *Revista del Notariado,* Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 761.

(71) Es claro que no la contempló el legislador, quien en verdad pretendió, con la sanción de la ley 13.512, solucionar la escasez de vivienda que castigaba a la sociedad por esa época —tal lo que surge palmariamente del debate parlamentario— y de allí las referencias contenidas en su art. 1, que parece tolerar sólo el destino de vivienda para los inmuebles sometidos al régimen de la propiedad horizontal, cuando es sabido que en la actualidad se acepta que el destino puede ser múltiple.

(72) Rescatando que el régimen de propiedad horizontal tolera la existencia de unidades de propiedad exclusiva por debajo de la línea de superficie terrestre; ver al respecto, Moreira, Laureano, *op. cit.*

(73) Mariani de Vidal remite al art. 2617, Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, que ya hemos transcripto y parece orientarse en esta dirección.

3.2.3.4. Derecho real de uso

Podría también examinarse el derecho sobre las sepulturas en los cementerios privados desde la óptica de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, es decir que lo que resultaría más compatible con la índole y destino del objeto es el derecho real de uso.(74)

Pero los reparos parecen insuperables.

Por un lado, ya hemos dicho que el titular del derecho aspira a contar con distintos servicios en el cementerio y no sólo con un lugar para el enterramiento; y como es sabido estos servicios accesorios —que debería prestar el que aquí desempeña el papel de nudo propietario— no pueden integrar el derecho real con oponibilidad *erga omnes*.

Por otro lado, la aplicabilidad a la extinción del derecho real de uso de las normas relativas a la extinción del usufructo (art. 2969 CC), conduce a que el derecho de uso se extinga con la muerte del usuario (arts. 2822 y 2920 CC) y no se transmita a los herederos (art. 2825, CC), importando señalar que, con arreglo al principio del *numerus clausus*, estas reglas no pueden ser descartadas por voluntad de los contratantes, ya que la autonomía de la voluntad se mueve con márgenes sumamente estrechos en este campo (art. 2952 CC).

Cabe entonces preguntarse qué utilidad puede brindar la adquisición de una sepultura en esas condiciones. En efecto, si adquiero un derecho real de uso de una sepultura en un cementerio privado para que mis restos descansen en ella, pero cuando se va a satisfacer la finalidad de la adquisición, ha ocurrido mi fallecimiento, resulta que ese derecho se ha extinguido.(75)

(74) Así se hallan organizados algunos cementerios en la provincia de Buenos Aires, aunque realmente se confiere un derecho real de co-uso, porque se otorga un derecho de uso sobre una parte indivisa del inmueble donde se asienta el cementerio, individualizándose la parcela de uso exclusivo del co-usuario en el "plano interno de ubicación de sepulturas" que lleva el cementerio.

(75) Se ha tratado de subsanar este inconveniente formidable a través de previsiones —de dudosa validez, al menos desde el punto de vista de los derechos reales— contenidas en el Reglamento Interno del Cementerio, mediante las cuales la propietaria del cementerio renuncia a lo dispuesto en el art. 2920 CC, obligándose, en caso de muerte del titular del derecho de sepultura, a cancelar el derecho de uso existente a favor del causante y a otorgar simultáneamente a favor de los herederos un nuevo derecho real de uso. Pero estas cláusulas

Y todavía más. Según el art. 1449 CC es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación,[76] con lo cual el adquirente se verá imposibilitado de transferir su derecho, se trate de actos a título oneroso o gratuito.

3.2.3.5. Derecho real autónomo

Aquí también y toda vez que el fenómeno de los cementerios privados es nuevo, resultará casi imposible que encaje en los antiguos moldes sin alguna violencia.

Es por eso que se ha propiciado su regulación como derecho real autónomo, inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble[77] estructurándolo ya sea como derecho real sobre cosa ajena[78] o como derecho real sobre cosa propia, tomando como base el régimen de la propiedad horizontal y adaptándolo a la naturaleza y destino particulares del objeto.[79]

3.3 | Proyecto 2012

Esta última parece ser la orientación que ha seguido el Proyecto 2012, que regula a los cementerios privados como un derecho real autónomo, en el Título VIII del Libro IV (arts. 2103 a 2113) y lo menciona en el art. 1888 como derecho real sobre cosa total o parcialmente propia.

no integran el contenido del derecho real de uso, sino que tienen naturaleza obligacional, por lo que, además de no inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, (como sí se inscribe el co-uso sobre parte indivisa al que antes hicimos referencia) tienen únicamente el alcance relativo que corresponde a los derechos creditorios.

(76) En consecuencia, será nula toda previsión en contrario que pudieran pactar los contratantes.

(77) Highton, Elena y *et. al.*, *op. cit.*, pp. 189/191; Segundo Seminario Argentino sobre Régimen Jurídico de los Cementerios Privados, organizado por la Universidad Notarial Argentina, junio de 1987; Proyecto de la diputada M. F. Gómez Miranda ya citado. Ver Botassi, Alfredo, "Cementerios públicos y privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 30/07/1981, sostiene que resultan suficientes las anotaciones del caso en los libros que deben llevar los cementerios.

(78) Conclusión por mayoría del Segundo Seminario Argentino sobre Régimen Jurídico de los Cementerios Privados, Universidad Notarial Argentina, junio 1987.

(79) Así, Highton, Elena, y *et. al.*, *op. cit.*, pp. 189/191. El Proyecto de la diputada Gómez Miranda, califica a los sepulcros de "bienes inmuebles registrables de transmisibilidad restringida". En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, agosto de 1987, se propició por unanimidad: "De *lege ferenda,* el legislador nacional debe contemplar el régimen de los cementerios privados, sin perjuicio del derecho administrativo local".

3.3.1. Concepto

Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos (art. 2103).

Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales (art. 2112).

3.3.2. 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 conjuntamente 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 (art. 2104).

3.3.3. Reglamento

El reglamento de administración y uso debe contener: *a)* la descripción del inmueble sobre el cual se constituye el cementerio privado, sus partes, lugares, instalaciones y servicios comunes; *b)* disposiciones de orden para facilitar a los titulares de los derechos de sepultura el ejercicio de sus facultades y que aseguren el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de policía aplicables; *c)* fijación y forma de pago del canon por administración y mantenimiento, que puede pactarse por periodos 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 (art. 2105).

3.3.4. Administrador

La dirección y administración del cementerio está a cargo del administrador, quien debe asegurar el correcto funcionamiento de las instalaciones y servicios comunes que permita el ejercicio de los derechos de sepultura, de acuerdo a las condiciones pactadas y reglamentadas (art. 2109).

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 (art. 2106).

3.3.5. Derechos del titular

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 (art. 2107).

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 el Código y en las leyes especiales (art. 2111).

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 (art. 2110).

3.3.6. Deberes del titular

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 (art. 2108).

3.3.7. Policía mortuoria

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 (art. 2113).

En síntesis, se ha resuelto el problema de los cementerios privados optando por la figura del derecho real, con expresa aplicación de las normas de protección al consumidor en la relación entre administrador y titulares del derecho de sepultura. Es observable que no se emplee la misma terminología en todos los artículos, ya que en la enumeración de los derechos reales se menciona al derecho real de "cementerio privado" y en los arts. 2105, 2106, 2107, 2108, 2113 se habla del "titular del derecho de sepultura", o del "titular de sepultura", y en el 2111 de "titular de parcelas". De todos modos, la aplicación de las normas protectoras del consumidor —entendemos— funcionará como pauta hermenéutica ante eventuales conflictos entre administrador y el titular de este nuevo derecho real.

Disposiciones comunes a los derechos reales de garantía

por **GABRIELA ALEJANDRA ITURBIDE**[1]

I | Introducción

En el presente trabajo nos dedicaremos a desarrollar los aspectos que, en nuestra opinión, resultan más destacables de la reforma propuesta por la Comisión Reformadora del Código Civil respecto de los derechos reales de garantía.

Los derechos reales de garantía están regulados en el Título XV del Libro Cuarto del *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,* redactado por la Comisión de Reformas —designada por el decreto 191/2011 e integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Adía Kemelmajer de Carlucci—.

En el decreto se dejó constancia de que Vélez Sarsfield ya había previsto la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran; que, durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas

(1) Doctora en Abogacía (Univ. Del Museo Social Argentino). Profesora Adjunta Regular en "Derechos Reales" (UBA), Jefa de Trabajos Prácticos en "Obligaciones" (UBA) y docente de posgrado (UCES). Miembro de la Comisión de Capacitación (Escuela Judicial en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional) y de las Comisiones de Capacitación, Gestión y Oralidad (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil), y Coordinadora del Nivel Superior en los cursos para empleados del fuero civil de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ha escrito diversos artículos y obras en colaboración sobre la materia, y presentado trabajos en múltiples jornadas y congresos de la especialidad.

leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; que esta obra —llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial— produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos; que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas; que, en este sentido, cabe destacar la reforma constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos tratados de derechos humanos, así como de la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos; que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la legislación nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contenga una serie de principios generales ordenadores.

A estos fines, se destacó que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales; y que, en las últimas décadas, se promovieron varios intentos de reforma integral de la legislación civil y comercial sin llegar a lograr el propósito unificador y reformador de la legislación civil y comercial.(2)

En consecuencia, se entendió que resultaba necesaria la creación de una Comisión que llevara a cabo con mayor eficacia y eficiencia el objetivo de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado.

Pues bien, en lo que concierne al tema de los derechos reales, el Título respectivo se divide en cuatro capítulos. El primero de ellos se refiere a las disposiciones comunes; el segundo, a la hipoteca; el tercero, a la anticresis; y el cuarto, a la prenda. No se incluye la indisponibilidad voluntaria, como lo hacía el Proyecto de 1998 en los arts. 2133 a 2136.

Como puede verse, en el Proyecto los derechos de garantía están precedidos por disposiciones comunes a todos, lo cual torna mínima la tipificación

(2) Highton, Elena, "Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y Disposiciones Generales en materia de Derechos Reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012, p. 2.

de cada uno de esos derechos. Este temperamento ya había sido adoptado por el Proyecto de 1998.

Con el art. 2184 comienza el conjunto de disposiciones comunes a los derechos reales de garantía. Con ello se logra la unidad de fondo, lo cual implica extender, de manera expresa, a todos los derechos reales de esta índole, normas que la regulación anterior mantenía asignada a un único tipo o repetidas en las restantes figuras.

Advierten Gustavo Bono y Alicia Puerta de Chacón que este método de trabajo, tomado también por los proyectos precedentes, permite reducir el tratamiento específico de cada una de las garantías reales receptadas. En este sentido, cabe señalar que todo el Título XIII contiene cincuenta y tres artículos (arts. 2184 a 2237) a diferencia del Código Civil vigente que regula la misma materia en ciento cincuenta y tres artículos (arts. 3108 a 3261), sin contabilizar los atinentes a la prenda comercial legislada actualmente por los arts. 580 a 588 del Código de Comercio que, en este Proyecto, se unifica con la prenda civil.[3]

Indudablemente, conforme se expone en los Fundamentos del Anteproyecto, la sistematización de los principios generales en la estructura interna del Código permite una lectura más sencilla de todo el sistema, además de evitar reiteraciones innecesarias. Ello se traduce en una notable reducción de preceptos en el régimen de cada uno de los derechos reales comparativamente con el ordenamiento anterior.

Las disposiciones comunes de las garantías reales regulan sus caracteres y todos los aspectos que son uniformes para la hipoteca, la prenda y la anticresis. Esas normas comunes se refieren a la convencionalidad (art. 2185), la accesoriedad (art. 2186), la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito (arts. 2188/2190), la indivisibilidad (art. 2191), la oponibilidad e inoponibilidad (art. 2196), los créditos garantizables (art. 2187), la extensión del objeto (art. 2192), la subrogación real (art. 2194), las facultades y responsabilidades del constituyente (arts. 2195, 2199, y 2200), la ejecución (art. 2203) y la cancelación del gravamen (art. 2204). Los requisitos atinentes

(3) Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", en *Rev. Jurídica La Ley*, 04/10/2012, p. 1.

a la publicidad y oponibilidad están previstos en las disposiciones generales comunes a todos los derechos reales (art. 1893).

Cabe señalar que la Comisión optó por no incluir una definición general de los derechos reales de garantía, a diferencia de lo previsto por el art. 2088 del Proyecto de 1998, pues en el sistema de *numerus clausus* esa tarea se cumple en cada tipo específico de derecho real.

2 | Derechos reales de garantía

Si bien el patrimonio es la prenda común de los acreedores, esta garantía colectiva o genérica no es suficiente para asegurar el cobro de sus créditos.

El deudor no sólo puede contraer otras obligaciones, sino que, además, como conserva la facultad de disponer de sus bienes, en tanto no esté afectado por una inhibición general, puede también enajenarlos o gravarlos, convirtiendo de ese modo en ilusorios los derechos de los acreedores.

Además, en virtud del principio "*pars condictio creditorum*", todos concurren en un pie de igualdad para hacer efectivos sus créditos, salvo que la ley, excepcionalmente, les haya reconocido un privilegio. Cuando el deudor se torna insolvente y el producido de sus bienes no alcanza para satisfacer la totalidad de sus deudas, los acreedores se ven precisados a cobrar a prorrata.

Como sostiene Areán,[4] es posible que los acreedores estén privados de actuar sobre los bienes porque ya no forman parte del patrimonio del deudor, o que tengan que concurrir con otros acreedores a consecuencia de la asunción por aquél de nuevas deudas.

Para evitar esos efectos negativos, surge la conveniencia de reforzar la obligación mediante la constitución de otra obligación a cargo de un tercero que se compromete a cumplir en lugar del deudor, o sometiendo un bien determinado a la acción del acreedor, de modo que ningún acto del deudor o de terceros, ni el concurso de otros acreedores, pueda

(4) Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *Código Civil Anotado - Doctrina - Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, T. IV-C, p. 1979.

perjudicar el éxito de esa acción. En el primer caso existe una garantía personal, y el deudor subsidiario responde de la obligación asumida, así como de cualesquiera otras obligaciones, con su patrimonio íntegro; en el segundo, sobre el bien, que puede ser del deudor o de un tercero, se constituye una garantía real, que asegura la sujeción a la acción ejecutiva y establece, a favor del acreedor, una prioridad sobre los otros acreedores, que no tengan con respecto a él una causa legítima de preferencia.

