

LOS DERECHOS REALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO DEL AÑO 1998*

Por **Domingo Cura Grassi**

A- Observaciones generales

1- Metodología

a- Antes: Libro III.

Ahora: Libro V.

b- Cantidad de artículos:

Antes: 950 artículos: 2311 al 3261.

Ahora: 412 artículos: 1815 al 2227.

Lo concerniente a las cosas y al patrimonio pasó a formar parte del Libro Segundo, Parte General.

c- Parte General. De los Derechos Reales:

Antes: no de manera específica, sino y tan sólo 4 artículos: 2502 al 2505 y éste último sólo referido a cosas inmuebles.

Ahora: sí y de manera específica: 29 artículos: 1815 al 1844.

d- Definición:

Antes: no, sólo en sentido contrario: artículo 497.

Ahora: sí: artículo 1815, primer artículo.

e- Prescripción adquisitiva:

Antes: tratada en el Libro IV: De los Derechos Reales y Personales. Disposiciones comunes.

Ahora: es tratada aquí: artículos 1831 al 1840.

* Especial para *Revista del Notariado*.

2 - Objeto

Antes: las cosas: artículo 2311 del C. C.

Por excepción, derechos creditorios en los casos de usufructo y prenda (arts. 2838 y 3204 del C. C.).

Ahora: las cosas y los derechos: artículo 1816.

Con esta incorporación quedaría definitivamente zanjada, de manera favorable, aquella disputa referida a la existencia o no en nuestro derecho de la “cuasiposesión”: ésta tiene como soporte a los derechos, a las cosas inmateriales.

Lo concerniente a la clasificación de las cosas y al patrimonio –se insiste–, que antes estaba dentro del Libro III correspondiente a los Derechos Reales, ahora pasó a formar parte del Libro Segundo, De la Parte General, Título III.

3 - Principio de convalidación

Antes: sí, artículo 2504 con algunas excepciones: hipoteca, legado de cosa ajena, donaciones.

Ahora: sí, y tiene lugar de manera universal sin excepciones: artículo 1818.

4 - Ius preferendi y ius persequendi

Son las características esenciales de los derechos reales, que los diferencian de los derechos personales y que ahora están contemplados de manera expresa en el artículo 1819.

5 - Función publicitaria de la posesión

Antes: no específicamente, sino y tan sólo por construcción de la doctrina y jurisprudencia sobre la base de la aplicación de los artículos 592, 594, 1184, 1185 bis, 2355, 2384, 2789, 2790, 2791, 2792 y 3269 del C. C.

Ahora: sí y de manera específica: artículo 1843.

6 - “De las Relaciones Reales”

Antes: se distinguía entre posesión y tenencia, dominio y los demás derechos reales.

Ahora: nueva denominación (Título II): “De las Relaciones Reales”: que comprende tanto a la posesión, tenencia como relaciones de mera yuxtaposición; y “De los Derechos Reales”.

Acerca de la conveniencia o no de mantener la distinción entre “posesión” y “tenencia”, desde un punto de vista práctico, nos manifestamos a favor y expresamos esto apoyados en las siguientes reflexiones:

a- Sólo el “poseedor” que tiene la cosa con la intención *animus domini* puede llegar a adquirirla por **usucapión**; no así el “tenedor”, que la tiene a nombre ajeno.

b- En lo referido al régimen de los **frutos**, las consecuencias son distintas, según se trate de “poseedores” o “tenedores”.

c- Con respecto a la **protección**, distintos son los casos o ámbitos de apli-

cación, legitimación activa, pasiva, según se trate, igualmente, de “poseedores” o “tenedores”.

d- En cuanto al **desalojo**, nosotros conocemos que éste procede contra todo intruso o “tenedor” cuya obligación de restituir sea exigible; en cambio, si se trata de un “poseedor”, debe rechazarse la demanda de desalojo.

e- Lo atinente a la **responsabilidad**: es distinta la del “poseedor” de la del “tenedor”.

f- Finalmente, **naturaleza jurídica** de por medio, para aquellos que expresan que el “poseedor” es titular de un derecho real, no podrían hacerlo respecto al “tenedor” que, sin lugar a dudas, es titular de un derecho obligacional, personal o creditorio pero no real.

7 - Posesión

Antes: concepción “subjettiva”: *animus domini*: artículos 2351 y 2352 del C. C.

Ahora: se “objetiviza” el concepto de posesión: artículo 1847.

8 - Dominio

a- Cosas apropiables: se incluye el “agua pluvial” y se excluye al “tesoro”, por no tratarse (fundamento) de una cosa sin dueño, pues lo tiene, aunque sea desconocido.

b- Sustituye la denominación “dominio revocable” por “dominio resoluble”.

c- Se habla de “límites” al dominio y no de “restricciones y límites”.

9 - Condominio

Antes: asambleas: quórum: unanimidad.

Ahora: citación de todos, con abstracción de que concurren o no: mayoría absoluta.

