

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.**— Me encuentro aquí en una doble función; por un lado, como Subdirectora del Departamento de Derecho Privado, anunciando una nueva mesa sobre el Proyecto de Código Unificado, en el ciclo que comenzó hace ya unas cuantas reuniones y que continuará, el 7 de setiembre, con el tema Derecho Notarial y Registral y, el 14 de setiembre, con Derecho de Familia. Hoy la temática versará sobre los Derechos Reales.

¿Por qué dije que cumplo una doble función? Porque además de presentar a los integrantes del panel, yo también voy a referirme a ese Proyecto. Trataré de ser muy breve, porque quiero dejar la palabra a mis compañeros de panel, la doctora Marina Mariani de Vidal, profesora titular de Derechos Reales de esta casa, y el doctor Jorge Alterini, también profesor titular y, además, uno de los coautores del Proyecto a cuyo estudio nos hemos abocado este año.

Como ya señalé en varias oportunidades, espero que la próxima vez, en lugar de estar presentando un Proyecto, estemos analizando un Código nuevo. No creo que lo tengamos como regalo de fin de año, como pensaba hasta hace poco, pero espero que podamos contar con él el año próximo.

Elegí hablar sobre los Derechos Reales de garantía, y lo hice por varias razones, que tal vez podría resumir en dos: una macro y otra micro; macro, porque me parece que todo lo que tiene que ver con los Derechos Reales de garantía está vinculado con la situación económico-financiera del país. Esto se evidencia desde la sanción del Código Civil, en el que Vélez diferencia la hipoteca de los otros Derechos Reales, para favorecer el crédito y, por lo tanto, asegurar al inversor, al que otorga el crédito, fijando la obligatoriedad de la inscripción registral únicamente para este derecho. Más adelante se sucedieron las etapas de hiperinflación, de la posibilidad o no de constituir hipotecas en moneda extranjera, y de la retracción de la oferta o de la demanda, de acuer-

do con la situación en que se vive. Esta misma idea dio forma a la sanción de la ley 24441, que en su momento se dictó pensando en un gran mercado de capitales; después pasó lo que todos sabemos: los efectos “tequila”, “arroz”, “*caipirinha*”, etcétera, hasta la retracción actual, que no sabemos si va a durar o cuánto.

La otra –la micro– es una razón personal. Hace unos años tuve la suerte y el honor de colaborar de alguna manera con el doctor Alterini en una comisión que se dedicó a la reforma del Libro Tercero del Código Civil. Después, el doctor Alterini incorporó generosamente ese aporte al Proyecto de la Comisión Federal que, por supuesto y lamentablemente, quedó en proyecto. Por eso estuve en la génesis de esa iniciativa, en la cual hay algo que me pareció muy importante y que se mantiene. En el Proyecto de la Comisión Federal –la cual estaba compeliada a trabajar en una cantidad determinada de artículos, porque no se trataba, como en este caso, de un código completo–, en los 153 artículos de Derechos Reales de garantía del Código se incluyó propiedad horizontal, superficie, Derechos Reales de garantía, la indisponibilidad voluntaria, las propiedades especiales y, además, lo que hoy es la ley 17801, sobre publicidad registral.

No puedo ser, entonces, imparcial. Me pareció excelente la idea de esta síntesis que se hizo en el tema de Derechos Reales. Me pareció esencial porque no fue una síntesis puramente reduccionista, sino que se consagraron marcos referenciales que permiten la interpretación de los casos específicos, utilizando esa matriz conceptual, y esto se ha mantenido. De los 153 artículos del Código, el Proyecto destina 49 a estos derechos. Los primeros constituyen la parte general de los Derechos Reales de garantía. Para comenzar, la definición; ello implica: saber qué son y qué significan los Derechos Reales de garantía. También, cómo nacen; la necesidad del contrato informa el carácter de convencionalidad, y en la definición se asegura su accesoriedad. Constan, desagregadas, las otras facultades comunes a los Derechos Reales, es decir, el *ius preferendi* y el *ius persequendi*, así como, primordial y específicamente, el privilegio que permite realizar los bienes y percibir el crédito sobre su producido.

Esto incluye a todos los Derechos Reales de garantía. No se necesita reiterar, respecto de cada uno, la especialidad, la convencionalidad, la indivisibilidad o la publicidad. Está todo resuelto en esta parte general. De ahí que sobre hipoteca sólo hay diez artículos. No desconocemos la importancia del Código de Vélez. Lo que sucede es que vivimos otra etapa.

Creo que se ha realizado un trasiego de la filosofía minimalista al derecho, lo que permite una interpretación mucho más funcional de los Derechos Reales.

Por tanto, se dice que los constituye un deudor o un tercero; se dice que son indivisibles, en términos similares a como está resuelto en el Código; que cada uno de los bienes y cada parte de ellos están afectados al pago de todo el crédito y cada una de sus partes, y que 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.

En consecuencia, están presentes todos los caracteres que hacen a los Derechos Reales de garantía, asimismo se establece, concretamente, la especialidad en cuanto al objeto y al crédito.

Al admitir que se puede constituir en seguridad de créditos indeterminados, se supera la duda que siempre existió sobre su posibilidad, pero con indicación de un tope máximo por todo concepto, que incluiría los intereses y las costas, monto hasta el cual respondería la garantía prevista, con un plazo máximo de 10 años. Se aclara la subsistencia de la garantía a pesar del reconocimiento del plazo en seguridad de créditos nacidos durante su vigencia.

En cuanto a los casos en que no esté completa la especificación del objeto o del crédito, ese defecto es subsanable si puede precisarse integrando el total de las enunciaciones del acto constitutivo. Esta solución implica inclinarse a favor de la validez de las operaciones, salvo el caso en que no se puede subsanar, pudiendo invocar tal situación cualquier tercero interesado de buena fe.

No habría problemas en modificar el orden de preferencia. Se establece y se mantiene la prohibición de los actos del deudor que atenten contra el valor de la cosa en garantía que puede recaer sobre un derecho en la medida en que lo autorice la ley. Es que algunos Derechos Reales de garantía pueden constituirse sobre derechos. Por ejemplo, la viabilidad de constituir un derecho de hipoteca sobre el derecho de superficie. Ésta es una innovación, porque hasta ahora sólo existe la hipoteca sobre bienes inmuebles.

Una diferencia con el Proyecto de la Comisión Federal, al que se ha mejorado notablemente en muchos aspectos –funcionales, orgánicos y de precisión–, es que se eliminó la hipoteca mobiliaria, porque con la anticresis y la prenda sin desplazamiento ya no se consideró necesaria.

También se dice expresamente que son inoponibles los actos del deudor posteriores a la constitución de la garantía.

Es importante la unificación del criterio con respecto a los plazos y las condiciones. El Código legisla respecto de la hipoteca que, una vez ejecutado un inmueble por un acreedor, los otros acreedores, aunque no tuvieran plazo vencido ni condición cumplida, se colocaban según su orden, pero la situación variaba si el acreedor tenía a su favor una condición resolutoria o suspensiva. El Proyecto determina que cobran como si fuera plazo vencido, pero deben dar garantía de restitución para el caso de cumplimiento o de frustración de la condición.

La prohibición que subsiste es la del acreedor de quedarse con la cosa sobre la cual se constituyó la garantía, salvo que la adquiera en subasta o en el caso de la prenda, si así se previó en el acto constitutivo.

Éstas son, sintéticamente, las normas que abarcan todos los Derechos Reales de garantía. Cabe entonces analizar lo que se regula para cada derecho de garantía en especial.

La hipoteca se debe constituir por instrumento público, sobre bienes inmuebles o sobre derechos, como el de superficie. ¿Quiénes están legitimados? Los que tienen facultad de disposición: el propietario, el condómino, el titular de propiedad horizontal y el titular del derecho de superficie. Y se resuelve un

tema que siempre ha traído problemas, el de la hipoteca del condómino sobre su parte alícuota; está prevista expresamente y el acreedor no debe esperar el resultado de la partición para hacer valer su derecho.