Las garantías personales importan, entonces, la asunción de una segunda obligación, con un deudor distinto del deudor principal, ampliando de ese modo el poder de agresión patrimonial del acreedor. En las garantías reales, en cambio, determinados bienes de propiedad del deudor o de un tercero quedan afectados especialmente a la satisfacción de la obligación en cuya garantía han sido gravados.(5)

En esa orientación, el art. 2088 del Proyecto de 1998 proponía, como definición "Los derechos reales de garantía son los que sólo pueden constituirse por contrato formal, en seguridad de créditos, y que además de las facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar bienes y de percibir créditos sobre su producido".

3 | Caracteres

El art. 2184 del Proyecto, que dispone: "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", torna operativos los caracteres esenciales y naturales de cada derecho real de garantía.

Los caracteres esenciales son aquéllos que constituyen la exteriorización de los elementos básicos sin los cuales la institución no existiría. Los caracteres naturales, en cambio, son aquéllos cuya existencia no resulta una condición de vida de aquélla.

Mientras los primeros no pueden faltar, porque si ello ocurre obstan a la existencia misma del derecho, los segundos pueden ser dejados sin efecto o modificados por acuerdo entre el constituyente y el acreedor, al no estar interesado el orden público.

(5) *Ibid.*, p.1979.

Tiene gran trascendencia la precisa configuración de esos caracteres, pues no debe perderse de vista que, en lo atinente a la creación de los derechos reales, nuestro sistema es el de "*numerus clausus*". El ordenamiento crea los tipos de derechos reales, les da un nombre y les asigna una tipicidad —al menos, genérica—, de modo que si faltara alguno de los caracteres esenciales, no existiría el derecho real como tal.

Son esenciales la convencionalidad (art.2185), la accesoriedad (art. 2186), la especialidad en cuanto al objeto (2188), y la especialidad en cuanto al crédito (art. 2189). El carácter natural es la indivisibilidad (art. 2191).

Las opiniones no son unánimes, en cambio, acerca de la publicidad, pues mientras para la generalidad de nuestra doctrina se enrola junto con la indivisibilidad, para otros autores es esencial.

4 | La causa de los derechos reales de garantía

En este aspecto, el nuevo Código dispone 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, en el art. 857 prevé que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.

Debe advertirse que los derechos reales son principales en tanto existen sin dependencia de otro derecho; mientras que son accesorios cuando se constituyen para garantizar el cumplimiento de un derecho de crédito de su titular.

La redacción acuerda al término "créditos" la significación y alcance que, más adelante, enumera (v. art. 2187). A tal fin, destacamos que de manera ejemplificativa, el art. 2187 establece que se puede garantizar cualquier crédito, debiendo, en principio, individualizárselo con indicación de sujetos, objeto y causa.

5 | La fuente contractual de los derechos reales de garantía

Los derechos reales de garantía reconocen como única fuente el contrato o la convención. Más aún, dicha convención debe ser expresa, a diferencia de lo que sucede en el Código de Vélez, con la prenda y la anticresis. Por lo tanto, la convencionalidad constituye un carácter esencial de los derechos reales de garantía.

Al respecto, el art. 2185 del Proyecto prevé que: "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".

Al adoptar esta posición, el nuevo Código continúa manteniendo excluidas las hipotecas legales o tácitas y las judiciales —que existían en el derecho patrio, y que ya habían tenido su origen en el derecho romano, pasando luego al español y al francés—. Se trataba de hipotecas que la ley hacía nacer de pleno derecho, independientemente de toda manifestación de voluntad del acreedor o del deudor, en beneficio de ciertas personas y considerando su condición jurídica; es decir, que estaban destinadas a proteger de una manera especial los intereses de esas personas. Los casos más corrientes de hipotecas legales eran la que gravaban los bienes de los tutores y curadores por los saldos de las cuentas de administración; los del marido por los bienes dotales recibidos de la mujer; y los de los recaudadores de impuestos por las sumas percibidas por ese concepto.[6]

El criterio que mantiene el nuevo art. 2185 es realmente acertado, pues aquellas hipotecas creaban gran inseguridad jurídica al gravar todos los bienes presentes y futuros, el monto era indeterminado y, además, resultaban ocultas puesto que ni siquiera estaban sujetas a la formalidad de la inscripción.

6 | Forma del acto constitutivo

Cuando los derechos reales de garantía tienen por objeto una cosa inmueble, la convención debe efectuarse en escritura pública, según lo

(6) Puede consultarse un extenso desarrollo del tema en Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *op. cit.*, pp. 2043/2045..

expresamente dispuesto por el art. 1017, inc. a) que alude a los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

En relación al derecho de hipoteca, corresponde también sujetarse a las formas específicamente autorizadas por el nuevo Código (art. 2208).

En el caso de garantías reales dadas sobre cosa muebles, habrá que remitirse a lo previsto en el art. 2212 para la anticresis, y en el 2222 para la prenda.

7 | Casos de constitución unilateral de garantías reales

Sin perjuicio de que la convencionalidad debe ser interpretada considerando la intervención de ambos sujetos involucrados, no puede ignorarse que la ley 23.576 (t.o. ley 23.962), Empréstiton Contraído mediante Emisión de Obligaciones Negociables, contempla una hipoteca que tiene carácter unilateral, ya que en su art. 3 dispone que:

> "Las garantías se constituyen por las manifestaciones que el emisor realice en las resoluciones que dispongan la emisión y deben inscribirse, cuando corresponda según su tipo, en los registros pertinentes. La inscripción en dichos registros deberá ser acreditada ante el organismo de contralor con anterioridad al comienzo del período de colocación. La hipoteca se constituirá y cancelará por declaración unilateral de la emisora cuando no concurra un fiduciario en los términos del art. 13, y no requiere de la aceptación por los acreedores. La cancelación sólo procederá si media certificación contable acerca de la amortización o rescate total de las obligaciones negociables garantizadas, o conformidad unánime de las obligacionistas. En el caso de obligaciones negociables con oferta pública, se requiere además la conformidad de la Comisión Nacional de Valores".

También cabe considerar el supuesto de ofrecimiento de garantías de terceros en el marco de las propuestas de acuerdo preventivo que estatuye el art. 43 de la Ley de Quiebras (ley 24.522).

8 | Documentación del crédito

Ya hemos dicho que los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, lo cual implica, en el sistema creado, que son intransmisibles sin el crédito y que siguen su suerte.

Por tal razón, el acto constitutivo en el que aquél tendrá lugar, deberá referirse al crédito que constituye la obligación principal. A su vez, éste podrá estar desarrollado en el contrato o bien en otro instrumento al que se remita.

9 | Promesa de derecho real de garantía

Con la expresión "Contratos preliminares", en el art. 994, el nuevo Código dispone que: "Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo". A esos contratos les resulta aplicable el régimen de las obligaciones de hacer (art. 995, *in fine*).

De modo que las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro, pero ese contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad (art. 995), lo que acontecería en el caso de los derechos reales de garantía constituidos sobre cosas inmuebles (hipoteca y anticresis).

En el caso particular de la hipoteca, el art. 2208 permite la aceptación ulterior por parte del acreedor, con lo que puede darse el caso de que el contrato constitutivo no contenga la aceptación de éste, quien deberá darla ulteriormente. De ser así, deberá valorarse el contrato hipotecario como promesa de hipoteca.

10 | La accesoriedad en los derechos reales de garantía

En sucesivos artículos, el nuevo Código trata la accesoriedad (2186) y la especialidad en cuanto al crédito (2187 y 2189).

El nuevo Código se refiere a las obligaciones principales y accesorias en los arts. 856 y 857. Según el art. 856, obligaciones principales son aquéllas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional. Por el contrario, 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.

En ese contexto, el art. 857, al referirse a los efectos de tal distinción, prevé que la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario.

En el caso concreto de los derechos reales de garantía, cabe reiterar que no tienen existencia autónoma, puesto que dependen de un derecho creditorio al que le procuran seguridad. Esta calidad surge claramente del art. 3108 del Código de Vélez, cuando, al referirse a la hipoteca, afirma que se trata de un derecho real "constituido en seguridad de un crédito en dinero" y se mantiene en el art. 2186, que textualmente dice: "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".[7]

Sin embargo, la accesoriedad, en virtud de la cual no hay derecho real de garantía sin crédito al que garantice, es un principio que no tiene vigencia universal ya que, por ejemplo, la deuda inmobiliaria del derecho alemán no está vinculada a ningún derecho personal.

(7) Sobre el punto, el art. 524 del Código de Vélez Sarsfield considera accesorios de la obligación no sólo a las obligaciones accesorias sino también a los derechos accesorios del acreedor, como la hipoteca y la prenda. En un pasaje de la nota al art. 497 de aquel Código, Vélez Sarsfield, afirma: "Nosotros decimos que el derecho puede ser un derecho real, como la hipoteca; pero la obligación del deudor es meramente personal con el accesorio de la hipoteca, pero ésta no es una obligación accesoria. Cuando la cosa sale del poder del que la obliga, y pasa a otro poseedor, éste se halla en la misma posición respecto del acreedor, que tiene un derecho real, que cualquiera otra persona, a quien se prohíbe impedir el ejercicio de los derechos reales; pero no le constituye la posición del deudor".

Ahora bien, al ser la hipoteca, la prenda y la anticresis derechos accesorios, no sólo su existencia, sino también su suerte están ligadas a la del derecho creditorio al que acceden. Si éste se transmite o se extingue, aquellos derechos seguirán las mismas vicisitudes, salvo que el pago de la deuda haya sido hecho por un tercero subrogado a los derechos del acreedor.

Si la obligación se extingue por haberse operado la prescripción liberatoria del crédito garantizado por un derecho real, éste también se extingue si antes no se ordena su cancelación, aunque el asiento registral —en su caso— continúe vigente hasta que se cumpla el plazo legal de caducidad.

La especialidad en cuanto al crédito, en cambio, se circunscribe al monto del gravamen involucrado de modo que el derecho real, en función de garantía, se ejerce sobre el valor de la cosa. De ahí, que la ley dispone que en el acto constitutivo ese valor se cuantifique numéricamente, con lo que queda así delimitado el grado de agresión patrimonial que, con causa en el crédito, tornará preferente al acreedor que ostente la garantía real respectiva.

11 | Carácter autónomo de la accesoriedad

Si bien un sector de la doctrina[8] considera que el carácter de especialidad crediticia no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, a manifestar el valor estimativo en el acto de constitución del gravamen, sino que requiere de la constancia de la causa (origen o fuente), entidad (objeto de la prestación) y magnitud (medida del objeto) de la obligación garantizada, consideramos que con la regulación específica contemplada por el nuevo Código, el principio de accesoriedad pasa a gozar de consideración autónoma.

12 | Transmisión del crédito

El art. 2186 prevé que los derechos reales son intransmisibles sin el crédito y que se extinguen con él, excepto en los supuestos legalmente previstos. De modo que no es posible ceder el crédito y conservar la condición de

(8) Ver *VII Jornadas de Derecho Civil*, Comisión N° 4, Buenos Aires, 1979.

Infojus

acreedor, pero la extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito.

Aunque no existe una norma expresa en el título, consideramos que un acreedor del titular del derecho real de garantía no podría embargar el derecho real con el objeto de subastarlo.

13 | Créditos garantizables

Al respecto, el art. 2187 establece que "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".

Con la expresión "Al constituirse la garantía", el texto legal pone en evidencia la diferencia entre "contrato" (art. 2185) y "acto constitutivo".

La causa fuente de los derechos reales de garantía será siempre una obligación sin sujeción a condición alguna (pura y simple), o diferida en el tiempo hasta el vencimiento de un término (a plazo), o subordinada en su eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto (condicional o eventual), o que implique la entrega de alguna cosa (de dar), o aquélla 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).

El artículo que comentamos no requiere que se establezca el *quantum* dinerario de la obligación. El art. 2189 impone un monto a la garantía, que es algo distinto. Aunque habitualmente este extremo aparezca mencionado (*v.gr.* una suma de dinero dada en mutuo, el valor monetario que representa la mercadería entregada, el saldo de precio), no resulta exigible que la obligación principal se exprese en una suma de dinero. Ello también permite distinguir la accesoriedad del principio de especialidad crediticia.

14 | Las obligaciones eventuales

Son obligaciones eventuales las que no tienen existencia actual, ni siquiera como condicionales, pero que es posible que lleguen a nacer; tal sería

el caso de una hipoteca constituida a efectos de asegurar el saldo final de una cuenta corriente, el pago de alquileres o para garantizar la eventual responsabilidad por mal desempeño de un dependiente.

La obligación es futura, no así el derecho real de garantía, que está determinado en sus elementos, de modo que cuando nazca la obligación no habrá posibilidad alguna de confusión o sustitución de la garantizada por otra en perjuicio del deudor o de otros acreedores. En el caso de apertura de crédito en cuenta corriente (bancaria —art. 1193—, mercantil —art. 1430—), sin que exista suministro alguno, ni saldo deudor alguna en cuenta, si se garantiza con hipoteca el futuro saldo, la convención de apertura de crédito engendra la obligación de tener los valores o mercaderías a disposición del acreedor y para el acreedor la obligación de usar el crédito en su totalidad o, al menos, de abonar un precio por tal disponibilidad. Es parte del contrato normativo en que se fijan todas las pautas a que se ajustarán las futuras operaciones de las cuales surgirán obligaciones. Si no se utiliza nunca la cuenta, no se gira en descubierto, no se retiran mercaderías, etc., nunca llegará a existir crédito. Lo mismo ocurrirá si se pagan puntualmente los alquileres, o si el dependiente no incurre en las conductas previstas. Más aún, en estos casos, y según las vicisitudes de los negocios, el crédito puede aumentar o disminuir a través del tiempo. El requisito de la especialidad estará cumplido en esos casos, determinando expresamente en el acto constitutivo la naturaleza de la obligación y fijando estimativamente el valor de la misma, el que determinará el tope protegido por el gravamen.[9]

15 | Individualización del crédito en el acto constitutivo

Ratificando la necesaria convención como fuente de todo derecho real de garantía (art. 2185), el art. 2187 impone la individualización adecuada del crédito a través de los sujetos, objeto y causa involucrados.