Se reconocen igualmente dos clases:

a- condominio sin indivisión forzosa.

b- condominio con indivisión forzosa: dos especies:

condominio de indivisión forzosa temporaria y

condominio de indivisión forzosa perdurable.

10 - Propiedad horizontal

a- Vélez Sársfield: la prohibía: artículo 2617 C. C.

b- Ley 13512 del año 1948: la incorpora.

c- Ahora:

- Definición: artículo 1972: Derecho Real autónomo.

- Nacimiento: parecería ser “constitutivo” el régimen y no “declarativo”, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 1973.

- Una sola persona puede ser titular; así, no necesariamente para constituir el estado de propiedad horizontal deben existir dos o más personas.

- Se jerarquiza el “reglamento” de copropiedad a tal punto que, de manera

expresa, consta que la P. H. se constituye con el otorgamiento del reglamento y la inscripción de la escritura pública en el Registro.

- “Personalidad” del consorcio y responsabilidad subsidiaria de los consorcistas por sus deudas.

- Asambleas: novedad: autoconvocatoria sin citación previa.

- Incorpora Consejo Administración.

- Administrador: mandatario.

- Mutaciones en unidades funcionales: exige certificado de deudas y créditos del consorcio a la vista para seguridad del adquirente.

- Subconsorcios: se establece esta alternativa en edificios con sectores que tengan independencia económica, funcional o administrativa.

- Prehorizontalidad: no, por su incumplimiento en la práctica pero, a los fines de garantizar la operación, se establece un “seguro obligatorio” a favor del adquirente ante el riesgo del fracaso de la operación.

11- Derecho Real de Superficie

a- Antes: prohibido.

Ahora: nuevo Derecho Real.

b- Se extiende a la actividad forestal.

c- Dos planos:

1- Derecho Real sobre cosa ajena: para construir, forestar etcétera.

2- Derecho Real sobre cosa propia: propiedad superficiaria.

d- Plazo: no más de 50 años.

12 - Propiedades especiales

a- Se acepta que puedan decidirse, los titulares, por sujetarlos al régimen de los derechos personales o reales.

b- Clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados y centros de compra: la propiedad horizontal puede regularlos siempre y cuando se admita que puedan existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno.

Para el tiempo compartido, igualmente se acepta que los promotores puedan decidirse por los derechos reales (condominio con indivisión forzosa) o simplemente por los derechos personales.

13 - Servidumbres

a- No se concibe sino con dos inmuebles.

b- Se mantiene la amplitud con que Vélez Sársfield permite constituir las.

14 - Garantías Reales

Antes: atendiendo al principio de especialidad, el crédito debía estar perfectamente determinado.

Ahora: se las permite en seguridad de “créditos indeterminados” pero con la necesaria indicación del monto máximo garantizado, que lo será en todo concepto: capital, intereses y costas.

15 - Hipoteca

a- Se regula la hipoteca por el “condómino de su alícuota”, que habilita su ejecución por el acreedor sin esperar la partición y la previsión de la inoponibilidad de su resultado.

b- Se excluye el pagaré hipotecario porque está regulado en la ley 24441.

16 - Prenda

a- Con desplazamiento.

b- Se suprime la prenda tácita.

17 - Anticresis

No sólo para inmuebles sino también para muebles registrables.

18 - Indisponibilidad voluntaria

Antes: no estaba permitida: artículos 2612, 1364, 2502, 2505 y 18 del C. C.

Ahora: se la recepta como nuevo Derecho Real: artículos 2133 al 2136.

Derecho Real, de garantía, que recae sobre cosas registrables en su totalidad o alícuotas, en virtud del cual el constituyente se inhibe, por un plazo que no exceda de cinco años, para transmitir o constituir a cualquier título derechos reales sobre ellas.

El incumplimiento de la indisponibilidad genera la invalidez del acto dispositivo.

19 - Publicidad registral: artículo 2137

a- Disposiciones comunes:

1- Rechazo del principio de la “convalidación” registral.

2- Jerarquización del instrumento inscribible:

sólo por excepción se inscriben instrumentos privados.

3- Amplitud del tracto abreviado.

4- Define el concepto de buena fe tercero interesado.

b- Publicidad inmobiliaria:

1- Apego a las pautas de la actual ley 17801.

2- Registración meramente declarativa.

3- Mutaciones por actos entre vivos solamente para oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

c- Registros personales: inscripción de situaciones jurídicas con relación a las personas.

20 - De la Defensa Real

a- Extrajudicial: con ideas similares al actual Código.

b- Judicial:

1- Relación Real: posesión, tenencia y yuxtaposición:

1. a- Acción de despojo: protege “exclusión absoluta”.

1. b- Acción de mantener: protege “actos de turbación”.
1. c- Adquisición de la posesión: protege a quien tiene “título suficiente pero no tiene posesión”.