Otra novedad importante es que cuando se refiere a la inoponibilidad de la hipoteca –y esto es válido para todos los Derechos Reales, debidamente registrados– incorpora el concepto de “tercero interesado de buena fe”, acuñado por la doctrina y recomendado por jornadas y congresos. “Terceros”, en términos vulgares, son aquellos que no han sido parte de la situación. “Terceros interesados”, puedo decir –abreviando– que son aquellos que tienen derechos subjetivos, titulares de otros Derechos Reales o creditorios. Pero a este Proyecto le interesa proteger a los terceros interesados de buena fe.

Aquí hago una digresión: el tema de la buena fe en el Proyecto está vinculado a los contratos y a la interpretación de sus normas, pero en materia de Derechos Reales se relaciona con la imposibilidad de conocer o de haber conocido que el deudor no era titular del derecho o la verdadera situación extraregistraral; es decir, no se trata de cualquier interesado. El Proyecto de Código hace inoponible aquellos actos que pueden afectar a terceros interesados de buena fe.

La hipoteca será oponible desde su inscripción en el Registro, que debe conjugarse con lo que dice la modificación registral. Sigue vigente el sistema declarativo, de modo que va a ser oponible desde su inscripción, que se retrotrae a la fecha de constitución si se hace dentro de los términos legales.

Desaparece el nombre, absolutamente equívoco, de “tercer poseedor” y se opta por hablar de “tercero adquirente que asume la deuda” y “tercero adquirente que no asume la deuda”, que puede ser aquel que adquirió el bien o el que constituyó la hipoteca sin ser el deudor. Esto permite que el tercero adquirente que asumió la deuda esté colocado en la misma situación del deudor; y el tercero adquirente que no asumió la deuda podrá ser intimado una vez que se dicte sentencia con respecto al deudor.

Esta modificación no dice qué excepciones puede oponer el tercero adquirente que no asumió la deuda, como sí lo dice el Código Civil, pero creo que la técnica es correcta si se piensa: ¿cuáles son las excepciones que podría oponer el deudor que no haya opuesto cuando tuvo oportunidad, dado que se llegó hasta la sentencia?

El tercero adquirente tiene la facultad de abandonar la cosa, lo cual no significa que se desprende totalmente sino que conserva derechos hasta la adjudicación, y le pertenece si hay excedente, como sucede en el sistema actual.

La subasta extingue la hipoteca respecto del adquirente si han sido citados los acreedores hipotecarios.

En caso de abandono o ejecución, el tercer adquirente puede demandar al deudor originario por los daños que esa situación le irrogó.

Se prevé la posibilidad de que la ejecución sea diferente, de acuerdo con leyes especiales. Un ejemplo es la incluida en la ley 24441, que también ha sufrido algunas modificaciones en este Proyecto.

Los otros Derechos Reales, a los cuales se les trató de insuflar nuevos aires

—porque cayeron en desuso—, son la prenda con desplazamiento y la anticresis. En ambos casos se ha tratado de inyectarles vida para que sean utilizados. Lo que nace y cobra importancia es la prenda de créditos.

La prenda de cosas recae sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados que se entregan, mediante la tradición, al titular del crédito o a un tercero por aquél designado. Permite constituir una nueva prenda sobre la misma cosa con el mismo acreedor que la posea por los dos o la entregue a un tercero que la tenga en interés común. Se prevé mecanismo para prenda de cosa ajena, caso en el cual el acreedor la restituye al propietario original y puede exigirle al deudor que le entregue otra de igual valor. En este supuesto, si el deudor no le entrega otra cosa, el acreedor puede ejecutar el crédito aunque sea de plazo pendiente, porque se configuró un incumplimiento.

Por otro lado, el Proyecto establece una prohibición para el acreedor de usar la cosa prendada, pero podría percibir los frutos naturales e imputarlos al crédito; primero, como corresponde, a los intereses y expensas, y luego, al capital. Si él usara la cosa sin autorización, la sanción es que se extingue la garantía. Esta opción puede ser objeto de un pacto en contrario.

Los gastos que insuma la conservación de la cosa corresponde sean abonados por el deudor. Los gastos útiles que realice el acreedor deben ser reembolsados por el deudor en la medida del mayor valor adquirido por la cosa.

En cuanto a la ejecución de esta garantía, es importante que se puede realizar a través de una subasta pública, publicitándola por diez días; y si son títulos valores se pueden vender en las bolsas o mercados pertinentes a la cotización del día, porque la prenda de títulos valores está equiparada con la prenda de cosas.

Lo que es novedoso es la posibilidad concedida al acreedor de decidir en el acto constitutivo la adjudicación de la cosa prendada, fijando de antemano cómo se especificará el precio al momento del vencimiento, si se dirimirá por un experto ya designado o a designar por el procedimiento que se establezca o, en caso contrario, por el tribunal. La otra posibilidad consiste en que la venta se realice por un procedimiento determinado. Si no hay estipulación en contrario, estas alternativas son opciones a favor del acreedor que puede adquirir la cosa en la subasta, por adjudicación o venta privada. Por supuesto, debe rendir cuentas siempre pero, aun impugnadas, no afectan la validez.

Otra novedad con respecto a la legislación vigente —a costa de ser reiterativa al enumerar novedades— es la prenda de créditos, que recae sobre créditos instrumentados que pueden ser cedidos. No es necesario que el crédito esté incorporado al instrumento para constituir la prenda, y ésta se constituye aunque el instrumento no sea necesario para ejercer los derechos vinculados a la prenda.

La notificación al deudor del crédito prendado resulta indispensable para que la prenda quede constituida. En este caso, el acreedor prendario tiene la obligación de cobrar el crédito si es en dinero o de ejecutar la prenda si el deudor no cumple. Actúa como mandatario, con la consiguiente obligación de rendir cuentas. Al tratarse de dinero, se lo aplicará a cubrir su derecho contra

el deudor y si la prestación no es dineraria, debe vender la cosa en los términos de la ejecución de cosa prendada (art. 2119). Lo obtenido –como es de práctica– se imputa primero a expensas e intereses y luego a capital.

La novedad es que la prenda puede ser sobre créditos que se originan en contratos con prestaciones recíprocas. En este supuesto puede haber incumplimiento del obligado prendario, en cuyo caso el acreedor prendario podrá ejecutar forzosamente la participación de aquél en el contrato, con las limitaciones provenientes de éste; si para ello se requiriera el asentimiento de la otra parte y ésta injustificadamente no lo otorgara, será suplido por el tribunal. Si el obligado prendario resultara fallido y la masa de acreedores no continuara el contrato objeto de la prenda, el acreedor prendario tiene dos posibilidades: continuar el contrato original personalmente o mediante alguien que él designe. Es aplicable lo previsto en cuanto a que se deben mantener las limitaciones del contrato y el asentimiento supletorio del tribunal en caso de negativa injustificada de la otra parte.

Si se extingue la prenda y no el crédito prendado, el acreedor debe restituir el documento y notificar al deudor.

El otro Derecho Real de garantía es la anticresis, que siempre ha sido motivo de estudio pero se carece de experiencia sobre su aplicación. Es de esperar que esta modificación la torne útil. Está previsto que recaiga sobre cosas registrables –pueden ser muebles o inmuebles– cuya posesión pasa al acreedor o a un tercero que éste designa.

Pueden constituirlos los titulares de dominio, condominio, propiedad horizontal o derecho de superficie. En cuanto al condominio, rige la misma limitación que con respecto a la prenda: deben constituirlo todos los condóminos.

Para ser oponible a terceros interesados de buena fe, la anticresis debe ser inscripta en el registro correspondiente. El acreedor anticresista tiene derecho a usar la cosa, percibir los frutos, imputarlos a expensas e intereses y, cancelados éstos, al capital. Tiene la obligación de conservar la cosa y no cambiar su destino. En caso contrario, se extingue la garantía y debe restituir la cosa. Su función de administrar lo sujeta a las reglas del mandato y es responsable por los daños que pueda infligirle a la cosa o por el cambio del destino.