En nuestra opinión, lo que se pretende con el precepto es evitar una expresión general de la causa del gravamen, al punto de condicionar a las

(9) Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *op. cit.*, pp. 2103/2104.

Infojus

partes y a los terceros con la falta de certeza sobre la vigencia y alcance de aquélla.

La enunciación de los sujetos involucrados resulta ineludible dado que, sin ella, ni el acreedor tendría derecho a la ejecución, ni el deudor a oponer defensas.

En torno al objeto, cabe recordar que se trata de la prestación debida, la que debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor (art. 725).

Por causa, tomada aquí como "fuente", ha de estarse a la existencia misma de la obligación, del hecho jurídicamente idóneo para producirla (art. 726).

Estos presupuestos, vinculados al crédito al que accede el gravamen, no imponen que el contrato generador de las obligaciones deba estar contenido en el acto constitutivo. La mención de los sujetos, objeto y causa, bien puede remitir a un contrato formalizado por separado —sea por resultar preexistente, sea por constituirse en instrumento privado o sobre determinada contabilidad de las partes—.

16 | Excepción a la individualización del crédito principal

Si bien, como dijimos, el crédito principal debe individualizarse con expresa mención de los sujetos, objeto y causa, el art. 2189 admite que el crédito "pueda" quedar individualizado al momento de la constitución de la garantía, o "pueda nacer posteriormente", lo cual constituiría la excepción a la que se refiere el art. 2187.

17 | La especialidad "en cuanto al objeto"

Como premisa, debemos advertir que no sólo las cosas sino también los derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía, lo cual constituye una novedad respecto del régimen consagrado en el Código de Vélez Sarsfield. Al respecto, el nuevo art. 2188 prevé que: "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".

En el Proyecto se mantiene la distinción entre cosas muebles e inmuebles (ver arts. 225, 226 y 227), de modo que ambos tipos de cosas pueden ser objeto de los derechos reales de garantía.

En cuanto a los derechos como objeto de la garantía, consideramos que la hipoteca (art. 2120) y la anticresis (art. 2213) pueden resultar útiles para gravar el derecho de superficie. En relación al derecho de prenda, la sección 3ra. de este Título regula la prenda sobre créditos (art. 2232 y ss.).

Por el contrario, no concebimos la posibilidad de gravar con derechos reales de garantía, el usufructo, el uso y las servidumbres. Expresamente, queda prohibida la constitución de estos derechos respecto de la propiedad indígena (art. 2034).

18 | "Objeto actual"

La "actualidad", como presupuesto para la constitución válida de la garantía, implica que la cosa o bien a afectar debe ser existente y, como tal, determinable en su materialidad —aunque, en rigor, la determinación del objeto constituye un presupuesto general para todos los derechos reales—.

El conjunto de estos elementos que tienden a la individualización del objeto del derecho quedan comprendidos en la noción de "especialidad", la que permite su publicidad o registración. Si bien el nuevo Código no impone que los derechos reales en general se efectivicen respecto de cosas que estén en el comercio, cabe aclarar que, de conformidad con el art. 237, las cosas del dominio público no pueden constituir objeto de derechos reales, pues son inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

19 | La "individualización adecuada"

Todos los derechos reales de garantía nacen de un convenio en el cual el legitimado a gravar las cosas o derechos de los que es titular, los afecta; y ello es aceptado por quien, como acreedor, obtiene esa garantía.

Como ya dijimos, la cosa o derecho debe reunir la condición de actual, lo cual permite su individualización.

La ley utiliza el término "adecuada" puesto que la designación del objeto difiere en cada caso. Si se tratara de cosas inmuebles, para la descripción del bien puede recurrirse a su dirección, designación catastral y registral. Puede precisarse, además, la situación de la finca según sus linderos. Pero si pensamos en las cosas muebles o créditos instrumentados sobre los que puede quedar constituida, por ejemplo, una prenda, deberá precisarse el objeto con el mayor detalle posible, para permitir su oponibilidad y cesión.

Como puede verse, al igual que en el Código de Vélez, el nuevo ordenamiento proscribe las garantías genéricas o sobre una generalidad indiscriminada de bienes. La única garantía admitida con ese alcance es la común a favor de todos los acreedores, que recae sobre el patrimonio entero del deudor, aunque realmente no constituye una garantía en el sentido técnico.

Las cosas o derechos sobre las que recaiga el gravamen deben, entonces, estar individualizados "adecuadamente". A modo de ejemplo, en el caso concreto de la hipoteca, el deudor podrá gravar todos los inmuebles de su propiedad o todos los que se encuentran en una determinada ciudad o en una provincia, pero siempre será necesaria la individualización de cada uno de ellos —es decir, una designación separada e individual—. Quedan excluidas, en consecuencia, las hipotecas generales, o sea las que afectan todos los bienes del deudor sin especificarlos y, con mayor razón, las que gravan los bienes presentes y futuros.

20 | Consecuencias de la falta de "individualización adecuada"

Cabe distinguir la falta de individualización de la falta de individualización "adecuada".

Para el primer caso, en el que falta la individualización del objeto, resulta operativa la solución contemplada a contrario *sensu* por el nuevo art. 2190. En el supuesto de falta de individualización adecuada, el juez

podría llegar a determinar con certeza cuáles son las designaciones que faltan y admitir la validez de la garantía acordada con la constitución del derecho real que se trate. Ello pues el citado art. 2190 expresamente prevé que la constitución de la garantía será 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.

Por lo demás, cabe recordar que en la actualidad, dado el sistema implementado por la ley 17.801, con la implantación del folio real, así como con la reorganización del catastro, no se concibe que acceda al Registro y logre ser inscripta una hipoteca en la que el inmueble gravado no se halle perfectamente individualizado, en coincidencia con los datos que surjan de aquél, como ubicación, designación según título o plano, superficie, medidas y linderos.

21 | Alcances y problemática de la especialidad "en cuanto al crédito"

El nuevo art. 2189 dispone:

> "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 (10) años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia".

El principio de la especialidad en cuanto al crédito ha sido consagrado tanto en el Código de Vélez Sarsfield como en el nuevo, en el interés del deudor y de los terceros. Del deudor, para que pueda valorar y proporcionar

debidamente la extensión de la garantía con relación a la deuda, evitándose así que, en una sola operación hipotecaria, pueda absorber todo su crédito; de los terceros, porque sería prácticamente imposible, una vez constituida una hipoteca en garantía de la generalidad de las obligaciones del deudor, que un tercero le acordara un nuevo crédito hipotecario, ante la incertidumbre que habría en cuanto al monto definitivo de la deuda asegurada con la primera hipoteca.

Existe gran divergencia en la doctrina acerca del concepto de especialidad en cuanto al crédito.

La disparidad de criterios alcanza tal magnitud que se ha llegado a afirmar que la especialidad de la hipoteca no es doble sino triple. El autor de esta doctrina es Edmundo Gatti, quien además de la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, sostiene que existe una especialidad en cuanto al gravamen.(10)

La especialidad en cuanto al crédito consiste, según este jurista, en que el constituyente de la hipoteca puede garantizar con ella uno, varios o todos los créditos que tenga el acreedor contra él o contra un tercero, pero cada uno de tales créditos debe estar perfectamente individualizado, indicándose en forma precisa sus elementos. Así, por ejemplo, quien grava un inmueble con hipoteca puede hacerlo para asegurar el cumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero, de una obligación de dar una cosa determinada y de una obligación de hacer. Todas estas obligaciones están contraídas con el mismo acreedor, y todas deben estar correctamente especificadas al constituirse la hipoteca. La especialidad en cuanto al gravamen, en cambio, consiste en que el o los inmuebles quedan gravados en una suma cierta de dinero que tenga curso legal en la República. Sólo hasta la concurrencia de esa suma el o los inmuebles son afectados por el derecho real.

En otras palabras, la especialidad en cuanto al crédito se relaciona con el derecho personal garantizado, y la especialidad en cuanto al gravamen, con el derecho real garantizante.

Por su parte, Elena Highton sostiene que la especialidad en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, mientras que

(10) *Ibid.*, p. 1991.

la accesoriedad implica que la hipoteca es inseparable del crédito a que accede y sigue la suerte del mismo. Aclara que para estudiar la especialidad de la hipoteca, sólo debe prestarse atención al derecho real —o sea, a la hipoteca—, por lo que, técnicamente, no parece que el nombre "especialidad en cuanto al crédito" sea el más correcto y apropiado: induce a confusión, ya que la institución se refiere a la hipoteca —o sea, al derecho real— y no al crédito o derecho personal. La denominación "especialidad en cuanto al gravamen" es más precisa, pero su utilización contribuiría aún más a confundir las ideas, ya que los autores franceses denominan así a la institución que nosotros conocemos como especialidad en cuanto al objeto. Como la especialidad es un carácter de la hipoteca y no del crédito, el cumplimiento de tal requisito debe estar relacionado con el derecho real de garantía y no con el crédito garantizado, sin que quepa hacer distinciones, según se garantice una obligación de dar sumas de dinero u otra obligación distinta, por ejemplo, de hacer o no hacer.(11)

Otros autores adhieren a la concepción que considera que la especialidad en cuanto al crédito se traduce no sólo en la expresión de su monto en una suma de dinero cierta y determinada —o, en su caso, en el valor estimativo—, sino que además será necesaria su correcta individualización a través de la enunciación de los elementos: sujeto, objeto y causa (Arean, Alterini, Rivera).(12)

Por su parte, Bono y Puerta de Chacón sostienen que la circunstancia de que no exista el crédito al tiempo de la convención hipotecaria (créditos futuros, eventuales, condicionales), o se desconozca su valor, no implica que el crédito esté indeterminado, siempre que su causa-fuente (normalmente se trata de un contrato que le da origen) exista y conste en el respectivo título hipotecario.(13)

(11) Highton, Elena, *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, 2da ed. actualizada, Bs. As., Depalma, 2000, pp. 59/78 y 109/112.

(12) En el mismo sentido, ver Recomendación N° 5 aprobada en las *VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Buenos Aires en 1979; y Despacho unánime de la Comisión N° 4 en las *XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Lomas de Zamora en setiembre de 2007.

(13) Ver Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", *op. cit;* y Boretto, Mauricio, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: Las garantías patrimoniales", *en JA*, 2012-III. Al referirse al régimen consagrado en el Código de Vélez Sarsfield, Bono y Puerta de

Infojus

En ese contexto, la jurisprudencia ha considerado factible que, aun tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero determinadas, las partes acuerden el monto de la responsabilidad hipotecaria en una cifra menor al monto del capital del crédito, pues éste es un aspecto reglamentario del derecho de hipoteca que no afecta el orden público de los derechos reales.

Ahora bien, más allá de algunas disquisiciones que pueden considerarse sutiles, lo cierto es que tradicionalmente se ha entendido que la hipoteca debe constituirse en garantía de una suma de dinero cierta y determinada. Por dicha suma queda gravado el inmueble y, más allá de ella, la garantía no existe. Este alcance debe considerarse plenamente aplicable en la actualidad a todos los derechos de garantía, habida cuenta de los términos del artículo que estamos analizando.

Chacón advierten que también el art. 3135, en el párrafo incorporado por la ley 17.711, recepta la reserva de hipoteca de grado preferente que exige la expresión del monto máximo que la hipoteca va a alcanzar. Una vez constituida la hipoteca reservada, el monto preestablecido en la reserva actúa como límite máximo del gravamen respecto de terceros, aun cuando el monto del crédito garantizado resultare por un importe superior. Por regla general, estas hipotecas operan, respecto del monto estimado, como hipotecas "de máximo" porque, incluso cuando posteriormente el crédito resulte por un importe superior, la hipoteca sólo cubre el monto determinado en el acto de constitución. En cuanto al saldo insoluto del crédito, el acreedor podrá cobrarlo como quirografario si existe remanente del inmueble subastado o de otros activos del patrimonio del deudor. También con relación a los terceros, se trate de acreedores hipotecarios, embargantes de fecha posterior, o bien del "tercer poseedor" del inmueble hipotecado, la garantía registrada es oponible hasta el monto máximo estimado. Por su parte, Mauricio Boretto entiende que, con la postura adoptada en el nuevo Código, la individualización del crédito asegurado podrá realizarse a través de medios extra hipotecarios "de acuerdo al conjunto de enunciaciones del acto constitutivo", lo cual implica que la hipoteca, la prenda y la anticresis podrán garantizar una pluralidad de operaciones que se vayan suscitando entre acreedor y deudor, sin necesidad de detallar cada una de aquéllas en el acto escriturario, y sin tener que constituir una nueva garantía por cada crédito nuevo con las consiguientes erogaciones. No obstante, aclara Boretto que, para impedir especulaciones hermenéuticas en detrimento de los honorarios profesionales de los letrados del acreedor hipotecario —cuando estemos en presencia del caso del otorgamiento de una hipoteca a favor de un crédito de dar sumas de dinero determinado— y evitar así que el acreedor manipule la composición del monto de la garantía para que allí entre cuanto rubro crediticio sea posible, excepto las "costas", deberá acudirse a las previsiones de los arts. 241 inc. 4 y 242, inc. 2 de la ley 24.522 si estamos ante un proceso universal. Si no se trata de un proceso universal, tienen privilegio especial tanto el capital garantizado, como los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio (arts. 2582, inc. e) y 2583, párr. 1). Sin embargo, en la ejecución individual no se contempla una directiva que establezca un orden de prelación de cobro de los diversos rubros crediticios antes mencionados, sin que tampoco haya una remisión expresa a la ley concursal. De todos modos, concluye Boretto que, cualquiera sea el escenario —concursal o individual—, los honorarios profesionales están asegurados en su cobro preferente, lo que evita especulaciones del acreedor garantizado cuando el crédito es indeterminado y la garantía de máximo.

El crédito garantizado deberá, entonces, ser expresado en una suma de dinero cierta y determinada o, en su caso, consignarse en el acto de constitución del gravamen el valor estimativo cuando el derecho real asegure obligaciones que no sean dinerarias, como de hacer o no hacer. A su vez, ese monto representa el máximo por el que va a responder el bien, ya que queda gravado en esa suma de dinero.