2- Derecho Real:

a- Reivindicatoria: defiende la existencia del derecho real ante la exclusión absoluta del ejercicio de alguna relación real en todo o parte del objeto, y su libertad si el turbador se arroga el ejercicio de un derecho real.

Se extiende a los ámbitos de la confesoria y negatoria.

Se simplifica.

Legitimación pasiva: también para el tenedor.

Se prohíbe la cesión de la acción.

b- Deslinde: defiende la amplitud de derechos reales que recaen sobre terrenos, aunque tengan construcciones, y tiene como finalidad que los límites inciertos se investiguen y el terreno se mensure y amojone.

Si no es posible determinar los límites de los terrenos, el tribunal debe atribuir la zona confusa por partes iguales.

B - Observaciones particulares: nuestra opinión

1- Sobre la necesidad de una reforma

En un trabajo anterior¹ pensamos juntamente con Thomas Carlyle que “...El día de hoy no es el día de ayer. Nosotros mismos cambiamos. ¿Cómo es posible, entonces, que nuestros trabajos y pensamientos, si han de ser los más adecuados, sigan siempre siendo los mismos? Ciertamente, el cambio es doloroso y, sin embargo, es necesario; y si la memoria tiene su fuerza y su valía, también las tiene la esperanza...”

Sirvan estas palabras, pues, a manera de entendimiento del presente dilema, que encaramos convencidos de la necesidad de una reforma.

Es más, a esta altura de los acontecimientos² vale expresar que estamos ante una reforma esperada en determinados aspectos y no ante una reforma caprichosa.

Si el día de hoy, decíamos, no es el día de ayer, ¿a ciento treinta años de la sanción y puesta en marcha de nuestro Código Civil, imaginen ustedes...?

En fin, consideramos estéril ahondar en esta temática en el sentido de polemizar si es o no necesaria la reforma.

Ahora bien, si es tiempo de unificación, de unificación civil y comercial, ello es otro tema.

2 - Alcances de la reforma

Descartada entonces la no reforma, debemos abocarnos en delimitar los alcances de la pretendida reforma.

(1) *Derechos Reales. Parte general*, Vol. I, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 55.

(2) A ciento treinta años de la sanción del magnífico Código Civil que redactara para nuestro país don Dalmacio Vélez Sársfield.

¡Y pensar que todavía nos sigue rigiendo!!!

Y aquí nos acordamos de otro trabajo de nuestra autoría, en el que citamos a Ortega y Gasset³ en relación con el sentido del derecho para el pueblo romano, y esto vale por nuestra tradición romanista; solemos expresar nuestra adhesión a este sistema continental europeo imbuido de la idea de codificación.

Y como es indiscutible que la historia vive de un pasado y se dirige a un futuro y, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo Derecho Romano, en que el derecho no era derecho porque era justo, sino que lo justo era justo porque era derecho; en que el ciudadano romano estaba seguro porque las normas no cambiaban así porque sí, atento a su mencionado carácter de inmutabilidad y porque el promedio de edad era, quizá, de 25 años, de modo que no había ni siquiera tiempo de experimentar nuevos hechos; a diferencia de todo ello –decimos–, en la actualidad, en que el promedio de vida es de 75 años, uno se cansa de ver nuevos hechos, y así, entonces, **el derecho deja ya de ser lo irreformable para pasar a ser, mensurablemente, lo reformable.**

De ahí, pues, la importancia de desentrañar los orígenes y, en ese sentido, Ortega fue suficientemente claro.

Sumado ello al carácter de por sí cerrado que tiene el tratamiento, no sólo del derecho sino de los derechos reales, por aquello del *numerus clausus*⁴, nos da la pauta, entonces, de que el cambio debe necesariamente ser sensible, es más, previsible⁵.

Con respecto a la “unificación” de materias, esto es, Civil y Comercial, entendemos que ahondar igualmente en una disputa, a esta altura no tiene sentido, máxime –nos guste o no a los civilistas–, frente a la denominada “comercialización” del Derecho “Civil”.

En fin, creemos que lo correcto sería encasillar este dilema dentro del concepto genérico “privatista”: Derecho Privado, independientemente de la rama del derecho de que se trate.

Es más, fíjense ustedes que hasta el denominado “Derecho Internacional Privado”, con la fuerte influencia que ocupa en la actualidad en nuestro derecho, máxime con la sanción de la nueva Constitución Nacional y el reconocimiento de los tratados internacionales por encima de la ley local, en orden de jerarquía y aplicación, decíamos, si el mismísimo “Derecho Internacional Privado”, entonces, no habrá pasado a llamarse “Derecho Privado Internacional”?

(3) *Obras Completas*, T. IX.

(4) No sólo la creación sino también la modificación y transformación de los derechos reales queda en manos del Estado.

(5) Con la construcción, tanto de la doctrina como de las conclusiones de los diferentes congresos así como también de algunas leyes complementarias (v. gr.: 24441) de nuestro Código Civil suplimos los caracteres de previsibilidad y mensurabilidad que debe tener esta reforma.