En cuanto a los gastos de conservación y a los gastos útiles realizados por el acreedor, se establece el mismo sistema que les comenté con respecto a la prenda: el deudor debe los gastos necesarios de conservación pero los útiles sólo pueden ser reclamados hasta la concurrencia del mayor valor del objeto.

Con este Proyecto nace un nuevo Derecho Real: la indisponibilidad voluntaria. La inhibición general de bienes es una medida cautelar por la cual, una vez trabada, el deudor no puede enajenar los bienes que tiene inscriptos en los respectivos registros. Rige supletoriamente respecto del embargo cuando, siendo éste pertinente, no se conocen bienes del deudor o no cubren el crédito reclamado.

Se requiere el cumplimiento de los recaudos necesarios para decretar una medida cautelar y, como tal, será el juez el encargado de dictarla.

Además de este tipo de medida decretada en instancia judicial, existe la lla-

mada “inhibición voluntaria”, en que el deudor manifiesta por escritura pública su voluntad de inhibirse a favor de un acreedor, inscribiéndose la medida en el Registro de la Propiedad Inmueble. Su naturaleza difiere de la anterior porque no se trata de una medida cautelar, dictada por un juez, sino de un acuerdo de partes, extrajudicial, que cumple una función de garantía.

Dentro del ámbito del derecho de fondo, la medida sería aceptada en concordancia con el principio de la autonomía contractual que preside el art. 1197 del Código Civil y que no está limitada por los arts. 21, 953, 1071 bis, etc.; desde esa óptica nació en la práctica notarial.

En general, la inhibición voluntaria fue aceptada por la jurisprudencia por no afectar la ley, la moral o las buenas costumbres, considerando que no podía negarse a las partes la publicidad de un contrato que de ninguna manera lesiona el orden público, sin perjuicio de las observaciones que voy a marcar.

Hasta la sanción de la ley 17801 se seguía admitiendo la inscripción de la obligación voluntaria de indisponibilidad, sin perjuicio de ser materia opinable, en función del alcance que se otorgara al art. 2612 del Código Civil. Esta norma es el bastión fundamental que se ha invocado para denegar la procedencia de esta medida, dado que, aunque el propietario de un inmueble se obligara a no enajenarlo, “si lo hiciera la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él”.

La ley 17801 no contiene disposición expresa que autorice la inscripción de inhibiciones voluntarias, ni tampoco disposición expresa que la prohíba.

Pero el decreto 2080/80, en el art. 3º, inc. d, establece estrictamente que “no se registrarán los documentos que no se hallen contemplados en el art. 2º de la ley 17801, en especial los siguientes: ...Los que contengan restricciones voluntarias de disponer de los bienes –particulares o generales–, sea que se presenten bajo la denominación de «inhibiciones voluntarias» o cualquier otra...” Y, en consonancia, la disposición técnico registral de diciembre de 1969 del Registro de la Propiedad Inmueble dispuso: “A partir del 1º de enero de 1970 serán rechazadas sin más trámite las cláusulas de constitución de inhibiciones voluntarias traídas a su toma de razón cuando son relativas a un bien inmueble”, con lo cual se clausuró toda posibilidad dentro del ámbito de la Capital.

El decreto 466/99 no ha impuesto ninguna modificación a esta regulación.

La doctrina está dividida frente a la admisión o no de esta figura.

Al legislar expresamente la indisponibilidad voluntaria, fijando sus efectos y recaudos, se da por concluida la polémica sobre la factibilidad de su procedencia.

Su regulación es similar en espíritu a la del Proyecto de la Comisión Federal, pero además recoge las recomendaciones del Despacho A de la XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Se ha optado en este Proyecto por incluir en la nómina de los Derechos Reales, como inc. m) del art. 1820, la indisponibilidad voluntaria como un nuevo Derecho Real de garantía, incluido en el Título XII, Cap. V, arts. 2133 a 2136.

El primero de ellos define este Derecho Real precisando los objetos sobre

los que puede recaer (“cosas registrables en su totalidad o alícuotas”), su efecto (“el constituyente se inhibe”) y el plazo (“que no exceda de cinco años”). Se prevé, asimismo, que su objetivo es inhibir “para transmitir o constituir a cualquier título derechos reales sobre ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1912”. Esta última norma se refiere a la indisponibilidad como límite del dominio, reemplazando el art. 2612 para conjugar su texto con este nuevo Derecho Real, al establecer: “En los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.

“En los actos a título gratuito todas las cláusulas aludidas son válidas si su plazo no excede de diez años.

“Si la convención no fijó plazo, estableció un plazo superior a diez años o incierto, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció.

“Los acreedores no pueden ejecutar los bienes indisponibles.

“La cláusula de indisponibilidad de cosas registrables requiere su inscripción a los efectos previstos en los ordenamientos respectivos.

“En los actos por causa de muerte son inválidas las cláusulas que afecten las porciones legítimas”.

Cabe destacar que el art. 2133 concluye estableciendo que: “El incumplimiento de la indisponibilidad voluntaria genera la invalidez del acto dispositivo”.

A continuación, se fija la forma a utilizar para su constitución remitiendo a la que corresponde según la cosa registrable sobre la que recae (art. 2134). Ello significa, sin duda, la escritura pública para los inmuebles, pero no aparece como necesaria esa instrumentación en las cosas muebles registrables, con lo que se aparta de lo recomendado en las Jornadas acerca de extender la exigencia de escritura pública a todos los casos.

El art. 2135 resuelve con precisión quiénes están legitimados para constituir este derecho: los titulares de derechos reales sobre cosa propia, de forma coherente con quien tiene la facultad de disponer.

En cuanto al momento a partir del cual es oponible, se mantiene el sistema consagrado de oponibilidad de los Derechos Reales.

Es sumamente importante el texto del art. 2136, en cuanto dispone que: “La cosa indisponible es ejecutable por el titular del derecho real de indisponibilidad voluntaria, pero no por otros acreedores; sin embargo, también puede ser ejecutada por los titulares de los siguientes créditos: los garantizados con derechos reales registrados con anterioridad; los provenientes de impuestos, tasas o contribuciones directas sobre la cosa; los originados en alimentos reconocidos judicialmente; o por mejoras realizadas en la cosa o expensas comunes”.

Esta norma pone fin a una de las objeciones planteadas sobre la situación de otros acreedores frente a la indisponibilidad, resolviendo puntualmente la de aquellos ante los cuales pierde su virtualidad y puede ser ejecutada. En un



caso se trata del reconocimiento de la prioridad registral y su oponibilidad; en otros, se asemeja a la inoponibilidad del bien de familia frente al crédito por expensas comunes, cubriendo también su ejecución por impuestos, tasas o contribuciones, así como mejoras realizadas en la cosa. Finalmente, se trata de defender la cuota alimentaria frente a la posibilidad de su desbaratamiento en el supuesto de constitución de una indisponibilidad que –como su nombre lo indica– es voluntaria.

El cotejo de lo proyectado con lo recomendado en las Jornadas mencionadas permite apreciar su concordancia en lo esencial. En cambio, con relación al plazo de 5 años fijado como máximo por el Proyecto, que a la vez coincide con el de caducidad de la inscripción registral (art. 2184), consideramos que es excesivo comparado con el de aquellas recomendaciones, que lo constreñían a 3 años. Por su parte, el Proyecto de la Comisión Federal que fue aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación era aún más restrictivo, pues lo establecía sólo en un año. Por último, es destacable la previsión del art. 2136, que soluciona la situación de los terceros acreedores frente a la indisponibilidad.

En síntesis: se ha admitido la inclusión de una nueva forma de garantía. Su operatoria debe ser ágil y económica cuando conceptualmente la causa sea seria y legítima. A tal fin, se la reguló acotada en el tiempo, resguardando la libertad negocial sin descuidar la protección de los terceros, con vistas a favorecer a aquellos sectores que no pueden acceder fácilmente a la obtención de créditos, casos de locaciones, compras de objetos de uso o consumo, obligaciones vinculadas al Derecho de Familia.