Aunque el crédito pueda luego aumentar o disminuir, no se afecta la especialidad, por cuanto el bien jamás responderá más allá de la cifra en la que ha sido gravado. Por el remanente no cubierto subsistirá el crédito, pero como meramente quirografario.(14)

22 | Cumplimiento de la especialidad en cuanto al crédito

A los fines de dar cumplimiento al requisito de la especialidad en cuanto al crédito, podría suponerse que únicamente ello es posible cuando la obligación garantizada sea la de dar una suma de dinero. Sin embargo, el codificador permite constituir derechos de garantía sobre cualquier tipo de créditos (arg. art. 2187); por ejemplo, obligaciones de dar cosas, de hacer, de no hacer, puras y simples, sujetas a plazo, condición o cargo, e inclusive obligaciones eventuales.

Para satisfacer el principio de la especialidad debe expresarse el "monto máximo del gravamen" (ver art. 2229 para la hipoteca, y art. 2222 para la prenda) de modo que, cuando la obligación que se garantiza es de dar una suma de dinero —por ejemplo, cien mil pesos entregados en virtud de un mutuo— no se presentará ningún problema, ya que el bien responderá hasta ese monto. Si luego de la subasta ha quedado un remanente impago, el acreedor podrá perseguir su cobro como crédito quirografario.

Ahora bien, cuando la obligación garantizada no es de dar sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas, de hacer o de no hacer, o si es

(14) En relación al desarrollo histórico del principio de la especialidad en cuanto al crédito, a los alcances de la ley 21.309, al advenimiento de la legislación de emergencia en el año 2002 y a la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede consultarse Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *op. cit.*, pp. 1995/2006.

eventual, será necesario, como anticipamos, expresar el "monto máximo del gravamen".

Así, por ejemplo, si se garantiza con hipoteca la obligación de levantar un edificio de diez pisos, que reúna determinadas características constructivas, en un determinado plazo, se tratará de una obligación de hacer. A los fines de cumplir con la especialidad en cuanto al crédito, deberá declararse en una suma cierta y determinada en dinero el "monto máximo del gravamen". Si vencido el plazo pactado la obra no ha sido terminada o sólo lo está parcialmente, el acreedor podrá requerir el cumplimiento de la obligación, pero para ello no podrá valerse de la vía ejecutiva.

Del título ejecutivo debe surgir necesariamente una obligación de dar sumas de dinero, por lo que quedan excluidas las obligaciones de hacer, de no hacer e, inclusive, las de dar cosas o cantidades de cosas que no sean dinero. Al respecto, cabe recordar que el art. 520 del Cód. Procesal de la Nación dispone que si la obligación estuviere subordinada a condición o prestación, la vía ejecutiva procederá si del título o de otro instrumento público o privado reconocido que se presente junto con aquél, o de la diligencia prevista en el art. 525, inc. 4, resultare haberse cumplido la condición o prestación. Por lo tanto, en caso de incumplimiento total o parcial por parte del deudor de la obligación garantizada con un derecho real, el acreedor se verá precisado a entablar un proceso de conocimiento, en el que deberá probarse la magnitud de dicho incumplimiento.

Consideramos innecesario que luego de obtener sentencia, el acreedor deba acudir al proceso de ejecución, pues será suficiente valerse del procedimiento de ejecución de sentencia (arts. 499 y ss. del Cód. Procesal).

Luego de trabado el embargo (art. 502), y citado el deudor para la venta de los bienes embargados (art. 505), si no ha opuesto alguna de las excepciones autorizadas (art. 506) y cuando han vencido los cinco días que tiene para ello, el juez dictará resolución mandando continuar la ejecución sin recurso alguno (art. 508). Se trata de la denominada "sentencia de venta", que conducirá a la subasta judicial de los bienes embargados cuando no consisten en dinero. Si ha sido consentida o ha quedado

ejecutoriada por haber sido agotados todos los recursos, se inicia la etapa propiamente dicha de la ejecución y, desde entonces, se procederá según las reglas establecidas para el cumplimiento de la sentencia de remate, hasta hacerse pago al acreedor (arts. 510, 559 y ss.). Si después de subastado el inmueble ha quedado un remanente, éste pertenecerá al deudor.(15)

23 | Determinación del crédito. Problemática de las garantías reales abiertas

Una polémica doctrinaria, de envergadura y trascendencia en la jurisprudencia y en la doctrina nacional, se suscita con respecto a la validez de la denominada hipoteca abierta, también llamada hipoteca global, flotante, con indeterminación sustantiva o de causa.

Si bien la expresión "garantías abiertas" ha sido considerada confusa porque también se aplica a las garantías reales registrables de rango compartido, puede decirse que tradicionalmente se considera abierta a la hipoteca que asegura una masa de créditos indeterminados en su causa-fuente, sean presentes y/o futuros, a favor de un acreedor determinado, por un monto máximo y durante un plazo cierto.

Se trata de una garantía que guarda diferencias estructurales con la que diseña el Código de Vélez Sarsfield, porque se anticipa a los posibles negocios a concertar entre el acreedor y el deudor, que opera principalmente en el ámbito bancario y empresarial con la finalidad de asegurar el financiamiento de la provisión de fondos, mercaderías o servicios.

Bono y Puerta de Chacon sostienen que, en el plano registral, importa una verdadera reserva de rango hipotecario fijo a favor de un mismo acreedor, toda vez que durante el plazo estipulado mantiene la prioridad registral para cualquier crédito que el acreedor tenga contra su deudor y que pretenda amparar en la garantía real. Esto significa que, bajo la cobertura de la garantía, los créditos pueden no existir o variar

(15) Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *op. cit.*, pp. 2008/2009.

y se pueden extinguir subsistiendo la hipoteca con su rango originario por el paso temporal que fue constituida. La determinación del crédito sólo se cumple en la fase dinámica de la ejecución cuando se reclama su cobro y el acreedor debe individualizarlo mediante documentación "extrahipotecaria".(16)

La existencia de estas hipotecas se controvierte principalmente en los sistemas hipotecarios de base romanista. En cambio, el derecho alemán las regula como hipotecas de máximo.

Los autores nacionales, mayoritariamente, adoptan una posición restrictiva y sostienen la nulidad de estas garantías en virtud de que, al momento de su constitución, se desconoce la causa del crédito garantizado. Ocurre que la indeterminación del crédito vulnera la especialidad o la accesoriedad de la garantía, según la tesis que se sustente, y violenta el principio del n*umerus clausus* de los derechos reales. Ése es el pensamiento de Rivera, Alterini, Mariani de Vidal, Boretto, Moisset de Espanes, Adrogue, Causse, Peralta Mariscal, Gurfinkel de Wendy, entre otros.

Por el contrario, otra corriente de opinión —con criterio flexible y diferencia de matices— las considera válidas. Un criterio moderado exige algún recaudo para la especificación de los créditos, tal como que el acto constitutivo de la hipoteca indique la vinculación comercial preexistente entre el acreedor y el deudor que será generadora de créditos, o la naturaleza o género de los negocios que acceden a la garantía y estuvieran comprendidos en la hipoteca. Ése es el pensamiento de Pérez Lasala, De Magalhaes, Arraga Penido. Sin embargo, la postura más flexible es la que va ganando terreno en la jurisprudencia y afirma que los créditos indeterminados son créditos eventuales, sin distinguir el negocio eventual del crédito eventual que tiene determinada su causa-fuente en el título de la garantía. Tal la postura de Videla Rojo, Gómez, De Reina Tartiere.

Esta misma controversia existe con respecto a las prendas abiertas entre autores como Cámara, Truffat, Muguillo, y Kelly. En virtud de ello, y dado que las necesidades del tráfico claman por la recepción de este tipo de

(16) Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", *op. cit.*

garantía, el nuevo régimen las incorpora expresamente para todos los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis), con la denominación de "garantías de máximo".[17]

Al respecto, Boretto[18] sostiene que el nuevo Código toma partido por una de las corrientes de opinión y regula las garantías reales abiertas como garantías de máximo, admitiendo su validez y siguiendo, en general, los lineamientos establecidos por el Proyecto de Código de 1998. Según Boretto, la nueva normativa regula las garantías reales como "garantías de máximo" para todo tipo de crédito, determinado e indeterminado. Es decir, se pueden constituir garantías reales en seguridad de créditos cuya causa fuente exista al tiempo de su constitución o que nazcan posteriormente. De esa manera, puede ocurrir que, al tiempo de la constitución de la garantía, no exista una causa fuente que sirva de base a los créditos indeterminados garantizados por ella, por lo que la garantía "abierta" sería válida y subsistiría autónomamente por el plazo de diez años, tanto en seguridad de créditos determinados e individualizados en la convención hipotecaria, como de aquellas acreencias indeterminadas que, finalmente, nazcan o puedan nacer en el futuro durante ese período.

La consecuencia de la admisión de las garantías reales abiertas de máximo y, por ende, de la posibilidad de garantizar créditos indeterminados que no se pueden individualizar el momento del nacimiento del gravamen radica en que, desde que éste se constituye y hasta que cobre existencia el acto jurídico del cual nacerán los créditos indeterminados que se ampararán con la garantía, ésta subsiste como derecho autónomo al no haber un crédito coexistente al cual accede. Ello nos permite afirmar que la accesoriedad, como carácter tradicional de los derechos reales de garantía,

(17) Cabe recordar, por su vinculación con las garantías reales abiertas, que el nuevo Código permite constituir "fianza global" por obligaciones indeterminadas, la que cubriría obligaciones contraídas luego de otorgada la fianza. Esto lleva a presumir que la causa generadora de la obligación afianzada puede no existir al otorgarse la "fianza general" (art. 1578). Y, a su vez, el art. 1575 permite que el fiador constituya garantías en seguridad de la fianza, lo que por vía indirecta conduciría a admitir, por ejemplo, la constitución de una hipoteca para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminadas que asumiera el fiador. Si esto es así, habría que encontrar el modo de armonizar el plazo de cinco (5) años que prevé el art. 1578 con el de diez (10) años establecido en el art. 2189.

(18) Boretto, Mauricio, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: Las garantías patrimoniales", *op. cit.*

Infojus

aunque se encuentra expresamente contemplada de manera autónoma en el art. 2186, aparece atenuada en el nuevo régimen.

24 | Alcances de las reformas en materia de especialidad en cuanto al crédito

Entre las disposiciones comunes incluidas en el nuevo Código, el art. 2189 establece la llamada "garantía real de máximo" que alcanza a los tres tipos jurídico-reales de garantía regulados: hipoteca, prenda y anticresis.

En los fundamentos de la Comisión se expresa que la más importante diferencia con el régimen consagrado en el Código de Vélez Sarsfield se refiere al monto del gravamen que es "el monto máximo garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas".

Indudablemente, éste es el aspecto más novedoso en materia de garantías del nuevo régimen porque consagra para todos los derechos reales de garantía la fijación del monto como "tope máximo", sin distinguir los créditos determinados de los créditos indeterminados en su causa-fuente, ni establecer diferencia alguna en relación al objeto de la obligación, sea de una suma de dinero o de cualquier otra prestación.

Del texto del art. 2189 surge claro que el monto de la garantía es la medida de la responsabilidad en que el objeto de ella se encuentra afectado al pago del crédito garantizado, también denominado techo, tope, montante, *quantum* o máximo.[19]

Esta innovación busca dar seguridad jurídica a partir de la publicidad de un monto que operaría como "el límite máximo de cobertura". Se debe tener presente que, entre los aspectos valorativos que caracterizan el nuevo régimen, una de las directrices que señaló la Comisión Redactora en los Fundamentos es el principio de la seguridad jurídica para las

(19) Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", *op. cit.*

Infojus

transacciones, que se traduce en la protección de los terceros, quienes en función de esa mecánica, tendrían certeza sobre el tramo del valor del inmueble afectado por el gravamen.

No obstante, la innovación se introduce dentro del marco de una norma cuyo antecedente es el art. 2093 del Proyecto de Unificación de 1998, precedente que gozaba de amplio consenso doctrinario, por lo que, según veremos seguidamente, los alcances que el art. 2189 fija a las garantías de máximo y la redacción de su texto, en una norma que se titula "Especialidad en cuanto al crédito", despertará divergencias interpretativas.

Ahora bien, el art. 2093 del Proyecto de 1998, titulado "Especialidad en cuanto al crédito", distingue el régimen de los créditos determinados y el de los créditos indeterminados en su causa-fuente al momento de la constitución de la garantía. Así, respecto de los créditos determinados, instaura el principio de especialidad del crédito pues, al constituirse la garantía, deben individualizarse los elementos esenciales del crédito: los sujetos, el objeto y la causa. En cambio, con relación a los créditos indeterminados, adopta con amplitud la "garantía de máximo" y establece que la especialidad del crédito se cumple con la fijación del monto máximo de la garantía por "todo concepto" y del plazo al que se sujeta la garantía —que no puede exceder de diez (10) años, salvo respecto de los créditos nacidos durante su vigencia—.[20]

Como anticipamos, el texto del art. 2189 dará lugar a interpretaciones dispares y, por ello, siguiendo a Bono y Puerta de Chacón,[21] nos detendremos en el análisis exegético de su texto, por tramos:

(20) Dice el art. 2093 del Proyecto de 1998: "Especialidad en cuanto al crédito. En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa. El monto del capital de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el del crédito si éste no es dinerario. Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia".

(21) Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", *op. cit.*

Infojus

1) Especialidad crediticia de la garantía. La norma mantiene el título "Especialidad en cuanto al crédito" que obra en el art. 2093 del Proyecto de 1998 pero, a diferencia de éste, no se refiere a los elementos esenciales del crédito (sujeto, objeto y causa), sino que consagra la especialidad de la garantía por su monto. Ello es así, pues el requisito de la determinación del crédito se encuentra en el art. 2187 que ya hemos analizado.

Podría observarse que el art. 2189 se debió rotular "Especialidad de la garantía" y no del crédito, a fin de no inducir a confusión. Sin embargo, la explicación la da el mismo texto de la norma al señalar que la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. En ese sentido, compartimos la opinión de quienes consideran que la Comisión Reformadora se inclinó por la tesis que entiende a la especialidad del crédito como la fijación del monto o responsabilidad del gravamen y que la identificación del crédito en sus elementos esenciales no atañe al carácter de la especialidad, sino al de accesoriedad de la garantía.

2) La norma no distingue el monto de la cobertura de la obligación dineraria. En este aspecto la Comisión se aparta del Proyecto de 1998 porque no hace la distinción de la obligación dineraria determinada al momento de constitución de la garantía. El monto del capital de la obligación no debe coincidir necesariamente con el monto de la garantía, sino que la fijación del límite de cobertura es independiente del crédito y queda sujeto a la estimación de los contratantes.

3) ¿Existe contradicción entre los arts. 2187 y 2189? El art. 2187 establece que 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", mientras que el art. 2189 prevé que el crédito "puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente".

Entre el "debe" y el "puede" no queda clara cuál es la regla y cuál es la excepción. Esta discordancia obedece a que el art. 2187 se refiere a los "créditos determinados" al momento de constitución de la garantía, no obstante lo cual admite las excepciones previstas por la ley —como es, precisamente, el supuesto de los créditos indeterminados regulado en el art. 2189, u otros que en el futuro consagre el legislador—.

A su vez, el art. 2189 regula juntamente a los créditos determinados y a los indeterminados sin hacer distinciones a los efectos de la fijación del límite de la cobertura. De esta fórmula se infiere que la determinación del crédito no es de cumplimiento necesario al momento de la constitución de la garantía, pero sí lo será en caso de incumplimiento en oportunidad de la ejecución.

4) **¿Se afecta el carácter accesorio del derecho real?** Si bien el carácter accesorio de la garantía constituye la regla general según lo previsto por el art. 2186, se admiten excepciones en ese artículo, lo cual da pie para que el art. 2189 admita la garantía de máximo para los créditos indeterminados.

En nuestra opinión, el Proyecto de 2012 no contempla una garantía autónoma a la manera de la "hipoteca del propietario" del derecho alemán, que es un derecho sustantivo totalmente independiente del crédito que se incorpora a su patrimonio. Sin embargo, la solución de la norma reinscribe en la tendencia del derecho patrimonial actual que propicia flexibilizar el carácter accesorio de las garantías a fin de adecuarlas a las necesidades del tráfico. Con la fórmula receptada, los créditos amparados por la "garantía de máximo" pueden o no existir, sustituir, rotar, ampliar, variar, y se pueden extinguir sin que ello impida la subsistencia de la garantía.

5) **¿La garantía de máximo abarca tanto los créditos determinados como los indeterminados?** La segunda parte del art. 2189 introduce la "garantía de máximo" —tanto para los créditos determinados, como para los indeterminados—, al señalar que el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente, pero en todos los casos el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto.

Aunque el precepto se aparta del art. 2093 del Proyecto de 1998, que regula las garantías de máximo únicamente para los créditos indeterminados en su causa-fuente, en ambos regímenes se adopta la tesis flexible en materia de garantías abiertas, sin hacer alusión alguna a la relación subyacente entre las partes generadora de los posibles negocios. La incertidumbre que este tipo de garantía crea para los terceros resulta, sin embargo, acotada en aquellas normas (art. 2093 del Proyecto de 1998, y

art. 2189 actual) con la fijación de un monto máximo y de un plazo máximo, según los cuales el acreedor va a agotar la capacidad de endeudamiento de su deudor.

Compartimos la opinión de quienes entienden que la admisión de la garantía de máximo, no tratándose de un crédito determinado, requiere el establecimiento de un marco de una vinculación preexistente que pueda aumentar o multiplicarse en nuevas causas contractuales (negocios bancarios, suministro de mercaderías, de combustible, etc.), a fin de evitar abusos y menoscabo del principio de igualdad de los acreedores.

6) Límite del monto del gravamen. Ésta es la innovación más trascendente en el régimen de las garantías reales. Se busca, como ya dijimos, dar seguridad jurídica a partir de la publicidad de un monto que siempre será "de máximo", se trate de créditos determinados o indeterminados.

Esta solución se manifiesta en dos aspectos: a) el acreedor no cuenta con privilegio por el excedente (art. 2189), y b) el propietario no deudor se libera abonando ese monto (art. 2199).

Ahora bien, las garantías de máximo para los créditos inicialmente determinados podrían acarrear algunas dificultades bajo la óptica de la interpretación económica del derecho habida cuenta de la inestabilidad económica que de manera recurrente afecta a nuestro país, dando lugar a especulaciones de ambas partes y generándose en consecuencia situaciones de desigualdad, porque pareciera que la solución tiende a proteger más al deudor incumplidor que al cumplidor.

Por otro lado, el tope no distingue los rubros (capital, intereses, gastos, costas, etc.) y, por ello, se corre el riesgo de que en ocasiones se cubran sólo algunos rubros ; incluso, podría ocurrir que ni siquiera llegue a tutelar todo el capital sino sólo una porción, siempre por la suerte de la casuística.[22]

(22) Bono y Puerta de Chacón ilustran la situación con dos ejemplos extremos: a) si la deuda se incumplió inmediatamente, el tope, con suerte, cubrirá algo del capital, pues los privilegios de costas insumirán buena parte de ese "monto de la garantía"; b) si la deuda se incumple sobre el final de su amortización, todos los rubros se cobrarán con privilegio pues el tope máximo estará disponible al haberse abonado casi íntegramente el capital.

7) Extensión de la garantía y privilegio del crédito. Respecto de la extensión de la garantía con relación y el privilegio, corresponde interpretar el art. 2189 juntamente con el 2193, que contempla el caso de la obligación dineraria y mantiene el requisito de la especialidad respecto de los intereses anteriores a la constitución que quedan comprendidos en la cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente. Sin embargo, omite el recaudo de la especialidad o determinación de los intereses. A falta de convención expresa, corresponde interpretar que los intereses moratorios quedan comprendidos en la garantía y se computan a la tasa legal.

Ahora bien, será factible la aplicación de este dispositivo en la medida en que el tope máximo de la garantía lo permita, porque este límite impuesto es "por todo concepto", de manera que cualquier suma excedente resulta quirografaria —sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos—.

Además, se debe respetar la extensión del privilegio. En ese sentido, el art. 2582 inc. e) consagra el privilegio especial para los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda —con o sin desplazamiento—, *warrant* y los correspondientes a *debentures* y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.

En cuanto a la extensión del privilegio, el art. 2583 en sus incs. b) y c) establece:

> "Extensión. Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos: …; b) los intereses correspondientes a los dos (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582; c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) y e) del art. 2582…".

El nuevo Código también contempla la reserva de gastos en el art. 2585, al establecer que:

> "Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y

realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor".

8) Límite temporal de la garantía de máximo: De acuerdo a lo previsto en el último párrafo del art. 2189, el plazo al que se sujeta la garantía no puede exceder de 10 años, contados desde el acto constitutivo. Vencido ese plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia.

Este plazo nos parece inconveniente, pues como lo ponen de manifiesto Bono y Puerta de Chacón,[23] con frecuencia los créditos hipotecarios que tienen por finalidad la adquisición o construcción de viviendas se otorgan a más de 15 años, de modo que el plazo previsto impide prácticamente el financiamiento de este tipo de operaciones de gran trascendencia social. Como seguramente no ha sido esa la intención de la Comisión Reformadora, los autores citados consideran que el último párrafo del artículo debe aplicarse únicamente a los créditos indeterminados.

En cuanto a la subsistencia de la garantía respecto de los créditos incumplidos durante la vigencia del plazo, también resulta confusa la redacción, porque parece hacer necesario el incumplimiento en contra del cumplimiento. Si se parte de la hipótesis de una hipoteca que garantiza un crédito amortizable en más de 10 años, y el deudor cae en mora con posterioridad a ese plazo, el acreedor se encontraría en la situación de haber perdido la garantía.[24]

9) Articulación con el plazo de caducidad registral de las garantías. El nuevo régimen contempla plazos distintos para la duración de las garantías reales y plazos mayores para la duración de la inscripción.

En materia de hipoteca, el art. 2210 dispone que los efectos del registro se conservan por 20 años, si antes no se renueva (se mantiene el plazo de caducidad registral de la hipoteca del régimen anterior).

(23) Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, *op. cit.*,

(24) *Ibid.*

En cuanto a la anticresis, el art. 2214 prevé un plazo de 10 años para los inmuebles y de 5 para los muebles registrables. Si el constituyente es el titular de un derecho real de duración menor, la anticresis se acaba con su titularidad. A su vez, el art. 2218 establece que los efectos del registro de la anticresis se conservan por el término de 20 años para inmuebles y de 10 años para los muebles registrables, si antes no se renueva.

10) Título extra-hipotecario del crédito. El punto más conflictivo de las llamadas hipotecas abiertas radica en la habilidad ejecutiva de los títulos extrahipotecarios que acompaña el ejecutante para acreditar y liquidar el crédito indeterminado en el título de la garantía. Cabe advertir que estos documentos complementarios de la escritura de hipoteca, en la mayoría de los casos, son creados unilateralmente por el acreedor con posterioridad al otorgamiento de la escritura (certificados de saldos deudores emitidos por contadores, escribanos, etc.), lo cual puede afectar el derecho de defensa del deudor en una ejecución que tiene limitadas defensas.

En el nuevo régimen, para los créditos eventuales que se originan en la cuenta corriente (arts. 1438 y 1440) y en la cuenta corriente bancaria (arts. 1403 a 1407) se contemplaun procedimiento de conformación de saldo que permite expedir el título ejecutivo del crédito. Por analogía, este recaudo también se deberá exigir para otro tipo de contratos semejantes con prestaciones periódicas, como el de suministro (art. 1186) que, la mayoría de las veces, se configura como una garantía abierta.

11) Obligaciones en moneda extranjera y la garantía de máximo. El art. 765 del Proyecto modifica el régimen de las obligaciones dinerarias vigente a partir de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928).

Ello es así porque, según el citado art. 765, cuando en el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

En ese contexto, compartimos la opinión de quienes entienden que la reforma impedirá la constitución de la "garantía de máximo" en moneda extranjera ya que el art. 2189 expresa "El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero…" —y dinero será únicamente

la moneda nacional de curso legal y forzoso—. Ocurre que, en una economía inflacionaria que utiliza la moneda extranjera como variable de ajuste, máxime cuando subsiste la prohibición de la aplicación de todo tipo de repotenciación, el sistema de tope máximo consagrado en el nuevo régimen puede verse notoriamente impactado, debilitándose de ese modo la seguridad jurídica que caracteriza este tipo de garantías cuya utilización se vincula con el otorgamiento de créditos de prolongada duración.

25 | Defectos de la especialidad en cuanto al crédito

El nuevo art. 2190 consagra el principio de conservación de las garantías reales.

Cabe recordar que la especialidad y la accesoriedad revisten la condición de caracteres esenciales impuestos por el código en beneficio de las partes y de la comunidad interesada en general.

En ese contexto, la norma tiende a mantener la garantía, aun cuando la falta de "algunas de las especificaciones del objeto o del crédito" resulte de la convención, extremo que no debe limitarse al cumplimiento de la especialidad objetiva y crediticia sino también al de la accesoriedad, ambas ya analizadas.

26 | Nulidad por defectos en la especialidad

El nuevo Código prevé que "los derechos reales de garantía sólo puede ser constituidos por contrato" (art. 2185), que "al constituirse la garantía el crédito debe estar individualizado adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa" (art. 2187), que el objeto de la garantía "debe ser actual y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo" (art. 2188) y que el monto de la garantía "debe estimarse en dinero" (art. 2189).

De ahí que el art. 2190 se refiera a la integración de las especificaciones cuando ello sea posible teniendo en cuenta las enunciaciones del acto constitutivo y no de suplir su lisa y llana omisión, lo que acarrearía en nuestra opinión la nulidad absoluta por tratarse de supuestos en los cuales los actos contravienen el orden público en materia de derechos reales (arg. art. 386). Al respecto, debemos aclarar que el nuevo régimen también prevé la posibilidad de que la nulidad sea total si se extiende a todo el acto, o parcial, si afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, deberá declararse la nulidad total (arg. art. 389).

27 | Integración y subsistencia de la garantía

Las consideraciones anteriores nos permiten señalar que ante la "vaguedad" de las enunciaciones, el juez podría suplir el déficit de las designaciones prevenidas.

Con ello, no deberían quedar dudas respecto de la realidad a la que obedece la garantía, que se vincula objetiva y crediticiamente a determinada situación.

De ahí, que el juez deberá acudir al propio instrumento pues, como lo señala el precepto, se debe tener en consideración "el conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo".

Vigente la ley 21.309 que autorizaba la aplicación de índices al importe de la hipoteca, se justificaba extender la cláusula de estabilización del monto debido como crédito a la cifra estimada que expresara la especialidad crediticia del gravamen. En la actualidad, al perder vigencia dicha ley debido a la sanción de la ley de convertibilidad (ley 23.928) —vigente aún en ese aspecto—, no resultaría apropiada esa solución. Sin embargo, debería considerarse en caso de omisión de ese importe, que lo garantizado es el crédito mismo, sin otro aditamento. En última instancia, no se trataría sino de captar la real voluntad de las partes a través de aquella exteriorización en el acto constitutivo.

Los elementos de prueba para integrar la designación vagamente referida, no pueden consistir en constancias documentales distintas de aquéllas que se tuvieron en consideración al momento de constituirse el negocio porque ello, además, hace a la buena fe con que deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse los contratos, que obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (arg. art. 961).

28 | La indivisibilidad en los derechos reales de garantía

En el régimen propuesto en el Proyecto, la indivisibilidad en los derechos reales de garantía es un carácter natural, de modo que las partes pueden dejarlo sin efecto, sin que haya atentado alguno al orden público. Así lo es también en el Código de Vélez Sarsfield, pues el art. 3112 CC comienza diciendo que la hipoteca es indivisible y, al inicio de la nota a ese artículo, se aclara que el carácter de la indivisibilidad inherente a la hipoteca no es de su esencia y, por consiguiente, se puede modificar por el contrato.

La indivisibilidad consiste en que el gravamen se extiende a todo el inmueble y cada parte de éste, garantizando de ese modo el pago de todo el crédito y cada parte de él. Así lo establece la primera parte del art. 2191 del Proyecto, al disponer que "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".

La indivisibilidad funciona tanto pasiva como activamente.