Éste es un esquema de los Derechos Reales de garantía. Creo que es un adelanto importante con respecto al sistema de Vélez Sársfield. (*Aplausos.*)

A continuación expondrá la doctora Marina Mariani de Vidal.

#### **Dra. Mariani de Vidal**

Después de esta magnífica exposición, voy a tratar un tema muy querido para mí pero que da muchos dolores de cabeza a la doctrina y la jurisprudencia, y todavía más a los estudiantes. Actualmente se lo conoce como “acciones posesorias”. En el Proyecto la cuestión ha sido simplificada, lo cual es digno de aplauso.

El tema de las defensas posesorias –bajo otro nombre– está legislado en el Proyecto al final del Libro Quinto, pues los Derechos Reales son mudados del Libro Tercero actual a aquél. Comienza este proyectado Libro Quinto con una parte general relativa a los Derechos Reales, para luego adentrarse en las denominadas relaciones reales, que son las que vinculan a una persona con una cosa; son relaciones de tipo material, que existen de hecho entre persona y cosa, con independencia de que se hallen o no respaldadas por un derecho real (art. 1845 del Proyecto). A diferencia de los Derechos Reales, que podrán recaer sobre derechos, las relaciones reales sólo podrán tener como objeto las cosas, es decir, objetos materiales susceptibles de valor (art. 214 del Proyecto).

Las relaciones reales son nuestros viejos conocidos: posesión, tenencia y

yuxtaposición local (art. 1845), aunque el Proyecto se encarga de aclarar que cuando legisla sobre relaciones reales lo hace especialmente respecto de la posesión y la tenencia, y a la yuxtaposición local –que llama simplemente “yuxtaposición”– le otorga la tutela extrajudicial y los demás efectos previstos por la ley.

Las defensas de estas relaciones reales son tratadas en la parte final del Libro Quinto, con buen criterio, porque se han aunado en un mismo Título las defensas de las relaciones reales y las de los Derechos reales, luego de haberse legislado sobre las relaciones reales y sobre los Derechos Reales, con lo cual el tema aparece metodológicamente ubicado en forma correcta.

La defensa real –que así se denomina el Título XIV del Libro Quinto– comprende dos aspectos: una defensa judicial y otra extrajudicial. Dentro de la primera se separa la defensa de la relación real y la defensa del Derecho Real. Entre la defensa de la relación real y la del derecho real se ubica otro viejo instituto –adecuadamente, porque no defiende una relación real pero se endereza a su adquisición–, que aparece con fisonomía totalmente cambiada. En su regulación actual, en el Código Procesal, no se sabe bien para qué caso puede servir; quizás para ninguno, y por eso prácticamente no se lo utiliza. Se trata lo que en el Código Procesal de la Nación se denomina “interdicto de adquirir”, acerca del cual se discutía si había sido o no recogido por el Código Civil y que ahora entraría en él como acción para adquirir la posesión: no defiende un derecho real o una relación real existente, sino que tiende a que ésta se consume.

Luego de haber hecho este cuadro sintético, voy a detenerme en las novedades que presenta el Proyecto respecto del Código Civil vigente.

La defensa extrajudicial se concede a todas las relaciones reales. Vamos a adentrarnos en la defensa extrajudicial tanto de la relación real como del derecho real. En la defensa extrajudicial la legitimación activa es amplísima; todos pueden ejercerla.

El artículo 2470 del Código Civil, que comienza diciendo: “El hecho de la posesión da el derecho...”, quizás Vélez lo redactó para reforzar la idea de que la posesión es un hecho y no un derecho, pero dio pie a que se interpretara que la defensa extrajudicial cubre la posesión, la tenencia y la yuxtaposición local.

Uno podría pensar cómo se puede autorizar algo que no sería sino una justicia por mano propia. Pero el artículo 2189 del Proyecto, que legisla sobre la defensa extrajudicial, por propia autoridad, comienza diciendo lo que expresa el actual artículo 2468: nadie puede mantener o recuperar una relación real por su propia autoridad. Ése es el principio, pues en un Estado de Derecho hay que recurrir a las vías legales para hacer valer los derechos, como dice el artículo 2468.

Sin embargo, el titular de una relación real, incluso de una mera yuxtaposición, si es agredido en el uso o privado de ella, podría por mano propia repeler la agresión o restablecer la relación real. Se otorga, así, para todos los supuestos: posesión, tenencia, yuxtaposición. ¿En qué casos? Se discutía si el remedio previsto actualmente en el artículo 2470 lo estaba únicamente frente a

ataques violentos, frente al despojo con violencia. Con el Proyecto no hay duda; se da contra la agresión, es decir, la turbación, el inquietamiento, la perturbación y también contra el despojo o privación. Entonces, también en este aspecto la defensa es amplia. Pero no es amplia —y no podría serlo— en cuanto a los requisitos que se deben reunir. Únicamente será procedente si se actúa en forma inmediata y razonable. De tal modo, cumplidos los requisitos legales, el acto de justicia privada se considerará legítimo. Esto es algo que ya estaba previsto en el Código —mejor dicho, está—, aunque se elimina un recaudo prácticamente de imposible cumplimiento, que es el que determina que la defensa extrajudicial sólo puede ser intentada cuando los auxilios de la autoridad lleguen demasiado tarde. El Código exige inmediatez entre el ataque y la defensa; exige que los medios sean razonables, es decir, que no excedan los límites de la legítima defensa y, en tercer lugar, que los auxilios de la autoridad lleguen demasiado tarde. Pero este requisito es así de imposible cumplimiento. Además, ¿cuándo puede ocurrir esto? Prácticamente, la exigencia destierra la defensa extrajudicial.

Pasamos ahora a la defensa judicial, donde están las mayores novedades.

La defensa judicial está prevista para muebles e inmuebles, aunque no se lo diga en forma expresa, porque no se hacen distinciones respecto del objeto. En materia de cosas muebles, el Proyecto —a diferencia del art. 2248 del Código actual— inhabilita la acción contra el poseedor de buena fe a título oneroso, sin excluir las cosas robadas o perdidas, de manera que la legitimación pasiva es más restringida que en la regulación en vigor. Procede frente a dos ataques, que son, como ocurre actualmente, la turbación y el despojo. Los ataques son siempre actos materiales, producidos o de inminente producción (en este último supuesto tiene cabida lo que conocemos ahora como denuncia de daño temido, que también recoge el Proyecto).

La turbación consiste en actos materiales, producidos o de inminente producción, que perturben o inquieten el ejercicio de la relación real, realizados contra la voluntad del titular de la relación real y que excedan la normal tolerancia. No se exige el requisito —como sí lo hace el Código actual— de que el perturbador tenga intención de poseer. Pero yo creo que esto deberá ser ponderado por el juez, aunque no está dicho en forma expresa. ¿Cuándo un acto turba la posesión? Cuando se demuestra que quien lo realiza quiere, él mismo, ejercer la relación real; no cuando, por ejemplo, tira una piedra porque le tiene inquina al dueño o poseedor del inmueble.

En cuanto al otro ataque, es nuestro viejo y conocido despojo, vale decir, la exclusión absoluta, llevada a cabo contra o sin la voluntad de quien ejerce la relación real, de la posibilidad de realizar actos sobre la cosa, en forma total o parcial. La exclusión será calificada de despojo, cualquiera sea el medio por el que se la consume: violencia, clandestinidad, abuso de confianza o aun sin vicio alguno.