Se da pasivamente, por ejemplo, cuando el deudor deja dos herederos, y uno de ellos paga su porción viril de la deuda, a pesar de lo cual el derecho real no se habrá purgado por mitad. El acreedor conservará su derecho sobre todo el inmueble, y podrá hacerlo vender para cobrar lo que aún se le deba.

Se presenta activamente, cuando el acreedor tiene dos herederos y el deudor paga a uno de ellos su porción viril. El otro conservará la totalidad del inmueble bajo el derecho originariamente constituido, el que no sufre disminución alguna, porque se ha pagado una parte de la deuda.

Sobre este principio, el Proyecto de 1998 establecía:

> "Art. 2095. Indivisibilidad. Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes y cada parte de ellos, están afectados al pago de todo el crédito y de cada una de sus partes. El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno 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 Tribunal a solicitud de aquél a quien pertenece el bien, siempre que no se ocasiones perjuicio al acreedor".

29 | Independencia con la divisibilidad o indivisibilidad del crédito

Este carácter es independiente de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito. Tampoco se relaciona con la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa.

El derecho real es un accesorio de la obligación del deudor y no puede, por lo tanto, alterar la naturaleza de la obligación principal, que tiene por objeto la entrega de cosas divisibles, y que es por eso una obligación divisible. La indivisibilidad, pues, no impide la división de la obligación principal. Así, tomando como ejemplo el derecho de hipoteca, veremos que el ejercicio de la acción hipotecaria contra uno de los herederos, no interrumpe la prescripción respecto de los otros. El heredero demandado hipotecariamente por el todo puede ofrecer sólo su parte para satisfacer la demanda; y lo mismo el heredero del acreedor puede demandar su parte y porción viril del crédito.

En ese contexto, cabe advertir que en las obligaciones simplemente mancomunadas cuyo objeto es una cosa divisible, cada deudor estará obligado sólo a su parte en la deuda, y cada acreedor sólo podrá demandar su parte en el crédito (arg. art. 808).

Por otro lado, el derecho subsistirá íntegro y con plenos efectos, mientras no haya sido satisfecho el crédito en su totalidad. Aun cuando pueda ser ínfima la suma que permanezca impaga, el acreedor mantiene su garantía sobre todo el bien y cada fracción de éste, más allá de las divisiones que pudieran haberse operado en la propiedad gravada o en el rédito asegurado.

Al ser ello así, el acreedor no está obligado a cancelar el gravamen mientras no haya sido totalmente satisfecho su crédito. El pago hecho por un codeudor o el efectuado a un coacreedor, en proporción a sus respectivas partes en la deuda o en el crédito, deja subsistente el gravamen por el todo; es decir que el bien sigue gravado en su totalidad y así podrá ser ejecutado como si no se hubiere hecho o recibido pago alguno.

En otras palabras, el gravamen subsiste por entero, aunque el crédito se extinga parcialmente, y si varios bienes se han gravado, todos siguen asegurando la totalidad de lo adeudado.

Mientras no esté íntegramente pagada la deuda, el acreedor no está obligado a cancelar el gravamen ni siquiera parcialmente.

Si son varios los acreedores, el pago recibido por uno de ellos en proporción a su parte en el crédito, no extingue la hipoteca en forma parcial. Los demás que no han cobrado, conservan íntegra la garantía sobre la totalidad del bien gravado.

30 | Consecuencias de la indivisibilidad de los derechos de garantía

El principio de la indivisibilidad de los derechos de garantía da lugar a una serie de consecuencias.

1) Supuesto de existencia de varios acreedores o de varios herederos del acreedor único. Desde el punto de vista activo, cuando son varios los

acreedores, el pago que haga el deudor a uno de ellos en proporción a su parte, no extingue parcialmente el gravamen. Todo el bien sigue estando gravado y la garantía se mantiene incólume. Sin embargo, debe aclararse que ello no significa que quien pagó su parte no quede desobligado: la deuda se extingue en la medida en que ha sido pagada, pero ello no autoriza al deudor que cumplió con el pago a demandar al acreedor una cancelación parcial de la garantía. Si este acreedor se ve luego obligado a promover la ejecución, únicamente cobrará la parte del crédito que permanece impaga, pero para ello podrá solicitar la subasta del bien íntegro, al continuar gravándolo la garantía por el todo.

Ahora bien, puede suceder que el acreedor único fallezca dejando varios herederos, en cuyo caso se origina la comunidad hereditaria o estado de indivisión. A diferencia de lo que ocurre con los bienes indivisos, los créditos y deudas divisibles son atribuidos desde el momento de la apertura de la sucesión como relaciones jurídicas singulares asumidas a título hereditario, de modo que una porción de cada uno de los créditos y una porción de cada una de las deudas es atribuida de pleno derecho, desde el día de la apertura de la sucesión, a cada uno de los herederos, en proporción a su parte (arg. arts. 2280, 2317 y cctes. del Proyecto). La muerte del acreedor fracciona sus créditos, hay tantos créditos como herederos, y cada uno ejerce sus derechos independientemente de los otros.

2) Supuesto de existencia de varios deudores o de varios herederos del deudor único. El acreedor está facultado para perseguir el pago de toda la deuda. Si alguno de los deudores satisface su parte en el crédito, queda desobligado, pero la garantía sigue gravando la totalidad del bien. Aquél que pagó no puede exigir al acreedor la cancelación parcial del gravamen.

En caso de fallecimiento del deudor, así como los créditos se dividen entre los herederos de pleno derecho en proporción a la parte por la que cada uno ha sido llamado a la herencia, igual suerte corren las deudas dejadas por el causante (arg. art. 2317 del Proyecto).

Cuando se trata de deudas divisibles, éstas se dividirán en tantas deudas como herederos haya.

El acreedor del causante que tenía un único deudor se encuentra que, con motivo de la muerte de aquél, pasa a tener varios deudores independientes entre sí.

Así como cada heredero es titular del crédito hereditario en proporción a su parte viril desde la muerte del causante —y, como tal, está facultado para exigir del deudor el pago—, correlativamente, cuando este último paga su parte a ese acreedor, queda liberado en la misma medida. Subsiste entonces la obligación en relación a los demás herederos, a quienes podrán reclamarle el cumplimiento en cualquier momento. Y si se trata de un crédito gravado con un derecho real de garantía, la liberación del deudor en proporción a lo pagado, no afectará la garantía, en virtud de la indivisibilidad que estamos analizando.

En el supuesto en que un heredero sea deudor del acreedor de la sucesión, se produce la compensación entre ellos hasta la concurrencia de la suma menor.

Por otra parte, la suma pagada por el deudor no debe ser depositada a la orden del juez del sucesorio. El heredero recibe el dinero y puede disponer libremente de ese dinero. Únicamente, al tiempo de realizarse la partición, se cargará a cuenta de su hijuela lo que haya recibido y, si ha recibido más de lo que le correspondía, deberá aportar a la masa el saldo que resulte en su contra.

En cuanto a la prescripción, el nuevo art. 2549 prevé que la interrupción de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los interesados, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles.

3) Proporción en que puede ser condenado a pagar cada deudor o cada heredero. Cuando el acreedor decide demandar a la totalidad de los deudores o de los herederos del deudor originario, puede hacerlo, pero la sentencia condenará a cada uno en proporción a su parte. No es que el acreedor tenga una única acción contra todos sino que, en realidad, tiene tantas acciones como deudores o herederos existan. Las acumula subjetivamente en el modo admitido por los ordenamientos procesales pero, dictada la sentencia, sólo podrá ejecutarla contra cada deudor o heredero en proporción a su porción en la deuda o en la herencia.

Como se trata de deudas independientes unas de otras, cada demandado puede oponer las excepciones personales que tenga con el acreedor.

Esta posibilidad de liberación mediante el pago rige plenamente, aun cuando se trate de una deuda hipotecaria, al ser la indivisibilidad de la hipoteca independiente de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito.

31 | Gravamen sobre varios bienes

En el Código de Vélez Sarsfield, el art. 3112, en su versión original vedaba la posibilidad de realizar enajenaciones parciales si el acreedor no prestaba expresamente su consentimiento. Por más pequeño que fuera el saldo adeudado, igualmente se ejecutaba todo el bien, con el consiguiente perjuicio para el deudor.

Es así que, ante la existencia de fallos contradictorios, en setiembre de 1914 (en autos "Otto Bemberg y Cía. c/ Urquiza, Vicente") y en abril de 1933 (*in re* "Banco Hipotecario Franco Argentino c/ Fernández Díaz, Rodolfo"), las Cámaras Civiles de la Capital en pleno se inclinaron por vedar la venta en lotes, salvo conformidad del acreedor, porque entendieron que a ello se oponía el art. 3112 CC.

El impacto provocado por la nueva decisión plenaria arrojó un resultado positivo pues, pocos meses después, se sancionó la ley 11.725, que agregó al art. 3112 el siguiente párrafo: "Sin embargo, en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor".

De modo que, de acuerdo con el régimen instaurado por la ley 11.725, partiendo de la existencia de una hipoteca naturalmente indivisible —o sea, aquélla en que las partes no han convenido la posibilidad de división—, el juez está facultado para dejar sin efecto la indivisibilidad, por lo que, si la garantía comprende varios inmuebles, es posible la venta por separado, y si sólo recae sobre un inmueble, puede éste fraccionarse, siempre que la división fuera económica y materialmente posible y, además, no causara perjuicio al acreedor.

Si se trata de un inmueble edificado, no existen inconvenientes para dividirlo sometiéndolo al régimen de propiedad horizontal, siempre que ello resulte factible y la ejecución de los trámites administrativos vinculados con la aprobación del plano de subdivisión y otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración no insuman un tiempo demasiado prolongado. Este beneficio puede ser solicitado tanto por el deudor como por el propio titular de la hipoteca; inclusive, pueden hacerlo acreedores hipotecarios de grado más lejano, y aun otros acreedores que acrediten que la venta por junto puede tornar ilusorios sus derechos.

El pedido debe formularse antes de que quede consentida la resolución que dispone la venta en block. El acreedor puede oponerse a la venta fraccionada aduciendo que ello ocasionaría una afectación a su garantía. Debería, entonces, examinarse la viabilidad de su petición por vía incidental, teniendo que probar los extremos en los que sustentara su petición.

En definitiva, la decisión de ordenar la venta fraccionada, así como la determinación de si se produce o no un perjuicio para el acreedor, queda sujeta a la libre apreciación judicial, sin perjuicio de que, según el art. 3113, "el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá a su elección perseguirlos a todos simultáneamente o sólo a uno de ellos, aunque hubieren pertenecido o pasado al dominio de diferentes personas o existieren otras hipotecas".

Ahora bien, el régimen que hemos descripto en los párrafos anteriores se mantuvo en el Proyecto pues, de acuerdo con el art. 2191 segunda parte, el acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quien pertenezca o de la existencia de otras garantías.

32 | Divisibilidad de la garantía establecida por convención de las partes o por decisión del juez

Prevé el tercer párrafo del nuevo art. 2191 que puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados (divisibilidad crediticia y divisibilidad objetiva). También puede disponerla

el juez "fundadamente", a solicitud del titular del bien, "siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor", o a petición de este último si hace a su propio interés.

La decisión del juez debe ser motivada en la petición del propietario y habrá de mantenerse en tanto no ocasione perjuicio al acreedor. El perjuicio se presume cuando la decisión de fragmentar la ejecución a algunos bienes o de autorizar la división de la cosa que constituye la garantía, implican para el acreedor una demora impropia de la ejecución deducida o su mayor costo. Es claro que no basta la mera oposición del acreedor para desestimar la división.

En todos los casos, la decisión fundada a la que se refiere el artículo, y que constituye un presupuesto para la resolución del pedido, debe implicar que el fraccionamiento resulte útil.

Cabe también recordar que el art. 23 de la Ley de Prehorizontalidad (ley 19.724) establece una importante regla que afecta el principio de indivisibilidad: la obligación de los acreedores hipotecarios de otorgar cancelaciones parciales de las hipotecas globales que afecten al inmueble, por el monto que pudiera corresponder a cada unidad, previo pago de la parte proporcional de la hipoteca global que corresponda a dicha unidad, quedando ésta liberada de ese gravamen.

De manera que, en ocasión de escriturarse el bien en favor de un adquirente de las proyectadas unidades funcionales, debería acudirse a la cancelación del gravamen sobre ella, si se verifican las demás condiciones a las que el régimen refiere.

33 | Incidencia de otras garantías

Según lo previsto en el segundo párrafo del nuevo art. 2191, "El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías".

En principio, todos los titulares de derechos reales de garantía conservan las facultades propias de su derecho real, con abstracción de la existencia

de otros titulares con iguales derechos sobre la misma cosa. Todos pueden concurrir al proceso en el que se realice judicial o extrajudicialmente el bien, no obteniendo ninguna prevalencia para el cobro de su crédito, sino en los términos en que lo autoriza el Código.

34 | Extensión del derecho real de garantía en relación al objeto

El art. 2192 del Proyecto prevé que la garantía comprende todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas.

Ahora bien, como es sabido, el contenido de los derechos reales se determina positivamente a través del análisis de las facultades que conforman su tipicidad genérica y de su extensión material u objetiva, debiendo entenderse por tal la extensión del derecho real con relación al objeto sobre el que recae; es decir, hasta dónde llega el bien si se trata, por ejemplo, de un inmueble (extensión vertical) y, además, qué comprende (extensión a los accesorios, mejoras y rentas debidas).

El art. 2192 determina precisamente la extensión material u objetiva de los derechos reales de garantía —sean ellas constituidas por el deudor o por un tercero—, aunque no aclara cuáles son las mejoras a las que se refiere, ni tampoco cuál es la accesoriedad que resulta alcanzada por la garantía, lo que nos lleva a indagar en la regulación que aquéllas tienen en el nuevo Código, sin perjuicio de advertir que el precepto se refiere a "todos" los accesorios, por lo que, en tanto ellos se encuentren unidos a la cosa, la garantía se extenderá con las excepciones que más adelante analizaremos.

35 | Extensión a los accesorios

El art. 1945 del Proyecto establece que el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios.

A su vez, el nuevo art. 230 prevé que

> "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".

De ello se extrae que, para integrar la cosa, es preciso que lo accesorio se encuentre adherido con carácter perpetuo. Queda excluida la accesión moral.

En torno a las cosas inmuebles, los arts. 225 y 226 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 encuentran 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 (*v.gr.* 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 (*v.gr.* las máquinas y útiles destinados a la explotación ganadera de un campo, los muebles que integran el ajuar de una casa).

36 | Mejoras

En cuanto a las mejoras, que han de ser entendidas como las sobrevinientes a la constitución del gravamen, el art. 2192 no aclara a cuáles se refiere, por lo que corresponde remitirse al régimen general que emana del nuevo art. 751 y ss. y a la conceptualización que consagra el art. 1934 del Proyecto.

En tal sentido, recordamos que la mejora es el aumento del valor intrínseco de la cosa.

Pueden ser naturales (provenientes del hecho de la naturaleza), o artificiales (provenientes del hecho del hombre). Las naturales autorizan al deudor a exigir el mayor valor de la cosa en caso de ser aceptadas por el acreedor.

Las mejoras artificiales se clasifican a su vez en: a) "de mero mantenimiento", que se identifican con las reparaciones de deterioros menores originados por el uso de la cosa; b) "necesarias", que son aquéllas que constituyen una obligación del deudor, son indispensables para la conservación de la cosa y no dan derecho a indemnización alguna, aunque pueden retirarse; c) "útiles", que consisten en aquéllas que resultan beneficiosas para cualquier sujeto de la relación posesoria; y d) "de mero lujo, recreo o suntuarias", que consisten en las que reportan provecho exclusivamente al sujeto que las realizó (arts. 751, 752, 753 y 1934).

37 | Extensión por la extinción de cargas

Al cesar la imperfección del dominio por la extinción de los derechos reales que lo gravaban, es indudable que aumenta el valor del bien y, con ello, se beneficia el acreedor que resulte titular de un derecho real de garantía.

Las cargas o gravámenes reales —como el usufructo, el uso o la habitación— designan el aspecto pasivo de los derechos reales sobre cosa ajena, cuando se enfocan desde el punto de vista del titular del bien gravado. En tales situaciones, éste ve disminuido el contenido de su derecho al resultar un dominio menos pleno o imperfecto.

Al descomprimirse el dominio, para volver a su condición normal de plenitud, la ventaja que conlleva para su propietario, beneficia automáticamente al titular de la garantía. El valor del bien gravado no es igual al de un bien libre.

Debe tratarse de derechos reales constituidos con anterioridad a la garantía, de modo que cuando el acreedor asumió esa calidad sabía que el dominio estaba desmembrado. La posterior extinción durante la vigencia del derecho de garantía, beneficia a su titular y el dueño del bien no podría oponerle, en caso de llegar a la subasta, la adjudicación para sí de la cantidad de dinero que representaba el menor valor por la existencia del gravamen.

38 | Extensión a las rentas "debidas"

De acuerdo a lo previsto en el art. 2192, la garantía se extiende a las rentas "debidas".

Así como los frutos naturales e industriales están incluidos en el objeto de la hipoteca, también lo están los frutos civiles, que son accesorios de la cosa.

El dueño, a pesar del gravamen, conserva el ejercicio de todas las facultades materiales y jurídicas inherentes a su derecho de propiedad, de modo que puede percibir esos frutos. Por lo tanto, el titular de la garantía no podría reclamar los frutos directamente al constituyente, sino que sólo podrá hacer efectiva la percepción de los arriendos, en caso de mora del deudor, si obtiene la traba de un embargo sobre aquéllos. En tal caso, el locatario, debidamente notificado de la medida, deberá abstenerse de abonarlos al locador y los depositará en el banco de depósitos judiciales, a la orden del juzgado que haya dispuesto el embargo y como pertenecientes a los respectivos autos.

En consecuencia, están comprendidos únicamente los alquileres o arrendamientos "debidos"—o sea, los pendientes de pago por el locatario—pues, si ya fueron percibidos por el propietario, a él pertenecen toda vez que se han incorporado a su patrimonio.

El titular de la garantía está facultado para peticionar el embargo de los arriendos en la misma ejecución sin necesidad de demostrar que el valor del bien gravado no cubre el crédito reclamado, por cuanto integran la garantía como accesorios del bien.

No es necesario el embargo en caso de quiebra, dado que el fallido ha sido desapoderado de sus bienes.

39 | Extensión a los frutos

En cuanto a los frutos, compartimos la opinión de Areán[25] en el sentido de que, más que accesorios, forman un todo con el inmueble hasta tanto

(25) Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *op. cit.*, p. 2012.

hayan sido separados y, consiguientemente, cobrado existencia autónoma. Esto está reflejado en el nuevo art. 233, que dispone que los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados. En punto a los productos, también separados del inmueble, revisten la condición de cosas muebles extrañas a él.

40 | Excepciones

El art. 2192 consagra un principio general, consignando a continuación sus excepciones, las que deben ser interpretadas restrictivamente.

Ellas son:

a. "Los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca":

b. "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".

c. "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".

41 | La extensión de la garantía en cuanto al crédito

El art. 2193 prevé, en su primera parte, que la garantía cubre el principal del crédito, los intereses "posteriores a su constitución", y los daños y costas que provoca el incumplimiento.

Recordamos, en este punto, que la obligación 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).

A su vez, a partir de su mora, el deudor debe los intereses moratorios, cuya tasa se determinará por lo que acuerden las partes, por lo que dispongan las leyes especiales o en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central (art. 768).

Se trata de los rubros que componen la prestación en sí misma, refiriendo la norma, además, que la garantía cubre los "daños" y "costas".

Estos dos ítems revelan, necesariamente, un estado de mora en el cumplimiento de la obligación principal, o en el quebrantamiento por el deudor del deber de abstenerse de realizar actos de disposición material determinantes de un daño material que altera la garantía contractualmente acordada. El precepto alude a estas hipótesis al referirse al "incumplimiento", lo cual implica que, para su determinación, hubo de acudirse a la judicialización del asunto.

Sobre los "daños" a los que se refiere el artículo, cabe agregar que ellos pueden resultar de la aplicación 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 del Proyecto). Esas penas o multas pueden importar el pago de una suma de dinero que suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente (art. 793 del Proyecto).

El régimen de las cláusulas penales resulta útil para las obligaciones de no hacer, en cuyo caso el deudor incurre en la pena desde el momento en que ejecuta el acto del cual se obligó a abstenerse (art. 795 del Proyecto).

En cuanto a las "costas", deben considerarse incluidos en este concepto todos aquellos gastos que el acreedor se vio forzado a realizar para reclamar judicialmente la satisfacción de su crédito ante el incumplimiento del deudor.

42 | La inclusión en la garantía de los intereses, daños y costas anteriores

Como hemos dicho, los intereses, daños y costas que la garantía cubre, son los posteriores a la constitución. Mas ello no impide que los anteriores también queden garantizados, en tanto se los liquide previamente en una suma cierta y su resultado quede expresado en el acto constitutivo del gravamen.

A ello se refiere la segunda parte del art. 2193, que impone que estos últimos hayan sido previstos y determinados expresamente, lo que implica en nuestra opinión que ellos deben ser liquidados hasta el momento en que se otorga la garantía; con la salvedad, claro está, de lo que acontece con la garantía de máximo para los créditos indeterminados según lo hemos visto al comentar los alcances del principio de la especialidad consagrado en el nuevo art. 2189.

43 | Los privilegios

Los rubros examinados en los párrafos anteriores son alcanzados por el privilegio que concede el nuevo Código al derecho real de garantía de que se trate (ver art. 2582, inc. e), el que, textualmente, dice: "Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: (…); e) los créditos garantizados con hipoteca anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante"; y el art. 2583, que prevé que los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos: "…los intereses correspondientes a los dos (2) años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582; c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) y e) del art. 2582...".

Sobre este punto, debemos advertir que, si bien el art. 2577 impide que el privilegio se extienda a los intereses y las costas u otros accesorios, esa disposición legal exceptúa casos como el presente en que existe una norma expresa en contrario.

44 | Subrogación real

Según lo establece el nuevo art. 2194, la garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los grabados, 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.

45 | Facultades del constituyente

El art. 2195 del Proyecto establece que 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.

Como puede verse, el citado artículo mantiene el régimen consagrado en el art. 3157 del Código de Vélez Sarsfield ya que prevé, expresamente, que el constituyente de la garantía conserva todas las facultades inherentes a su derecho, lo cual implica que puede ejercer actos de administración y de disposición, siempre que no disminuya el valor de la garantía, pues no debe olvidarse que la constitución de la garantía importa un desmembramiento del derecho del constituyente.

De modo que el constituyente de la garantía puede enajenar la cosa a título oneroso o gratuito, en todo o en parte; disponer de ella mediante actos de última voluntad; gravarla con otros derechos de garantía (en el caso de la hipoteca) u otros derechos reales como usufructo, uso, habitación, servidumbres o anticresis; constituir derechos personales, como darlo en locación o comodato, etc., rigiendo en tal sentido el principio de la autonomía de la voluntad sin más límites que los impuestos por la ley, la moral, las buenas costumbres y la buena fe.

Puede también desprenderse materialmente del inmueble, en el caso de la hipoteca y de la anticresis, abdicando de su derecho de propiedad, supuesto en que el abandono favorecerá al Estado.

Igualmente, mantiene el derecho de vender o disponer de otro modo de los frutos que perciba y de cobrar los alquileres o arrendamientos, inclusive con anticipación. Ello, salvo que, en materia de hipoteca, el acreedor los hubiera embargado en caso de haber incurrido en mora el deudor.

El constituyente de la garantía está legitimado para ejercer todas las acciones en defensa de su derecho, como acciones posesorias, reales, inclusive, los interdictos procesales, la acción de deslinde y la de división de condominio.

Puede percibir el importe de la indemnización debida por el segurador del inmueble gravado con hipoteca cuando está asegurado cubriendo riesgos de incendio, terremoto, explosión o rayo, si se produce un siniestro que lo destruya total o parcialmente, en tanto no se configure la situación prevista por el art. 84 de la ley 17.418.

Finalmente, puede usar y gozar de la cosa gravada como mejor le parezca y hacer en ella todos los cambios materiales que juzgue convenientes.

46 | Medidas en caso de alteración de la garantía

Para el caso de la alteración del valor de la garantía, la segunda parte del art. 2195 autoriza, las siguientes opciones: 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; y c) exigir otra garantía, real o personal. Estas alternativas no implican dejar de lado que el acreedor, como titular de un derecho real de garantía, goza también del "*ius preferendi*" y del "*ius persequendi*" (inoponibilidad y persecución).

Cabe aclarar que, con excepción del supuesto considerado con la letra "a)", gozan de estas prerrogativas quienes resulten acreedores condicionales (arg. art. 2197).

47 | Inoponibilidad en caso de ejecución

En caso de ejecución, son inoponibles al acreedor los actos jurídicos celebrados en perjuicio de la garantía (ver art. 2196 del Proyecto).

En nuestra opinión, para que proceda dicha declaración, resulta necesario el cumplimiento de distintos presupuestos: a) que el crédito sea de causa

anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor; c) que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

48 | Alcances de la inoponibilidad que consagra el art. 2196

En el caso de las garantías reales, el art. 2196 es aplicable para el supuesto de la ejecución de la cosa. Ello supone: a) la declaración judicial de esta ineficacia, lo cual no podría suceder sino en el contexto de un proceso, con debida intervención de todos los interesados y con causa en la realización de la garantía; b) la existencia de actos jurídicos, lo cual presupone la realización par parte del deudor (ver art. 338) de actos jurídicos válidos; y c) que sean realizados en perjuicio de la garantía; ello implica que, como tales, los actos celebrados por el constituyente afectan la garantía al punto de disminuirla, lo cual puede extenderse a supuestos en los que la ejecución se torna más dificultosa a raíz de los actos de disposición celebrados por el constituyente.

49 | Facultades ejecutorias de la garantía

De conformidad con lo previsto en el art. 2197 del Proyecto, cuando 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. De modo que la realización de la cosa en una ejecución forzada, sea por orden judicial o 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. No obstante, puede ocurrir que el crédito garantizado por el derecho real de garantía subsista sin ser percibido, razón por la cual la subasta judicial o extrajudicial extingue el gravamen, pero no el crédito principal.

50 | Cláusulas nulas

Según lo dispuesto por el art. 2198 del Proyecto, 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.

51 | Responsabilidad y ejecución contra el propietario no deudor

De acuerdo con lo previsto en los arts. 2199 y 2200 del Proyecto, 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.

En caso de ejecución de la garantía, sólo después de reclamado el pago al obligado, el acreedor puede, en la oportunidad y en los plazos que disponen las leyes procesales locales, requerir que se intime 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.

A su vez, el art. 2201 del Proyecto prevé que, 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.

52 | Supuesto del adquirente que asume la deuda

El Proyecto no regula el supuesto que nos ocupa, de modo que en nuestra opinión corresponde sujetarse a las normas propias de la novación si se

libera al deudor originario, o a la simple acumulación de deudores si el acreedor no lo libera (supuesto de delegación imperfecta).

Así, la novación por cambio de deudor requiere el consentimiento del acreedor (art. 936 del Proyecto), pudiendo mediante reserva impedir la extinción de las garantías reales del antiguo crédito (art. 940 del Proyecto).

53 | Supuesto del abandono

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield, el nuevo régimen no contempla la facultad de abandonar la cosa gravada por el propietario que no intervino en la constitución del gravamen y que no asumió la deuda. Sólo debe limitarse a pagar la deuda u oponer defensas.

Sin perjuicio de ello, consideramos que nada impide que el propietario deje de conservar la tenencia del bien con anterioridad al remate, pudiendo ella ser entregada al acreedor ejecutante a título cautelar o como mero acto de conservación. Aunque este obrar no importa lo que jurídicamente se interpreta por abandono, la práctica que admite la entrega de la tenencia del bien a cargo del ejecutante previo a su subasta presenta características análogas en torno al deber de conservación del bien objeto de la garantía.

54 | Subrogación del propietario no deudor

Según lo dispuesto por el art. 2202 del Proyecto, una vez 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.

55 | 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 (art. 2203 del Proyecto).

56 | Cancelación del gravamen

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2204 del Proyecto, 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.