Viene ahora la gran novedad: desaparecen las diferencias entre la posesión anual y no anual, viciosa y no viciosa, a los efectos de la defensa de la relación real. Eso de discutir si en la defensa existe un escalón o dos, si hay una acción

o dos para defenderse de cada ataque, si hay una acción posesoria propiamente dicha y otra acción policial, cómo se relacionan éstas, si la legitimación pasiva es la misma o no; todo este tipo de problemas que tanto nos han enloquecido y nos siguen enloqueciendo –porque el tema no está resuelto–, y cómo se compaginan las defensas del Código Civil con los remedios de los Códigos Procesales, está solucionado en el Proyecto en un 95 por ciento. Subsiste –y después voy a referirme brevemente a ello– el tema de la relación de estos remedios con los Códigos Procesales, pero éste no es un tema del Código de fondo sino de los Códigos Procesales, que tendrían que ser adecuados a las nuevas normas porque de lo contrario se tornarían inconstitucionales.

Para cada ataque los poseedores y tenedores tienen una defensa.

Para el despojo, es decir, contra la exclusión absoluta, total o parcial, se da la acción de despojo. ¿Quiénes la pueden ejercer? Los poseedores y tenedores de cosas o universalidades de hecho.

Olvidé decir que cuando se define la relación real se establece que se trata de aquella que otorga a la persona un poder de hecho sobre el objeto. Será posesión cuando ese poder de hecho se ejerza comportándose como si se fuera titular de un derecho real, exista éste o no; es igual que ahora, aunque está más acabadamente consagrado. En cuanto a la tenencia, existirá cuando ese poder de hecho se ejerza comportándose como delegado del poseedor, también como en la actualidad.

El Proyecto prescribe que, salvo prueba en contrario, cuando una persona ejerce el poder de hecho, se presume que es poseedor, así como se presume que no son poseedores ni tenedores aquellos que estén vinculados con la cosa a través de una relación de dependencia, hospedaje u hospitalidad. En ambos casos la presunción es *iuris tantum*.

Entonces, para el ataque-despojo hay una sola acción: la acción de despojo, que corresponde al titular o cotitular de una relación real sobre una cosa o una universalidad de hecho. El despojo cubre, además, el cometido con motivo de una obra que se empiece a hacer en terrenos de la persona que ejerce la relación real. Como dice el Código, “obra nueva que se comience a hacer en terrenos del poseedor”. Hasta hoy, gran parte de la doctrina consideraba que la obra nueva como acción independiente no tenía mucha razón de ser, pero ahora, con buen criterio a mi juicio, aparece incluida como uno de los aspectos de la acción de despojo. El ataque-despojo tiene dos posibilidades de manifestarse: la que podríamos definir como despojo propiamente dicho y la obra nueva. La finalidad de esta acción es lograr el reintegro de la posesión y cuando se trata de una obra nueva, la destrucción de ella.

Sin perjuicio de lo cual pueden solicitarse medidas precautorias, que requieren la verosimilitud del derecho y garantía o contracautela, medidas que aun pueden consistir en la restitución de la cosa o en la suspensión de la obra, en su caso.

Finalmente, es interesante la legitimación pasiva en esta acción, porque puede haber transferencia de la cosa cuando ocurre el despojo (no así en el caso del ataque-turbación). Entonces, en materia de legitimación pasiva se con-

templada la posibilidad de reipersecución, de ir contra el sucesor universal –que no lo dice expresamente, ni es necesario, porque al sucesor le asisten los mismos derechos que al causante desde su muerte– y contra el sucesor particular de mala fe –como en la actualidad– y de buena fe a título gratuito. No estoy de acuerdo con este último agregado, por los fundamentos que daré.

Cuando el Proyecto se ocupa de regular los vínculos entre las defensas del derecho real y de las relaciones reales, dice que en éstas no es admisible la prueba del derecho real, porque como todos sabemos y lo dice Vélez, “será inútil en el posesorio la prueba del título”; no se tiene en cuenta el título, salvo el supuesto excepcional del art. 2471 del Código. Otorgar la posibilidad de que el demandado pueda probar la adquisición a título gratuito de quien está demandando por acción de despojo es como traer al juicio el debate del título –no me refiero al instrumento–, pues únicamente así se podrá apreciar si la adquisición es a título gratuito u oneroso.

En cuanto a la acción que protege contra la turbación, no se presenta el problema de la reipersecución en la legitimación pasiva: se confiere contra el turbador.

Con respecto a la acción de mantener, se otorga a los titulares o cotitulares de una relación real sobre una cosa o una universalidad de hecho en el supuesto de actos de turbación, entre los que se encuadra la obra que se comenzara a hacer en terreno que no sea del titular de la acción real; asimismo, se engloba en esta defensa lo que ahora conocemos como “acción de daño temido” (turbación producida por temor fundado de sufrir daño en un objeto).

En materia de turbación, el actor puede solicitar la cesación de la molestia como medida precautoria, si concurre verosimilitud en el derecho y adecuada contracautela. Como novedad, se autoriza que en la sentencia, además de condenarse a la cesación de la turbación, se adopten medidas tendientes a evitar que ella se reitere.

Otra novedad es que las acciones no prescriben sino que caducan. Ya no se va a discutir si la acción de despojo caduca y las otras prescriben. En el Proyecto todas caducan, lo cual resulta adecuado si se atiende a la naturaleza policial de estos remedios. La diferencia es importante por las consecuencias prácticas: la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, no así la prescripción, que debe ser opuesta por el demandado.

En cuanto a la prueba, el actor deberá probar la existencia de la relación real (simplemente acreditará el poder de hecho sobre la cosa) y el ataque. Considero que también tendrá que demostrar la fecha del ataque, porque así el juez va a estar en condiciones de apreciar si la acción ha caducado o no.

No quiero terminar sin antes referirme –aunque brevemente, porque mi tiempo se agota– al interdicto de adquirir. Tal como se halla legislado en la actualidad, no sirve prácticamente para nada. Lo contempla el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, así como otros que han seguido sus aguas, y cuando se lo reformó para tratar de darle un sentido al instituto, sólo se logró crear mayores confusiones, de manera que casi no es utilizado.

En el Proyecto, en cambio, se regula una “acción para adquirir la posesión”

pero se trata de una figura diferente de la actual. Para intentarla se requiere tener título suficiente para adquirir el dominio, es decir que debe mediar una compraventa, una dación en pago, una donación, un aporte en sociedad, etcétera. En todos estos casos, cuando hay título pero no ha existido modo, o sea, cuando no ha sido hecha la tradición de la cosa, cabría la posibilidad de intentar esta acción para adquirir la posesión, que también deberá tramitar “por el proceso más abreviado previsto en la ley local”.

¿Y contra quién procede? En el actual sistema no se sabe bien contra quién podría ser dirigido el interdicto de adquirir. En el Proyecto se sabe muy bien: contra quien posee la cosa sin derecho; por ejemplo, un usurpador o un ladrón.

¿Por qué esto es así? En realidad, la respuesta al interrogante podría ser tema para otra reunión, pero trataré de explicarlo sucintamente.

En el Proyecto se prohíbe la cesión de las acciones reales. Recordemos que, contrariamente, los arts. 1444 y 1445 del Código actual autorizan la cesión de toda acción sobre una cosa que se encuentre en el comercio –salvo que se trate de acciones y derechos inherentes a la persona–. Y en la nota al artículo 1445 se dice en forma expresa que “la reivindicación fundada sobre el derecho de propiedad es cesible”. Justamente, esta posibilidad de ceder la acción reivindicatoria fue la que permitió que la Cámara Civil en pleno, en la causa “Arcadini, Roque (suc.) c/ Maleca, Carlos”, con fecha 11 de noviembre de 1958, resolviera que el comprador de un inmueble puede ejercer la acción reivindicatoria contra terceros, aun antes de habersele hecho tradición de la cosa, ya que admitida la posibilidad de reivindicar por parte del cesionario de la acción reivindicatoria, no se advertían razones que obstaran el ejercicio de igual facultad por parte del comprador –o de cualquier adquirente– a quien no se le haya hecho tradición de la cosa, pues son notorias las afinidades entre la compraventa y la cesión de créditos, cuando se la hace por un precio en dinero.