57 | Conclusión

En el presente trabajo hemos intentado desarrollar los aspectos que consideramos más relevantes en relación a las disposiciones generales comunes a todos los derechos de garantía. Sin perjuicio de algunas observaciones efectuadas en cuanto a los alcances del principio de la especialidad en cuanto al crédito, celebramos que se haya simplificado notablemente la tipificación de estos derechos al introducir disposiciones comunes aplicables a todos ellos.

Fuentes citadas

Infojus

Índice de fuentes citadas

Acquarone, M., "Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido", en *JA*, 30/12/1998.

Allende, Guillermo, *Tratado de enfiteusis, y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.

Andorno, Luis, Luna, Daniel y Frickx, Norberto, *Clubes de campo. Countries*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

Arean, Beatriz, *Derechos* reales, Bs. As, Hammurabi, t. 2, 2003.

Bianchett, Alba, Calegari de Grosso Lydia y Garrido Cordobera, Lidia, *Ponencias a las XIX Jornadas de Derecho Civil de Rosario*, Bs. As., Edición conjunta UCA, UNRosario, Rubinzal-Culzoni, 2003.

Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", en *Revista Jurídica La Ley*, 04/10/2012.

Boretto Mauricio, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: Las garantías patrimoniales", en *JA*, 2012-III.

Botassi, Alfredo, "Cementerios públicos y privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 30/07/198.

Causse, Jorge y Pérez Clouet, María José, "Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas. Resolución 194/03 del Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires", en *LLBA*, 2004.

Causse, Jorge, "Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires", Buenos Aires, Ad Hoc, 1998.

Causse, Jorge, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Ad Hoc, 1998.

Colman Lerner, Horacio y Grinberg, Liliana Marta, "Estudio sobre la regulación jurídica de los clubes de campo", en *Revista del Notariado*, n° 776.

Colman Lerner, Horacio, ver texto en http://www.colmanlerner com/f-libro.htm.

Dodda, Zulma, "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", en *Estudios de derechos reales, con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012-IV.

Fontbona, Francisco, "La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir", en *Revista del Notariado*, n° 761, Bs. As., Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

Gabás, Alberto A., *Régimen jurídico de los barrios privados. Clubes de campo. Countries. Barrios cerrados*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

Grimberg, Liliana, "Los clubes de campo como urbanizaciones privadas especiales en la Argentina", en *Revista Notaria*l, n° 852.

Gurfinkel de Wendy, Liliana, "Superficie", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

Infojus

Highton, Elena, "Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.

Highton, Elena, Álvarez Juliá, Luis y Lambois, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad Hoc, 1987.

Highton, Elena, *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, 2da. ed. actualizada, Bs. As., Depalma, 2000.

Iturbide, Gabriela A, "Los derechos reales de garantía", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, Alicia, *Derecho real de superficie*, Bs. As., Astrea, 1989.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1999.

Kiper, C. M., "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 1988-E-929.

Lambois, Susana, "Los clubes de campo y su implementación jurídica", en *ED*, 134-318.

Laquis, Manuel, *Derechos reales*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1984.

Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *Código Civil Anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, t. IV-C.

Lorenzetti, Ricardo L., *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados*, La Ley, 1991-E, 1132.

Mariani de Vidal, Marina y Abella, *Adriana*, "Clubes de campo y barrios cerrados. Cerramiento y vías de circulación internas", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-E, 1082.

Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales*, Bs. As., Zavalía, 2004, t. II.

Marienhoff, Miguel S., "Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales", en *Revista Jurídica La Ley*, 10/09/1990.

Molina Quiroga, Eduardo, "Barrios privados y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2002-A, 344.

Moreira, Laureano, "El suelo en la propiedad horizontal", en *ED*, 13/12/85.

Moreira, Laureano, "La figura especial de los clubes de campo, country club", en *Revista Notarial*, n° 45, Córdoba.

Olivé, Rodolfo *et al.*, "Expresiones jurídicas de los clubes de campo", en *Revista del Notariado* n° 759.

Orelle, José María, "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento especial Emprendimientos inmobiliarios, julio 2006.

Palmiero, Andrés, *Tratado de la propiedad horizontal*, Bs. As., Depalma, 1974.

Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195.

Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal. Derechos y responsabilidades", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195.

Infojus

Salvat, Raymundo y Acuña Anzorena, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2da. ed., Bs. As., Tea, 1958, t. III.

Scotti, Edgardo (h.), "Régimen jurídico de los cementerios privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 22/12/1986.

Scotti, Edgardo O., "Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales", en *ED*, 199-743.

Spota, Alberto G., *Tratado de medianería*, Bs. As., Jesús Menéndez editor, 1935.

Stratta, Alicia, "Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones al decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires", en *ED*, 25/02/1987.

Vidal Aurnague, Sebastián, "Clubes de campo o Country Clubs". Ver texto en: http://vlex.com.ar/Derecho_Civil/3.

Vitolo, Daniel Roque, *La Reforma a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ad Hoc. Acquarone, M., "Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido", en *JA*, 30/12/1998.

Allende, Guillermo, *Tratado de enfiteusis, y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.

Andorno, Luis, Luna, Daniel y Frickx, Norberto, *Clubes de campo. Countries*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

Arean, Beatriz, *Derechos* reales, Bs. As, Hammurabi, t. 2, 2003.

Bianchett, Alba, Calegari de Grosso Lydia y Garrido Cordobera, Lidia, *Ponencias a las XIX Jornadas de Derecho Civil de Rosario*, Bs. As., Edición conjunta UCA, UNRosario, Rubinzal-Culzoni, 2003.

Bono, Gustavo y Puerta de Chacón, Alicia, "La garantía real de máximo frente al principio de especialidad en el Proyecto de Código", en *Revista Jurídica La Ley*, 04/10/2012.

Boretto Mauricio, "Reformas al derecho privado patrimonial en el nuevo Código Civil: Las garantías patrimoniales", en *JA*, 2012-III.

Botassi, Alfredo, "Cementerios públicos y privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 30/07/198.

Causse, Jorge y Pérez Clouet, María José, "Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas. Resolución 194/03 del Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires", en *LLBA*, 2004.

Causse, Jorge, "Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires", Buenos Aires, Ad Hoc, 1998.

Causse, Jorge, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Ad Hoc, 1998.

Colman Lerner, Horacio y Grinberg, Liliana Marta, "Estudio sobre la regulación jurídica de los clubes de campo", en *Revista del Notariado*, n° 776.

Colman Lerner, Horacio, ver texto en http://www.colmanlerner com/f-libro.htm.

Dodda, Zulma, "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", en *Estudios de derechos reales, con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012-IV.

Infojus

Fontbona, Francisco, "La propiedad horizontal, los clubes de campo y las unidades a construir", en *Revista del Notariado*, n° 761, Bs. As., Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

Gabás, Alberto A., *Régimen jurídico de los barrios privados. Clubes de campo. Countries. Barrios cerrados*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

Grimberg, Liliana, "Los clubes de campo como urbanizaciones privadas especiales en la Argentina", en *Revista Notarial*, n° 852.

Gurfinkel de Wendy, Liliana, "Superficie", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

Highton, Elena, "Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.

Highton, Elena, Álvarez Juliá, Luis y Lambois, Susana, *Nuevas formas de dominio*, Bs. As., Ad Hoc, 1987.

Highton, Elena, *Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito*, 2da. ed. actualizada, Bs. As., Depalma, 2000.

Iturbide, Gabriela A, "Los derechos reales de garantía", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.

Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, Alicia, *Derecho real de superficie*, Bs. As., Astrea, 1989.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1999.

Kiper, C. M., "Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 1988-E-929.

Lambois, Susana, "Los clubes de campo y su implementación jurídica", en *ED*, 134-318.

Laquis, Manuel, *Derechos reales*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1984.

Llambías, Jorge Joaquín y Areán, Beatriz, *Código Civil Anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, t. IV-C.

Lorenzetti, Ricardo L., *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados*, La Ley, 1991-E, 1132.

Mariani de Vidal, Marina y Abella, *Adriana*, "Clubes de campo y barrios cerrados. Cerramiento y vías de circulación internas", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-E, 1082.

Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales*, Bs. As., Zavalía, 2004, t. II.

Marienhoff, Miguel S., "Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales", en *Revista Jurídica La Ley*, 10/09/1990.

Molina Quiroga, Eduardo, "Barrios privados y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2002-A, 344.

Moreira, Laureano, "El suelo en la propiedad horizontal", en *ED*, 13/12/85.

Moreira, Laureano, "La figura especial de los clubes de campo, country club", en *Revista Notarial*, n° 45, Córdoba.

Olivé, Rodolfo *et al.*, "Expresiones jurídicas de los clubes de campo", en *Revista del Notariado* n° 759.

Infojus

Orelle, José María, "Financiación de emprendimientos inmobiliarios a través del fideicomiso", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento especial Emprendimientos inmobiliarios, julio 2006.

Palmiero, Andrés, *Tratado de la propiedad horizontal*, Bs. As., Depalma, 1974.

Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195.

Pratesi, Juan Carlos, "Nuevas urbanizaciones y propiedad horizontal. Derechos y responsabilidades", en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-F, 1195.

Salvat, Raymundo y Acuña Anzorena, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2da. ed., Bs. As., Tea, 1958, t. III.

Scotti, Edgardo (h.), "Régimen jurídico de los cementerios privados", en *Revista Jurídica La Ley*, 22/12/1986.

Scotti, Edgardo O., "Complejos urbanísticos o urbanizaciones especiales", en *ED*, 199-743.

Spota, Alberto G., *Tratado de medianería*, Bs. As., Jesús Menéndez editor, 1935.

Stratta, Alicia, "Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones al decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires", en *ED*, 25/02/1987.

Vidal Aurnague, Sebastián, "Clubes de campo o Country Clubs". Ver texto en: http://vlex.com.ar/Derecho_Civil/3.

Vitolo, Daniel Roque, *La Reforma a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ad Hoc.

Infojus

Índice Temático

A

ANTICRESIS P. 81, 124, 125, 129, 130, 131, 133, 137, 142, 147, 148, 153, 155, 172, 173

ARBITRAJE P. 8
Tribunal Arbitral P. 8

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD P. 20, 46, 59, 108, 117, 173

B

BARRIOS CERRADOS P. 82, 83, 84, 93, 97, 98, 181, 182, 183, 184

C

CLUBES DE CAMPO. *Véase* BARRIOS CERRADOS

COMPLEJO URBANÍSTICO P. 24, 40, 41, 84, 85, 86, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107

CONDOMINIO P. 9, 24, 26, 37, 41, 42, 43, 62, 66, 75, 76, 78, 81, 83, 86, 89, 90, 91, 97, 113, 114, 173

CONTROL DE LEGALIDAD P. 8, 13, 14

D

DERECHO AMBIENTAL P. 21, 22

DERECHO DE EDIFICAR P. 20

DERECHOS REALES P. 17, 18, 20, 21, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 54, 56, 57, 81, 83, 85, 86, 89, 93, 99, 100, 103, 106, 113, 114, 116, 117, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 142, 146, 147, 148, 149, 156, 157, 158, 159, 165, 166, 168, 173, 177, 178, 181, 182, 183, 184
derecho de superficie P. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 36, 39, 65, 137
derecho real de cementerios privados P. 41
derecho real de superficie P. 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 36
enfiteusis P. 18, 19, 181, 183
uso y habitación P. 18, 91, 118
usufructo P. 18, 25, 26, 28, 81, 86, 90, 112, 117, 137, 168, 173

DOMINIO FIDUCIARIO P. 38

DOMINIO REVOCABLE P. 25, 37, 86

E

EXPLOTACIÓN FORESTAL P. 22
superficie forestal P. 17, 19, 23, 24, 28

G

GARANTÍAS PERSONALES P. 127

GARANTÍAS REALES P. 46, 125, 127, 130, 145, 147, 152, 154, 156, 175, 177
garantía de máximo P. 55, 142,148, P. 149, 151, 152, 154, 155, 172
garantías reales abiertas P. 145, 147

H

HIPOTECA P. 18, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 81, 124, 125, 130, 131, 132, 133, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 169, 170, 172, 173, 174
hipoteca abierta P. 52

Infojus

M

MEDIANERÍA P. 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 183, 185
cerramiento forzoso P. 62, 64, 69
muro de elevación P. 65, 66, 67
muro encaballado P. 65, 66, 67, 71
muro enterrado P. 67
muro medianero P. 61, 64, 67, 75, 76, 79

MEJORAS P. 77, 95, 96, 112, 166, 167, 168

O

OBLIGACIONES EVENTUALES P. 134, 143

ORDEN PÚBLICO P. 7, 26, 51, 60, 63, 83, 99, 127, 142, 157, 158

P

PERSONAS JURÍDICAS P. 3, 4, 5, 6, 7, 14, 105, 110
inoponibilidad de la personalidad jurídica P. 5, 11
personería jurídica P. 100, 104

PRENDA P. 16, 18, 81, 124, 125, 126, 129, 130, 132, 133, 137, 138, 142, 143, 147, 148, 153, 170, 172

PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD P. 32, 52, 54, 133

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL P. 5, 7, 14, 20, 24, 26, 31, 40, 45, 56, 61, 64, 81, 98, 123, 125, 141, 146, 147, 148, 149, 181, 182, 183, 184, 185

R

REFORMA CONSTITUCIONAL P. 21

RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. *Véase* PROPIEDAD HORIZONTAL

RESPONSABILIDAD LIMITADA P. 9, 10, 11, 13, 15, 16,

S

SEGURIDAD JURÍDICA P. 14, 34, 51, 148, 152, 156

SEPULCRO P. 41, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 119, 120, 121

SERVIDUMBRES P. 18, 26, 34, 48, 63, 81, 86, 88, 90, 95, 103, 137, 173

SOCIEDADES CIVILES P. 4, 12, 88

SOCIEDADES COMERCIALES P. 3, 4, 5, 7, 9, 10, 88.
sociedades anónimas P. 10, 13, 15, 16, 88
sociedades accidentales o en participación P. 8
sociedades constituidas en el extranjero P. 6, 11, 14
sociedades irregulares o de hecho P. 8, 12
sociedades off shore P. 11
sociedades "simples" o "residuales" P. 12
sociedad unipersonal P. 8, 9, 10, 11

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en junio de 2013.

GRAFICA CAMPICHUELO
Cooperativa Obrera Gráfica Campichuelo Ltda

Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar

Infojus