En el Proyecto esa posibilidad desaparece, ya que no se pueden ceder las acciones reales, las que tampoco podrían ser ejercidas por vía oblicua, porque la acción subrogatoria solamente procede en el caso de derechos transmisibles, y las acciones que defienden el derecho real no lo son en el Proyecto. Empero, a quien tiene título para adquirir el dominio y no se le ha hecho tradición de la cosa porque un tercero la detenta sin derecho, se le abre contra éste la vía de la acción para adquirir la posesión. (*Aplausos.*)

#### **Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado.** –

Agradezco a la doctora Mariani de Vidal por su valiosa intervención y cedo la palabra al doctor Alterini.

#### **Dr. Alterini**

Buenas noches. Destaco, ante todo, la significación no sólo académica, sino afectiva, que tiene para mí compartir el panel con las doctoras Lily Flah y Marina Mariani. Recuerdo que en 1965, reunidos por los mismos entusiasmos y anhelos, ingresamos a la docencia en esta Facultad como ayudantes de se-

gunda de la por entonces única Cátedra de Derechos Reales, bajo la conducción del recordado profesor Julio Dassen.

La verdad es que probablemente nuestra raíz común, que se prolongó en la vida más allá de circunstanciales caminos distintos, explica muchas reflexiones de ellas.

De todas formas, sus palabras me han fortalecido, porque frente al contenido de algunas críticas aisladas sobre el Proyecto de Código Civil de 1998, me he preguntado si podíamos ser tan ineptos los miembros de la Comisión, pese a ser todos desde hace muchos años profesores titulares por concurso de distintas universidades nacionales, la Universidad de Buenos Aires, la de La Plata, la de Córdoba o la del Litoral. ¿Nos habrán designado sin una debida ponderación de méritos o por una actitud desaprensiva habremos incurrido en errores incompatibles con nuestras trayectorias académicas?

Entonces, es obvio que cuando uno escucha reflexiones, acaso de dudosa objetividad por su carga afectiva, pero de tono optimista, se robustece para enfrentar las visiones negativas. Claro está que me satisfaría que se concretara la expresión de deseos de la doctora Flah y que la próxima vez que nos reunamos podamos discurrir con relación a un nuevo Código. Asimismo, es sugerente el lapsus de la doctora Mariani de hablar del Código vigente como si ya no rigiera. Y lo cierto es que no fue, es. Se trata del gran tema, dilucidar si el Código de Vélez Sársfield, más allá de que esté en vigor, ya fue...

Alguien podría pensar, ¿cómo se les ocurre proyectar un nuevo Código, si el de Vélez hace nada más que ciento veintiocho años que rige? Ese razonamiento partiría de suponer que ese largo período no es significativo para la evolución de una comunidad, que la Argentina de entonces era muy semejante a la actual, que ya en esa época pretérita existían avanzados logros tecnológicos similares a los presentes, que la industrialización era desbordante, que se levantaban edificios monumentales y que no había casas de adobe, que ya se asistía al fenómeno de la economía globalizada.

Acaso podría decirse, ¿para qué reformar si desde 1926 se viene hablando de la reforma integral del Código? El Anteproyecto Bibiloni era valioso y al igual que otros dejó importantes enseñanzas. Sin embargo, quedó frustrado porque consiguió su objetivo la máquina de impedir, en permanente funcionamiento. El Proyecto de 1936 tampoco tuvo suerte legislativa, pese al máximo prestigio de la comisión que lo redactó, al igual que el excelente Anteproyecto Llambías de 1954. El Proyecto que tuvo sanción de la Cámara de Diputados en 1987 y en el Senado en 1991, se convirtió en el primer código del mundo vetado totalmente por el Poder Ejecutivo.

Nuevamente hubo intentos de reforma en 1993; por un lado, un Proyecto del Poder Ejecutivo que no progresó en el Senado y, por otro, un Proyecto conocido como el de la Comisión Federal, que citó la doctora Lily Flah, aprobado unánimemente por la Cámara de Diputados y con trámite parlamentario vigente en el Senado, tanto que si mañana los senadores decidieran aprobarlo, podrían hacerlo, pero sigue durmiendo profundamente...

No resiste un análisis racional imaginar que todos los intentos de reforma

del Código, incluido el Proyecto de 1998, salvo las modificaciones parciales concretadas bajo un régimen de facto a través de la llamada ley 17711, no respondieron a las necesidades de la comunidad. ¿Puede ser que todos los que se esforzaron en el marco de las instituciones republicanas por estructurar los mejores textos de los cuales eran capaces se hayan equivocado desde 1926...? ¿No será que también en cuanto a la reforma del Código se asiste al “operativo ligustrina”?, que consiste en desalentar cada una de las iniciativas, a la manera en que un jardinero corta los tallos de la ligustrina que emergen del nivel que los rodea y que, de tanto cortar y cortar, finalmente no sólo impide todo tipo de crecimiento, sino que hasta lenta pero inexorablemente disminuye la altura originaria del cerco.

El destino de nuestra comunidad quedará inmerso en la mayor indefinición e incertidumbre, si a todo lo que es bueno o al menos regular, lo destruimos con la omnipresente máquina de impedir.

Esta Comisión se inició con nueve miembros y terminó con seis, que en ocasiones renunciaron a su subjetividad y a sus opiniones personales, porque aceptaron soluciones que no compartían plenamente. Es de toda evidencia que seis personas no pueden coincidir en forma absoluta, ya que probablemente tampoco lo harían ni siquiera los seres clonados. Si hubiéramos llegado a un Código en cuyo contenido se reflejara una identificación total, no se trataría de una simple obra humana sino que estaría impregnada de una definida inspiración divina. Con diferencias de escuela, de formación, de edades, de contexto de actuación, es imposible llegar a coincidencias simétricas. La redacción final muestra un consenso alcanzado con renunciamentos, pero que responde a coherencias básicas que obscurecieron los personalismos en aras de la tarea común.

Bien refería la doctora Flah que la reforma de la Comisión Federal, aprobada por unanimidad en la Cámara de Diputados en 1993, tuvo un antecedente, para los Derechos Reales de garantía y la publicidad registral, en la tarea que con ella y otros juristas emprendimos en un grupo de trabajo designado por el Poder Ejecutivo, cuyas conclusiones se trasvasaron a la Comisión Federal y luego al Proyecto que nos ocupa. Todos esos miembros son también miembros implícitos del Proyecto de 1998.

El proyecto de ley de propiedad horizontal que se aprobó en 1992 nos insumió un año de trabajo, con reuniones todos los miércoles en la sala correspondiente a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados. Allí estaba, entre otros distinguidos colegas, el Dr. Molina, aquí presente. El texto fue integrado en el Proyecto de la Comisión Federal, con las imprescindibles adaptaciones metodológicas, y ahora reaparece en el Proyecto de 1998. Hay aquí una contundente manifestación de consenso, que vale nada más que como ejemplo, pues todo el Proyecto ha procurado plasmar en general las opiniones dominantes de la doctrina argentina, vertidas durante las últimas décadas en numerosos congresos, jornadas u otros simposios.

De manera que el Proyecto es producto de innegables consensos. Nadie ha



querido producir textos que se resista a modificar y todas las observaciones son dignas de meditar y podrán o no ser compartidas.

El Código Civil debe ser actualizado, porque si bien transcurrieron ciento veintiocho años desde su sanción, sus fuentes tienen una antigüedad mayor, sobre todo en materia de Derechos Reales. Algunos artículos reiteran textos del Derecho Romano, por lo cual captan realidades de más de dos milenios atrás. ¿Normas casuistas pensadas para la comunidad romana dos mil años atrás pueden regir hoy? ¿Qué tiene que ver la propiedad romana con la contemporánea?

Hace algunos días escuché de la Dra. Flah una expresión muy feliz, que me permito recordar: el Código de Vélez es el código de las corporaciones, de los ricos y los pobres; en cambio, este Proyecto es el código del consumidor. Cada uno, desde el sector de la comunidad al que pertenece, necesita un código del consumidor. Los consumidores pueden provenir de distintos estratos sociales y exhibir diversos niveles económicos, pero la condición común es que todos ellos son consumidores.

Hace algunas semanas, con motivo de su presencia en Buenos Aires, los integrantes de la Comisión de Reformas del Código Civil del Perú fueron declarados visitantes ilustres de la Universidad de Buenos Aires. En esa oportunidad pronuncié algunas palabras, de las que rescataré las que tienen implicancias académicas. Dije que los peruanos tuvieron su primer Código Civil en 1852, que fue sucedido por otro en 1936 y, finalmente, por el vigente de 1984; desde entonces ya están elaborando nuevas reformas. Es una actitud determinada por la vocación de progreso y en eso estamos lejos del ejemplo peruano.

Quizás el Proyecto de 1998, si se convierte en ley, u otro, en algunos años tendrá que volver a ser modificado. No sigamos atados a un quietismo que no llamo “conservador” para no desmerecer la trascendencia de las ideas conservadoras; todos somos conservadores de algunos principios, unos más, otros menos. Se trata de un quietismo reaccionario: es el temor al cambio, una enfermiza aprehensión a toda modificación, no porque genere inseguridad jurídica, sino porque con la mirada en el pasado se siente inseguridad psicológica. Como si desde este orden jurídico, en el cual la doctrina o la jurisprudencia captan en el Código interpretaciones poco compatibles con sus textos, se pudieran afirmar efectivamente la pretendida seguridad jurídica y la justicia.

El Código de 1852 de los peruanos tenía 2.301 artículos; el de 1936, 1.935 artículos y el de 1984, 2.022 artículos. Estos números acotados contrastan llamativamente con la extensión de nuestro Código Civil de 1871, que con su siempre criticado casuismo totaliza 4.051 artículos.

Se proyectaron 2.532 artículos, cantidad cercana a la de los códigos civiles peruanos, máxime que, a diferencia de ellos, este Proyecto tiene importantes contenidos procedentes del Derecho Comercial. Es decir, en el Proyecto imperan no sólo el modernismo, sino también la brevedad y la claridad, que son improntas de un sistema republicano.

En el fondo, aunque se dijera lo mismo pero de manera más clara y a través de menos artículos, se alcanzaría uno de los fines republicanos, que persi-

que que las leyes sean claras y de acceso para los más y que su interpretación no quede confinada en un cenáculo dirigido por algún iluminado.

La ley tiene que ser comprensible para un jurista, para un abogado y aun para quien se relacione con el derecho sin una instrucción especializada; por supuesto que el mejor formado tendrá un manejo más amplio, pero no puede ser que el derecho se convierta en un lenguaje esotérico de acceso exclusivo para los elegidos. Ésa no es una forma republicana de legislar. Más allá de los temas jurídicos de mayor complejidad, en los que el lenguaje de los artículos sólo puede ser técnico, los demás deben ser comprensibles para el hombre común, de modo que el derecho también descienda sobre él.

En los Fundamentos del Proyecto citamos las palabras de Borda, quien en 1968 señaló que estaba tentado a decir que el Código Civil era más importante que la Constitución. De ningún modo entendemos que el Código es más importante que la Constitución sino que, si acudimos al mismo estilo de razonamiento que ya adelantó Alberdi, la Constitución es muy importante, pero el Código Civil baja las garantías constitucionales y los derechos al hombre común, deja de ser programático para ser de aplicación concreta. El hombre vive bajo el amparo de la Constitución, pero la cobertura más cercana es la del Código Civil y, al aplicarlo, si éste concretiza la ley superior, también se aplicará la Constitución.

Ciento veintiocho años de vigencia del Código es un muy largo tiempo, pero dos mil años es mucho más.

En 1812, en Heidelberg, Alemania, se publica un trabajo de Thibaut, titulado “De la necesidad de un derecho común para Alemania”. Recuerden que el siglo XIX se inició con el Código de Francia de 1804; frente a su indudable repercusión es explicable que también en Alemania se pensara en la necesidad de organizar la nación germana con un Código Civil único. Se veía en la codificación una vía idónea para concretar la seguridad jurídica.

Savigny contestó en 1814, desde Berlín, con su opúsculo “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho”, en el que decía que no había que codificar porque se frustraba el poder creativo del derecho; sostenía que el derecho es historia, que el derecho es costumbre y que la codificación frustraba su evolución, en tanto cristalizaba el pasado.

Nosotros nos hemos inclinado por la escuela codificadora, porque realiza mucho mejor la seguridad jurídica un derecho claro, incluido en un cuerpo orgánico. Pero ese triunfo de la idea codificadora, que nosotros defendemos, es irritante si se codifica una realidad varias veces centenaria, porque todo Código estratifica la realidad. De alguna manera, se codifica el pasado, el presente o un futuro próximo.

Cuando un código codifica un pasado lejano es absolutamente insostenible como tal. Defender la idea codificadora y no renovar los códigos cuando ha pasado un tiempo razonable es contrariar la idea codificadora en sus esencias elementales, porque le estaríamos dando razón a la escuela histórica en cuanto a que los códigos cristalizan el pasado y no sirven para el futuro.

Estoy absolutamente convencido de que las mentalidades jóvenes, sin pre-

juicios, son las que van a apoyar el Proyecto. Entonces, no pierdo oportunidad de difundirlo frente a las mentalidades jóvenes. Que dos juristas de tan destacada trayectoria docente y de calificada producción autoral, como las que están conmigo en el panel, estimulen la reforma es modernismo y adecuación a los nuevos tiempos, pero también grandeza de juicio.

No es cuestión de que porque uno escribió algo, y sobre todo si no está en edad física para volver a escribir, esté en contra de los cambios. No podemos darle la razón a Vicente Fidel López cuando, en la época en que se analizaba la sanción del Código Civil, proclamaba ardientemente la inconveniencia de hacerlo. Decía que mucho ganaría el país si siguiera regido por las Partidas, por la riqueza jurídica e idiomática allí contenidas. Rememoro la censura, porque me parece de sorprendente crudeza, para reforzar aquello que postulo con ironía, pero también con desaliento, acerca de que para un contemporáneo no hay nada peor que otro contemporáneo. Vicente Fidel López decía textualmente: “Sólo de puro distraídos, por no decir otra cosa, habría que aprobar el proyecto del señor Vélez”, no aclaraba cuál sería la otra cosa que silenciaba, aunque es fácil suponerla.

Quiero mostrarles en los pocos minutos que me restan, porque en un encuentro tan fugaz es imposible otra alternativa, la máxima simplificación que hemos procurado para los Derechos Reales. A veces, bromeando, decimos: “cuánto más sencillo va a ser aprobar la materia en el futuro”. Puede ser exacta la facilidad enunciada, pero la simpleza normativa, que supere las equívocidades presentes, permitirá una enseñanza moderna. No existen en la actualidad posibilidades efectivas de aplicar ampliamente nuevos métodos ante las fatigosas disputas doctrinarias sobre el sentido de las normas que dan cobertura a la solución del caso. Podremos tener una enseñanza mucho más moderna y, si es veraz la limitación de los esfuerzos inútiles, como contrapartida, los alumnos acumularán menos incertidumbres y mayores certezas. Por ejemplo, entre las utopías realizables vislumbro enseñar los temas posesorios sin la necesidad de sumergir a quienes me escuchan en interminables polémicas que derrumban el inicial entusiasmo por aprender.

El Libro III del Código Civil vigente regula los Derechos Reales en 928 artículos, sin hacer tema de institutos como la propiedad horizontal –que Vélez prohíbe–, las nuevas formas de propiedad, los nuevos Derechos Reales de superficie y de indisponibilidad voluntaria y sin detenerse en la publicidad registral. Las instituciones que se incorporan en materia de Derechos Reales ocupan 115 artículos. Entonces, si las normas que legislan sobre los Derechos Reales en el Libro IV del Proyecto de 1998 son 413, pero 115 artículos incluyen institutos que Vélez no contemplaba, quiere decir que son 298 las normas que tratan los mismos institutos que desarrolló el Codificador. Esto significa que la materia conceptual que Vélez vuelca en 928 artículos nosotros la hemos vertido en 298, es decir, en exactamente el 30% de textos.

Ustedes podrán preguntarse si tenemos una materia normativa menos rica. Todo lo contrario. Como ustedes saben, los principios generales son las

grandes direcciones del derecho. Si hay principios generales para los contratos, es inconsistente que no aparezcan para los Derechos Reales.

El Libro IV se inicia con disposiciones generales atinentes a los distintos Derechos Reales, lo que no obsta para que también puedan existir pautas genéricas en el inicio de algún Título. La generalización permite, como bien lo mencionó la doctora Flah para el caso de los Derechos Reales de garantía, en los que se incluyen disposiciones comunes para las distintas garantías reales, ser luego muy breves en la legislación especial de cada una de ellas.

Los códigos casuistas suelen tener muchas normas y pocos principios generales. Paradójicamente, si hay un vacío normativo, el código casuista se enfrenta con mayores dificultades para cubrirlo, porque conviven tantas normas contradictorias que el vacío genera una anarquía interpretativa. En cambio, si hay principios generales, y ellos se extienden en pocos artículos, los silencios legales, que siempre existen en los códigos, porque no se puede prever la totalidad de los múltiples matices del actuar de las personas, se superan con mayor facilidad.

Los códigos con principios generales y pocos artículos realizan la aspiración de la completividad del orden jurídico en mucha mayor medida que un código casuista.

Siempre exaltamos a Vélez como un genio para su época. Ahora, frente a algunos juicios, parecería haber ostentado virtudes casi sobrenaturales, porque habría elaborado un Código para todos los tiempos.

Desde la concepción de Vélez, con virtudes intelectuales deslumbrantes pero con las limitaciones de todo ser humano, ¿qué mayor homenaje podríamos hacerle que recoger las grandes directivas de su Código que conserven su lozanía y articularlas para que rijan en los nuevos tiempos, pero con todas las actualizaciones necesarias?

Las disposiciones generales sobre los Derechos Reales ocupan en el Proyecto 30 artículos, y con ellos se evita que los sucedan muchos otros. A los temas posesorios, con exclusión de las defensas, para los que Vélez destina 116 artículos, el Proyecto les reserva 37.

El dominio, que hoy tiene 167 artículos, tendrá 41, y no porque se debilite su entidad como derecho subjetivo, sino porque, verbigracia, los 17 artículos sobre tesoros, que evocan un mundo lejano sometido por los piratas, disminuyen a 3 textos. Es un dominio para estos tiempos pero que mantiene muchas de sus directivas tradicionales.

Así como Vélez, coherente con su visión negativa del condominio, lo legisló en términos que lo condenaban al ostracismo, la regulación propuesta, por el contrario, rescata su importancia y otorga funcionalidad a su régimen, por ejemplo, mediante la agilización del quórum o la viabilidad de la hipoteca por el condómino de su alícuota.

Se incorpora el Derecho de Superficie ante su difícilmente discutible idoneidad para activar la industria de la construcción y contribuir a paliar el déficit de viviendas, con el espejo de la legislación de los países más exitosos y el

apoyo del dictamen por consenso de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985.

El usufructo se legisla hoy en 141 artículos. Yo he dejado una obra parcialmente inconclusa, que es la anotación de los Derechos Reales en el Código Civil Anotado de la editorial Abeledo Perrot. Les confieso que a pesar de que mi tesis doctoral, titulada “La locación y los derechos reales con función equivalente”, versa sobre el usufructo y la habitación, cuando empecé a comentar esos artículos sentí que se trataba de un esfuerzo prácticamente estéril e inconducente. No podía ser que largos períodos de mi vida transcurrieran comentando esos artículos francamente insólitos en el mundo moderno. El número se disminuye drásticamente en el Proyecto a 26 artículos; de ellos resulta un usufructo renovado, que procura penetrar en la realidad negocial argentina.

Por su parte, la servidumbre tiene en el presente 138 artículos. Los profesores que enseñamos la asignatura Derechos Reales, cuando recibimos los exámenes, nos contentamos con que los alumnos recuerden esencialmente unas pocas reglas regulativas de la servidumbre; así, ellos y nosotros soslayamos quedar aplastados por una montaña normativa muchas veces contradictoria. En el Proyecto prevemos 23 artículos.

Las garantías tienen hoy 153 artículos; nosotros contemplamos únicamente 50 y, pese a ello, fueron suficientes para agregar una nueva garantía, el derecho real de indisponibilidad voluntaria, ya regulado en el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 y avalado por el dictamen mayoritario de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1995.

La defensa judicial de la relación real –lo que hoy llamamos acciones posesorias– abarca 34 artículos en el Código actual y 9 en el Proyecto; las 7 complicadas y superpuestas acciones todavía admitidas serán substituidas por sólo 2, pero abarcadoras de las distintas lesiones posibles.

Las tres típicas acciones reales, reivindicatoria, confesoria y negatoria, son unificadas en la primera de ellas, sin mengua de la debida tutela y con nítida simplificación, que evitará que la suerte de la defensa real esté unida a la adopción de alguna de las variadas concepciones doctrinarias y jurisprudenciales.

En nombre de la Comisión Redactora reitero, una vez más, que todas las observaciones que se remitan a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación serán analizadas por los legisladores, quienes adoptarán la decisión final, desde la legitimidad de su carácter de representantes del pueblo.

Nosotros presentamos nuestra propuesta, y habrá que cambiar todo lo que seriamente corresponda cambiar así como mantener todo lo que seriamente corresponda mantener. Pero la crítica sin propuesta, no es crítica, es simplemente un palo en la rueda, que desde la estrategia vaciada de ideales intenta paralizar la evolución de las instituciones jurídicas.

No se critique que el Proyecto contenga definiciones y no se invoque para esa tesis la opinión del Codificador. Hay que leer bien la nota de Vélez al art. 495; allí acepta que se defina, si se lo hace con valor legislativo. Incluso, el au-

tor del Código Civil incorpora por lo menos 196 definiciones, a través de la directa caracterización o mediante la utilización de inflexiones como “se considera” o “se reputa”. Me parece poco fructífero haber tenido que contar las definiciones en Vélez, pero las circunstancias lo impusieron.

Además, ya definía el Digesto, que denomina así su Libro 50 Título XVI: “De la significación de las palabras”, y allí precisa los alcances de los términos. Por otra parte, la crítica que pone el acento en la existencia de definiciones olvida el decreto 333 del Poder Ejecutivo sobre redacción de normas, que impone definir cuando el término empleado involucra una institución. Entonces, si, por ejemplo, hablamos de dominio, hay que definir la institución correspondiente. O sea que no definir es incumplir el decreto que condiciona la redacción de los textos cuando son elaborados en el ámbito del Poder Ejecutivo.

Muchos temas que están en el Proyecto los aprendí junto con mi compañera de estudios, la doctora Mariani de Vidal; muchas otras ideas derivan de nuestro maestro: el profesor Guillermo L. Allende. Con el doctor Papaño, aquí presente, hemos compartido distintos esfuerzos intelectuales en varios congresos y jornadas, y esos y otros logros motivaron a los redactores del Proyecto.

Hemos sido voceros de una generación que sueña con un país mejor, a la manera de los enrolados en la concepción sociológica autocalificada como “meliorismo”, que propicia un optimismo relativo. Sostienen que existen tres actitudes ante la vida: la del optimista, que dice que todo está bien, que no hace falta cambiar nada; la del pesimista, que afirma que todo está mal, pero que nada se puede hacer; y la del meliorista, que expresa que no todo está bien, que hay cosas que se deben cambiar y que se pueden cambiar. Debemos reformar el Código; se debe hacerlo y se puede hacerlo. Muchas gracias. (*Aplausos prolongados.*)

**Sra. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado. –**

Agradezco al doctor Alterini sus interesantes reflexiones e invito a los concurrentes para la próxima mesa redonda que tendrá lugar el martes 7 de septiembre.

– *Con lo que terminó el acto.*